



Rivista N°: 2/2015
DATA PUBBLICAZIONE: 01/05/2015

AUTORE: Davide Galliani*

RIFLESSIONI COSTITUZIONALISTICHE SULL'ERGASTOLO ENTRO LE MAGLIE DELLO STATUTO DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE**

“L'idea del diritto, nonostante tutto,
sembra ancora essere più forte di ogni altra ideologia del potere”

H. KELSEN, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali.*
Le Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41,
a cura di C. Nitsch, Giuffrè, Milano, 2009, p. 159.

1. Introduzione. – 2. Uno Statuto Death Penalty Free. – 3. Uno Statuto Life Without Parole Free. – 4. La posizione dello Stato italiano – 5. Il ruolo delle vittime e dei loro parenti. – 6. Costituzioni e vittimologia. – 7. Scopi della pena e giustizia penale internazionale.

1. Introduzione

Lo scopo di questo contributo è indagare, in un ottica costituzionalistica, la posizione che nello Statuto della Corte penale internazionale è attribuita alla pena dell'ergastolo. Oltre ad un'analisi sistematica del testo formale, integrata dall'osservazione delle Regole di procedura e di prova, appare opportuno inquadrare la questione discutendo sopra un problema di

* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Milano — davide.galliani@unimi.it.

** Il presente scritto trae spunto da due relazioni presentate, la prima, al Seminario *Un Codice dei crimini internazionali. Proposta per l'adeguamento dell'ordinamento italiano allo Statuto di Roma della Corte penale internazionale*, Università degli Studi di Milano, 26 marzo 2015 e, la seconda, alla Tavola Rotonda *Abolizione della pena di morte nel mondo e dell'ergastolo come negazione dei principi costituzionali*, Università degli Studi di Padova, 30 marzo 2015.

più ampio respiro, riguardante l'influenza esercitata dalle tradizioni giuridiche sui redattori dello Statuto.

La giustizia penale internazionale assomiglia ad una testa di Giano. Da una parte, legittima una concezione "forte" del diritto penale. Visti i crimini dei quali si deve occupare, obbliga l'interprete a considerarla come una sorta di incubatrice delle pene più severe. Dall'altra parte, è però anche vista come un veicolo per diffondere una maggiore consapevolezza circa l'importanza dei diritti umani, uno strumento per portare pace e riconciliazione in territori devastati da guerre, finanche per documentare storicamente le atrocità. Da questo punto di vista, la giustizia penale internazionale implica una concezione "debole" del diritto penale.

Siffatta contraddizione appare (al momento) ineliminabile¹. Uno dei motivi più importanti è l'assenza di uno Stato "dietro" la giustizia penale internazionale, con ciò che ne consegue a proposito della difficoltà di individuare quali siano le funzioni e gli scopi della pena. Non che la presenza dello Stato chiarisca definitivamente il problema, ma sicuramente la sua assenza complica ulteriormente una questione già particolarmente complessa.

I due volti della giustizia penale internazionale sono evidenziabili proprio riflettendo attorno alle "massime" pene previste nello Statuto della Corte penale internazionale, anche se taluni e fondamentali passi in avanti, verso un volto più "umano" della penalità internazionale, sono stati fatti. Non è possibile fare ancora nessun "bilancio", ma è verosimile ravvisare qualche traccia nel senso di un diritto penale internazionale debole, più rispettoso dell'umanità delle pene, direbbe Peter Häberle, "antropologicamente fondato sulla dignità umana"².

Con tradizione giuridica qui si intende l'insieme della legislazione (costituzionale e ordinaria), della giurisprudenza (costituzionale e comune) e della dottrina di un determinato contesto storico-politico³. Si tratta di una definizione minima ma allo stesso tempo ampia. Minima poiché non le si vuole attribuire altro significato se non descrittivo. Ampia perché non

¹ La si veda riassunta sin dal titolo del libro di A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale* (2002), il Mulino, Bologna, 2004.

² Secondo P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura* (1982), ed. it. a cura di J. Luther, Carocci, Roma, 2001, p. 35, la dignità umana è "la premessa culturale antropologica dello Stato costituzionale". La definizione potrebbe valere anche per la giustizia penale internazionale poiché gli Stati ne sono i maggiori responsabili. Non gli unici, ma sicuramente il loro ruolo è di fondamentale importanza, come si dirà nel prosieguo a proposito ad esempio della funzione deterrente della giustizia penale internazionale. La dignità umana, da parte del costituzionalista, può essere utilizzata anche in modi differenti. Se ne parla come della stessa "bilancia" con la quale soppesare i diritti (cfr. A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Esi, Napoli, 2012), come unico vero principio supremo dell'ordinamento costituzionale (cfr. A. RUGGERI, *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in www.dirittifondamentali.it, 15.4.2014), ma anche in un'ottica più ristretta, non meno importante, considerandone la valenza *case by case* (cfr. P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2014, pp. 315 ss.).

³ Insieme a questi tre fattori per così dire strutturali, altri rivestono particolare importanza, come ad esempio il ruolo dei *mass media* e quello dell'opinione pubblica.

rispecchia unicamente la dottrina giuridica di un determinato Paese. Questa è una parte, sicuramente fondamentale, della più complessiva tradizione giuridica⁴.

Da un certo punto di vista, tradizione giuridica, nel senso utilizzato, equivale a cultura giuridica, ma si preferisce il primo termine poiché permette di evidenziare una certa stabilità, un modo di essere della legislazione, della giurisprudenza e della dottrina ripetuto nel tempo. Si prenderanno in considerazione due tradizioni giuridiche, quella continentale e quella anglosassone. È indubbiamente vero che non esauriscono tutte le tradizioni giuridiche esistenti, come è indiscutibile che appaiono molto variegate al loro interno, senza considerare che non possono considerarsi una sorta di due “monoliti” incomunicanti, essendo invece sempre più convergenti⁵. Si tratta però delle due tradizioni giuridiche tenute in maggiore considerazione nei consessi internazionali. Entro la tradizione giuridica continentale si possono inscrivere gli Stati europei continentali e in parte quelli dell’America Latina, mentre in quella anglosassone il Regno Unito e soprattutto gli Stati Uniti.

La domanda sulla quale serve porre l’attenzione è pertanto la seguente: se si osservano lo Statuto della Corte penale internazionale e le Regole di procedura e di prova è possibile discutere della prevalenza di una delle due tradizioni giuridiche, in modo particolare per quanto riguarda la disciplina della pena dell’ergastolo?

2. Uno Statuto Death Penalty Free

Analizzando lo Statuto della Corte, la prima riflessione prende spunto da quanto non è presente, ossia la pena di morte e, da questo punto di vista, si tratta di una “vittoria” della tradizione giuridica continentale⁶.

Non che gli Stati Uniti non abbiano mosso passi importanti verso l’abolizione, tanto è vero che la minoranza degli Stati che non la prevedono (15 su 50) è probabilmente destinata nell’immediato a crescere. In ogni caso, tutti i 35 Stati mantenitori devono rispettare la serie di decisioni in materia assunte dalla Corte Suprema, la quale nel 1988 ha dichiarato incostituzionale la pena di morte verso i minori di 16 anni (*Thompson vs Oklahoma*), nel 2002 verso i ritardati mentali (*Atkins vs Virginia*), nel 2005 verso i minori di 18 anni (*Roper vs Simmons*) ed, infine, nel 2008 rispetto ai reati di stupro non seguiti da morte (*Kennedy vs Louisiana*). Senza considerare quanto potrà accadere il prossimo 29 aprile, quando la Corte Suprema deciderà il caso *Glossip vs Gross* a proposito della costituzionalità del metodo dell’iniezione

⁴ Per cosa intendere con dottrina giuridica, cfr. F. LANCHESTER, *La dottrina costituzionalistica italiana tra il 1948 e il 1954*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1999, tomo II, p. 749.

⁵ Una ricostruzione della questione in U. MATTEI e L. PES, *Civil Law e Common Law: verso una convergenza*, in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura di M. Vogliotti, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 183 ss. Inoltre, cfr. E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Giappichelli, Torino, 2000.

⁶ I lavori preparatori dello Statuto dimostrano che resistenze furono espresse anche da Stati di tradizione islamica, soprattutto a fronte della particolare gravità dei crimini internazionali.

letale⁷. Certo è che se 20 su 35 Stati prevedono come unico metodo quello dell'iniezione, negli altri 15 sono previste alternative a scelta del condannato (ad esempio, in Florida la sedia elettrica e nel Wyoming la camera a gas) e di questo la Corte dovrà prenderne atto. Molto probabilmente, l'inesistenza di alternative *realmente* percorribili peserà sulla decisione della Corte Suprema⁸.

Nonostante tutto, un dato è fuori discussione. Negli Stati Uniti l'*abolition road* è ancora molto lunga e complicata, mentre nello Statuto della Corte penale internazionale il problema è definitivamente chiuso⁹. Per comprendere fino in fondo la radicale innovazione rappresentata dallo Statuto della Corte può essere utile rammentare che a Norimberga, delle 19 condanne emesse, la maggior parte, 12, erano capitali¹⁰.

3. Uno Statuto Life Without Parole Free

Ad ogni modo, il "successo" più significativo della tradizione giuridica continentale è rappresentato dal modo con il quale lo Statuto disciplina l'ergastolo. Sarebbe stato lecito attendersi che, non prevista la pena di morte, almeno l'ergastolo trovasse decisa accoglienza¹¹. In effetti, non è andata in questo modo¹².

⁷ Cfr. A. CORDA, *Pena di morte, iniezione letale e protocolli farmaceutici. Verso un nuovo pronunciamento della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 marzo 2015.

⁸ A meno che gli Stati mantenitori seguano l'esempio dello Utah o dell'Oklahoma. Il Governatore dello Utah, il 23 marzo 2015, ha firmato la legge che reintroduce l'utilizzo del plotone di esecuzione in alternativa all'iniezione letale. L'Oklahoma, invece, ha approvato nei due rami del Parlamento la reintroduzione della camera a gas, attraverso non più il cianuro ma l'azoto. La legge è in attesa di essere promulgata dal Governatore, dopo aver ottenuto, il 9 aprile 2015, in Senato, 41 voti favorevoli e nessuno contrario. La decisione della Corte Suprema attesa per il 29 aprile 2015 sarà presa proprio in riferimento all'iniezione per come prevista in Oklahoma, ove la sostituzione di un sedativo con un altro più potente, se si scorre l'*amici curiae* presentato da diversi professori di farmacologia dinanzi alla Corte, non pare possa dirsi veramente risolutiva.

⁹ L'art. 80 dello Statuto ribadisce il principio generale di complementarietà di cui all'art. 1 dello stesso Statuto. Tale ripetizione può anche essere letta come una "ricompensa" ottenuta dagli Stati mantenitori della pena di morte, liberi formalmente di prevederla in sede statale per gli stessi crimini di competenza della Corte.

¹⁰ L'indeterminatezza dell'art. 27 dello Statuto della Corte di Norimberga – "Il Tribunale potrà pronunciare contro gli accusati condannati la pena di morte o qualsiasi altra pena che esso riterrà giusta" – fu quindi utilizzata per irrogare, su 19 condanne, 12 capitali, 3 ergastoli e 4 da 10 a 24 anni di detenzione. Dei tre ergastolani, uno fu graziato per motivi di salute nel 1955, uno rilasciato, sempre per motivi di salute, nel 1957, mentre il terzo, Rudolf Hess, morì suicida in carcere nel 1987 a 93 anni.

¹¹ Siffatta considerazione vale nell'ottica degli Stati chiamati ad approvare lo Statuto ed ha pertanto una valenza soprattutto politica. Le riflessioni della dottrina internazionalistica, invece, possono essere lette diversamente. Basti considerare il *Report della International Law Commission* con il quale è stato presentato nel 1996 il codice delle *Offences against Peace and Security of Mankind* ove non vi è alcuna previsione di una pena specifica, ma solo l'indicazione (generale) circa la punizione tramite una pena commisurata al fatto e alla sua gravità. È vero che la scelta circa le pene appartiene per definizione al legislatore, il quale non di meno non è libero in senso assoluto. Al di là della cornice costituzionale, garantita dalle Corti costituzionali, è evidente che ragionare oggi sulla riserva di legge appare particolarmente complicato. In sistemi sempre più maggioritari (non è solo una questione di legge elettorale), ove il "motore" della legislazione è il Governo e non il Parlamento, sempre più "costretto" dall'uso disinvolto della questione di fiducia anche in sede di conversione di decreti legge, in un sistema nel

Da una parte, la Corte può irrogare l'ergastolo solo appagate particolari condizioni poiché la pena è quella detentiva a tempo determinato, in ogni caso per un periodo non superiore a 30 anni. Ai sensi dell'art. 77 dello Statuto, infatti, la pena dell'ergastolo può essere imposta solo se giustificata dall'*estrema gravità* del crimine e dalle *circostanze individuali* del condannato. Dall'altra parte, quello che davvero appare rilevante, è il fatto che, ai sensi dell'art. 110 dello Statuto, in caso di pena all'ergastolo, esiste un vero e proprio *dovere* della Corte di rivedere la sentenza dopo 25 anni di detenzione¹³.

Era obiettivamente difficile ipotizzare la non previsione dell'ergastolo e questo per il semplice fatto che non esiste ancora alcuna tradizione giuridica che rinneghi la pena perpetua, tuttavia, non solo l'ergastolo è una pena eccezionale e residuale entro le maglie dello Statuto, ma è espressamente previsto che si può trattare solo di un tipo di ergastolo, quello che ammette la *review*, nel caso specifico, dopo 25 anni. Si è quindi in presenza di un *Life Imprisonment* riducibile *de jure* e *de facto*¹⁴.

Questo è sicuramente un secondo esito della tradizione giuridica continentale. Basti considerare che gli Stati Uniti, la cui popolazione carceraria non ha eguali al mondo, più di 2.300.000 persone¹⁵, trattengono all'ergastolo più di 130.000 persone, delle quali 30.000 al *Life Without Parole*. Ciò significa che negli Stati Uniti l'ergastolo non solo non è una pena eccezionale e residuale, ma che è prevista nel 25% dei casi senza possibilità di accedere alla condizionale. Attualmente, a 30.000 esseri umani detenuti nelle carceri statunitensi è negata in tutti i modi la possibilità di fare richiesta di liberazione condizionale. L'unica possibilità che l'ordinamento ammette è la concessione della grazia (*pardon*) e della commutazione (*commutation*) da parte dei Governatori (o del Presidente in caso di reati federali), evento

quale gli Stati non sono più "soli" ad occuparsi di penale, è evidente che il richiamo al legislatore, quale responsabile quasi per definizione della scelta circa le pene, appare quanto meno problematico. Cfr. N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, pp. 315 ss.

¹² Lo Statuto della Corte sembra soddisfare il *nullum crimen sine lege* in misura maggiore di quanto avveniva in precedenza. Pur non prevedendo determinate pene per determinati crimini, "ha adottato un più dettagliato sistema sanzionatorio": così F. MANTOVANI, *Sui principi generali del diritto internazionale penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e di Procedura Penale*, 1-2/2003, p. 52. Per poter maggiormente soddisfare la legalità-determinatezza un ruolo fondamentale sarà quello delle legislazioni statali di attuazione.

¹³ Si noti subito che i 25 anni previsti dallo Statuto della Corte sono di frequente richiamati dalla Corte di Strasburgo come utile indicazione per prevedere un tempo certo dopo il quale la pena dell'ergastolo può essere riconsiderata. La Corte EDU ha sempre lasciato sul punto margine di discrezionalità agli Stati, tuttavia ha "suggerito" spesso di riferirsi al sistema della Corte penale internazionale.

¹⁴ A chi spetta la *review* dell'ergastolo? A chi lo ha irrogato, quindi alla Corte e non allo Stato incaricato dell'esecuzione della pena, il quale può non di meno chiedere alla Corte il trasferimento del condannato in altro Stato nel caso in cui la Corte rifiuti la domanda di scarcerazione anticipata presentata secondo le leggi dello stesso Stato di esecuzione della pena. È questa la soluzione adottata dalla legge italiana di prima attuazione dello Statuto, in particolare dall'art. 18 della legge n. 237 del 2012.

¹⁵ La Cina ha un numero minore di detenuti pur avendo una popolazione complessiva quattro volte maggiore di quella statunitense.

altamente improbabile¹⁶, considerata tra le altre cose l'incessante campagna elettorale che caratterizza il sistema statunitense sia a livello statale sia federale¹⁷.

Che lo Statuto della Corte penale internazionale, in materia di ergastolo, non sembra ispirarsi alla tradizione giuridica statunitense è dimostrato altresì dal recente cambio di passo in materia di ergastolo da parte della Corte di Strasburgo.

Se, prima del 2013, la Corte EDU aveva sempre ritenuto non in violazione dell'art. 3 CEDU l'ergastolo riducibile *de jure* e *de facto*, nel 2013, con *Vinter e altri vs Regno Unito* impone una decisa svolta alla propria giurisprudenza. E lo fa avendo di fronte uno Stato resistente non qualunque, ma il Regno Unito, ove era possibile per il giudice irrogare l'ergastolo senza alcuna *tariff*, ossia senza alcun periodo dopo il quale il condannato poteva chiedere la liberazione anticipata. L'unica possibilità che rimaneva era il potere che il Ministro della Giustizia aveva di scarcerare anticipatamente per motivi di salute, circostanza mai avvenuta nei confronti di un ergastolano senza tariffa (*Whole Life Sentence*).

La Corte di Strasburgo in *Vinter e altri vs Regno Unito* giudica il sistema inglese inumano e degradante poiché il condannato risulta privato della possibilità di sperare (*the right to hope*) di uscire un giorno (anche lontano) dal carcere, visto che nessuno nelle sue condizioni era mai stato liberato anticipatamente e considerato che i casi di scarcerazione anticipata previsti dalla normativa erano obiettivamente poco credibili. Non solo era il Ministro e non il giudice a decidere, ma i requisiti per eventualmente concedere la scarcerazione anticipata contemplavano una prognosi di morte di 3 mesi o una paralisi immobilizzante, insieme ad un rischio recidiva minimo¹⁸. E non serve nemmeno sottolineare che la percentuale di ergastolani nel Regno Unito, rispetto al totale dei detenuti, è simile a quella degli Stati Uniti (circa il 6%), molto più alta di quella continentale, ad esempio italiana (circa il 2%).

¹⁶ Non impossibile però, come dimostra l'esperienza della Presidenza Obama in materia di grazia e di commutazione delle pene. Il 31 marzo 2015 il Presidente ha commutato 22 sentenze tutte riguardanti delitti di possesso e distribuzione di droga. Di queste, 8 erano *Life Imprisonment*. In un'unica volta, Barack Obama ha commutato più pene del suo predecessore in due mandati.

¹⁷ Cfr. D. GALLIANI, *La più politica delle pene. La pena di morte*, Cittadella, Assisi, 2012, in particolare, pp. 80 ss. I dati sugli Stati Uniti vanno sempre rapportati alla percentuale di processi che finiscono col patteggiamento, circa il 90%. Spesso dimenticata del resto la questione riguardante il diritto di voto. Solo due Stati non prevedono restrizioni (Maine e Vermont). Tutti gli altri 48 Stati, più il Distretto di Columbia, negano il diritto di voto ai detenuti per i reati di *felony*. Tra questi, 35 negano il diritto di voto anche a chi è in *probation* e in *parole*. Infine, forse il dato più significativo, in 12 Stati il diritto di voto non si riacquista nemmeno dopo aver scontato la pena. E si consideri che i ristretti rappresentano solo il 25% di coloro ai quali è privato il diritto di voto, poiché il restante 75% (circa 2,6 milioni di cittadini, dei quali 2,2 milioni *African American*) è costituito da persone che vivono al di fuori del carcere. Per i dati, si veda il rapporto *The State of Civil and Human Rights in the United States* redatto dal *The Sentencing Project* e presentato al *Subcommittee on the Constitution, Civil Rights and Human Rights* del Senato degli Stati Uniti il 9 dicembre 2014, disponibile al sito internet dello stesso *Sentencing Project*. A fronte di tali numeri, più che fondate le osservazioni di coloro che sostengono che la privazione del diritto di voto sia utilizzata anche in chiave elettorale: vista la provenienza della maggior parte dei ristretti (neri, poveri, poco istruiti), considerata la loro propensione di voto, meglio evitare che i voti vadano a favore del *competitor*.

¹⁸ Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi la Corte di Strasburgo*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2013, in specie, pp. 8 ss.

La Corte di Strasburgo, dopo *Vinter*, letteralmente non si è più fermata ed ha esplicitamente preso di mira il *Life Without Parole*. Nel 2014 tre sentenze, tutte per dichiarare la violazione dell'art. 3 CEDU: costituiscono pene e trattamenti inumani e degradanti il *Life Without Parole* previsto in Turchia, (*Ocalan vs Turchia 2*), quello della Bulgaria (*Harakchiev and Tolumov vs Bulgaria*) ed anche l'extradizione negli Stati Uniti con il rischio di essere condannati al *Life Without Parole* (*Trabelsi vs Belgio*)¹⁹.

È pertanto possibile esporre una prima riflessione. Se nello Statuto della Corte penale internazionale non è presente l'ergastolo senza possibilità di accedere alla condizionale – essendo previsto un dovere della Corte di rivedere la sentenza dopo 25 anni (l'art. 110 dello Statuto parlando di “*shall review*” è inequivocabile) – è merito della tradizione giuridica continentale, compendiata dalla Corte di Strasburgo, che attribuisce alla CEDU sempre più il valore di un “*constitutional instrument of European legal order*”²⁰. Ed è stata la prima volta che, a livello internazionale, si è approvato un documento giuridicamente vincolante, lo Statuto, non solo *Death Penalty Free* ma anche *Life Imprisonment Without Parole Free*. In effetti, non era mai accaduto²¹. A tacere di altre disposizioni dello Statuto che confermano siffatta conclusione²².

¹⁹ In particolare, merita di essere segnalata la opinione parzialmente dissenziente del giudice Paulo Pinto nel caso *Ocalan vs Turchia 2*, che rappresenta una delle più articolate e approfondite riflessioni mai scritte (da un giudice in una sentenza) sulla problematicità dell'ergastolo. Una posizione invece in controtendenza è riscontrabile nel recente *Hutchinson vs Regno Unito* del 3 febbraio 2015, IV sezione. I giudici di Strasburgo sembrano accontentarsi di quanto affermato da una decisione interna inglese dopo *Vinter*, in base alla quale il Ministro della Giustizia era *obbligato* a scarcerare anticipatamente nei casi previsti dalla legge. Prima era discrezionale, ora è obbligatorio. Non si vede però quale reale beneficio possa trarne il detenuto rispetto al fulcro del caso *Vinter* e al suo *right to hope*. La scarcerazione dipende non da comportamenti consapevolmente indirizzati al ravvedimento, ma solo da circostanze legate a patologie mediche. È vero che dopo la pronuncia interna il sistema appare più chiaro, ma nella sostanza non cambia molto poiché il detenuto non è in grado di sapere anticipatamente come comportarsi ai fini di una possibile scarcerazione (tra l'altro) ministeriale.

²⁰ Sullo *ius commune* europeo in materia di *human rights*, cfr. P. BILANCIA, *The Dynamics of the EU Integration and the Impact on the National Constitutional Law. The European Union After the Lisbon Treaty*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 142 ss.

²¹ Ad oggi, sono 123 gli Stati che hanno ratificato lo Statuto. È presto per sostenere che, al pari del divieto della pena di morte e di quello di pene inumane e degradanti, anche la proibizione del *Life Without Parole* costituisce un principio generale del diritto, vincolante la giustizia penale internazionale. La direzione è però segnata e non riguarda *solo* determinate categorie, come ad esempio i minorenni e le donne in stato di gravidanza.

²² Si consideri l'art. 78 dello Statuto in materia di determinazione della pena in caso di concorso di reati. In nessun caso la pena massima può superare i 30 anni di detenzione o l'ergastolo ma sempre considerando l'estrema gravità e le circostanze individuali del condannato. Non è quindi previsto alcun automatismo e pertanto l'ergastolo, anche nel caso di concorso di reati, deve essere giustificato a seconda del singolo reato e della sua estrema gravità. Lo Statuto di Roma accoglie pertanto il *Totally Principle*, in base al quale si deve considerare il comportamento del soggetto complessivamente manifestatosi nella pluralità delle singole violazioni piuttosto che la somma aritmetica delle pene per queste stabilite. Sul punto manca ancora una giurisprudenza consolidata dalla quale poter evincere il concreto funzionamento del cumulo, anche se alcuni ritengono che il concorso di reati potrebbe invero costituire nella pratica il terreno fertile proprio per l'applicazione dell'ergastolo (cfr. D. PIVA, *Le sanzioni nello Statuto della Corte penale internazionale*, in *ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik)*, 3/2008, p. 147). Inoltre, riferendosi alle Regole di procedura e di prova, la *rule* 146 dispone che la Corte, se il condannato non soddisfa il pagamento dell'eventuale sanzione pecuniaria, può decidere di aumentare di un quar-

4. La posizione dello Stato italiano

La conclusione cui si è giunti appare rilevante per gli stessi Stati appartenenti alla tradizione giuridica continentale, a partire dall'Italia, la quale costituisce un laboratorio di analisi realmente indicativo, soprattutto perché poche Costituzioni dedicano così tante disposizioni alla materia penale come quella italiana²³.

È vero che l'ordinamento italiano non deve (per il momento) risolvere il problema costituzionale avutosi in Portogallo, ma rimane un'officina di lavoro interessante²⁴. Se è anche "merito" italiano l'assenza della pena di morte e dell'ergastolo senza condizionale entro lo Statuto della Corte penale internazionale²⁵, lo stesso Stato italiano deve comportarsi coerentemente in fase di (secondo) adeguamento della legislazione allo Statuto di Roma²⁶.

to o di 5 anni al massimo la detenzione, sempre con il limite dei 30 anni. Ebbene, a tale proposito, è *espressamente* previsto che non è possibile in alcun caso estendere la pena dell'ergastolo. Essendo per definizione non estendibile la pena perpetua si potrebbe ritenere ovvia e scontata la regola appena descritta, tuttavia i redattori delle Regole avrebbero potuto (ad esempio) prevedere un'estensione del tempo trascorso il quale la Corte deve rivedere la pena dell'ergastolo. Così non è stato e ciò indica, ancora una volta, che la pena dell'ergastolo esiste ma è residuale e comunque sempre riducibile *de jure* e *de facto*.

²³ Altri Paesi hanno avuto problemi per quanto riguarda la pena dell'ergastolo, prevista dallo Statuto della Corte ma non ammessa dalla Costituzione statale. Se il Brasile e il Messico hanno modificato la Costituzione e il Costa Rica ha proceduto in tal senso solo dopo una decisione del Tribunale Costituzionale, in Colombia si è prima modificata la Costituzione e poi si è avuta una decisione della Corte costituzionale sulla modifica. La Corte colombiana, nella sentenza n. 578 del 2002, giudicò legittima la scelta del legislatore di prevedere l'ergastolo solo per i reati di competenza della Corte internazionale. Su questi problemi, cfr. V. ZANETTI, *Lo Statuto della Corte penale internazionale come problema costituzionale*, Tesi di dottorato in diritto costituzionale, XXI ciclo, Università degli Studi di Ferrara, in specie, pp. 62 ss. Sui problemi costituzionali riguardanti la ratifica dello Statuto della Corte penale internazionale, compresi quelli rispetto l'ergastolo, molto utile anche la consultazione dei *Reports della Venice Commission* del Consiglio d'Europa. In particolare, i due *Reports su Constitutional Issues Raised by the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court*, adottati in *Plenary Meeting*, rispettivamente, il 15-16 dicembre 2000 e il 17-18 ottobre 2008.

²⁴ In Portogallo la Costituzione vieta esplicitamente l'ergastolo. Ai sensi dell'art. 30, I comma, Cost.: "*Não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida*". Il problema in sede di ratifica dello Statuto della Corte era di difficile soluzione. Si potevano seguire due vie. La prima, problematica, di apposizione di una clausola di riserva: il Portogallo si dichiarava disponibile ad accogliere i condannati solo nel caso in cui non fosse stata per loro irrogata la pena dell'ergastolo. La seconda, di modifica esplicita della Costituzione, non essendo possibile utilizzare le clausole di adeguamento dell'ordinamento alla giustizia penale internazionale, stante il conflitto esplicito con la disposizione di cui all'art. 30, I comma, Cost. Si è scelto di seguire la seconda strada. Nel 2001 è stato inserito un comma aggiuntivo all'art. 7 Cost. che così dispone: "*Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma*".

²⁵ La Corte di Strasburgo in *Vinter*, per fondare la violazione dell'art. 3 CEDU, richiama la (costituzionale) dignità umana tedesca e la (costituzionale) rieducazione italiana.

²⁶ L'Italia è stato il primo Paese in Europa a ratificare lo Statuto e il quarto in assoluto. Sulle iniziali prospettive, cfr. V. ZANETTI, *Attuazione dello Statuto della Corte penale internazionale: alcuni nodi costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2010, pp. 773 ss. Sulla legge n. 237 del 2012, si vedano E. GUARDUCCI, *Il parziale adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale nella legge n. 237 del 2012*, in *federalismi.it*, Focus Hu-

Si tratta di una questione dal fondamentale significato costituzionale, come dimostrano talune leggi di ratifica dello Statuto²⁷. Viste le caratteristiche odierne del diritto penale – populista, simbolico, compulsivo, d'autore (solo per indicare taluni aggettivi²⁸) – non è difficile attendersi dalla politica (italiana) talune fughe in avanti. Se la “torsione” del moderno diritto penale è favorita dalla crisi della politica, è evidente che l'ordinamento italiano è da considerare in modo particolarmente attento.

La prima attuazione dello Statuto, d'altro canto, non promette bene, se solo si considera che il legislatore si è premurato di prevedere esplicitamente la possibilità di applicare il regime del carcere duro, di cui all'art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario, anche ai condannati in sede di Corte penale internazionale. A tacer d'altro, si è trattato di una scelta incoerente con le finalità di questo problematico (incostituzionale?) regime penitenziario²⁹.

È facile prefigurare lo *slogan* con il quale il legislatore affronterà il problema del secondo adeguamento allo Statuto della Corte, quello più rilevante, visto che si dovranno definire le pene per taluni reati ancora non previsti nel nostro ordinamento: a fronte dei crimini dei quali si sta discutendo (genocidio, crimini contro l'umanità, uso di scudi umani, solo per fare alcuni esempi) non si possono ammettere pene blande, pertanto la parola d'ordine sarà tolleranza zero. Se non si prevede l'ergastolo in questi casi in quali altri lo si può fare?

Qui risiede il problema costituzionale. Il populismo penale, che si alimenta di retribuzione, di nuova retribuzione ma anche di proporzionalità, deve trovare un argine nella Costituzione, nel caso sfruttando la recente giurisprudenza in materia della Corte di Strasburgo. È verissimo che in talune circostanze il livello di garanzia dei diritti raggiunto nel nostro ordinamento è più alto di quello prospettato dalla Corte EDU, ma non si dovrebbe dimenticare che la crisi della politica (particolarmente avvertita in Italia) significa anche crisi della Costituzione (di continuo delegittimata) e che, pertanto, potrebbe anche considerarsi da un certo punto di

man Rights, 1/2013, pp. 1 ss., ancora V. ZANETTI, *Necessaria ma non sufficiente. La legge n. 237 del 2012 di adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale*, in *Studium Iuris*, 9/2013, pp. 939 ss. e C. PIVIDORI, *La legge italiana di adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 1/2014, pp. 1 ss.

²⁷ In particolare quanto accaduto in Spagna, ove l'ergastolo, al momento, non è previsto. La legge di ratifica dello Statuto (legge 24 ottobre 2000) ha esplicitamente disposto che la Spagna è disponibile a ricevere le persone condannate dalla Corte penale internazionale a condizione che la lunghezza della pena imposta non ecceda il massimo previsto per qualsiasi reato nella legislazione nazionale, che, ai sensi dell'art. 36 del Codice penale, è attualmente di 20 anni.

²⁸ Cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, 2008, il quale, pur occupandosi degli autori di reato non imputabili, tratteggia in modo chiaro ed efficace il volto dell'odierno diritto penale.

²⁹ L'art. 17 della legge n. 237 del 2012 prevede la possibilità del Ministro della Giustizia di disporre, informando la Corte penale internazionale, il regime del carcere duro per i condannati che scontano la pena nel territorio italiano. Che si tratti di una previsione incoerente con gli scopi del carcere duro è evidente, visto che *quel* regime carcerario è stato introdotto e poi esteso soprattutto per fini di collaborazione con la giustizia italiana. Sui dubbi di costituzionalità del carcere duro, cfr. A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in *Volte e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. Corleone, A. Pugiotto, Ediesse, Roma, 2013, pp. 193 ss.

vista “normale”, in alcuni ambiti, ricorrere all’ausilio della giurisprudenza internazionale, in specie quella di Strasburgo³⁰.

Intanto – come ha sostenuto la Corte EDU nel 2014 nel caso *Ocalan*, a fronte delle rimostranze del Governo turco per il quale, dopo aver abrogato la pena di morte, altra pena non si poteva prevedere, per i reati commessi da Ocalan, se non l’ergastolo senza condizionale – una pena può essere inumana e degradante *indipendentemente* dal reato per il quale è prevista. Nemmeno il più grave dei reati immaginabili può giustificare una determinata pena se questa è inumana e degradante. Il che significa che, almeno per una volta, dall’Europa non giungono segnali retribuzionisti. Da questo punto di vista, vi è una perfetta sintonia tra l’art. 3 CEDU e l’art. 27, III comma, Cost., soprattutto tra come sono stati interpretati, rispettivamente, dalla Corte EDU e dalla Corte costituzionale italiana. Una pena viola insieme le due disposizioni (è quindi inumana) se non è ridicibile *de jure* e *de facto*. Di questo il legislatore italiano deve essere consapevole. Prevista esplicitamente la possibilità del carcere duro per i condannati della Corte penale internazionale, il legislatore meglio eviti discussioni sulla possibilità di prevedere anche la pena dell’ergastolo ostativo³¹.

Al contrario, l’adeguamento allo Statuto da parte della legislazione italiana potrebbe essere *il* momento opportuno per tornare a discutere della compatibilità costituzionale della stessa pena dell’ergastolo. In effetti, l’abrogazione totale della pena di morte è avvenuta anche perché il nostro Paese non si poteva più permettere di essere capofila nella campagna per la moratoria universale in sede di Nazioni Unite e allo stesso tempo mantenere in Costituzione l’eccezione relativa al tempo di guerra. Da questo punto di vista, per quanto tempo ancora l’Italia potrà permettersi di essere all’estero capofila per un diverso diritto penale costituzionalmente orientato (avversando le proposte provenienti da altre tradizioni giuridiche) e invece al proprio interno continuare a prevedere smisurati aumenti edittali di pena, un crescere incessante di reati ostativi, un uso sempre più frequente della detenzione in regime di carcere duro, finanche una crescita esponenziale del numero degli ergastolani? Dove risiede la coerenza di un Paese che all’estero professa la cancellazione dell’ergastolo senza possibilità di accedere alla condizionale e al proprio interno detiene alla pena dell’ergastolo sempre più persone, 318 nel 1981, 308 nel 1990 e 1.584 nel 2014, in quest’ultimo caso dei quali quasi 2/3 all’ostativo? Ed il punto è che non si tratta solo di una questione di credibilità internazionale, è prima di ogni altra cosa un problema di ordine costituzionale.

³⁰ Anche fosse solo nei casi più consolidati, tra i quali, secondo la Corte costituzionale italiana, sentenza n. 49 del 2015, rientrano le sentenze “pilota” e quelle adottate in sede di Grande Camera. Da valutare, però, tra le altre cose, il fatto che spesso la Corte EDU adotta decisioni (molto argomentate) di non violazione della CEDU per tramite di declaratorie di inammissibilità, contro le quali non è possibile ricorrere alla Grande Camera.

³¹ Sulla tendenza del nostro legislatore ad introdurre sanzioni penali sotto forma di norme penitenziarie, al di là delle garanzie costituzionali, cfr. R. GRIPPO, *Illegittimità dell’isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, “41 bis” e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 marzo 2012. Sull’ergastolo ostativo, cfr. A. PUGIOTTO, *L’ergastolo ostativo*, relazione al convegno *Senza l’ergastolo. Per una società non vendicativa*, Padova, 6 giugno 2014, reperibile in www.lifeimprisonment.eu.

D'altro canto, le ulteriori e necessarie riflessioni costituzionalistiche sul problema dell'ergastolo appaiono opportune anche considerando che pure negli Stati Uniti siffatta pena non rappresenta più un tabù. Dichiarata incostituzionale, in determinate circostanze, la pena di morte, anche il *Life Without Parole* – che da parte di alcuni è significativamente definita una sorta di *America's New Death Penalty*³² – inizia ad accusare i primi “cedimenti”³³. Lo dimostrano due recenti sentenze dalla Corte Suprema: dapprima, nel 2010, in *Graham vs Florida*, 6 voti contro 3, ha dichiarato incostituzionale il *Life Without Parole* per i minori di 18 anni in casi diversi dall'omicidio e, dopo, nel 2012, in *Miller vs Alabama*, 5 voti contro 4, lo stesso ma questa volta rispetto al *mandatory Life Without Parole* sempre nei confronti dei minori di 18 anni.

Ciò non significa che la sorte dell'ergastolo negli Stati Uniti sia segnata³⁴ dal momento che è facile immaginare che le *lobbies* continueranno a garantire finanziamenti solo a leggi del tipo di quelle del *terzo strike*³⁵. Eppure, il recente sviluppo statunitense può servire da esempio al nostro Paese, nel quale è praticamente impossibile stabilire quali debbano essere i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico da tenere fermi e saldi, soprattutto per quanto riguarda la “massima” pena dell'ergastolo. Non che siano immodificabili, ma, se non si riesce a trovare un minimo accordo, tende a scomparire la loro caratteristica principale, quella di essere principi appunto fondamentali³⁶.

³² Cfr. *Life Without Parole. America's New Death Penalty?*, edited by C. J. OGLETREE JR. and A. SARAT, New York University Press, New York, 2012.

³³ Degna di nota, la decisione *Jones* della *Central District of California* del 16 luglio 2014, che, senza menzionarlo, fa proprio il ragionamento della Corte di Straburgo espresso nel caso *Soering*. Secondo la Corte californiana, la pena di morte, in California, è incostituzionale poiché lasciare in attesa dell'esecuzione capitale una persona per più di 20 anni è da considerare *cruel and unusual*. La pena perde peraltro qualsiasi *penological purpose*. Vi è un passo iniziale della sentenza che merita di essere riportato: “*Systemic delay has made their execution so unlikely that the death sentence carefully and deliberately imposed by the jury has been quietly transformed into one no rational jury or legislature could ever impose: life in prison, with the remote possibility of death*”. E dato che la situazione del ricorrente del caso specifico appare simile a quella di molti altri condannati alla pena capitale, è più che lecito attendersi che siffatta argomentazione, posta esattamente in termini di razionalità, possa fare breccia in altre e altrettanto sensibili Corti statali statunitensi.

³⁴ Non va dimenticato, in ogni caso, che negli Stati Uniti, negli anni sessanta-settanta del Novecento, come del resto avvenuto altrove, il movimento per la tutela dei diritti dei detenuti sollevò una critica radicale proprio alla previsione di pene indeterminate: cfr. G. P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale* (1998), il Mulino, Bologna, 2004, pp. 50 ss. Sulle *Truth In Sentencing laws (TIS)* e sui sistemi di *Good Conduct Time (CGT) release* cfr. M. O'HEAR, *Good Conduct Time for Prisoners: Why (and How) Winsconsin Should Provide Credits Toward Early Release*, in *Marquette Law Review*, 1/2014, pp. 487 ss.

³⁵ In quasi tutti gli Stati degli Stati Uniti nel corso degli ultimi anni sono state approvate diverse legislazioni di questo tipo. Al terzo reato, indipendentemente dai precedenti, la pena è automaticamente l'ergastolo, senza discrezionalità del giudice. Cfr. E. GRANDE, *Il terzo strike. La prigionia in America*, Sellerio, Palermo, 2007.

³⁶ A poco serve prevedere che non si debbano riconoscere le sentenze della Corte penale internazionale nel caso in cui contengano disposizioni contrarie (appunto) ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico (cfr. art. 16, III comma, lett. b della legge n. 237 del 2012). Non varrebbe sostenere che non è compito della politica ma del giudice individuarli, poiché il giudice, persino quello costituzionale in alcuni momenti, è un interprete *case by case*, che si riferisce al caso concreto (cfr. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Franco Angeli, Milano, 2013, pp. 69 s.). Senza considerare che in particolare al giudice penale è

5. Il ruolo delle vittime e dei loro parenti.

In un consesso incaricato di redigere e approvare uno Statuto di una Corte penale internazionale non era ipotizzabile che a prevalere fossero sempre determinate tradizioni giuridiche. Realistiche considerazioni di convenienza hanno portato ad accogliere, nelle trame dello Statuto, taluni “postulati” della tradizione giuridica anglosassone, soprattutto di quella statunitense³⁷.

Riferendosi all’ergastolo, si deve registrare, questa volta, un’affermazione anglosassone, in particolare per il peso attribuito alle vittime dei reati e soprattutto ai loro parenti. Sul ruolo preponderante che le vittime dei reati (ed i loro parenti) hanno acquisito nel tempo in Paesi quali gli Stati Uniti, ma anche il Regno Unito, non occorre fermarsi. Si può considerare un dato di fatto. Come del resto appare evidente che ciò stia avvenendo anche in sistemi penali tradizionalmente reocentrici, come quelli continentali³⁸. Il punto è che nelle maglie dello Statuto di Roma le vittime del reato e i loro parenti hanno un ruolo di non poco conto proprio in riferimento all’ergastolo.

Da una parte, è lo stesso art. 110 dello Statuto a prevedere che al momento della *review* dell’ergastolo si debbano tenere in considerazione, oltre alla disponibilità del condannato a cooperare con la Corte, anche l’assistenza offerta dal condannato ai mezzi approntati a beneficio delle vittime del reato. In altri termini, la decisione del collegio, in sede di *review* dell’ergastolo, dipende anche dal comportamento del condannato nei confronti delle vittime del reato. Dall’altra parte, ai sensi delle Regole di procedura e di prova, in specie la *rule* 145, la Corte, in sede di determinazione della pena, deve considerare, oltre alla colpevolezza della persona e alle attenuanti e alle aggravanti, l’*estensione* del danno causato, in particolare (e per prima cosa) la sofferenza arrecata alle vittime e ai loro parenti.

Anche in materia di attenuanti e aggravanti la questione delle vittime gioca un ruolo significativo. Sempre ai sensi della *rule* 145, costituisce un’attenuante, oltre alla sostanziale diminuzione della *mental capacity*, il comportamento tenuto dalla persona dopo il fatto ipotizzato come reato, inclusi gli sforzi *to compensate* le vittime. Per quanto riguarda le aggravanti, oltre a precedenti condanne dinanzi alla Corte e alla perpetrazione dei crimini mediante abu-

fatto divieto di analogia. Sulla questione, cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Cortina, Milano, 2000.

³⁷ La *Real Politik* incicia anche l’apporto, peraltro complesso, del lavoro scientifico comparatistico degli studiosi: così M. CHERIF BASSIOUNI, *Diritto penale internazionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Giuffrè, Milano, 2007, p. 499 (vale la pena ricordare che l’Autore è stato *Chair* del *Drafting Committee* dello Statuto di Roma).

³⁸ Sulla questione, il lavoro più aggiornato è M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, Jovene, Napoli, 2015. Caso di particolare interesse quello belga. La riforma dell’ordinamento penitenziario è stata molto recente (2005 e 2006) e si è quindi proceduto considerando *direttamente* anche la questione del ruolo delle vittime e dei loro parenti. Il risultato è pertanto stato quello di una riforma delle disposizioni riguardanti il carcere, la liberazione anticipata e altri profili molto influenzata dalla questione del ruolo delle vittime e dei loro parenti. Non così in Italia: né la riforma del 1975 né la legge Gozzini sono state approvate in un contesto culturale propenso a valorizzare il ruolo delle vittime del reato e dei loro parenti ed anche per questo, come si dirà nel prosieguo, tale ruolo si è sempre più imposto in via *de facto*.

so di potere o in veste di pubblico ufficiale, è prevista la commissione del crimine nei confronti di vittime particolarmente indifese o con modalità cruente nei confronti di più vittime.

Alcune di queste ultime disposizioni richiamate non comportano particolari problemi, appaiono pienamente compatibili con un diritto penale costituzionalmente orientato. Così in materia di aggravanti. Nessuna questione se si prevede un'aggravante quando il crimine è commesso non contro una ma più vittime. Lo stesso quando le vittime appaiono particolarmente indifese. Si tratta di applicare l'universalmente riconosciuto canone di eguaglianza-ragionevolezza, che permette, anzi impone, di trattate in modo differente situazioni differenti e solo situazioni eguali in modo eguale.

I dubbi però esistono negli altri casi. Certo che il comportamento del condannato nei confronti delle vittime può avere un qualche peso nella dinamica della determinazione della pena, ma non sembra opportuno far dipendere da ciò la possibile *review* dell'ergastolo.

E non solo perché questa avviene dopo 25 anni di detenzione. Il problema è prima di tutto di ordine costituzionale, per così dire strutturale. Il "naturale" interlocutore rispetto alle vittime di un reato è (e dovrebbe rimanere) lo Stato, non il reo. Il primo, a differenza del secondo, è capace ed ha la possibilità di fornire tutti i necessari mezzi per superare le conseguenze drammatiche del crimine, dai supporti di tipo psicologico a quelli finanziari, solo per fare due esempi. Senza considerare che la colpevolezza di una persona, parametrata anche rispetto all'atteggiamento tenuto nei confronti delle vittime e dei loro parenti, è stata una volta per sempre accertata in sede di determinazione della pena. Perché ri-valutarla dopo più di due decenni di detenzione, al momento della *review* dell'ergastolo, si noti, anche se si tornerà nel prosieguo, in un sistema come quello dello Statuto che tace circa gli scopi e le funzioni della pena?

Riflettendo meglio, attribuire un ruolo di fondamentale significato alle vittime e ai loro parenti suscita più di una perplessità anche in sede di determinazione della pena. L'estrema gravità del crimine e le circostanze individuali della persona, gli unici due criteri che possono giustificare l'irrogazione dell'ergastolo, non possono tararsi unicamente rispetto alla sofferenza arrecata alle vittime e soprattutto ai loro parenti. È forse meno colpevole una persona in grado di garantire una certa somma in denaro ai parenti delle vittime? Quanto può essere oggettivo il giudizio della Corte se deve misurarsi anche con il dolore arrecato ai parenti delle vittime, per definizione soggettivo, contingente, sicuramente diverso da caso a caso³⁹?

Senza considerare che si sta discutendo della giurisdizione di una Corte internazionale, chiamata a giudicare crimini che probabilmente non hanno mai come vittime poche persone. Di qui il rischio di processi estremamente lunghi (i crimini previsti dalla Corte sono tutti imprescrittibili ex art. 29 dello Statuto), con una sentenza di condanna che arriverà molto dopo l'inizio del processo, finendo per ritardare oltremisura proprio quel sentimento di giustizia

³⁹ Infatti, negli Stati Uniti le *Victim Impact Statement (VIS)* furono dichiarate incostituzionali dalla Corte Suprema nel 1987, la quale solo successivamente, nel 1991, tornò sulla decisione, sostenendo che la giuria aveva il diritto di conoscere il dolore dei parenti delle vittime: cfr. D. GALLIANI, *La più politica delle pene. La pena di morte*, cit., pp. 87 ss. Sulle *VIS* ad ogni modo cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003, in particolare, pp. 156 ss.

tanto importante per il soddisfacimento dei parenti delle vittime. Un vero e proprio circolo vizioso sul quale serve porre attenzione: più vittime e loro parenti si ascoltano durante il processo, più aumenta la possibilità di dare loro un primo “assaggio” di giustizia, ma, inevitabilmente, i processi tenderanno a durare molto, scemando quell’iniziale assaggio di giustizia, visto che la sentenza finale di condanna arriverà molto dopo i fatti commessi. È questo ciò di cui hanno bisogno le vittime e i loro parenti? Non sarebbe più efficace un immediato intervento diretto dello Stato per farsi carico dei loro problemi, sicuramente drammatici e impellenti? Non si rischia altrimenti di deresponsabilizzare lo Stato stesso, che scarica sul penale ciò che dovrebbe essere affrontato utilizzando altri strumenti?

Paradigmatici dei problemi fin qui discussi sono i *criteria* da seguire per la *review* dopo 25 anni del *Life Imprisonment*. Ai sensi della *rule 223* della Regole di procedura e di prova, tre giudici della *Appeals Chamber* della Corte devono tenere in considerazione *a*) la condotta durante la detenzione, in particolare la genuina dissociazione dai crimini, *b*) la prospettiva della risocializzazione e il suo *successful resettlement*, *c*) l’eventuale instabilità sociale *post* scarcerazione anticipata e, soprattutto, *d*) *any significant action taken by the sentenced person for the benefit of the victims as well as any impact on the victims and their families as a result of early release*⁴⁰.

Da un certo punto di vista, meglio che tale ultimo (e problematico) criterio sia stato espressamente codificato, poiché spesso, sicuramente entro l’ordinamento italiano, il ruolo delle vittime e soprattutto dei loro parenti non è esplicitamente previsto nei testi legislativi. Le considerazioni circa l’atteggiamento del condannato nei confronti delle vittime e dei loro parenti riescono spesso ad imporsi *de facto*. È come se vivessero di propria *auctoritas*, in grado addirittura di orientare i giudizi finali nonostante i testi formali⁴¹. Viene naturale domandarsi a tale proposito se sia davvero un caso che l’erompere nella materia penale (non solo processuale) del ruolo delle vittime e dei loro parenti anche nella tradizione giuridica continentale sia avvenuto proprio in tempi recenti, caratterizzati da un’influenza dei mezzi di informazione mai verificatasi in precedenza⁴².

In ogni caso, ancorché esplicitamente prevista, la questione del ruolo della vittima e dei parenti, in sede di *review* del *Life Imprisonment*, resta problematica. Sempre considerando la peculiarità della giustizia penale internazionale, innanzitutto la gravità dei crimini per i quali la Corte ha giurisdizione, sarebbe difficile immaginare una scarcerazione anticipata di

⁴⁰ L’ultima circostanza è costituita dalle condizioni individuali del condannato, inclusi *worsening state of physical or mental health or advantage age*.

⁴¹ In Italia, se si considerano la grazia e la liberazione condizionale, l’ultima decisione spetta, rispettivamente, al Capo dello Stato e al Tribunale di Sorveglianza. In entrambi i casi, il ruolo delle vittime e dei loro parenti “erompe” *de facto*, spesso in modo più che significativo. Quirinale e uffici del Ministero della Giustizia svolgono accurate indagini per raccogliere materiale propedeutico alla decisione finale, tra cui anche le osservazioni delle vittime e soprattutto dei loro parenti. Anche i Tribunali di Sorveglianza, pur dovendo *de jure* valutare unicamente il sicuro ravvedimento, di frequente attribuiscono particolare considerazione alla questione del perdono del familiare della vittima.

⁴² Sul problema, cfr. C. E. PALIERO, *L’agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, pp. 95 ss.

una persona condannata all'ergastolo (quindi ritenuta colpevole di crimini *estremamente gravi*) che possa non avere *impact* per le vittime e i suoi familiari.

D'altro canto, l'ipotetica concessione della *review* deve tenere in considerazione *any impact*, quindi *ogni* possibile conseguenza derivante dalla scarcerazione anticipata. Da questo punto di vista il problema è duplice, sorge una questione di indeterminatezza per così dire al quadrato. Già non è semplice valutare la *extreme gravity* di un crimine, necessaria per irrogare l'ergastolo. Se poi, in sede di *review*, si devono tenere in considerazione *any impact* sulle vittime e i loro parenti, allora il sistema è davvero deficitario quanto a determinatezza.

Ha ragione chi lo definisce rudimentale⁴³. E quel che è problematico è che un tale meccanismo rischia di far diventare l'ergastolo *de facto* non più riducibile: la Corte, dopo 25 anni, potrà sempre *de jure* scarcerare anticipatamente un condannato, ma *de facto* risulterà arduo provare che non ci sia un impatto negativo tra le numerose persone vittime del reato e soprattutto tra i loro parenti.

Fermo restando che, al pari delle conseguenze dei crimini contemplati nello Statuto, che non possono quasi per definizione riguardare solo una cerchia ristretta di persone, così è molto probabile che sarà difficile giungere ad una conclusione "sicura", oltre ogni ragionevole dubbio, circa la personale responsabilità del condannato. Se i crimini sono così gravi e se hanno una estensione così vasta (crimini contro l'umanità, crimini di genocidio), è assai difficile attribuirne la responsabilità in capo ad una sola persona. Che non dovrà per questo restare impunita, ma che allo stesso modo non potrà essere chiamata a rispondere per tutti⁴⁴, fino a concludere, in caso di *review* negativa, il resto della vita dietro le sbarre di una cella, dipendendo questa possibilità dal ruolo delle vittime e dei loro parenti⁴⁵.

6. Costituzioni e vittimologia

Non è questa la sede per discutere in modo più approfondito sul ruolo delle vittime e soprattutto dei loro parenti entro un sistema penale costituzionalmente orientato⁴⁶. Di certo vi è che, in questo ambito, la giustizia penale internazionale si trova accompagnata dal modo di

⁴³ L'aggettivo è utilizzato, a proposito dei criteri per la commisurazione giudiziale della pena, da E. FRONZA, *Le sanzioni*, in *La Corte penale internazionale. Organi – Competenza – Reati – Processo*, coordinato da G. Lattanzi e V. Monetti, Giuffrè, Milano, 2006, p. 529.

⁴⁴ Si discute anche di "*show trial*" in riferimento ai processi penali internazionali: cfr. E. FRONZA, *Le sanzioni*, in E. Amati, V. Caccamo, M. Costi, E. Fronza, A. Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*, II ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 327.

⁴⁵ Sulla questione della responsabilità personale nel diritto penale internazionale, cfr. A. M. MAUGERI, *La responsabilità dei leader nel diritto e nella giurisprudenza internazionale penale*, in *Indice penale*, 1/2011, pp. 253 ss.

⁴⁶ Da un punto di vista costituzionalistico, molto critico, cfr. A. PUGIOTTO, *Cortocircuiti da evitare. Dimensione costituzionale della pena e dolore privato delle vittime*, in *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, a cura di F. Corleone, A. Pugiotto, Ediesse, Roma, 2012, pp. 157 ss. e ID., «*Preferevoli di no*». *Il piano pericolosamente inclinato della giustizia riparativa*, in *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. Corleone, A. Pugiotto, cit., pp. 253 ss.

essere del diritto penale europeo, sia dell'Unione sia di Strasburgo. In entrambi i casi, trattasi di un diritto penale simbolico, compulsivo e particolarmente attento alla questione delle vittime e dei loro parenti⁴⁷.

Da questo punto di vista la posizione degli Stati della tradizione giuridica continentale si complica. Si prenda il caso italiano: è giusto cavalcare l'onda del diritto penale vittimocentrico, foraggiata dalla giustizia penale internazionale e da quella europea, oppure è opportuno considerare in modo attento tutti i vantaggi ma anche i possibili svantaggi di un tale approccio?

Ancora una volta, si tratta di una indiscutibile e formidabile questione costituzionale. Per fondare un compiuto diritto penale vittimocentrico si dovrebbe essere in grado (quanto meno e per prima cosa) di scovarne gli assi portanti in Costituzione. Ma, se esistono, quali sono? Se il Codice penale è la *Magna Charta* del reo è evidente che la Costituzione non può essere, al contrario, la "panacea" della visione vittimocentrica⁴⁸. È certamente sbagliato leggere la Costituzione penale italiana con gli occhiali del Codice penale, semmai deve essere l'esatto opposto. Ma la questione non cambia: Costituzione e Codice, almeno in Italia e così in buona parte degli Stati della tradizione giuridica continentale, sono stati pensati in chiave reocentrica e, sicuramente, non hanno ancora smesso di funzionare come istituti di garanzia per coloro che commettono un reato⁴⁹.

⁴⁷ Si vedano almeno C. SOTIS, *Il diritto senza Codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012 e ancora C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, Roma, 2012. D'obbligo la citazione anche di A. Bernardi, che si è occupato del problema del diritto penale europeo da tempo e in più occasioni: cfr. A. BERNARDI., *I tre volti del "diritto penale comunitario" e Il problema di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, entrambi in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, rispettivamente, 2/1999, pp. 333 ss. e 4/2002, pp. 673 ss.; e poi ID., *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, Tomo II, pp. 461 ss.; e ancora ID., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive e Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, entrambi in *Rivista Italiana di Diritto e di Procedura Penale*, rispettivamente, 1/2008, pp. 76 ss. e 2/2011, pp. 536 ss. Infine, ID., *Cinque tappe nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Note di un penalista*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 3-4/2013, pp. 551 ss.

⁴⁸ Se non si vuole allargare oltremodo l'interpretazione dell'art. 2 Cost. in materia di diritti inviolabili dell'uomo, non rimangono molte altre disposizioni utili. Si potrebbe sviluppare la copertura costituzionale delle vittime del reato e dei loro parenti sempre entro l'art. 2 Cost., questa volta sul versante dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Sarebbe una strada percorribile? Appare più che lecito dubitarne. Come problematico sarebbe attribuire al ruolo delle vittime del reato e dei loro parenti la qualifica di un vero e proprio *ius cogens* internazionale e, di conseguenza, ricorrere all'adattatore automatico di cui all'art. 10, I comma, Cost. La conclusione sarebbe eguale se il riferimento si spostasse sull'art. 117, I comma, Cost.: non sarebbe del resto impensabile il ricorso ai controlimiti che, nell'ambito della Costituzione penale in vigore, abbondano, tutti volti a garantire la posizione del reo.

⁴⁹ Per restare al caso italiano, la svolta circa il modo di interpretare la Costituzione, da parte dei penalisti, è legata all'opera scientifica di Franco Bricola, il cui merito è stato, tra i molti, quello di far "parlare" la Costituzione con voce propria e non più come mero ripetitore di quanto previsto nel Codice. Da qui la nuova interpretazione della responsabilità penale personale e la svolta circa la funzione rieducativa della pena, valida anche a livello

Si dovrebbero di conseguenza valutare attentamente gli effetti sistemici di un ruolo sempre più significativo, entro l'intera materia penale (e processuale), delle vittime dei reati e soprattutto dei loro parenti⁵⁰. Delle due l'una: o il diritto penale è costituzionalmente orientato perché mette al centro del sistema il reo, i suoi diritti, le condizioni della detenzione, le clausole indispensabili della pena, oppure non lo è, ma allora si dovrebbe dimostrare che esiste un diverso modo di orientarlo in senso costituzionale, cosa che attualmente almeno in Italia non appare possibile fare, perlomeno a Costituzione invariata⁵¹.

Problematicizzare il ruolo delle vittime e dei loro parenti entro un sistema penale costituzionalmente orientato appare d'altro canto coerente con la messa in discussione della pena dell'ergastolo⁵². Non si tratta di due questioni differenti: se la china scivola verso un si-

edittale e cognitivo e non più solo esecutivo. Nuove interpretazioni (presto o tardi) recepite anche dalla Corte costituzionale. Tra i costituzionalisti, un dialogo serrato con l'opera scientifica di Bricola, è stato quello di G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale* (1968), Giuffrè, Milano, 1974. Di Bricola non si può non citare almeno Id., *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1965 ed ovviamente Id., *Teoria generale del reato*, in *Digesto. Discipline penali*, vol. XIV, Utet, Torino, 1973, pp. 7 ss. Per rendersi conto dello stacco avutosi tra i penalisti *post* Bricola appare utile la rilettura di due fondamentali volumi coevi, entrambi del 1953, il primo di P. ROSSI, *Lineamento di diritto penale costituzionale*, Priulla, Palermo e il secondo di P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Giuffrè, Milano. In entrambi i testi appare evidente come la Costituzione fosse letta con gli occhiali del Codice. Eppure, Rossi fu costituente e giudice costituzionale e Nuvolone fu il Maestro di Bricola. Al di là dell'autorevolezza di Bricola, cosa ha propiziato la svolta epocale entro gli studi di diritto penale costituzionalmente orientato? Un ruolo significativo è stato giocato dalla più generale tradizione giuridica. Negli anni della svolta, metà anni sessanta e primi anni settanta del Novecento, il legislatore iniziava ad approvare leggi più consone al nuovo volto della Costituzione penale, la giurisprudenza costituzionale, dopo i primi anni di rodaggio, si faceva sempre più innovatrice e la stessa dottrina (penalistica) iniziò ad aprirsi al contributo proveniente da altre discipline. Sarebbe rischioso interrompere il cammino iniziato allora. Certo è che i fenomeni ai quali "resistere" sono oggi molto pervasivi e in alcune circostanze non lasciano alternativa, specie se provenienti da fonti normative direttamente applicabili, se non il ricorso all'ultima *ratio* dei controllimiti, che non di meno comporta un'ulteriore *jurisdictionalization* da più parti criticata.

⁵⁰ Lo studio più completo sul problema nell'ambito della giustizia penale internazionale è quello di M. CHERIF BASSIOUNI, *International Recognition of Victims' Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2/2006, pp. 203 ss., il quale, in specie, p. 211, sottolinea come, dopo gli iniziali successi del *Victimology Movement*, soprattutto negli anni sessanta del Novecento, negli anni ottanta si è assistito ad un *Lose Momentum* anche perché gli Stati erano propensi a valorizzare il ruolo delle vittime unicamente nel caso di reati commessi da singoli individui, mostrandosi recalcitranti quando si trattava di reati commessi da pubblici ufficiali. Di particolare interesse, poi, una recente sentenza della *Supreme Court* del Canada (caso *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6), nella quale si giudica una riduzione della pena, anche sotto il limite edittale, nei confronti di una persona allo stesso tempo reo e vittima, nel primo caso, tra l'altro, di guida in stato di ebbrezza e, nel secondo, di uso eccessivo della forza da parte degli agenti di polizia. Sulla decisione, cfr. E. AMMANNATO, *Oltre il principio di proporzionalità. Considerazioni sui criteri finalistici della pena a margine del caso Nasogaluak (Suprema Corte Canadese 2010 SCC 6)*, in *Rivista Italiana di Diritto e di Procedura Penale*, 4/2014, pp. 2115 ss.

⁵¹ Nemmeno l'inserimento in Costituzione del giusto processo sembra aver inteso in senso differente il sistema reocentrico tradizionale, tanto è vero che giacciono in Parlamento alcuni disegni di legge di revisione costituzionale per ri-modificare l'art. 111 Cost., inserendo appunto un obbligo per la legge di garantire i diritti e le facoltà delle vittime del reato (così nella XV legislatura i disegni di legge costituzionale AC 1242 *Boato* e AS 742 *Casson*).

⁵² Interessante sottolineare che, almeno in Italia, quelli che sono stati considerati "pesanti attacchi" alla dogmatica hanno preso il via, negli anni sessanta-settanta del Novecento, non da premesse ideologiche *stricto*

stema vittimocentrico la conseguenza è l'aumento degli spazi per una gestione più privatistica della giustizia. Ciò che si è fatto, a partire dall'illuminismo e dalla rivoluzione francese, per pubblicizzare e laicizzare il diritto penale rischia di essere rimesso in discussione⁵³. Non può essere un caso (e non lo è) il fatto che proprio laddove le vittime e i loro parenti hanno un ruolo di fondamentale significato esista ancora la pena di morte e si ricorra all'ergastolo, anche senza condizionale, in modo eccezionalmente ampio. Le due cose corrono sul medesimo binario: *simul stabunt simul cadent*⁵⁴.

Lo Statuto della Corte penale internazionale è quindi importante per tornare a ridiscu-tere sopra un sistema penale davvero costituzionalmente orientato. Rispetto alla tradizione giuridica continentale, lo Statuto è allo stesso tempo motivo di "orgoglio" ma anche di "preoccupazione". Lo stesso destino in particolare della Corte di Strasburgo, la quale da una parte "salva" e dall'altra "condanna". Salva perché grazie alla Corte EDU esiste oggi un diritto penitenziario comune europeo che deve rispettare *standards* di umanità degni di un consorzio civile, impensabili in altre epoche⁵⁵, ma allo stesso tempo condanna poiché chiede di continuo maggiore penalità, che si lega anche alla penetrazione della questione dell'importanza delle vittime dei reati e dei loro parenti. Il Consiglio d'Europa è sì *par excellence Maison de la Liberté*, ma rischia, per via di taluna giurisprudenza proveniente da Strasburgo, di mettere seriamente in pericolo la tenuta delle tradizioni giuridiche continentali, dalle quali trae la "linfa" per la sua stessa sopravvivenza⁵⁶. In sintesi: se la Corte di Strasburgo chiede agli Stati della tradizione giuridica continentale di modificare il loro consueto modo di essere, assumendo sempre più, entro la materia penale, le caratteristiche dei Paesi della tradizione giuridica anglosassone, chi si spenderà più per difenderla?

sensu e nemmeno da presupposti costituzionalistici, bensì da un'impostazione "problematica" della scienza penale, quindi da una sua problematicizzazione: così F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale* (1988), in Id., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, il Mulino, Bologna, 1997, p. 223.

⁵³ "La storia del penale può essere pensata come la storia di una lunga fuoriuscita dalla vendetta": così M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 164, ora riprodotto, come primo saggio, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Scritti editi e inediti (1972-2007), Tomo I, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 3 s. Cfr. anche P. RICOEUR, *Il diritto di punire* (1958), in Id., *Il diritto di punire*. Testi di Paul Ricoeur, ed. L. Alici, Morcelliana, Brescia, 2012, p. 45: "la lotta contro la teologia della vendetta è assolutamente contemporanea al diritto".

⁵⁴ Un confronto tra il sistema inglese e quello italiano è offerto da R. HENHAM, G. MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Rivista Italiana di Diritto e di Procedura Penale*, 2/2005, pp. 706 ss.

⁵⁵ Cfr. C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 260.

⁵⁶ Non a caso l'enfasi posta sul Consiglio d'Europa per eccellenza *Maison de la Liberté* compare in uno dei pochi volumi giuridici sull'ergastolo in chiave comparata. L'espressione è di K. VASAK, *Préface*, in *La perpétuité perpétuelle. Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Sous la direction de Y. Lécuyer, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2012, p. 11.

Serve quindi riflettere, in un ottica costituzionale, su questo nodo gordiano, definito un grande dilemma⁵⁷: continuare per la difficoltosa strada fino ad ora percorsa, attribuendo a ciò che è scritto nella Costituzione penale un valore sempre più vincolante⁵⁸, oppure arrestarsi e cambiare direzione, con tutti i pericoli del caso⁵⁹.

7. Scopi della pena e giustizia penale internazionale

Infine, appare opportuno spendere qualche considerazione su di un ultimo aspetto⁶⁰. Quali sono gli scopi della pena nell'ottica dello Statuto della Corte penale internazionale e più in generale per la giustizia penale internazionale?

Come si è detto in apertura, la mancanza di uno Stato rende ostica la questione⁶¹. Lo stesso problema esiste per la Corte di Strasburgo, la quale si deve confrontare con un testo, la CEDU, che non prevede espressamente alcuna funzione della pena. È quindi da considerare "normale" che un giudice, senza alcun riferimento testuale esplicito al quale potersi rifare, finisca per ammettere praticamente tutti gli scopi della pena dei quali la dottrina discute

⁵⁷ Cfr. F. VIGANÒ, *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e resistenze nazionalistiche. Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo". Qualche osservazione dall'angolo visuale di un penalista*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 luglio 2014, pp. 5 ss.

⁵⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, a cura di M. Ruotolo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 15 ss., F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Giuffrè, Milano, 2012 e A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁵⁹ Per restare al discorso attorno alla pena dell'ergastolo, se la maggior parte della dottrina, penalistica ma anche costituzionalistica, per evidenziarne (almeno) la problematicità ricorrere in modo particolare alla questione della rieducazione, appare opportuno, almeno a parere di chi scrive, percorrere anche l'altra via, quella dell'umanità delle pene, già autorevolmente suggerita da G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., pp. 480 ss. ed in specie p. 482, il quale, a proposito dell'ergastolo, scriveva che "la cui preventiva proiezione sino alla morte del recluso è in sé abbastanza agghiacciante da farlo apparire, ad una coscienza più sollecita di quella attuale, un trattamento contrario al senso di umanità". È questa via quella proposta (anche in termini più generali) da M. RUOTOLO, *Dignità umana e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, I e II ed., rispettivamente, 2011 e 2014. Molto interessante, J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El principio de humanidad en derecho penal*, in *Eguzkilore*, Quaderno n. 29, 2009, pp. 209 ss., il quale tratteggia l'influenza che il principio di umanità può avere in materia di pena di morte, di ergastolo, di detenzione, di funzione della pena ed infine anche in merito al problema delle vittime del reato.

⁶⁰ Oltre alla questione dell'ergastolo e alla compatibilità costituzionale dello Statuto rispetto ai più importanti e tradizionali principi riguardanti la materia penale, merita di essere segnalata la questione della grazia e soprattutto la soluzione offerta dal *Conseil Constitutionnelle* francese nella decisione 98-408 del 22 gennaio 1999. In breve, il *Conseil* ha ritenuto sufficiente il fatto che la Francia, in sede di ratifica, esplicitasse che le persone condannate dalla Corte potevano essere detenute entro il suo territorio a condizione che fosse possibile ridurre il periodo di detenzione a seguito della concessione della grazia.

⁶¹ Cfr. L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, *passim*, in specie, pp. 71 ss.

da secoli. Se il riferimento è alla giustizia penale internazionale, esistono però, obiettivamente, delle complicazioni per alcune classiche funzioni della pena⁶².

In primo luogo, la deterrenza. Bisogna ammettere che da sola la Corte penale internazionale è pressoché impotente. Al di là delle aporie teoriche della deterrenza – la più importante delle quali trova le sue origini (moderne) in Kant ma anche in Beccaria⁶³ - il punto è che, senza la collaborazione degli Stati, la funzione deterrente delle pene previste nello Statuto della Corte penale appare particolarmente debole. Indipendentemente dalla cooperazione⁶⁴, a fronte dei progressi significativi della giustizia penale internazionale, sono forse diminuite le guerre e si perpetrano meno crimini contro l'umanità? Sono interrogativi che non hanno risposte positive, essendo altri e forse più importanti gli ausili che si possono realmente spendere nell'ottica di un consorzio internazionale senza guerre, genocidi, crimini contro l'umanità⁶⁵. Senza considerare che la parziale indeterminatezza, che contraddistingue il regime sanzionatorio accolto entro le maglie dello Statuto di Roma, non può certo essere di particolare aiuto in termini di deterrenza. Se non è prevista una determinata pena per un determinato reato, ma solo un limite massimo di detenzione (30 anni) e l'ergastolo in casi residuali ed eccezionali, è possibile soddisfare anche minime esigenze di deterrenza? Lasciando così ampio spazio alla discrezionalità del giudice, il rischio di mettere a repentaglio la prevenzione generale appare rilevante, dato che questa funzione della pena svolge un ruolo (almeno teoricamente) importante proprio a livello di previsione legislativa edittale.

Non meno problematico il discorso attorno alla funzione retributiva della pena, anche nella sua versione più moderna, la proporzionalità, da taluni considerata una sorta di principio costituzionale universalmente valido⁶⁶. Se la deterrenza non riesce a vincere irresistibili

⁶² Cfr. G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in *Punire mediarre riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di G. Fiandaca, C. Visconti, Giappichelli, Torino, pp. 13 ss.

⁶³ Almeno su questo concordi. Per il retribuzionista Kant, non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa. Lo stesso per l'utilitarista Beccaria, secondo il quale l'umanità stessa è dignità, pertanto l'uomo non può essere trattato da nessuno meramente come un mezzo, ma deve essere sempre trattato nello stesso tempo come un fine, consistendo proprio in questo la sua dignità.

⁶⁴ Come noto, a differenza di quanto previsto per il Tribunale per l'ex Jugoslavia e di quello per il Ruanda, la Corte penale internazionale non può chiedere al Consiglio di Sicurezza dell'ONU di imporre la cooperazione (cosa che fino ad ora, ove possibile, non è comunque mai avvenuta).

⁶⁵ Secondo un'autorevole ricerca, dal 1948 al 1988 è possibile contare 251 conflitti di carattere internazionale, non internazionale e interno (regimi dittatoriali a repressione violenta), i quali hanno causato da un minimo (recensito) di 70 fino a 170 milioni di morti: cfr. M. C. BASSIOUNI, *Accountability for Violations of International Humanitarian Law and Other Serious Violations of Human Rights*, in *Post-Conflict Justice*, ed. M.C. Bassiouni, Transnational Publisher, New York, 2002, pp. 3 ss.

⁶⁶ Cfr. A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Translated from the Hebrew by D. Kalir, Cambridge University Press, New York, 2012. Ma si veda anche la (significativa) posizione assunta da W. HASSEMER, *Perché punire è necessario* (2009), il Mulino, Bologna, 2012, pp. 153 ss, il quale, pur partendo da una riflessione favorevole, finisce per mitigare le iniziali posizioni per il pericolo di rimettere tutto alla valutazione del giudice.

aporie teoriche, la retribuzione-proporzionalità “sbatte” contro l’ontologica indecidibilità⁶⁷: entro la cornice dello Stato costituzionale democratico-pluralista, che informa del principio democratico tutto l’ordinamento⁶⁸, in un sistema penale moderno, prima di tutto laico⁶⁹, si può discutere di una pena giusta rispetto ad un determinato reato, oppure, che non è poco, ci si deve limitare a ragionare attorno alla sua razionalità⁷⁰?

Non solo. Insistere sulla retribuzione-proporzionalità in riferimento alla giustizia penale internazionale rischia di inficiarne alcuni tra i più significativi scopi. Ammesso (e non concesso) possa esistere una obiettiva scala con la quale parametrare la giustezza di una pena a fronte di un determinato reato, i crimini per i quali è competente la Corte penale internazionale richiederebbero certamente le pene più severe, andando però in questo modo ad inficiare alcuni tra i più rilevanti scopi della giustizia penale internazionale, come il diffondere a livello globale la cultura dei diritti umani, portare pacificazione in territori devastati da guerre ed anche documentare storicamente l’atrocità dei crimini commessi in un determinato Paese⁷¹.

In un contesto generale molto complicato, dove le convergenze tra le tradizioni giuridiche continentali e anglosassoni aumentano, anche per effetto dello strapotere economico-militare degli Stati Uniti⁷², in un contesto dove il diritto europeo svolge un ruolo ambivalente,

⁶⁷ Oltre alle aporie teoriche della prevenzione generale e all’ontologica indecidibilità della sanzione alla luce del criterio di proporzione, per comprendere l’orientamento moderno alla riparazione (che si valuta con prudenza, pur in un’ottica favorevole), si riportano anche le difficoltà prasseologiche della rieducazione: cfr. G. MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, in *Rivista Italiana di Diritto e di Procedura Penale*, 4/2013, pp. 1250 ss.

⁶⁸ Cfr. E. DE MARCO, *Introduzione allo studio del diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 201 ss.

⁶⁹ Sul problema della laicità, cfr. M. D’AMICO, *Il concetto di pluralismo nel rapporto fra diritto penale e diritto costituzionale*, in *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. Bin e C. Pinelli, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 119 ss.

⁷⁰ Se – per dirla con F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia «sostanziale»*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2010, p. 451 – non appare possibile eliminare “quell’a-priori retributivo che dà consistenza e *ratio essendi* alla proporzione, quale che sia poi la sua funzione politica”, cosa rimane del principio di laicità, nella sua accezione più ampia, volta al “progressivo affrancamento delle teorie della pena e della responsabilità penale dai condizionamenti esercitati dai punti di vista religiosi e soprattutto morali?”. Non si rischia di andare a nutrire ulteriormente, con il pretesto della proporzionalità, il diritto penale simbolico? Il principio di retribuzione-proporzionalità, in definitiva, sembra essere una di quelle “scorie metafisiche” (cfr. ancora F. PALAZZO, *Costituzionalismo penale e diritti fondamentali*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali*. Scritti in memoria di Paolo Barile, Cedam, Padova, 2003, p. 604) dalle quali il diritto penale moderno ancora fatica ad affrancarsi.

⁷¹ Senza considerare che sono proprio le *Gross Violations* quelle che inducono a dubitare della possibilità di commisurare il valore di una persona ad un fatto commesso: cfr. M. DONINI, *La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla “necessaria sproporzione” della pena nelle gross violations*, in *Cassazione penale*, 1/2007, pp. 6 ss.

⁷² Che, per questa via, riescono ad influenzare anche sistemi molto differenti, diffondendo un vero e proprio governo mondiale della paura, sul quale cfr. J. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America* (2007), Cortina, Milano, 2008 e, più di recente, E. GRANDE, *Il dispositivo penale della paura. Diffusione di un’ideologia*, in *Democrazia e diritto*, 3/2014, pp. 17 ss., la quale evidenzia peraltro come nel Regno Unito si sia addirittura passati a leggi del *Second Strike* in sostituzione di misura segreganti per motivi di ordine pubblico.

sicuramente non disdegna il diritto penale simbolico, retributivo, deterrente, vittimocentrico⁷³, è stata realmente una “fortuna” che la tradizione giuridica continentale, con tutte le difficoltà, sia riuscita a far prevalere, in sede di approvazione dello Statuto, la sua contrarietà alla pena di morte e alle pene perpetue per le quali “si butta via la chiave”.

Almeno questi sono due argini invalicabili, come se nello Statuto ci fosse scritto “indietro non si torna”, anche il più atroce crimine immaginabile, consumato su vasta scala, come il genocidio, non merita siffatte pene crudeli e disumane⁷⁴. La strada è non di meno ancora molto lunga e, probabilmente, più che un nuovo diritto penale servirebbe una nuova classe politica, che sappia non tradire gli obiettivi fondamentali della giustizia penale internazionale, anche assumendosi qualche responsabilità in più, senza scaricare sul penale ogni problema da risolvere⁷⁵.

Sovraccaricare di eccessive aspettative il penale – che è insieme sussidiario⁷⁶ e frammentario⁷⁷ – significa anche tradire il senso delle Costituzioni moderne⁷⁸; e se si dicesse

⁷³ L'ultima “tappa” è rappresentata dall'*European Protection Order (EPO)*, attuato in Italia tramite il d.lgs. n. 9 dell'11 febbraio 2015, entrato in vigore il 10 marzo. Invece, sulla direttiva 2012/29/UE, cfr. E. M. CATALANO, *La tutela della vittima nella Direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista italiana di diritto e di procedura penale*, 4/2014, pp. 1789 ss. Sulla questione più in generale, cfr. C. MAZZUCATO, *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Jovene, Napoli, 2011, pp. 408 ss.

⁷⁴ La “sfida” all'ergastolo, se si osserva il diritto penale internazionale, è stata giocata prevalentemente rispetto alla inumanità e crudeltà piuttosto che sulla contraddittorietà con la funzione rieducativa della pena. Non solo la rieducazione non è prevista nello Statuto della Corte penale internazionale, ma nemmeno ha giocato un ruolo prevalente nella giurisprudenza dei precedenti Tribunali penali internazionali *ad hoc*. A dominare sono state la retribuzione-proporzionalità e la deterrenza. Che la rieducazione non possa avere *a Predominant Role* e che non le si possa attribuire un *Undue Weight*, nonostante talune giurisprudenze nazionali e alcuni trattati internazionali e regionali in materia di diritti umani, è stato esplicitamente affermato ad esempio dal Tribunale per l'ex Jugoslavia, in sede di *Appeals Chamber*, nel caso *Delalic e altri* deciso il 20 febbraio 2011, in particolare nel (breve) § 806. È però anche vero che questo Tribunale, istituito nel 1993, ha emesso la sua prima sentenza di *Life Imprisonment* solo nel 2006, nel caso *Galic* e solo poiché la *Appeals Chamber* riformulò (a maggioranza) la condanna di 20 anni inizialmente comminata dalla *Trial Chamber*. La nuova condanna fu però motivata sostenendo che la sentenza di condanna a soli 20 anni era irragionevolmente e chiaramente ingiusta poiché aveva sottostimato la gravità della condotta criminale.

⁷⁵ D'altro canto, la portata innovativa della Costituzione si esprime innanzitutto nel ritorno ai principi liberali sulle pene: così M. D'AMICO, *Art. 27*, in *Commentario alla Costituzione*, Tomo I, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, p. 564. Sull'enfaticizzazione (odierna) del diritto penale e sulla necessità che siano la politica e la società civile a riprendere il ruolo da “protagonisti”, cfr. M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, Modena, 2014.

⁷⁶ Come ha ribadito di recente la Corte costituzionale italiana con la già richiamata sentenza n. 49 del 2015, allorché si è “servita” del principio di sussidiarietà per rimarcare l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale. Ponendo taluni limiti all'obbligo dei giudici italiani di conformarsi alla giurisprudenza di Strasburgo, in effetti, la Corte costituzionale ha indirettamente posto una sorta di “argine” alla pressante richiesta di penalizzazione proveniente da Strasburgo, da ultimo confermata nel caso *Cestaro* della IV sezione del 7 aprile 2015.

⁷⁷ “Dal divieto di analogia si deduce la frammentarietà del diritto penale”: così M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo* (1986), a cura di F. Palazzo, Giuffrè, Milano, 1992, p. 31.

⁷⁸ Sull'attuale dibattito entro la dottrina internazionalistica a proposito di un nuovo diritto “umano-centrico” rispetto al classico “stato-centrico”, cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il*

che di quel senso poco rimane, ci si dimenticherebbe che “la Costituzione è morta se noi per primi diciamo che è morta. Può continuare a vivere se almeno quanti ne condividono il senso e i valori si battono perché viva”⁷⁹.

suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2014, pp. 275 ss.

⁷⁹ Così L. FERRAJOLI, *Democrazia e costituzione*, in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zabrebelsky, P. P. Portinaro, J. Luther, Einaudi, Torino, 1996, p. 335.