

## **Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)<sup>\*</sup>**

di **Andrea Pugiotto** – *Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l' Università di Ferrara*

**SOMMARIO:** **1.** Il metodo e l'obiettivo. – **2.** Segnaletica costituzionale. – **3.** Il paradigma della finalità secolarizzata della rieducazione. - **4.** L'abolizione costituzionale della pena di morte e la sua portata epistemologica. – **5.** La clausola di salvaguardia del divieto di pene inumane – **6.** «Pene», «detenzione» e altre forme di «restrizione della libertà personale» (ovvero: contro il monopolio della pena carceraria). - **7.** Paradigma rieducativo e tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto. – **8.** Il nuovo statuto costituzionale degli istituti di clemenza, individuale e collettiva. - **9.** La via italiana alla clemenza atipica. – **10.** Il sovraffollamento carcerario come problema costituzionale. – **11.** L'area del diritto punitivo (ovvero: contro la truffa delle etichette). – **12.** La norma di chiusura (divieto e criminalizzazione costituzionale della tortura). – **13.** Alla comunità carceraria di Rebibbia.

### *1. Il metodo e l'obiettivo*

Chi crede nel diritto come violenza domata, e nella Costituzione come regola e limite al potere, non può che individuare nel carcere un campo d'esperienza decisivo. Stupisce, dunque, che proprio in quest'ambito i costituzionalisti abbiano - colpevolmente - operato una cessione unilaterale di sovranità a vantaggio dei penalisti, quando invece il problema della pena e della sua esecuzione non dovrebbe (solo) preoccupare ma (anche) occupare la riflessione costituzionalistica. Salvo rare e per lo più recenti (quando non recentissime) eccezioni, infatti, il senso della pena non è stato tema d'indagine privilegiato nella nostra disciplina.

A fronte di questo monopolio, il rischio è di non riuscire ad elaborare un pensiero che non ripeta semplicemente il pensiero di altri. Cercherò di sottrarmi al pericolo con due movimenti. Il primo consiste nel mettere da parte le precomprensioni deduttive dei penalisti, a cominciare da quelle massimamente divisive tra Scuola classica e Scuola positiva che - fin dall'Assemblea

---

<sup>\*</sup> Roma, 28 maggio 2014, Casa Circondariale Rebibbia Nuovo Complesso, **versione provvisoria** della relazione al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Il senso della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*. [Ferrara, 21 maggio 2014]

costituente - hanno condizionato la ricerca dottrinale sul senso costituzionale della pena. Il secondo movimento sarà quello di attingere esclusivamente alla cassetta degli attrezzi del giurista positivo (contenente atti, disposizioni, norme, diritto giurisprudenziale) perché, dopo tanti decenni, gli enunciati aperti della Costituzione hanno oramai assunto una precisa direzione (un senso, appunto).

Questa scelta di metodo tiene conto del *qui* (il luogo emblematico della casa circondariale di Rebibbia che ci ospita) e *ora* (a un anno esatto dalla sentenza *Torreggiani*): due coordinate di luogo e di tempo che impongono di mettere al centro della riflessione la metastasi ordinamentale della condizione carceraria, acclarata come disumana dalla Corte EDU. Già questo è un segno dei tempi. Una volta si facevano convegni sul carcere che non educa, oggi si fanno sul carcere che tortura, certificando così un generale arretramento culturale: all'interno della trama dell'art. 27 della Costituzione, siamo andati indietro, come gamberi.

Incaricato di illustrare il senso della pena eviterò per questo di discettare sulla sua crisi di senso, perché l'influenza di simili discussioni (benché almentino una letteratura pletorica) sono piuttosto modeste sul piano pratico. Qui e ora è in corso una battaglia non di principio ma di scopo, possibilmente da vincere: recuperare il diritto punitivo a una coerenza costituzionale smarrita da tempo, e operare perché il carcere torni ad essere «luogo di legalità» (Ruotolo).

Per contribuire a ciò, cercherò di tracciare l'orizzonte costituzionale della pena, per poi adoperarlo [1] come *canone di interpretazione*, idoneo a sostenere una lettura unitaria del problema della pena e della sua esecuzione; [2] come *canone di costruzione legislativa*, capace di orientare tutti i momenti normativi che danno ritmo e respiro al diritto punitivo; [3] come *parametro di legittimità*, perché l'orizzonte separa ciò che sta dentro da ciò che sta oltre la sua immaginaria linea di confine.

Questo il metodo e questo l'obiettivo prescelti, entrambi eminentemente pragmatici: il volto della pena, per com'è disegnato nel dettato costituzionale, sarà il chiodo alla parete cui sostenerci per risalire la ripida china da cui siamo precipitati.

## 2. *Segnaletica costituzionale*

Sul senso delle pene la Costituzione non è affatto muta: testualmente, esse «*devono tendere alla rieducazione del condannato*» (art. 27, 3° comma).

Ora, sarà anche vero – come ha ammonito la Corte costituzionale - che l'interpretazione letterale è «metodo primitivo, sempre» (sentenza n. 1/2013). E tuttavia, quel dato normativo letterale andrà pur messo a valore: essendo l'*unico* scopo testualmente espresso, non può *mai* essere sacrificato sull'altare di altre ipotetiche finalità. Ci potrà essere un problema interpretativo nel riempire di contenuti normativi quel vincolo teleologico, ma è certo che il legislatore penale non può ignorarlo, almeno quale limite negativo alle sue scelte punitive.

Nel tempo, quel seme ha germogliato. Insterilito troppo a lungo nella categoria delle norme programmatiche, l'art. 27, 3° comma, ha subito per opera della Corte costituzionale una progressiva metamorfosi da limite negativo a vincolo positivo di tutte le scelte legislative penali. Si è trattato di una giurisprudenza diacronicamente non lineare, connotata però da una «continuità ideologica» (Emanuele) il cui approdo è la massima valorizzazione del principio costituzionale della risocializzazione del reo.

Non è stato così in principio. La teoria polifunzionale della pena - che pure è il tratto della giurisprudenza costituzionale precedente la riforma dell'ordinamento penitenziario - a lungo ha agito come una rotonda stradale: orientando in tutte le direzioni possibili, disorientava, facendo così smarrire il senso indicato dalla segnaletica costituzionale. Questo perché affermare l'equivalenza tra retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale negativa, rieducazione, vanifica la precettività del disposto costituzionale: bastava che una pena fosse incasellabile in una qualunque delle finalità in catalogo, e il gioco era fatto.

L'«agnosticismo» (Emanuele) della Corte verso il problema del senso della pena - nonostante la scrittura costituzionale - non verrà meno neppure negli anni successivi a quella riforma, intervenuta con legge 26 luglio 1975, n. 354. Più semplicemente, cambieranno i fattori senza alterare il risultato finale. Come? Escludendo la possibilità di stabilire a priori, una volta per tutte (neppure a favore della finalità rieducativa) una qualche gerarchia tra le varie finalità della pena, in nome della necessità di individuare, volta per volta, quella prevalente nelle diverse fasi della vicenda penale (incriminazione astratta, commisurazione, esecuzione). Esiliando così il vincolo rieducativo - se e quando andava bene - alla sola fase terminale del momento punitivo.

La necessaria coerenza tra testo e interpretazione dell'art. 27, 3° comma - di cui pure non mancano avvisaglie in pronunce precedenti - si rintraccerà compiutamente a partire dalla sentenza n. 313/1990. E' la vera «pietra angolare» (Bailo) della giurisprudenza costituzionale sul finalismo penale: ascoltiamone, allora, le parole.

### *3. Il paradigma della finalità secolarizzata della rieducazione*

Sono parole che si devono alla penna del giudice costituzionale Ettore Gallo, capaci di valorizzare come non mai la finalità rieducativa della pena. E' l'unica «espressamente consacrata nella Costituzione». Evita «il rischio di strumentalizzare l'individuo» per fini di politica criminale o di sicurezza collettiva. Concorre «alla legittimazione e alla funzione» della pena caratterizzandola «nel suo contenuto ontologico». Accompagna la pena in tutta la sua vicenda ordinamentale, «da quanto nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue». E' comune «patrimonio della cultura giuridica europea» (sentenza n. 313/1990).

Ha fatto bene, dunque, il Quirinale a porre al centro del suo messaggio alle Camere il paradigma della finalità rieducativa, anche se pochi se ne sono accorti. Nel suo messaggio, infatti, il Presidente Napolitano non guarda al passato del reo ma al suo futuro; valorizza il ruolo della magistratura di sorveglianza e le misure alternative alla pena carceraria; parla come il primo dei

giudici dell'esecuzione penale, indicando concrete risposte al loro grido d'aiuto (fino a citare le note ordinanze dei giudici *a quibus* di Venezia e Milano alla vigilia del pronunciamento della Consulta, apprezzandone i potenziali effetti deflattivi).

Della finalità rieducativa, la sentenza n. 313/1990 avalla una visione secolarizzata. La formula secondo cui le pene «*devono tendere*» alla rieducazione del condannato – dice la Consulta – esprime «la presa d'atto» della possibile divaricazione tra quella finalità e l'adesione di fatto del detenuto al processo rieducativo. Fermo restando il suo «diritto» all'offerta trattamentale (sentenza n. 204/1974; vedi anche la n. 79/2007), il condannato è libero o meno di aderirvi. L'accento, quindi, cade sul «*devono*», mentre il «*tendere*» - lungi dal rappresentare una mera formula ottativa – è da intendersi quale limite all'ordinamento penitenziario chiamato a garantire e incentivare il processo rieducativo, senza però imporlo alla libera autodeterminazione del detenuto.

Eccede, dunque, chi critica il carattere illiberale e totalizzante di un ordinamento penitenziario che sostituirebbe alla coercizione fisica quella morale (Ferrajoli). Costituzionalmente, rieducare non è sinonimo di emendare, e in carcere non va somministrata alcuna «medicina dell'anima» (Paliero), perché – come indicano anche le Regole penitenziarie europee del 2006 - «il regime dei condannati deve essere concepito per permettere loro di condurre una vita responsabile ed esente dal reato» (regola 102).

Semmai, quella critica eleva argini di cui farsi vigili sentinelle. Per esemplificare: il diritto al trattamento non equivale al dovere del detenuto di sottoporvisi, altrimenti riemergerebbe pericolosamente un rapporto di supremazia speciale dell'ordinamento penitenziario sul condannato (sentenza n. 26/1999). E poiché l'ergastolano è l'unico detenuto che – aspirando a un fine pena diverso dalla morte dietro le sbarre - non può che sottoporsi al trattamento penitenziario per poter sperare di accedere alla liberazione condizionale (Valentino), la pena del carcere a vita rivela, anche sotto questo profilo, tutta la sua incostituzionalità.

La sentenza n. 313/1990 traccia anche l'area di incidenza del vincolo teleologico costituzionale nelle scelte legislative penali. A lungo l'idea rieducativa è rimasta circoscritta alla sola fase terminale dell'esecuzione penitenziaria, subendo così un drastico ridimensionamento operativo. Ora, invece, diventa oggetto di una «illimitata espansione» (Emanuele): il precetto dell'art. 27, 3° comma, «vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza nonché per le stesse autorità penitenziarie», e finanche – come vedremo – per Parlamento e Presidente della Repubblica nell'esercizio dei rispettivi poteri di clemenza.

Detto altrimenti, il senso della pena ne orienta costituzionalmente sia la dimensione statica (la pena *minacciata* dal legislatore e *inflitta* dal giudice) sia la proiezione dinamica (la pena *eseguita* come trattamento penitenziario). Solo così si prende sul serio la funzione di garanzia del disegno costituzionale della pena: infatti, «se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state

calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto» (sentenza n. 313/1990).

Questa vocazione espansiva dell'art. 27, 3° comma, emerge in molti luoghi della giurisprudenza costituzionale, sul punto oramai consolidata. Ad esempio nello scrutinio circa la struttura normativa del reato, dove la funzione rieducativa è assunta quale necessario raccordo tra pena e principio di colpevolezza (*ex plurimis*, sentenze nn. 128/1987, 364/1988, 358/1993). Oppure nel sindacato sulla ragionevolezza della cornice edittale delle pene, commisurata alla loro finalità rieducativa (*ex plurimis*, sentenze nn. 409/1989, 343/1993, 422/1993, 341/1994, 47/2010, 68/2012).

La stessa recente affermazione secondo cui è processualmente rilevante la *quaestio* sollevata nel procedimento di esecuzione, ma avente a oggetto una norma applicata nel processo di cognizione (sentenza n. 210/2013), consente - potenzialmente - di mettere sempre in discussione la costituzionalità di un regime penale che non rientri nell'orizzonte tracciato dall'art. 27, 3° comma: lo confermano ora le sezioni unite della Cassazione penale (24 ottobre 2013-7 maggio 2014, n. 188821, *Ercolano*) affermando il principio per il quale, se una pena è stata inflitta sulla base di una legge accertata come incostituzionale, anche la sua esecuzione dovrà considerarsi illegittima, obbligando il giudice a disporre la cessazione o la riduzione a misura legittima (Bignami, Viganò).

Assodato, infine, è il carattere universale dell'idea rieducativa della pena, senza distinzione tra reati. Si registra qui un evidente scarto tra apparenza e sostanza normativa.

Adoperando come cacciavite l'art. 27, 3° comma, la giurisprudenza costituzionale ha smontato e rimontato i regimi giuridici dell'ergastolo (sentenze nn. 264/1974, 274/1983, 161/1997) e quello emergenziale incistato nell'ordinamento penitenziario con l'art. 4-*bis* (sentenze nn. 306/1993, 39/1994, 357/1994, 68/1995, 504/1995, 445/1997, 89/1999, 273/2001, 135/2003): lo ha fatto demolendo molti di quegli automatismi normativi che precludevano l'accesso o imponevano la revoca dei benefici penitenziari al condannato, vanificandone irrimediabilmente la risocializzazione. E' una giurisprudenza apprezzabile per la sua coerenza al paradigma rieducativo della pena. Lo è molto meno per aver scelto di adattare l'ergastolo (anche nella sua più feroce variante, quella ostativa), invece che puntare decisamente al suo superamento. Con la sola eccezione del carcere a vita per gli infradiciottenni (dichiarato illegittimo con sentenza n. 168/1994), si è così optato per il male minore, che - sarà il caso di ricordare - resta pur sempre un male.

La forbice tra apparenza e sostanza è ancora più larga se si guarda alla giurisprudenza costituzionale sull'art. 41-*bis*, ord. penit. Essa giudica compatibile con la finalità rieducativa della pena il c.d. carcere duro (decisioni nn. 349/1993, 410/1993, 332/1994, 351/1996, 376/1997), anche dopo la sua stabilizzazione intervenuta con legge 23 dicembre 2002, n. 279 (ordinanza n. 417/2004): eppure esso si sostanzia proprio in un regime differenziato rispetto al normale trattamento penitenziario. Non diversamente, rasenta la battuta (poco spiritosa) riconoscere la libertà anticipata anche a chi, come gli ergastolani ostativi ristretti in carcere duro, non usciranno *mai* di galera (salvo non decidano di mettere qualcun altro al loro posto): costoro finiscono così per subire «un fenomeno di *triplice schiacciamento*» (Valentino), perché espropriati della propria vita

in quanto ergastolani, privati di ogni residua speranza in quanto ostativi, stralciati dalle normali regole del trattamento penitenziario in quanto sottoposti al regime differenziato del 41-*bis*.

Sia come sia, il carattere universale della rieducazione penale è una diga che si oppone a tutta quella legislazione che nega i benefici penitenziari al condannato per *quel* reato (ostativo) o per *più* reati (come accade nelle ipotesi di recidiva qualificata). Simili scelte penali, differenziando il regime penitenziario per tipi d'autore, equivalgono a «una saracinesca abbassata sul trattamento rieducativo del condannato» (Giostra). Ha cominciato a risollevarla il Governo con il decreto legge 1 luglio 1993, n. 78, ampliando l'ambito applicativo delle misure alternative e dei benefici penitenziari, ed eliminando alcuni automatismi carcerari a carico dei recidivi reiterati (in parte, tuttavia, irrazionalmente reintrodotti dal Parlamento in sede di conversione del successivo decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146). E' un buon inizio. Nel frattempo, spetta alla Corte costituzionale aprire le serrande ancora chiuse (o nuovamente riabbassate), come peraltro ha già cominciato a fare (da ultimo, con la sentenza n. 105/2014).

#### 4. *L'abolizione costituzionale della pena di morte e la sua portata epistemologica*

Tutti questi approdi della giurisprudenza costituzionale sono ora messi in sicurezza dalla sopravvenuta legge di revisione costituzionale n. 1 del 2007, che ha abolito – incondizionatamente - la pena di morte. Riforma epocale, eppure sottovalutata dalla dottrina giuspublicistica che ne ha ignorato (non solo le concretissime conseguenze ordinamentali, ma anche) la portata epistemologica. Quando, invece, proprio attraverso gli occhiali del nuovo art. 27, 4° comma, è possibile vedere l'autentico volto costituzionale della pena.

La scelta abolizionista, innanzitutto, conferma il paradigma rieducativo. La soppressione della pena capitale, infatti, cancella *l'unica* eccezione costituzionalmente prevista alla finalità dell'art. 27, 3° comma, restituendole così coerenza sistematica. Ora, davvero, si può affermare che, per la Costituzione italiana, nessuna persona è mai persa per sempre.

Non solo. Attraverso il nuovo art. 27, 4° comma, quella finalità rieducativa viene definitivamente declinata in termini di risocializzazione del reo. Infatti, anche ad ammettere (Iannotta) che la pena capitale eserciti una funzione di emenda morale favorendo *in extremis* la possibile redenzione del condannato, certamente uccide - con il reo - ogni prospettiva di un suo recupero sociale. L'abolizione costituzionale della pena di morte, dunque, va letta come piena adesione a una lettura secolarizzata della rieducazione prescritta dall'art. 27, 3° comma.

Di più. Come ci insegna l'esperienza americana, la giustificazione aggiornata della pena di morte va ricercata in un paradigma vittimario: Caino va giustiziato nel nome di Abele perché la sua esecuzione è «un modo per ripristinare il benessere collettivo e fornire una chiusura psicologica alle vittime traumatizzate» (Garland). E' così che negli Stati Uniti d'America la pena di morte è riuscita

ad affrancarsi dalla pessima reputazione di vendetta privata per mano pubblica, rispondendo ora a un più civile ed evoluto scopo terapeutico.

La cancellazione della pena capitale dal testo costituzionale, *a contrario*, è un possente indizio circa il monopolio pubblico dell'intera vicenda ordinamentale della pena, che va posta al riparo da forme di sostanziale privatizzazione della reazione punitiva. E' un argine che mi auguro possa reggere la forza d'urto proveniente dall'Unione Europea (con la Direttiva 2012/29/UE) e dalla giurisprudenza di Strasburgo (Viganò), orientate entrambe verso una rifondazione del senso della pena a partire dai bisogni delle vittime, nel nome di una giustizia riparativo-conciliativa per molti aspetti antagonista alla finalità risocializzatrice della pena.

La portata epistemologica del nuovo art. 27, 4° comma, non si ferma qui. Con l'abolizione della pena di morte viene respinta anche una lettura per equivalente della retribuzione e dell'afflittività penali, «condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale» (sentenza n. 313/1990). Si conferma così – una volta per tutte – che la risposta sanzionatoria di uno Stato costituzionale di diritto non può che essere sproporzionata per difetto rispetto al suo oggetto, fondando in ciò la propria umanità (Donini).

Lo stesso principio di “proporzionalità” delle pene – versione laicizzata e “per bene” della legge veterotestamentaria del taglione (Colombo) – ne esce illuminato, giustificandosene una declinazione normativa mite e mai in termini simbolici o di vendetta sociale.

Dietro l'abolizione della pena di morte si coglie anche il rifiuto di trattamenti penali irreversibili: la pena capitale viene eliminata perché si regge sulla fallacia normativistica di un ordinamento processuale a prova di errore giudiziario (Toscano). In ciò, il nuovo art. 27, 4° comma, fa sistema con altri dati normativi (costituzionali e non): l'art. 24, 4° comma, laddove postula l'errore giudiziario come esito sempre possibile; l'art. 13, 4° comma, laddove vieta la tortura giudiziaria; la regola dell'inutilizzabilità della prova assunta illegittimamente (art. 191 c.p.p.; art. 2 del disegno di legge sul reato di tortura, già approvato al Senato). Rientra in questa costellazione anche la progressiva erosione dell'intangibilità del giudicato penale, secondo un catalogo sempre più ricco di ipotesi derogatorie.

Il rischio di condannare un innocente è sempre possibile, dunque nessuno dovrebbe essere punito in modo irrimediabile. Eppure accade ancora, con la condanna all'ergastolo ostativo, il cui regime è un atto di fede verso un ordinamento infallibile. E' un irrealistico postulato: chi, infatti, può escludere che, tra gli ergastolani ostativi, «ce ne siano che non hanno niente da confessare, nessuno da denunciare?» (Sofri). L'ottusità di tale regime genera, così, un paradosso kafkiano: se mai verrete condannati all'ergastolo ostativo, auguratevi di essere davvero colpevoli (perché solo il colpevole può utilmente collaborare). Ma se malauguratamente siete innocenti, purtroppo sarà peggio per voi: dovrete, infatti, rassegnarvi a morire murati vivi.

In Italia, dunque, non c'è più la pena *di* morte. Eppure c'è ancora la pena *fino* alla morte (gli ergastoli, nelle loro diverse varianti: comune, con isolamento diurno, ostativo). Eppure c'è ancora la

morte *per* pena (il fenomeno in continua crescita dei suicidi dietro le sbarre: secondo l'ultimo rapporto 2012 del Consiglio d'Europa *Space I*, in Italia rappresentano il 38,2% delle morti in carcere, a fronte di una media europea del 26%). Sono tremende aporie che richiamano lo Stato - cioè tutti i suoi poteri - a un obbligo di coerenza: da sola, la revisione costituzionale dell'art. 27, 4° comma, non basta.

##### 5. *La clausola di salvaguardia del divieto di pene inumane*

Accanto alla finalità rieducativa, la pena deve avere una natura umanitaria, che la Costituzione esige attraverso il divieto di trattamenti inumani. E' una clausola di salvaguardia che opera in tutti i luoghi in cui si manifesta il monopolio statale della forza: in sede cautelare (art. 13, 4° comma), in sede di esecuzione penale (art. 27, 3° comma), in sede di trattamenti sanitari (art. 32, 2° comma). L'integrazione dell'art. 117, 1° comma, per il tramite dei tanti obblighi internazionali pattizi che contemplano analoghi divieti (art. 10 Patto internazionale sui diritti civili e politici; art. 3 CEDU; art. 4 Carta dei diritti fondamentali dell'UE) ne assicura - giuridicamente - una tenuta stagna.

Natura umanitaria e finalità rieducativa della pena, entrambe delineate nell'art. 27, 3° comma, si muovono all'interno di «un contesto unitario, non dissociabile», perché «un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato» (sentenza n. 279/2013, ma già prima sentenze nn. 12/1966 e 376/1997).

Errata, dunque, è l'interpretazione costituzionale che separa i due principi, mirando a differenziarne la forza cogente: mentre il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità si collocherebbe sul «piano ontico» della sanzione, lo scopo della risocializzazione del reo opererebbe esclusivamente su quello «deontico». Con la conseguenza che la pena perderebbe la sua legalità solo quando è inumana, non anche quando è priva di finalità rieducativa. E' un approccio ermeneutico disincantato, forte della realtà di un carcere che - tanto più se sovraffollato - è escludente e degradante, mentre si finge risocializzante e mai contrario al senso di umanità; «messa tra parentesi la finalità rieducativa della pena» (Anastasia), cadrebbe finalmente ogni ipocrisia.

Inviterei a non cedere alla tentazione. Circoscritto il problema della legalità della pena alla sua sola umanità, tutto il resto (l'affettività negata, l'istruzione compromessa, la salute minacciata, l'annichilito residuo di libertà personale del detenuto) rientrerebbe nell'alea di una discrezionalità legislativa censurabile politicamente, ma non (più) giuridicamente. Bene ha fatto, dunque, la Corte costituzionale a confermare l'inscindibilità tra principio umanitario e paradigma rieducativo «in quanto logicamente in funzione l'uno dell'altro» (sentenza n. 279/2013). L'art. 27, 3° comma, ce ne offre una conferma testuale, laddove pospone la finalità rieducativa al divieto di pene contrarie al senso di umanità: lungi dal ridimensionare così l'obiettivo della risocializzazione del reo a mero «scopo eventuale» (Zuccalà), esprime in realtà il nesso strumentale tra natura (umanitaria) e finalità (rieducativa) della pena. Costituzionalmente, *simul stabunt aut simul cadent*.

Circoscritto al rispetto del solo divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, il problema della legalità della pena rischierebbe risposte via via sempre più semplificate. Fino a risolversi nella sola fissazione di uno *standard* minimo di spazio vitale calcolato in metri quadrati, suscettibile peraltro di progressive erosioni.

E' già accaduto. Dai 9 mq regolamentari a detenuto (stabiliti dal decreto ministeriale 5 luglio 1975) si è scesi ai 7 mq (raccomandati per le celle di polizia dal Comitato di Prevenzione della Tortura), ai 5 mq in cella multipla (secondo il già citato decreto 5 luglio 1975), ai 4 mq (auspicati dalla Corte EDU), fino agli attuali 3 mq *pro capite*. E poiché da un piano inclinato non si può che scivolare sempre più giù, si è addirittura posto il problema di come calcolare tale incomprimibile superficie (Albano - Picozzi): a dirimere la babele di soluzioni possibili, c'è voluta una sentenza della Cassazione per stabilire che la misurazione va intesa al netto dello spazio occupato dagli arredi (Cass. pen., sez. I, 19 dicembre 2013-5 febbraio 2014, n. 5728).

Neppure in ambito CEDU – dove pure è assente un esplicito vincolo teleologico per le pene – il divieto di trattamenti inumani e degradanti si riduce solo a una questione di spazio. La sentenza *Torreggiani* condanna l'Italia perché incapace di garantire quei 3 mq sotto i quali la violazione dell'art. 3 CEDU è automatica (Corte EDU, *Sulejmanovic c. Italia*, 16 luglio 2009). Ma sopra quella soglia, essa non va esclusa, dipendendo dall'accertamento di altre eventuali carenze ambientali (concernenti, per esempio, la luce naturale, l'aria, le ore all'aperto, le condizioni igieniche e sanitarie, l'assenza grave di intimità).

Prova ne sia che l'Italia è stata condannata già più volte per violazione dell'art. 3 CEDU in relazione a persone il cui stato di detenzione è proseguito, nonostante l'esistenza di gravissime condizioni di salute e l'inadeguatezza delle cure prestate: la più recente di queste sentenze è solo del mese scorso (Corte EDU, *Castaldo c. Italia*, 22 aprile 2014). La gravità del problema – non ignorata neppure dal DAP (Circolare 4 dicembre 2012) ed ora rimarcata dal rapporto del Comitato nazionale per la bioetica sulla salute in carcere del 27 settembre 2013 (Piciotti) – unitamente ai ricorsi a grappolo che prevedibilmente arriveranno a Strasburgo, legittimano un interrogativo: come una spada di Damocle, pende sul nostro Paese il rischio di una nuova sentenza-pilota?

Il rispetto del principio di umanità, dunque, non basta a se stesso: è condizione certamente necessaria, ma non è affatto sufficiente a soddisfare un senso della pena che ambisce a garantire la dignità del condannato, intesa come diritto ad avere diritti. E' bene rimarcarlo, a un anno dalla sentenza *Torreggiani*: quando l'Italia avrà finalmente adempiuto al giudicato di Strasburgo, sarà solo a metà dell'opera quanto a ripristino della legalità (costituzionale e convenzionale) in carcere.

Nell'attesa che ciò accada, rassegniamoci a subire il trattamento che si riserva agli Stati messi sotto osservazione dal Consiglio d'Europa. E ciò, nonostante lo *standard* di tutela imposto dalla nostra Costituzione si faccia preferire (*ex art. 53 CEDU*) a quello convenzionale per finalità, intensità ed estensione. Se - ad esempio - per la Corte di Strasburgo il divieto dell'art. 3 CEDU include la sindrome del condannato durante la permanenza nel c.d. braccio della morte (Corte EDU,

*Soering c. Regno Unito*, 7 luglio 1989), ben più radicalmente la legalità costituzionale inibisce allo Stato italiano l'extradizione del semplice imputato che rischi, anche solo ipoteticamente, la pena capitale (sentenze nn. 54/1979, 223/1996).

Eppure, oggi, in tema di cooperazione giudiziaria è l'Italia ad essere messa dietro la lavagna, proprio in ragione della condizione delle nostre carceri. E' successo, recentemente, già due volte per decisione della giustizia britannica (V. Zagrebelsky): l'extradizione di un cittadino somalo e di un capo mafia è stata negata perché la giustizia italiana non è stata in grado di offrire adeguate garanzie sul trattamento che avrebbero ricevuto nelle nostre prigioni. Tra gli obblighi negativi discendenti dall'art. 3 CEDU vi è, infatti, anche quello di non consegnare chicchessia a uno Stato dove corra il concreto pericolo di subire una tortura o un trattamento inumano o degradante: distinguibili concettualmente (A. Cassese) ma fasciati nel comune divieto convenzionale che li proibisce *tutti*, in eguale misura.

Da qui la sicura illegittimità di un concetto per troppo tempo evocato dall'amministrazione penitenziaria – quello di capienza *tollerabile* – utile a ridurre lo *spread* tra capienza regolamentare e presenze effettive nelle nostre carceri. Criterio empirico e dall'incerta unità di misura (l'elastico, suppongo), da sostituirsi semmai con quello di «capienza *costituzionale*» (Corleone): il solo capace di evocare sia la natura umanitaria sia la funzione rieducativa della pena, e avente anche il pregio di non farsi astringere nella mera contabilità dei posti letto (veri o presunti, sempre più a castello).

6. «*Pene*», «*detenzione*» e altre forme di «*restrizione della libertà personale*» (ovvero: contro il monopolio della pena carceraria).

La cassetta da lavoro del giurista positivo offre anche gli arnesi sufficienti per smontare la tradizionale equivalenza tra pena e detenzione carceraria.

A questa pigra assimilazione ci siamo abituati, e le abitudini sono dure a morire. Eppure, nella sua struttura lessicale, il testo costituzionale ci dice una cosa diversa: ragionando di «*pene*» al plurale (art. 27, 3° comma), contrapponendo la «*detenzione*» a «*qualsiasi altra forma di restrizione della libertà personale*» (art. 13, 2° comma), parlando genericamente di punizione e non di incarcerazione (art. 25, 2° comma), ci racconta di una pluralità di soluzioni sanzionatorie possibili. Già oggi, del resto, il catalogo include – nel codice penale – anche le pene pecuniarie, e – nell'ordinamento penitenziario – le misure alternative alla detenzione carceraria, a dimostrazione che quest'ultima non esaurisce i sinonimi della pena.

E' lo stesso impianto di fondo della fondamentale sentenza n. 313/1990 a prefigurare la necessità di una revisione complessiva dell'intero sistema sanzionatorio in chiave rieducativa (Dolcini). In tale prospettiva finalistica, infatti, non è detto che il carcere rappresenti sempre la pena più adeguata: ciò che conta è che altre tipologie sanzionatorie meglio orientate alla risocializzazione del condannato siano regolate dalla legge, nel rispetto rigoroso del principio costituzionale di stretta

legalità penale (art. 25, 2° comma), evitando così le pericolose derive dell'ideologia trattamentale propria della Scuola positiva.

In questa direzione, da ultima, ha lavorato alacremente la Commissione ministeriale Palazzo, istituita per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale. Sulla medesima scia, le Camere hanno recentemente approvato la legge 28 aprile 2014, n. 67, contenente una doppia delega al Governo in materia. Nell'immediato, essa già introduce – nel codice penale e di procedura penale – l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova (c.d. *probation*). In prospettiva, oltre a derubricare a illecito amministrativo una serie di reati, mira all'introduzione di nuove pene detentive non carcerarie (la reclusione domiciliare, gli arresti domiciliari), applicabili come pene principali dal giudice di merito.

Vedremo se e quanto, delle deleghe, troverà traduzione normativa. Lo scetticismo si radica nelle difficoltà politiche che finora hanno prevalso sempre sulle buone intenzioni riformatrici: difficoltà che hanno la loro comune matrice nella pena come «*medium* comunicativo» (Fiandaca). Infatti, diversamente dalle riforme ad alta tecnicità che intervengono sul processo o sull'ordinamento penitenziario, mettere mano sulle pene e la loro durata ha sempre un enorme impatto mediatico. «E poiché, ad onta di tutte le statistiche serie sulla criminalità, la cosiddetta opinione pubblica finisce per identificarsi con l'opinione dei media e con il loro allarmismo pagante» (Palazzo), si spiega agevolmente l'ignavia di una politica che segue (invece di guidare) gli umori e i rumori della piazza.

Motore di questa dinamica è la categoria della paura *percepita* (Ceretti–Cornelli), vero viagra securitario collettivo che negli ultimi anni i media hanno somministrato, con successo, anche fuori dall'ambito strettamente penale: «l'allarme per il serial killer, il satiro, il pedofilo, lo zingaro, l'albanese, il rumeno, l'idraulico polacco, il pirata della strada, l'islamico, il clandestino, la prostituta, il tossico, il terrorista, lo sbirro corrotto, l'influenza aviaria o stagionale, la morsa del gelo e l'emergenza caldo, l'acaro della polvere e il pitbull mordace (quest'ultimo, per inciso, nell'estate del 2004; dopo di allora hanno smesso di mordere)» (Giglioli).

Si tratta di un *format* collaudato, sempre cangiante eppure sempre eguale: si parte da un'accorta selezione dei casi di cronaca e li si fa oggetto di mirate campagne d'informazione, capaci di trasformare il verosimile in struttura del reale. E' accaduto - ad esempio - il 19 dicembre 2013, quando l'evasione di Carmine Gagliano dal carcere genovese di Marassi è stata cavalcata per mettere in discussione il sistema delle pene alternative introdotto dalla c.d. legge Gozzini (legge 10 ottobre 1986, n. 663), di cui due recenti decreti legge (n. 78 del 2013 e n. 146/2013) hanno ampliato gli spazi di fruibilità. Eppure, la percentuale di mancati rientri da un permesso si aggira al 2% (nell'anno 2012, 52 evasioni a fronte di 25.200 permessi concessi), per diventare circa il 5% in rapporto all'insieme delle misure alternative applicate (permessi, lavoro all'esterno, semilibertà), a dimostrazione che il sistema funziona, e da ventotto anni. Eppure, negare una pena alternativa a tutti perché pochissimi non fanno rientro in carcere, in modo da non mettere in pericolo nessuno, significa spostare il rischio al momento del fine pena perché il tasso di recidiva schizzerebbe ai suoi massimi, mentre è assai più basso per chi durante la detenzione ha beneficiato di misure alternative.

Rispettare il paradigma rieducativo, dunque, non solo si deve, ma è anche conveniente.

Un margine di rischio (da contenere al massimo, ma realisticamente non azzerabile) è il prezzo che la nostra Costituzione esige quando impone l'obbligo di fare tutto ciò che è necessario per mirare al recupero del condannato, dato che «non esiste altro modo di certificarlo se non concedendo un graduale ritorno alla società, facendolo uscire» (Pagano).

#### 7. *Paradigma rieducativo e tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto.*

In ragione dell'art. 27, 3° comma, incombe «l'obbligo tassativo sul legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle» (sentenza n. 204/1974), evitando che «le ben note carenze strutturali e finanziarie» ne intacchino l'efficacia (sentenza n. 343/1987).

Rientra dunque – e a pieno titolo - nel perimetro tracciato dal paradigma rieducativo della pena anche il problema della tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto, contro il cui affievolimento è necessario opporsi, perché quella tutela non può fermarsi davanti al blindato di una cella. In questa direzione si è mosso il recente decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146 (convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10). Con tale intervento è stata (sia pure maldestramente) istituita la figura del Garante Nazionale dei diritti dei detenuti, doveroso - ancorché inadeguato - adempimento di un obbligo internazionale a lungo inevaso. E' stata novellata la disciplina del reclamo c.d. generico, introducendo altresì un inedito reclamo giurisdizionale del detenuto al giudice di sorveglianza: si tratta di misure di rafforzamento della tutela dei diritti del detenuto, sollecitate dalle Corti costituzionale (sentenze nn. 26/1999, 526/2000, 135/2013) e di Strasburgo (Corte EDU, *Torreggiani c. Italia*, 8 gennaio 2013).

Anche i detenuti, infatti, sono titolari di diritti che subiscono durante la detenzione una contrazione, non una totale sospensione: «la dignità della persona [...] anche in questo caso – anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile – è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale», conformemente a quanto affermato nell'art. 1 ord. penit. (sentenza n. 26/1999; vedi anche le sentenze nn. 349/1993 e 526/2000).

Quei diritti fondamentali saranno limitabili nella sola misura proporzionata e necessaria alla condizione di ristretto. Il “di più” di pena configura un'eccedenza sanzionatoria e afflittiva priva di titolo esecutivo e di base normativa. Dunque, illegittima. In uno Stato costituzionale di diritto, infatti, si va in carcere *perché* si è puniti, non *per essere* puniti, e «il carcere non deve essere luogo di sopraffazione e di degradazione della personalità, ma luogo in cui persone, rispettate come tali, scontano una pena legalmente inflitta» (Onida).

Ma di tutto ciò spetta ad altri, in questo seminario, parlare.

#### 8. *Il nuovo statuto costituzionale degli istituti di clemenza, individuale e collettiva*

Se il vincolo teleologico della risocializzazione del reo accompagna la pena «fino a quando in concreto si estingue» (sentenza n. 313/1990), ad esso non sono estranei neppure gli istituti di clemenza, individuale e collettiva. E', infatti, al paradigma rieducativo che si deve guardare per riempire il «vuoto di fini» (Elia, Amato) non solo dell'art. 25, 2° comma (*come e quanto* punire), ma anche dell'art. 79 (*perché* estinguere la pena con una legge di clemenza collettiva), e dell'art. 87, 11° comma (*perché* estinguere la pena con un atto di grazia). Diventa allora necessario un uso della remissione della sanzione costituzionalmente orientata al finalismo penale.

Gli istituti della grazia e dell'indulto (e dell'amnistia impropria) ben si collocano all'interno di tale comune orizzonte costituzionale, rappresentando modalità attraverso le quali il diritto si confronta con l'azione del tempo, cristallizzato altrimenti al momento del giudicato penale. Tramite la clemenza, infatti, diventa possibile rimediare a situazioni (individuali e collettive) dove la pena ancora da espiare non risponda più al suo autentico significato costituzionale.

E' così ora per la grazia, dopo la sentenza n. 200/2006. Giustificata da ragioni eminentemente umanitarie ed equitative, la clemenza individuale si rivela strumento di recupero sociale del condannato, e di verifica aggiornata della rispondenza tra pena residua e fine ultimo del punire. E' proprio muovendo da questo vincolo di scopo che la pronuncia della Corte costituzionale ha riconosciuto al Presidente della Repubblica la titolarità effettiva del potere, da esercitarsi al termine di un procedimento dove sono attivabili meccanismi di controllo per impedire che la sua concessione spezzi il nesso strumentale tra clemenza individuale e finalismo penale.

Lo statuto costituzionale così riconosciuto alla grazia non dovrebbe sorprendere (come invece è accaduto tra i costituzionalisti, diversamente dai penalisti). E non solo perché trova ampie conferme normative già nella disciplina codicistica dell'impulso iniziale, della fase istruttoria, della stessa morfologia dell'atto (Pugiotto). La ragione decisiva è altrove. Attiene, infatti, all'incidenza della clemenza individuale sul momento dell'esecuzione penale e, dunque, sull'intangibilità della sfera della libertà personale assolutamente preclusa all'esecutivo: inevitabile, di conseguenza, metterla al riparo da ogni interferenza governativa, sottraendola a un mercato politico che all'istituto della grazia aveva tolto tutta la sua grazia.

D'altra parte, il tratto fondamentale dell'intera giurisprudenza costituzionale in materia penitenziaria è da ricercarsi proprio nella progressiva giurisdizionalizzazione della fase dell'esecuzione penale: preclusa, tuttavia, per la clemenza individuale perché sottratta all'ambito della riserva di giurisdizione dalla lettera dell'art. 87, 11° comma. C'era un solo modo per assicurare nella misura massima possibile l'esigenza di imparzialità (anche) nella concessione della grazia: riconoscerne l'esclusiva titolarità al Capo dello Stato, «quale organo *super partes*, "rappresentante dell'unità nazionale", estraneo a quello che viene definito il "circuito" dell'indirizzo politico-governativo» (sentenza n. 200/2006).

Questa è la regola. Può accadere – come è accaduto, certamente con l'assenso del governo dell'epoca, nel caso della clemenza concessa al colonnello statunitense Joseph L. Romano III (Pugiotto) – che un singolo atto di grazia fuoriesca dall'orizzonte costituzionale così tracciato. Ciò, però, non intacca né la regola né la sua doverosa implementazione, della cui regolarità è bene che il

Presidente della Repubblica si faccia geloso custode, se intende - come deve - trasferire integra, al proprio successore, una prerogativa finalmente restituita al disegno costituzionale della pena.

Anche il ricorso alla clemenza generale «deve comunque essere valutato in funzione delle finalità “proprie” della pena»: l'estinzione della punibilità che si collocasse, arbitrariamente, fuori da tale orizzonte «non potrebbe considerarsi costituzionalmente legittima», perché finirebbe per alterare «l'intero “volto” del sistema costituzionale in materia penale» (sentenza n. 369/1988).

E' esattamente questa la logica di fondo della tesi, elaborata in ambito penalistico (Maiello), della clemenza collettiva quale mezzo costituzionalmente orientato ai medesimi fini di un sistema penale ricostruito a partire dagli scopi della pena. In discontinuità con la bulimia di amnistie e indulti nell'età repubblicana sotto la vigenza dell'originario art. 79 Cost., il proposto modello teleologico appare coerente con la revisione intervenuta con legge costituzionale n. 1 del 1992, che ha parlamentarizzato il potere di clemenza generale - «*nulla amnistia sine lege*» - confermando così, sul piano delle fonti, il nesso tra la pena e le sue cause di estinzione.

Tutti gli atti di clemenza, dunque, trovano nella Costituzione fondamento, finalità e limiti, secondo un rapporto di mezzo a fine con il significato costituzionale dell'intervento punitivo dello Stato. Si tratta di un comune orizzonte fecondo d'importanti conseguenze, teoriche e pratiche. Mi limito all'inventario delle principali:

[1] Diventa possibile una «riabilitazione sistematica in chiave teleologica» (Maiello) degli strumenti di condono penale: essi non rappresentano più una deroga arbitraria alla legalità costituzionale, se e quando la loro concessione rimanga all'interno del disegno della pena tracciato in Costituzione.

[2] L'eccezionalità del ricorso alla clemenza, individuale e collettiva, è uno dei connotati strutturali del suo nuovo statuto costituzionale. Ma eccezionalità non può essere sinonimo di abrogazione *de jure* o *de facto*. *De jure*, come è accaduto per le leggi di clemenza generale, in ragione delle incredibili maggioranze imposte dal nuovo art. 79 Cost.: con la sola eccezione della legge d'indulto 31 luglio 2006, n. 241, sono oramai ventiquattro anni che la Repubblica non conosce un condono penale collettivo. *De facto*, come sta accadendo per il potere di clemenza individuale, sceso nella prassi a numeri così bassi da rasentare l'irrelevanza istituzionale. Come se non si trattasse invece – in ambo i casi - di pezzi importanti del disegno costituzionale della pena.

[3] S'impone allora una revisione (della revisione) dell'art. 79 Cost., che – inascoltato – il Presidente Napolitano ha segnalato come urgente alle Camere, e da tempo (comunicato del Quirinale, in data 27 settembre 2012). Serve una riforma costituzionale che restituisca agibilità a leggi di amnistia e indulto, intervenendo sull'eccessiva difficoltà deliberativa attuale, garantendo nel contempo - al Capo dello Stato in sede di promulgazione, alla Corte costituzionale dopo l'entrata in vigore - la possibilità di un effettivo controllo di coerenza tra mezzo e fine. Un controllo di «ragionevolezza intesa in senso teleologico» (Gemma), oggi agevolato dal nuovo orientamento della giurisprudenza costituzionale in tema di sindacato su norme penali di favore

(confermato, da ultima, con sentenza n. 5/2014): categoria nella quale rientra anche la previsione normativa di una causa di estinzione della pena (sentenza n. 394/2006).

### 9. *La via italiana alla clemenza atipica*

Le cose sono andate, finora, in direzione ostinatamente contraria: l'accidia politica e l'aggravio procedurale dell'art. 79 Cost. si sono rivelati ostacoli insuperabili a provvedimenti di clemenza, benché costituzionalmente coerenti con il senso della pena. La stretta attualità ce ne offre qualche esemplificazione.

Costituzionalmente giustificata sarebbe, certamente, una clemenza di giustizia «quale strumento di gestione dei rapporti di diritto intertemporale» (Maiello), utile a evitare incertezze interpretative nella successione di leggi penali. Un siffatto provvedimento contribuirebbe a risolvere la complicata stratificazione di norme penali (abrogate, annullate, risorte, sopravvissute, sopravvenute) in materia di tossicodipendenza, su cui hanno inciso - in rapida successione - il decreto legge n. 146 del 2013, la nota sentenza n. 32/2014, il decreto legge n. 36 del 2014.

Altrettanto giustificata sarebbe una clemenza di giustizia «per rimediare alle imperfezioni del diritto processuale intertemporale» (Maiello). Il pensiero corre all'inaudita imperizia del legislatore nel disciplinare l'accesso al giudizio abbreviato per gli imputati di reati puniti con l'ergastolo: una vicenda cui, dopo la condanna pronunciata dalla Corte EDU (sentenza *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009), ha tentato di porre rimedio la Corte costituzionale (sentenza n. 210/2013 e ordinanza n. 235/2013) ma con esiti simili a quello di un lancio di dadi: oggi, a fare la differenza tra una condanna a vita e trent'anni di reclusione, alla fine, non è la gravità del reato per cui sei stato condannato ma il periodo in cui sei stato processato.

Quanto mai costituzionalmente giustificata sarebbe, infine, una clemenza di giustizia volta a evitare «i rischi di “desocializzazione” derivanti da una condizione di sovraffollamento carcerario abnorme» (Maiello), specialmente dopo la sentenza *Torreggiani* della Corte EDU, che riconosce tale condizione di illegalità come «strutturale e sistemica», concedendo all'Italia un anno di tempo per venirne a capo.

Misure ragionevoli. Atti coerenti con il disegno costituzionale della pena. Eppure, il ricorso a un provvedimento di clemenza collettiva è proposta che produce, in Parlamento, un fuggi fuggi generale.

Nel frattempo, per ottenere effetti simili a una clemenza che non c'è, il legislatore scaltramente manomette il diritto penale sostanziale (ad esempio: novellando il reato di false comunicazioni sociali in senso nettamente favorevole agli imputati; derubricando a contravvenzione punita con l'ammenda, dunque oblazionabile, il delitto di falso elettorale; approvando il c.d. indultino con legge 1 agosto 2007, n. 207). E con altrettanta scaltrezza interviene sulle regole del processo penale (ad esempio: abbreviando i termini di prescrizione dei reati; affermando l'inappellabilità delle sentenze penali di proscioglimento).

Nel frattempo, per sopperire all'assenza di un atto di clemenza collettiva, gli uffici direttivi della giurisdizione (con l'avallo del CSM) assumono provvedimenti organizzativi a efficacia esecutiva che deviano su un binario morto i processi per i quali la scadenza del termine massimo di prescrizione dei reati che ne formano oggetto è pressoché certa (cfr., ad esempio, circolare del Presidente Corte di appello di Bologna, 20 ottobre 2013, prot. n. 9128; circolare del Presidente Tribunale di Bologna, 12 dicembre 2013, n. 121). Ma lasciar morire procedimenti così, in conformità a criteri di priorità decisi burocraticamente, oltre a derogare macroscopicamente al principio di eguaglianza, equivale a un'affermazione di discrezionalità dell'azione penale, e si traduce nell'esercizio di una sorta di potere normativo di clemenza giudiziaria locale, privo di alcuna legittimazione (Caiazza).

Nel frattempo, è il tragico *fai-da-te* di detenuti che scelgono di togliersi la vita a produrre gli stessi effetti di un atto di clemenza, solo distillata a gocce: «art. 150 c.p.: la morte del reo, avvenuta prima della condanna, estingue il reato. Art. 171 c.p.: la morte del reo, avvenuta dopo la condanna, estingue la pena. Decidi tu quando» (Bonvissuto).

E' la via italiana alla clemenza atipica. E' l'altra faccia della fuga della politica dalla responsabilità politica. Chi, gonfiando il petto e alzando la voce, dice no – «senza se e senza ma» - a una legge di amnistia e indulto, farebbe bene a interrogarsi su queste scorciatoie, ora arbitrarie ora tragiche.

Meglio, molto meglio allora un atto di clemenza alla luce del sole, come auspicato con lungimiranza dal Presidente della Repubblica (messaggio alle Camere dell'8 ottobre 2013), dalla Corte costituzionale (sentenza n. 279/2013), dal Primo Presidente della Corte di Cassazione (in occasione della cerimonia d'inaugurazione dell'anno giudiziario 2014). Ma inutilmente.

La contrarietà parlamentare a tale soluzione è apparsa - come una luce accecante - nel dibattito alla Camera sui temi posti dal Presidente Napolitano con il suo messaggio sulla questione carceraria.

Si è trattato di una contrarietà diffusa e trasversale, per quanto sostenuta con obiezioni stanche: il ricorso a provvedimenti di clemenza sarebbe l'«alibi» di una politica che non vuol decidere (mentre significherebbe esattamente l'opposto); la loro assunzione rappresenterebbe il «fallimento dello Stato» (e non invece il segnale di una sua razionale resipiscenza rispetto alla bulimia retribuzionista che ha prodotto, negli ultimi vent'anni, una incarcerazione di massa senza precedenti); l'enfasi sulla breve durata degli effetti deflattivi conseguenti all'indulto 2006, e sulla sua portata criminogena responsabile dell'aumento dei reati successivi alla sua concessione (nell'ignoranza totale della sua significativa incidenza sull'abbassamento dei tassi di recidiva: Manconi-Torrente). Obiezioni spesso imbarazzanti: la sua riduzione a «questione meramente politica» (e non tassello essenziale di una strategia imposta dalla straordinaria gravità della situazione); il richiamo alla diffusa «ostilità» nell'opinione pubblica (come se la politica dovesse andarne a traino); la clemenza come «soluzione tampone» (quando invece verrebbe associata a misure strutturali). Obiezioni talvolta incredibili: la denuncia per le «continue sanatorie» concesse dallo Stato (quando l'ultima amnistia è del 1990 e l'ultimo indulto del 2006); l'illusione che le leggi

messe in cantiere rendano «non più centrali le esigenze di provvedimenti clemenziali» (quando invece alcune attendono un'approvazione definitiva, altre agiranno solo *pro futuro*, tutte insieme non consentiranno certamente di rispettare la scadenza del 28 maggio 2014).

Tale aprioristica ostilità è stata certificata dal voto contrario all'unica risoluzione timidamente favorevole «a valutare l'opportunità di prevedere rimedi straordinari quali l'amnistia e indulto» (6-00050, Brunetta e altri). E ciò, nonostante il Guardasigilli – sollecitato a fornire una proiezione sugli effetti deflattivi di un eventuale provvedimento d'indulto generalizzato – abbia rilevato che sono complessivamente 23.000 (su 60.000 reclusi, a fronte di una capienza regolamentare stimata in 48.300 posti) i detenuti che devono scontare una pena residua inferiore a tre anni (cfr. Relazione sulle tematiche oggetto del Messaggio del Presidente della Repubblica trasmesso alle Camere il 7 ottobre 2013, AC, Commissione II, 28 novembre 2013, p. 62).

Testardamente, continuo a pensare che il problema non sia *se* approvare una legge di amnistia e indulto, bensì *come* congegnarla, nella consapevolezza che «ora non si tratta di scarcerare “chi se lo merita”, ma di scarcerare subito chi “non si merita” di essere trattato in modo inumano» (V. Zagrebelsky). Non serve, dunque, una clemenza di pacificazione o di generalizzato oblio. Se l'obiettivo è deflazionare le patrie galere e chiudere i rubinetti legislativi che producono a getto continuo popolazione carceraria, servirebbe una clemenza per il passato coerente con la legalità che vogliamo per il futuro.

Concretamente, come attesta anche il Comitato per la Prevenzione della Tortura del Consiglio d'Europa (nel suo rapporto all'esito della visita condotta in Italia nel 2012), il sovraffollamento carcerario nasce soprattutto da leggi sulla tossicodipendenza e sulla recidiva qualificata, e da automatismi normativi e eccessi giudiziari nel ricorso alla custodia cautelare. A tali cause va aggiunto l'effetto “carcerogeno” conseguente alla marginalità sociale cui sono normativamente costretti gli stranieri irregolari e clandestini. Questo, allora, dovrebbe essere il perimetro di gioco: modifiche legislative per il futuro, clemenza per chi ne sta subendo le conseguenze irragionevoli da condannato o da imputato.

Solo così – a mio avviso - l'avvio delle riforme strutturali relative al sistema delle pene, alla loro esecuzione (e, più in generale, all'amministrazione della giustizia) potrà produrre i risultati attesi. E il senso della pena manterrebbe il suo significato costituzionale. Ogni trapianto (normativo) in un corpo malato rischia, invece, la crisi di rigetto, se prima la patologia di cui soffre non è almeno ricondotta a valori ordinari sostenibili.

#### *10. Il sovraffollamento carcerario come problema costituzionale*

La vera punizione corporale inflitta a chi è rinchiuso in carcere consiste proprio nel dover vivere in una continua carenza di spazio. Il resto viene dopo. Si tratta, infatti, di una condizione esattamente capovolta rispetto a quella cui si è abituati a vivere, da liberi: «Fuori magari c'era poco

tempo ma tanto spazio. Lì invece era il contrario. C'era tanto tempo ma poco spazio. Ed era quello il cortocircuito che ti faceva impazzire» (Bonvissuto).

Non si tratta di un mero inconveniente di fatto ma di un problema costituzionale, essendo evidente «l'attitudine del sovraffollamento carcerario a pregiudicare i connotati costituzionalmente inderogabili dell'esecuzione penale» (sentenza n. 279/2013). Si pensi, ad esempio, in quali condizioni materiali era costretto a vivere nel carcere di Busto Arsizio il detenuto *Torreggiani*, uno dei sette ricorrenti a Strasburgo: in tre in una cella di 9 mq ridotti ulteriormente dalla presenza di mobilio, per 19 ore al giorno, con limitato accesso alle docce per la penuria di acqua calda, avendo a disposizione per dormire il terzo piano di un letto a castello, distante dal soffitto della cella solo 50 cm, insufficienti per potersi girare, mettersi su un fianco, piegare le ginocchia. Altrove si sta anche peggio.

In piena sintonia con le valutazioni già espresse dalla Corte di Strasburgo e dal Presidente della Repubblica, la Corte costituzionale qualifica il fenomeno del sovraffollamento come un «fatto notorio», una situazione dal carattere «strutturale e sistemico» che «non può protrarsi» ulteriormente. Di più, chiamata a pronunciarsi sull'assenza di un rimedio giurisdizionale di ultima istanza, la Consulta riconosce «l'effettiva sussistenza del *vulnus* denunciato dai rimettenti e la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio idoneo a garantire la fuoriuscita dal circuito carcerario del detenuto che sia costretto a vivere in condizioni contrarie al senso di umanità» (sentenza n. 279/2013). L'attuale condizione di sovraffollamento penitenziario, dunque, è un problema di legalità, e già ora i suoi effetti pongono l'ordinamento in una condizione di incostituzionalità accertata, ancorché non dichiarata (Ruggeri). Risolverlo non è allora una scelta politica, semmai un comandamento giuridico inderogabile, come rimarca nel suo messaggio il Quirinale adoperando - per ben dieci volte - le parole «imperativo», «dovere», «obbligo», spesso accompagnate dall'attributo «costituzionale».

Della situazione di *overcrowding* penitenziario si sa tutto, e non da oggi. I più l'hanno dimenticato, ma già nella scorsa XVI Legislatura, la Camera dei deputati discusse e votò in seduta straordinaria il 12 gennaio 2010 una serie di mozioni sulla situazione carceraria italiana (cfr. AC, mozioni n. 1-0028, Bernardini e altri; n.1-00240, Vietti e altri; n. 1-00301, Di Stanislao e altri; n. 1-00302, Franceschini e altri; n. 1-00309, Vitali e altri). A seguire, altrettanto accadde al Senato il 16 febbraio 2010 (cfr. AS, mozioni n. 1-00227, Di Giovan Paolo e altri; n. 1-00233, D'Alia e altri; n. 1-00235, Bricolo e altri; n.1-00236, Fleres e altri; n. 1-00238, Li Gotti e altri). Eppure, per lungo tempo il legislatore è stato - in senso tecnico - latitante, quanto alla rimozione delle cause normative del sovraffollamento carcerario.

La sentenza *Torreggiani*, in realtà, non ha rivelato nulla che i soggetti investiti di potere già non sapessero; semmai impedisce che - d'ora in avanti - possano fingere di non sapere. Quella sentenza, inoltre, ha acceso i riflettori su qualcosa che l'opinione pubblica preferisce non vedere, perché «la società ignora cosa avviene dentro il carcere. La scena è illuminata fino alla condanna, poi si spegne. Non interessa in quali condizioni di vita si traduce l'esecuzione della pena. E' sufficiente sapere che il colpevole è recluso, che quella porta non si aprirà» (Boccia). Soprattutto,

condannando l'Italia e facendo scattare il cronometro, la sentenza-pilota della Corte EDU chiama *tutti* i poteri statali a contribuire a risolvere, in tempo utile, il problema. Mentre scrivo resta una decina di giorni al termine ultimo del 28 maggio: c'è, dunque, materia sufficiente per valutare e giudicare chi ha fatto cosa.

Va riconosciuto, innanzitutto, il ruolo costituzionalmente esemplare e ineccepibile svolto dal Presidente Napolitano (in una sinergia generazionale con l'azione politica di Marco Pannella, che la dice lunga sull'imperante retorica della "rottamazione"). In ambito istituzionale, è stato il Capo dello Stato a porre – prima di tutti – il tema della riforma della giustizia penale, e del suo precipitato in corpi umani nell'inferno delle carceri, come «una questione di prepotente urgenza» (28 luglio 2011). Con una sensibilità pari solo alla sua caparbia istituzionale, il Presidente della Repubblica è tornato - da allora - a invocare mutamenti radicali nelle attuali condizioni carcerarie in almeno altre quindici occasioni ufficiali (tra messaggi, comunicati, interventi, l'ultimo dei quali data al 16 maggio scorso). Fino a ricorrere all'esercizio del potere di messaggio al Parlamento *ex art. 87, 2° comma, Cost.*, per la prima – e unica – volta nei suoi due mandati presidenziali (8 ottobre 2013).

In spirito di leale collaborazione con Camera e Senato, quel messaggio presidenziale tratteggia una lungimirante ed efficace *exit strategy*, prefigurando «*congiuntamente*» un ventaglio di interventi capaci di fermare la catastrofe (i rimedi straordinari dell'amnistia e dell'indulto), di limitare i danni (l'aumento della capienza complessiva degli istituti penitenziari) e di risalire la china (le necessarie misure normative di natura strutturale).

Quel messaggio, ad oggi, non è ancora stato discusso dall'Assemblea del Senato, come se il problema non fosse più un problema. Alla Camera, invece, la Conferenza dei Presidenti di Gruppo – con procedura inedita e sulla base del controvertibile assunto che «il messaggio del Presidente della Repubblica non può essere oggetto di dibattito parlamentare» - ha ritenuto più opportuno discutere in Aula una relazione di approfondimento delle tematiche oggetto del documento presidenziale, predisposta dalla Commissione Giustizia, e lo ha fatto dopo cinque mesi e due rinvii, in un emiciclo semivuoto.

Oltre che uno sgarbo istituzionale, è stato un grave errore di metodo (addirittura omissivo, nel caso di Palazzo Madama). Si è così persa l'occasione di convocare tempestivamente - in entrambe le camere - un'apposita sessione parlamentare dove, discusse le linee guida del messaggio presidenziale, venisse definito un cronoprogramma delle necessarie riforme, coordinandole efficacemente. Le misure che servono, infatti, si differenziano per vettore normativo, per procedure deliberative, per maggioranze necessarie, per effetti (immediati o di medio-lungo periodo).

Si è scelto diversamente, assecondando una aritmia normativa che ha visto l'accavallarsi di leggi (anche di delega), decreti legge (poi modificati in sede di conversione), proposte di legge ancora *in itinere* (come quelli in materia di custodia cautelare e di sostegno del lavoro penitenziario e per favorire l'inserimento lavorativo dei detenuti), circolari del DAP (che valorizzano un nuovo modello di gestione detentiva denominata «vigilanza dinamica»), iniziative ministeriali (sui versanti del trasferimento dei detenuti stranieri, affinché scontino la pena nei loro paesi di provenienza, e

dell'edilizia penitenziaria). Il tutto, preceduto e accompagnato da un imponente e pregevole lavoro istruttorio svolto - in prevalenza - da apposite commissioni ministeriali, dalla Commissione mista del CSM, dalla Commissione Giustizia della Camera.

Sono tante frecce che mirano a bersagli diversi: la riduzione del numero complessivo dei detenuti, attraverso interventi di riforma incidenti sui flussi in entrata e in uscita dagli istituti penitenziari. La riduzione dell'area applicativa della custodia cautelare in carcere, che interessa circa il 40% della popolazione dietro le sbarre. La riduzione dell'ingente presenza di detenuti stranieri - poco più di 20.500 - nelle carceri italiane. L'attenuazione degli effetti della recidiva quale presupposto ostativo per l'ammissione dei condannati a misure alternative alla detenzione carceraria. Una incisiva opera di depenalizzazione dei reati. L'aumento della capienza complessiva degli istituti penitenziari, attraverso l'implementazione del c.d. piano carceri, più volte prorogato.

La tavola rotonda prevista in questo seminario offrirà i doverosi approfondimenti su quanto fatto, non fatto, mal fatto (ma vedi già, in dottrina, il recentissimo volume di Della Bella).

A me spetta segnalare una flessione del numero di presenze in carcere: alla data del 2 aprile 2014 i detenuti ammontavano a 60.167 (al 31 dicembre 2010 erano 67.901), per una capienza regolamentare stimata in 48.309 posti detentivi (al 31 dicembre 2010 erano 45.022). Quindi, ad assumere come esatte le cifre del DAP (oggetto di non infondata contestazione), «i detenuti sono diminuiti di 7.734 unità mentre la capienza regolamentare è aumentata di 3.287 posti». E' già qualcosa, ma non è abbastanza. Infatti, il 6 marzo scorso non abbiamo superato il tagliando davanti al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa: «Le misure prese finora dall'Italia contro il sovraffollamento delle carceri sono insufficienti» e, per questo, il Comitato ha espresso «preoccupazione» in vista della scadenza fissata per il 28 maggio prossimo.

La preoccupazione si giustifica anche guardando le più recenti statistiche annuali del Consiglio d'Europa sulla popolazione carceraria (*Space I*): nonostante il tasso di detenzione (dato dal rapporto tra numero dei detenuti per 100.000 abitanti) sia in Italia inferiore a quello medio (111% contro 126%), e nonostante il tasso di sovraffollamento nelle carceri italiane registri una flessione rispetto all'anno precedente (dal 147% del 2011 al 145% del 2012), restiamo comunque in cima alla classifica, secondi solo alla Serbia (160%).

Le insufficienti e tardive misure poste in atto per risolvere il problema del sovraffollamento carcerario sono compensate - ma solo in parte - da un attivismo giurisdizionale, frutto della sinergia tra giudici e Corte costituzionale.

Proprio da qui è partita l'opera di smantellamento delle troppe presunzioni legislative assolute che obbligano a disporre la misura della custodia cautelare intramuraria per imputati di specifici reati (*ex plurimis*, cfr. le sentenze nn. 265/2010, 164/2011, 231/2011, 331/2011, 110/2012, 57/2013), arginando così una delle principali cause di carcerizzazione.

Così come l'aver scardinato il fulcro della legge 21 febbraio 2006, n. 49, c.d. Fini-Giovanardi (sentenza n. 32/2014) produce - in potenza - un rilevante effetto deflattivo carcerario sia in entrata sia in uscita, tanto più significativo se si imporrà la tesi giurisprudenziale per cui il *favor libertatis* prevale sull'intangibilità del giudicato anche quando la dichiarazione

d'incostituzionalità interviene (non sulla norma incriminatrice, bensì) in punto di trattamento sanzionatorio (così, tra le prime, Trib. Milano, sez. XI pen., 3 aprile 2014; Trib. Trento, sez. incidenti esecuzione, 18 aprile 2014).

Ed è sempre la Corte costituzionale quale giudice dei conflitti (sentenza n. 135/2013) ad aver stabilito che le decisioni del magistrato di sorveglianza, assunte al termine di una procedura di reclamo, «devono ricevere concreta applicazione e non possono essere private di effetti pratici da provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria o di altre autorità». Viene così superata la precedente prassi italiana – censurata dalla Corte EDU nella sentenza *Torreggiani* - di non rendere «effettivo nella pratica» il ricorso del detenuto, ridotto a un'arma caricata a salve, spianando altresì la strada alle novità degli artt. 35, 35-bis e 69 ord. penit. introdotti dal successivo decreto legge n. 146 del 2013.

Né sono necessarie particolari doti predittive per affermare che – scaduto inutilmente il termine del 28 maggio – la Corte si determinerà a favore di un intervento additivo, tale da rendere operativo anche nel nostro ordinamento (come già in Germania, nel nord Europa, in California) il rimedio estremo del differimento dell'esecuzione della pena, se da scontarsi in un formicaio carcerario. Con ciò superando la sua precedente decisione processuale (sentenza n. 279/2013), dalla natura manifestamente interlocutoria e contenente un monito che il legislatore farebbe bene ad ascoltare.

A raddrizzare il legno storto dell'attuale condizione di sovraffollamento carcerario sono chiamati – in autonomia - anche i giudici, attraverso gli strumenti della doverosa interpretazione conforme, sia costituzionale che convenzionale. La strategia possibile ha la forza e la coerenza delle cose semplici, ed è già stata richiamata in dottrina (Pugiotto).

L'unica pena che lo Stato può legittimamente eseguire è quella *legale*, cioè coerente alla Costituzione e all'art. 3 CEDU così come interpretato dalla Corte di Strasburgo. Sia la sentenza n. 279/2013 che la sentenza *Torreggiani* non certificano l'esistenza di norme interne che impongono una pena illegale, semmai l'esistenza di una situazione di fatto incompatibile con le norme della Costituzione e della CEDU. Vi è, dunque, la necessità da parte dei giudici di interpretare le disposizioni nazionali sull'esecuzione della pena (e della custodia cautelare) alla luce di quanto affermato in quelle pronunce, per evitare di sottoporre il detenuto a una reclusione incondizionatamente vietata.

Concretamente, ciò significa che l'emissione dell'ordine di esecuzione della pena da parte del pubblico ministero competente non può prescindere da un accertamento preventivo e officioso (ex art. 655, 1° comma, c.p.p.) circa l'effettiva disponibilità di posti in carcere conformi agli *standard* minimi individuati dalla Corte EDU. In caso contrario, è suo dovere costituzionale (ex artt. 13, 4° comma; 27, 3° comma; 117, 1° comma, Cost., integrato dall'art. 3 CEDU) paralizzare provvisoriamente l'emissione dell'ordine di esecuzione della pena, andando esente da qualsivoglia responsabilità penale per reato omissivo (in quanto scriminato dall'esercizio di un dovere, ex art. 51 c.p.).

Analogamente, anche il giudice delle indagini preliminari, richiesto dal pubblico ministero di emettere un ordine di custodia cautelare in carcere, dovrà preliminarmente verificarne le condizioni di vivibilità. E, se sovraffollato, sarà tenuto ad applicare una differente misura cautelare (ad esempio, gli arresti domiciliari).

### *11. L'area del diritto punitivo (ovvero: contro la truffa delle etichette)*

La detenzione carceraria a seguito di condanna penale non esaurisce l'ambito fenomenologico della "pena". Il nostro ordinamento, infatti, contempla istituti formalmente non riconducibili alla pena in senso proprio, pur incidendo in modo diretto, definitivo e sostanziale, sul bene primario della libertà personale. Per quanto qui rileva, il catalogo include [1] le misure di sicurezza detentive negli ospedali psichiatrici giudiziari, nelle case di cura e custodia, nelle case di lavoro, nelle colonie agricole; [2] il trattenimento degli stranieri nei centri di identificazione ed espulsione; [3] le misure di prevenzione. Anche [4] l'istituto della custodia cautelare – ferme restando la sua natura e le sue finalità processuali – presenta profili di afflittività tali da giustificare l'assimilazione con una pena (anticipata).

Eppure, coloro che sono sottoposti a tali misure restrittive sono detenuti di fatto, ma non di diritto. Attraverso un abile gioco di prestigio, il formalismo giuridico nega si tratti di sanzioni penali, battezzando quei regimi con *nomina iuris* differenti: misura di sicurezza, detenzione amministrativa, misura di prevenzione, misura cautelare. Si creano così le basi giuridiche per consegnare quei soggetti reclusi a un sottosistema giuridico meno garantista di quello comune, che invece – in una logica di tutela - andrebbe esteso dal diritto *penale* all'intero diritto *punitivo* (Ramacci).

Già gli studi costituzionalistici più risalenti sulla libertà personale (Amato, Barbera, Elia, Galeotti, Pace), evidenziavano profili di illegittimità e/o di abrogazione sopravvenuta nella disciplina di misure restrittive simili a quelle oggi vigenti, in quanto sottratte a garanzie costituzionali basiche (riserva di giurisdizione, riserva assoluta di legge, irretroattività). Non a torto. Sono, infatti, molte e persuasive le strategie argomentative adoperabili contro quella che è una vera e propria «truffa delle etichette».

Sul piano sostanziale, la natura del diritto soggettivo sottoposto a limitazione (la libertà personale) resta sempre identica a se stessa, qualunque sia la finalità giuridicamente ascritta alla singola misura restrittiva. Così come, avendo riguardo al loro contenuto, gli istituti in esame presentano quale denominatore comune «quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale» (sentenza n. 105/2001, con riferimento alla detenzione amministrativa dello straniero).

Sempre sul piano sostanziale, il carattere concretamente afflittivo di un'altra misura restrittiva può rivelarsi, sotto molteplici profili, altrettanto rigido di quello della detenzione in

carcere: si incaricano di dimostrarlo le vicende di cronaca (nera) che, periodicamente, emergono da quei non-luoghi per non-persone rappresentati dagli ospedali psichiatrici giudiziari e dai centri di identificazione ed espulsione. Lo riconosce la stessa Corte costituzionale ammettendo che le misure di sicurezza personali «comportano, peraltro, limitazioni di rilevante spessore alla libertà personale, raggiungendo, nel caso delle misure detentive, un tasso di afflittività del tutto analogo a quello delle pene detentive» (sentenza n. 135/2014).

Sul piano giuridico-formale, l'area semantico-normativa dell'art. 25, 2° comma, della Costituzione non fa diretto richiamo alla detenzione carceraria, ricorrendo invece ad una formulazione testuale massimamente inclusiva: «nessuno può essere punito». E' un dato normativo significativo, al pari dell'assenza – in Costituzione, nei codici, nell'ordinamento penitenziario – di una definizione unitaria dello *status* di detenuto (Anastasia). Disarticolato in una molteplicità di condizioni nella fase dell'esecuzione penale (gli internati, gli imputati, i condannati, i giudicabili, gli appellanti, i ricorrenti) e polverizzato nella prassi penitenziaria dove si rivela categoria moltiplicabile *n* volte (ad esempio, per tipo di autore, per tipo di reato, per posizione processuale, per allocazione all'interno degli istituti penitenziari: alta sicurezza, 41-bis, protetti), *detenuto* è parola priva di precisione semantica: «è il termine generico con il quale s'indica una persona ristretta in un istituto di pena senza specificarne la posizione giuridica» (così il glossario del decreto del Ministro di Giustizia, 5 dicembre 2012, c.d. Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati).

Il proposto allargamento di prospettiva trova ora altra conferma giuridico-formale nell'ambito delle competenze attribuite dall'art. 7, 5° comma, legge n. 10 del 2014, al neo istituito «Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale» (e già la denominazione prescelta accomuna), ricalcate sull'area d'intervento del Comitato di Prevenzione della Tortura, organo del Consiglio d'Europa: la sua azione di vigilanza e di ispezione non si limita solo alle carceri, includendo – ad esempio – anche gli ospedali psichiatrici giudiziari, i centri di identificazione ed espulsione, l'esecuzione della custodia dei soggetti sottoposti a carcerazione preventiva, le camere di sicurezza delle forze di polizia, e «qualunque locale adibito o comunque funzionale alle esigenze restrittive».

Questo arcipelago di indizi – sostanziali e formali – ci mette sull'avviso, innanzitutto, circa l'inadeguatezza di un approccio meramente classificatorio al problema di cosa si debba intendere per “pena”: smarriremmo, altrimenti, l'essenziale. Al tempo stesso, ci rivela due cose altrettanto fondamentali, da tenere bene a mente.

La prima è che, nel diritto punitivo, il denominatore comune va ricercato nell'*oggetto* della detenzione (non nel *soggetto* del detenuto), e consiste nella dimensione corporale della misura restrittiva. Lo stabilisce il diritto, che ha costruito – tolemaicamente - la pena e le altre misure assimilabili attorno al paradigma del corpo recluso. Lo confermano la sociologia e la criminologia che, delle tante misure restrittive, indagano la dimensione reale scevra da ogni formalismo giuridico. Lo attestano, tragicamente, gli studi epidemiologici sulle morti dietro le mura (di un

carcere, di un OPG, di un CIE), i gesti di autolesionismo, l'insalubre promiscuità di corpi stipati in spazi di reclusione *sold out*.

La seconda cosa è che, per restituire unità alla categoria atomizzata dei soggetti sottoposti a misure restrittive della libertà personale, c'è un solo modo: riassumerla nella *persona titolare di diritti e di garanzie*, che nella condizione detentiva (qualunque essa sia) non possono venire meno in ragione di un dato nominalistico meramente artificiale.

Come volevasi dimostrare.

E' ora, dunque, che si affermi il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Principio che trova, oggi, un robusto aggancio costituzionale: il riformato art. 117, 1° comma.

Ad essere lesa, in particolare, è la norma interposta dell'art. 7 CEDU se inteso – come i giudici penali e costituzionali devono fare (sentenze nn. 348 e 349/2007) – secondo gli orientamenti oramai consolidati della Corte EDU. A Strasburgo, infatti, la riconducibilità di una sanzione (o di un illecito) nella «materia penale» avviene sulla base di una valutazione di carattere sostanziale, condotta attraverso figure sintomatiche tra loro alternative (la qualificazione di diritto interno, lo scopo, l'ambito di applicazione, la natura della procedura comminatoria, la severità del regime restrittivo), il cui approdo può anche sovvertire la qualificazione formale extrapenale.

S'intende così evitare il rischio di un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali derivanti dagli inderogabili principi di legalità e irretroattività (ma anche del giusto processo, *ex art. 6 CEDU*), altrimenti abbandonati alle volontà sovrane dei singoli Stati membri. Ne sa qualcosa anche l'Italia, già condannata per tale ragione a Strasburgo (da ultima, Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014; in precedenza, Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009).

E', questo, un orientamento giurisprudenziale salito alla ribalta l'estate scorsa, quando su di esso hanno fatto leva alcune forze parlamentari per negare retroattività a una misura – la decadenza dal seggio senatoriale ai sensi del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, c.d. legge Severino – ritenuta equiparabile a una sanzione penale (cfr. ricorso alla Corte EDU, 7 settembre 2013, *Berlusconi c. Italia*). Eppure, sono le stesse forze parlamentari che, in tutti questi anni, hanno deliberato il progressivo allungamento dei termini massimi per la durata del trattenimento degli stranieri extracomunitari nei CIE (che oggi tocca la vetta dolomitica dei diciotto mesi), disponendone senza incertezza alcuna l'applicazione retroattiva: tanto – a loro dire – si tratta di una misura amministrativa, non di una pena. Due pesi, due misure.

Sia come sia, quello elaborato a Strasburgo è un indirizzo interpretativo che comincia a fare breccia anche in ambito nazionale. Quanto alla giurisprudenza costituzionale, esemplare è la sentenza n. 196/2010 (con riferimento alla misura della confisca del veicolo), dove l'approccio sostanzialistico della giurisprudenza europea – ritenuto desumibile dal testo costituzionale, data l'ampiezza della formulazione dell'art. 25, 2° comma - è condiviso nella sua *ratio* di fondo e nel suo punto di approdo. Approccio che ha indotto anche a riconoscere la natura giurisdizionale dei procedimenti per l'applicazione delle misure di prevenzione (sentenza n. 93/2010) e delle misure di

sicurezza (sentenza n. 135/2014), assicurando il loro svolgimento all'udienza pubblica. Quanto alla giurisprudenza ordinaria, da ultimo, alla materia penale è stata ricondotta la misura della confisca antimafia dei beni, ex art. 2-ter legge n. 575 del 1965, di cui si riconosce la natura «oggettivamente sanzionatoria» alla luce delle figure sintomatiche elaborate a Strasburgo (Cass. Sez. V, sentenza 13 novembre 2012 – 25 marzo 2013, n. 14044).

## 12. *La norma di chiusura (divieto e criminalizzazione costituzionale della tortura)*

Capire il disegno costituzionale della pena significa, innanzitutto, comprenderne il senso. Ma comprendere è anche sinonimo di contenere. Domandiamoci, allora: che cosa sta dentro e che cosa sta assolutamente fuori da tale disegno costituzionale?

Entro l'orizzonte costituzionale della pena c'è il ricorso legittimo alla forza, di cui lo Stato detiene il monopolio. Fuori da quell'orizzonte costituzionale c'è, invece, il ricorso illegittimo alla violenza da parte di soggetti dell'apparato statale, di cui l'art. 13, 4° comma, impone espressamente la criminalizzazione: «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà».

I muri delle carceri sono impastati di reati talvolta più gravi di quelli per i quali si è detenuti, eppure – a mia conoscenza - non esiste una sola circolare del DAP sull'uso legittimo (e sull'abuso illegittimo) della forza da parte degli agenti penitenziari. Così come, nell'assenza di un'adeguata legislazione penale in materia, è stata ancora una volta la Corte di Strasburgo – condannandoci (Corte EDU, *Sarigiannis c. Italia*, 5 aprile 2011) – a insegnarci che i criteri di «necessità» e di «proporzione» condizionano la legittimità dell'uso statale della forza (S. Carnevale).

Ecco perché appare davvero deludente il disegno di legge mirante a introdurre nell'ordinamento italiano il delitto di tortura (approvato il 5 marzo scorso al Senato, ora è all'attenzione della Camera): la sua trama normativa non ci parla del rapporto asimmetrico tra Stato e cittadino ristretto, riguardando *qualunque* rapporto asimmetrico tra il forte e il debole, non solo nei luoghi di detenzione ma anche altrove (istituti per anziani o disabili, asili e scuole, luoghi di cura, mura domestiche, finanche il rapito nelle mani della criminalità). L'inedita fattispecie penale viene così ad avere una base applicativa indiscriminata, compensata dalla sua costruzione quale reato d'evento (perché gli atti di tortura devono essere capaci di provocare sofferenze acute), per la cui consumazione non basta un singolo atto di tortura (dovendo essere reiterati e purché siano gravi). Alla fine, ciò che si smarrisce è la dimensione della tortura come ricorso abusivo, arbitrario e illegittimo del potere statale, derubricata a mera aggravante.

Si doveva fare prima, si poteva fare meglio. Andrà comunque fatto, perché ce n'è urgente bisogno, come dimostra il recente episodio (29 aprile, congresso nazionale del SAP) della *standing ovation* tributata dai colleghi a quattro dei cinque agenti di polizia condannati in via definitiva per la morte di Federico Aldrovandi, avvenuta a Ferrara il 25 settembre 2005 secondo una dinamica qualificata in sede giurisdizionale come «integrante gli estremi del crimine [...] di tortura»

(Tribunale di sorveglianza di Bologna, ordinanza 21 maggio 2013, dep. 27 maggio 2013, n. 2013/1281).

La persistente assenza di un reato di tortura nel codice penale è uno degli sfregi più profondi al volto costituzionale della pena. In una Costituzione che non prevede (altri) obblighi di criminalizzazione e che considera il ricorso alla sanzione detentiva una *extrema ratio*, l'art. 13, 4° comma è la sola disposizione costituzionale ad imporre una tutela penale. Dunque, «la tortura è l'unico delitto costituzionalmente necessario» (Gonnella): l'adesione dell'Italia a trattati e convenzioni che la vietano, quindi, obbedisce a un dovere di coerenza costituzionale secondo una "rima obbligata", perché è già con l'entrata in vigore della Costituzione italiana del 1948 che sorge l'imperativo legislativo di vietare la tortura e criminalizzarne la prassi. Eppure, da allora, sono trascorsi inutilmente 65 anni.

Della pena, la tortura è il calco rovesciato (Pugiotto): [1] la pena mira alla risocializzazione del reo, la tortura mira a un'insopportabile sofferenza; [2] la pena deve essere proporzionata al reato e al grado di colpevolezza del reo, la tortura è proporzionata esclusivamente al suo fine; [3] la pena non può essere contraria al senso di umanità, la tortura è per sua natura crudele e disumana; [4] la pena deve avere una sua durata massima predeterminata, la durata della tortura è una variabile dipendente dalla volontà del carnefice e dalla resistenza della vittima, entrambe imprevedibili; [5] la pena è pensata come strumento di coesione sociale, la tortura lacera qualsiasi vincolo solidaristico; [6] la pena non nega al reo il diritto ad avere diritti, la tortura annienta la dignità umana del torturato, privato così della sua soggettività giuridica.

E poiché lo slittamento da un trattamento inumano a uno degradante, e da questi a una vera e propria tortura, non è misurabile con righello e compasso, fa bene il diritto costituzionale a vietarli *tutti*, senza alcuna soluzione di continuità (art. 13, 4° comma; 27, 3° comma; 117, 1° comma per il tramite dell'art. 3 CEDU; ma anche l'art. 10, 1° comma, che incorpora il divieto di tortura quale principio di *jus cogens*).

Ho già argomentato altrove – sentenze e documenti internazionali alla mano - che la tortura ci riguarda, che essa non trova *mai* giustificazione in uno Stato costituzionale di diritto, e che il legislatore italiano deve introdurre un reato *ad hoc*, non essendo sufficiente a soddisfare gli obblighi (internazionali e costituzionali) in materia la batteria di norme repressive cui, attualmente, i giudici attingono per colmare una lacuna nel codice penale che dura da troppo tempo.

In attesa del reato che non c'è, va comunque eliminato un equivoco: quello secondo il quale l'attuale divieto di tortura, operando nell'ambito delle relazioni tra Stati, rappresenterebbe un'arma caricata a salve all'interno dell'ordinamento nazionale. Non è così. Se non è (ancora) possibile condannare per tortura chi abusa della forza legittima dello Stato, è invece possibile condannare (per incostituzionalità) istituti penali e modalità esecutive della pena che paiono ricalcare la definizione internazionale di tortura (cfr. art. 1, CAT: Convenzione ONU contro la tortura ed altri trattamenti e pene crudeli, inumane e degradanti del 1984). Definizione *not self-executing* sul piano penale (mancando della necessaria cornice edittale, affidata all'indispensabile interposizione

legislativa nazionale), ma sufficientemente determinata per integrare il parametro di legittimità costituzionale.

Non è di ostacolo al suo uso quale norma interposta la circostanza che la nozione internazionale di tortura, «non comprende il dolore o la sofferenza che risultino esclusivamente da, o siano inerenti o incidentali rispetto a *sanzioni lecite*» (art. 1 CAT; non così però nell'art. 3 CEDU). Si tratta di un falso problema. E' vero, infatti, che la detenzione, a seguito di condanna definitiva pronunciata dopo un regolare processo, è una sanzione lecita. Ma *non lo è più*, se scontata in condizioni disumane lesive della dignità personale del detenuto: fuoriuscendo dal disegno costituzionale, la pena inumana è – *ope constitutionis* – una “non pena”, e perde con ciò la sua liceità.

Così argomentando, diviene possibile l'uso del divieto di tortura come parametro di costituzionalità nel sindacato delle leggi. Ci hanno già provato alcuni giudici (la procura della Corte d'Appello di Genova, in sede di ricorso in Cassazione nei processi relativi alle violenze consumate nella caserma Bolzaneto e nella scuola Diaz durante il G8 del 2001; i Tribunali di sorveglianza di Venezia e Milano, nella *quaestio* poi risolta con sentenza n. 279/2013), ma senza successo. Potrà accadere di nuovo, con esiti positivi. In attesa che il legislatore penale esca finalmente dalla sua apatia, ancora una volta è dal raccordo tra giudici *a quibus* e Corte costituzionale che è lecito, nel frattempo, attendersi qualcosa di inedito e significativo.

### 13. *Alla comunità carceraria di Rebibbia*

Questo – secondo me – è il volto costituzionale della pena, la cui violazione non è mai a costo zero. Come ha ammonito il Presidente Napolitano nel suo intervento più recente, «le criticità del "sistema giustizia" rischiano di scivolare verso un indegno imbarbarimento, come ci mostra purtroppo l'emergenza carceraria che il nostro Paese si trova ad affrontare» (16 maggio 2014). A pagarne i prezzi – sia pure in quote diseguali – è tutta la comunità carceraria: i detenuti e i loro familiari, gli agenti di polizia penitenziaria, gli operatori carcerari. Ecco perché consumo l'ultimo minuto che ho a disposizione rivolgendomi a chi oggi ci ospita, la comunità carceraria di Rebibbia.

Alcuni anni fa, essa è stata protagonista di un film – *Cesare deve morire*, di Paolo e Vittorio Taviani – che racconta non l'accaduto ma una possibilità di riscatto, «perché detenuto e reato non sono certo la stessa cosa; uno è un uomo, l'altro è la sua colpa» (Bonvissuto). Attraverso l'esperienza terapeutica dell'interpretazione - a un tempo teatrale e cinematografica – quel film ci racconta una metamorfosi profonda, la cui presa di coscienza è compendiata nella battuta finale di uno dei detenuti-attori: «*Da quando ho conosciuto l'arte, questa cella è diventata una prigione*».

Attende, quel detenuto, una nuova opportunità che il disegno costituzionale della pena non nega a nessuno. Nell'attesa che si affermi compiutamente, inviterei tutti voi a farlo proprio, quel disegno. E' un invito che formulo con parole non mie, ma di Italo Calvino (*Le città invisibili*, 1993):

*L'inferno dei viventi non è qualcosa che sarà; se ce n'è uno, è quello che è già qui, l'inferno che abitiamo tutti i giorni, che formiamo stando insieme. Due modi ci sono per non soffrirne. Il primo riesce facile a molti: accettare l'inferno e diventarne parte fino al punto di non vederlo più. Il secondo è rischioso ed esige attenzione e apprendimento continui: cercare e saper riconoscere chi e cosa, in mezzo all'inferno, non è inferno, e farlo durare, e dargli spazio.*