

Studi in onore di Lucio Monaco

a cura di

Alessandro Bondi, Giovanni Fiandaca, George P. Fletcher,
Gabriele Marra, Alfonso M. Stile, Claus Roxin, Klaus Volk

[u]rbino
[u]niversity
[p]ress

2020

Urbino University Press 2020

Illustrazione di Luciano Bacchiocchi

**Carattere tipografico interni
Noto Sans e Serif, Google Font, 2013
Noto Mono, Google Font, 2019**

ISBN 9788831205054

INDICE

La festa di un Maestro, la festa di una Comunità Alessandro Bondi	p. 11
PARTE PRIMA	p. 13
Spunti comparatistici in relazione al nuovo volto del delitto di corruzione internazionale ex art. 322 Bis co. 2 C.P. Ali Abukar Hayo	p. 15
Il fatto, la legge e le nozioni dell'organizzazione nella teoria della responsabilità Salvatore Aleo	p. 43
L'efficacia delle decisioni della Corte EDU in materia penale dopo la sentenza <i>Contrada</i> Giuseppe Amarelli	p. 59
<i>Alcance y límites de la posición de garante del órgano de control y supervisión de riesgos penales en el ámbito societario</i> Silvina Bacigalupo	p. 77
Violenza sessuale in famiglia e diritto vivente Giuliano Balbi	p. 97
La "galassia afflittiva": sistematica, fondamento, legittimità. Studio per un affresco Roberto Bartoli	p. 111
Postcodificazione. Giudizi e pregiudizi sulla necessità di un Codice penale Alessandro Bondi.....	p. 131
Itinerari convergenti di contenimento della responsabilità penale del sanitario Stefano Canestrari.....	p. 155

For whom the bell tolls (a proposito di autori e lettori)	
Andrea R. Castaldo	p. 175
Alcune osservazioni in tema di 'norme tecniche'	
Mauro Catenacci	p. 187
Verso un diritto penale 'inumano'	
Mario Caterini	p. 199
Prescrizione del reato: principi costituzionali, patologie e recenti riforme	
Antonio Cavaliere.....	p. 221
La storia (e i protagonisti) di una giurisprudenza creativa. Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice	
Giovanni Cocco.....	p. 241
Punibilità di organizzazione? Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'Ente colpevole	
Federico Consulich	p. 277
Il torpore del 'buon senso' genera incubi. A proposito della prescrizione del reato	
Giovannangelo De Francesco	p. 301
Particolare tenuità del fatto e responsabilità da reato negli enti collettivi	
Giancarlo de Vero	p. 313
Tutela penale della sicurezza sul lavoro, linee guida e 'buone prassi'. Considerazioni per una proposta di modifica degli artt. 589 e 590 C.P. in materia di infortuni sul lavoro	
Alberto De Vita	p. 333
Dalla regola per il caso al caso per la regola. Variazioni brevi e stravaganti sul concetto di «caso» (Case, Kasus)	
Alberto di Martino	p. 357
L'ergastolo ostativo alla resa dei conti? Impossibile ogni compromesso con l'idea dello 'scopo'	
Emilio Dolcini	p. 375

Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato Massimo Donini	p. 389
Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale Luciano Eusebi	p. 425
Nodi problematici del diritto penale di 'scopo', tra ieri e oggi Giovanni Fiandaca	p. 471
Prassi e sistema. Una introduzione Stefano Fiore	p. 499
La saga di Oeyuke George P. Fletcher	p. 517
"Non avrai altro creditore all'infuori di me!". Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA Giovanni Flora	p. 525
I mobili confini fra sanzione penale e amministrativa nel contesto della politica criminale europea Luigi Foffani	p. 541
Aspettando i barbari (un piccolo esercizio di <i>Law and Literature</i>) Gabriele Fornasari	p. 553
Illiceità securitaria e criminalizzazione della <i>sine cura</i>: il penale dell'allarme sociale oltre la ragione punitiva Francesco Forzati	p. 569
Il carcere e l'idea dello scopo Gianluca Gentile	p. 591
Abuso del diritto e diritto penale. La strana coppia Fausto Giunta	p. 617
Rechtfertigung und Schuld als Beurteilungsebenen für die Triage im Angesicht der Coronapandemie Christian Jäger	p. 637
Rewriting Human Rights: Lyotard and the Other's Rights Peter Langford	p. 659

Irragionevolezza della sanzione penale e crisi dei modelli economici: l'abuso del diritto penale come antidoto ai problemi sociali	
Elio Lo Monte	p. 687
Pene accessorie e delitti contro la Pubblica Amministrazione	
Carlo Longobardo	p. 707
A proposito del concetto penalistico di libero volere tra neuroscienze e naturalismo filosofico	
Maria Beatrice Magro	p. 723
Legge e interpretazione nel 'sistema' di <i>Dei delitti e delle pene</i>	
Vincenzo Maiello	p. 747
L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia	
Vittorio Manes	p. 777
Esiste un diritto a morire?	
Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca: l'influenza delle diverse "concezioni del mondo"	
Adelmo Manna	p. 801
La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza delle Corti europee	
Anna Maria Maugeri	p. 829
Ancora sul 'diritto penale minimo' (nell'epoca del diritto penale 'massimo' e 'totale').	
Nicola Mazzacuva	p. 857
Quel che resta di «Mafia capitale»	
Enrico Mezzetti	p. 871
Le misure di prevenzione: un esempio paradigmatico di truffa delle etichette	
Sergio Moccia	p. 889
Sicurezza del lavoro e diritto penale alla prova del COVID-19	
Vincenzo Mongillo	p. 901

Cattivi pensieri e diritto penale la catarsi dei reati di opinioni discriminatrici di identità individuali socio-definite	
Domenico Notaro	p. 925
La tipicità e l'antigiuridicità nella riprogettazione del Codice Penale	
Francesco Palazzo	p. 949
La riparazione dell'offesa a carico di beni collettivi: spunti dai reati ambientali	
Chiara Perini.....	p. 959
Reato e pena: Giovanni Carmignani critico dell'utilitarismo di Beccaria	
Mauro Ronco.....	p. 971
Zur Abwehr von Schweigegelderpressungen	
Claus Roxin	p. 989
Alle sprechen vom Klimaschutz – nur nicht die Strafrechtswissenschaft!?	
Helmut Satzger	p. 1001
Fondamento e limiti dell'idea di scopo per la scienza integrata del diritto penale	
Francesco Schiaffo	p. 1021
Una «cambiale in bianco alla politica criminale di 'scopo'»? Il finanziamento 'autonomo' del terrorismo 'alla luce dei principi'	
Nicola Selvaggi	p. 1037
La riforma del traffico di influenze illecite	
Pietro Semeraro	p. 1059
Amministratori non esecutivi, sindaci e omesso impedimento del fatto altrui. Problemi irrisolti di teoria generale del reato	
Andrea Sereni	p. 1073
Strutture ed opzioni di valore: il diritto penale 'inedito' tra nomofilachia delle norme ed utopia dinamica.	
Antonino Sessa	p. 1095

La Corte e il carcere. Un <i>podcast</i> sui limiti costituzionali allo <i>ius puniendi</i>	
Francesco Viganò	p. 1115
Corona und das deutsche Strafverfahren	
Klaus Volk	p. 1129
PARTE SECONDA	p. 1135
Il metodo Monaco	
Alessandro Bondi	p. 1137
Lieve o non lieve è questa colpa? La riforma Gelli-Bianco alla lente delle Sezioni Unite.	
Cecilia Ascani	p. 1143
Considerazioni sui reati di pericolo	
Giuseppe Basile	p. 1153
Gli effetti della "euforia preventiva" alla luce della riflessione sull'idea di 'scopo'	
Chiara Bigotti	p. 1165
Confisca allargata e reati tributari nel prisma dell'idea di scopo	
Luca Della Ragione	p. 1191
Ricordo di un'allieva	
Monica Garulli	p. 1209
The UN Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition - Implementation Challenges and Responses	
Simonetta Grassi	p. 1211
Il peculato nel prisma del principio di offensività: appropriazione su beni di irrilevante valore	
Alessio Infantino	p. 1235
Problemi attuali in tema di qualifiche pubblicistiche nel diritto penale	
Massimiliano Masucci	p. 1245

Il diritto dei magistrati di partecipare alla politica attiva e i suoi limiti

Piergiorgio Morosini p. 1255

Spunti per una riscoperta della colpa per assunzione

Daniele Piva p. 1275

Libera autodeterminazione su fine vita e punibilità del suicidio assistito. Alla ricerca di un delicato equilibrio

Fabio Antonio Siena..... p. 1283

Il ‘daspo’: una misura costituzionalmente problematica. Osservazioni sul «divieto di accesso agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattenimento» [(art. 11 co. 1 lett. b) d.l. n. 130/2020].

Mariangela Telesca p. 1295

Die Eröffnung formeller Ermittlungen in der „Situation“ in Afghanistan - Der Internationale Strafgerichtshof im Ringen um Recht und Politisierung

Nicolai von Maltitz p. 1305

GLI AUTORI p. 1319

LA FUNZIONE RIEDUCATIVA DELLA PENA NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE

Anna Maria Maugeri

1. Premessa.

Il diritto penale europeo, sia della grande Europa (Consiglio d'Europa) sia della piccola Europa (UE), non contiene una norma che prenda esattamente posizione sulla funzione della pena; manca una norma corrispondente all'art. 27, c. 3 Cost.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo non prevede in maniera espressa il riconoscimento della finalità rieducativa¹, anche se – come vedremo – la Corte Europea la considera un diritto connesso all'art. 3 Cedu, che proibisce la tortura e i trattamenti disumani e degradanti².

E anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea rappresenta un'occasione mancata, non avendo il legislatore europeo introdotto una norma specifica in tale direzione. La Carta si limita a prevedere il principio di proporzione in senso stretto all'art. 49.

L'Unica convenzione che riconosce la funzione rieducativa della pena è il Patto Internazionale dei diritti civili e politici di New York del 1966, all'art. 10 § 3.

Tale mancanza di una norma ad hoc assume un carattere ancora più preoccupante se si considera che il generale e consolidato richiamo negli strumenti normativi europei alla necessità di introdurre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive è stato interpretato come espressione

1 Per tutti cfr. E. DOLCINI, *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in «RIDPP», vol. 61, n. 3, 2018, 1667 ss.; Id., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Cedam, 1979.

2 Non è mancato chi in termini teorici ha rilevato che il principio di rieducazione possa ricavarsi dal divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e dal diritto alla tutela della vita privata e familiare del condannato riconosciuti sia nella CEDU sia nella CDFUE: così V. MUSACCHIO, *Diritto penale dell'Unione europea. Questioni controverse e prospettive future*, CEDAM, 2005, 34; G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, 2011, 452. 20

dell'adozione da parte del legislatore europeo di una concezione poli-funzionale della pena volta a prediligere la funzione retributiva (“proporzione”) e di prevenzione generale (“dissuasività”)³; fermo restando che il richiamo alla proporzione non implica necessariamente l'accoglimento della funzione retributiva della pena, ma piuttosto rappresenta un richiamo in chiave garantistica al principio di proporzione che deve presiedere sia la scelta della tipologia e misura della sanzione in sede legislativa, sia la commisurazione della pena (a parte il fatto che il rispetto di tale principio rappresenta il presupposto per la piena realizzazione della funzione rieducativa della pena, in quanto una pena non proporzionata non sarà avvertita come giusta e quindi il reo non sarà disponibile alla rieducazione).

Una tale preoccupazione è accentuata dalla constatazione, perlomeno ad avviso di una parte della dottrina, di un generale orientamento del legislatore europeo all'exasperazione dell'intervento penale in chiave securitaria, ad esempio in settori come il terrorismo o la pornografia minorile; il diritto penale è utilizzato in un'ottica neoretribuzionista, nel senso che la severità della pena è destinata a soddisfare l'irrazionale “bisogno di pena” avvertito dalla collettività, incrementato da una irrazionale e bieca politica criminale. In tale ottica la dottrina evidenzia una sorta di iperproduzione di norme minime (art. 83 TFUE) che danno indicazioni più precise sul tipo e sulle misure delle sanzioni da attuare nel diritto nazionale, imponendo spesso il minimo del massimo della pena⁴, nonché la caratura essenzialmente generalpreventiva del diritto dell'Unione Europea post-Lisbona, che emergerebbe dalle direttive di armonizzazione⁵

3 Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Harmonisation des sanctions et valeurs communes: la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité*, in M. DELMAS-MARTY (a cura di), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Parigi, 2003, 585 ss. 19; S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., 921 ss.; D. VOZZA, *Le tecniche gradate di armonizzazione delle sanzioni penali nei recenti interventi dell'unione europea. Quali implicazioni in prospettiva di riforma del sistema sanzionatorio?*, in «DPC» – Riv trim. 2015, n. 3, 26.

4 D. VOZZA, *Le tecniche gradate di armonizzazione delle sanzioni penali nei recenti interventi dell'unione europea. Quali implicazioni in prospettiva di riforma del sistema sanzionatorio?*, in «DPC» – Riv trim. 2015, n. 3, p. 26.

5 A. WEYEMBERGH, *The functions of approximation of penal legislation within the European Union*, 12 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, 149 ss.; M. VENTUROLI, *I modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Giappichelli, 2020, 214 ss.; L. FOFANI, *Politica criminale europea e*

Si teme, inoltre, che l'imposizione di un intervento penale da parte del legislatore europeo rappresenti un serio ostacolo a una scelta del legislatore nazionale di depenalizzazione del settore⁶.

Nonostante tali preoccupazioni nel prosieguo si cercherà di far emergere l'importanza che la rieducazione riveste nell'ordinamento e nella giurisprudenza europea, assurgendo al ruolo di fondamentale funzione della pena. Pur mancando, infatti, una precisa disposizione nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE e nella CEDU, una pluralità di prese di posizione a favore della finalità rieducativa della pena emergono nella legislazione europea (sia *hard law*, sia *soft law*) e nella giurisprudenza delle Corti Europee, e cioè della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte Europea dei diritti dell'uomo,

2. Le prese di posizione del legislatore europeo volte a valorizzare la funzione rieducativa.

Nella raccomandazione R (87) 3 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sulle regole penitenziarie europee, adottata il 12 febbraio 1987 e sostituita dalla raccomandazione Racc. (2006)2, adottata l'11 gennaio 2006, nel prevedere le regole minime che devono applicarsi ai soggetti in stato di detenzione si sancisce che la *risocializzazione* rappresenta un elemento chiave dell'esecuzione della pena privativa della libertà, dovendo preparare il condannato al rientro in società (Regola n. 6). Come evidenziato dalla Corte EDU nel caso Dickson⁷ e nel caso Vinter⁸ gli Stati sono incoraggiati non solo a seguire tali regole nella loro legislazione e nelle politiche in materia, ma anche ad assicurare la diffusione di queste regole tra le autorità giudiziarie e il personale delle prigioni.

Nella versione del 1987 si affermava il seguente principio fondamentale: "The purposes of the treatment of persons in custody shall be such

sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato, in «DPC» – Riv. Trim. n. 3/4, 2014, 71; M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R. KOSTORIS-R. ORLANDI, Torino, 2006, 19 ss.

⁶ Cfr. C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in «RIDPP», 2002, 203 ss.

⁷ Corte Edu, *Dickson v. the United Kingdom*, 4 Dicembre 2007, n. 44362/04, § 31.

⁸ Corte Edu, Grand Chamber, 9 luglio 2013, *Vinter and Others v. The United Kingdom*, n. 66069/09, 130/10/3896/10.

as to sustain their health and self-respect and, so far as the length of sentence permits, to develop their sense of responsibility and encourage those attitudes and skills that will assist them to return to society with the best chance of leading law-abiding and self-supporting lives after their release.”

Tale principio è stato sostituito nella versione del 2006 con tre principi.

“Rule 2: Persons deprived of their liberty retain all rights that are not lawfully taken away by the decision sentencing them or remanding them in custody. Rule 5: Life in prison shall approximate as closely as possible the positive aspects of life in the community. Rule 6: All detention shall be managed so as to facilitate the reintegration into free society of persons who have been deprived of their liberty.”

Nel commentario a tali Regole a cura dell’European Committee on Crime Problems – “the CDPC”, si sottolinea come la Regola 2 evidenzia che la perdita della libertà non comporta automaticamente la presunzione che i detenuti perdano gli altri diritti politici, civili, sociali, economici e culturali: infatti, le restrizioni dovrebbero essere le più limitate possibili. Come ha scritto la Corte costituzionale italiana nella sent. n. 349 del 1993, «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale». Ne consegue che tutte le restrizioni all’esercizio dei diritti che non siano puntualmente giustificate da esigenze di ordine e sicurezza devono ritenersi contrarie alla finalità rieducativa della pena.

Nella Convenzione Europea sul trasferimenti *dei procedimenti in materia penale del 1972* (“*the Transfer of Proceedings Convention*”), all’art. 6 lettera f è stabilito che la decisione di trasferimento si deve basare sul principio che il trasferimento dovrebbe favorire le prospettive di riabilitazione del condannato, come da ultimo sottolineato dalla Corte Europea⁹.

Anche la convenzione del Consiglio d’Europa sul trasferimento dei *condannati*, del 21 marzo 1983 menziona la funzione rieducativa della pena e parimenti la risoluzione del Parlamento europeo sul rispetto dei diritti

⁹ CORTE EDU, 29 gennaio 2019, *Güzelyurtlu and others v. Cyprus and Turkey*, no. 36925/07, § 156.

dell'uomo nell'Unione europea (1997)¹⁰, in cui si precisa che la pena ha una funzione di riparazione e risocializzazione perseguendo l'obiettivo del reinserimento umano e sociale del detenuto (punto 78).

Nella più recente decisione quadro 2008/909, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea (GU L 327, pag. 27), - che si applica del pari, mutatis mutandis, all'esecuzione delle condanne nei casi di cui all'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584 -, si esalta la finalità rieducativa laddove l'art. 3, n. 1, precisa che il suo scopo è stabilire le norme secondo le quali uno Stato membro, al fine di favorire il reinserimento sociale della persona condannata, debba riconoscere una sentenza ed eseguire la pena; si sancisce, quindi, in tale disposizione che la pena detentiva ha lo scopo di «favorire il reinserimento sociale della persona condannata»¹¹.

Come evidenziato dal giudice Albuquerque nella sua dissenting opinion in *Öcalan v. Turkey*¹² (no. 2) la funzione rieducativa della pena è presupposta dall'art. 37 (a) della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia che stabilisce che “né la pena capitale né l'ergastolo senza possibilità di rilascio devono essere decretati per reati commessi da persone di età inferiore a diciotto anni”; e, inoltre, tale funzione sarebbe sottesa anche all'art. 9 della Inter-American Convention on extradition nel vietare l'estradizione nel caso in cui si tema la pena di morte, l'ergastolo o pene degradanti.

A livello internazionale, come ricordato e come evidenzia sempre la Corte Edu nel caso *Dickson*¹³ nonché nel caso *Vinter*, l'articolo 10, paragrafo 3, del Patto internazionale¹⁴ relativo ai diritti civili e politici (“ICCPR”) prevede che il “3. Il regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e

10 GU 1999, C 98, pag. 279.

11 A. MARTUFI, *Assessing the resilience of 'social rehabilitation' as a rationale for transfer: A commentary on the aims of Framework Decision Framework Decision 2008/909/JHA*, in NJECL, 4 aprile 2018.

12 Corte Edu, 18 marzo 2014, *Öcalan v. Turkey* (n. 2), 24069/03, 197/04, 6201/06 e 10464/07, dissenting opinion § 4, p. 55.

13 § 29.

14 Corte Edu, *Vinter and Others v. the United Kingdom*, n.º. 66069/09, 130/10 and 3896/10, 9 July 2013.

la loro riabilitazione sociale”. Nel commentario a tale norma della Commissione per i diritti umani si afferma inoltre che “nessun sistema penitenziario dovrebbe essere solo retributivo; dovrebbe essenzialmente cercare il ravvedimento e la riabilitazione sociale del prigioniero “.

Anche le Regole minime standard delle Nazioni Unite per il trattamento dei prigionieri (1957) contengono dei principi guida volti a valorizzare la finalità della rieducazione e risocializzazione (in particolare 57, 58 e 59).

A livello europeo in senso stretto a parte le indicazioni che derivano dagli strumenti in materia di cooperazione giudiziaria come sottolinea la stessa giurisprudenza europea e come si esaminerà nel prosieguo, si può intanto ricordare un prezioso strumento di soft law: la risoluzione del Parlamento europeo del 5 ottobre 2017 sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione, che muovendo dal sovraffollamento degli istituti di pena, capace di incidere negativamente sul rispetto dei diritti fondamentali nonché sull’effettività degli strumenti di cooperazione giudiziaria, “incoraggia gli Stati membri a garantire che, oltre all’aspetto punitivo della pena, si presti altresì attenzione allo sviluppo di competenze pratiche e alla riabilitazione dei detenuti onde consentire una migliore gestione della pena, il buon esito del reinserimento sociale e una riduzione della recidiva” (§ 16), e ancora “incoraggia gli Stati membri ad attuare misure di ristrutturazione delle pene, in particolare per le pene brevi, segnatamente attraverso il ricorso alla semilibertà. ...ai lavori socialmente utili...”, e infine ritiene che “sia opportuno rafforzare l’individualizzazione della pena per consentirne una migliore esecuzione” (§ 17)

3. La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo.

Pur mancando nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo una norma che stabilisca la funzione della pena o meglio che assuma la rieducazione a fine della pena nell’ambito della tradizione giuridica dei paesi del Consiglio d’Europa, la Corte Europea ha accolto quegli orientamenti che valorizzano la funzione della rieducazione e risocializzazione della pena, rispetto ad altre finalità tradizionalmente assegnate alla pena, - inclusa la retribuzione, la prevenzione generale, la protezione del pubblico -, sottolineando come negli ultimi anni sia emerso un trend volto a valorizzare la “rehabilitation” come emerge

dagli strumenti in materia del Consiglio d'Europa. La Corte Edu evidenzia che mentre nel passato si considerava la rieducazione (rehabilitation) come uno strumento per prevenire la recidiva, recentemente e in chiave positiva si accentua l'idea della risocializzazione attraverso l'implementazione dell'assunzione della responsabilità personale (la responsabilizzazione)¹⁵.

Questo obiettivo, evidenzia inoltre la Corte, è rinforzato dall'affermazione del "principio di progressione": "durante l'esecuzione di una condanna, il detenuto dovrebbe progressivamente progredire (muoversi) attraverso il sistema penitenziario passando dai primi giorni di detenzione, in cui si accentua la funzione punitiva e retributiva, agli ultimi in cui si accentua la preparazione per il rilascio"¹⁶.

Sviluppando in maniera significativa tale linea interpretativa la Grande Camera della Corte Europea nel caso *Vinter c. Regno Unito*¹⁷, pur non disconoscendo altre finalità della pena detentiva, ha solennemente eretto la rieducazione a *fondamentale scopo* che possa legittimamente giustificare in uno Stato di diritto una pena, come quella detentiva, che limita i diritti fondamentali del soggetto condannato.

In questa sentenza la Corte Edu non solo riconosce la rieducazione come funzione della pena, ma riconosce il "diritto alla risocializzazione" del soggetto detenuto; diritto fondato, poi, sul diritto assoluto e inderogabile al rispetto della dignità della persona umana ex art. 3 CEDU¹⁸, che proibisce la tortura e i trattamenti disumani e degradanti, lasciando intendere che una pena detentiva che non tenda alla rieducazione diventerebbe come minimo un trattamento disumano e degradante.

15 Corte Edu, *Dickson*, cit., § 28: "While rehabilitation was recognised as a means of preventing recidivism, more recently and more positively it constitutes rather the idea of re-socialisation through the fostering of personal responsibility". Cfr. I. BLANCO CORDERO, *La resocialización como obligación positiva del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in CARMEN JUANATEY DORADO - NATALIA SÁNCHEZ-MORALEDA, *Derechos del Condenado y Necesidad de Pena*, Aranzadi, 2018, 261 ss.

16 § 28: "In the course of serving a sentence, a prisoner should move progressively through the prison system thereby moving from the early days of a sentence, when the emphasis may be on punishment and retribution, to the latter stages, when the emphasis should be on preparation for release".

17 Corte Edu, *Vinter and Others v. the United Kingdom*, cit.

18 M.K. ADDO-N. GRIEF, "Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?", in *Eur. Journ. Int. Law*, 1998, 512 ss.

La Corte ricorda, come già aveva avuto occasione di rilevare in precedenti pronunce¹⁹ e come ribadisce in successive, che l'accento nella politica penale europea è adesso posto sullo scopo riabilitativo (rehabilitative aim) della detenzione, in particolare nella prospettiva della fine della lunga carcerazione. In tale direzione la Grande Camera valorizza la legislazione e la giurisprudenza costituzionale di diversi paesi europei e non solo²⁰, e, in particolare, adotta l'orientamento della Corte Costituzionale Federale tedesca che concepisce la risocializzazione come condicio *sine qua non* delle pene detentive, incluso l'ergastolo²¹, sancendo che "sarebbe contrario alle disposizioni della Costituzione che riconosce la dignità della persona umana che lo Stato privi con la forza una persona della sua libertà senza darle l'opportunità, in alcun momento, di recuperarla. Questa conclusione ha indotto il Tribunale costituzionale federale tedesco ad affermare che le autorità penitenziarie hanno il dovere di sforzarsi di perseguire la riabilitazione del detenuto e che la rieducazione sia costituzionalmente necessaria in ogni società che si fonda sul rispetto della dignità umana"²².

La Corte Europea anche in sentenze successive insiste nell'enfatizzare che la rieducazione e reintegrazione (risocializzazione) sono diventate un fattore vincolante che ogni Stato membro deve necessariamente prendere in considerazione nel delineare le politiche penali (*Khoroshenko*, § 121)²³, ricordando che il detenuto – come ripetutamente ribadito nella sua giurisprudenza – continua a godere di tutti i suoi diritti e libertà fondamentali, tranne che il diritto alla libertà²⁴. La Corte sottolinea che gli Stati, nel curare che le misure volte a scopi punitivi rispettino il principio di proporzionalità, devono realizzare un corretto bilanciamento tra la risocializzazione e lo scopo punitivo.

19 Cita Corte Edu, *Dickson*, cit., § 75; *Boulois c. Lussemburgo* [GS], 3 aprile 2012, n. 37575/04; da ultimo *Ēcis v. Latvia*, 10 gennaio 2019, n. 91.

20 Cfr. I. BLANCO CORDERO, *op. cit.*, 274 ss.

21 (see *Vinter*, cited above, paras. 113-118; see the Federal Constitutional Court judgment of 21.6.1977, and along the same lines, the Italian Constitutional Court Judgment No. 274 of 27.9.1987 and the French Constitutional Court Decision No. 93-334 DC of 20.1.1994).

22 *Ibidem*, n. 113.

23 Corte Edu, *Khoroshenko v. Russia* [GC], n. 41418/04, § 121; *Michno v. Lithuania*, 4 dicembre 2018, n. 29826/15, § 67; *Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria*, 8 luglio 2014, n. 15018/11 and 61199/12, §§ 243-46.

24 Corte Edu, *Michno v. Lithuania*, cit., § 68 -9; *Dickson*, cit., § 67, e *Khoroshenko*, cit., § 116.

In particolare in questa sentenza la Corte ha stabilito, proprio alla luce della finalità rieducativa della pena, che l'ergastolo è compatibile con l'art. 3 nella misura in cui esiste sia la "prospettiva della liberazione che la possibilità di revisione", che devono essere concretamente prevedibili nel senso che il condannato deve sapere chiaramente le condizioni e i tempi per accedere alla liberazione; la violazione dell'articolo 3 si potrà ritenere sussistente solo quando si dimostra: (i) che la prosecuzione della detenzione del ricorrente non può più essere giustificata per legittimi motivi penitenziali (come la punizione, la deterrenza, la protezione della collettività o la riabilitazione); e (ii) la pena è irriducibile, *de facto* e *de iure*.

Non solo la Corte Europea riconosce la risocializzazione come funzione della pena, ma addirittura nel caso *Murray v. The Netherlands*²⁵ la considera oggetto di un obbligo positivo da parte dello Stato nel senso che non solo lo Stato deve riconoscere e garantire la rieducazione come finalità della pena²⁶, ma nel senso che ha l'obbligo di intraprendere tutte le azioni positive volte a realizzare tale fine²⁷; tale obbligo positivo si fonda sull'art. 3 CEDU e quindi sul rispetto della dignità umana, diritto assoluto e inderogabile. In tale direzione gli Stati devono prevedere un regime carcerario, in particolare per i condannati all'ergastolo, compatibile con l'obiettivo della risocializzazione e che permetta al detenuto di progredire verso il raggiungimento di quell'obiettivo. Lo Stato, insomma, dovrebbe offrire gli strumenti, i programmi, le condizioni che consentano di perseguire tale obiettivo. È incompatibile con la dignità umana privare una persona di libertà senza consentire a lui o lei di rieducarsi e reinserirsi nella società, cioè senza fornire a lui o a lei i mezzi per la risocializzazione²⁸. Sebbene gli Stati non siano responsabili per il raggiungimento dell'obiettivo della risocializzazione dei soggetti privati della libertà²⁹, hanno il dovere di renderlo possibile (obbligo dei mezzi e

25 Corte Edu, 26 Aprile 2016, *Murray v The Netherlands (GC)*, n°. 10511/10.

26 S. MEIJER, "Rehabilitation as a Positive Obligation", in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 25, 2017, 159 ss.

27 Sobre las obligaciones positivas cfr. ampiamente, C.TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH*, in *InDret* 3/2016.

28 *Murray*, cit., § 103. B. MAPELLI CAFARENA, *Principios fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Editorial Bosch, 1983, 151.

29 In tale direzione la Corte Costituzionale spagnola SSTC 19/1998, 150/1991, 55/1996; 119/1996.

non di risultato). I detenuti dovrebbero avere reali possibilità di progredire verso il reinserimento sociale, soprattutto se la loro liberazione dipende da esso (come nel caso dell'ergastolo). Questo può essere ottenuto attraverso l'istituzione e la revisione periodica di un programma individualizzato che incoraggi il detenuto a risocializzarsi per sé stesso, al fine di condurre una vita responsabile. Ciò impedisce che la funzione risocializzatrice della pena sia condizionata dalle mutevoli situazioni che possono vivere gli Stati, come una particolare congiuntura economica o l'ideologia del partito politico al potere³⁰. Lo Stato che non fornisce in modo positivo questa reale opportunità di rieducazione e reinserimento sociale sta violando il suo obbligo di rispettare la CEDU³¹.

Nella sua opinione parzialmente concorrente il giudice Pinto de Albuquerque evidenzia proprio l'obbligo dello Stato di promuovere la risocializzazione con piani individuali e l'obbligo di garantire meccanismi giudiziari, giusti e obiettivi, di revisione della pena verificando la necessità della prosecuzione della detenzione dal punto di vista della funzione della pena; questi due obblighi rappresentano due facce della stessa medaglia. Non solo, ma soprattutto mentre il primo rappresenta una mera obbligazione di mezzi da parte dello Stato, il secondo, - e cioè l'offerta di un piano fattuale di risocializzazione, accompagnata dalla predisposizione dei necessari strumenti concreti volti a favorirla e, quindi, innanzitutto la predisposizione di adeguati trattamenti psichiatrici, psicologici e medici -, rappresenta correttamente un obbligo di risultato e non di mezzi, come emerge dal combinato disposto dei §§ 103 e 111 della sentenza *Murray*.

La Corte Europea non solo fonda la funzione rieducativa sulla dignità della persona umana ex art. 3 CEDU, ma proprio sulla base di tale disposizione negli ultimi anni si è occupata delle misure che incidono sulla libertà residua del condannato, a partire dai regimi speciali sino alle condizioni della detenzione (sovraffollamento carcerario, igiene, condizioni di salute...) al fine di garantire la loro compatibilità con il perseguimento di tale funzione³². In questa sede ci si limita a ricordare che la Corte ha

30 Cfr. I. BLANCO CORDERO, *op. cit.*, 278 ss.; S. MEIJER, *op. cit.*, 161.

31 Corte Edu, *Murray*, cit., § 104; conforme Hutchinson c. Regno Unito [GC], 17 gennaio 2017, n. 57592/08, §§ 42-45.

32 Cfr. A.M. MAUGERI, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sui diritti dei detenuti tra istanze garantiste e compromessi politici*, in *Sul mestiere del giudice*.

recentemente condannato l'Italia per l'incompatibilità con l'art. 3 Cedu del regime dell'ergastolo ostativo (art. 4 bis ord. pen., l. 354/'75, introdotto dalla l. 356/'92) che subordina alla collaborazione giudiziaria (art. 58 ter ord. pen) l'accesso alla liberazione, in relazione a soggetti condannati per determinati gravi reati. La Corte, partendo dalla sentenza 313 del 1990 di Corte Costituzionale e dalla funzione centrale della risocializzazione della pena, ricorda che la tutela della dignità umana impedisce di privare una persona della propria libertà senza intervenire contemporaneamente per il reinserimento della medesima persona e senza fornirle la possibilità di essere rimessa in libertà (obbligazione positiva di mezzi, cfr. § 113), anche in considerazione dell'importanza riconosciuta al principio della progressione trattamentale del detenuto³³. Pur riconoscendo la possibilità per gli stati di introdurre meccanismi presuntivi rispetto alla valutazione di pericolosità dei condannati per gravi reati, la Corte ritiene che l'equivalenza tra mancata collaborazione e permanenza della pericolosità sociale significa ancorare la valutazione di pericolosità al momento della commissione del fatto senza tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi compiuti nel corso dell'esecuzione; la scelta di non collaborare può dipendere dal timore di mettere a repentaglio la propria vita e quella dei propri congiunti, non deriva sempre da una scelta libera e volontaria di adesione ai valori criminali e di mantenimento di legami con l'organizzazione di appartenenza, come già affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 306/1993³⁴. La Corte evidenzia che «la lotta contro questo flagello [la mafia] non può

Lavori in onore di Paulo Pinto de Albuquerque, a cura di D. GALLIANI, 2020 e giurisprudenza ivi citata; ID., *La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos acerca de los derechos de las personas privadas de libertad: entre garantismo y compromisos políticos*, in C. JUANATEY DORADO – N. SÁNCHEZ-MORALEDA, *Derechos del Condenado y Necesidad de Pena*, Aranzadi, 2018; M. VENTUROLI, *op. cit.*, 149 ss.; G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANES-V. ZAGREBELSKY, Milano 2011, 299 ss.

33 «§ 111. La Corte osserva che il sistema penitenziario italiano si basa sul principio della progressione trattamentale del detenuto, secondo il quale la partecipazione attiva al programma individuale di rieducazione e il passare del tempo possono produrre effetti positivi sul condannato e promuovere il suo pieno reinserimento nella società».

34 Corte Edu, I sez., 13 giugno 2019, Marcello Viola c. Italia (n. 2), ric. n. 77633/16m, in particolare § 108 ss.; cfr. M.S. MORI-V. ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo*, in «GP», 2019, f. 6; E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in «RIDPP», 2019.

giustificare deroghe alle disposizioni dell'articolo 3 della Convenzione, che vieta in termini assoluti le pene inumane o degradanti" (principio di umanità della pena); l'ergastolo ostativo viola "la dignità umana, che si trova al centro stesso del sistema messo in atto dalla Convenzione" (§ 136)³⁵. Il 23 ottobre 2019 la Corte costituzionale italiana ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4 bis, c. 1, ord. pen. nella parte in cui non prevede la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata.

3.1. Il riconoscimento della funzione rieducativa della pena sulla base di altre disposizioni della CEDU.

In alcune sentenze la Corte Europea ha riconosciuto la finalità rieducativa della pena in base a norme diverse rispetto all'art. 3 CEDU, condannando delle situazioni in cui si comprometteva la riabilitazione.

In particolare sulla base dell'art. 5 CEDU nel caso *James, Wells and Lee v. the United Kingdom*³⁶ il Tribunale ha esaminato la sezione 225 del Criminal Justice Act 2003 (introdotta nel 2005 e abolita nel 2012), una legge del Regno Unito, che prevedeva pene detentive indeterminate per la prote-

35 Con la sentenza del 23 ottobre (4 dicembre) 2019, n. 253, la Corte costituzionale italiana ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4 bis, c. 1, ord. pen. nella parte in cui non prevede la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata. In virtù della pronuncia della Corte, la presunzione di "pericolosità sociale" del detenuto non collaborante non è più assoluta ma diventa relativa. Uno degli argomenti fondamentali contro la legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo è rappresentato dalla violazione del principio della rieducazione. Già nella sentenza n. 149/2018 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 58 *quater* c. 4 ord. penit., - poiché determina l'"appiattimento all'unica e indifferenziata soglia di ventisei anni per l'accesso a tutti i benefici penitenziari indicati nel primo comma dell'art. 4 bis ord. penit." -, proprio alla luce della finalità rieducativa della pena; E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in «DPC», 2018, n. 7, 146.

36 Corte EDU, 18 Settembre 2012, *James, Wells and Lee v. the United Kingdom*, n. 25119/09, 57715/09 e 57877/09; cfr. SC, 10 Dicembre 2014, *Haney and others, Regina (On The Application Of) v. The Secretary of State for Justice*. Cfr. I.BLANCO CORDERO, *op. cit.*, 270 s.

zione pubblica in relazione a soggetti che commettono dei crimini che non meritano l'ergastolo, ma manifestano una particolare pericolosità sociale al punto da ritenere troppo pericoloso rilasciarli dopo l'espiazione dell'originale sentenza (come reati sessuali). Accanto, allora, al "punitive tariff" proporzionato alla gravità del crimine, si prevedeva un periodo ulteriore indeterminato da scontare sino a quando il Parole Board riteneva che il detenuto non rappresentasse più un pericolo per la collettività e potesse essere rilasciato. La pericolosità era presunta nell'ipotesi in cui sussisteva una precedente condanna per crimini violenti o sessuali, a meno che il giudice ritenesse la presunzione irragionevole nel caso di specie³⁷. La Corte Europea ha ritenuto che la detenzione indeterminata per la protezione della collettività potesse essere giustificata in conformità con le disposizioni dell'articolo 5 § 1 CEDH (diritto alla libertà), purché fossero stati garantiti gli strumenti per la rieducazione (altrimenti si sarebbe trattato di una limitazione arbitraria della libertà) e, quindi, si sarebbero dovuti offrire ai ricorrenti opportunità ragionevoli per condurre corsi mirati a trattare la loro pericolosità (che invece non sono stati concessi, nonostante il Parole Board lo ritenesse necessario per la loro riabilitazione)³⁸.

Ai fini del presente lavoro, è interessante mettere in rilievo che la Corte, nel valutare l'eventuale arbitrarietà di tale disciplina, prende in considerazione proprio la finalità rieducativa (*rehabilitation*) della pena, che considera, accanto allo scopo centrale di tale normativa e cioè la protezione della collettività, uno scopo implicito. Ciò emerge – ad avviso della Corte - anche dai lavori preparatori, anche alla luce degli "obblighi internazionali" che uno Stato dovrebbe voler rispettare quando introduce una nuova legislazione; nel caso di specie proprio gli obblighi sovranazionali rilevanti stabiliscono che lo scopo essenziale della pena detentiva sia la rieducazione³⁹. La Corte evidenzia, inoltre, che non solo non erano stati offerti gli strumenti necessari per la rieducazione, ma

37 Corte Edu [GC], 24 ottobre 2002, *Mastromatteo v. Italy*, n. 37703/97.

38 Cfr. § 206.

39 § 209: "The court is . . . satisfied that in cases concerning indeterminate sentences of imprisonment for the protection of the public, a real opportunity for rehabilitation is a necessary element of any part of the detention which is to be justified solely by reference to public protection. In the case of the IPP sentence, it is in any event clear that the legislation was premised on the understanding that rehabilitative treatment would be made available to those prisoners on whom an IPP sentence was imposed, even if this was not an express objective of the legislation itself".

a monte la pericolosità dei ricorrenti era per lo più il frutto della mera applicazione di una presunzione.

Sempre in considerazione della finalità rieducativa della pena la Corte Europea ha considerato in contrasto con l'art. 5 l'imposizione di una misura di sicurezza detentiva (§ 66 StGB) prevista nell'ordinamento tedesco, da applicarsi dopo l'esecuzione della pena stabilita nella sentenza di condanna, nei confronti di detenuti pericolosi, ribadendo che una simile sanzione detentiva anche se connessa al timore per la pericolosità del soggetto e per scopi di riabilitazione viola l'art. 9 § 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights⁴⁰. In particolare si evidenzia che se tale misura di sicurezza custodiale fosse effettivamente considerata "una misura terapeutica mirata principalmente alla riabilitazione dei detenuti", il controllo psicologico periodico (che può determinare il rilascio o la diminuzione del periodo di custodia) non sarebbe considerato come una sorta di "graziosa concessione" ai detenuti, ma una caratteristica fondamentale da cui dipende la "funzionalità stessa della detenzione"; il fatto, invece, che tale controllo è considerato solo come espressione dello sforzo volto a ridurre la severità, rivela fino a che punto anche la maggioranza non possa non riconoscere il suo evidente carattere punitivo (§ 102)⁴¹. In tal modo gli scopi della pena detentiva e della custodia di sicurezza finiscono per sovrapporsi: in base alle sezioni 2 e 129 dell'ordinamento penitenziario, la difesa sociale e la rieducazione ("to help the detainees to become capable of leading a socially responsible life outside prison")⁴². La Corte ritiene, infatti, anche in base ad un'ana-

40 Corte Edu, *Ilmseher v. Germany*, 4 Dicembre 2018, n. 10211/12 e 27505/14, § 75 ss.

41 Corte Edu, 13 dicembre 2011, *M. v. Germany*, ric. n. 6587/04, 86 ss. - 125; 13 gennaio 2011, *Kalweitt v. Germany*, n. 17792/07; 13 gennaio 2011, *Mautes v. Germany*, n. 20008/07; 13 gennaio 2011, *Schummer v. Germany*, n. 27360/04 e 42225/07. Successivamente, con sentenza datata 4 maggio 2011, la Corte di Karlsruhe ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina della custodia di sicurezza postuma, sottolineando in particolare la violazione del principio di proporzione e di *differenziazione tra pene e misure di sicurezza*, invitando il legislatore a modificare detta misura preventiva. In seguito a tale pronuncia, il legislatore che aveva già provveduto ad una riforma nel 2010 - *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung* - in seguito alla sentenza della Corte Edu, emanava la legge 5 dicembre 2012 (*Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*), con la quale recepiva i criteri fissati dal giudice costituzionale, tra l'altro prevedendo istituti appositi e trattamenti terapeutici individualizzati. Corte Edu, 22 marzo 2012, *Rangelov v. Germania*, no. 5123/07 Da ultimo Corte Edu, 4 dicembre 2018, *Ilmseher v. Germany*, n. 10211/12 e 27505/14.

42 Corte Edu, *M. v. Germany*, cit., § 132

lisi alla luce dei criteri Engel, che tale misura rappresenta una pena tra le più severe dell'ordinamento tedesco⁴³, se non la più severa⁴⁴; ne consegue che dovrebbe essere sottoposta alle garanzie del principio di legalità/irretroattività ex art. 7 Cedu⁴⁵. Nonostante il rilievo, comunque, attribuito alla finalità rieducativa, in queste sentenze emerge qualche ambiguità laddove la Corte Edu sembra ritenere che la finalità rieducativa rappresenti una priorità per la misura di sicurezza, e non per la pena detentiva (in cui prevarrebbe la finalità punitiva/retributiva); teoria ben nota nel dibattito italiano in relazione alla distinzione tra pene e misure di sicurezza⁴⁶. Il giudice Pinto de Albuquerque contesta correttamente che a monte la previsione della custodia di sicurezza si pone in contrasto con il principio che la pena debba svolgere la finalità rieducativa⁴⁷.

Nella stessa direzione nel caso di *Rangelov c. Germania*⁴⁸ la Corte ha ritenuto che rappresentasse una violazione dell'articolo 5 (1) della CEDU (divieto di detenzione arbitraria) e dell'art. 14 CEDU (diritto alla non discriminazione) il fatto che a un detenuto di nazionalità bulgara fosse negato l'accesso a un programma terapeutico, consentito invece al cittadino tedesco, così contribuendo alla continuazione della custodia di sicurezza detentiva per mancato perseguimento dell'obiettivo della rieducazione.

In altri casi la Corte EDU ha difeso la finalità rieducativa contro dei ricorsi nei confronti di uno Stato proprio in conseguenza dell'applicazione di misure risocializzatrici, come permessi premio o la liberazione condizionale, concesse a detenuti condannati per reati violenti, che hanno poi commesso dei reati violenti durante il godimento di tali misure (*Alba Bromiley contro il Regno Unito*⁴⁹, *Maiorano e altri c Italia*⁵⁰, *Choreftakis e Choreftaki contro Grecia*⁵¹). In una delle cause contro l'Italia, *Mastro-*

43 Ibidem, § 133.

44 Ibidem, § 132.

45 Ibidem, § 128.

46 Cfr. I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Giuffrè, 1970; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Giuffrè, 1978, 226 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2018, 737.

47 §§ 40 – 41.

48 Corte Edu, 22 marzo 2012, *Rangelov v. Germania*, no. 5123/07.

49 Corte Edu, 23 novembre 1999, *Dawn Bromiley v. the United Kingdom*, n°. 33747/96.

50 Corte Edu, 15 dicembre 2009, *Maiorano and Others v. Italy*, n. 28634/06.

51 Corte Edu, 17 gennaio 2012, *Choreftakis and Choreftaki v. Greece*, n°. 46846/08.

matteo c. l'Italia, il figlio del querelante è stato ucciso da due detenuti a cui erano stati concessi dei permessi premio di cui hanno approfittato per fuggire. La Corte ha ritenuto, confortata dalle statistiche fornite dallo Stato convenuto, che i requisiti previsti nel sistema italiano per la concessione dei permessi di uscita garantissero una protezione sufficiente per la società, e non vi era nulla che potesse suggerire che il regime delle misure di reinserimento applicabile in Italia all'epoca dei fatti non fosse conforme all'obbligo di proteggere la vita ai sensi dell'articolo 2 della CEDU.

In un altro caso sempre contro l'Italia e in cui il detenuto che usufruiva del permesso era un ergastolano, la Corte ribadisce gli argomenti esaminati, sottolineando che “la Corte ha riconosciuto il *fine legittimo di una politica di progressivo reinserimento sociale delle persone condannate a pene detentive [corsivo aggiunto]*. Quest'ultima si basa su misure - quali i permessi di uscita temporanea - che permettono il reinserimento sociale del detenuto, anche quando costui è stato condannato per crimini violenti”⁵². Emerge anche in questo caso come la Corte Europea valorizzi la finalità rieducativa della pena, difendendone i meccanismi di attuazione – come i permessi premio, etc. – anche nel caso di un fallimento nel caso concreto.

In altre decisioni la Corte EDU enfatizza sempre l'importanza della funzione rieducativa della pena, ritenendo sulla base dell'art. 8 della CEDU (diritto alla vita familiare) che il successo della risocializzazione può talvolta dipendere dal grado in cui un detenuto può mantenere legami con il mondo esterno, sancendo che i detenuti hanno il diritto di mantenere i contatti con le loro famiglie attraverso visite coniugali e familiari nel rispetto, appunto, dell'art. 8 in questione⁵³ (anche proibire visite lunghe può rappresentare, laddove non necessario, una violazione dell'art. 8 alla luce della finalità rieducativa); fermo restando che la Corte non nega che la limitazione del numero delle visite, la loro supervisione o la sottoposizione del detenuto a speciali regimi possano essere misure necessarie in considerazione della natura del reato e delle caratteristiche specifiche del

Cfr. Su tale giurisprudenza I.BLANCO CORDERO, *op. cit.*, 271 s,

52 Corte EDU, 15 dicembre 2009, *Maiorano e Altri c. Italia*, n. 28634/06, § 108.

53 Corte EDU, *Khoroshenko v. Russia*, 30 June 2015, n. 41418/04; *Trosin v. Ucraina*, 23 febbraio 2012, n. 39758/05, perché le restrizioni sulle visite di famiglia erano sproporzionate, poiché la valutazione del loro bisogno non era richiesta in base alle circostanze particolari di ciascun detenuto.

detenuto⁵⁴. Lo Stato, però, non è libero di introdurre simili restrizioni, ma si deve limitare a prevedere quelle strettamente necessarie e appropriate⁵⁵.

Nella stessa direzione la Corte⁵⁶ ha recentemente stabilito che non sussiste un diritto a uscire dal carcere per partecipare al funerale del proprio padre, ma che comunque le autorità devono valutare nel merito ciascuna richiesta; l'art. 8 è violato laddove le autorità non hanno bilanciato i contrastanti interessi e hanno basato il loro rifiuto solo sulla mancanza di una disposizione interna che preveda tale diritto⁵⁷. La Corte evidenzia, quindi, che sebbene si possano prendere in considerazione diverse legittime finalità della pena, considerando l'importanza che la funzione rieducativa della pena detentiva ha assunto nella politica penale europea, la decisione deve tenere conto proprio del perseguimento della finalità rieducativa, indipendentemente dal crimine commesso, dalla durata della pena, dal sesso dell'imputato. Proprio il mantenimento dei legami familiari viene considerato "un mezzo essenziale per aiutare la reintegrazione e la riabilitazione di tutti i prigionieri, indipendentemente dal sesso"⁵⁸, così come le uscite dalla prigione facilitano la reintegrazione sociale di tutti i prigionieri⁵⁹.

Sempre sulla base dell'art. 8 e il rispetto alla vita privata e familiare la Corte ha valutato una procedura di espulsione nel caso *Cabucak v. Germany*⁶⁰, prendendo in considerazione anche la finalità rieducativa della pena oltre che l'esigenza di garantire la prevenzione del crimine e di disordini.

O sempre sulla base di tale disposizione convenzionale intesa, però, come espressione del diritto al rispetto della vita privata, la Corte ha stabilito che era stata realizzata una violazione dell'art. 8 CEDU laddove

54 Corte Edu, 23 Aprile 2013, *Hagyó v. Hungary*, n. 52624/10, § 84; *Michno*, cit., § 69.

55 Corte Edu, *Andrey Smirnov v. Russia*, 13 February 2018, n. 43149/10, § 54; *Michno*, cit., § 70.

56 Corte Edu, *Ēcis v. Latvia*, 10 gennaio 2019, n. 12879/09, 91 – 92.

57 Corte Edu, *Ēcis*, cit., 91; *Császay v. Hungary*, 21 ottobre 2014, n. 14447/11, § 20; *Feldman v. Ukraine (no. 2)*, 12 gennaio 2012, n. 42921/09, § 35; *Giszczyk v. Poland*, 29 febbraio 2012, 40195/08, § 36, e *Płoski*, 12 febbraio 2003, n. 26761/95, § 38

58 Corte Edu, *Khoroshenko*, cit., § 144

59 Corte Edu, *Ēcis v. Latvia*, 10 gennaio 2019, n. 12879/09, 92, che cita Mastromatteo, cit., § 72 e *Schemkamper v. France*, 18 ottobre 2005, n. 75833/01, § 31

60 Corte Edu, *Cabucak v. Germany*, 20 Dicembre 2018, n. 18706/16,

si prevedeva la conservazione a tempo indeterminato dei dati relativi ai precedenti penali di una persona e la divulgazione di queste informazioni nei certificati relativi ai precedenti penali, poiché in tal modo si rende difficile per un soggetto accedere a un lavoro quando ha una fedina penale che i potenziali datori di lavoro potrebbero conoscere (*MM v. the United Kingdom*⁶¹). In materia, del resto, la finalità rieducativa è evidenziata dal principio n. 7 (Principle 7 – length and storage of updating of data states) del *Committee of Ministers' Resolution (74) 29 on the protection of the privacy of individuals vis-a-vis electronic data banks in the public sector*.

Tra le misure che devono essere favorite in chiave rieducatrice la Corte Europea prevede anche il diritto alla scolarizzazione e, in generale, all'istruzione o, comunque, a sviluppare nuove competenze in virtù dell'art. 2 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 20 marzo 1952, nel senso, perlomeno, che si considera arbitraria la negazione di tale diritto laddove esistono strutture disponibili (come la scuola all'interno del carcere), pur non sussistendo – ad avviso della Corte - l'obbligo per le autorità statali di adottare misure per consentire a una persona di ottenere un'istruzione durante la sua permanenza in carcere (*Velyo Velev c. Bulgaria*⁶²).

Qualche riferimento alla rieducazione è presente in due sentenze della Corte Edu che si occupano del diritto di accedere a Internet da parte dei detenuti ⁶³. In una prima sentenza si dichiara la violazione dell'art. 10 della Convenzione per la negazione al detenuto da parte della legislazione estone della possibilità di accedere a taluni siti internet negando il suo diritto a informarsi (la Corte sostanzialmente ritiene che la possibilità di accedere a siti che hanno una sorta di “patente” di sicurezza ai detenuti che intendono svolgere ricerche di tipo normativo - leggi, sentenze, atti - non può subire alcuna restrizione, poiché non appare necessaria in una società democratica); anche la seconda con riferimento all'art. 10 CEDU⁶⁴ nega la “necessità” in una società democratica di talu-

61 Corte Edu, *MM v. the United Kingdom*, 13 Novembre 2012, n. 24029/07; cfr. Corte Edu, *Catt v. The United Kingdom*, 24 gennaio 2019, n. 43514/15.

62 Corte Edu, *Velyo Velev v. Bulgaria*, 27 Maggio 2014, n. 16032/07.

63 Corte Edu, *Kalda v. Estonia*, 19 gennaio 2016, n. 17429/10.

64 Corte Edu, *Jankovskis v. Lituania*, 17 gennaio 2017, n. 21575/08.

ne limitazioni all'accesso a Internet (siti sicuri) e, soprattutto, fa esplicito riferimento alla rieducazione ritenendo che le informazioni, alle quali il ricorrente vorrebbe attingere, sicuramente potrebbero avere non poca rilevanza per la sua risocializzazione e di conseguenza il reinserimento sociale. La dottrina evidenzia la stretta connessione con l'art. 3 Conv., nel senso che Internet è uno strumento che contribuisce al soddisfacimento della funzione rieducativa della pena in virtù di una stretta e necessaria relazione tra una pena rieducativa, un trattamento conforme alla dignità umana e il diritto di accedere a Internet⁶⁵.

Da quanto esaminato emerge l'impegno della Corte EDU per garantire che l'obiettivo della risocializzazione della pena detentiva sia soddisfatto. È consapevole che le risorse sono scarse e che a volte può esserci una tensione tra la risocializzazione e altri fini della carcerazione, in particolare la protezione della società e la retribuzione. Tuttavia, quando le restrizioni alle possibilità dei detenuti di prepararsi per il rilascio siano arbitrarie o irrazionali, la Corte ritiene che i diritti della CEDU siano violati⁶⁶.

4. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di rieducazione.

Nell'ambito della giurisprudenza delle Corti dell'Unione Europea, possiamo ricordare, innanzitutto, delle interessanti prese di posizione che testimoniano come anche in tale contesto la finalità rieducativa viene, più o meno consapevolmente ed espressamente, considerata la fondamentale funzione della pena detentiva⁶⁷.

In tale direzione si è pronunciato nelle sue conclusioni l'Avvocato Generale Yves Bot nel caso *Trayan Beshkov /Sofyyska rayonna prokuratura*⁶⁸, che ricorda come "la funzione della pena, pur non essendo espressa in quanto tale né nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti

65 D. GALLIANI, *Internet e la funzione costituzionale rieducativa della pena*, in «DPC» 2 maggio 2017, 3 ss. – in particolare 6 (pubblicato in *Le libertà fondamentali nell'era di Internet*, a cura di O. POLLICINO, M. BASSINI, E. APA, T.E. FROSINI, Mondadori, 2017)

66 I. BLANCO, *op. cit.*, 283.

67 Cfr. con toni critici A. MARTUFI, *The paths of offender rehabilitation and the European dimension of punishment: New challenges for an old ideal?*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 25(6), 2018, 681 ss.

68 Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, 17 maggio 2017, C-171/16, *Trayan Beshkov /Sofyyska rayonna prokuratura*, § 47 ss.

dell'uomo e delle libertà fondamentali, né nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, costituisce tuttavia il vettore di un valore che esprime la concezione sia dei rapporti umani in una società sia della capacità dell'uomo di correggersi e di reinserirsi. Originariamente concepita come vendetta, la pena è evoluta nel senso di una sanzione dapprima vissuta come corrispettivo, poi come riparazione e, infine, – questa è la sua concezione moderna – come diretta a consentire il reinserimento del condannato nella società. La recidiva degli atti delittuosi ha immediatamente posto la questione della sua prevenzione. Ben presto è apparso chiaro che l'allontanamento del reo costituito dalla pena detentiva, pur essendo inevitabile in un certo numero di casi, lungi dall'evitare la recidiva, poteva al contrario favorirla. Così si è sviluppata la funzione di reinserimento (rieducazione) della pena che si ricollega, nella fase della sua esecuzione, al principio fondamentale della sua personalizzazione”. Si riconosce ampiamente che nell'ambito di una concezione moderna della pena, a partire dalla detentiva, la priorità debba essere riconosciuta, nel rispetto della dignità della persona umana, alla risocializzazione che poi, come bene mette in evidenza l'Avvocato, meglio consente di combattere il fenomeno della recidiva e quindi di soddisfare le esigenze di prevenzione.

Sempre l'Avvocato Generale Yves Bot, nel caso *Wolzenburg*⁶⁹ e nel più recente caso *Openbaar Ministerie c. Daniel Adam Popławski*⁷⁰, evidenzia che “L'importanza attribuita dal legislatore dell'Unione all'obiettivo del reinserimento sociale è esplicitamente confermata da altri atti del diritto dell'Unione e, in particolare, dalla decisione quadro 2008/909, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea (GU L 327, pag. 27) (che si applica del pari, mutatis mutandis, all'esecuzione delle condanne nei casi di cui all'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584), il cui articolo 3, paragrafo 1, precisa che essa ha lo scopo di «favorire il reinserimento sociale della persona condannata».

⁶⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, 24 marzo 2009, C-123/08, *Dominic Wolzenbug*.

⁷⁰ Conclusioni dell'avvocato Generale YVES Bot, 15 febbraio 2017, C-579/15, *Openbaar Ministerie c. Daniel Adam Popławski*, § 34.

Anche in altre pronunce la Corte di Giustizia sottolinea che “dall’articolo 3, paragrafo 1, della decisione quadro 2008/909 risulta che il riconoscimento della sentenza e l’esecuzione della pena da parte di uno Stato membro diverso da quello che ha pronunciato detta sentenza, hanno lo scopo di favorire il reinserimento sociale della persona condannata”⁷¹; e ad avviso dell’Avvocato Generale Yves Bot, a tale finalità deve essere ispirata anche l’esecuzione della pena e cioè “tutte le misure volte, da un lato, a garantire l’esecuzione materiale della pena, quali il mandato d’arresto e, dall’altro, ad assicurare il reinserimento sociale della persona condannata”⁷².

Nella medesima direzione, come evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁷³, il motivo di rifiuto facoltativo di esecuzione del mandato di arresto europeo previsto dall’art. 4, n. 6) della decisione quadro 2002/584 (se il mandato è stato rilasciato ai fini dell’esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, qualora la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, tale Stato può impegnarsi a eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno) “mira, segnatamente, a consentire all’autorità giudiziaria dell’esecuzione di accordare una particolare importanza alla possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena cui è stata condannata (v. sentenze citate Kozłowski, punto 45; Wolzenburg, punti 62 e 67, nonché B., punto 52)”⁷⁴.

Sempre nella prospettiva del rispetto del principio della rieducazione la Corte di Giustizia europea nelle cause riunite C-404/15 e C-659/15 del

⁷¹ Corte di Giustizia (Grande Sezione), 8 novembre 2016, C-554/14, *Atanas Ognyanov*, § 50

⁷² Conclusioni dell’avvocato Generale Yves Bot, 3 maggio 2016, C-554/14, *Atanas Ognyanov*, § 72.

⁷³ Openbaar Ministerie, 2017

⁷⁴ Corte Edu, 5 settembre 2012, *Lopes Da Silva Jorge*, C-42/11, EU:C:2012:517, punto 32, cfr. § 33 in cui si specifica che “Nondimeno, gli Stati membri dispongono di un potere discrezionale certo nell’attuazione di tale disposizione. Infatti, uno Stato membro di esecuzione può legittimamente perseguire un simile obiettivo solamente nei confronti delle persone che abbiano dimostrato un sicuro grado di integrazione nella società di detto Stato (v., in tal senso, sentenza Wolzenburg, cit., punti 61, 67 e 73)”; Conclusioni dell’Avvocato Generale YVES Bot, 15 febbraio 2017, C-579/15, *Openbaar Ministerie c. Daniel Adam Popławski*, § 36 - 37.

2016⁷⁵, ha stabilito che l'esecuzione di un mandato di arresto europeo deve essere rinviata se sussiste un rischio concreto di trattamento inumano o degradante a causa delle condizioni di detenzione dell'interessato nello Stato membro di emissione del mandato⁷⁶. Nei casi citati (cause riunite C-404/15 e C-659/15) nell'ambito della procedura di consegna, il tribunale di Brema rilevava l'assenza di indicazioni convincenti rispetto al fatto che, se consegnato all'autorità giudiziaria ungherese, il condannato non sarebbe stato sottoposto a condizioni di detenzione contrastanti con l'articolo 3 Cedu, nonché coi diritti fondamentali e coi principi generali del diritto sanciti dall'articolo 6 TUE. Il giudice tedesco motivava tale conclusione osservando che l'Ungheria è stata recentemente condannata per violazione dell'art. 3 Cedu a causa dello strutturale sovraffollamento carcerario⁷⁷, fenomeno altresì riscontrato dal Comitato per la Prevenzione della Tortura tra il 2009 e il 2013.

La primaria esigenza di realizzare la funzione rieducativa della pena guida la giurisprudenza della Corte di Giustizia nell'applicazione della direttiva 2004/38 (sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione) in relazione alla possibilità di adottare una decisione di allontanamento per motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza; si afferma che "occorre in particolare ponderare, da un lato, il carattere eccezionale della minaccia di pregiudizio alla pubblica sicurezza a causa del comportamento personale della persona di cui trattasi, ...⁷⁸, alla luce in particolare delle pene previste e di quelle irrogate, del grado di coinvolgimento nell'attività criminosa, della portata del danno e, eventualmente, della tendenza alla recidiva⁷⁹...", e, dall'altro, il rischio di compromettere il *re-inserimento sociale* del cittadino dell'Unione nello Stato in cui è effettivamente integrato, reinserimento che rientra non solo nell'interesse

⁷⁵ Corte di Giustizia Ue, Grande camera, sent. 5 aprile 2016, *Aranyosi e Caldaru*, C-404/15 e C-659/15 PPU.

⁷⁶ Corte di Giustizia, Prima Sezione, ML con l'intervento di Generalstaatsanwaltschaft Bremen, 25 luglio 2018, C-220/18 PPU.

⁷⁷ Corte di Giustizia, 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria*, C-14907/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, 64586/13; *Vociu c. Romania* (n. 22015/10), *Bujorean c. Romania* (C-13054/12), *Burlacu Constantin Aureliano c. Romania* (C- 51318/12) e *Mihai Laurentiu Marin c. Romania* (C. 79857/12), tutte del 10 giugno 2014.

⁷⁸ Cfr., in particolare, Corte di Giustizia, 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos e Oliveri*, Racc. pag. I-5257, §§ 77-79.

⁷⁹ Cfr. Corte di Giustizia, 27 ottobre 1977, C-30/77, *Bouchereau*, Racc. pag.1999, punto 29,

di quest'ultimo, bensì dell'Unione europea in generale, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 95 delle sue conclusioni⁸⁰. Sembra assolutamente apprezzabile la concezione positiva di risocializzazione espressa dalla Corte in queste affermazioni all'interno di un'idea di Stato sociale di diritto, che considera il reinserimento sociale dei propri cittadini come un valore positivo e un interesse da perseguire per la stessa Unione Europea.

Un altro settore in cui emerge l'assunzione della funzione rieducativa a faro ispiratore della concezione della pena nell'ambito della giurisprudenza e della legislazione dell'Unione Europea emerge nell'interpretazione della disciplina dell'espulsione in seguito ad esecuzione di pena detentiva ai sensi della direttiva 2004/38; come evidenzia nelle sue conclusioni l'Avvocato Generale Yves Bot⁸¹ «la decisione del *Regierungspräsidium Stuttgart* debba non soltanto rispondere alle condizioni imposte dalla direttiva 2004/38, ma anche, trattandosi di una decisione presa quale conseguenza di una condanna penale che si applicherebbe al termine della relativa esecuzione, rispettare i principi fondamentali che riguardano la funzione della pena», principi che vengono fatti rientrare tra i principi fondamentali che proprio per tale carattere costituiscono «una norma comune da cui, nell'ambito dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, le questioni connesse principalmente alla cittadinanza dell'Unione non possono prescindere». Fatta tale premessa l'Avvocato Generale considera proprio la rieducazione la funzione della pena accolta nell'ambito dei paesi membri dell'UE: «Già presente nell'antichità presso i teologi, i filosofi o i teorici, l'idea che una pena debba avere una funzione di reinserimento del condannato è oggi un principio condiviso e affermato da tutti i diritti moderni, in particolare da quelli degli Stati membri»; anzi, in linea con la giurisprudenza della Corte Edu, si ritiene che «il rispetto del principio della funzione di reinserimento della pena non sia dissociabile dalla nozione di dignità umana e, in quanto tale, che esso appartenga alla famiglia dei principi generali del diritto dell'Unione». Si citano a sostegno di tale assunto proprio la raccomandazione sulle regole penitenziarie europee del Consiglio d'Europa del 2006 secondo cui «la detenzione deve essere gestita in modo da facilitare il

80 Corte di Giustizia, C-145/09, *Land Baden-Württemberg contro Panagiotis Tsakouridis*

81 Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, 8 giugno 2010, C-145/09, *Land Baden-Württemberg c. Panagiotis Tsakouridis*, § 46.

reinserimento nella società libera delle persone che sono state private della libertà»; il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite e firmato a New York il 16 dicembre 1966, che all'art. 10, n. 3, stabilisce che «[i]l regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale»; nonché la giurisprudenza in materia della Corte europea dei diritti dell'uomo e, in particolare, il caso *Mastromatteo/Italia* (2002) sopra esaminato in cui la Corte ribadisce che essa “riconosce il fine legittimo di una politica di progressivo reinserimento sociale delle persone condannate a pene detentive. In quest’ottica ravvisa la fondatezza di misure – quali i permessi di uscita temporanea – che consentono il reinserimento sociale del detenuto»⁸². Anche la Corte di Giustizia nel caso in questione ritiene che nell’applicazione della direttiva 2004/38, occorre prendere in considerazione ai fini dell’applicazione dell’ordine di espulsione “il rischio di compromettere il reinserimento sociale del cittadino dell’Unione nello Stato in cui è effettivamente integrato, reinserimento che rientra non solo nell’interesse di quest’ultimo, bensì dell’Unione europea in generale, come ha rilevato l’avvocato generale al paragrafo 95 delle sue conclusioni”⁸³. Alla luce della funzione rieducativa della pena si ritiene eccessiva la decisione di allontanamento alla scadenza di una misura di liberazione condizionale, che è una modalità di esecuzione della pena mirante al reinserimento, in relazione al sig. Tsakouridis, nato e vissuto quasi tutta la sua vita in Germania, per essere stato condannato a sei anni e sei mesi di reclusione per traffico organizzato di stupefacenti⁸⁴.

Nella medesima direzione l’Avvocato Generale Maciej Szpunar ritiene che secondo la “politica penale attuale degli Stati membri” “la risocializzazione del soggetto condannato che consenta al medesimo di ritrovare il proprio posto nella società dopo l’episodio detentivo costituisce la funzione fondamentale della pena”, alla luce della quale decidere sempre sullo status di protezione rinforzato ai fini dell’allontanamento di un cittadino dell’Unione che ha soggiornato nello Stato membro ospitante durante i precedenti dieci anni ⁸⁵. La valorizzazione del principio della

82 Corte Edu, *Mastromatteo*, cit., § 72. 2.

83 § 50.

84 Corte di Giustizia (Grande Sezione), 23 novembre 2010, C-145/09, *Land Baden-Württemberg contro Panagiotis Tsakouridis*.

85 Conclusioni dell’avvocato Generale Maciej Szpunar, 24 ottobre 2017, Cause riu-

rieducazione sembra particolarmente meritevole in contrapposizione a quella logica del nemico che sembra spesso ispirare certe politiche nazionali nei confronti degli stranieri e dei delinquenti (già sottoposti a pena), tanto più se stranieri.

In materia di mediazione sono interessanti le conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott nel caso *Szombathelyi Városi Ügyészség contro Emil Eredics e Mária Vassné Sági*⁸⁶, che proprio in considerazione della risocializzazione come primaria funzione della pena, ammette il rifiuto della mediazione da parte dell'autore del reato: "considerando che alla pretesa punitiva statale non sono associate soltanto valutazioni inerenti la tutela delle vittime, ma che la pena è rivolta in particolare alla risocializzazione del reo e a finalità preventive, può senz'altro essere ammissibile il rifiuto della mediazione nonostante la presenza del consenso della vittima".

5. Conclusioni.

Il riconoscimento della funzione rieducativa della pena emerge, in conclusione, sia da taluni strumenti normativi, anche di soft law, a livello europeo, sia dalla giurisprudenza della Corte Edu e della Corte di Giustizia in materia, che fondano sul rispetto della dignità della persona umana, alla base del divieto di pene o trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu e 4 Carta europea dei diritti fondamentali), tale principio. Pur non negando del tutto la concezione polifunzionale della pena⁸⁷, la Corte ha fatto assurgere la funzione rieducativa, limite al potere punitivo, a un diritto fondamentale, nonché oggetto di un obbligo positivo degli Stati che si concretizza nella necessità di offrire strumenti di risocializzazione e di individualizzazione del trattamento⁸⁸.

nite C-316/16 e C-424/16, B contro Land Baden-Württemberg, § 110 - 109

86 Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, 1° luglio 2010, Causa C-205/09 *Szombathelyi Városi Ügyészség contro Emil Eredics e Mária Vassné Sági*, § 68.

87 Si veda l'opinione dissenziente del giudice Wojtyczek nel caso *Viola*, § 7, in cui evidenzia che "la pena è uno strumento legale multidimensionale. La risocializzazione del criminale è un obiettivo fondamentale, ma non è l'unico", sottolineando anche la funzione retributiva e deterrente.

88 Cfr. A. MARTUFI, *The paths of offender rehabilitation and the European dimension of punishment: New challenges for an old ideal?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2018, 25(6), 681.

Non è possibile un ulteriore approfondimento della tematica in questa sede, ma sia consentito ricordare che la giurisprudenza della Corte di Giustizia già a partire dalla fine degli anni '60 ha riconosciuto i diritti e i principi fondamentali fondati sulle tradizioni costituzionali degli Stati membri, tra cui il principio della proporzionalità della pena⁸⁹ – oggi espressamente previsto dall'art. 49 della Carta di Nizza -, che, come ricordato, rappresenta un imprescindibile presupposto del perseguimento della funzione rieducativa della pena; principio che “rappresenta, tra l'altro, parte esclusiva o funzionale del principio di individualizzazione (a seconda della sua coniugazione)”⁹⁰. Tale principio non solo è riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per verificare se la sanzione, in quanto limitazione di un diritto fondamentale, è necessaria e adeguata allo scopo perseguito⁹¹, ma la giurisprudenza comunitaria applicando tale principio ha favorito il rispetto del principio di *extrema ratio* a livello nazionale: «attraverso il ricorso all'art. 10.2 Tr. CE i giudici di Lussemburgo hanno innescato un processo di armonizzazione sanzionatoria che, diversamente da quello realizzato nell'ambito del terzo pilastro, appare teso non già a potenziare il momento repressivo, ma al contrario a valorizzare il principio di *extrema ratio* della sanzione criminale e dunque a favorire la depenalizzazione⁹²». Il principio di proporzionalità della pena assume, poi, un particolare rilievo da quando l'Unione, alla luce delle competenze previste dal nuovo art. 83 del Trattato di Lisbona, può formulare ipotesi di reato.

In connessione con il principio di proporzione un ruolo fondamentale per l'affermazione della funzione rieducativa della pena assumono, inoltre, gli strumenti legislativi, anche di soft law, che incoraggiano

89 Cfr. A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali della “materia penale” nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. GRASSO - R. SICURELLA, *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, 2008, 108 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA, *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, 67 ss.

90 M. VENTUROLI, *op. cit.*, 149.

91 Cfr. S. TRECHSEL, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il sistema penale*, in «RIDU», 1997, n. 2, 234.

92 A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in europa: linee ricostruttive*, in G. GRASSO - R. SICURELLA, *Per un rilancio del progetto europeo*, cit., 429; CGE, 15 dicembre 1976, C 41/76, *Donckerwolcke*, in *Racc.* 1976, § 1936.

l'adozione di misure alternative alla detenzione⁹³, al punto che in dottrina si ritiene che "l'asse principale della politica del Consiglio d'Europa in materia di sanzioni penali" è per l'appunto rappresentato dalla "promozione delle (...) alternative alla pena detentiva"⁹⁴; misure alternative al carcere, – rispetto alle quali si è svolto un processo di armonizzazione sia orizzontale (comparazione), sia verticale a livello europeo⁹⁵ –, che sono funzionali alla rieducazione, non solo perché come minimo evitano gli effetti desocializzanti della pena detentiva, ma soprattutto perché sono mediamente rivolte a favorire la reintegrazione del condannato nel tessuto sociale.

In tale ottica in sede di negoziazione per l'adesione all'Unione da parte di nuovi Stati si richiede sia il rispetto dei valori fondamentali a carattere universale, a partire da quelli riconosciuti nella Carta e nelle tradizioni costituzionali comuni, come il riconoscimento di standard minimi concernenti i diritti delle persone in vinculis, sia la previsione nelle rispettive legislazioni di particolari strumenti sanzionatori non carcerari, come il probation, che trovano una regolamentazione nei testi del Consiglio d'Europa⁹⁶.

Ancora si deve ricordare che anche se talora l'attenzione alla vittima è stata considerata una delle ragioni di un certo populismo penale, neoretributivismo e ipercriminalizzazione⁹⁷, un'altra importante indicazione nell'ottica della affermazione della funzione rieducativa a livello europeo deriva dagli strumenti legislativi che promuovono la *restorative justice*, che tende innanzitutto a responsabilizzare l'autore del reato, primo passo per la rieducazione (ad esempio la raccomandazione del 2003 del Consiglio d'Europa; Direttiva 29/2012/UE; Direttiva 2012/29/UE che cerca di coniugare istanze di specialprevenzione, di risocializzazione

93 Cfr. A. BERNARDI, *L'evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*, in «RIDPP», 2016, vol. 59, n. 1, 51 ss.; Id., *Linee evolutive delle misure alternative nel panorama europeo*, in *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, a cura di A. BERNARDI-M. VENTUROLI, Jovene, 2018, 3 ss. Cfr. sulla giurisprudenza della Corte Edu a tal proposito M. VENTUROLI, *op. cit.*, 158 ss.

94 P. PONCELA-R. ROTH, *Introduction*, ..p. 6; *Quelles sanctions pour quelle Europe?* in «Archives pol. crim.» 2005, 105 ss.: conforme M. VENTUROLI, *op. cit.*, 138.

95 A. BERNARDI, *op. ult. cit.*;

96 M. VENTUROLI, *op. cit.*, 135.

97 Cfr. C.E. PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia. Pragmatica e paradigmatica della clausola di extrema ratio*, in «RIDPP», 2018, 1486.

e di deflazione giudiziaria, restituendo al diritto penale il suo naturale ruolo sussidiario).

Il cammino verso l'affermazione della funzione rieducativa si dovrebbe accompagnare, infine, a un più pieno e assoluto riconoscimento – rispetto quanto già affermatosi nella giurisprudenza delle Corti europee⁹⁸ – di un altro principio fondamentale della materia penale che purtroppo non trova espressa affermazione né nella Convenzione Edu né nella Carta di Nizza, e cioè il principio di colpevolezza, che rappresenta il presupposto per il corretto perseguimento della funzione rieducativa della pena⁹⁹.

98 Sia consentito il rinvio a A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali*, cit., 130 ss.; *La nozione e i principi della “materia penale” nella giurisprudenza delle corti europee*, in: (a cura di) B. MONTANARI, *La costruzione dell'identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale* Tomo II, Giappichelli, 387 ss.

99 Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, op. cit., 326 – 802 ss.