

Rivista N°: 4/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 12/11/2016

AUTORE: Andrea Pugiotto *

NUOVE (INCOSTITUZIONALI) ASIMMETRIE TRA ERGASTOLO E PENE TEMPORANEE: IL *REBUS* DEI RIMEDI *EX ART. 35-TER O.P.* PER INUMANA DETENZIONE**

1. Corte costituzionale e Corte di Cassazione, in santa alleanza con la prevalente dottrina, archiviano il problema della dubbia costituzionalità del carcere a vita attraverso una precisa strategia argomentativa: guardando al momento dinamico della sua applicazione, e non al momento statico della sua previsione legislativa e della sua irrogazione giudiziale. Il mutamento di prospettiva consentirebbe di superare la connotazione dell'ergastolo quale «pena perpetua» (art. 22 c.p.), soppiantata dalla possibilità, dopo almeno ventisei anni di detenzione, di una sua interruzione ed estinzione attraverso la concessione giurisdizionalizzata della liberazione condizionale¹.

Non dissimile è l'approdo della Corte di Strasburgo. La sua giurisprudenza, infatti, non è di per sé contraria a sanzioni detentive di durata indeterminata, purché l'indeterminatezza non si traduca in carattere assoluto di perpetuità².

* Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara.

** Questo contributo è destinato alla pubblicazione nella rivista *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. n. 4/2016.

¹ La *ratio decidendi* risale – com'è noto - alla sent. n. 264/1974. Così argomentando, però, la Corte smette i panni di giudice costituzionale della *disposizione* legislativa (l'art. 22 c.p.), per indossare impropriamente quelli del giudice costituzionale di un *fatto* (l'eventuale accesso dell'ergastolano alla liberazione condizionale). In altri termini, giudica non la legge impugnata, ma la sua occasionale disapplicazione.

² Il *leading case* è rappresentato da Corte EDU, Grande Camera, *Vinter c. Regno Unito*, 9 luglio 2013. Per una ricostruzione diacronica della giurisprudenza europea in chiave costituzionalistica cfr. D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, fasc. 3, 29 ss. e, per ulteriori aggiornamenti, *Id.*, *Murray c. Paesi Bassi: progressi in materia di pena perpetua*, in *Quad. cost.*, 2016, 603 ss. Il più recente pronunciamento dei giudici di Strasburgo in materia è Corte EDU, *T.P. e A.T. c. Ungheria*, 4 ottobre 2016, (ric. n. 37871/14 e n.73986/14).

Espressione esemplare – in ambo i casi – d’interpretazione rinnegante³, è un coriaceo argomento che, però, alcune recenti novità legislative si incaricano di smentire. Si tratta, infatti, di interventi normativi che presuppongono l’ergastolo come pena *sine die*, misurabile nel tempo solo con una clessidra priva di sabbia. Ed è proprio in ragione di ciò che le conseguenze ordinamentali dettate dal legislatore finiscono per essere concretamente applicabili ai soli detenuti temporanei, non anche ai reclusi a vita.

Non stupisce, allora, che il Giudice delle leggi sia stato tempestivamente investito in via incidentale di tali novità, chiamato così a verificare la coerenza tra il proprio orientamento giurisprudenziale consolidato e un dato normativo sopravvenuto che pare smentirlo.

2. È quanto accaduto con l’art. 35-ter dell’ordinamento penitenziario, introdotto dalla l. n. 117 del 2014⁴, che prevede rimedi compensativi e/o risarcitori, a favore dei detenuti che hanno patito un’esecuzione della pena in condizioni lesive dell’art. 3 CEDU.

Il rimedio compensativo prioritario consiste in una riduzione temporale della pena ancora da espiare, nella misura di un giorno ogni dieci scontati in condizioni inumane e degradanti. Una misura ristorativa che, data la sua *ratio*, non ammetterebbe distinzione tra detenuti i quali – indipendentemente dalla condanna subita – patiscono in misura analoga le conseguenze di un intollerabile sovraffollamento carcerario.

E invece. In ragione della natura perpetua della condanna a vita, tale beneficio non risulta applicabile agli ergastolani. È la matematica a dirlo: come si può, infatti, togliere un giorno di detenzione ogni dieci da una pena senza fine? Provate a sottrarre a una pena infinita il numero di giorni condonati, e otterrete sempre, immancabilmente, una pena infinita. Il *quantum* temporale accordato a titolo compensativo può operare soltanto con riguardo a una pena temporanea.

Né la detrazione può giustificarsi ai fini del computo della pena espiata, per consentire all’ergastolano di accedere anticipatamente ai benefici del permesso premio, della semilibertà, della liberazione condizionale⁵. E ciò per due ostacoli non superabili.

Il primo è di tipo normativo. L’ergastolo è una pena senza una scadenza che sia possibile anticipare: questa è la regola. La possibilità di ridurre il carcere a vita ai limitati fini

³ Le parole non sono mai innocenti, ed è per questo che spesso non riescono a celare quanto si vorrebbe non emergesse in superficie: è quanto accade per le strategie argomentative delle due Corti, costituzionale ed europea. Quanto alla Consulta, la sua ha la parvenza di un *sofisma*, perché equivale a dire che l’ergastolo può esistere in quanto tende a non esistere. Quanto all’argomento adoperato dalla Corte EDU, è un *ossimoro*, perché «pena perpetua riducibile» equivale a sintagmi quali caos calmo, brivido caldo, disgustoso piacere, copia originale: espressioni suggestive, dove però significante e significato entrano in cortocircuito.

⁴ L. 11 agosto 2014, n. 117 di conversione, con modificazioni, del d.l. 26 giugno 2014, n. 92 recante «Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell’art. 3 CEDU, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all’ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all’ordinamento penitenziario, anche minorile».

⁵ Com’è possibile - ex art. 54, 4° comma, o.p. - anche in caso di condanna all’ergastolo, giusto quanto deciso dalla Corte costituzionale con sent. n. 274/1983.

dell'accesso ai benefici penitenziari presuppone un'espressa previsione normativa derogatoria, che l'art. 35-ter o.p. non contempla. Né può essere individuata nell'art. 54, 4° comma, o.p., perché norma eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica, finalizzata alla risocializzazione del reo, fondata su presupposti premiali - richiedenti una valutazione sulla condotta e sulla meritevolezza del detenuto - del tutto estranei alla logica compensativa dell'art. 35-ter o.p.. Il secondo ostacolo è di natura empirica. Degli attuali 1677 ergastolani⁶, molti sono in carcere da oltre ventisei anni. Nei loro confronti l'eventuale applicazione dell'inedito rimedio compensativo non produrrebbe, in concreto, alcun effetto utile, avendo essi già raggiunto le soglie di pena richieste dalla legge per l'ammissione a tutti i benefici premiali.

L'epilogo interpretativo non muta anche con riferimento all'altro rimedio, previsto in via sussidiaria dall'art. 35-ter o.p.: il ristoro patrimoniale, nella misura di otto euro per ogni giornata trascorsa in carcere in condizioni inumane e degradanti. La formulazione del suo 2° comma, infatti, ne rivela la natura *complementare* (e non *alternativa*) al rimedio compensativo principale: escluso questo, anche la concessione del risarcimento economico non sarebbe possibile⁷. Nell'ambito del procedimento di sorveglianza, infatti, la liquidazione del danno è per il magistrato di sorveglianza un potere eccezionale e straordinario, che l'art. 35-ter o.p. consente di esercitare non per l'intero, ma solo per la parte residua di una pena incapiente⁸.

È esattamente sulla base di questi presupposti ermeneutici che il magistrato di sorveglianza di Padova ha impugnato davanti alla Corte costituzionale l'art. 35-ter o.p., nella parte in cui non consente alcun meccanismo compensativo, né detrattivo né monetario, per il condannato alla pena dell'ergastolo⁹. Così ricostruito, il quadro normativo discriminerebbe irragionevolmente tra detenuti temporanei e perpetui (in violazione dell'art. 3 Cost.). Priverebbe di ogni effettività il nuovo strumento giudiziale di tutela per gli ergastolani (in violazione dell'art. 24 Cost.). Eluderebbe (in violazione dell'art. 117, 1° comma, Cost. integrato dall'art. 3 CEDU) il giudicato della Corte EDU, che ha imposto all'Italia l'introduzione di nuovi rimedi

⁶ Fonte DAP- Ufficio per lo Sviluppo e la Gestione del Sistema Informativo Automatizzato – Sezione statistica. Il dato è aggiornato al 12 ottobre 2016.

⁷ Ai sensi del 2° comma dell'art. 35-ter o.p., «quando il periodo di pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al comma 1, il magistrato di sorveglianza liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio [...]».

L'uso dell'avverbio «*altresì*» e l'espressione «*residuo periodo*» dissolverebbero ogni dubbio sul ruolo solo complementare del rimedio monetario rispetto a quello detrattivo.

⁸ E' l'ipotesi in cui il numero di giorni da decurtare - ai sensi del 1° comma dell'art. 35-ter o.p. -sia superiore a quello dei giorni che rimangono da scontare al detenuto per la completa espiazione della sua condanna.

⁹ Cfr. Mag. di sorv. Padova, ord. 20 aprile 2015, n. 176 (in *G.U.*, I serie speciale, 2015, n. 37), annotata da F. MENSIO, *Detenzione inumana e reclamo ex art. 35-ter o.p.: al vaglio della Corte costituzionale la difficile applicazione di rimedi risarcitori all'ergastolano*, in www.la legislazione penale.eu, 21 settembre 2015, 1 ss., e da M.V. VALENTINO, *I rimedi compensativi al vaglio della Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 3, 1 ss.

preventivi e compensativi a vantaggio di *tutta* la popolazione detenuta¹⁰. Vanificherebbe (in violazione dell'art. 27, 3° comma, Cost.) il percorso di revisione critica di chi è condannato alla carcerazione a vita, compromesso dalla consapevolezza di essere vittima di un'ingiusta e odiosa discriminazione.

3. Con la sentenza n. 204/2016 in commento, la Corte costituzionale ha respinto le censure prospettate dal giudice *a quo*, di cui contesta a monte l'assunto interpretativo.

Valorizzando il segmento finale del 2° comma dell'art. 35-ter o.p.¹¹, i giudici costituzionali riconoscono natura *autonoma* al ristoro economico rispetto al rimedio della riduzione di pena, separandone così i destini e l'operatività. Così come riconoscono nel 2° e 3° comma della disposizione impugnata una coerente, e tutt'altro che eccezionale e straordinaria, ripartizione di competenze – quanto al potere di liquidare il risarcimento monetario – tra magistrato di sorveglianza e giudice civile: il primo provvederà quando la richiesta provenga da un detenuto, il secondo quando provenga da chi detenuto non è più¹².

Venuti meno gli ostacoli testuali erroneamente individuati dal giudice *a quo*, non sopravvive alcuna ragione per negare all'ergastolano l'accesso al ristoro economico, giacché «la priorità del rimedio costituito dalla riduzione di pena [...] non può significare però preclusione nel caso in cui non ci sia alcuna detrazione da operare»¹³.

La soluzione così individuata si rivela costituzionalmente e convenzionalmente orientata, superando le altrimenti inevitabili aporie prospettate dal remittente, derivanti dalla (supposta) impossibilità di riconoscere (almeno) il rimedio monetario alla compromissione della dignità umana subito dietro le sbarre dall'ergastolano: secondo la Corte, infatti, sarebbe «fuori da ogni logica di sistema, oltre che [...] in contrasto con i principi costituzionali, immaginare che durante la detenzione il magistrato di sorveglianza debba negare alla persona

¹⁰ Il riferimento è alla nota sentenza-pilota della Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, che accerta una condizione di sovraffollamento carcerario strutturale e sistemico nei nostri istituti penitenziari, in violazione del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti ex art. 3 CEDU.

¹¹ Laddove si legge che il magistrato di sorveglianza provvede al ristoro monetario anche «nel caso in cui il periodo di detenzione espiato in condizioni non conformi ai criteri di cui all'art. 3 CEDU sia stato inferiore ai quindici giorni». Con ciò prevedendosi espressamente – secondo la Corte costituzionale – la competenza ad elargire il risarcimento del danno in forma pecuniaria pure in mancanza di qualsiasi collegamento con un'effettiva riduzione del periodo detentivo: «è perciò direttamente nella lettera della disposizione impugnata che l'interprete rinviene il criterio logico per risolvere il caso sottoposto all'attenzione del giudice remittente» (così la sent. n. 204/2016, *Considerato in diritto*, punto 3).

¹² Con ciò la Corte diverge dall'orientamento espresso da Cass., sez. I pen., 15-30 gennaio 2013, n. 4772, a tenore della quale «deve escludersi che la magistratura di sorveglianza sia competente a trattare e decidere domande di carattere risarcitorio, sebbene derivanti da pretese violazioni di diritti soggettivi di detenuti, connessi allo stato di detenzione. Invero, la magistratura di sorveglianza non ha competenza esclusiva sui diritti dei detenuti, ma attribuzioni specifiche legate all'esecuzione penale, mentre le statuizioni su risarcimenti o indennità restano, nell'attuale assetto normativo, prerogativa del giudice civile».

¹³ Sent. n. 202/2016, *Considerato in diritto*, punto 3.

condannata all'ergastolo il ristoro economico, dovuto per una pena espiata in condizioni disumane, per la sola ragione che non vi è alcuna riduzione di pena da operare»¹⁴.

4. Con riguardo al rimedio compensativo principale, invece, la sentenza è muta.

Ben consapevole dell'inammissibilità della relativa *quaestio* per assenza di rilevanza, il giudice *a quo* aveva avuto cura di sollecitare la Corte costituzionale a dichiarare in via consequenziale¹⁵ l'illegittimità dell'art. 35-ter o.p., nella parte in cui non consente di estendere agli ergastolani (anche) la riduzione di pena a titolo compensativo creato dal legislatore per tutti gli altri detenuti. Scomputo da mettere poi a valore, ex art. 54 o.p., agli effetti del calcolo della misura di pena espiata per l'accesso anticipato dell'ergastolano ai benefici penitenziari.

Come la richiesta estensione del risarcimento pecuniario ai carcerati a vita, così anche l'addizione normativa del meccanismo di riduzione temporale della pena – afferma, non a torto, il remittente - «sembra costituire una soluzione costituzionalmente dovuta che non eccede i poteri di intervento della Corte e non implica scelte affidate alla discrezionalità del legislatore perché diretta solo ad evitare discriminazioni fra detenuti comuni e detenuti ergastolani nell'ambito della tutela di diritti riconosciuti da norme nazionali e sovranazionali». Di più: l'addizione consequenziale richiesta «appare in linea con quella concezione “dinamica” dell'ergastolo», avallata dalla pregressa giurisprudenza costituzionale, secondo cui anche il condannato a vita può aspirare a misure premiali che ne anticipano il reinserimento sociale come effetto del suo sicuro ravvedimento.

Alla domanda del giudice *a quo*, la Corte costituzionale non risponde. Processualmente, non poteva fare altrimenti. Innanzitutto, perché una dichiarazione d'incostituzionalità derivata presuppone sempre l'accoglimento della *quaestio* principale, che qui invece manca: la sentenza n. 204 è, infatti, una pronuncia di rigetto (sia pure interpretativo)¹⁶. In secondo luogo, perché l'inidoneità dell'eventuale accoglimento della relativa *quaestio* ad influire sul giudizio principale ne faceva venire meno la rilevanza, necessaria alla sua ammissibilità¹⁷: la

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Ex art. 27, secondo periodo, l. n. 87 del 1953.

¹⁶ Si conferma così priva di effettività la tesi dottrinale – finemente argomentata – da R. PERRONE, *Sentenze interpretative di rigetto e illegittimità consequenziale*, in questa *Rivista*, 2010, 939 ss., che ritiene possibile una dichiarazione di incostituzionalità derivata sganciata dall'accoglimento della *quaestio legitimatis* principale.

Merita segnalazione l'esistenza di almeno un precedente in cui la Corte costituzionale è ricorsa all'illegittimità consequenziale in materia di ergastolo: cfr. sent. n. 168/1994, con riferimento all'ipotesi di concorso di circostanze ovvero di cumulo di reati per i quali debba infliggersi la pena del carcere a vita al minore imputabile.

¹⁷ Nel caso di specie il reclamante, avendo espiato più di ventisei anni di carcere, poteva già essere ammesso alla liberazione condizionale della pena (ex art. 176, 3° comma, c.p.), cioè il massimo beneficio penitenziario concedibile a un condannato all'ergastolo. Di conseguenza, un'eventuale sentenza additiva di accoglimento della *quaestio*, mirante ad estendere agli ergastolani il rimedio detrativo a compensazione del pregiudizio subito (ex art. 35-ter, 1° comma, o.p.), non avrebbe avuto alcuna influenza sul giudizio *a quo*.

Corte, dunque, non poteva affrontarla autonomamente. Infine, perché il *petitum* formulato dal giudice *a quo* mirava, inequivocabilmente, a due differenti addizioni normative all'art. 35-ter o.p., assimilabili sul piano soggettivo (in quanto riferibili entrambe alla condizione del condannato all'ergastolo) ma processualmente distinte.

Le regole del processo incidentale, dunque, obbligano a circoscrivere la portata interpretativa della sentenza n. 204 al solo rimedio monetario, ora estendibile anche agli ergastolani in forza di un'opzione ermeneutica avallata dalla Consulta e imposta dall'obbligo di dare delle leggi una lettura conforme alla CEDU e alla Costituzione.

Per quanto generoso, quindi, non convince il tentativo dottrinale di allargare la portata interpretativa della pronuncia in esame al differente rimedio detrattivo, fino a ritenerlo già ora concedibile nel caso in cui l'ergastolano non abbia ancora maturato le soglie temporali per accedere ai benefici penitenziari¹⁸.

È certamente vero che la Corte costituzionale (come già la Corte EDU¹⁹) riconosce priorità alla riduzione di pena quale rimedio all'inumana detenzione: ma ciò non consente di scavalcare gli ostacoli – correttamente individuati dal giudice *a quo* – ad un'estensione per via interpretativa di tale meccanismo a una pena perpetua, senza un'adeguata addizione normativa al 1° comma dell'art. 35-ter o.p.: «nei confronti degli ergastolani sarebbe possibile ridurre la sanzione solo tramite una *fictio iuris* che consenta di diminuire proporzionalmente i limiti previsti dalla legge per l'accesso ai benefici penitenziari. Tuttavia, una simile operazione non è possibile in assenza di un'espressa previsione normativa»²⁰. E se a ciò il legislatore non rimedierà con la dovuta tempestività, potrà semmai in futuro provvedervi coerentemente il Giudice delle leggi, se e quando sollecitato a farlo attraverso una mirata (e, questa volta, processualmente rilevante) *quaestio legitimitatis*.

È altrettanto vero che la Corte indica nell'effettività dei rimedi introdotti dal legislatore (in ottemperanza al *diktat* della sentenza-pilota dei giudici di Strasburgo) l'infedeltà criterio ermeneutico del nuovo art. 35-ter o.p. Ma appare un eccesso di costruttivismo interpretativo edificare su tale indicazione la possibilità, per i magistrati di sorveglianza, di estendere già ora il rimedio detrattivo anche ai condannati all'ergastolo che non abbiano ancora raggiunto i limiti temporali per l'accesso ai benefici penitenziari. Il quadro normativo di riferimento – l'art. 35-ter, 1° comma, o.p. – non esce mutato dalla sentenza in esame, che si è limitata a rein-

¹⁸ Il riferimento è a F. FIORENTIN, *Un primo passo verso la "messa a regime costituzionale" del risarcimento per l'inumana detenzione dei condannati all'ergastolo*, in questa *Rivista*, 2016, fasc. 4, in corso di pubblicazione. Vedi anche – ma apoditticamente – S. COPPOLA, *Carcere e detenzione inumana: diritto al risarcimento anche con l'ergastolo*, in www.laleggepertutti.it, 9 agosto 2016.

¹⁹ E' nella sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., che i giudici di Strasburgo invitano l'Italia ad «individuare nella riduzione di pena la destinazione naturale del rimedio» ad una detenzione inumana, come già in altri propri precedenti arresti: cfr, per tutti, Corte EDU, 10 gennaio 2012, *Ananiev c. Russia*.

²⁰ Così ancora l'atto di promovimento del Magistrato di sorveglianza di Padova.

interpretare il 2° comma della disposizione impugnata, come risulta dalla piana lettura del suo dispositivo²¹.

Detto altrimenti, a diritto invariato, «la chiave d'ingresso»²² del rimedio compensativo, consistente in una decurtazione della durata della pena da espiare, resta nelle sole mani dei detenuti condannati ad una pena temporanea.

5. Mira ad altro l'*obiter dictum* della Corte, secondo cui il garantire massima accessibilità ed effettività ai nuovi rimedi legislativi deve rappresentare «un indefettibile criterio ermeneutico ai fini della corretta applicazione» dell'art. 35-ter o.p.²³.

Il suo bersaglio polemico ha a che fare con un diverso problema interpretativo, nato dall'infelice fraseggio della disposizione impugnata. Un problema ben noto ai magistrati di sorveglianza e, soprattutto, tristemente noto ai detenuti che avanzano reclamo per inumana carcerazione: come interpretare l'*attualità* del pregiudizio²⁴, in presenza del quale il giudice è chiamato a provvedere sul rimedio risarcitorio reclamato dal detenuto? In assenza di un pregiudizio attuale, infatti, il risarcimento in forma specifica di competenza del magistrato di sorveglianza (art. 35-ter, 1° e 2° comma, o.p.) dovrà lasciare il posto al risarcimento per equivalente di competenza del giudice civile (art. 35-ter, 3° comma, o.p.). Si tratta di uno snodo ermeneutico decisivo, da cui dipende la concreta operatività dei nuovi meccanismi di tutela per inumana detenzione.

Raccomandando un'interpretazione che renda davvero accessibili ed effettive le inedite procedure introdotte dal legislatore, è evidente come la Corte costituzionale parteggi per l'orientamento giurisprudenziale che fa leva sull'attualità del pregiudizio subito in costanza di espiazione della pena. Infatti, l'altro orientamento in campo, pretendendo che la condizione di inumana detenzione lamentata sia ancora in atto al momento della presentazione del ricorso o addirittura – secondo un'opzione ancor più selettiva – al momento della decisione del giudice di sorveglianza, è responsabile di una sostanziale disapplicazione dei nuovi rimedi legislativi, in ragione dell'altissimo numero di ricorsi giudicati inammissibili per assenza del requisito dell'attualità del pregiudizio lamentato²⁵.

²¹ Dispositivo con il quale la Corte costituzionale «dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 35-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui "non prevede, nel caso dei condannati alla pena dell'ergastolo che abbiano già scontato una frazione di pena che renda ammissibile la liberazione condizionale, il ristoro economico previsto dal comma 2 dell'art. 35-ter o.p. [...]». I corsivi non sono testuali.

²² M.V. VALENTINO, *I rimedi compensativi*, cit., 15.

²³ Sent. n. 204/2016, *Considerato in diritto*, punto 3.

²⁴ Ex art. 69, 6° comma, lett. b, o.p., cui rinvia l'art. 35-ter, 1° comma, o.p.

²⁵ Su tale dilemma ermeneutico, le sue radici, le differenti strategie argomentative a supporto delle due tesi contrapposte, cfr., per tutti, G. GIOSTRA, *Un pregiudizio "grave e attuale"? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit*, in *DPC*, 24 gennaio 2015, 1 ss.

È una scelta di campo, quella della Corte costituzionale, confermata anche da un passaggio squisitamente processuale della sentenza in esame: laddove riconosce rilevante la *quaestio* promossa dal giudice remittente, benché il magistrato di sorveglianza padovano fosse stato chiamato a pronunciarsi sul reclamo di un detenuto per il quale, da tempo, era cessato il trattamento disumano nell'esecuzione della pena. Facendo leva sull'«altro orientamento giurisprudenziale di segno contrario»²⁶, la Corte costituzionale – volendo – avrebbe avuto gioco facile a dichiarare manifestamente inammissibile la questione perché riguardante una norma inapplicabile nel giudizio a *quo*²⁷. Decidendo diversamente, i giudici costituzionali mostrano di condividere la tesi – fatta propria dal giudice padovano – dell'*attualità* del pregiudizio subito in costanza di espiazione della pena.

Anche da questo particolare punto prospettico, dunque, la sentenza n. 204 si rivela espressione di una linea di «rafforzamento dell'effettività dei rimedi recentemente introdotti dal legislatore nazionale»²⁸.

6. A conferma dell'irriducibile natura perpetua del carcere a vita, nella sentenza si legge che «vi sono ipotesi in cui l'ergastolo va scontato interamente in carcere»²⁹.

Il rilievo serve alla Corte costituzionale per replicare alla tesi secondo la quale l'ergastolano che lamenta una detenzione inumana non sarebbe privo di tutela, potendo comunque rivolgersi al giudice civile, ai sensi del 3° comma dell'art. 35-ter o.p., una volta uscito definitivamente di galera perché ammesso al beneficio della liberazione condizionale³⁰. L'affermazione in replica, quasi incidentale e marginale nella trama del considerato in diritto

Per un'argomentata critica alla scelta della magistratura di sorveglianza di abbracciare - quasi d'istinto e quasi in blocco - l'interpretazione meno garantista, cfr. E. SANTORO, *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda. Pedanti osservazioni sulla competenza dei magistrati di sorveglianza a riconoscere l'indennizzo ex art. 35-ter per la detenzione inumana e degradante*, ivi, 22 gennaio 2015, 1 ss.. Volendo inquadrare il nodo interpretativo nel più ampio problema di istituti penitenziari *sold out*, si può vedere A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc. 3, in corso di pubblicazione.

²⁶ Sent. n. 204/2016, *Considerato in diritto*, punto 2.

²⁷ Come problematicamente ipotizzato, in sede di commento dell'atto di promovimento, da F. MENSIO, *Detenzione inumana e reclamo*, cit., 7.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Sent. n. 204/2016, *Considerato in diritto*, punto 3.

³⁰ Di più: per l'Avvocatura dello Stato intervenuta a difesa del Governo, l'ergastolano conserverebbe pur sempre la possibilità di azionare la propria pretesa risarcitoria secondo le ordinarie regole civilistiche dell'art. 2043 c.c.. A suo parere, consentire l'accesso al risarcimento monetario previsto dal 2° comma dell'art. 35-ter o.p. ai soli condannati a pene temporanee, non configurerebbe affatto un'irragionevole discriminazione tra detenuti che patiscono un'eguale condizione carceraria inumana e degradante, bensì sarebbe espressione di una scelta rientrante nell'ambito di discrezionalità politica del legislatore non suscettibile di essere sindacata dalla Corte (cfr. la relativa Memoria difensiva, p. 7). Così argomentando, però, la difesa erariale dimentica che gli strumenti di tutela ordinaria sono già stati valutati a Strasburgo come ineffettivi e, perciò solo, inefficaci.

della sentenza, merita invece di essere sottolineata: testimonia, infatti, l'indefettibilità del carcere a vita, al di là di ogni prestidigitazione giurisprudenziale.

La verità è che, diversamente da noi che non sappiamo dove e quando moriremo, «un ergastolano sa dove: in galera»³¹. Accade agli ergastolani dietro le sbarre da oltre ventisei anni – e non sono pochi: 167³² – che non accedono al beneficio della liberazione condizionale. Accade – e sono tanti: 1.217³³ – ai condannati all'ergastolo per uno dei reati assolutamente ostativi inclusi nel lungo elenco dell'art. 4-*bis*, 1° comma, o.p., ai quali l'accesso alla liberazione condizionale è precluso per legge, salvo non collaborino utilmente con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* o.p.

Qui si rivelano particolarmente intricati i nodi di spessore costituzionale, che la sentenza in esame contribuisce a sciogliere solo in parte. Non c'è dubbio che il rimedio monetario di cui al 2° comma dell'art. 35-*ter* spetti anche a costoro, per il periodo di detenzione inumana da essi sopportata: la soluzione interpretativa patrocinata dalla Corte costituzionale, infatti, abbraccia *tutti* i condannati al carcere a vita. Viceversa, l'auspicata ed auspicabile futura estensione – per via legislativa o di giudicato costituzionale - anche del rimedio detrattivo a *tutti* i detenuti, indipendentemente dal tipo di pena cui sono stati condannati, non riuscirebbe ad includere né gli uni né gli altri ergastolani: non coloro che sono in carcere da oltre ventisei anni, perché una riduzione della loro pena a titolo compensativo non avrebbe alcuna utilità concreta; non coloro che scontano la pena dell'ergastolo ostativo, per i quali resta comunque precluso l'accesso a qualsiasi beneficio penitenziario.

E se per la prima categoria di ergastolani senza scampo, l'unicità del risarcimento monetario è una scelta obbligata, imposta dalla natura delle cose, rappresentando il solo modo praticabile per risarcirli di un'inumana detenzione, diversa è l'ipotesi degli ergastolani ostativi. Per essi, infatti, l'impossibilità di beneficiare del principale meccanismo compensativo è imputabile al loro regime penitenziario, frutto di una scelta legislativa. Qui, davvero, «si porrebbe l'ulteriore questione di costituzionalità di una disciplina che, irragionevolmente, distingue le modalità di risarcimento per il ristoro di un identico pregiudizio sulla base del titolo di reato del danneggiato»³⁴.

Il punto merita di essere approfondito, a dimostrazione della fondatezza del dubbio di costituzionalità che si prefigurerebbe. Come bene argomenta la parte privata, introducendo nell'ordinamento penitenziario l'art. 35-*ter* il legislatore ha avuto cura di confezionare un con-

³¹ A. SOFRI, *Pensiero impopolare per il prossimo mio*, ne *la Repubblica*, 23 dicembre 2007.

³² Fonte DAP- Ufficio per lo Sviluppo e la Gestione del Sistema Informativo Automatizzato – Sezione statistica. Il dato è aggiornato al 23 ottobre 2016.

³³ Fonte DAP- Ufficio per lo Sviluppo e la Gestione del Sistema Informativo Automatizzato – Sezione statistica. Il dato è aggiornato al 12 ottobre 2016 e corrisponde al 72,5% dei condannati all'ergastolo: vedi, *supra*, nota 6.

³⁴ Così, con parole che sottoscrivo dalla prima all'ultima, F. FIORENTIN, *Un primo passo*, cit.

gegno normativo dal contenuto neutro³⁵, finalizzato a ricondurre ad equità condizioni detentive che ne avevano perso i contorni in ragione di un'accertata violazione dell'art. 3 CEDU: sarebbe «illegittimo, dunque, ipotizzare distinguo di accesso o di effettivo *benefit* tra soggetti danneggiati allo stesso modo ed in ragione delle medesime circostanze afflittive»³⁶. Eppure è quanto non potrà che accadere a danno degli ergastolani ostativi, cui sarà matematicamente impossibile applicare l'eventuale riduzione di pena concessa a titolo compensativo: poiché la loro è una condanna perpetua non riducibile ed integralmente intramuraria, mancherebbe sia un termine cui ancorare qualsivoglia scomputo di pena, sia un qualsiasi beneficio penitenziario di cui anticipare la possibile concessione.

La scelta legislativa - ex art. 4-*bis* o.p. - di un carcere a vita *alter ego* di una pena fino alla morte, finirà così per ipotecare un risarcimento esclusivamente monetario per gli ergastolani ostativi, a fronte di un rimedio detrattivo prioritariamente accordabile a tutti gli altri detenuti, ergastolani comuni compresi³⁷. È una discriminazione *ope legis*, che – ancora una volta – ripropone la difficoltà a ricondurre il regime dell'ergastolo ostativo entro la legalità costituzionale³⁸.

7. Riepilogando: diversamente da tutti gli altri detenuti che lamentino il pregiudizio di una inumana detenzione e che possono usufruire della natura ambivalente del rimedio compensativo ex art. 35-*ter* o.p., agli ergastolani è concedibile il solo ristoro monetario³⁹. E se a tale irragionevole discriminazione si porrà rimedio in futuro, l'estensione del ristoro detrattivo potrà valere solo per gli ergastolani comuni, non anche per quelli ostativi.

³⁵ Nell'art. 35-*ter* o.p., infatti, «non si leggono limitazioni di accesso o di beneficio di impostazione autoriale (artt. 99, 102, 103 c.p.), ovvero legate all'assenza di talune qualificazioni soggettive (art. 58-*quater* o.p.), o, di contro, alla ricorrenza di talune figure di reato (art. 4-*bis* o.p.)» (così l'atto di costituzione in giudizio della parte privata, pp. 2-3).

³⁶ *Ivi*, p.3.

³⁷ Così, acutamente, anche F. FIORENTIN, *Un primo passo*, cit., che individua l'unica soluzione possibile «in una radicale revisione della complessiva disciplina contenuta negli artt. 4-*bis* e 58-*ter*, o.p.».

³⁸ Sulla fenomenologia e le criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo cfr. ora C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, Napoli 2016.

Per la formulazione di un atto di promovimento pilota, proposto al fine di veicolare su basi nuove una *quaestio legitimitatis* avente ad oggetto l'art. 4-*bis*, 1° comma, o.p., nella parte in cui, in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* o.p., preclude il beneficio della liberazione condizionale al condannato alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti indicati nella disposizione censurata, vedi A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo. Dalle pagine di un libro a Palazzo della Consulta*, in *DPC*, 13 luglio 2016, 1 ss.

³⁹ Il che appare oltremodo irragionevole: la novella è stata introdotta per porre rimedio a un sovraffollamento carcerario che si ripercuote in modo particolarmente negativo sulla condizione dei condannati a vita, i quali «necessitano delle migliori condizioni possibili affinché il processo di rieducazione, attuato all'interno dell'istituto di pena consenta loro il reinserimento nella società, che, è bene ricordare, è il motivo per cui la pena dell'ergastolo è stata considerata costituzionalmente legittima» (V. MUSACCHIO, *Nuove proposte nella disciplina dell'ergastolo*, in *Giust. pen.*, 2007, 62).

Alle tante già oggi presenti, si aggiungono così nuove asimmetrie (incostituzionali) tra pene temporanee e pena del carcere a vita. Infatti, «per il suo carattere di perpetuità», l'ergastolo comporta « per chi vi è sottoposto una serie di conseguenze, di tipo interdittivo e di tipo penitenziario, che sono, in tutto o in parte, estranee alle altre pene» detentive⁴⁰. Salvo errori omissivi, il catalogo è il seguente.

È esclusa l'applicabilità all'ergastolano degli istituti della sospensione condizionale della pena e dell'affidamento in prova ai servizi sociali, perché intrinsecamente incompatibili con una pena di infinita durata. È esclusa, ex art. 157 c.p., la prescrizione dei delitti per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, in base al principio ordinamentale che vuole il periodo di tempo necessario per l'effetto prescrittivo non inferiore alla durata massima della pena prevista. È esclusa la possibilità di una riduzione di pena per effetto dell'indulto: essendo indeterminabile la durata complessiva dell'ergastolo, sottratti il numero di anni di reclusione condonati residuerebbe comunque una pena *sine die*. Solamente l'ergastolano, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, può essere riammesso a fruire del beneficio ove ne sussistano i presupposti⁴¹: diversamente, il mantenimento di una preclusione assoluta equivarrebbe per il condannato al carcere a vita – e solo per lui - alla sua definitiva esclusione dall'esito risocializzante del trattamento rieducativo. Problematico, e foriero di un complicato contenzioso costituzionale, è l'accesso al giudizio abbreviato, con relativa riduzione di pena, nel caso di imputazione per reati puniti con l'ergastolo, specie se aggravato dall'isolamento diurno⁴².

Non è tutto. Il nuovo art. 35-*ter* o.p., infatti, non è l'unica novella a discriminare tra detenuti temporanei e detenuti perpetui.

Il pensiero corre alla recente l. n. 10 del 2014, che preclude agli ergastolani ostativi l'accesso al beneficio temporaneo della c.d. liberazione anticipata speciale⁴³. Per un verso, è lo stesso legislatore ad escludere dai potenziali beneficiari del nuovo istituto tutti i detenuti condannati per uno dei reati contemplati all'art. 4-*bis* o.p.⁴⁴. Per altro verso, chi – come

⁴⁰ Così la Corte costituzionale nella sent. n. 161/1997.

⁴¹ Giusto quanto deciso dalla Corte costituzionale, proprio con sent. n. 161/1997.

⁴² Cfr. le decisioni nn. 176/1991, 210/2013, 235/2013, 57/2016, sulle quali, *ex plurimis*, vedi A. PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli. (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione)*, in questa *Rivista*, 2013, 2942 ss., nonché D. VICOLI, *La Corte costituzionale torna sui rapporti tra giudizio abbreviato ed ergastolo: inammissibili per difetto di rilevanza le questioni di legittimità delle norme penali sollevate nella fase esecutiva*, *ivi*, 2016, 602 ss.

Irresistibile è la tentazione legislativa di intervenire su tale potenziale trasformatore della pena dell'ergastolo in anni trenta di reclusione, com'è accaduto – a Palazzo Madama – nella scorsa Legislatura: cfr. A. PUGIOTTO, *Cattive nuove in materia di ergastolo*, in *Studium Iuris*, 2012, 3 ss.

⁴³ L. 21 febbraio 2014, n. 10, di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, recante «Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria».

⁴⁴ Diversamente dall'originaria formulazione dell'art. 4, d.l. n. 146 del 2013 che, invece, includeva espressamente anche i detenuti per reati ostativi, solo elevando il grado di meritevolezza esigita per la loro ammissione alla liberazione anticipata speciale. La parziale riformulazione dell'articolo, di scadente fattura in ragione

l'ergastolano ostativo - fronteggia una pena perpetua non riducibile e interdotta a qualsiasi beneficio penitenziario, non potrebbe mai beneficiare utilmente di detrazioni temporali ad una detenzione comunque *sine die* e per sempre intramuraria.

E ancora. La recente l. n. 81 del 2014⁴⁵, fissando l'inedito principio del c.d. parallelismo della durata tra misura di sicurezza detentiva e pena edittale massima prevista per il reato commesso dal folle reo, ne esclude espressamente l'applicazione «per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo»⁴⁶. A una pena infinita, infatti, non può che corrispondere parallelamente una misura di sicurezza potenzialmente infinita.

Tutte queste asimmetrie ordinamentali, passate e recenti, hanno un'identica genesi: la connotazione, esclusiva ed insieme necessaria, dell'ergastolo quale pena perpetua. A fronte di ciò, come si può credibilmente sostenere che la previsione di un «*fine pena: mai*» (che, nel linguaggio cifrato dell'informatica penitenziaria, si traduce in una data proiettata verso l'infinito: «*fine pena: 31.12.9999*») non pone alcun problema di spessore costituzionale? Qui, davvero, la tesi giustificazionista di un ergastolo che non sarebbe più tale raggiunge vette negazioniste, rivelandosi per quel che è: una *fictio iuris*, un'impostura giuridica.

Il nodo da tagliare, dunque, sta a monte e non a valle: la minaccia legislativa di una sanzione che il codice penale qualifica come perpetua, collocandola per ciò solo fuori dall'orizzonte costituzionale della pena e della sua esecuzione⁴⁷. Il datato atteggiamento giu-

delle cose scritte e non scritte, è responsabile di seri problemi di costituzionalità della normativa emendata: cfr., *ex plurimis*, G. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *DPC*, 8 settembre 2014, 1 ss.; A. PUGIOTTO, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientate*, *ivi*, 30 gennaio 2015, 1 ss.

In tema – ma con riferimento ad altro profilo d'incostituzionalità – vedi sent. n. 32/2016, da cui prende avvio l'ampia riflessione critica sul meccanismo dell'art. 4-bis o.p. di L. PACE, «*Il buono, il brutto e il cattivo*» della prima questione di legittimità costituzionale sulla liberazione anticipata speciale. *Riflessioni a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2016*, in *Rivista AIC*, 2016, n.3, 1 ss.

⁴⁵ L. 30 maggio 2014, n. 81, di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 31 marzo 2014, n. 52, recante «Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari».

Il c.d. principio del parallelismo tra durata della pena e della misura di sicurezza detentiva è ora al vaglio della Corte costituzionale: cfr. G.i.p. Trib. Napoli, ord. n. 187 del 21 maggio 2015 (in *G.U.*, I serie speciale, 30 settembre 2015, n. 39), su cui vedi A. PUGIOTTO, *La "giurisprudenza difensiva" in materia di ospedali psichiatrici giudiziari a giudizio della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 2015, 1440-1443.

⁴⁶ *Ex art. 1, comma 1-quater*. Grazie all'innovazione legislativa, dunque, scompariranno i cc.dd. ergastoli *bianchi*, dato che le proroghe della misura di sicurezza non potranno più essere reiterate all'infinito. Sopravviveranno, invece, veri e propri ergastoli *nascosti* dietro i muri di un vecchio Opg o di una nuova Rems, di una casa di cura e custodia, di una colonia agricola o di una casa di lavoro: cfr. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2, 2015, §§ 9-10.

⁴⁷ La dottrina favorevole al superamento del carcere a vita si è recentemente arricchita di nuove voci: cfr. S. ANASTASIA – F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, Roma 2009; M. BIANCHI, *Poena sine fine. Sulla legittimità etica e costituzionale dell'ergastolo*, in *Cass. pen.*, 2015, 3822 ss.; E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo 2015; G.M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 2, 1 ss.; L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1238 ss.; F. VIANELLO, «*Mai dire mai*»: contro l'ergastolo, per una *penalità inquieta*, in *Antigone*, 2015, n. 1, 153 ss.

Le tante criticità costituzionali dell'ergastolo comune trovano una possibile traduzione nell'ipotesi di atto di promovimento incidentale elaborato da chi scrive: cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in

risprudenziale da cui abbiamo preso le mosse⁴⁸, ispirato alla logica dell'*adeguamento* dell'ergastolo e non del suo *superamento*⁴⁹, mostra oggi più di ieri tutta la sua inadeguatezza costituzionale.

DPC, 5 marzo 2013, 1 ss. (pubblicato anche in appendice al volume *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. CORLEONE – A. PUGIOTTO, Roma, 2013, 299 ss.).

Di grande significato non solo simbolico è l'avvenuta abrogazione della pena dell'ergastolo dal codice penale dello Stato vaticano (ex art. 31, l. 11 luglio 2013, n. IX, *Norme recanti modifiche al codice penale e al codice di procedura penale*): cfr., *ex plurimis*, A. ESPOSITO, *La democrazia a lezione da un sovrano assoluto: Papa Francesco e l'ergastolo*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2015, fasc. 3, 205 ss.

⁴⁸ Paragonato in dottrina all'argomento teologico secondo il quale l'inferno esiste, ma è vuoto (cfr. A. BERNARDI, *L'orribile necessario. Umanizzare l'ergastolo, ma mantenerlo nel sistema penale*, in *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, a cura di F. CORLEONE – A. PUGIOTTO, Roma 2012, 100). Sia detto senza offesa per nessuno: mai come in questo caso, pensando ai 1677 ergastolani attualmente reclusi nelle nostre carceri, coglie nel segno il noto aforisma di Jorge Luis Borges secondo cui «la teologia è un ramo della letteratura fantastica».

⁴⁹ Così S. SARTARELLI, *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo: una contradictio in terminis ancora irrisolta (in particolare, riflessioni sulla sentenza n. 161/1997)*, in *Cass. pen.*, 2001, 1368.