

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

6/2021

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegranza, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

LA PENA IN EXECUTIVIS: DALLA LEGALITÀ COSTITUZIONALE ALLA LEGALITÀ LEGALE

di Antonello Cincotta

Lo scritto prende spunto da un volume di qualche anno fa. Il titolo estremamente stimolante e significativo: Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale”? Il ritardo di “quel” tempo giuridico può essere recuperato per incidere sul tempo sociale sempre più accelerato e mutevole? Questi interrogativi riguardano anche la pena.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La pena e la “riparazione dei cocci”. – 3. La pena: Costituzione applicata ma non attuata? – 4. Conclusioni.

1. Premessa.

A ciascuno il proprio compito. Al sistema giudiziario quello di riparare i cocci, ma non certamente quello di costruire i vasi.

Costruirli e fare in modo che essi rimangano sani, quantunque riparati, compete alla società civile.

2. La pena e la “riparazione dei cocci”.

Il tema della pena in generale e segnatamente quella detentiva si inquadra, peraltro “coerentemente”, in quel generale assetto fosco e contraddittorio che ha come sfondo una applicazione non sistematica, ma del tutto parziale ed episodica se non di “convenienza” o, addirittura più radicalmente, di “tradimento”¹ della Costituzione, che, viceversa, dovrebbe essere costante fonte di ispirazione sistemica.

¹ Negli anni Novanta del secolo scorso quando si era ancora temporalmente prossimi all’esperienza di Tangentopoli ZANCHETTA, *In difesa della Costituzione (la costruzione dello Stato costituzionale)*, in *Questione giustizia*, 1995, 60, scriveva: «i guasti della vita repubblicana, registrati in questi anni, non sono il portato di quanto scritto nel patto fondamentale del dopoguerra; sono al contrario espressione di un suo tradimento. I mali non erano scritti nel codice genetico – e cioè nella Costituzione – della nostra Repubblica: la sconfitta della corruzione (e di tutte le degenerazioni della vita politica), la (ri)affermazione del senso pieno della democrazia si realizzano esaltando i valori, i principi, gli istituti della Costituzione». Molto efficacemente GALLO, *La Costituzione non è una legge delega*, *Moralité*, Napoli, 2011, 195, quando dice che la Costituzione non

La pena è la risultante finale di un “processo” che si consuma all’interno di un ambito penalistico, dall’assetto variegato, talvolta incoerente, connotato da un codice “antico” e da una Costituzione, ormai più che settantenne, per tanti versi inattuata, che si deve confrontare ancora con i tanti ostacoli «opposti al suo pieno svolgimento»² – per dirla con Mortati su questo ancora attuale – e non ancora rimossi, da una legislazione penalistica in continuo “cangiamento”³, sia essa di ritocco del codice medesimo che di riforme di settore, tutto ciò al di là del problema dell’emersione di un diritto penale per varie ragioni e per più versi dilatato ed incerto⁴.

“Cangiamento” che, invece di essere improntato ad esigenze di adattamento derivanti dalla necessità di stare al passo con le mutate esigenze di tutela, da coniugarsi pur sempre con il canone costituzionale dell’*extrema ratio*, quale tutela “frammentaria”

è una sorta di legge delega, ma, d’altra parte, non si può nemmeno tradirne lo spirito, non attuandola. Qui il punto è estremamente delicato, infatti, prosegue l’A., mentre l’illegittimità costituzionale sanziona il vizio della legge in contrasto con Essa non esiste nessun mezzo volto a concretizzare normativamente quanto previsto in Costituzione. L’unico rimedio che in questo caso rimane, sempre per dirla con Gallo, è la “volontà politica”¹. Cosa però fare quando la volontà politica è quella di non allinearsi agli indirizzi di “politica costituzionale”? Anche CASSESE, *La Costituzione dimenticata. Introduzione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, 2021, 7, parla di Costituzione tradita: «certo è [...] che il disegno complessivo della Costituzione voluta dai costituenti sia stato tradito».

² MORTATI, *Costituzione* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, 1962, XI, sub § 64; peraltro, come sottolinea CARTABIA, *Ricostruzione e Costituzione nel pensiero e nell’azione di Alcide De Gasperi*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, 73, «il momento della scrittura di una costituzione è un momento epico nella vita di un popolo; eppure, con la scrittura, la costituzione non garantisce sé stessa. L’incisività dei principi costituzionali nella storia è consegnata al permanere di soggetti sociali, politici e istituzionali che siano in grado di conferire alle scelte costituzionali solide fondamenta e radici robuste, capaci di reggere all’urto delle intemperie», tanto che lo stesso De Gasperi, ricorda l’A. (p. 76), «avendo attraversato le due guerre mondiali, aveva sperimentato l’incapacità del continente europeo di mantenere la pace. Sapeva bene, per averlo visto, che le Costituzioni per vivere hanno bisogno di un fertile *humus* politico e sociale in cui affondare le radici, pena la loro fragilità, come non mancò di sottolineare nel suo breve intervento dopo l’approvazione finale della Carta costituzionale, il 22 dicembre 1947: “il Governo ora, fatta la Costituzione, ha l’obbligo di attuarla e di farla applicare: ne prendiamo solenne impegno. Noi tutti però sappiamo, egregi colleghi, che le leggi non sono applicabili se, accanto alla forza strumentale che è in mano al Governo, non vi è la coscienza morale praticata nel costume” [...] De Gasperi veniva da lontano e guardava lontano: per questo vedeva nella stabilizzazione nazionale, europea e internazionale il necessario supporto e complemento all’operazione costituente»; l’argomento è amplissimo, di ricco di implicazioni e molteplici sono i contributi in proposito, qui interessa richiamare il ricco volume Brunelli G. – Cazzetta G. (a cura di), *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale”? Potere costituente e riforme costituzionali nell’Italia repubblicana. Materiali dell’incontro di studio*, Ferrara, 24-25 gennaio 2013, Milano, 2013.

³ L’espressione è di GIARDA, *Del continuo cangiamento normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 76. Rimanendo sul tema del “cantier sempre aperto” va dato atto della relazione finale per la “formulazione di emendamenti” ad un “disegno di legge”, leggibile in *Il Quotidiano giuridico*, del 28 maggio 2021, con nota di SPANGHER, *Ddl di riforma del processo penale: pubblicata la Relazione Lattanzi*. Si tratta della Commissione insediata con decreto della Ministra della giustizia, Marta Cartabia, del 16 marzo 2021: “Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante delega al Governo per l’efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d’appello”.

⁴ Schietta e lucida, come d’abitudine, l’analisi del compianto prof. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193 e ss.

di beni giuridici essenziali, si caratterizza in maniera prevalente come espressione di un panpenalismo sfruttato politicamente e proposto alla bisogna come panacea di pronto intervento⁵ per ogni problema sociale emergente⁶. Correlativamente si registra, quasi controbilanciandolo, un clemenzialismo da senso di colpa a causa di un «protagonismo degenerativo della pena»⁷, «mal tarata nel momento legislativo e giudiziario»⁸, quanto “eccessiva” in quello della sua esecuzione.

Eppure, è particolarmente nel campo dell’esecuzione che il dato costituzionale appare incontrovertibile: la pena ha una caratura dai contorni netti e precisi. L’art. 27, III co., Cost. ne delinea i tratti: «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Tendere, giacché essa non può essere imposta in ossequio al costituzionalmente dovuto e prevalente rispetto della libertà morale del soggetto. Che di fase esecutiva si tratti è evidentemente fuori discussione allorquando la norma si riferisce esplicitamente alla “pena”, al “trattamento” ed al “condannato”, come altrettanto fuori discussione è il fatto che la Costituzione estrapola dalle teorie della pena la funzione, per quanto tendenziale, della rieducazione, elevandola, unica⁹, al rango costituzionale, connotandone per di più,

⁵ Osserva a conclusione del suo saggio RAMPIONI, *Diritto penale. Scienza dei limiti del potere punitivo*, Torino, 2021, 93-94: «l’attuale legislazione penale, ma anche buona parte della scienza penalistica, incuranti del monito di Wolfgang Naucke, procedono “secondo il principio: forma giuridica + bisogno di pena capace di incontrare il consenso della collettività = diritto penale”. Al contrario, il diritto penale, quale strumento di garanzie per il cittadino e di tutela di beni giuridici personali, deve continuare ad avvertire – e in modo forte – il richiamo critico alla delimitazione concettuale normativa».

⁶ Mette in risalto il moto pendolare in chiave di vera e propria contrapposizione tra istanze “Svuota-carceri” e opzioni “Tutti dentro”, MAGGIO, [Il carcere nell’esperienza di due direttori](#). Recensione a Luigi Pagano, Il Direttore. Quarant’anni di lavoro in carcere, Zolfo editore, 2020 e a Giacinto Siciliano, Di cuore e di coraggio. Storia di una vita normale, ma non tanto. Ricordi di un direttore di carcere, Rizzoli editore, 2020, in *Sist. pen.*, 16 febbraio 2021, 4; sul ‘panpenalismo’ v. le conclusioni di FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, 2017, 187.

⁷ Così GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientifici*, in *Politica del diritto*, 2000, 279.

⁸ CERESA GASTALDO, [La legge, il giudice, la pena](#), in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2020; per una analisi problematica che conserva sempre la sua attualità v. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 e ss.

⁹ Parla di «non sacrificabilità della funzione rieducativa» la Corte costituzionale nella sentenza 21 giugno 2018, n. 149, secondo la quale è incostituzionale negare qualsiasi beneficio penitenziario ai condannati all’ergastolo per aver causato la morte di una persona sequestrata a scopo di estorsione, terrorismo o eversione, prima che abbiano scontato almeno ventisei anni di detenzione. La preclusione assoluta è intrinsecamente irragionevole alla luce del principio stabilito dall’articolo 27, terzo comma, della Costituzione, secondo il quale le pene “devono tendere alla rieducazione del condannato”; sul punto incisivamente DOLCINI, [Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo \(e di rieducazione del condannato\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 7-8/2018, sub § 7: «un’affermazione assai impegnativa, che colloca questa sentenza agli antipodi di quel filone giurisprudenziale e dottrinale che, in nome di una teoria polifunzionale eclettica della pena, riteneva che il fondamento giustificativo della pena stessa potesse essere offerto, indifferentemente, da questa o quella funzione della pena, senza riconoscere alcuna preminenza all’unica finalità della pena enunciata nella Costituzione»; sempre in materia di concessione di benefici penitenziari v. anche la successiva sentenza del 23 ottobre 2019, n. 253, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’articolo 4-bis, primo comma, dell’Ordinamento penitenziario per violazione degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., laddove non contempla che, a date condizioni, il giudice possa concedere al

sempre costituzionalmente, il correlativo trattamento. Quest'ultimo, infatti, espresso linguisticamente con un potente tratto "in negativo", sta a significare una funzione proibitiva assoluta che radicalmente esclude ogni "trattamento" contrario al senso di umanità. Referente costituzionale quest'ultimo anch'esso piano ed incontrovertibile. Parimenti incontrovertibile è la distanza tra la realtà di fatto e quella normativa a partire dallo stesso assetto del vigente codice Rocco e dei relativi effetti. Anche in questa "galassia"¹⁰ le norme ordinarie presentano molteplici punti di "attrito" con la Costituzione che appare così, nei fatti, inattuata o disattesa in un contesto peraltro altamente sensibile e caratterizzante per le sue ricadute nel campo dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili di solidarietà dell'art. 2 Cost.

Al di là del problema "scientifico" della pena¹¹, dell'essere un'arma a doppio taglio, del dibattito sulla possibile abolizione dell'opzione custodiale o di sue alternative più evolute o di risposte di natura riparatoria¹² rispetto a quelle più "tradizionali", come

detenuto il permesso premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-ter del medesimo Ordinamento penitenziario, allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica, eversiva sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti. Decisione «coraggiosa ma non priva di cautele» la definisce CHIAVARIO, [La sentenza sui premessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali](#), in Osservatorio AIC, 4 febbraio 2020; sulla detenzione in regime ostativo SIRACUSA, [La "moralità" dell'ergastolo "ostativo" per fatti di mafia](#), in Sist. pen., 19 marzo 2021, quanto precede anche con riferimento all'intervento della Corte EDU, Viola c. Italia, 13 giugno 2019, che aveva affermato l'incompatibilità del cd. ergastolo ostativo previsto dall'art. 4-bis della dell'Ordinamento penitenziario (L.354/1975) con l'art. 3 della Convenzione, in quanto assimilabile a trattamento inumano o degradante e in contrasto col divieto di privare una persona della propria libertà senza intervenire contemporaneamente per il reinserimento della medesima. Il Comunicato stampa del 15 aprile 2021 ha reso noto che la Corte costituzionale nella seduta pari data ha rinviato la trattazione delle questioni legate all'ergastolo ostativo al prossimo maggio 2022, ritenendo che «tale disciplina ostativa, facendo della collaborazione l'unico modo per il condannato di recuperare la libertà», sia in contrasto con gli articoli 3 e 27 della Costituzione e con l'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte ha dato un anno di tempo al Parlamento per provvedere in merito, evitando così vuoti normativi in un settore estremamente delicato quale quello del contrasto alla criminalità organizzata; per una sua prima lettura MANNA, [Riflessioni a "prima lettura" sul Comunicato stampa della Corte costituzionale su ergastolo ostativo e liberazione condizionale](#), in Arch. pen., 1/2021.

¹⁰ Davvero sconcertante ad esempio l'analisi in materia di misure di sicurezza e "dintorni" svolta da SANTORO, [Casa di lavoro e colonie agricole: un virus resistente alla civiltà giuridica?](#), in La legislazione penale, 19 dicembre 2020; per un quadro sulla c.d. "galassia afflittiva" e le relative questioni in punto di legittimità v. BARTOLI, [La "galassia afflittiva": sistematica, fondamento, legittimità. Primo studio per un affresco](#), in Sist. pen., 2 marzo 2021.

¹¹ Ultimamente il dibattito è stato serrato e senza alcuna pretesa di completezza basti rinviare a FIANDACA, [Note su punizione, riparazione e scienza penalistica](#), in Sist. pen., 28 novembre 2020; PULITANO, [Il penale tra teoria e politica](#), in Sist. pen., 9 novembre 2020; per una ricostruzione dei problemi sulla pena secondo una visione ad ampio respiro: SCORDAMAGLIA, *La tensione rieducativa della pena*, in Giustizia penale, 2016, I, 110; ID., *La umanizzazione della pena*, ivi, 2016, I, 55 e ss.; ID., *Rendere umano il carcere, non abolirlo*, ivi, 2015, I, 299 e ss; per una ricognizione delle pene (orribili) "antiche" ZUCCOTTI, [Sulla efferatezza della pena nel diritto romano, in particolare tardoantico](#), in Led online, 2011, 18 e ss.

¹² In argomento DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come un raddoppio del male*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2013, 1162 ss.; ID., [Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio](#), in Dir. pen. cont. – Riv. Trim., n. 2/2015, 236 e ss.; ID., [Genesi ed eterogenesi "moderne" della misura e dell'unità di misure delle pene. Commento a Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo](#), in Discrimen, 4 giugno 2020; ID., [Pena agita e pena subita](#), in Questione Giustizia, 29 ottobre 2020; per note critiche FIANDACA, *Note su*

punizione, riparazione e scienza penalistica, cit.; PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, cit. Sulla giustizia riparativa, il trattamento e la rieducazione in un contesto riformistico-penitenziario v. CERETTI – MANNOZZI, *Giustizia riparativa*, in Giostra – Bronzo (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, Roma, 2017, 195 e ss. Il problema della riparazione anche al di là della prospettiva di sistema proposta da Donini è estremamente delicato e meriterebbe un approfondimento anche in considerazione della “ibridizzazione” che nel frattempo il “risarcimento” ha fatto registrare tra *punitive damages* e nuove sanzioni civili per i reati depenalizzati. Certo ha ragione DONINI, *Pena agita e pena subita*, cit., 6, quando dice che il risarcimento non ripara integralmente l'offesa: «anche quando c'è il risarcimento di un reato patrimoniale, questo non ripara interamente l'offesa perché l'offesa non è solo il danno, c'è anche il disvalore di azione, l'offesa è più complessa, quindi il mero risarcimento non ripara integralmente, risarcisce ma non ripara integralmente l'offesa», precisa poi l'A. (p. 13) che in diritto civile non si commisura la colpevolezza: «il risarcimento è 100 perché prescinde anche dal dolo o dalla colpa, naturalmente, ed è uguale la risposta. Quando il diritto civile si avventura in tali meandri, come si sta avventurando nei *punitive damages* e nelle nuove sanzioni civili per i reati depenalizzati che rimangono un illecito punitivo, vediamo che ovviamente si smarrisce la sanzione civile classica, che diventa più simile alla sanzione penale commisurata alla colpevolezza, ma è ormai un'altra cosa». Secondo Donini (p. 17) la riparazione non è il risarcimento, quest'ultimo è «strutturalmente più condizionato da differenze di classe, la riparazione no». Sul problema del risarcimento punitivo, che ha nella pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 16601/2017) il suo primo precedente (in tema di delibazione di una pronuncia straniera in materia di danni punitivi), in *Foro it.*, 2018, I, 2504, v. nota di SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*. La predetta sentenza fa un elenco delle fattispecie rinvenibili nel nostro sistema, tra esse anche l'art. 96 c.p.c., con funzione di deterrenza. In letteratura fortemente esplicativo della posizione sostenuta è l'“ossimoro” del titolo dell'approfondita analisi compiuta, non solo alla luce del diritto nostrano, ma anche in prospettiva comparatistica, da MONTANARI, *Del «risarcimento punitivo» ovvero dell'ossimoro*, in *Europa e diritto privato*, 2019, 377 e ss.; più in generale v. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 909 e ss.; NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2019, 6 e ss.; nell'ottica del penalista con ampi riferimenti bibliografici d'inquadramento BERTOLINO, [Il risarcimento del danno tra pretese riparatorio-compensative e istanze punitive nel canone del diritto penale](#), in *Dir. pen. cont.*, n. 5/2019; in argomento suggestiva e ricca l'analisi di BRICOLA, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, V, 1 e ss., con articolato impianto bibliografico. Lasciando quanto precede agli approfondimenti di un dibattito molto vivo rivolto alla ricerca di “nuove strade”, sia consentita una riflessione sotto il duplice angolo visuale della “effettività della tutela” della vittima e di quello, strettamente connesso, della “risocializzazione” del reo. Problematica che certamente va ad intersecarsi con quanto cennato in precedenza, segnatamente con le osservazioni critiche di Donini in tema di risarcimento. Partendo dall'osservazione che la risocializzazione non può procedere senza che gli “strascichi” legati alla commissione del reato non abbiano trovato la loro composizione e la composizione del conflitto tra reo e vittima passa anche attraverso un “pronto” e “completo” risarcimento del danno e non solo nella prospettiva attenuante ex art. 62, n. 6, c.p. Il problema meriterebbe una trattazione a parte, qui solo alcuni spunti.

Notoriamente il ruolo della vittima tende ad essere marginalizzato (ad esclusione di alcune tipologie di vittime, scelta legislativa spesso intrisa di istanze emotive nonché in una prospettiva europea di valorizzazione del suo ruolo v. dir. 2012/29 UE), giacché la vittima non può incidere sul reo, né sull'indennizzo o sulla pena, a motivo del monopolio punitivo dello Stato, può tuttavia, quale persona offesa, essere titolare di taluni interessi e di correlative facoltà, quali il risarcimento del danno, che si esplica mediante la costituzione di parte civile e l'interesse all'affermazione della responsabilità penale dell'autore del reato, che a sua volta si esercita mediante un'attività di supporto e di controllo dell'operato del pubblico ministero (in argomento Corte cost. sent. n. 249/2020 e n. 23/2015); su questi temi per una ricostruzione v. MASARONE, *Tutela della vittima e funzione della pena*, in *Diritto penale processo*, 2018, 397 e ss.

Ponendo l'accento sul momento risarcitorio, sulla sua integralità nonché sulla sua prontezza, con l'adozione di alcune misure potrebbe forse raggiungersi un punto di maggiore equilibrio per la posizione della vittima. Come è noto, il campo della responsabilità civile *ex delicto* è presidiato dal connubio normativo dato dagli artt. 185 c.p., 2043 e 2059, e 2056 c.c. per ciò che attiene la valutazione del danno, sul presupposto che l'offesa

al bene giuridico prodotta dal reato può cagionare un danno, patrimoniale e non patrimoniale, risarcibile. Ora, la presente sede non consente di entrare nel merito delle questioni, peraltro assai complesse, però sembra potersi affermare che il legislatore storico ha inteso risarcire un *quid pluris* rispetto al mero danno materiale. Lo stesso BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., 944-5, mette in risalto, da una parte, che «nessuno può dubitare che la funzione primaria della moderna responsabilità civile è [...] la funzione compensativa che [...] si estende dal risarcimento dei danni patrimoniali al risarcimento di danni (per loro natura) non patrimoniali ma suscettibili di valutazione economica, quali sono i danni biologici. Al risarcimento dei danni non patrimoniali insuscettibili di valutazione economica si addice invece una funzione diversa, che convenzionalmente si esprime in termini di funzione satisfattiva», d'altra parte, prosegue l'A. «quest'ultima funzione può convivere con una funzione sanzionatoria, a seconda dei casi ancillare o trainante»; invero conclude l'A. «una responsabilità civile che non accarezzi la deterrenza non è una vera responsabilità civile»; d'altronde diceva BRICOLA, cit., 14-15, «al rigore delle tecniche di tutela prefissato dalla Costituzione per la responsabilità penale non corrispondono binari obbligati per la responsabilità civile, anche di tipo marcatamente afflittivo», benché non possono neppure esser dimenticati gli approdi in materia di tutela dell'autore dell'illecito sotto il profilo garantistico del riconoscimento della natura "sostanziale" che può rivestire una "reazione" qualora essa abbia i caratteri e la funzione afflittivo-punitiva, a prescindere dalla formale "etichetta penale". Come non ricordare in proposito la storica sentenza della Corte EDU, *Engel* (8 giugno 1976, *Engel contro Paesi Bassi* e, successivamente, con la sentenza *Ozteirk c. Germania* del 21/02/1984) che elaborò i criteri in base ai quali, una pronuncia, ai sensi dell'art. 6 CEDU, deve ritenersi comunque di natura penale al di là del dato formale con quale sia stata emessa, indicando tre alternativi criteri, ossia: «la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultima, e la natura e il grado di severità della "sanzione"; ovvero più recentemente nel medesimo alveo "sostanzialistico" basti rammentare la sentenza della Corte EDU del 27 settembre 2011 (*A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*), sub § 40: «per quanto riguarda la natura dell'infrazione, sembra che le disposizioni delle quali è stata contestata la violazione alla società ricorrente fossero volte a tutelare la libera concorrenza del mercato. La Corte ricorda che l'AGCM, autorità amministrativa indipendente, ha il compito di vigilare sugli accordi restrittivi della concorrenza e gli abusi di posizione dominante. Pertanto, essa incide sugli interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale (*Stenuit c. Francia*, sopra citata, § 62). Inoltre va rilevato che la sanzione inflitta mirava per lo più a punire al fine di evitare il ripetersi degli atti incriminati. Si può dunque concludere che la sanzione inflitta era basata su norme aventi uno scopo sia preventivo che repressivo (*mutatis mutandis*, Jussila, sopra citata, § 38)».

Comunque, restando sul piano dell' "ordinaria" responsabilità civile, per pervenire "solo" ad un risarcimento completo, esaustivo e pronto, facendo leva sulle scelte già compiute dal legislatore in materia di risarcimento del danno, l'idea sarebbe quella di pensare a qualche correttivo per garantire, altresì, nel denso quadro dei valori in gioco, un giusto processo, una sua ragionevole celerità/durata nel suo complesso (art. 111 Cost.), evitando in primo luogo, il ricorso "aggiuntivo" al giudice civile (es. art. 539 c.p.p.; art. 622 c.p.p., in caso di annullamento della sentenza ai soli effetti civili, v. per questa "deviazione" dal paradigma generale Corte cost. n. 176/2019), affinché il processo, alimentato dall' "unicità" del fatto storico commesso – penalmente rilevante ma valutabile anche civilmente –, una volta azionata l'opzione della costituzione di parte civile, sia unico nel valutare il fatto e le sue conseguenze, non dovendo soffrire dei tempi "composti" dalla celebrazione di entrambi i riti, di quello penale e di quello civile. A parere di chi scrive sarebbe di conseguenza opportuno condurre a compimento la scelta originariamente compiuta dal legislatore, approdando ad una completa e netta separazione dei rispettivi giudizi, penale e civile, sul doppio presupposto dell'autonomia dei giudizi medesimi e del carattere accessorio e subordinato dell'azione civile rispetto a quella penale, cosicché, nel rispetto dell'impianto codicistico imperniato sull'art. 538 c.p.p. (v. cit. Corte cost. n. 176/2019), all'interno dello stesso processo penale possa decidersi senza deroghe, così componendo in termini di coerenza con il sistema l'art. 578 c.p.p., che allo stato appare invece un'aporia, l'ammontare del risarcimento, patrimoniale e non. A maggior ragione, allora, andrà ponderata a monte con la massima prudenza l'opzione tra i due giudizi, soppesando comparativamente i relativi vantaggi e svantaggi propri dei due riti. Basti por mente, ad esempio, al diverso modo di atteggiarsi del criterio di valutazione del nesso causale, rispettivamente, "giudizio di alta probabilità logica" (cfr. Cass., Sez. Un., n. 30328/2002, Rv. 22213801, Franzese e Sez. Un. n. 38343/2014, Rv. 26110301, c.d. *ThyssenKrupp*) e quello di

ragionevole probabilità scientifica ispirato al principio del “più probabile che non” (in senso conforme ultimamente Cass. civ. n. 2474/2021) ovvero all’ «impossibilità di ottenere una decisione sulla domanda risarcitoria laddove il processo penale si concluda con una sentenza di proscioglimento per qualunque causa (salvo – come detto – che nei limitati casi previsti dall’art. 578 cod. proc. pen.)», così Corte cost. n. 12/2016, in *Cass. pen.*, 2016, 1498 e ss., con nota di APRILE, *Il giudice penale non può decidere sulle questioni civili nel caso di assoluzione dell’imputato non imputabile*, ivi, 1506 e ss. Ciò posto, in secondo luogo, se lo scopo è quello del risarcimento integrale del danno esso non potrà non riguardare anche quelle “zone” connesse al fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria (per la definizione del fenomeno della c.d. “vittimizzazione” v. Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 92), che, ben lungi dal potersi qualificare come un “profitto”, dovrebbero essere oggetto di attenta e ponderata valutazione in termini di risarcimento, giacché strettamente correlate all’area dei diritti fondamentali, delle libertà morali, area fortemente compromessa dal dolore umano profondo, dalla sofferenza interiore, che per quanto “impalpabile”, è legata in termini causali a quel meccanismo psicologico che ha nel fatto subito la sua scaturigine è che è pronto a riaffiorare in maniera indomabile il vissuto di paura, di ansia e di dolore; essi si ripropongono ogni qual volta si verifica una ulteriore occasione di contatto con il fenomeno delinquenziale d’origine, come affrontare la fase delle indagini, gli eventuali riconoscimenti del colpevole e in generale l’impatto con il sistema penale che può stravolgere emotivamente in maniera profonda e per lungo tempo la vita del “comune” cittadino, esperienza magari resa ancor più lacerante dalla suscitata vergogna, dalla disistima di sé, dalla paura e dalla rabbia, eventualmente strutturate nel frattempo; tutto ciò può inoltre aver reso necessario un cambiamento di vita, uno sconvolgimento dell’esistenza che il danno non patrimoniale riesce ad intercettare nel suo significato più pregnante; vengono in mente le belle pagine di Vassalli sul diritto alla libertà morale, alla stessa autodeterminazione, alla suggestiva ma evocativa “libertà dalla paura”: VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, Torino, 1960, II, 1629 e ss.; quella del processo penale è la sede “naturale” per una “giusta” valutazione del caso, né sommaria, neanche parziale e neanche foriera di eccessi a loro volta possibile fonte di vittimizzazione terziaria, che è quella di cui verrebbe a soffrire l’autore del reato. Riconoscere senza eccezioni al giudice penale l’integrale competenza in materia di danni da reato in ciò facendo leva sull’art. 185 c.p. affermerebbe, come già detto, portandola a compimento, la scelta compiuta dal legislatore di separazione dei giudizi, la centralità del ruolo del giudice penale come *peritus peritorum* finanche in materia di liquidazione, in particolare del c.d. *pretium doloris* derivante da simili eventi; l’ottica è quella dell’ “integralità” del risarcimento connessa ad una logica di economia processuale, in vista dell’effettività della tutela da reato che spesso sfugge in nome di una ingiusta lucupletazione della vittima, ed anche, non secondariamente, al fine di avviare al più presto il percorso di risocializzazione del reo. Al riguardo sia consentita una constatazione già a livello “empirico”: una lesione o una perdita patrimoniale avvenuta in un contesto avente rilevanza penale, per ciò stesso, si appalesa nell’uomo comune particolarmente allarmante, allarme che può diventare anche sociale, portando con sé una carica emotiva indicibilmente più acuta rispetto a quella che nasce in un contesto “non penalmente violento”. Questo rilievo era stato compiuto dalla stessa dottrina civilistica, ad es. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., 937, aveva osservato, evidentemente in un’epoca nella quale non era stato ancora previsto l’“omicidio stradale”, ma tale circostanza non fa venir meno la validità dell’argomento: «il *dolor* presumibilmente sofferto per l’uccisione di un congiunto massacrato in un agguato camorristico è maggiore di quello sofferto quando la perdita del congiunto derivi da un incidente stradale». Anzi, esso è particolarmente marcato in un campo psichico che non può non avere il proprio riconoscimento in sede di danno non patrimoniale. Tale constatazione non può che condurre al riconoscimento del presupposto che il “dolore da reato” ha, o almeno dovrebbe avere; si tratta di connotati diversi rispetto al danno nato in un ambito meramente civile a meno che non si tratti di mere “etichette” che fanno leva esclusivamente sull’effetto stigmatizzante del diritto penale; in tal caso è fuor di dubbio che il ragionamento salta e i conti faticano a tornare, allorquando si elegga a reato un comportamento “non offensivo”; si tratta del problema della scelta delle tecniche di tutela: in termini v. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in De Acutis – Palombarini (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, 1984, 3 e ss. In effetti in questa direzione sembrerebbe potersi leggere il *dictum* della Cassazione (Cass. pen. Sez. IV, 17 dicembre 2014, n. 3802, in *Foro it.*, 2015, II, 600, con nota di richiami): «le tabelle milanesi costituiscono un valido parametro di riferimento per il risarcimento del danno, il giudice deve esplicitare le ragioni per le

quali nel caso concreto la somma in essa prevista quale ristoro del danno patito debba essere considerata maggiore per la particolare gravità delle sofferenze patite dalle parti civili rispetto a quelle che generalmente conseguono ad un similare evento luttuoso». Trattavasi di morte di più persone conseguente a guida in stato di ebbrezza. Da diverso angolo visuale va comunque dato atto dell'opinione di chi sostiene che «per il danno non patrimoniale non può operare la regola dell'equivalenza tra danno subito e danno da risarcire, per il difetto ontologico del primo termine del binomio: per definizione, il danno (non patrimoniale) non è suscettibile di calcolo economico e quindi è privo di significato il principio della riparazione integrale, al quale pure spesso si fa riferimento da dottrina e giurisprudenza per la quantificazione del risarcimento»: così SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, cit., sub § 6.

A sommessimo parere di chi scrive proprio tutto ciò che orbita intorno alla c.d. vittimizzazione secondaria a maggior ragione giustificerebbe un "integrale", nonché pronto, risarcimento (salvo quanto *infra* a proposito della riparazione integrale), all'interno del "giudicato" penale, per favorirne (nei limiti del possibile) una elaborazione ed una rimozione del dolore che segua il suo "fisiologico" percorso, e non debba soffrire i tempi maggiori che si andrebbero a sommare per la celebrazione dei gradi di un processo civile, con l'effetto di generare la perpetuazione di una sofferenza psicologicamente in agguato e sempre pronta a riemergere drammaticamente: «*infandum, regina, iubes renovare dolorem*», come bene esprime il noto passo di Virgilio. Perciò un pronto ed integrale risarcimento del danno potrebbe altresì contribuire a produrre i propri effetti anche sul piano, per così dire opposto, della stessa risocializzazione del reo. Ovviamente, la sua incapienza è altra questione. E questo potrebbe concretizzarsi, richiamando la citata pronuncia della Suprema Corte, attraverso la combinazione di specifiche "simil-tabelle milanesi" in materia di liquidazione del danno non patrimoniale che tenga conto di specifici criteri di *aestimatio* del danno non patrimoniale derivante da reato. Segnatamente potrebbe pensarsi ad un "algoritmo" (quindi ad un meccanismo per facilitare e sveltire l'operazione, non per "delegare" o per "sostituire" la componente umana) che calcoli una liquidazione tabellare, sulla base di casistiche specifiche, del *pretium doloris* in relazione a livelli descrittivi crescenti di gravità (art. 133 c.p.), connesse alle varie fattispecie di reato, ai relativi eventi, ed alle varie circostanze – in senso tecnico –, forme di manifestazione del reato ed il relativo risultato; il tutto compreso in un *range*, che possa essere poi equitativamente (e motivatamente, ben lungi perciò da una ottica ascrivibile all'area dell'*in re illicita versari*) meglio definito dal giudice nella misura in considerazione del caso concreto. Il "meccanismo", dunque, avrebbe il vantaggio di accelerare, contenendo la soluzione del "conflitto" in un unico alveo, quello naturale (in caso di costituzione di parte civile nel processo penale), di talché anche gli effetti "civilistici", oltre a quelli più strettamente penalistici, diverrebbero prevedibili; in materia di prevedibilità della decisione giudiziale come contenuto della stessa garanzia del *nullum crimen*, ma anche sul c.d. precedente di legittimità la letteratura è davvero ampia e dunque solo a titolo orientativo v. VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016; MARANDOLA, *La nomofilachia "orizzontale": prime riflessioni*, in *Studium iuris*, 2019, 1 5 e ss.; VALITUTTI, [Il valore vincolante del precedente di legittimità. La Corte di Cassazione tra nomofilachia e nomopoietica](#), in *La nuova procedura civile*, 24 novembre 2017; ma la questione non si limita al solo settore penale e civile: sul valore del precedente nel giudizio amministrativo, PAJNO, *Il precedente nel giudizio amministrativo. Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Contratto e impresa*, 2021, 1 e ss. Sulla funzione nomofilattica della Cassazione, anche alla luce della riforma dell'art. 618 c.p.p. (operata dall'art. 1, comma 66, l. 23 giugno 2017, n. 103 – *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*), in considerazione dell'accresciuta complessità delle fonti del diritto e la diffusa complessità dell'ordinamento, emerge l'assoluto bisogno di certezza delle regole vigenti e di prevedibilità dell'esito delle decisioni giudiziarie, afferma tra l'altro LUPO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. Pen.*, 2020, 917: «secondo l'orientamento più volte affermato dalla Corte di Strasburgo, i contrasti giurisprudenziali sulla interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche, se sono connaturali nell'ambito dei giudici di merito, non sono consentiti in un processo equo quando si verificano all'interno di una giurisdizione suprema che ha la funzione di risolverli, onde occorre che siano previsti meccanismi idonei ad evitarli. Inoltre, come si desume dal famoso caso Contrada, sempre secondo la Corte di Strasburgo, non è conforme alla legalità della pena una condanna per una figura criminosa sulla cui sussistenza vi sia contrasto nell'ambito della Corte di cassazione e finché la stessa figura non sia riconosciuta esistente dalle sezioni unite della stessa Corte» ma ciononostante essa incontra «forti obiezioni» in quanto impedirebbe (p. 918)

«l'evoluzione dell'ordinamento perché induce ad un recepimento acritico dei precedenti». A margine sia consentita richiamare una interessante necessità segnalata dall'A. (p. 927), di particolare momento nell'economia della presente nota, quella dell'assenza, allo stato, di "sezioni unite miste", per risolvere contrasti tra sezioni civili e penali; in proposito per rimanere aderenti al presente punto focale è significativo richiamare anche Cass. n. 9045/2011, che lamenta la mancanza di sezioni unite "promiscue" per risolvere il contrasto tra la Cassazione penale e quella civile in materia di assoluzione *ex art. 530, II co., c.p.p.*: infatti l'imputato non può proporre «ricorso in sede penale, contro la sentenza di assoluzione *ex art. 530 c.p.p.*, comma 2, ritenendo la Cassazione penale che non abbia interesse in quanto la sentenza di assoluzione fa stato nel giudizio civile» mentre diversamente la Cassazione civile «ritiene che possa essere richiesto il risarcimento in sede civile, potendo fornire il danneggiato la prova mancante nel giudizio penale, essendo consentita al giudice civile l'autonoma valutazione e qualificazione dei fatti storicamente accertati dal giudice penale». Insomma, un vero e proprio labirinto. Quanto sopra proposto non entra nel perimetro delle riparazioni afflittive né di altre contaminazioni caratterizzate da un *surplus* di afflittività. Si tratterebbe unicamente di strumenti atti a garantire la liquidazione integrale, del danno patrimoniale e non e le sue sottocategorie, soprattutto, sia consentito ribadirlo, perché quei processi di "sofferenza" connessi alla c.d. vittimizzazione secondaria possano essere oggetto di compiuta valutazione da parte del giudice "naturalmente" competente di "cose penali", *bypassando* le tormentate secche o le torri di Babele evocate dagli stessi studiosi del danno in campo civilistico. In tal senso è molto interessante lo scritto critico di PARDOLESI-SIMONE, *Il danno morale e la torre di Babele*, in *Foro it.*, 2021, I, col. 533 e ss., a margine di Cass. Civ., Sez. III, sent., 10-11-2020, n. 25164 e Cass. Civ., Sez. III, ord., 04-11-2020, n. 24473, al quale integralmente è opportuno rinviare in particolare per l'analisi dei vari punti di frizione del sistema, per cui i conti non tornano; concludono infatti gli AA.: «l'annoso problema della quantificazione di un pregiudizio, quello morale, che per definizione sfugge a quantificazioni oggettive (ma postula, in ogni caso, compostezza definitoria), continua a rimanere irrisolto».

Allora, tornando alla previsione/prevedibilità della risposta dell'ordinamento in una chiave di certezza del diritto, l'algoritmo su proposto non rientra, ben inteso, nel campo della c.d. giustizia predittiva legata all'intelligenza artificiale, ma si tratterebbe di un ausilio per il giudice nel calcolo del risarcimento dovuto; per una ricognizione dell'argomento della c.d. intelligenza artificiale v. PASCUZZI, *Diritto e previsione*, in *Foro it.*, 2021, V, 10 e ss., in particolare cfr. *sub* § 5, v. anche la recensione di FRONZA, [*"Code is Law". Note a margine del volume di Antoine Garapon e Jean Lassègue, Justice Digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique, Puf, Paris, 2018*](#), in *Dir. pen. cont.*, 11 dicembre, «questo libro in particolare affronta il tema, più ampio, della cd. giustizia predittiva e dell'impatto delle tecnologie sul diritto e sulla giustizia, che non vengono risparmiati dalle mutazioni conseguenti all'innovazione tecnologica. La giustizia digitale è una realtà molto variegata, che affascina e al contempo spaventa, ma che già è penetrata (e non solo, [...], negli Stati Uniti) nel funzionamento della macchina giurisdizionale»; forse ci si sta avviando verso quello scenario (una volta?) fantascientifico raccontato da CHARPENTIER, *Justice Machines. Racconto di fantascienza giudiziaria* (a cura di G. Vitiello), Macerata, 2015, 49: «già sotto l'antico regime era capitato che guardasigilli raccomandasse la severità ai magistrati, per mezzo di circolari, in certe categorie di processi [...] ma i giudici ricevevano queste direttive con irritazione e, pur dando mostra di applicarle, non sempre ne tenevano conto. Le macchine non hanno queste suscettibilità. Basta stringere una vite per orientare la sorte e portare la statistica alla cifra voluta». Più in generale sul complesso di rapporti su processo penale e civile, area certamente negletta in termini di un adeguato approfondimento scientifico, Lupária – Marafioti – Paolozzi (a cura di), *Processo penale e processo civile: interferenze e questioni irrisolte*, Torino, 2020. Sempre sul punto del risarcimento del danno, ma in un'orbita diversa rispetto a quanto trattato fin'ora, sia consentito un cenno ad un'altra voce di danno, quello dell'eccessiva durata del processo principale; questa "zona", come è noto, è presidiata dalla legge Pinto; in proposito siano consentite due osservazioni: una in merito alla tutela offerta dalla legge Pinto nell'ambito del processo penale e a talune zone problematiche come, ad esempio, quella che ha originato la pronuncia della Corte EDU, sentenza *Petrella c. Italia* del 18 marzo 2021, che ha constatato la violazione degli artt. 6 e 13 Cedu per la mancata previsione del riconoscimento di un equo indennizzo anche per le procedure penali; esso infatti può essere ottenuto solo da chi si è costituito parte civile, ma nel caso portato all'attenzione della Corte il ricorrente si era trovato nell'impossibilità di costituirsi parte civile, infatti, a causa dell'eccessiva durata delle indagini era sopravvenuta la prescrizione e quindi gli era stato impossibile

pure di quello assai problematico della coniugazione della pretesa punitiva con l'istanza rieducativa¹³ o, altresì, delle stesse matrici culturali del "perdono" o della stessa idea di prevenzione-educazione¹⁴ ovvero, più in generale, di un «ripensamento dell'intero

costituirsì davanti al GUP; da qui, trattandosi di "zona non presidiata" da rimedi interni, la pronuncia richiamata: «Art 6 § 1 (civil) • *Délai raisonnable* • *Durée excessive de la procédure civile* Art 13 (+ Art 6) • *Absence de recours interne effectif quant à la durée de la procédure*»; per un commento v. GRISONICH, [Il dirompente incedere delle garanzie processuali della vittima nella giurisprudenza di Strasburgo: il caso Petrella c. Italia, tra ragionevole durata del procedimento e diritto di accesso al giudice e rimedio effettivo](#), in *Sist. pen.*, 7 aprile 2021; altra e più generale riguarda la stessa "effettività" della tutela offerta dalla Corte EDU; si tratta della violazione del medesimo art. 6 della Convenzione: a) nei casi in cui a protrarsi oltre una ragionevole durata sia lo stesso procedimento ex l. n. 89/2001; b) nonché nei casi di gravi ritardi nella sola esecuzione di un decreto Pinto; controversie forse non note ai più; rinviando in proposito a SCAFFIDI, [Questioni Pinto ancora aperte](#), in *Gli speciali di Questione giustizia*, 2019, 399 e ss., basti però qualche cenno: l'A. denuncia che addirittura "il malato ha contagiato il medico", sicché (p. 401) la Corte EDU ha adottato una strategia volta a risolvere il sovraccarico dei propri ruoli; infatti, dalla sentenza *Gaglione e altri c. Italia* in poi, «preoccupata [...] dal pessimo stato di salute del "grande malato" Italia – e soprattutto dai circa 3900 ricorsi simili pendenti in quel momento – la Corte ha deciso di cambiare approccio al problema per evitare gravi "pericoli, in termini di intasamento del ruolo, (...) sull'effettività del dispositivo creato dalla Convenzione". I giudici di Strasburgo, dunque, in riparazione del danno morale subito dai ricorrenti in questi casi, hanno optato per la liquidazione di una somma forfettaria di 200 euro [n.d.r. sic! ... duecento euro!], indipendentemente dalle specificità legate a ciascun ricorso. E ciò perché i ricorrenti erano considerati tutti egualmente vittime dell'incapacità delle autorità italiane di garantire il pagamento degli indennizzi Pinto entro un termine compatibile con gli obblighi derivanti dall'adesione dello Stato convenuto alla Convenzione dei diritti dell'uomo»; con vigore sottolinea l'A. (p. 402): «liquidare cifre irrisorie e forfettarie equivale a screditare l'incredibile lavoro svolto fin qui dalla Corte, ma soprattutto a rinnegare "gli scopi di non discriminazione e di equità che sono innegabilmente insiti nello spirito e nella lettera della Convenzione"» e, aggiunge chi scrive il presente commento, mette in discussione lo stesso diritto di accesso alla giustizia ai sensi degli artt. 13 CEDU se non la stessa credibilità ed autorevolezza della Corte EDU. Al riguardo è interessante la *dissenting opinion* del giudice Cabral Barreto e del giudice Popovic (sentenza *Gaglione e altri c. Italia*), § 11: «un criterio che mette sullo stesso piano ritardi che vanno da 9 a 49 mesi per attribuire 200 euro a tutte le vittime è, secondo il nostro punto di vista, incomprensibile e ingiusto. Nel caso dell'Italia, condividiamo l'idea secondo cui l'esame delle cause "Pinto" deve essere quanto più semplificato possibile, e quella di fissare delle somme che, da una parte, non incoraggiano l'afflusso massiccio dei ricorsi e, dall'altra, non diano la sensazione che venga concesso un "premio" allo "Stato che si trova in condizione di infrazione". Secondo noi, le somme da accordare, per quanto modeste siano, dovrebbero essere proporzionali ai ritardi in contestazione». A proposito dei ritardi nell'esecuzione della legge Pinto, dopo un'ampia panoramica ricostruttiva del dato giurisprudenziale interno e convenzionale, la Cass. civ., Sez. Un., n. 19883/2019, Rv. 654838-01, ha riconosciuto: «la fase di cognizione del processo che ha accertato il diritto all'indennizzo a carico dello Stato-debitore va considerata unitariamente rispetto alla fase esecutiva eventualmente intrapresa nei confronti dello Stato».

¹³ Problema assolutamente centrale, particolarmente sentito in campo minorile; la letteratura sul punto è sterminata, a titolo meramente esemplificativo v. MANCANIELLO – MELLINA BARES – SANTAMARIA, *Sanzione (del carcere) ed educazione: una conciliazione (im)possibile?*, in *Minorigiustizia*, 2013, 180; per una indagine dai profili problematici generali, data una generalizzata tendenza repressiva in atto in vari paesi, sul tipo di risposte che seguono alle domande «la punizione è giustamente allocata? Ed è equamente distribuita? Ovvero, i reati che causano più danni per la società sono sanzionati più gravemente (fatto di giustizia), e il medesimo reato è punito nello stesso modo per le diverse fasce sociali (fatto di equità)?» v. FASSIN, *Un mondo di carceri*, in *Etnografia e ricerca qualitativa*, 2016, 366.

¹⁴ Chi scrive intende alludere non solo al perdono di ascendenza cristiana, ma anche a quello diacronicamente più risalente delle leggi di Draconte o dei dialoghi di Platone; in estrema sintesi, in merito alle prime, PEPE, *Phonos. L'omicidio da Draconte all'età degli oratori*, Milano, 2012, 71: «Draconte procede

armamentario di carattere sanzionatorio penale»¹⁵, tutti temi che, insieme ad altri volutamente tralasciati, qui non possono essere neanche sfiorati perché la loro trattazione risulterebbe eccentrica rispetto allo scopo delle presenti note. Chi scrive intende, invero, benché assai sommariamente, richiamare alcuni “dati” costituzionali per cercare di profilare una pena *in exetutivis* ad essi conforme, in coerenza con quegli stessi e più in generale con la Costituzione nel suo complesso, tenendo ben a mente il rilievo secondo il quale «una società può essere giudicata in base allo stato del proprio sistema carcerario e al modo in cui tratta i propri detenuti»¹⁶. Come altrettanto non può essere dimenticato, ritornando a quanto anticipato nella premessa, che nei tribunali, da intendersi in senso lato come “servizio di giustizia”, « – quando va bene – si riparano i cocci, non si fabbricano i vasi»¹⁷. La loro fabbrica spetta alla società nel suo insieme.

indicando nel dettaglio (ll. 13-9) le regole relative all'*aidesis*, il “perdono” (alla lettera “l’aver rispetto [*aidos*]”) che poteva essere concesso all’omicida, e che – come concordemente si riconosce – doveva concretarsi nel versamento di una determinata quantità di beni alla famiglia della vittima». Nel *Fedone* (114a – 114b), una forma di perdono è quella che invoca chi precipita nel Tartaro, avendo commesso colpe gravi ma sanabili: «dopo esservi rimasti per un anno l’onda li spinge fuori [...] gridano e invocano quelli che hanno ucciso [...] e li pregano di lasciarli venire fuori [...] e di accoglierli e se li convincono, escono e cessano dai loro tormenti, se no, vengono riportati ancora nel Tartaro [...] e non cessano di soffrire tali pene prima di avere convinto quelli cui hanno recato offesa» (PLATONE, *Tutte le opere*, E. V. Maltese (a cura di), trad. di Giardini, Roma, 2010, 217); nel *Protagora* (324a-b), invece emerge l’aspetto “educativo” della punizione («[...] a meno che uno, [324b] come una belva, non cerchi irrazionale vendetta. Ma chi tenta di punire razionalmente, non punisce per l’ingiustizia passata [...] ma punisce pensando al futuro, perché non torni a compiere ingiustizie né quello stesso individuo né altri che lo veda punito. E chi ha una tale opinione, pensa che la virtù possa essere oggetto di educazione: è per prevenzione, dunque, che punisce» (PLATONE, *Tutte le opere*, trad. Festi, cit., 1345); in termini anche nel *Gorgia* (525a-c). In questo quadro estremamente suggestivi poi i raccordi tra sistema giudiziario ateniese antico e rappresentazione ultramondana: FABIANO, *L’aldilà nell’antichità classica*, in *Nuova informazione bibliografica*, 2020, 663 e ss. Sui temi trattati sopra v. CANTARELLA, *Studi sull’omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1976, 94 e ss., in particolare sulla pena dell’esilio e sui modi per evitarlo. L’esilio però non va guardato con gli occhi di oggi; per comprendere a pieno la valenza della misura essa va contestualizzata come ben sottolinea ZUCCOTTI, [Per una storia dell’ «oportere». Divagazioni estemporanee e prospettive di ricerca](#), in *Rivista di Diritto Romano*, in *Led Online*, 2020, 24 -25 e nota n. 72; in verità, ricorda l’A., nel mondo antico la dimensione sociale non era una libera scelta, «ma, specie in origine, una imprescindibile necessità di sopravvivenza, tanto che la messa al bando dalla comunità – *atimia*, sacertà o “*Friedlosigkeit*”, e poi anche esilio o *aqua et igni interdictio* – era appunto irrogata e sentita come pena tra le peggiori»; l’A., richiamando comparativamente l’attualità, ne risalta l’estrema durezza, infatti, mentre «oggi avendo sufficienti beni di fortuna per pagare le varie forniture, può tranquillamente chiudersi in casa e non vedere nessuno (si pensi al caso limite, in Giappone dei cosiddetti “hikikomori”, che praticamente passano la vita chiusi nella propria stanza)», nel mondo antico invece, prosegue Zuccotti, era diverso, poiché «era necessariamente fondato su una comunità – ed una solidarietà – di vita di cui era impossibile fare a meno, almeno in origine altresì per la propria stessa sopravvivenza», il che «conduceva necessariamente a rispettare le norme di convivenza in base alle quali un soggetto era accettato e benvenuto nella *civitas* (né sembra qui il caso di scomodare le varie teorie – antropologiche, sociologiche e filosofiche – sul cosiddetto istinto sociale dell’uomo) [...]».

¹⁵ MANNA, [È configurabile un sistema penale non carcerario-centrico?](#), in *Sist. pen.*, 10 marzo 2021.

¹⁶ FASSIN, cit., 370.

¹⁷ L’espressione è tratta da ZANCHETTA, *In difesa della Costituzione*, cit., 77.

3. La pena: Costituzione applicata ma non attuata?

Al momento, alla luce della previsione costituzionale “positiva”, la pena è una opzione presupposta. Porta con sé l’idea di essere una forma istituzionale di canalizzazione della vendetta. Questo passaggio è stato suggestivamente illustrato da Balloni che, richiamando l’anomia di Durkheim, «intesa come mancanza o carenza di norme sociali», precisa che «l’idea di anomia di quest’ultimo è l’inverso dell’idea di solidarietà sociale, qui una nozione di massima integrazione dei rapporti sociali e di rappresentazioni collettive, là una quasi completa disintegrazione. In realtà, alla domanda su cosa è il diritto, Durkheim “risponde che è il simbolo vivente della solidarietà sociale; a quella circa il reato che è la rottura della solidarietà sociale e, a proposito della pena, che è la vendetta sociale per la violenza arrecata alla solidarietà [...]”¹⁸. Durkheim: «un atto urta la coscienza comune non perché è criminale, ma è criminale perché urta la coscienza comune»¹⁹. Depurata da venature strettamente ultrici la pena, invero, sta ad esprimere una manifestazione fisiologica di controllo sociale che avviene all’interno di un suo generale e preciso inquadramento strutturale nonché, appunto, “funzionale” (artt. 25 e 27 Cost.) e, in tale ultimo senso, giova ribadirlo, nella duplice ma convergente direzione di radicale rigetto di trattamenti non improntati al senso di umanità e di tendenza alla rieducazione della pena²⁰, giacché il reato è di per sé

¹⁸ BALLONI, *Causa ed effetti del ritardato sviluppo della vittimologia*. Relazione. in AA.Vv., *La vittima del reato, questa dimenticata*, C.N.R., Accademia nazionale dei Lincei, Tavola rotonda nell’ambito della conferenza annuale della Ricerca, Roma, 5 dicembre 2000, 6, con ulteriori riferimenti bibliografici; molto stimolante è la diffusa sollecitazione culturale dello scritto ad es. nell’incipit (p. 1) l’A. osserva come sia originaria la sperequazione tra reo e vittima: «nella storia della criminologia è Caino che lascia il marchio e che offusca la vittima, la quale in Cristo trova valore e significato»; a proposito del potere evocativo del binomio “reo e vittima” e dell’istituzionalizzazione di varie forme di assistenza statale alla vittima: RAMACCIF., *Reo e vittima*, in AA.Vv., *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, Napoli, 2001, VII, 15 e ss.; per ulteriori profili riguardanti la tutela della vittima v. *supra* nota n. 12.

¹⁹ DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 1971, 103; TRAVAGLIATI, *Émile Durkheim e la pena di morte*, in *Studi di Sociologia*, 2002, 451: «Durkheim ha ipotizzato una correlazione tra la coscienza collettiva e il diritto di una società, rilevando come il suo nucleo retributivo costituisse in genere l’indicatore di una coscienza collettiva fortemente vissuta tra i suoi membri e per questo fortemente ancorata a un preciso sistema sanzionatorio. Per converso, all’interno della medesima correlazione tra società e diritto, là dove si restringe e indebolisce la coscienza collettiva corrisponde un tipo di diritto restitutivo, la cui essenza non consiste più nella punizione ma nel risarcimento, rivelandone un’anima razionale e non più passionale»; per un inquadramento della figura di Durkheim nell’ambito della sociologia della devianza: MAROTTA, *Criminologia. Storia, teoria, metodi*, Milano, 2017, 272 e ss.

²⁰ Sul concetto di rieducazione in senso costituzionale v. Magnanensi – Rispoli (a cura di), [La finalità rieducativa della pena e l’esecuzione penale](#), disponibile sul sito della Corte Costituzionale, *sub* § 2.1; le “varianti lessicali” utilizzate dalla giurisprudenza costituzionale sono varie: «reinserimento nell’ordine sociale», «riadattamento alla vita sociale», «reinserimento nel contesto economico e sociale», «reinserimento nel corpo sociale», «reinserimento nella società», «ravvedimento» o «recupero sociale», «reinserimento del condannato nel consorzio civile», «risocializzazione» ma «a prescindere dalla variante lessicale utilizzata, la funzione rieducativa si sostanzia in tutti quegli interventi atti a favorire il recupero del detenuto ad una vita nella società ed in quest’ottica un ruolo fondamentale è rivestito dalla disciplina che regola il momento esecutivo-penitenziario»; mentre dal punto di vista “psichico”, come metteva in rilievo MALINVERNI, *Motivi (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, 1977, 313, «la rieducazione consiste nell’utilizzare le forze psichiche, e in

– o dovrebbe essere – espressione di un «giudizio di disvalore che costituisce l'antecedente logico-giuridico dell'assoggettabilità dell'agente alla conseguenza-giuridica consistente nella pena, la cui funzione afflittiva e rieducativa viene in tal modo spiegata»²¹. Ciò nondimeno se la pena è strettamente legata a quel frammento del reale oggetto del divieto penale, certamente quel comportamento è sintomatico di una "frizione" con quella "legalità legale" che la norma penale esprime o per lo meno dovrebbe esprimere²².

Dunque, pena. Pena "contenitiva" o di neutralizzazione del condannato²³ ma con connotati di "umanità" e portatrice di una valenza educativa, in ciò espressione diretta di quel principio personalistico che pervade la Carta fondamentale²⁴ e che si combina con l'altra anima "costituente", quella solidaristico-sociale, ex art. 2 Cost., nonché, in una prospettiva dinamica, con l'imposizione alla Repubblica del compito di rimuovere gli ostacoli economico-sociali (art. 3, II co., Cost.)²⁵. Una citazione paolina, per quanto

particolare quelle della sfera affettiva, incanalandole in direzioni socialmente utili o neutre. Si tratta di dislocare le tendenze rivolte alla commissione di crimini orientandole verso obiettivi accettati dalla società; e di rinforzare le residue tendenze sociali che ancora operino nell'animo del soggetto. Sarebbe irrealistico proporsi di annullare istinti, affetti, sentimenti, consapevoli o inconsci, solamente perché essi sono stati all'origine di comportamenti criminosi. Tali energie psichiche sono espressione di forze vitali insopprimibili, insite in ogni uomo, caratterizzanti la sua personalità. Dette forze hanno spinto ad un reato, ma possono anche porsi all'origine di azioni socialmente valide. Appunto la loro ambivalenza consente l'opera di rieducazione. In altre parole, è vano e inammissibile pretendere di annientare lo stato affettivo che ha mosso a comportamenti criminosi. Gli stati affettivi sono eliminabili solamente a costo di distruggere la personalità psichica del soggetto. Il punto sul quale si può intervenire è quello del collegamento tra la sfera affettiva e il tipo di comportamento. Si tratta di cambiare il modo criminoso col quale il soggetto è solito ristabilire l'equilibrio del proprio campo di forze, di sciogliere il nodo che lega lo stato affettivo ai comportamenti criminosi e dirigere la spinta affettiva verso comportamenti socialmente accettati. A questo scopo è indispensabile rendere il soggetto maggiormente consapevole della esistenza e della necessità del costume, e dell'ordinamento giuridico che consentono e facilitano la pacifica coesistenza ed il progresso sociale». Il soggetto dovrà ricostruire quella credibilità etico-sociale che lo riguarda così da generare quell'affidamento che radica nel suo complesso la convivenza sociale.

²¹ RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2017, 101.

²² Sui profili generali della questione, ivi compreso l'"abuso del diritto penale" v. le belle pagine, con ampio impianto dottrinario di riferimento, di RAMPIONI, *Diritto penale. Scienza dei limiti del potere punitivo*, cit., 13 e ss.; per un "riorientamento" della pena FIORELLA, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, in *Archivio penale*, 2018, Suppl. n.1, 97 e ss.

²³ Si pensi al caso di esponenti di spicco ma anche di gregari di organizzazioni di criminalità organizzata o terroristiche nei riguardi delle quali l'esigenza della difesa sociale si espande in tutta la sua problematica ampiezza: in argomento v. MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2015 (ed agg.ta da Dolcini e Gatta), 18.

²⁴ MANTOVANI, *Diritto penale, P.G.*, Padova, 2007, XLV, a proposito del principio personalistico in nome del quale è bandita ogni strumentalizzazione della persona umana, «trova il suo primo e più generale riconoscimento già negli artt. 2 e 3 Cost. che proclamano i 'diritti inviolabili dell'uomo' nella sua duplice dimensione, individuale e sociale, e della pari 'dignità sociale' ed 'uguaglianza giuridica': senza discriminazioni».

²⁵ A proposito del rapporto tra queste norme BUONINCONTI, *Brevi riflessioni interpretative sul nuovo delitto di 'caporalato'*, in *Critica del diritto*, 2017, 168: «nel quadro dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, sanciti dall'art. 2 Cost., emerge una tensione con la realizzazione della 'proporzione' nell'uguaglianza: infatti, mentre l'uguaglianza, essendo correlata a persone e fatti diversi, può essere concettualmente proporzionata e quindi commensurabile – art. 3, comma 2 Cost. – la solidarietà è invece,

decontestualizzata, aiuta a sintetizzare significativamente la drammatica condizione umana che fonda il ruolo centrale della persona e fonda i conseguenti doverosi “impegni”: «[...] siete stati comprati a caro prezzo [...]»²⁶. Un’apostrofe all’umanità che, affrancandola dallo specifico alveo religioso-culturale, mantiene intatto il suo potente significato e la sua valenza anche in un ambito “laico”, pensando “semplicemente” a quali sono stati i drammatici eventi ed ai correlativi “costi” che hanno dato origine al nuovo corso costituzionale. Ed in nome di essi diventa prioritario investire, puntando sull’ educazione tanto più nei confronti di soggetti che hanno dimostrato uno spiccato disagio, perché anche loro “comprati a caro prezzo”. Tutto ciò in vista di quella *salus* che è capace di generare oltre che sul piano ideale anche sul piano materiale importanti ed ulteriori poste di risparmio in campo sociale e in quello, per vari versi “comunicante”, della sicurezza e del benessere generale.

È allora cosa fin troppo evidente che la tensione rieducativa non possa affermarsi se non attraverso un trattamento umanizzato. Le due “qualità” rappresentano un’endiadi che ha come centro di gravità il rispetto per la dignità del soggetto *in vinculis*, per garantire pure «la conservazione di legami di solidarietà e corresponsabilità sociale verso il condannato durante la stessa esecuzione della pena»²⁷. Il che conduce ad una doppia “responsabilizzazione”, del reo, da una parte, ma forse, soprattutto, della collettività sociale, dall’altra. Infatti, non si tratta di un “vuoto a perdere”, di un reietto, ma di una “persona” che va messa al centro di ogni attenzione “educativa” finalizzata al suo pur sempre “libero” recupero, frutto di una altrettanto libera adesione al percorso formativo costituzionalmente orientato e cadenzato da “legalità costituzionale”, per dirla con Luciani²⁸. Infatti, il rispetto della dignità della persona²⁹ umana non può ridursi

per sua natura incommensurabile, in quanto in radice correlata con la stessa condizione umana che, come tale, per definizione, prescinde dalla razza, dal censo, dalla religione e così via, avendo come unico riferimento il “solo” fatto di essere ‘uomo’. In questi termini l’unica possibilità di temperare uguaglianza, proporzione e solidarietà è costituita da un ‘bilanciamento’; quest’ultimo deve necessariamente correlarsi nella materia penale con le forme predisposte dai due principi costituzionali-guida, l’art. 25, comma 2 Cost., e l’art. 27, I e comma 3 Cost.».

²⁶ 1 Cor 6, 20.

²⁷ In tal senso ha ben sottolineato EUSEBI, *La «nuova» retribuzione*, in Sez. II, *Riv. it. dir. roc. pen.*, 1983, 1355.

²⁸ LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Annali*, IX, 2016, 391 e ss.

²⁹ Dal punto di vista etimologico la parola affonda le proprie radici nella cultura greca e particolarmente nella tradizione teatrale secondo la quale i personaggi facevano uso di maschere con lineamenti molto marcati perché in tal modo erano visibili ed individuabili a distanza e la bocca era pronunciata perché così la voce aveva un effetto amplificato. Questa matrice culturale viene simbolicamente veicolata dal termine latino *per-sona*, ossia i suoni della voce che “passano attraverso”; successivamente, essa riceverà una sinodotica trasposizione: dalla parte, la maschera, si individuerà il tutto, la persona, la persona in carne ed ossa, ‘portatrice’ di quella maschera dapprima sul palco teatrale, dopo, nella vita; sul significato della “persona” molto incisivamente CASAVOLA, *Persona: il primo dei diritti umani*, in ID., *I diritti umani*, Padova, 1997, 1: «il termine [...] costituisce un nodo semantico centrale nella cultura dell’uomo occidentale e, attraverso questa, nella civilizzazione del mondo. Esso raccoglie infatti sia l’individuo concreto e particolare nei ruoli manifesti della relazionalità sociale, sia l’essenza della dignità e il corredo delle profonde vocazioni e universali istanze dell’essere umano. L’oscillazione tra il singolo e la specie congiunge e mescola natura e storia, fatti e valori; ‘persona umana’ è contemporaneamente l’umanità che è presente in ognuno di noi e la figura individuata in una formazione sociale»; altrettanto incisivamente conclude l’A. (p. 18): «la nozione

esclusivamente ad una questione di metri quadri *pro-capite* – il richiamo è alla nota sentenza della Corte EDU Torreggiani³⁰ che parla appunto di sovraffollamento come violazione degli *standard* minimi di vivibilità, già essi stessi palese dimostrazione di una situazione di vita degradante, quasi si trattasse più di “viventi in batteria” che di persone³¹ – ma di un ambiente che, per quanto rispondente alle esigenze della sicurezza, e per quanto essenziale in termini di superficie, deve essere pur sempre in grado di garantire quel minimo di vivibilità e di *privacy* e che per questo non va condiviso *in toto* con altre persone.

Una edilizia penitenziaria tesa a soddisfare in un *unicum* necessità tanto quantitative quanto “qualitative”³².

E proprio perché si tratta pur sempre di un percorso educativo tecnico-pedagogico³³ deve trattarsi di un ambiente appositamente studiato nei suoi aspetti strutturali per favorire il conseguimento degli obiettivi educazionali giacché l’umanizzazione passa “anche” dagli ambienti, non diversamente da quanto è avvenuto nei nosocomi, per i quali, tra l’altro, sono stati studiati appositi colori a seconda della

costituzionalistica di dignità dell’uomo riesce a comporre la relazione persona-comunità che senza di quella deflagrerebbe in inconciliabili antinomie».

³⁰ Corte EDU, [Panel, Torreggiani ed altri c. Italia](#), 27 maggio 2013, disponibile sul sito del Ministero della Giustizia.

³¹ Francamente nel senso del testo colpiscono per la loro “attualità” i quesiti poste alle Sezioni Unite che si sono pronunciate in merito con la sentenza del 19 febbraio 2021, n. 6551: «Se, in tema di conformità delle condizioni di detenzione all’art. 3 CEDU come interpretato dalla Corte EDU, lo spazio minimo disponibile di tre metri quadrati per ogni detenuto debba essere computato considerando la superficie calpestabile della stanza ovvero quella che assicuri il normale movimento, conseguentemente detraendo gli arredi tutti senza distinzione ovvero solo quelli tendenzialmente fissi e, in particolare, se, tra questi ultimi, debba essere detratto il solo letto a castello ovvero anche quello singolo». «Se, nel caso di accertata violazione dello spazio minimo, possa comunque escludersi la violazione dell’art. 3 CEDU nel concorso di altre condizioni, come individuate dalla stessa Corte EDU (breve durata della detenzione, sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella con lo svolgimento di adeguate attività, dignitose condizioni carcerarie) ovvero se tali fattori compensativi incidano solo quando lo spazio pro capite sia compreso tra i tre e i quattro metri quadrati». La soluzione data dalle SS. UU. è la seguente: «nella valutazione dello spazio minimo di tre metri quadrati si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento e, pertanto, vanno detratti gli arredi tendenzialmente fissi al suolo, tra cui rientrano i letti a castello. I fattori compensativi costituiti dalla breve durata della detenzione, dalle dignitose condizioni carcerarie, dalla sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella mediante lo svolgimento di adeguate attività, se ricorrono congiuntamente, possono permettere di superare la presunzione di violazione dell’art. 3 CEDU derivante dalla disponibilità nella cella collettiva di uno spazio minimo individuale inferiore a tre metri quadrati; nel caso di disponibilità di uno spazio individuale fra i tre e i quattro metri quadrati, i predetti fattori compensativi, unitamente ad altri di carattere negativo, concorrono alla valutazione unitaria delle condizioni di detenzione richiesta in relazione all’istanza presentata ai sensi dell’art. 35-ter ord. pen.».

³² In generale sulla variabilità della qualità detentiva, pur restando immutato il quadro normativo e regolamentare la situazione può variare per una molteplicità di fattori umani ma anche organizzativi e così differenziare in maniera rimarchevole l’“offerta” penitenziaria da una struttura all’altra; in tal modo attività e risorse possono presentarsi come risorse premiali: per un quadro di riferimento v. VIANELLO, *Vivere il carcere*, in *Il Mulino*, 2019, 965 e ss.

³³ Sul necessario rapporto tra rieducazione, pedagogia, psicologia dell’apprendimento v. MALINVERNI, *Motivi*, cit., 320, che sottolinea: «la pena potrà tendere alla rieducazione solamente se adotterà i canoni e le tecniche elaborate dalla pedagogia».

funzione dei diversi spazi. Anzi, potrebbe rappresentare una interessante ipotesi di lavoro quella di partire dagli studi fatti in sanità, in materia di spazi di cura, enfatizzando l'aspetto comune della "umanizzazione funzionale" di essi³⁴ per valutarne la relativa fattibilità in campo penitenziario.

Obiettivo che passa "anche" attraverso la responsabilizzazione del soggetto *in vinculis* quale "consegnatario" dell'ambiente "dignitoso" affidatogli, salvo rivalsa in caso di danni da trattenere dalla retribuzione conseguita come specificato in seguito. Quindi, le carceri spesso obsolete e fatiscenti andrebbero se non dismesse (magari, considerato che spesso sono nei centri storici delle città, andrebbero ristrutturate per realizzare, ad esempio, ostelli per il progetto Erasmus), senz'altro radicalmente ripensate o in buona parte realizzate *ex novo*, coinvolgendo in sede progettuale le migliori professionalità in campo "architettonico-pedagogico", oltre che nel campo degli idonei protocolli di sicurezza, legati pur sempre a differenziati circuiti penitenziari, adottando in maniera sistematica le soluzioni migliori per un ambiente dignitoso e rispettoso della «qualità umana»³⁵, ad di là di uno sporadico approccio meramente compassionevole o mestamente umanitario.

Il recupero sociale non può non passare dalla frequentazione di un contesto carcerario il più possibile socializzante *vs* un contesto carcerario criminogeno in senso ampio come «scuola di perfezionamento dei malfattori»³⁶ e/o desocializzante tanto al proprio interno che all'esterno o "penalizzante" già per il malessere personale e le reazioni anche di autolesionismo estremo che la marginalizzazione in sé stessa può comportare o indurre, nonostante che proprio per la "marginalizzazione" in sé stessa possa apparire per l'opinione pubblica³⁷ "tranquillizzante" o essere spacciata come tale.

Ma, ciononostante, ancora non può bastare.

È pensabile uno sforzo rieducativo e socializzante per i condannati qualora già la società "libera" non riuscisse ad essere inclusiva? Sarebbe uno stridente paradosso assicurare molteplici opportunità "in *intramoenia*" mentre, al contrario, il totale

³⁴ In tal senso cfr. la ricerca *L'umanizzazione degli spazi di cura* svolta, per incarico del Ministero della Salute, dal Centro interuniversitario di Ricerca TESIS dell'Università di Firenze e dal Dipartimento DINSE del Politecnico di Torino sotto la responsabilità rispettivamente dei proff. Romano Del Nord e Gabriella Peretti; interessante seguire la metafora dello "spazio di cura"; la suddetta ricerca elenca le classi di umanizzazione prese in considerazione: benessere psicoemotivo; benessere ambientale; fruibilità; sicurezza; benessere lavorativo; benessere occupazionale. Sicuramente, magari modificando l'ordine dei fattori, la ricerca potrebbe fornire degli utili spunti di approfondimento anche per l'ambiente carcerario. Il documento DEL NORD – PERETTI, [L'umanizzazione degli spazi di cura. Linee guida](#).

³⁵ Secondo SCARCELLA – DI CROCE, *Gli spazi della pena nei modelli architettonici del carcere in Italia. Evoluzione storica. Caratteristiche attuali – Prospettive*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2001, 375, l'architetto dovrà essere non acritico interprete bensì «contribuire egli stesso alla formazione di una nuova cultura che porti a progettare strutture e spazi maggiormente rispettosi della qualità umana degli individui cui sono destinati».

³⁶ L'espressione è di Turati, in proposito più ampiamente FIANDACA, [Conoscere per poter meglio riformare](#), in *Diritto penale e uomo*, 10 febbraio 2021.

³⁷ Come opportunamente mettono in risalto COSENTINO – COLOMBO, *Si fa presto a dire riforma. Riflessioni per una nuova cultura penitenziaria*, in *Diritto penale e uomo*, 17 marzo 2021, 4 e ss., espressioni come la «certezza della pena», la «logica securitaria», il «buttare le chiavi», solo per citarne alcuni, sono i baluardi di una "ipersemplificazione" veicolata da "slogan" di strategia comunicativa di facile presa.

abbandono a sé stesso aspetta tanto il “liberato” ma anche il cittadino “libero”. Fin troppo scontato immaginare lo *slogan* di timbro populista³⁸: “prima i cittadini onesti e poi gli altri”!

Il carcere non può essere abbandonato a sé stesso e vivere una realtà del tutto isolata ed avulsa dal resto del contesto sociale del quale invece dovrebbe esserne parte. Per questo dovrebbe rientrare in una strategia socio-economica di ampio respiro. Non una struttura obliata, bensì integrata nella/della società, un “vaso comunicante” (sia consentito ancora una volta l’uso di questa metafora) con il resto di essa. Il carcere, allora, superando una impronta esclusivamente “neutralizzatrice” dovrebbe cambiare pelle per assumerne una diversa nella predetta prospettiva di integrazione, essendo tra l’altro un “micro-contesto” sociale, uno spaccato, per quanto estremo, della collettività. Per ciò solo potrebbe rappresentare un assai rilevante centro d’interesse da studiare in chiave laboratoriale per applicare poi le soluzioni lì sperimentate in contesti sociali più ampi, tanto più in una società come quella attuale sempre più complessa, multiculturale e multietnica. Si immagini l’insieme di esperienze derivanti dall’incontro di un sempre più articolato crogiuolo di “persone”, costituito da migranti di diversa origine geografica, culturale, da detenuti “locali”, a loro volta di varia “estrazione” e dalle connesse diverse esigenze umane e di vita, ma anche di articolate e variabili declinazioni che vanno dal piano dell’istruzione, della formazione, delle opportunità³⁹ finanche a quello della connessione tra credo religioso ed alimentazione. Ma si pensi anche alle particolari vulnerabilità e situazioni di disagio, sia sociale sia fisico sia psichico, di talune frange della popolazione penitenziaria. Si pensi ai soggetti affetti da tossicodipendenze

³⁸ Sul significato dell’espressione, sulle sue origini ed implicazioni v. MESSINA, *Note sul fenomeno del populismo e sul nesso tra sovranità e democrazia*, in *Democrazia e diritto*, 2020, 23 e ss., benché non può sottacersi la problematicità dell’espressione, dice infatti l’A. (p. 39): «sebbene alcuni connotati del discorso populista possano trovarsi nelle azioni di formazioni politiche di tutti i tipi di orizzonti ideali – pensiamo alla polemica contro l’*élite* (la casta) e in certi casi anche quella antiparlamentare così come alla generica evocazione del popolo come fonte legittimante – i tratti che vengono universalmente denunciati come espressione di un pericoloso o dannoso messaggio civile (nazionalismo, violenza verbale, sfiducia istituzionale preconcetta e quindi antidemocraticità) devono essere distinti dalle manifestazioni di malessere e dalle richieste di giustizia in sé (e dall’organizzazione di esse in soggetti dell’azione politica)».

³⁹ MATERIA, *Welfare penitenziario e percorsi di vita dei migranti*, in *Studi sulla questione criminale*, 2014, 65, mette in evidenza un aspetto inquietante nella sua realtà e cioè che «i migranti che finiscono in carcere, durante il periodo di privazione della libertà, hanno modo di entrare in contatto con alcuni servizi e opportunità, spesso nuovi, e per loro inaccessibili prima della detenzione», si pensi ad esempio, alle prestazioni di *welfare* perché *outsiders* rispetto al gruppo che ne può beneficiare, composto dai cittadini; è interessante la casistica dello studio per le opportunità di lavoro in carcere, ad esempio colpisce il caso del migrante che ha «maggiori possibilità di lavorare se è già “conosciuto” (H. I., ex Jugoslavia, 43 anni), a seguito di precedenti detenzioni nello stesso istituto, dagli operatori. Quindi le opportunità offerte dal carcere seguono oggi la carriera criminale dei migranti, e sono maggiori per coloro che hanno già avuto precedenti detenzioni, mentre tendono a diminuire per i migranti che non sono né conosciuti, né già formati per svolgere i lavori presenti in carcere, e non alfabetizzati» oppure è interessante il caso del migrante che invece rappresenta «il lavoratore ideale in alcuni contesti, dove non è richiesta una particolare competenza tecnica e dove non conoscere la lingua si traduce in un vantaggio, come ad esempio nei reparti a regime di 41bis e all’ufficio smistamento pacchi, dove il lavorante è a contatto con il pubblico con persone sottoposte a regimi detentivi che impongono particolari limitazioni dei rapporti con l’esterno. Qui è fondamentale che il lavorante non abbia “alcuna conoscenza”» (p. 74).

per i quali non è facile immaginare un percorso di *reentry*. A chi all'esterno, sia per la propria marginalità sia per la sempre maggiore debolezza del *welfare*, non disponga di quei servizi minimi di protezione sociale e sanitaria che invece il carcere gli assicura. O ancora a chi, uomo o donna, a causa della detenzione viva i problemi di una genitorialità portata avanti all'interno del carcere o dal carcere o ancora, in materia di sanità alla fragilità soprattutto delle donne per la loro salute riproduttiva⁴⁰.

Il tema non può essere oggetto di una puntuale rendicontazione dell'ampia gamma di problemi e del fitto intrecciarsi di implicazioni di varia natura come quelle legate alla degradazione di *status* ed alla disculturazione collegate all'ingresso nella struttura penitenziaria o alla perdita di competenza, oltre che di etichettamento e stigmatizzazione, all'uscita⁴¹. L'idea è quella di prefigurare un carcere "riformato" secondo un progetto che vuole essere la concretizzazione della "legalità costituzionale" nel suo complesso come intreccio della trama dei principi costituzionali nel loro insieme – e non dei soli nuclei assiologici in materia di pena e di sistema penale⁴² – e del primato della legalità costituzionale rispetto alla legalità legale⁴³.

Questo è compito e responsabilità esclusiva del legislatore giacché la Corte costituzionale che pur tanto ha fatto nella materia *de qua* incontra un fisiologico limite d'intervento, quello della sua "incidentalità"⁴⁴. Insomma, orazianamente: *tractant fabrilis fabri*. Fino ad ora il legislatore si è rivelato «incapace di restituire coerentemente un "senso" costituzionale e convenzionale della pena»⁴⁵ tanto è che la pena, in controtendenza costituzionale, registra una esecuzione improntata più alla punizione che alla rieducazione e appunto per questo in controtendenza. È evidente la forbice tra

⁴⁰ Per una rassegna v. PRINA – VIANELLO, *Carcere e dintorni: il contributo della ricerca su condizioni detentive, diritti e spazi*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2020, 463 e ss. ed ivi per ulteriori approfondimenti tematici e bibliografici.

⁴¹ Ancora PRINA – VIANELLO, *Carcere e dintorni: il contributo della ricerca su condizioni detentive, diritti e spazi*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, cit., 468 e ss. e bibliografia di contesto.

⁴² Compendia bene il nucleo significante RAMACCI, *Corso*, cit., 48: «assegnare alla pena la funzione di rieducazione del reo [...] significa educarlo al rispetto di quei valori la cui offesa giustifica la punizione e che sono pertanto inseribili nei grandi paradigmi della dignità umana, dell'uguaglianza e della solidarietà sociale, che rappresentano il sigillo di una Costituzione democratica: infatti, a uno Stato che rispetta la libertà individuale come diritto inviolabile non è consentito indirizzare lo sviluppo della personalità del reo se non nel senso indicato da valori costituzionalmente significativi».

⁴³ LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 463: «la legalità costituzionale non è la legalità legale in una sua diversa forma fenomenica, ma è una legalità diversa, che si sovrappone a quella legale (reclamando un proprio primato), pur non cancellandola».

⁴⁴ Per citare ancora LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in Brunelli – Cazzetta (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana. Materiali dell'incontro di studio*, cit., 49: «è evidente che il compito di applicare la Costituzione deve essere assolto anche dalla giurisdizione. È la stessa supremazia della Costituzione che lo impone, reclamando che tutte le sue previsioni normative siano portate ad effetto. Ed è altrettanto evidente che nei lunghi anni dell'inerzia legislativa la magistratura ha contribuito con meritorio impegno alla difesa e al progresso dei principi costituzionali. È possibile (intendo: è ragionevole e legittimo), però, affidare alla giurisdizione il compito di attuare la Costituzione, esercitando una vera e propria funzione di "supplenza"»; sul problema v. le riflessioni di BIN, *Una Costituzione applicata ma non attuata*, ivi, 323 e ss.

⁴⁵ MAGGIO, *Il carcere nell'esperienza di due direttori*, cit., 4, con ulteriori riferimenti in nota.

tempo giuridico e tempo sociale. Dietro questa divaricazione vi è un contrasto politico e culturale che viene da lontano tra le forze dell'innovazione e quelle della conservazione, ma è proprio sul campo dei valori condivisi della Costituzione che la conformazione ad essa diventa storicamente dovuta ed indilazionabile. È conseguenziale che il mancato adeguamento alla Costituzione apra dei varchi più o meno ampi, che nella episodicità e specificità del caso concreto, vengono colmati giocoforza da interpretazioni conformi, evolutive, creative anche per l'apporto delle Carte e delle Corti in una chiave di *cross-fertilization*⁴⁶.

Orbene, riassumendo. L'obiettivo è quello di riparare i cocci. Il processo "pedagogico-rieducativo" dovrà tendere a favorirne uno «di riappropriazione dei valori fondamentali della convivenza», pur sempre nel rispetto della libertà morale del soggetto, valore, come già detto, costituzionalmente primario e nel variare delle relative "tecniche" a seconda del particolare profilo del condannato, sia esso, ad esempio, un "emarginato" o "colletto bianco"⁴⁷. Pertanto, pur considerando circuiti detentivi differenziati come nel caso, ad esempio, dei c.d. irriducibili, è necessario favorire percorsi di recupero, di condivisione nella direzione dell'adesione ai valori fondanti e tutelati dal nostro ordinamento.

Ma "indicare la direzione" evidentemente non basta. Sarà necessario "formare" per favorire la conoscenza e poi la "pratica" dei valori costituzionali attraverso la "legalità" che ad essi deve essere ispirata.

Da un certo punto di vista il compito del legislatore potrebbe essere meno arduo di quello che potrebbe sembrare, essendo già costituzionalmente tracciato il percorso ideale e le relative priorità. In più, si tratterebbe di raccordare nella suddetta chiave costituzionale di fondo la normativa vigente nei vari settori, seguendo l'ideale *fil rouge* caratterizzato dalle specifiche esigenze "pedagogico-educative" proprie del settore carcerario, raccordando allo scopo lo sforzo congiunto di varie professionalità: architetti, pedagogisti, come già cennato, ma anche economisti, aziendalisti, giuslavoristi.

Considerato il carcere all'interno di un più ampio contesto economico-sociale, esso andrebbe rimeditato alla stregua di una unità produttiva – come autonoma articolazione organizzativa dell' "impresa" – all'interno della quale il lavoro e le altre iniziative trattamentali devono essere considerate in una razionale pianificazione di sistema per il contributo produttivo che sono capaci di rendere nell'ambito di una più generale attività di programmazione, in armonia con le politiche di sviluppo del Paese nella sfera di interessi e competenze di pianificazione del Ministero dello sviluppo economico – nell'eventualità anche delle Regioni per attività ricadenti nelle materie di legislazione concorrente *ex art. 117, III co., Cost.* Quindi, in un siffatto contesto il lavoro, la sua pianificazione non saranno più rimessi in via esclusiva alla sensibilità, alla buona volontà ed alla iniziativa o alla voglia di rischiare del direttore d'istituto, come ha ben

⁴⁶ Sul ruolo e sul dialogo tra giurisdizioni: CANZIO, *Il dialogo fra le Corti e le prassi applicative*, in *Ars interpretandi*, 2020, 85 e ss.

⁴⁷ In termini FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2001, 655-656.

sottolineato Fiandaca⁴⁸, o, ancor peggio, esclusivo permanente retaggio di un potere delle direzioni d'istituto di pianificare e di disporre l'impiego⁴⁹.

Le carceri, invece, come unità produttive, inserite in un più ampio quadro della politica economica, di investimento, di finanziamento del Paese.

In tal modo può generarsi un duplice effetto: all'esterno potrebbero diventare "produttivamente" attrattive mentre al loro interno, attraverso il lavoro, pur sempre esso oggetto di libera scelta da parte dell'interessato – l'idea è ovviamente diametralmente opposta a quella dei "lavori forzati"⁵⁰ o del lavoro «fattore rieducativo o di redenzione morale in sé, in grado di ridurre la pigrizia, facile a radicarsi in istituto, regolarizzando la vita del reo e distraendolo da "cupe meditazioni"»⁵¹ –, costituire "il" mezzo di sussistenza in senso economico, ma anche di identificazione sociale e in prospettiva come base per il reinserimento.

Una lettura di tal fatta del "lavoro" resta però minimale rispetto alla sua fondante significatività costituzionale, così come riconosciuta dall'art. 1 Cost., che si staglia come un *unicum* inscindibile: la "Repubblica democratica" ed il suo fondamento sul lavoro. Allora quest'ultimo diventa "solo" la preconditione necessaria per realizzare e promuovere la personalità umana, ma è al contempo, altresì, l'elemento costitutivo dell'ambizioso progetto di coesione tra diritti individuali e sociali, o ancora la proiezione emblematica dell'uguaglianza sostanziale. Preciso sviluppo di tale premessa è l'art 36 Cost. che è regola immediatamente applicabile ai rapporti di lavoro, per definire la retribuzione minima e opera come norma di principio quando serve a valutare la legittimità di una legge che comprime temporaneamente la dinamica salariale della

⁴⁸ Ampiamente FIANDACA, *Conoscere per poter meglio riformare*, cit.; a proposito di "rieducazione" metteva in rilievo MALINVERNI, *Motivi*, cit., 321, «la bontà dei propositi, però, non può lasciare in ombra aspetti negativi che incombono minacciosamente sul sistema. La attribuzione di finalità rieducative alle sanzioni, che incidono sulla libertà personale del cittadino, implica un ampliamento dei compiti assegnati agli organi amministrativi e giudiziari e dei correlativi poteri. Gli istituti creati a fini rieducativi possono trasformarsi in strumenti di oppressione o di favoritismo da parte di chi ha il potere di disporre. Lo stato di polizia, eliminato dalla società dei cittadini che godono della propria libertà personale, si potrà rifugiare nelle carceri ed ivi consumare le proprie vendette od elargire le proprie grazie. Ed anche se il sistema non verrà deviato da queste finalità aberranti, rimarrà sempre il rischio che esso serva in misura prevalente od esclusiva a mantenere l'ordine nei luoghi di pena e, anziché stimolare le qualità umane necessarie al successo in una vita libera, quali il senso di responsabilità personale e lo spirito di iniziativa, tenda a distruggere la personalità dei carcerati ed a trasformarli in esseri capaci solamente di obbedire e di subire ogni prevaricazione».

⁴⁹ LAMONACA, *Profili storici del lavoro carcerario*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2012, 67. Per una ricognizione ante riforma del Regolamento penitenziario sul tema del lavoro in ambiente carcerario, tra modalità di esecuzione della pena e strumento "eminente" di rieducazione: PERA, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *Foro it.*, 1971, V, 53 e ss.; ancora in prospettiva diacronica BRONZO, [*Passato, presente e futuro del lavoro penitenziario, in IV Report annuale, L' universo dimenticato, "Popolazione carceraria e condizione detentiva"*](#), 2019, 33 e ss.

⁵⁰ ZANCHETTA, *In difesa della Costituzione*, cit., 75 e ss., per una ricostruzione della traiettoria storica dell'idea di lavoro nel tempo; sul lavoro carcerario in una prospettiva diacronica, sulla sua interconnessione con l'esecuzione penale nonché sulla evidente trasversalità disciplinare tra lavoristi e penitenziaristi, che «hanno amministrato la provincia del lavoro carcerario quasi per delega dei lavoristi» v. con ampio impianto bibliografico di riferimento, LAMONACA, *Profili storici del lavoro carcerario*, in Ivi, 43 e ss.

⁵¹ LAMONACA, cit., 75 e note nn. 177-179.

contrattazione collettiva in funzione antinflazionistica. Una retribuzione inadeguata è dunque lesiva di quella stessa dignità che trova nell'art. 41 Cost. un ulteriore usbergo di tutela, quello del divieto di svolgimento dell'attività economica in danno della «dignità umana»⁵². E tutto ciò non può andar smarrito solo per il fatto che il lavoro si svolga in carcere, anzi nella prospettiva di una tale proiezione diventa esso stesso l' "elemento" trattamentale per eccellenza nella sua profilazione costituzionale, un "vero" strumento di trattamento *intra-moenia* slegato così, come già detto, dalla mera capacità inventiva del volenteroso direttore, saldamente ancorato, bensì, ai fondanti di cui agli artt. 1, 4, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, III co., 44, 46⁵³, Cost., con le connesse responsabilità ed in coerenza con "l'attività d'impresa" svolta dalla struttura carceraria. E su questo, per il ruolo assolutamente centrale rivestito dal lavoro, diventa oltremodo di assoluto primo piano la stretta collaborazione, un vero e proprio lavoro di squadra, tra gius-lavoristi e penitenziaristi, metodologicamente in controtendenza con quanto avvenuto fino adesso⁵⁴.

Ugualmente la cornice costituzionale può rappresentare l'oggetto specifico delle attività d'impresa che la struttura carceraria potrebbe intestarsi, particolarmente in un momento come quello attuale che sembrerebbe sempre più attratto nell'orbita della transizione ecologica, della economia circolare e dello sviluppo sostenibile⁵⁵ e ciò appunto in specifica armonia e diretta conseguenza delle previsioni degli artt. 9, 32, 42, 43, 44, Cost. Oltre alla necessità di pensare alla riqualificazione energetica del patrimonio edilizio carcerario esistente (magari in attesa della realizzazione di strutture *ad hoc*, come già accennato) le predette "unità produttive" potrebbero "appaltare" opere di risanamento ambientale o esse stesse gestire al proprio interno impianti per la produzione di energie da fonti rinnovabili.

Sempre in coerenza con la trama dei valori costituzionali, le strutture produttive così costituite dovranno tendere al conseguimento dell'autonomia finanziaria, rispettando quella parità di bilancio e la relativa sostenibilità delle spese secondo la norma "capofila" in materia, l'art. 81 Cost. In tal modo la struttura, attraverso una gestione virtuosa che dovrà coinvolgere l'intera "filiera", graverà via via sempre meno (fino alla realizzazione della predetta "parità") sulle risorse pubbliche tanto in termini

⁵² Più ampiamente v. BUONINCONTI, *Brevi riflessioni interpretative sul nuovo delitto di 'caporalato'*, cit., 181 e ss.

⁵³ Il richiamo all'art. 46 Cost. è orientato allo specifico profilo della «elevazione economica e sociale del lavoro» soprattutto ragionando, come detto nel testo, in chiave laboratoriale, in merito a problemi che non hanno ancora trovato una concreta applicazione come ad es. quello della collaborazione dei lavoratori alla partecipazione all'economia delle aziende anche intesa come vera e propria partecipazione alla redistribuzione degli utili: PAPARELLA, *Art. 46*, in Bifulco – Celotto – Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, 932 e ss., in particolare *sub* § 2.1, 935.

⁵⁴ LAMONACA, *Profili storici del lavoro carcerario*, cit., 77.

⁵⁵ GIAMPIERETTI, *Art. 44 Cost.*, in Bartole – Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 459: «una lettura più ampia ed aggiornata dell'articolo in esame, anche alla luce del diritto internazionale [...] e comunitario [...] permetterebbe, inoltre, insieme agli artt. 9, 32 e 117, co. 2, lett. s, di fornire una copertura costituzionale alle politiche agricole e di governo del territorio volte a promuovere uno "sviluppo sostenibile" sotto il profilo ambientale, economico e sociale (sulla definizione di "sviluppo sostenibile" come sviluppo "in grado di soddisfare i bisogni della generazione presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri")».

di ammortamento delle spese di investimento che di quelle per il funzionamento. Per questo coniugati sempre, ben inteso, i profili legati alla sicurezza, buona parte dei servizi interni andrebbero “appaltati” *in house*.

Quindi, tornando al lavoro ed al suo profilo improntato alla suddetta doppia legalità costituzionale e legale, in base alle esigenze della struttura andranno prima di tutto pianificate, individuate le varie articolazioni organizzative e le relative posizioni professionali, il *curriculum* richiesto per la copertura di ciascuna di esse, i relativi corsi di formazione necessari, il tempo del relativo contratto. L'inquadramento dovrà avvenire in base ai CCNL, che individueranno i livelli retributivi, compresi gli istituti contrattuali relativi alla valutazione individuale e di gruppo e con possibilità “di carriera” prevedendo, unicamente tramite apposite selezioni, la mobilità tanto verticale tanto orizzontale anche presso altre strutture penitenziarie, che, in caso di vacanza, abbiano fatto richiesta di quella specifica posizione professionale. Infatti, trattandosi di un lavoro “para-pubblico” l'accesso ai suddetti impieghi “penitenziari” dovrà avvenire tramite una procedura concorsuale, in analogia ed applicazione dell'art. 97, IV co., Cost., con approntamento di relative graduatorie a scorrimento.

Dette attività saranno, evidentemente, a tempo determinato – come la pena ... peraltro – e comunque dovranno prevedere la rotazione nella posizione, con meccanismi analoghi agli “archetipi” *ex lege* Severino. Come ugualmente andranno adottati i modelli organizzativi previsti da quella medesima legge, conformando i modelli anti-corruzione alle specifiche esigenze del contesto, segnatamente per prevenire l'acquisizione di posizione di “potere” che possano mettere in pericolo la sicurezza e l'ordine all'interno della struttura. Andranno applicati ugualmente i modelli organizzativi previsti dal d. legislativo 231/2001, qualora la struttura penitenziaria intenda assumere una organizzazione che preveda l'applicazione della suddetta normativa.

Dalla retribuzione così conseguita procede la decurtazione di somme per le “spese alberghiere” di vitto ed alloggio⁵⁶ – del quale, come sopra anticipato, il soggetto è consegnatario. Come potrà prevedersi una contribuzione ad un fondo, magari co-finanziato da Enti convenzionati, pubblici e/o privati con la struttura, dal quale è possibile attingere finanziamenti, in vista del rientro nella società del soggetto “liberato”, per favorirne il reinserimento sociale, lavorativo ed economico, possibilmente sfruttando le competenze maturate nel frattempo durante l'esperienza *in vinculis*. Per conseguire il finanziamento, ben inteso, l'interessato dovrà presentare un progetto, possibilmente avvalendosi di un apposito supporto all'interno della stessa struttura penitenziaria, con la previsione di un piano particolareggiato sulla sua fattibilità, sugli obiettivi proposti, sulla propria esperienza ed affidabilità, sulla congruità del *budget* richiesto rispetto agli obiettivi indicati e con obbligo di rendicontazione periodica per l'arco di durata del finanziamento.

La legalità si “predica”, ma soprattutto va praticata: si tratta di “educare” alla legalità ed agli schemi che una legalità “conforme” impone. Ma si tratta anche di uno

⁵⁶ In tema v. LAMONACA, *Profili de iure condito e de iure condendo sulla disciplina delle spese di mantenimento in carcere*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, 2015, 249 e ss.

sforzo verso la legalità, quella stessa che deve avere un preciso riscontro nella società civile nel suo complesso. Come potrebbe educarsi alla legalità quando il ri-socializzando dovesse confrontarsi o forse scontrarsi con una società – per tornare a Émile Durkheim – diffusamente “anomica”?

Si tratta, e non potrebbe essere diversamente, di un’esposizione cursoria, certamente incompleta, non potendo trattare della complessità delle implicazioni che l’argomento comporta, come sono immaginabili le difficoltà applicative. Comunque, non vi è chi non veda – e ciò va detto con la massima chiarezza – come la materia non possa esaurirsi in una chiave analitica esclusivamente giuridica, essa ne sarà il presupposto, richiedendo progettualità e studi di fattibilità multi/trans-disciplinari.

Niente più di un “sasso nello stagno”, per dirla con Rodari⁵⁷, nella speranza, tuttavia, di favorire un paradigma operativo costituzionalmente orientato per un trattamento penitenziario anch’esso costituzionalmente ispirato ed orientato.

4. Conclusioni.

Immaginando lo scetticismo del lettore rispetto a quanto succintamente delineato, chi scrive anticipa fin da ora la risposta: bisogna credere in una attuazione piena e sistematica dei valori della Costituzione attraverso una legalità legale strettamente attuativa di quella legalità costituzionale sovraordinata così come “stabilizzata”, dunque non più oscillante, anche con il contributo delle Carte e delle Corti sovranazionali. Il rischio altrimenti è quello di una pericolosamente incauta navigazione senza rotta, in un mare così altamente periglioso e tempestosamente mutevole alla mercé del carrierismo del politico di turno con il risultato di una giustizia abbandonata a sé stessa. Sia consentito il “prestito” citazionale: «una pretesa di ‘giustizia’, che non tenda a effettuale vigore di norme, e dunque a tradursi in diritto positivo, è consolante illusione o ingannevole vaneggiare [...] l’ideale potenza della ‘giustizia’ deve farsi concreta potenza dei *nomoi*, la rivolta tradursi in istituzioni, la protesta consegnarsi all’efficacia di *Kratos* [...] la ‘giustizia’ di un tempo, ormai fermata ed asserita nel diritto positivo, vede sorgere contro di sé un altro ideale, che pur reclama ‘giustizia’ ed esprime volontà di abbattere l’antica e di prenderne il luogo»⁵⁸.

In assenza di un tale provvedere il rischio *in executivis* è alto per la esplosiva combinazione di conseguenze desocializzanti facilmente irreversibili dati dall’etichettamento e dallo stigma legato alla stessa condizione di condannato. Quindi, è necessario approfondire ogni sforzo di adeguamento, nella consapevolezza dei

⁵⁷ Piace sempre ricordare RODARI, *Grammatica della fantasia. Introduzione all’arte di inventare storie*, Torino, 2001, 7, testualmente: «un sasso gettato in uno stagno suscita onde concentriche che si allargano sulla sua superficie, coinvolgendo nel loro moto, a distanze diverse, con diversi effetti, la ninfea e la canna, la barchetta di carta e il galleggiante del pescatore. Oggetti che se ne stavano ciascuno per conto proprio, nella sua pace o nel suo sonno, sono come richiamati in vita, obbligati a reagire, a entrare in rapporto tra loro».

⁵⁸ IRTI, *Destino di Nomos*, in CACCIARI – IRTI, *Elogio del diritto*, Milano, 2019, 125.

potenziali, ulteriori e gravi danni che una pena non opportunamente “incanalata” può generare, essendo capace di inquietanti ed incontrollate “ultrattività”.

Seppur proveniente dalla finzione scenica deve servire da monito l’amarezza di Germain: «non riuscirò mai più a vedere la giustizia nello stesso modo, ora che ho scoperto qual è la sua faccia nascosta... da quel giorno capii che anche la giustizia può diventare soltanto una macchina per uccidere»⁵⁹.

⁵⁹ Nel film *Deux hommes dans la ville* del 1973, Germain, interpretato da Jean Gabin, era un anziano educatore, ex poliziotto. Un Alain Delon quasi quarantenne vestiva i panni di Gino, un ex carcerato, che, una volta scontata la pena, grazie all’aiuto di Germain, aveva trovato un lavoro. Quando sembrava che la vita stesse finalmente prendendo la piega giusta, all’improvviso il destino cambia: muore la moglie, lo incontra per caso il poliziotto che lo aveva arrestato. Questi, non credendo nel suo ravvedimento, comincerà ad accanirsi odiosamente contro di lui, fintanto che le sue ripetute attenzioni persecutorie coinvolgeranno anche chi nel frattempo era diventata la fidanzata di Gino. Un giorno Gino, esasperato, d’impeto lo uccide. A nulla varrà il processo. A nulla varranno le testimonianze a suo favore, anche quella di Germain, che denuncia la continua ed assillante prevaricazione del poliziotto. L’atmosfera del processo è quella scontata di un epilogo già scritto: si tratta di un delinquente che ha dimostrato di essere irrecuperabilmente violento. Alla ghigliottina l’ultima parola. Il vecchio Germain con profondo dolore esprimerà con quelle parole la sua avvilita disillusione.