

Rivista N°: 4/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 17/10/2017

AUTORE: Giovanni Maria Flick*

UNA NUOVA CULTURA DELLA PENA: PRIMI, DIFFICILI PASSI**

Sommario: 1. Dai paradossi nel carcere al paradosso del carcere. – 2. I “residui di libertà” nel carcere. – 3. L’interpretazione e l’applicazione della legge nel loro riconoscimento. – 4. Gli ostacoli di fatto, di diritto e culturali all’effettività di quei “residui”.

1. È per me sempre estremamente impegnativo e stimolante confrontarmi con il tema di una nuova cultura della pena anche perché, nonostante io sia un “emerito rottamato”, ho tutta l’intenzione di continuare a ragionare su di esso. Posso però soltanto assumere il ruolo di “grillo parlante” di fronte a una serie di deformazioni, incoerenze ed ambiguità che il sistema penitenziario ancora oggi presenta, oltretutto in un momento in cui non viene dedicata a questo tema una sufficiente attenzione.

Abbiamo concluso il corso dello scorso anno sottolineando il dramma del sovraffollamento: una condizione cronica che evidenzia una serie di contraddizioni e paradossi del carcere; che mette in luce come ancora oggi rimangano in piedi diverse connotazioni di fatto e di diritto della detenzione che drammaticamente la caratterizzano da prima dell’unità d’Italia e dopo quest’ultima, nel periodo liberale, in quello fascista e in quello costituzionale. Si tratta dell’isolamento e della chiusura impermeabile verso l’esterno; di un DNA di violenza nella quotidianità (la questione del carcere è legata a filo rosso con il tema della tortura); di centralismo e di burocrazia.

Sono connotazioni che a mio avviso danno luogo ai paradossi di cui ci siamo occupati lo scorso anno (nelle riflessioni introduttive al *Master* su una nuova cultura della pena,

* Presidente emerito della Corte Costituzionale.

** Lezione conclusiva della V edizione del *Master* in Diritto penitenziario e Costituzione – Università degli Studi Roma Tre, 22 settembre 2017.

Contributo pubblicato senza referaggio (art. 7 del Regolamento della Rivista per l’invio e la valutazione dei contributi).

pubblicate sul n. 4 della *Rivista*, in data 21/12/2016). Oggi faremo un passo ulteriore, prendendo le mosse dai più emblematici fra quei paradossi: primo fra essi l'ergastolo, una pena illegittima nella sua proclamazione – “fine pena mai” – e quindi contraria alla tendenza alla rieducazione; ma legittima nell'esecuzione come affermato dalla Corte costituzionale già nel lontano 1974, potendo concludersi con l'accesso alla liberazione condizionale.

Quella giurisprudenza tuttavia non tiene conto del percorso securitario che ha accompagnato la successiva evoluzione dell'istituto dopo le stragi di mafia del 1992, conducendo all'introduzione del c.d. ergastolo ostativo: un ergastolo che non consente di accedere a quell'unico “gettone di libertà” rappresentato dalla liberazione condizionale. È un problema che andrà ripensato a fondo e per il quale pendono ricorsi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per far valere le contraddizioni di una pena che non prevede la possibilità di revisione del percorso di rieducazione, risocializzazione e reinserimento sociale.

Il secondo paradosso è riferibile alla reclusione, che presenta delle caratteristiche contrarie a quelle dell'ergastolo (pena illegittima in diritto nella proclamazione e legittima in fatto nell'esecuzione, quando non è ostativo). La reclusione è legittima nella proclamazione, privando della libertà personale; diviene illegittima nell'esecuzione per le sue condizioni di fatto come quelle del sovraffollamento, che viene considerato una situazione di emergenza, mentre in realtà è divenuta una situazione strutturale e di “normalità” del nostro sistema penitenziario.

La reclusione – e qui entriamo nel tema che mi interessa toccare oggi – è (o meglio dovrebbe essere) temperata nella sua illegittimità esecutiva dalla salvaguardia dei “residui di libertà” nella sua esecuzione, che la Corte costituzionale ha sempre difeso, considerandoli fondamentali per il rispetto dell'art. 27, comma 3 della Costituzione (“le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”). Qui troviamo uno stimolo su cui non siamo sufficientemente attenti: la Costituzione non parla di reclusione, o di un'unica pena declinata al singolare, ma delle “pene”. Dà per scontato che il ventaglio delle sanzioni possa essere ben più ampio di quello che risulta dall'attuale riferimento – erroneamente ritenuto pressoché obbligato – alla reclusione. La Costituzione propone cioè uno spunto importante per riflettere sulla possibilità di sostituire al carcere (e alla sua incompatibilità con la dignità umana) altre forme di sanzione e di pena.

Il terzo paradosso è riferito alla pena di morte. È stata abolita definitivamente dalla Costituzione, ma in carcere si continua a morire più di quanto si muoia all'esterno: vuoi per quello che viene chiamato il “fuoco amico” (la violenza degli altri detenuti); vuoi per lo stress di adattamento; vuoi per la violenza in sé del carcere; vuoi per la malasanità da sovraffollamento.

A proposito della violenza, troppo spesso anticamera dello stress e del suicidio in carcere, anche recentemente si sono verificati episodi di violenza in carcere e nel contesto di privazione della libertà personale da parte dell'autorità. Essi rendono più che mai attuale la previsione dell'art. 13, quarto comma, della Costituzione, che si occupa specificamente di tutelare la libertà personale nei confronti delle persone detenute, vietando ogni forma di violenza fisica o restrizione alla libertà morale. È questo il filo rosso del rapporto carcere-tortura, che si lega necessariamente al rispetto delle garanzie costituzionali.

2. Oggi facciamo un passo indietro in chiave pessimista, poichè speravamo in molti che si potesse iniziare a superare i tre paradossi del carcere con le prospettive avviate dai Tavoli di studio della riforma penitenziaria, ed in parte raccolte dalla legge-delega recentemente approvata. Viceversa la lettura di un libro che sta per uscire – intitolato “*I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*” e curato da Marco Ruotolo e Silvia Talini – che vede giovani costituzionalisti confrontarsi con i “residui di libertà” in relazione allo stato di detenzione, dimostra che esiste un paradosso più grande. Esso riassume tutti gli altri e si traduce nella inconciliabilità – non solo a mio avviso – tra carcere in quanto tale e dignità della persona.

I “residui di libertà” compatibili con la reclusione, difesi dalla Corte costituzionale con le unghie e con i denti – prima lo faceva di più; ora sembra essersi tagliata le unghie (mi riferisco alla sentenza n. 122 del 2017, in materia di libertà di informazione, acquisizione del materiale informativo e relativa riserva di legge) – hanno una scarsa tenuta per un triplice ordine di ragioni: ragioni di fatto, legate soprattutto al sovraffollamento e alle sue conseguenze; ragioni di ordine e sicurezza; ragioni connesse alla funzionalizzazione dei “residui di libertà”.

Mi spiego in termini concreti: ad esempio, la libertà di religione in carcere fino a che punto è libertà e fino a che punto è invece funzionale al trattamento, così sconfinando nella tendenza verso il controllo? La mia sensazione è che i tre paradossi invece di svuotarsi sfocino nel paradosso più pesante e globale, cui facevo cenno: l'impossibilità di conciliare carcere e dignità, carcere e identità personale. È inutile girarci intorno; o meglio, è necessario continuare ad interrogarci sulla garanzia di quei “residui di libertà”: sono importanti e vanno tutelati nella loro effettività, ma comunque non risolvono il problema di fondo del carcere.

C'è stato indubbiamente un risveglio culturale sul tema delle carceri con gli Stati Generali sull'esecuzione penale; essi rischiavano di rimanere un mero esercizio culturale e in parte, invece, stanno trovando attuazione nella legge delega approvata nel 2017 per la riforma del codice penale, di quello di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario. Tuttavia occorre tener presente l'estrema genericità e vaghezza dei suoi principi. Inoltre la stessa delega tace su punti rilevanti, come ad esempio la sessualità in carcere; soprattutto incontra il totale disinteresse dell'opinione pubblica e dei media, che sono attenti pressochè esclusivamente al tema delle intercettazioni e a quello della prescrizione.

Per questo mi sembra particolarmente importante il lavoro predisposto dai giovani costituzionalisti che per la prima volta hanno affrontato, in modo globale e da vari punti di vista, tutta la serie di diritti residui che spettano al detenuto: l'identità (con specifico riferimento a stranieri, donne e minori), il lavoro, l'istruzione, la cultura, la salute, l'affettività. Fino ad arrivare alla pericolosità sociale e all'effettività dei diritti, mettendoli costantemente alla prova di ostacoli di fatto (da sovraffollamento) e di diritto (prodotti dagli automatismi e dal meccanismo della valutazione di pericolosità sociale).

Si tratta di diritti – è opportuno ricordarlo, come sottolinea Marco Ruotolo nell'introduzione – che vivono non solo attraverso la previsione del legislatore ma anche, e soprattutto, attraverso l'interpretazione della giurisprudenza e l'attività dell'amministrazione in sede di applicazione. Si pensi alla scelta del luogo di detenzione nella garanzia del principio

di territorializzazione della pena, e alla importanza di quella scelta per la tutela della dimensione affettiva.

Si pone quindi una domanda di fondo: esistono davvero, in concreto, quei “residui di libertà”? Sono realmente funzionali al rispetto della personalità oppure sono funzionali al solo trattamento?

3. In questa sede assume rilevanza centrale l’opera dell’interprete, di coloro che quelle norme sono chiamati ad applicare; evidentemente l’interpretazione deve essere restrittiva per ciò che è limitazione dei diritti ed estensiva per ciò che riguarda la loro espansione. Molto spesso, purtroppo, si verifica il contrario (come accade oggi anche in altri campi, come il dialogo tra Corti, ad esempio in riferimento al principio di legalità inteso in maniera differente dagli interpreti italiano e sovranazionale).

L’interpretazione, infatti, risulta in parte influenzata spesso dall’opinione pubblica per la suggestione derivante da “l’arruolamento delle vittime nell’esercito della paura” e per la successiva strumentalizzazione politica di quest’ultima: immigrato uguale delinquente o addirittura potenziale terrorista; straniero uguale stupratore e così via. Simili schemi non appartengono solo a mentalità incolte; si riscontrano anche a livelli molto alti. Si pensi, ad esempio, alle oscillazioni che ha avuto la stessa Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di pena di morte, a seconda delle tensioni e pulsioni dell’opinione pubblica.

Qui mi piace ricordare alcune osservazioni di Marco Ruotolo riportate nell’introduzione del libro che vedrà la luce tra poco: assicurare un reinserimento sociale vuol dire restituire sicurezza. La statistica del 30% sulla recidiva in relazione alla esecuzione della pena attraverso misure alternative e del 70% per chi invece sconta la pena interamente in carcere ne è la chiara dimostrazione.

In secondo luogo occorre guardare all’intera trama del dettato costituzionale e non solo all’art. 27. Penso all’art. 2 Cost., al tema della reciprocità fra diritti e doveri. Esso si lega strettamente a quello della responsabilizzazione di chi si trova in esecuzione della pena in un carcere che, contrariamente a quanto alcuni dicono, è pur sempre una formazione sociale, per quanto coatta. Ancora, penso all’art. 3 Cost. e alla pari dignità sociale, fulcro del quadro costituzionale anche se in una posizione diversa da quella ad essa attribuita nella Costituzione tedesca che, come reazione agli orrori della Shoah, la pone all’interno dell’art. 1 come base di tutti i diritti fondamentali.

Qui si apre un problema che si ricollega a quanto accennato dianzi: se l’eliminazione degli ostacoli allo sviluppo della personalità passa anche per il tramite dell’interpretazione (in sede giurisdizionale) e dell’applicazione della legge (in sede amministrativa), occorre ricordare che per lo stesso tramite può venir meno. Non ha cioè quella garanzia di solidità e certezza che invece dovrebbe offrire un intervento positivo del legislatore.

A questo si collega un’altra osservazione centrale di Ruotolo: la schizofrenia, l’incoerenza e la dissociazione di una politica che con una mano viaggia verso l’umanizzazione della pena e il rifiuto di politiche che conducono a sanzioni meramente retributive, o peggio vendicative; con l’altra ricorre invece all’uso di una legislazione di emergenza non necessaria ma carcerogena, destinata a fungere da tranquillante per l’allarme socia-

le. Le pene esistono, basta applicarle. Si aggiunge inoltre il timore del legislatore nell'affrontare sostanzialmente e direttamente aspetti centrali delle politiche penali, come accade in riferimento al problema della prescrizione del reato; esso oggi viene soltanto aggirato e non risolto, mediante l'aumento esponenziale e sproporzionato delle pene edittali.

Il risultato non è un equilibrio ed una mediazione consapevole tra le due tendenze della carcerizzazione e della decarcerizzazione, ma una loro sovrapposizione ed alternanza che dipendono da una schizofrenica attenzione al variare degli stimoli esterni.

Un'altra indicazione centrale, di natura operativa soprattutto in relazione al sovraffollamento, è quella sulla necessità di guardare alla privazione della libertà non in riferimento alle mura della cella, o ai metri quadrati, ma in relazione al complesso carcerario, alla cinta esterna di reclusione, al "contenuto" del carcere e non solo al suo perimetro fisico.

4. Tutto questo è ben sviluppato nel libro. Esso ha il merito di indagare la relazione che intercorre tra carcere e dignità evitando da un lato lo stretto tecnicismo giuridico, dall'altro la suggestione della sola sociologia.

Ne deriva una significativa conclusione: non possiamo più fermarci soltanto alla dimensione esecutiva o procedimentale della pena; dobbiamo avere il coraggio di aprire le pagine della parte generale del codice penale. Dunque non c'è solo un problema di esecuzione; c'è un problema di riflessione sulla possibilità effettiva di trovare pene diverse dalla detenzione che, a torto o a ragione, è stata eletta a sanzione tradizionalmente unica (come dimostra l'uso del termine "alternative" in relazione a pene diverse dal carcere) per qualsiasi forma di devianza sociale.

A questa necessità di un mutamento culturale si aggiunge, occorre ricordarlo nuovamente, soprattutto una condizione di fatto: il sovraffollamento. Questo problema è stato solo parzialmente tamponato dopo la sentenza Torreggiani, con l'introduzione di rimedi *a posteriori* ed emergenziali, non realmente preventivi. Dovremmo invece iniziare a guardare questo fenomeno come una condizione strutturale; dovremmo pensare al carcere non soltanto secondo la logica dei metri quadrati e della valutazione catastale, ma come vita all'interno di un ambiente chiuso. Quella vita è già di per sé pena, nella misura in cui necessariamente riproduce in piccolo le condizioni della globalizzazione; cioè si impadronisce del tempo e dello spazio, le componenti essenziali della nostra identità e quindi della nostra dignità.

I riflessi di questo sovraffollamento sono notevoli. Si ripercuotono sul trattamento individuale; sull'insufficiente attenzione alle diverse tipologie di ristretti (donne, minori, stranieri); sulla tutela del diritto alla salute e alla salubrità dell'ambiente; sul diritto alla riservatezza; sull'effettività dei diritti; sull'affettività che porta con sé l'ulteriore problema del coinvolgimento e della sofferenza di terzi incolpevoli, come avviene in materia di genitorialità e di rapporto coniugale.

A questa condizione di fatto si affianca un problema di diritto legato agli strumenti giuridici per attuare la sicurezza e l'ordine all'interno degli istituti, primo fra i quali l'automatismo che regola vari passaggi della valutazione della pericolosità sociale. Sono emblematici gli artt. 4 *bis* e 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario e le problematiche legate all'impossibilità di

accesso alle misure alternative ad opera di norme che da eccezionali sono divenute progressivamente di applicazione ordinaria.

A questo si aggiunge l'emblematicità del regime di carcere duro, salvato in maniera altalenante dalla Corte costituzionale, ma ancor più limitativo di quegli indispensabili "residui di libertà". Ad esempio, è significativa la limitazione del diritto al lavoro che è invece tutelato dall'art. 4 della Costituzione sia come diritto sia come dovere di ciascun individuo, ai fini della sua partecipazione alla vita sociale. Del resto, se è vero che il lavoro rende liberi, ciò non avviene certamente se lo stesso è forzato, come insegna l'esperienza dei campi di concentramento, di Auschwitz: non c'è lavoro senza dignità e non c'è dignità senza lavoro.

Infine, accanto ai richiamati ostacoli di fatto e di diritto, incide sui "residui di libertà" un ultimo problema, quello culturale. Esso rischia di concretizzarsi nell'assorbire i diritti fondamentali residui nel trattamento e in una loro dimensione prevalentemente funzionale, a causa del perdurante riferimento esclusivo all'articolo 27 della Costituzione e non anche agli articoli 2 e 3. Il rischio è quello di considerare i "residui di libertà" solo come elementi del trattamento, funzionali al reinserimento e alla risocializzazione; con la conseguenza, paradossale, che la mancata partecipazione al percorso rieducativo potrebbe condurre alla negazione degli stessi.

I diritti, al contrario, devono essere riconosciuti (e non attribuiti) alla persona in sé; altrimenti v'è il rischio di trasformare il detenuto da soggetto ad oggetto. È il rischio di dimenticare che la dignità (la pari dignità sociale da perseguire) si inserisce in un contesto costituzionale caratterizzato non solo dagli articoli 2, 3 e 27, ma anche dagli articoli 4, 9, 17 e seguenti, 21, 24, 29 e seguenti, 32, 33 e 34, 35 e seguenti: tutti principi che occorre cercare di coordinare – nei limiti della compatibilità – con la limitazione del diritto di libertà personale in cui si traduce e si esprime la pena della reclusione, con le sue finalità e i suoi limiti ex articolo 27.

In conclusione, come messo in luce da Gustavo Zagrebelsky (*Diritto e Società*, 2015, 1 ss.), la «condizione carceraria» in quanto tale è incompatibile con la dignità: l'idea della conciliazione fra esse è un'illusione. Il carcere non dissuade, rieduca raramente, riproduce criminalità, mette a rischio la vita. È possibile, necessario ed urgente andare alla ricerca di altri tipi di pena. Soprattutto è necessario ricordare che la dignità e il concetto fondamentale dell'identità personale – e dell'identità e dignità nel rapporto con gli altri – rimangono sempre e profondamente sacrificati, per non dire annullati, nella realtà del carcere per la convergenza di quegli ostacoli di fatto, di diritto e di cultura che tuttora lo rendono un'isola chiusa di fronte alla realtà sociale.