

OPINIONI A CONFRONTO

SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO
E DIFFERIMENTO DELL'ESECUZIONE PENALE

Nota introduttiva di ETTORE RANDAZZO

Ancora una volta è la situazione contingente, e non un approccio strategico, a spingere verso interventi sul sistema sanzionatorio penale. Una contingenza che, per quanto si manifesti soprattutto attraverso il sovraffollamento penitenziario, è data in primo luogo dal modo in cui risulta vissuta oggi la detenzione, nel quale è ben difficile riscontrare i caratteri di un accompagnamento individualizzato che valorizzi la dignità del recluso in vista del reingresso nella società, come vorrebbero le norme in vigore.

Se il sovraffollamento, infatti, è in teoria superabile attraverso (costose) iniziative concernenti le strutture penitenziarie, il problema del contenuto, ma anche del significato, che tale modalità sanzionatoria assume *effettivamente* quando viene eseguita rimane aperto, a prescindere dal numero dei posti-carcere disponibili; come pure rimane aperto l'interrogativo sulla ragionevolezza del ricorso alla detenzione quale pena tuttora pressoché egemone nel momento della condanna e proposta all'immaginario collettivo come una sorta di strumento ontologico del *fare giustizia*.

L'entità della popolazione penitenziaria, peraltro, non costituisce di certo una variabile indipendente rispetto alla funzione che, in modo più o meno esplicito, si assegna in un determinato momento storico al sistema penale. In ogni caso, essa incide sui criteri applicativi reali del ricorso al carcere. E l'indifferenza nei suoi confronti non è ridicibile a una mera disattenzione, deplorabile ma neutrale: segnalando, piuttosto, quanto resti radicato un certo modo d'intendere la pena, nonostante il finalismo reintegrativo che ebbe ad attribuirle il Costituente.

Significativamente, del resto, il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, nel suo *Messaggio alle Camere sulla questione carceraria* dell'8 ottobre 2013, parla dell' "abisso che separa una parte – peraltro di intollerabile ampiezza – della realtà carceraria di oggi dai principi dettati dall'art. 27 della Costituzione".

Non è un caso, dunque, che proprio la presa d'atto delle condizioni di vita umanamente inaccettabili in molti istituti penitenziari (condizioni che rappresentano una vera e propria cartina al tornasole del ruolo realmente svolto dal punire nella

società) abbia aperto un dibattito il quale, muovendo dal quesito sulle scelte necessarie per superare il sovraffollamento, conduce a interrogarsi sull'esigenza di una riforma complessiva del sistema sanzionatorio penale.

Il fatto per cui il problema non può essere eluso è legato al succedersi delle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, dalla sentenza *Sulejmanovic* alla sentenza *Torreggiani*, che costringe l'Italia a modifiche sostanziali delle condizioni inerenti al suddetto sovraffollamento entro il 28 maggio 2014, onde evitare conseguenze molto pesanti: non soltanto sul piano dell'immagine, ma anche dell'accesso dei detenuti a inevitabili risarcimenti.

E il fatto per cui quel problema riveste un rilievo cardine in ordine alla sostenibilità del sistema penale – ancor prima, può dirsi, sul piano etico che su quello dell'adeguatezza, nelle sue forme di manifestazione in concreto, ai principi della Costituzione¹ – emerge, fra l'altro, dalla circostanza del tutto inconsueta per cui esso è stato sollevato, anche formalmente, dalla stessa magistratura di merito: attraverso i noti giudizi di legittimità costituzionale dell'articolo 147 del codice penale promossi dai Tribunali di sorveglianza di Venezia e di Milano, intesi a rendere possibile il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva anche in rapporto al contesto in cui quest'ultima dovrebbe essere eseguita.

Questioni sulle quali è intervenuta la sentenza n. 279/2013 della Corte costituzionale, che ha fatto proprie le ragioni addotte dai rimettenti onde far valere il carattere inaccettabile dall'attuale situazione penitenziaria, pur esprimendosi per l'inammissibilità (sia perché quanto richiesto comporterebbe una mera dilazione temporale non incidente sull'eseguibilità della condanna né sul numero delle condanne da eseguire, e alla quale il condannato potrebbe non avere interesse; sia per la disparità che ne deriverebbe a seconda dei diversi contesti territoriali; sia, soprattutto, perché sono individuabili molteplici provvedimenti di competenza del legislatore idonei a incidere sulla situazione complessiva del sovraffollamento).

La Corte osserva, infatti, come in una situazione di sovraffollamento *strutturale* possa essere impossibile rispondere all'esigenza del condannato di vedere rispettate le condizioni minime di accettabilità della condizione detentiva attraverso provvedimenti «interni» al sistema penitenziario, quali l'assegnazione del recluso ad altre celle o ad altre strutture: e ciò nonostante il carattere *vincolate* di eventuali disposizioni dei magistrati di sorveglianza, finalizzate alla tutela dei diritti di chi è ristretto.

Così che proprio su tale base riconosce «l'effettiva sussistenza del vulnus denunciato dai rimettenti e la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio idoneo

¹ Secondo il già richiamato Messaggio del Presidente della Repubblica, «il principio qualificato [poco sopra] come “dovere costituzionale”», relativo alla «stringente necessità di cambiare profondamente la condizione delle carceri in Italia», «non può che trarre forza da una drammatica motivazione umana e morale ispirata anche a fondamentali principi cristiani».

a garantire la fuoriuscita dal circuito carcerario del detenuto che sia costretto a vivere in condizioni contrarie al senso di umanità»: facendo valere, peraltro, il principio enunciato nella sentenza n. 23/2013 inerente al «rispetto della priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario», e tuttavia precisando – ancora con tale sentenza – che in merito «non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa».

Si pone a questo punto all'attenzione del legislatore e della dottrina una serie di temi ineludibili.

Come valutare, innanzitutto, il processo che ha condotto al progressivo aumento, in questi anni, della popolazione penitenziaria, sia in rapporto alle condanne definitive che alla custodia cautelare in carcere? Vi sono analogie, sebbene non siano stati raggiunti livelli di espansione del ricorso al carcere tanto elevati, con il trend a cui si è assistito in questi ultimi decenni negli Stati Uniti e, comunque, vi sono analogie con gli andamenti della popolazione penitenziaria in altri paesi occidentali?

Ciò premesso, quanto si vorrà perseguire – e si tratta di un'alternativa dirimente – sarà (solo) il superamento delle condizioni tanto spesso inaccettabili della vita in carcere o sarà la diminuzione *sostanziale*, cioè stabile nel tempo, della popolazione penitenziaria?

L'eventuale ricorso, che potrebbe essere necessario prendere in esame, a provvedimenti di amnistia o di indulto, avrà la funzione di eludere il problema dell'adozione di provvedimenti strutturali intesi a ridurre gli ingressi in carcere (magari in attesa di una progressiva dilatazione dei posti-carcere) o potrà essere inserito in una strategia di più largo respiro?

Ove, peraltro, ci si orienti (anche) nella seconda prospettiva, si penserà di operare attraverso una mera dilatazione degli strumenti sospensivi, sostitutivi o alternativi, come tali riferiti pur sempre alla inflizione in sentenza di una pena detentiva, o finalmente potranno darsi le condizioni per procedere a diversificare, non solo in termini minimalisti, il ventaglio delle pene principali: secondo la prospettiva aperta, pur con cautela, dal *Progetto Pisapia* e altresì perseguita, nella seconda parte del 2013, dalla *Commissione Palazzo*, volta a elaborare «proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale» (sebbene le indicazioni formulate da quest'ultima Commissione non siano al momento disponibili)?

In altre parole, sono maturi i tempi per ritenere superata l'idea plurisecolare secondo cui la pena, nel momento della condanna, è chiamata a rappresentare la gravità attribuita al fatto illecito verificatosi (attraverso l'unità di misura omogenea che si sostanzia nella durata temporale della detenzione inflitta), in modo tale che essa possa assumere, invece, i contorni di un *progetto* riferito alla vicenda del reato: un progetto che incida sugli interessi materiali legati al medesimo e sulle posizioni privilegiate che siano state illecitamente sfruttate; che abbia un significato costruttivo – anche in termini di aiuto, quando necessario – per il soggetto cui si riferi-

sce e, in termini riparativi, per il suo rapporto con la vittima e con la società; che apra a forme nuove di gestione del processo (messa alla prova, mediazione penale, osservanza di provvedimenti ingiunzionali, offerta di impegni riparativi, ecc.)?

Da questo punto di vista, la fase che stiamo vivendo potrebbe essere molto stimolante. Per la prima volta da tempo immemorabile (salva la parabola, del tutto superata, del Positivismo), non è all'ordine del giorno solo il modo in cui eseguire le condanne a pena detentiva, ma, forse, il modo stesso in cui rispondere ai reati.

Così da poter attribuire un rilievo tangibile alla stessa corresponsabilità sociale nella genesi della criminalità. E così da poter sperimentare nuove forme di controllo, allo stesso tempo più efficienti e più umane, dei comportamenti pericolosi. Recuperando continuità tra la prevenzione primaria, il sistema degli illeciti amministrativi e l'intervento penale. Rendendo davvero il ricorso alla detenzione *extrema ratio*, peraltro confermandone l'orientamento risocializzativo. E curando di non deflettere, nei percorsi di riforma, rispetto ai capisaldi garantistici.

Possiamo ritenerci in grado (dismesso l'eterno riferimento inerziale ai tempi e ai contesti politici che non lo consentirebbero) di cominciare a ripensare – parafrasando Radbruch – *qualcosa di meglio di questo odierno diritto penale*, che, al di là del sovraffollamento penitenziario, sembra manifestare problemi intrinseci di compatibilità con il prodotto tutto sommato migliore della nostra cultura, vale a dire con il catalogo dei diritti dell'uomo?

CLAUDIA MAZZUCATO

1. Spazio vitale, aria, luce, a volte persino acqua. *Manca di.*

Ecco di cosa stiamo parlando innanzitutto, riferendoci alla situazione penitenziaria italiana.

Spazio minimo vitale, illuminazione e areazione naturali, acqua e disponibilità di docce e servizi igienici adeguati e accessibili: di questo sono private in Italia migliaia di persone, in aggiunta alla privazione della libertà personale che – *sola, da sola* – dovrebbe esaurire il contenuto della pena inflitta dallo Stato nel nome della giustizia (il che – sia detto al momento per inciso – è già, di tutta evidenza, un problema di non poco conto).

E non è – si badi – la denuncia di una ONG “militante”.

È, invece, la drammatica descrizione che emerge dalle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo [Corte EDU, sez. II, *Sulejmanovic /c. Italia*, ricorso n. 22635/03, decisione del 16.07.2009, definitiva il 6.11.2009, su cui, fra altri: P. COMUCCI - D.F. MEDDIS, *Divieto di trattamenti inumani o degradanti e sovraffollamento*, in *questa rivista*, 2009, 449 ss.; L. EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati. Traendo spunto da CEDU 19.07.2009, Sulejmanovic c. Italie*, in

Cass. pen., 2009, 4938 ss.; Corte EDU, sez. II, *Torreggiani et al. /c. Italia*, ricorsi n. 43517/09 e altri, decisione del 8.01.2013, definitiva il 27.05.2013, su cui, fra altri: P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1794 ss.; G. FORTI, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 237 ss.; M. PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 261 ss.], decisioni alle quali fa eco la Corte costituzionale [da ultimo e specificamente dedicata al tema che ci occupa C. cost., sent. 22.11.2013, n. 279, su cui A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, anticipato in *Dir. pen. contemp.*, 9 marzo 2014, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, 6/2013] accanto a pronunce di giudici di merito e di sorveglianza e a infiniti scritti di dottrina [impossibile, qui, darne conto].

È ciò che trapela dalle righe, nientemeno, del *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano sulla questione carceraria* dell'8 ottobre 2013 [L. EUSEBI, *Riformare gli strumenti della prevenzione penale*, in *Dialoghi*, 2013, 13 ss.; D. PULITANÒ, *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Dir. pen. contemp.*, 23 ottobre 2013] e di altri messaggi, quasi coevi, di vari Ministri della Giustizia.

È la triste premessa ai lavori delle Commissioni istituite nell'estate 2013 dal Ministro della Giustizia [*Commissione di studio in tema di interventi in materia penitenziaria*, presieduta dal Prof. Mauro Palma, *Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, presieduta dal Prof. Glauco Giostra; *Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale*, presieduta dal Prof. Francesco Palazzo] e ancor prima è stata la premessa all'attività della *Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza* del Consiglio Superiore della Magistratura [*Sovraffollamento delle carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Quaderni CSM*, n. 160/2013] e della *Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani* del Senato della Repubblica [*Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattamento per migranti in Italia*, 2012, www.senato.it].

È, molto probabilmente, la ragione vera che ha spinto l'Amministrazione penitenziaria a emanare tra il 2012 e il 2014 plurime circolari in tema di «sorveglianza dinamica»: per guadagnare gli spazi comuni dei corridoi e delle sezioni allo spazio *pro capite* di ogni detenuto, ma forse anche per svecchiare, in linea con le *Prison Rules* europee, il nonsense dell'ozio prolungato delle giornate in cella, ozio così ostile alla responsabilizzazione e antitetico all'idea risocializzativa.

È il dato sconvolgente da cui sono scaturiti, addirittura nell'ambito delle prerogative della Protezione civile [d.P.C.M. 13.01.2010], la *Dichiarazione dello stato*

di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale e il successivo Piano carceri del 2010.

È, infine, quanto compare nel preambolo di innumerevoli decreti legge e altrettante leggi (di conversione e non solo) approvati dal 2010 a oggi, nel forsennato – ma tuttora forse infruttuoso – tentativo di «riduzione controllata della popolazione penitenziaria» [d.l. n. 146/2013] o, più esplicitamente, di «contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri» [d.l. n. 211/2011].

Basterebbe, per certi versi, fermarsi qui e prendere sul serio quelle quattro parole con il loro “vitale” portato di «*éléments essentiels d'un environnement humain*» [Corte EDU, *Torreggiani et al. /c. Italia*, § 49]: spazio vitale, aria, luce, acqua. *Bisogno di*.

Non sono neppure in gioco, *ancora*, gli ideali, la democrazia, la civiltà, i principi costituzionali, i vincoli e gli impegni internazionali, le norme programmatiche e precettive, le scelte di politica del diritto e di politica criminale. Né si toccano, *ancora*, le funzioni umane “superiori”: le capacità, l'intelligenza, gli affetti. Si tratta delle *condizioni materiali, basic*, di mera sussistenza in vita, le condizioni necessarie – potremmo dire così – alle «caratteristiche etologiche» dell'animale Uomo: l'espressione è volutamente presa in prestito dal primo comma dell'art. 544-ter del codice penale (del *nostro* codice penale vigente) in tema di «maltrattamento di animali», fattispecie di conio piuttosto recente che meglio si attaglierebbe a un sistema penale tanto evoluto e sofisticato da potersi permettere la tutela giuridica estesa fino agli animali non umani, anziché a un malconcio codice penale quasi centenario, risalente a un'epoca autoritaria, privo ormai di ogni sistematicità interna e tutto fermo ancora sulle pene che incidono sulla libertà personale (si noti, solo *en passant*, che le disposizioni sui delitti contro il sentimento per gli animali introducono, per parte loro, pene di nuovo detentive; si noti poi, sempre *en passant*, che la legislazione di settore concernente lo spazio, la luce, l'aria e l'acqua fruibili dagli animali da allevamento e macellazione pare allo stato dotata di maggiore effettività e *compliance* dell'ordinamento penitenziario stesso [sulla tutela penale degli animali e per un'analisi completa, cfr. S. CASTIGNONE - L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, in *Trattato di biodiritto diretto da Stefano Rodotà - Paolo Zatti*, Milano, 2012; un cenno alla condizione animale si rinviene anche in uno scritto di G. TAMBURINO, all'epoca Capo Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, *Sulla sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 11 ss., 13]).

Il nostro primo *whistle blowing* serve dunque “soltanto” a dare l'allarme su una questione *contingente* “di vita o di morte” per migliaia di detenuti.

Ma occorre subito scavare oltre, in profondità, dove il problema si fa più complesso e il dramma si colora di tinte più fosche: già, perché quegli esseri umani rinchiusi in spazi angusti, bui, soffocanti e aridi si trovano in simili luoghi *a causa*

della giustizia e nel nome della legge (oltre che del popolo italiano), anche se oggi nessuno mette in dubbio che la loro situazione sia illegale per contrarietà non a una circolare ministeriale di dettaglio ma ai dettami della Costituzione, della CEDU e della legge penitenziaria [unanime sul punto anche la dottrina: in termini netti e chiari, *ex multis*, A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 426 ss.; G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 55 ss.; PUGIOTTO].

In sostanza, però, continuiamo a chiamare “giustizia” quelle ingiustizie e a infliggerle quotidianamente con quel preteso scopo. Sono, in vero, crescenti l'imbarazzo e i dubbi deontologici e giuridici di molti magistrati e studiosi, agli occhi dei quali condannare a vivere in quella maniera insopportabile genera comprensibile ripulsa, fino a ipotizzare il delitto di maltrattamenti [GARGANI] o auspicare l'obiezione di coscienza, accanto a meritorie proposte di soluzione tecnico-giuridica risultate però finora non percorribili: si pensi alla tutela risarcitoria a favore di un detenuto da vantarsi nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria riconosciuta nel 2011 dal Tribunale di Sorveglianza di Lecce, poi ritenuto incompetente sulla materia dalla Suprema Corte [Cass. pen., sez. I, sent. 15.01.2013, dep. 20.01.2013, n. 4772, in *Dir. pen. contemp.*, 18 e 20 gennaio 2013, con note di F. VIGANÒ]; si pensi anche all'encomiabile sforzo dei Tribunali di Sorveglianza di Venezia e Milano che hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 cod. pen., sfociata in una sentenza di inammissibilità (n. 279/2013) in cui però la Corte “solidarizza” coi giudici remittenti e non nasconde la propria adesione alle loro ragioni profonde [sull'ordinanza del tribunale veneziano, cfr. F. DELLA CASA, *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione della pena in chiave “anti-overcrowding”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 997 ss.; R. ORLANDI, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale* e G. DODARO, *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 CEDU*, entrambi in *Quaderni cost.*, 2013, 424 ss.].

Sia subito chiaro, quindi, che spazio vitale, luce, aria e acqua adeguati sono solo condizioni *minime* di sostentamento – potremmo dire: di *non-morte* o *non-tortura* –, ma essi sono lungi dal rappresentare condizioni di *vita* in senso pieno, di una vita conforme alla dignità umana, per non parlare di una vita secondo lo stile di giustizia proposto e promosso da una democrazia.

È compito dello Stato che detiene il prigioniero garantire simili standard *minimi* e impedire che la pena diventi tortura: lo rammentano all'unisono il Comitato per la Prevenzione della Tortura e dei Trattamenti disumani e degradanti (CPT), la Corte EDU, la Corte costituzionale e le relative fonti normative. La pena detentiva toglie la libertà, non altro. In particolare, essa non priva della dignità umana.

Nella sentenza Torreggiani, e in generale nella sua costante giurisprudenza, la stessa Corte di Strasburgo [§ 67], anche alla luce delle raccomandazioni del Consiglio d'Europa [R(99)22 *concerning prison overcrowding and prison population inflation*; R(2006)2, *European Prison Rules*] e dei periodici *Rapporti* del CPT, sottolinea con forza che la mancanza dei predetti «elementi essenziali», e nella specie la privazione di spazio, costituisce a certi livelli di gravità, *per ciò solo*, la violazione dell'art. 3 CEDU, ma aggiunge che i trattamenti disumani e degradanti si configurano altresì in presenza di diversi fattori (durata della detenzione, età e condizioni del detenuto, ecc.) e comunque quando vengono meno altri aspetti di «importanza capitale per il benessere dei detenuti» [§ 30], quali le attività trattamentali e la ricchezza di proposte rieducative su cui il sovraffollamento incide in modo nefasto anche ove sia conservato un poco di spazio areato e luminoso. Una popolazione inflazionata sovraccarica le strutture e gli operatori penitenziari e drena le scarse risorse risocializzative, rendendo vano, in sostanza, il senso stesso di un intervento sanzionatorio conforme alla CEDU. Anche gli strumenti giuridici atti ad assicurare ai detenuti l'effettività del rispetto di tali condizioni non inumane rientrano a pieno titolo nello spettro di contenuti di cui all'art. 3 CEDU, vera e propria porta di ingresso di un ampio fascio di posizioni giuridiche attive in capo a persone comunque sottoposte a restrizioni della libertà.

2. Spazio vitale, luce, aria e acqua possono diventare un “cavallo di Troia”, se si pensa di poter sistemare il problema della risposta al reato semplicemente restituendo agli uomini e alle donne reclusi contesti decenti in cui condurre una esistenza fisica meno orribile dell'attuale. Sono inaccettabili, in proposito, le fragili tesi difensive e «negazioniste» [PUGIOTTO] del Governo italiano sia in sede europea che costituzionale, quasi che un'emergenza umanitaria di questa portata potesse essere ridotta a un banale problema organizzativo, superato il quale tutto tornerebbe a posto.

Non basta affatto: stiamo parlando di *giustizia*, non di uscire vivi da un campo di prigionia o di concentramento.

Ne consegue – giova davvero ricordarlo – che non può rappresentare di per sé una soluzione la mera offerta di ambienti spaziosi, celle ampie con illuminazione naturale, congrue zone di passeggio, ecc.: è l'errore semplicistico in cui è caduto il *Piano carceri*, focalizzato sull'ampliamento dei posti disponibili grazie alla costruzione di nuovi istituti o padiglioni e all'ammodernamento di quelli vecchi, e sul potenziamento del personale di controllo: un piano che ha lasciato intatto il sistema penale nella sua anacronistica afflittività e cronica schizofrenia, con buona pace di un legislatore che perpetua politiche repressive per ogni nuovo allarme sociale con gli effetti di criminalizzazione e carcerizzazione descritti in questa *Rubrica* da

Massimo Pavarini. Un legislatore che, messo oggi alle strette dalla Corte europea e rimbrottato dai giudici costituzionali, si affanna tardivamente (e piuttosto maldestramente) a disfare (in parte) la tela che ha tessuto in anni di scelte errate e inerzie colpevoli.

Pur necessaria nell'immediato, ogni iniziativa volta a ripristinare nelle carceri una quotidianità non degradante non sarebbe, insomma, né idonea né sufficiente, da sola, a chiudere la faccenda, e sarebbe anzi, semmai, da giocarsi come pungolo per invocare quella ventata di aria fresca di cui non sono carenti solo le camere di detenzione del nostro Paese.

Simile giudizio di insufficienza, ancorché di immediata necessità, vale, ad avviso di chi scrive, sia per l'eventuale introduzione della cosiddetta «clausola di salvaguardia», atta a «impedire che, in circostanze eccezionali, la esecuzione della sentenza – astrattamente conforme al canone della legalità – divenga, in concreto, difforme da tale canone» [TAMBURINO, 15], che per provvedimenti analoghi a quelli adottati dallo Stato della California a seguito della nota sentenza della Corte suprema *Brown vs. Plata* del 23 marzo 2011 [US Supreme Court, *Brown, Governor of California, et Al. vs. Plata et Al.*, 563 U.S. (2011), in *Quest. Giust.*, 2011, 208 s. con nota di C. SALVI, *La Costituzione non permette questo torto. La Corte Suprema degli Stati Uniti e il sovraffollamento carcerario*, 205 ss.] o alle «liste di attesa penitenziaria» [GIOSTRA, 56] nate per effetto della decisione della Corte costituzionale tedesca dello stesso anno [1 BvR 409/09, 22 febbraio 2011; entrambe le decisioni straniere sono ampiamente richiamate da talune Commissioni sopra citate].

Se è vero, da un lato, che l'attuale emergenza e la cronica illegalità delle condizioni detentive italiane non possono aspettare la riforma del sistema sanzionatorio, tanto insistentemente sollecitata (anche dal Presidente della Repubblica) quanto di là da venire, dall'altro non si può – e non si deve – accontentarsi del “poco” dell'oggi, adagiandosi per l'ennesima volta su rimedi contingenti e spesso rabberciati, fino alla prossima intollerabile congiuntura penitenziaria.

Difficile, quindi, non trovarsi pienamente d'accordo con la nota introduttiva, laddove essa chiama a «interrogarsi sull'esigenza di una riforma complessiva del sistema sanzionatorio penale», vedendo nell'odierno frangente negativo, da superare a ogni costo, l'*assist* politico-culturale utile a stimolare l'importante cambiamento *di fondo* di cui già nella medesima vengono tracciate alcune vie concrete. Difficile, così, anche non condividere il pensiero di chi si adopera non per «l'uscita dal carcere e il non ingresso in carcere perché ci sono pochi posti disponibili, ma perché ci sono soggetti che rispettivamente non debbono rimanerci e non debbono entrarci» [GIOSTRA, 57].

3. È davvero triste, a ben pensarci, che una realtà delicata e complessa come la politica anticrimine, la protezione delle vittime, la risposta al reato e il recupero dei colpevoli cada a precipizio nella brutale semplicità di una giustizia penale pensata, amministrata ed eseguita da tempi immemorabili sotto forma di violenza e di male. Raccogliendo l'invito introduttivo, conviene a questo punto guardare a monte della questione e riconoscere con onestà intellettuale che l'origine del guaio (non solo italiano) sta per l'appunto «in un certo modo d'intendere la pena» [cfr. *Nota introduttiva*, corsivo nostro], un modo – sia detto chiaro –, magari in qualche misura ineludibile, ma di certo violento e sideralmente lontano proprio dai principi e dagli ideali che consentono di distinguere la *giustizia* dal *crimine* che essa vuole condannare.

Che un tribunale di sorveglianza si senta costretto a sollecitare un intervento additivo della Corte costituzionale per avere a disposizione un differimento dell'esecuzione della pena per flagrante “disumanità” fa tremare le vene e i polsi e smaschera il perverso stesso della giustizia. Ma se si osserva il problema da vicino ci si avvede, con altrettanta tremebonda sorpresa, che in un certo qual senso la contrarietà all'umano, il degrado della dignità e la tortura sono separate dalle modalità “legali” di applicazione della pena detentiva da una linea in vero assai sottile, giacché per integrare la violazione dell'art. 3 CEDU non occorre lo stravolgimento degli scopi e delle modalità esecutive della sanzione privativa della libertà: basta qualche “inciampo” organizzativo-strutturale di troppo. Una persona in più, un metro quadro in meno e si cade nell'abominio. Non si vuole affatto sminuire l'assoluta gravità delle circostanze in cui versano imputati e condannati *in vinculis*; al contrario: si desidera portare all'attenzione del lettore l'idea che la natura «strutturale» del problema non dipenda solo dal deplorabile contesto penitenziario contingente, bensì da un pericolo “strutturale”, appunto, situato alla fonte: l'intrinseca rischiosità, per la dignità umana, di qualsivoglia reazione afflittiva in-carcerante.

Una sottile linea rossa divide la tortura dal carcere (o da altro luogo di isolamento coercitivo). Un fossato meno angusto (ancorché non invalicabile, sia ben chiaro) divide invece le sanzioni non detentive (specialmente “positive”: messa alla prova e attività riparative *in primis*) dalla disumanità (un dovere, come si dirà oltre, è tener d'occhio *anche in questi casi* le garanzie costituzionali associate “al penale” [vds. *infra*, § 7]).

L'intimo e atavico legame tra diritto e violenza, che pare messo da parte nei luminosi atti normativi “promozionali” dei diritti umani, è dato invece per scontato, e mai veramente scalfito, nell'oscuro terreno della giustizia penale, specialmente nella sua declinazione normativa e pratica. Lo dà un po' per scontato la stessa Corte EDU, quando afferma, con espressioni non inedite neppure alla giurisprudenza costituzionale, che la pena consiste “solo” nella privazione della libertà e che, quindi,

«c'è un livello *inevitabile* di *sofferenza inerente* alla *detenzione*», livello in sé non illegittimo purché abbia una sorta di “esclusività”, non potendo abbinarsi alla perdita *aggiuntiva* di (*altri*) «diritti garantiti dalla Convenzione». E non si può fare a meno di rimarcare che anche 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*» [così PUGIOTTO, 4, citando l'art. 1 Conv. ONU contro la tortura, 1984].

Ecco il punto decisivo su cui molto ancora deve essere fatto in termini di elaborazione filosofico-giuridica, per non dire culturale: spezzare l'antico nesso tra diritto/giustizia e violenza, anche a costo di rivedere l'intera promessa politica dello Stato moderno, ampiamente tributaria di quel terribile binomio [sul punto ha scritto pagine importanti A. CERETTI di cui, da ultimo e con L. NATALI, *Cosmologie violente. Percorsi di vite criminali*, Milano, 2009, 28-47; cfr. anche, per proposte costruttive, A. CERETTI - R. CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, 2013].

Non si tratta più soltanto di ripensare gli *strumenti* e le *tipologie* sanzionatori, cosa difficile da realizzare in concreto ma in fin dei conti accettata – *rectius*: assodata – almeno a certi livelli istituzionali e scientifici: lo dimostrano gli orientamenti politico-criminali che emergono dalle raccomandazioni del Consiglio d'Europa, l'attenzione della Corte costituzionale, le prese di posizione nette del Capo dello Stato, la singolare armonia di vedute nei risultati delle Commissioni recentemente licenziati, il coro quasi unanime che si leva dai molti e autorevoli studiosi che si sono cimentati con il problema dell'*overcrowding* penitenziario.

Si tratta, a nostro modo di vedere, di fare un *passo ulteriore* e ripensare del tutto, in termini razionali, coerenti e coraggiosamente innovativi i *modelli* stessi del “fare giustizia”, tentando sul serio una ardita, ma ineludibile, fedeltà all'idea che la giustizia – inclusa la giustizia con il compito più difficile, cioè la giustizia penale – non possa coincidere con un male da subire e patire e dal quale, dunque, difendersi, anche a prezzo del mendacio, del silenzio e della neutralizzazione delle responsabilità e del danno arrecato alle persone offese. Salvo finire rinchiusi, una volta condannati in via definitiva, dentro una gabbia (carceraria o domiciliare che sia), in cui – forti di quello scopo di giustizia – magistrati, educatori e assistenti sociali si attendono che non ci si difenda più, non si menta o taccia più, e anzi si partecipi attivamente e volontariamente alla “riflessione critica sul reato” e al programma (teoricamente) individualizzato di trattamento rieducativo destinato a ricucire (dietro le sbarre o nell'isolamento dal mondo) legami sociali significativi e una migliore vita di relazione.

La pena eseguita in molte celle italiane è tortura, perché inumana, ed è illegale. Prendendo le mosse dal medesimo ragionamento e osando oltre, potremmo azzardare che la pena consistente nella deliberata (e inutile) inflizione di sofferenza e

nella ritorsione del male non è giustizia (ancorché non sia – ancora, “sottilmente”, – tortura). E allora neppure questa è poi, forse, una pena davvero “legale”. Tanto è vero che essa non è in grado di assolvere al finalismo rieducativo imposto dalla Costituzione, né a scopi di prevenzione generale.

Se la giustizia è un valore positivo per la società e se l’ordinamento giuridico di una democrazia ne fa la propria cartina di tornasole essa non può, non può più, diventare un *inferno*, per riprendere l’efficacissimo titolo di un’opera appena pubblicata negli Stati Uniti, il cui autore si domanda come è stato possibile trasformare il sistema sanzionatorio americano in un girone dantesco in cui regnano la violenza, la paura, la crudeltà, l’orrore, la solitudine, l’abbruttimento [R.A. FERGUSON, *Inferno. An Anatomy of American Punishment*, Cambridge (MA), 2014].

Il grado di “inaccettabilità” giuridica e sociale di un dolore *aggiunto*, provocato dalla e per la giustizia, misura la capacità di tradurre nel “piano basso” della concretezza i principi che stanno nei “piani alti” delle convenzioni internazionali e della Carta fondamentale e nei “piani altissimi” dei nostri ideali di civiltà.

Se privare della libertà personale rimane in fin dei conti *giusto*, se dunque la legittimità della pena sta nel togliere *niente più* della libertà (ma è pur sempre eticamente, giuridicamente e politicamente accettabile privare *della libertà*), ne consegue che questo «certo modo d’intendere la pena» rimane il perno del sistema sanzionatorio, ancorché dichiaratamente relegato nei presunti limiti di una declamatoria *extrema ratio*.

Legittimando, in sostanza, la detenzione – con le sue dosi «inevitabili», e a quel punto “accettabili”, di sofferenza – si delegittimano e indeboliscono, fin dalla concezione teorica, per molti versi, gli *altri* strumenti sanzionatori, pur raccomandati da più parti. Questi diventano un *meno* rispetto al *più* della pena detentiva e finiscono così per rivestire ruoli sempre di fatto marginali, cioè sussidiari, rispetto alla “pena regina”. Se l’idea di pena continuerà, in ultima analisi, a essere saldamente associata al dolore e al male, la pena detentiva sarà l’unità di misura dell’intero apparato sanzionatorio, anche ove riuscisse a perdere la propria centralità sistematica o applicativa.

Solo delegittimando la pena come “doppio” del reato, come mimesi del reato, come male, come violenza, come controllo coattivo esterno, come dolore necessario, come sofferenza inflitta (cioè sofferenza *aggiunta* al “male” comunque derivante dal reato anche in chi lo perpetra) si scredita la “giustizia della detenzione”, con la conseguenza che le sanzioni principali non privative della libertà (soprattutto se di tipo “positivo”, giocate su un *facere*, anziché un *pati*) assurgeranno immediatamente a “pene regine”, rintuzzando la reclusione nell’alveo di una reale sussidiarietà [L. EUSEBI, di cui da ultimo: *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1307 ss. e ID., *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l’ordinamento giuridico?*, in *questa rivista*,

2011, 637 ss.; cfr. inoltre M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.]. L'arcaico carcere, sempre "negativo" (anche nelle sue recentissime declinazioni *soft* della carcerazione al domicilio), residuerebbe così, davvero, quale strumento di ultimo ricorso quando proprio, per ragioni da motivare caso per caso, non si può fare altro che servirsi di questo mezzo violento: estrema, e comunque consapevolmente "crudele", necessità.

Un ordinamento penale che volesse tenersi alla larga dal rischio di scadere nella tortura e nell'illegalità e che ambisse a rimarcare una differenza *percepibile* tra giustizia e crimine dovrebbe non consentire mai automatismi applicativi della carcerazione (inclusa, per certi versi, la forma meno drammatica eseguita in un luogo di privata dimora): ha ragioni da vendere il sostenitore della tesi, assai persuasiva, secondo cui «quando il legislatore stabilisce presunzioni assolute di necessità del carcere, sia come cautela che come pena, fatalmente pretende, o quanto meno accetta, che stia in carcere anche chi non dovrebbe esserci» [GIOSTRA, 58].

4. Messo a fuoco che non può applicarsi l'appellativo di giustizia a una reazione al male del reato che ne sia una replica, e chiarito che il fulcro dell'apparato sanzionatorio dovrebbero essere sanzioni positive che non privino tendenzialmente della libertà e non generino deliberato dolore, occorre completare il quadro, precisando che un modello penale siffatto esige che al centro del sistema non vi siano le pene (ancorché miti, positive, da eseguirsi nella libertà) bensì i precetti penali con le specifiche, interessanti, politiche di orientamento culturale e prevenzione mediante consenso che portano con sé. Il baricentro della giustizia, anche a valle del fatto criminoso, è e resta il precetto, il quale invoca un dinamismo nella risposta all'offesa, cioè una *responsive regulation* di stampo penalistico [J. BRAITHWAITE, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, New York, 2002; I. AYRES - J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, New York, 1992].

In un modello dinamico "responsivo", come è noto, anche la pena non detentiva è "satellite" in un "sistema solare" di diritto che ruota attorno alla costante promozione della conformità alla norma, grazie a un'incessante interlocuzione del precetto con i suoi destinatari, inclusi i trasgressori cui la norma non smette di rivolgersi auspicando il loro (pur tardivo) consenso. Il "sole" del sistema è dunque la regola (penale) di comportamento, con il bene giuridico che intende proteggere e con le significative «ragioni extrapenali» della sua spontanea «osservanza»: studi di ambito filosofico illustrano, infatti, che il «richiamo» del precetto sollecita una certa «ricettività» che si potrebbe definire «emozionalmente condizionata» la quale favorisce il rispetto "per convinzione" della norma [G. FORTI, *Le ragioni extrapenali*

dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1108 ss.].

Così congegnata, la giustizia (penale) assume forme “creative” e “movimentate” in cui è sempre possibile – e anzi è continuamente atteso e promosso – il “rientro” volontario nella legalità, mediante condotte conformative e/o riparative che questo tipo di ordinamenti è in grado di valorizzare e che tengono il luogo della pena con effetti generalmente estintivi del reato, anche grazie a un sapiente ricorso alle categorie della non punibilità o a istituti di definizione anticipata del procedimento penale.

5. Torniamo a noi, alle nostre carceri disumane, alla quotidiana tortura di migliaia di camere di detenzione, al Codice Rocco ancora vigente con il suo doppio binario [stendiamo un velo pietoso sulle vicende concernenti le misure di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario e della casa di cura e di custodia il cui promesso «definitivo superamento», poi divenuto annuncio di una più chiara «chiusura», nato sotto l'effetto dell'indignazione provocata dall'orrendo scenario apertosi davanti agli occhi dei membri della *Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale* e non privo di problemi, è slittato ancora per effetto del d.l. 31 marzo 2014, n. 52, convertito, con modificazioni, nella legge 30 maggio 2014, n. 81].

Che cosa ha saputo raccogliere il legislatore italiano dal grido di condanna, esasperazione, rabbia e dolore che in questi mesi si è levato dai detenuti, dal Presidente della Repubblica, dalla Corte EDU, dalla Corte costituzionale, dalla magistratura ordinaria e di sorveglianza, dall'Unione delle Camere penali italiane, dagli studiosi [cfr., per es., gli interventi del convegno fiorentino 2012 dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale raccolti in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2013] e da ampie parti della società civile? Che cosa ha saputo coltivare della ricca messe di stimoli, incitamenti, appelli e proposte giunti da tutte le parti? La montagna forse ha partorito il proverbiale topolino?

Non si contano i provvedimenti «svuota-carceri» approvati dal 2010 a oggi: a partire, cioè, dalla l. 26 novembre 2010, n. 199, sull'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a dodici mesi (innalzati poi a diciotto per effetto della l. 17 febbraio 2012, n. 9 di conversione di un decreto legge), fino alla l. 21 febbraio 2014, n. 10 [di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, recante misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria], per giungere al varo definitivo, il 2 aprile 2014, di una legge (un po') più organica in materia di pene (principali) non carcerarie – ma pur sempre *detentive* – e messa alla prova [legge 28 aprile 2014, n. 67, *Deleghe al Governo in materia di pene detenti-*

ve non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili, pubblicata in G.U. 2/05/2014, n. 100].

La scadenza del termine fissato dalla Corte EDU con l'*arrêt pilote Torreggiani et al. /c. Italie* (28 maggio 2014) è comunque prossima e, davanti ai problemi che paiono in gran parte irrisolti, saranno forse necessarie nell'immediato ulteriori decisioni non semplici. Né saranno sufficienti i prevedibili effetti "collaterali" sul sistema penitenziario della pronuncia di illegittimità costituzionale di norme "strategiche" della legge "Fini-Giovanardi" in materia di stupefacenti, con il ritorno a una significativa differenziazione sanzionatoria tra le condotte illecite relative a "droghe leggere" e "pesanti" [C. cost., sent. 12 febbraio 2014, n. 32].

Decreti legge, leggi di conversione, leggi ordinarie, da ultimo anche una doppia legge delega: verrebbe la tentazione di elencarli tutti (risparmieremo al lettore simile pena accessoria). La fastidiosa lettura di questo "mucchio" di disposizioni per lo più emergenziali, non solo «puntiformi ma addirittura aritmetiche» [F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Dir. pen. contemp.*, 10 febbraio 2014, 1], sarebbe per ciò solo istruttiva di un clima abitato certo da uno sforzo, volto però massimamente a produrre effetti deflattivi e a risolvere un *problema* più che al *cambiamento* di una cultura e di una politica del diritto penale (le uniche, queste ultime, davvero capaci di risolvere *anche* il problema).

Del resto, non si può dimenticare che tanto attivismo normativo in materia penale lo si è visto in passato solo in senso diametralmente opposto, punitivo, con gli effetti disastrosi cui adesso bisogna porre rimedio: ci si riferisce alle politiche securitarie repressive (e regressive), alla teoria di pacchetti-sicurezza susseguitisi puntualmente con cadenza quasi annuale e alla modifica di leggi, quali i testi unici in materia migratoria e sugli stupefacenti, che tanto influiscono sulla popolazione penitenziaria, tuttora composta, in prevalenza, dagli *ultimi*, dagli *outsider* sociali. Del resto, non si può nemmeno trascurare che simile attivismo è frutto oggi non di un *pensiero* politico di civiltà – risorsa assai scarsa, parrebbe –, bensì dell'effetto "deterrente" di un *diktat* della Corte europea presidiato da conseguenze stringenti per lo Stato. La cosa è francamente sconsolante e a chi scrive pesa dover ammettere che, talvolta, anche la minaccia di una sanzione sortisce qualche effetto (non ottimale, peraltro, come si vede dalla qualità delle norme emanate, dagli effetti che esse hanno sugli uffici giudiziari e dalla loro inadeguatezza nel riparare davvero ai danni del sovraffollamento).

Come sarebbe stato più bello e civile svuotare le carceri perché si è meditato sulla loro inutilità (in moltissimi casi) e brutalità, perché si è riflettuto sul significato e la portata del sistema penale alla luce della Costituzione, perché si è *voluta* abbandonare un codice autoritario e anacronistico. Pochi temi, oltre a quello che ci

occupa, tessono insieme l'aspetto pratico, quotidiano e concreto, con il piano teorico, generale e di principio; pochi temi rappresentano un viaggio al centro della democrazia e della giustizia: perché insieme al destino di migliaia di Sulejmanovic e Torreggiani, la partita si gioca lì, su quelle due portanti, e lì si edificano le reali soluzioni.

È importante ricordare, comunque, accanto alle norme vigenti il prezioso lavoro "di indirizzo" delle Commissioni istituite a giugno e luglio 2013, le quali hanno presentato i frutti delle loro attività propositive: esse tracciano interessanti linee evolutive che vanno ad aggiungersi al quadro innovatore disegnato, a loro volta, dalle ultime Commissioni per la riforma del codice penale e, *in primis*, dalla Commissione Pisapia.

6. Nella sintesi cui ci obbligano i confini di questo scritto riguardo alle ultime novità legislative, è forse utile sostare sui profili di maggior rilievo per le presenti riflessioni, trascurando gli aspetti processuali relativi ai meccanismi applicativi della custodia cautelare per contenere *ab origine* l'ingresso in carcere e la questione della tutela dei diritti dei detenuti (inclusa l'istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale), temi importantissimi che ci sviano però dal terreno dello stretto sistema sanzionatorio. D'altro canto, poco si potrà dire in questa sede anche degli articolati contenuti della l. n. 67/2014.

Il principale nucleo di considerazioni che vogliamo svolgere concerne la constatazione che né i provvedimenti «sfolla-carceri», né la neo-approvata legge delega in materia di «pene detentive non carcerarie» toccano il nocciolo del problema, cioè la centralità della privazione della libertà personale come strumento principe e ordinario di risposta al reato, cioè come "essenza" e contenuto della pena.

I primi, infatti, hanno introdotto soprattutto modifiche all'ordinamento penitenziario le quali hanno investito le misure *alternative* alla (*regola della*) detenzione, a fianco di un ampliamento delle possibilità del lavoro all'esterno mediante la novità dell'ammissione «di norma» di detenuti e internati ad «attività a titolo volontario e gratuito» che tengano «conto anche delle loro specifiche professionalità e attitudini lavorative» e siano eseguite nell'ambito di «progetti di pubblica utilità in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane, le unioni di comuni, le aziende sanitarie locali o presso enti o organizzazioni, anche internazionali, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato» (art. 21, comma 4-*ter*, Ord. penit.). La detenzione domiciliare, l'esecuzione della pena al domicilio e la liberazione anticipata sono stati di fatto gli snodi cruciali su cui si è scelto di investire (accanto allo stratagemma dello spazio fisico "guadagnato" con l'ammissione dei "ristretti" ad attività extramurarie socialmente utili e gratuite).

La l. n. 67/2014, nella prima delle due parti concernenti le deleghe al Governo [Capo I, art. 1], si spinge a prevedere la reclusione e l'arresto domiciliari come pene principali, così da evitare (in linea teorica) oltre al contatto con il carcere anche il relativo stigma e le ben note conseguenze criminogenetiche [sulle pene domiciliari, cfr. F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2013, 97 ss., con considerazioni di perdurante attualità pur se riferite al d.d.l. C 5019, presentato alla Camera dei Deputati dall'allora Ministro della Giustizia nel 2012 sulla spinta dell'incresciosa situazione delle carceri].

La *detenzione*, pur al domicilio, rimane «l'asse portante» anche nella nuova legge [PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni*, 4]. D'altra parte, la stessa titolazione («pene *detentive* non carcerarie») e il *nomen* delle sanzioni, identico a quello delle corrispondenti pene carcerarie («reclusione» e «arresto»), tradiscono la decisività della privazione della libertà che può, fra l'altro, tornare a essere penitenziaria in senso stretto: l'art. 1, comma 1, lett. *f*), dispone infatti la facoltà per il giudice di «ripristinare» «le pene della reclusione e dell'arresto *in carcere*» nelle ipotesi ivi descritte, fra cui sinistramente compare il caso in cui «non risulti disponibile un domicilio idoneo ad assicurare la *custodia* del condannato». Una scelta di assai dubbia costituzionalità, quest'ultima, poiché foriera di gravi discriminazioni e di un'intensificazione del regime detentivo non giustificata da ragioni di pericolosità del condannato. Il tema è stato affrontato, con ben altra sensibilità e attenzione costituzionale, in seno alla Commissione Palazzo dove si è ipotizzata, almeno in prospettiva di medio-lungo termine, l'istituzione di provvidenziali «luoghi di dimora sociale» per questa specifica evenienza.

Il ricorso alla «sostituzione» [«prevedere che il giudice *sostituisca*...»: art. 1, comma 1, lett. *f*)] denuncia, poi, una «intercambiabilità» tra pene principali che, in quanto tali, dovrebbero essere ben disinte (qui l'intercambiabilità, fra l'altro, va addirittura in senso inverso al *favor rei*). La cosa è tecnicamente pasticciata, perché siamo appunto di fronte a specie sanzionatorie diverse [«prevedere che le pene principali siano l'ergastolo, la reclusione, la reclusione domiciliare e l'arresto domiciliare»: art. 1, comma 1, lett. *a*)] e la norma non prevede alcuna comminatoria alternativa. La scelta mostra – ecco il punto cruciale – il «carattere *sospensivo*, mai definitivo» delle pene domiciliari anche ove finalmente presentate come *principali* e non come *alternative* [PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio*, 99, corsivo nostro]. Insomma: da un lato, la detenzione continua ad assorbire *tout court* il contenuto della risposta penale e, dall'altro, il carcere conserva il suo ruolo di baricentro. Quel che pareva uscito, in qualche caso, dalla porta – il fatto che la pena principale sia solo carceraria – rientra dalla finestra. La stessa locuzione «pene detentive non carcerarie» «dice» la verità, ma ha un che di stonato e di disturbante su cui un filosofo del linguaggio o un linguista avrebbero molto da discutere.

Molti dubbi, inoltre, suscita ai nostri occhi la previsione di cui alla lett. *i*) del citato art. 1, comma 1, della delega legislativa, laddove si dispone che «il giudice, sentiti l'imputato e il pubblico ministero, possa applicare *anche* la sanzione del lavoro di pubblica utilità» alle pene *detentive* domiciliari [sul lavoro di pubblica utilità torneremo, discutendo della messa alla prova: *infra*, § 7]. Per come sommariamente formulato, il «criterio direttivo» (qui non si tratta di un «principio») si espone, a nostro modo di vedere, a gravi rilievi che, se non corretti in sede di stesura del decreto legislativo, mineranno la costituzionalità della norma finale [dovrebbe essere il Parlamento, per primo, a fornire al Governo criteri direttivi costituzionalmente vincolati in un ambito, per giunta, così delicato in cui va di mezzo la libertà personale]. Il termine «sanzione» applicato al lavoro di pubblica utilità è, in questa sede, assai eloquente. Stando a quanto si legge nella lett. *i*), si potrebbe verificare un'intensificazione delle pene della reclusione e dell'arresto domiciliari discrezionalmente guidata dal giudice. L'essere tale *aggiuntiva* «sanzione» svincolata da qualsivoglia riferimento espresso a esigenze rieducative da accertare (e motivare) in concreto parla da sola circa i fini che le si vogliono attribuire, e rincara il giudizio di dubbia compatibilità costituzionale. Si dà vita, in fin dei conti, a una sorta di *bis in idem* punitivo, affidato al giudice, in spregio alla certezza legale delle conseguenze sanzionatorie derivanti dal reato, anche per via del contenuto «aperto» del lavoro gratuito stesso. Se ciò potrebbe avere qualche (minimo e fragile) fondamento comprensibile nel caso descritto all'art. 1, comma 1, lett. *c*) – cioè nel caso in cui il giudice, valutati gli indici di commisurazione della pena, stabilisca di «derubricare» la reclusione in carcere convertendola nella più favorevole reclusione domiciliare da associarsi, eventualmente, appunto, al *quid pluris* del lavoro gratuito –, l'indicazione di delega è del tutto incomprensibile e inaccettabile, invece, per l'ipotesi descritta alla lett. *b*), con la quale si introducono – come *autonome* pene principali – le (sole) sanzioni (*detentive*) non carcerarie: dell'ulteriore inasprimento *giudiziale* «in bianco», mediante l'attività lavorativa socialmente utile, non si capisce qui davvero la *ratio*, se non per un malcelato intento di sterile repressività fine a se stessa, proprio nel momento di un'apertura a qualcosa d'altro – e sperabilmente di meglio – del carcere. Ma vi è di più: il criterio di delega tace assai problematicamente, altresì, su un requisito indispensabile: il consenso del condannato (o al limite la sua non opposizione). In mancanza di un chiarimento normativo al riguardo (stante l'insufficienza di quel «sentit[o] l'imputato»), il soggetto si vedrebbe *forzato* a un lavoro socialmente utile, fra l'altro gratuito e poco tassativamente definito, oltre alla privazione della libertà (anche se in un luogo di privata dimora, anziché in carcere): una situazione francamente inquietante in cui non incorre neppure il detenuto in carcere; una situazione, che si pone, a ben guardare, in contraddizione con la natura «non afflittiva» del lavoro *penitenziario* stesso [art. 21, comma 2, Ord. penit.]. Ma, a dire la verità, per come malamente tratteggiata nella legge de-

lega, la disciplina rende difficile immaginare un'altra chiave di lettura, se non quella coercitivo-forzata, con cui risolvere la mancata adesione dell'interessato all'attività lavorativa gratuita, visto che si tratta qui della configurazione di pene principali "non negoziabili" da e con il reo, e non di benefici cui l'interessato possa rinunciare in caso di indisponibilità a prestare il lavoro di utilità sociale.

Si annuncia un quadro che non promette bene in ordine al rispetto dello stesso art. 3 CEDU: la linea rossa che disgiunge la coercizione dal pregiudizio alla dignità umana si fa davvero fragile, nonostante il contenimento della carcerazione e la patina di intento "umanitario" e "umanizzante" dal quale la l. n. 67/2014 vorrebbe muovere. Quel che è peggio è che, pur in piena emergenza-carceri, il clima culturale che ha accolto la proposizione, nel 2012, del d.d.l. C 5019 (da cui con alterne vicissitudini parlamentari è nata la legge in commento) non è stato favorevole: «un'opposizione politica che brandiva l'argomento della clemenza generale mascherata» ha di gran lunga frenato le istanze di rinnovamento [PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio*, 105].

Si vuole deflazionare la popolazione penitenziaria senza cambiare la natura punitiva del sistema. Le mai sopite logiche paternalistico-retributive vengono facilmente in soccorso in simili frangenti: li manderemo meno in carcere (così faremo contenta la Corte EDU e ci metteremo al riparo dalle sue pesanti reazioni), ma li chiuderemo comunque – la società ha da star tranquilla in proposito – e, anzi, imporremo loro di fare anche i lavori socialmente utili. E non perché sono "utili" alla (ri)socializzazione, ma perché, si sa, i colpevoli devono pur restituire qualcosa alla società che hanno offeso. Essi hanno, in sostanza, sempre qualcosa da pagare. Dentro e fuori dal carcere.

Un'accoglienza positiva occorre invece, in conclusione, riservare alla previsione, pure contenuta nella prima delega, di una nuova causa di non punibilità ove risulti, insieme ad altri requisiti, la «particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento» [art. 1, comma 1, lett. m)].

7. Innovativa e interessante, a fianco della non-novità della depenalizzazione (ma è meglio che niente!) e della detenzione al domicilio, è l'apertura della l. n. 67/2014 (Capo II) alla messa alla prova per adulti, non oggetto di delega e, quindi, di immediata applicazione con l'entrata in vigore della legge [per una prima lettura dell'istituto, cfr. M. MIEDICO, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in *Dir. pen. contemp.*, 14 aprile 2014; altri commenti all'istituto, risalenti ai disegni di legge originari, sono quelli di F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel senso della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2013, 7 ss.; F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospen-*

sione del procedimento con messa alla prova, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1300 ss.].

Sul piano del messaggio culturale, si tratta in vero di una svolta non trascurabile nel settore della giustizia per adulti, una svolta da salutare con favore perché l'istituto, sospensivo del procedimento penale, ha effetti estintivi del reato associati, almeno in linea di principio, a percorsi risocializzanti, intrisi anche di contenuti riparativi. È una (prima?) crepa nel cemento armato di schemi sanzionatori monolitici: è già qualcosa.

La messa alla prova per imputati maggiorenni, con la sua dose di “responsività”, è pertanto benvenuta: si tratta semmai di valutarne con estrema attenzione, dopo un esame più meditato, l'effettiva portata e le concrete conseguenze sul sistema penale nel senso di un suo reale allineamento complessivo ai principi additati dalla Costituzione. Infatti, a differenza dell'analogo misura minorile – applicabile, come noto, a tutti indistintamente i reati (inclusi quelli gravissimi) – la versione per i maggiorenni è limitata a uno specifico novero di reati «puniti con la sola pena *edit-tale* pecuniaria o con la pena *edit-tale* detentiva non superiore *al massimo* a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'art. 550 del codice di procedura penale» [art. 168-*bis*, comma 1, cod. pen.]. La qualità politico-criminale dell'istituto minorile, che lo rende positivamente rivoluzionario rispetto al tradizionale approccio sanzionatorio, è la rottura del meccanismo gravità del reato/gravità della reazione penale, rottura ragionevole e non pericolosa perché saldamente connessa alla significatività di un percorso di impegno *attivo* e *responsabilizzante* nella direzione richiesta dal reinserimento sociale. E' comprensibile che, con gli adulti, il legislatore non si sia spinto a tanto, ma forse l'eccessiva prudenza ha smorzato un po' troppo la quintessenza della misura che si è voluto introdurre.

Senza qui poter dare un giudizio compiuto (che sarebbe prematuro per una legge appena pubblicata) e senza entrare nel dettaglio delle complesse scelte operate (che richiederebbero ben altro spazio), la sensazione di primo impatto è nel senso di una scelta legislativa “timida”, in cui il legislatore ha inteso, sì, accostarsi a un'inedita soluzione, ma si è poi intimorito del proprio coraggio e, preso da simile (ingiustificato) timore, ha corredato la novità di una serie di zavorre che ne depotenziano precisamente il carattere *attivo* e *responsabilizzante* (e – aggiungiamo – deflattivo), nonché l'ispirazione riparativa conforme ai dettami internazionali [i quali – sia ricordato per l'ennesima volta – *esigono* la *volontarietà* delle condotte conformative e di riparazione all'interno di una essenziale dimensione *dialogica*, non coercitiva; per non parlare, ovviamente, della più assoluta, rigorosa, *libertà* di partecipazione (per tutte le parti) ai programmi di giustizia riparativa in senso stretto, inclusa la mediazione a cui fra poco si tornerà a far cenno].

La messa alla prova disegnata dalla l. n. 67/2014 parla dunque di un controllo formale *esterno* piuttosto forte (se non molto forte) sul soggetto, anziché di un controllo *interno* (o *autocontrollo*), il quale rappresenta invece il caposaldo di efficacia preventiva dello strumento. Si dimentica, cioè, che ogni ingrediente *coattivo* è nemico della responsabilizzazione e che la messa alla prova più efficace (e meglio riuscita) non è quella che assomiglia a una libertà vigilata o in cui il beneficiario è caricato di obblighi imposti *ad extra*, bensì quella in cui l'interessato *si assume* impegni significativi nell'ambito del programma individualizzato ("responsivo") di rientro nella legalità, programma vissuto *ab initio* a contatto con una società disponibile all'accoglienza e, potremmo dire, alla rieducazione per il tramite di legami non interrotti e anzi sollecitati e promossi. D'altra parte, è questa – e non altra – la ragione dell'affidamento della persona al *servizio sociale* e non all'autorità di polizia. Il servizio sociale è, nel caso di specie, l'Ufficio dell'Esecuzione penale esterna a cui l'ordinamento, «nel corso del trattamento in ambiente esterno», attribuisce un compito significativamente «caratterizzat[o]» «da un controllo [...] sul comportamento del soggetto che costituisca al tempo stesso un *aiuto* [...]» e, soprattutto, «dall'offerta al soggetto di sperimentare un rapporto con l'autorità basato sulla *fiducia* nella capacità della persona di recuperare il controllo del proprio comportamento *senza interventi di carattere repressivo*» [art. 118, comma 7, rispettivamente lett. c) e a), Reg. esec. Ord. penit., d.P.R. n. 230/2000 e succ. modif.].

Tra le impressioni iniziali, "a caldo", più di una perplessità è in particolare suscitata in chi scrive, ancora una volta, dal ruolo di inasprimento della misura giocata dal lavoro di pubblica utilità. Esso diventa, in sostanza, un "obbligo" incluso in via automatica nel "pacchetto" della prova, senza che la legge richieda alcuna valutazione di specifiche esigenze rieducative che lo motivino, e dunque giustificino: anzi, queste ultime assolvono soltanto una funzione di limite, e non di fondamento, dell'attività lavorativa gratuita, la quale non può pregiudicare (e ci mancherebbe altro!) le «esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato» (art. 168-*bis*, comma 3, cod. pen.). Il lavoro gratuito diviene, nei fatti, *obbligatorio*, tanto che la concessione della misura è «subordinata» a tale prestazione e il rifiuto di svolgerlo è motivo "secco" di revoca della stessa. Fino a oggi [e fatto salvo quanto detto *supra* al § 6], l'attività lavorativa gratuita era sempre stata legislativamente corredata dall'inciso «col consenso di» o «a richiesta di»: è pur vero che la messa alla prova è *richiesta* dall'interessato, la cui positiva adesione deve essere data espressamente, ma non si può negare, appunto, che acconsentire alla prova significa necessariamente accettare *d'emblée* anche il lavoro socialmente utile, il quale appare, di fatto, alla stregua di una *prescrizione* normativamente imposta e trattata dal legislatore con un'attenzione (afflittiva?) particolare e ulteriore rispetto agli altri contenuti del programma di prova. La sospensione del procedimento con messa alla prova include, quindi, *ex lege* – sia detto con parole forti – la *pena* del lavoro di

pubblica utilità cui si sottopone un soggetto non (ancora) giudicato colpevole (anche se necessariamente già “accertato” tale): un risultato, questo, da vagliare con rigore, anche alla luce del novero di reati di cui al nuovo art. 168-*bis* cod. pen., per verificare se non vi si celi una sostanziale e irragionevole severità, se non proprio una disparità, rispetto, per esempio, alle fattispecie che (già) possono beneficiare del (solo) lavoro di pubblica utilità come pena principale (art. 54 d.lgs. n. 274/2000 sulla competenza penale del giudice di pace) o come sanzione sostitutiva (per es. nell’ambito di taluni illeciti in materia di circolazione stradale). Vi è infatti chi, nel commento ai disegni di legge antesignani del Capo II della l. n. 67, non ha mancato di osservare che «il rito speciale di nuovo conio si presenterebbe come l’applicazione di una vera e propria sanzione sostitutiva di tipo prescrittivo (il lavoro di pubblica utilità) [...] tutta scontata, sotto le mentite spoglie della “messa alla prova”, in sede processuale anziché esecutiva», con l’aggiunta dell’obbligo di osservare altre prescrizioni del tutto simili a quelle imposte «a varie tipologie di condannati in espiazione di pena» [CAPRIOLI, 9-10].

Sull’“utilità sociale”, per la collettività e ancora prima per la risocializzazione del condannato, del lavoro di pubblica utilità (si scusi il gioco di parole) molto ci sarebbe da dire alla luce dell’esperienza degli ultimi anni, senza con ciò screditare uno strumento che, se correttamente inteso e ben applicato, può rivelarsi una risorsa molto intelligente e preziosa. Il problema è che troppo spesso tale strumento ha finito, da un lato, per cadere in un marasma organizzativo deplorabile che ne ha svuotato la serietà e il significato, e dall’altro per colorarsi – come pare accadere in ordine a questa messa alla prova e alla pene domiciliari di cui alla legge delega – di una sorta di paternalismo socio-riparativo, spesso frutto di emotività. Si pensi, tanto per fare un esempio, alla dissennata e grossolana scelta operata dal provvedimento «sfolla-carceri» dell’estate 2013 (l. n. 94/2013) di disporre, nell’ambito dell’estensione del lavoro all’esterno, la facoltà per i detenuti e gli internati, senza alcuna cautela per costoro e per le persone offese, di essere «assegnati a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito a sostegno delle famiglie delle vittime dei reati da loro commessi» (art. 21, comma 4-*ter*, Ord. penit.). Vi è il pericolo, insomma, che per la porta del lavoro di pubblica utilità entrino non meglio precisate, e poco controllabili, dinamiche di intensificazione della misura (se non addirittura di veri e propri “contrappassi”) non presidiati da adeguate garanzie [l’esperienza infelice della *intensive probation* americana è eloquente e molto istruttiva al riguardo].

Sarà parimenti indispensabile, lungo questa linea argomentativa, studiare con cura il coordinamento – teorico e pratico – della nuova misura con gli istituti di favore già vigenti, quali per esempio la sospensione condizionale della pena (concedibile più di una volta, a differenza della messa alla prova, e di sicuro meno “ponderosa” di quest’ultima per il condannato, pur nella “variante” condizionata

all'«eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero, se il condannato non si oppone, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività» di cui all'art. 165, comma 1, cod. pen.) o lo stesso affidamento in prova al servizio sociale (il quale parrebbe sorprendentemente meno “afflittivo” quanto ai contenuti legalmente imposti e al riferimento al limite *non edittale* della pena da cui si accede al beneficio) [così anche CAPRIOLI, 11].

In proposito, vien fatto di pensare che la legge esiga un prezzo abbastanza alto in cambio della definizione anticipata del procedimento penale senza condanna e del favorevole effetto estintivo del reato; e il caro prezzo da pagare consiste in un'accresciuta “afflittività” delle prescrizioni di cui alla messa alla prova rispetto agli istituti anzidetti [non apriamo neppure il capitolo della razionalità interna di un sistema che poi concede facili sconti di pena per la mera opzione, sempre più “allargata”, di riti alternativi].

Con cautela, va infine accolto il riferimento alla mediazione penale che compare nelle disposizioni sulla messa alla prova. Il problema che si intravede qui è non tanto teorico, quando pratico: preoccupa un po' la fretteolosità con cui si introduce uno strumento di giustizia riparativa, importantissimo e assai fecondo [chi scrive ne è, potremmo dire da sempre, tra i più decisi sostenitori], in assenza di una sua adeguata regolamentazione. È allora forse venuto il momento di predisporre un testo normativo che disciplini i contenuti “interni” delle pratiche di giustizia riparativa, da non ridursi comunque alla sola mediazione. Tale disciplina dovrebbe conformarsi alle raccomandazioni internazionali e in particolare ai *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters* delle Nazioni Unite [ECOSOC, Risoluzione n. 12/2002]. Una legge in tema di giustizia riparativa è necessaria anche per adeguarsi alla direttiva europea sui diritti delle vittime [Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del consiglio del 25 ottobre 2012 *che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*]. Un primo documento di lavoro, in tal senso, potrebbe essere rappresentato dal completo articolato predisposto, per lo specifico ambito della responsabilità medica ma con vocazione generale, dal Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale [G. FORTI - M. CATINO - F. D'ALESSANDRO - C. MAZZUCATO - G. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010].

8. Alla luce dei primi timidi accenni di una de-carcerizzazione, un rilievo generale e non secondario si impone: è urgente rimpinguare i ranghi degli assistenti sociali, degli educatori e di tutti gli operatori della risocializzazione extramuraria, il

cui cronico sottodimensionamento rischia di vanificare non solo l'operatività ma il *sensu* stesso di strumenti non carcerari (o "meno carcerari") di risposta al reato (il che, per certi versi, è persino peggio). Come insegna l'esperienza delle misure alternative e, in alcuni casi, della messa alla prova minorile, la mancanza di percorsi accuratamente seguiti (nella direzione dell'aiuto, più che del controllo) svuota di contenuti risocializzativi le misure con l'effetto, nel caso della detenzione al domicilio, di un puro contenimento che rischia di tradire il finalismo rieducativo prescritto dalla Costituzione e, nel caso delle misure non privative della libertà e della messa alla prova, di un deleterio e sconsolante "ingegnarsi" per evitare la pena detentiva, anziché "impegnarsi" in itinerari progettuali densi di significato. L'aleatorietà della previsione di cui all'art. 7, l. n. 67/2014, in una fase di penuria di risorse, non è rassicurante.

Insieme all'ingresso di nuove forze, si potrebbe pensare anche a una loro più adeguata formazione, alla luce dell'importante compito di riflessione critica sul reato sancito dal Regolamento di esecuzione dell'Ordinamento penitenziario [artt. 27 e 118 Reg. esec. Ord. Penit.] e al cospetto delle delicatissime insidie, da presidiare, connesse all'*intensificazione* di misure presentate come "miti".

E' altresì ineludibile l'avvio, quanto prima, di validi programmi di informazione e preparazione del mondo del volontariato e del cosiddetto "privato-sociale" che dovrà farsi trovare pronto alla crescita esponenziale di richieste di svolgimento di attività socialmente utili, stante il fatto che il lavoro di pubblica utilità non riesce già oggi a essere sufficientemente assorbito.

Il carcere, nella sua brutalità, è paradossalmente una misura "facile" per lo Stato: si tratta di avere strutture penitenziarie con caratteristiche di non disumanità e l'offerta di percorsi trattamentali rieducativi intra-murari (il che, certo, appare un po' come una contraddizione in termini). Le misure non detentive sono invece misure che impegnano lo Stato e la società civile nel senso di un diretto coinvolgimento e di una piena partecipazione nella presa in carico dell'autore del fatto criminoso e del suo "premuroso" accompagnamento all'osservanza delle regole e, dunque, a una vita di relazione sociale più conforme a quella disegnata dall'ordinamento giuridico. Senza l'assunzione di simile impegnativa – ma certo appassionante – disponibilità, le misure da eseguirsi all'esterno rischiano di fallire, con il pericolo che qualcuno addebiterà tale fallimento alle misure stesse, invocando ancora una volta lo strumento detentivo come soluzione necessaria alla tutela della collettività, anziché addebitarlo al modo in cui le misure sono gestite. A riprova di ciò valga ricordare come due evasioni di detenuti in permesso premio, di cui con grande enfasi danno notizia i giornali di questi giorni, stanno puntualmente riaccendendo le periodiche, sterili e ingiuste, polemiche intorno alla presunta "facile" concessione delle uscite dal penitenziario. Il tutto mentre incombe la *dead-line*

del 28 maggio 2014 fissata dalla sentenza Torreggiani. Ecco, di nuovo, la schizofrenia e la regressione.

9. Qualcosa si sta muovendo nel fisso panorama penale.

Qualsiasi movimento che aiuti a fuoriuscire dalle secche di un sistema sanzionatorio non più accettabile, di cui si sono misurati i limiti in tutta la loro estensione (ideale, costituzionale, tecnica, operativa, ecc.), è benvenuto.

Ma politiche meramente deflative non sono sufficienti e soluzioni “di facciata”, che nascondano sotto una pretesa mitezza forme subdole di coercizione, sono deleterie e inaccettabili, proprio alla luce della conformità alla Costituzione e alla CEDU dalla cui violazione abbiamo preso le mosse.

Occorre, da una parte, diversificare con la massima rapidità il novero delle sanzioni, uscendo dalla logica che “penale” sia sinonimo di “privazione della libertà” e pura coazione, e dall'altra avviarci quanto prima alla tanto, tanto, attesa riforma del codice penale.

Gli esiti cui è pervenuta, nell'immediato, la Commissione Palazzo, con le sue proposte innovative di cambiamento delle tipologie sanzionatorie, rappresentano intanto il primo e più prossimo *step* da seguire anche per «tentare quanto meno di mettere ordine nello stratificato guazzabuglio sanzionatorio», pur nella consapevolezza della «innaturale scissione tra riforma del sistema sanzionatorio e riforma del codice» [PALAZZO, 1]: non solo detenzione al domicilio, ma «pene (principali) prescrittive» e «interdittive», «irrilevanza del fatto», confisca, revisione dei limiti di durata delle pene tradizionali [cfr. Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale, istituita con Decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013, *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa*].

Speriamo davvero che il tempo dell'indignazione, cui purtroppo ci ha costretti la drammatica condizione delle carceri, non ci lasci solo un sentimento negativo e di “reazione” ma ceda prestissimo il passo a un impegno costruttivo capace di stringere in un'unica proposta, tecnicamente ineccepibile e di alta qualità, il piano ideale – che tipo di “giustizia” vogliamo per continuare a chiamarci democrazia – e quello pratico dell'efficace prevenzione dei reati, del degno recupero dei loro autori, della cura attenta delle persone offese^(*).

(*) Postilla. Il testo qui pubblicato è stato scritto in piena “emergenza carceri” e prima del termine del 28 maggio 2014 imposto dalla Corte EDU con la sentenza pilota *Torreggiani et al./c. Italia*. Dando alla stampa l'articolo, si avverte l'esigenza di segnalare che “cosa è successo dopo” quella faticosa scadenza. Nella seduta del 5 giugno 2014, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha esaminato gli sforzi messi in atto dal nostro Paese, apprezzandone l'impegno e i risultati raggiunti, definiti «significativi», nella riduzione progressiva della popolazione detenuta. Positivamente è stata giudicata

MASSIMO PAVARINI

1. Alcuni dei quesiti posti dalla nota introduttiva esigono una risposta di natura esplicativa. Essi infatti ruotano intorno ad una medesima questione, per quanto apprezzabile da prospettive diverse, del tipo: esistono teorie interpretative – se sì: quali – capaci di dare conto dell'aumento dei tassi di carcerizzazione nelle ultime decadi in Italia.

Gli altri interrogativi sono invece di natura prevalentemente valutativa e si interrogano sulle politiche penali e penitenziarie che, da un lato, debbano ritenersi più efficaci alle presenti necessità di decarcerizzazione (e quindi, almeno in parte, si pongono in significativa relazione alla prima serie di quesiti) e, dall'altro lato, possono – per chi invitato a rispondere – giudicarsi preferibili ad altre, anche se non necessariamente più efficaci.

Per quanto concerne la prima domanda, posso rispondere affermativamente: a mio avviso esistono modelli scientifici sufficientemente “rodati” in altre e distinte situazioni, che possono essere applicati alla situazione italiana presente e che consentono di spiegare anche il fenomeno del sovraffollamento carcerario. Per gli altri interrogativi posti, muovendosi all'interno di una più generale valutazione di opportunità connessa alla dimensione del “che e come fare”, posso semplicemente di-

anche l'introduzione di rimedi a carattere preventivo per la tutela dei diritti dei detenuti (cfr. il *reclamo giurisdizionale* di cui all'art. 35-bis Ord. penit.). Il Comitato dei Ministri ha così deciso di rinviare al giugno 2015 (al più tardi) la compiuta valutazione dei progressi italiani su questo fronte, anche alla luce delle ulteriori iniziative che lo Stato ha in serbo e su cui dovrà tenere aggiornato il Consiglio d'Europa. L'Italia rimane, in sostanza, “sotto osservazione”. Occorre poi rammentare l'approvazione del decreto legge 26 giugno 2014, n. 92, concernente, per quel che qui interessa, *disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'art. 3 CEDU*. Accanto a importanti disposizioni relative a nuovi limiti applicativi delle misure cautelari personali (e ad altre norme in materia di ordinamento e organico della polizia penitenziaria), l'art. 1 del decreto legge prevede un meccanismo di riduzione della «pena detentiva ancora da espriare», «a titolo di risarcimento del danno», a fronte del «pregiudizio» consistente nell'aver vissuto, «per un periodo di tempo non inferiore ai quindi giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 CEDU». La riduzione è «pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci» durante i quali il detenuto ha subito il pregiudizio. Ove simile detrazione non sia possibile, e in altri casi ivi pure disciplinati, è prevista, sempre a titolo di «risarcimento del danno», la liquidazione da parte del magistrato di sorveglianza di «una somma di denaro pari a 8 euro per ciascuna giornata nella quale [il detenuto] ha subito il pregiudizio». Sarà importante seguire il destino del provvedimento in sede di conversione, per monitorare la definitiva configurazione dei rimedi compensatori al sovraffollamento, rimedi che, nella versione ora offerta dal decreto legge, destano più di una perplessità e suscitano dense riflessioni di fondo.

re la mia, senza nessuna presunzione, se non per un solo profilo: se non posso pretendere che le mie idee siano migliori di altre, presumo di potere censurare molte idee oggi in circolazione su come affrontare l'emergenza carceri in Italia, perché è provato scientificamente la loro inidoneità e/o la loro inefficacia.

Prima di procedere, è però necessario convenire su una medesima lettura (ancora solo descrittiva) del processo di ri-carcerizzazione nell'Italia di queste ultime decadi². E già a questo primo ed elementare livello, si palesano alcuni elementi interessanti, di regola trascurati nel dibattito attuale in tema di sovraffollamento carcerario e di politiche di de-carcerizzazione.

2. L'Italia conosce oggi un processo di ri-carcerizzazione significativo, anche se non comparabile per *magnitudo* con quello di altri paesi, come gli USA. Ma pur sempre un fenomeno eccezionale, se inteso in una prospettiva di lungo periodo.

Pochi dati, dal 1947 ad oggi, possono servire per intendere le dimensioni eccezionali del processo di ri-carcerizzazione che stiamo vivendo:

a) È dato assistere ad una prima fase di significativa riduzione della popolazione detenuta: dal 1947 al 1970 le presenze in carcere passano da più di 65.000 a circa 21.000 (*fase di de-carcerizzazione*).

b) Dal 1971 in poi prende avvio *la fase di ri-carcerizzazione*: abbastanza contenuta e contraddittoria in un primo momento (fino al 1990), poi di seguito in forte ripresa fino ad oggi, segnando più di un raddoppio della popolazione detenuta presente in carcere a giorno fisso negli ultimi 23 anni (dal 1990 al 2013 le presenze in carcere passano infatti da circa 30.000 detenuti agli attuali 65.000).

c) Se si tiene poi conto che a partire dal 1975 con la riforma penitenziaria vengono introdotte per la prima volta in Italia le misure alternative, cioè condanne a pena detentiva che si possono in tutto o in parte scontare in libertà, “virtualmente” si può “fingere” che se non esistesse la possibilità di scontare la pena detentiva in spazi di libertà, chi beneficia di percorsi alternativi sarebbe finito per scontare la medesima in carcere e quindi per sommarsi ai detenuti presenti. Questa “finzione” è utile, da un lato, per indicare come i tassi di ri-carcerizzazione siano cresciuti e crescano nonostante l'effetto fortemente deflattivo determinato dai percorsi di al-

² Per brevità espositiva, cito ora e una volta per tutte, le fonti statistiche da cui ho tratto i dati che vengono offerti nelle pagine seguenti. Le informazioni di ordine quantitativo in materia penitenziaria sono direttamente o indirettamente ricavate dalle statistiche ufficiali raccolte annualmente dall'ISTAT e che sono consultabili nel sito del Ministero della Giustizia o diversamente reperibili, anche per serie storiche, in alcune pubblicazioni a cura del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria. Dati statistici in materia di tassi di delittuosità e di punibilità sono pure quelli ufficiali raccolti dall'ISTAT e pubblicati nell'“*Annuario di statistica giudiziaria*”. Altre informazioni statistiche sono poi state tratte dai dati consultabili in alcuni siti come “*L'altro diritto*” e “*Ristretti orizzonti*”.

ternatività; dall'altro lato, a livello semplicemente virtuale, indicano che in assenza di percorsi di alternatività dallo stato di libertà, la popolazione oggi in carcere risulterebbe triplicata rispetto a quella presente nel 1975, anno di promulgazione della legge di riforma penitenziaria. Ma di più: il processo di ri-carcerizzazione indica una variazione superiore a quella di segno contrario che caratterizza la fase di decarcerizzazione. Se a questi si sommano anche coloro che beneficiano di misure alternative, allora la crescita del totale dei "presi in carico" dal sistema penale nel suo complesso mostra in termini ancora più accentuati una tendenza inflattiva.

d) In verità, nell'ottica volta a cogliere empiricamente le dimensioni effettive e "potenziali" della penalità in Italia, esistono anche altre spazi tematici di norma poco scrutati, che invece andrebbero attentamente esaminati. Così, ad esempio, nel 2006, in coincidenza con l'ultimo provvedimento indulgenziale di massa, si ebbe l'opportunità di registrare la presenza di circa 80.000 condannati definitivi ad esecuzione penale sospesa per effetto della legge Saraceni-De Simone. Considerando che le istanze rivolte alla giurisdizione di sorveglianza per fruire di misure alternative dallo stato di libertà trovavano allora un riscontro positivo in poco meno del 50% dei casi, si può calcolare che dai 30.000 ai 40.000 condannati definitivi sarebbero finiti in carcere, se mai i tribunali di sorveglianza fossero stati in grado di giudicarli. Per fortuna, ben possiamo dirlo, l'indulto ha prosciugato quasi totalmente questo contenitore dalle dimensioni imbarazzanti e altrimenti ingovernabili, perché potenziale moltiplicatore della popolazione penalmente ristretta. Con questo voglio semplicemente mettere in guardia – anche perché il medesimo fenomeno si è nuovamente riprodotto e segna il momento presente, anche se ignoro le reali dimensioni che ha assunto – chi un po' ingenuamente ritenga che una riduzione di 20.000 unità (che è già obiettivo irrealistico se si pensa di poterlo raggiungere attraverso i soli "pacchetti svuota carceri") sia sufficiente per salvarci dalla spada di Damocle posta dalla sentenza "Torregiani", che ci impone di trovare soluzione ad un indice di sovraffollamento superiore di un 30% a quello indicato dell' "ospitalità tollerabile", vale a dire di tre metri quadro per detenuto. In effetti il processo di ri-carcerizzazione è di dimensioni ben più ampie di quelle descrivibili dalle sole presenze "reali" in carcere. Esistono anche quelle "potenziali". Insomma ci troviamo di fronte ad una domanda di penalità che non soddisfabile dall'offerta di penalità, finisce, come un fiume in piena, per rompere gli argini ed espandere in spazi atipici di penalità sospesa, ma minacciando sempre di rientrare nell'alveo della penalità ordinaria.

3. Liberiamo in primo luogo il campo da facili letture, come quella che imputerebbe la crescita della criminalità all'aumento della criminalità in Italia dal 1990 in poi. Gli indici di delittuosità – cioè dei reati denunciati o di cui l'autorità giudiziale

ria è venuta a conoscenza e quindi coincidenti alle azioni penali esperite in un sistema ad azione penale obbligatoria –, effettivamente subiscono una crescita a fare corso proprio dal 1990: passano infatti da circa 2.000.000 a 2.700.000, cioè subiscono un incremento di circa il 35%; incremento che pur con oscillazioni, si mantiene poi costante fino ad oggi. Nello stesso periodo di tempo (1990-2013) la popolazione detenuta invece cresce da 26.000 a 68.000 presenze (a giorno fisso); se si tiene poi conto delle condanne penali detentive scontate in misure alternative, nello stesso arco di tempo l'incremento dei tassi di penalità (tanto privativa che limitativa della libertà) subisce un incremento di circa il 300%, cioè triplica. Ed infine, se prendiamo in esame il fenomeno delle esecuzioni penali sospese e il rischio che esse si convertano nel 50% dei casi in ingressi in carcere dallo stato di libertà, la penalità nel suo complesso è, in poco più di due decenni, aumentata di ben quattro volte.

Altrettanto può cogliersi dagli indici di condanne penali irrogate nello stesso arco di tempo: le condanne penali passano da circa 100.000 nel 1990 a 200.000 nel 2007, con picchi superiori nel 1998 e nel 2000 alle 300.000. In estrema sintesi: negli ultimi vent'anni le condanne penali sono più che raddoppiate e quelle carcerarie triplicate, se non quadruplicate, mentre gli indici di delittuosità sono aumentati solo del 35%.

Da queste ultime osservazioni e tenendo conto di quanto rilevato anche in altri contesti nazionali, possiamo affermare l'esistenza di una coincidenza temporale tra crescita della delittuosità e aumento della repressione penale intorno ai primi anni novanta del secolo passato. Per il resto i tassi di repressione, colti nella variazione degli indici delle sentenze di condanna, mostrano di essere irrelati dagli andamenti della delittuosità: mentre dal 1991 in poi quest'ultima è relativamente costante, l'andamento delle sentenze di condanna continuerà a crescere fino a triplicare nel decennio seguente.

A fronte di un attestarsi, dai primi anni novanta del secolo passato, delle azioni penali esperite intorno a 2.700.000/3.000.000 unità, per un aumento medio intorno 35%, le condanne penali comminate nello stesso arco di tempo solo lievitate da poco meno di 100.000 fino a più di 300.000, per attestarsi poi intorno alle 250.000 all'anno, segnando un incremento percentuale valutabile intorno al 250/300%. *Ergo*: se la delittuosità è cresciuta di circa 1/3 e la penalità di circa 3 volte, significa che l'area dell'ineffettività penale è progressivamente scemata o, leggendo il medesimo processo nella prospettiva della repressione, che quest'ultima è aumentata. Nel lessico del sistema giustizia come impresa, si può quindi dire che la giustizia penale dagli anni novanta in poi è diventata sempre più produttiva, riducendo significativamente l'area dell'ineffettività sanzionatoria. A livello esemplificativo in ragione del rapporto tra condanne comminate e reati denunciati, possiamo calcolare così che nel 1990 si contava una condanna ogni 21 azioni penali esperite, e in par-

icolare: una condanna per omicidio ogni 6 omicidi perseguiti, una per rapina ogni 7 denunciate e una per furto ogni 66. Dopo circa vent'anni, registriamo una condanna penale ogni 10 reati denunciati, di cui una condanna per omicidio su 2 denunciati, una per rapina su 4 penalmente perseguite, e una per furto su 30 azioni penali esperite. Quindi una crescita della pressione repressiva di più del doppio.

Questa crescita della repressione penale è confermata anche da un aumento nella severità delle condanne penali. Uno dei criteri più utilizzati nella statistica penale per misurare la severità delle condanne detentive effettivamente espriate è il confronto tra presenti in carcere a giorno fisso rispetto al flusso degli entrati dallo stato di libertà durante l'anno. Il totale delle presenze in carcere a giorno fisso corrisponde al flusso degli entrati dallo stato di libertà solo nell'ipotesi in cui chi entra in carcere vi permanga esattamente per un anno. Ovviamente così nei fatti non avviene. Di norma l'ammontare che indica il flusso degli entrati in carcere durante l'anno è superiore a quello delle presenze a giorno fisso perché una percentuale più o meno significativa, tanto dei definitivi che di coloro che tali non sono, rimane in carcere per periodi inferiori ai dodici mesi. Da ciò si deduce che tanto più ampio è il divario tra presenti ed entrati dallo stato di libertà su base annua, tanto più la custodia cautelare in carcere e l'esecuzione delle pene detentive sono mediamente di durata breve, cioè inferiore all'anno. E così fu, all'inizio dell'Italia repubblicana, quando gli entrati dallo stato di libertà erano ben 4 volte superiori ai presenti a fine anno. Questo divario si è venuto progressivamente riducendo, tanto che oggi giorno su circa 65.000 presenti in carcere a fine anno, il flusso annuale è di poco superiore alle 90.000 unità. Questa riduzione sta indicare che le condanne a pene detentive brevi nonché molte custodie cautelari non vengono eseguite in carcere.

In sintesi e per quanto qui interessa, il processo di ri-carcerizzazione non è quindi imputabile ad un aumento degli ingressi dallo stato di libertà, che tutto sommato pur con significative oscillazioni permane il medesimo negli ultimi sessant'anni, quanto alla circostanza che le pene in esecuzione carceraria tendono a diventare sempre più lunghe. O detto altrimenti: l'esperienza detentiva nel lungo periodo (dal 1948 ad oggi) concerne mediamente circa lo stesso numero di persone ogni anno; mentre la popolazione detenuta a giorno fisso aumenta (determinando le crisi per sovraffollamento) – passando dai 23.000 del 1970 ai 68.000 del 2011 – perché chi entra in carcere vi permane per periodi più lunghi. E questo fenomeno è in parte fisiologico, in quanto lo sviluppo dei percorsi di alternatività favorisce il processo deflattivo prevalentemente nei confronti delle pene medio-brevi; ma quando questo “avvicinamento” dei tassi tra presenti ed entrati in carcere si offre in termini molto accentuati – e la differenza in Italia si è ridotta da 80.000 unità (registrabile nel 1950) a solo 13.000 del 2013 – è indice anche di una maggiore severità delle pene comminate.

4. Un altro dato da tenere sempre presente, peraltro assai peculiare del nostro sistema, concerne la funzione dei provvedimenti clemenziali di massa (indulti ed amnistie) nel governo politico ed amministrativo dei processi di carcerizzazione nell'intera storia dello Stato italiano. Dal 1860 all'avvento del fascismo si possono contare ben 150 provvedimenti di clemenza (ovviamente non tutti delle medesime dimensione de-carcerizzanti). Anche il ventennio fascista ne fece un uso costante, con più di 50 provvedimenti di indulto ed amnistia. E questa prassi passò in eredità anche all'Italia repubblicana, almeno per quanto concerne le politiche penali e penitenziarie della c.d. Prima Repubblica. L'effetto de-carcerizzante dei provvedimenti di indulto ed amnistia è stato costante anche nella prima lunga fase post-bellica, praticamente fin al 1992, anno in cui una legge ha imposto una diversa maggioranza qualificata all'approvazione delle leggi di indulto ed amnistia. Da quel momento in poi, si registra un solo provvedimento di indulto di notevoli proporzioni, esattamente quello che suscitò tante polemiche e che fu approvato nel 2006. I provvedimenti clemenziali dal 1949 fino al 1992 ebbero comunque un'indubbia efficacia nella riduzione della popolazione detenuta. Riguardarono complessivamente in 44 anni ben 123.000 persone detenute, vale a dire circa 2.700 ogni anno, a cui debbono sommarsi – determinando ben più di un raddoppio – coloro a cui fu risparmiata l'esperienza detentiva trovandosi ancora in stato di libertà. Un effetto calmiera, quindi, di 6.000 unità annue consentì di tenere dal 1948 al 1991 le presenze in carcere al di sotto delle 45.000 unità, inferiore – sia pure, a volte, di poco – a quello di ospitalità carceraria c.d. tollerabile.

5. Quanto fin qui sinteticamente detto ci offre alcune informazioni su come si è sviluppato il processo di carcerizzazione in Italia dal dopoguerra in poi, ma non ci dice nulla sulle ragioni che lo hanno determinato. Insomma: siamo ancora a livello descrittivo, certo utile se non necessario per intendere il perché, ma ancora lontani dal chiarire le ragioni del determinarsi di fasi di de-carcerizzazione e di ricarcerizzazione. Ma per poterci addentrare nell'analisi delle ipotesi esplicative del processo di carcerizzazione in Italia, altri elementi vanno tenuti nel debito conto:

a) In primo luogo, per le sue eclatanti dimensioni, la repressione penale delle diverse forme di immigrazione irregolare: i detenuti stranieri in carcere sono passati da meno di 5.000 nel 1991 a più di 23.000 nel 2013, cioè sono aumentati di quasi cinque volte in poco più di vent'anni, mentre il numero dei detenuti italiani è rimasto praticamente il medesimo, grossomodo intorno alle 40.000 presenze giornaliere. Ma l'interesse non concerne solo le dimensioni del fenomeno: la repressione delle minoranze razziali e culturali è per eccellenza un attributo dell'imporsi di un

diritto penale ostile ovunque riconosciuto come responsabile primario dei processi di ri-carcerizzazione.

b) Con i primi anni novanta, anche l'Italia affronta la questione c.d. securitaria. È statisticamente provato che con l'inizio della decade degli anni novanta la delittuosità in Italia sia lievitata significativamente, senza che siano ancora state offerte ipotesi esplicative convincenti del perché. Non esistono poi elementi certi per dire che l'aumento deciso dei tassi di delittuosità sia indice sicuro di un effettivo e proporzionale aumento dei tassi di criminalità reale. Le ricerche condotte di vittimizzazione registrano con la decade degli anni novanta un aumento della percezione sociale della criminalità, ma anche questo aspetto non risolve definitivamente la questione dei termini effettivi di aumento della criminalità in Italia. Allo stato attuale dell'arte è più prudente limitarsi a registrare un aumento di circa il 35% delle azioni penali esperite (e quindi essenzialmente della propensione denunciataria, che sappiamo essere quanto mai sensibile all'allarme sociale) a cui rapidamente ha fatto fronte un aumento delle penalità e della popolazione detenuta.

c) La strategia delle misure alternative alla detenzione in Italia ha segnato il suo apice decarcerizzante nel 2004, quando i condannati a pena detentiva ammessi ai percorsi di alternative raggiungevano la stessa dimensione dei condannati presenti in carcere. Di fatto, con il 2005 i benefici penitenziari cominciano a ridursi, per presto attestarsi a non più di 1/3 nei confronti delle presenze in carcere. Ma non è corretto attribuire questo aumento di severità nella concessione dei benefici penitenziari alle sole modifiche normative in senso restrittivo che pure sono intervenute e sempre nei settori più sensibili alla domanda sociale di penalità, come appunto nel contrasto alla droga, all'immigrazione irregolare e alla recidiva. Esistono riscontri empirici di un aumento generalizzato della severità della giurisdizione di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari attribuibile ad un mutamento del potere discrezionale della giurisdizione di sorveglianza in senso genericamente più restrittivo nella concessione dei benefici penitenziari.

6. Credo che i pochi elementi descrittivi sopra richiamati siano sufficienti per avanzare un'ipotesi esplicativa scientificamente plausibile del fenomeno della ri-carcerizzazione in Italia a far corso dal 1990.

Mi sono venuto progressivamente persuadendo che la risposta vada cercata all'interno di un modello che metta al centro dell'analisi il ruolo dei processi decisionali [cfr. M. CAVADINO, J. DIGNAN, *Penal Systems. A Comparative Approach*, London: Sage, 2006, in particolare parte II, capitolo II: *Globalized penal crisis?*]. Insomma la fenomenologia punitiva deve essere assunta come l'esito di un processo decisionale complesso, in cui interagiscono diversi attori sociali ed istituzionali.

Questa tesi non pregiudica la validità euristica delle ipotesi teoriche che nella scienza penologica vengono riconosciute per porre al centro del modello esplicativo i rapporti tra struttura sociale e penalità [per tutti, cfr. G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Control*, New York, Columbia University Press, 1939]. Superata criticamente una certa ingenuità di stampo positivista, fiduciosa di trovare un rapporto diretto tra tassi di carcerizzazione e alcune variabili strutturali, come la composizione demografica, la ricchezza collettiva ed individuale, la distribuzione sociale della stessa, alcuni indici di benessere effettivo di un paese, ecc., oggi chi si avventura nel cercare alcuni rapporti tra andamento della repressione penale e variabili strutturali, è consapevole che ogni dato significativo e rilevante è mediato dal sistema istituzionale-politico-culturale [cfr. D. MELOSSI, *Punishment and social action: changing vocabularies of punitive motive within a political business cycle*, in *Current Perspectives in Social Theory*, 1985, 6, pp. 169-197; ID., *Gazette of morality and social whip: punishment, hegemony and the case of the USA, 1970-92*, in *Social and Legal Studies*, 1993, 2, pp. 259-279]; pertanto la questione a cui non si può sfuggire rimane connessa al processo decisionale attraverso cui le agenzie del sistema istituzionale-politico-culturale interpretano, operano e cercano di governare la complessità sociale.

Punire di più o punire di meno, dipende anche se non soprattutto dalla catena decisionale in cui si struttura il processo di criminalizzazione secondario. La vittima di un delitto decide di denunciare o meno quanto ha subito; qualsiasi operatore di polizia deve operare una scelta se di fronte ad un fatto delittuoso debba o meno intervenire e come; chi esercita l'azione penale decide comunque su valutazioni di opportunità, anche in un sistema giuridico che impone l'obbligatorietà dell'azione penale; chi chiamato a giudicare l'autore di un fatto criminoso deve operare un complesso di scelte sospese tra l'accogliere le ragioni dell'accusa o quelle che gli vengono offerte dalla difesa; in fase esecutiva o di *sentencing* esistono ovunque agenzie chiamate a fare scelte di maggiore o minore severità sanzionatoria nei confronti del colpevole. Prendere quindi decisioni, in questo caso, può essere inteso come «*il legame micro-sociologico che unisce le condizioni materiali, strutturali e culturali ai processi reali di criminalizzazione e carcerizzazione*» [J. SAVELSBURG, *Knowledge, Domination and Criminal Punishment revisited. Incorporating state socialism*, in *Punishment and Society*, 1999, 1, p. 46].

Due sono i macro-fattori condizionanti i processi decisioni in tema di criminalizzazione e carcerizzazione: 1) il contesto di organizzazione politico-burocratica all'interno del quale si prendono le diverse decisioni; 2) la produzione, organizzazione e diffusione di determinate conoscenze sulla questione criminale e il processo attraverso il quale solo alcune diventano prevalenti in una determinata contingenza [il riferimento obbligato a questo proposito rimane il saggio di J. SAVEL-

SBERG, *Knowledge, Domination and Criminal Punishment*, in *American Journal of Sociology*, 1994, 99, pp. 911-943].

Per conoscenza possiamo intendere qualsiasi idea o credenza normativa che una collettività assume, in un determinato momento, come vera o giusta o utile. Per quanto concerne la questione criminale, le conoscenze possono concernere la natura del delitto, il carattere dei criminali, la loro pericolosità, ovvero gli scopi della pena e del processo, ecc. Questo tipo di conoscenze è prodotto e diffuso tanto da istituzioni pubbliche che private: i *mass media*, i centri di ricerca scientifica, i partiti politici, i comitati di cittadini, le diverse chiese e comunità religiose, ecc. Chi produce e diffonde conoscenza sulla questione criminale si colloca da un minimo ad un massimo di “altezza” o “distanza” dalla questione criminale, determinando pertanto “orizzonti artificiali” [torna utile, sia pure qui richiamato in un contesto diverso, il bel libro di E. CERRETTI, *L’orizzonte artificiale. Problemi epistemologici della criminologia*, Padova, Cedam, 1992] più o meno ampi ma anche più o meno emotivi attraverso cui veicolare la conoscenza, che ovviamente entra in competizione con altre conoscenze, con maggiori o minori opportunità di dominare il campo. Agli estremi e a livello esemplificativo: c’è l’orizzonte limitato di chi produce saperi “da vicino” e che finisce per prediligere il sensazionalismo informativo e quindi è attratto ad una denuncia scandalistica; ma c’è anche l’orizzonte più ampio di chi si colloca “da lontano”, per cercare di comprendere il medesimo fenomeno nella sua complessità e quindi sovente non è neppure interessato ad offrire immediate e praticabili soluzioni; c’è chi si limita al momento descrittivo e chi predilige quello esplicativo; c’è chi si pronuncia sul “dover essere” e chi su questa questione preferisce essere reticente; c’è chi rivendica la propria conoscenza come scientifica, che le attribuisce la virtù di senso comune e chi ne riconosce una natura partigiana.

Ma il libero mercato delle conoscenze criminologiche è più apparente che reale. O meglio: non tutte le conoscenze, come fatti sociali, finiscono per avere il medesimo valore o peso. Nelle diverse contingenze, alcune conoscenze hanno il sopravvento sulle altre e diventano egemoniche e questo determina mutamenti rilevanti nei processi decisionali. Una conoscenza positivista dell’agire umano, favorisce un approccio eziologico al delitto e quindi, tendenzialmente, decisioni di natura preventiva; una concezione idealista, incoraggia un diverso approccio al criminale come soggetto responsabile e alla pena come castigo meritato. Ma una conoscenza criminologica fondata sulle opportunità, sviluppa una politica criminale di tipo situazionale; diversamente una “criminologia dell’altro” che finisce per legittimare scelte di politica criminale neutralizzanti; ecc. Insomma: a seconda di queste diverse conoscenze si determinano distinte narrative criminologiche e penologiche che, a loro volta, possono essere, nelle conseguenze, più o meno severe nei confronti dei criminali o più o meno attente ai diritti degli inquisiti e dei condannati.

Il passaggio seguente, è assai rilevante: il modo e il grado in cui certe conoscenze sulla questione criminale, diventando egemoniche, determinano effetti sui processi decisionali delle agenzie politiche e legali dipende, anche, dal tipo di organizzazione (più o meno decentrata) e dal grado di burocratizzazione (più o meno spinto) delle istituzioni politiche e legali stesse [J. SAVELSBURG, *Knowledge, Domination and Criminal Punishment revisited. Incorporating state socialism*, op. cit., pp. 62-65].

Per quanto concerne la situazione italiana sopra descritta, la fase di decarcerizzazione (1947-1975) o di relativa stabilità nella popolazione detenuta (1976-1990) corrisponde grossomodo alla c.d. Prima Repubblica, periodo segnato da tendenze moderate in favore della decentramento dei poteri decisionali, ma accompagnato da una forte spinta alla burocratizzazione delle agenzie politiche e legali. Nei sistemi altamente burocratizzati, i gruppi di interesse e di pressione sono costretti a farsi portatori di interessi plurimi e a volte antinomici e questo li obbliga ad operare attraverso compromessi di stampo neo-corporativi. L'esempio più facile da intendere: sistemi elettorali radicalmente proporzionali e conseguenti alleanze di governo molto aperte, da un lato; scelte in favore di una elevata autonomia burocratica delle agenzie repressive (polizie e magistratura) dall'altro lato. Indubbiamente anche in questo modello gli interessi cambiano con il mutare della struttura sociale, ma tutto ciò avviene in maniera lenta perlomeno nel medio periodo. Tutto ciò fa sì che il sistema burocratico e neo-corporativo finisca per "raffreddare" sia la produzione di nuove conoscenze che la loro diffusione sociale. Il sistema politico è sempre prudente nel partecipare al processo di mobilitazione per il cambiamento, in quanto la maggior parte del ceto politico fa riferimento ad organizzazioni partitiche burocratizzate e fortemente ideologizzate. Le nuove conoscenze si diffondono più lentamente e pertanto permangono più a lungo le vecchie e rodute narrative anche sulla questione criminale. Coloro che devono prendere decisioni politiche e legali-giudiziarie finiscono per porre una certa resistenza nel responsabilizzarsi a quanto pensa l'opinione pubblica. D'altra parte il sistema giudiziario quanto quello poliziale esercitano in questi sistemi una funzione burocratica che li mette in parte al riparo da ingerenze politiche. Questo modello segnato da un potere decentralizzato ma fortemente burocratizzato determina stabilità relativa nel tempo dei processi decisionali e quindi anche relativa stabilità nei tassi di carcerizzazione. Gli esempi che vengono più di sovente proposti in letteratura sono infatti la Germania e l'Italia. Ma per quanto concerne il nostro paese, il sistema di relativo conservatorismo neo-corporativo entra in profonda crisi con la decade degli anni ottanta del secolo scorso. Da un lato la crisi dell'originario sistema partitico, finisce per espellere i partiti ideologici e per percorrere un'evoluzione in favore di una democrazia sempre meno rappresentativa e sempre più d'opinione. Dall'altro lato, il momento decisionale sempre più si allontana dai luoghi del compromesso politico non diret-

tamente responsabilizzati alle urgenze di governo dei processi di controllo sociale, per favorire quelli più direttamente coinvolti nel prendere decisioni, in particolare in tema di politica criminale. Si pensi, solo per fare un esempio, a come tutta la questione securitaria abbia visto un orientamento indiscusso in favore di una delega ai sindaci e alle loro amministrazioni nelle politiche di governo della sicurezza urbana [cfr. M. PAVARINI (a cura di), *L'amministrazione locale della paura. Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*, Roma, Carocci, 2006]. Le agenzie più direttamente coinvolte nell'azione repressiva – penso *in primis* al potere giudiziario – hanno finito per trovare sempre meno legittimazione burocratica e sempre più hanno confidato in una diversa, di natura democratica-populista.

7. Recentemente Michael Tonry, in un saggio tradotto e pubblicato su questa rivista [M. TONRY, *Alle radici delle politiche penali americane: una storia nazionale*, in questa *Rivista*, 2010, pp. 91-124], fa riferimento ai modelli esplicativi che si sono succeduti negli USA per cercare di comprendere le ragioni del processo di ricarcerizzazione in atto dagli anni settanta del Novecento in poi. Ma molte osservazioni avanzate possano valere anche con riferimento ad altre situazioni nazionali. Seguiamo in estrema sintesi e per punti l'argomentazione [oltre al saggio richiamato alla nota precedente, cfr. M. TONRY, R.S. FRAUSE (a cura di), *Sentencing and sanctions in Western Countries*, Oxford, Oxford University Press, 2001; M. TONRY, K. HATLESTAD (a cura di), *Sentencing Reform in Overcrowded Times, A Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 1997].

a) I mutamenti sociali ed economici di larga scala, se non globali, che influenzano i Paesi più sviluppati fanno da sfondo alle vicende che concernono i livelli di penalità, ma spiegazioni realmente convincenti sul perché le politiche e le pratiche penali cambino in determinati luoghi si debbono ricercare solo nelle storie e nelle politiche locali.

b) La ricerca di spiegazioni generali, in particolare con riferimento a modelli esplicativi che vedono nei "fattori" strutturali dell'economia neo-liberista e nelle necessità di governo della forza lavoro nell'attuale fase di globalizzazione hanno trovato particolare enfasi negli USA, forse anche perché un po' superficialmente si riteneva che la repentina lievitazione dei tassi di cancerizzazione segnasse tutti i paesi sviluppati, mentre è vero che questo processo si registra nella maggior parte dei paesi sviluppati, anche se alcuni (e non di piccolo conto, come ad esempio la Germania e il Canada) a questa tendenza fanno eccezione; d'altra parte altri Paesi in via di sviluppo hanno conosciuto incrementi nei tassi di cancerizzazione particolarmente accentuati (come si è verificato nella maggior parte dei Paesi nord-africani o nei piccoli paesi caraibici), sovente più drastici di quelli registrati nei paesi sviluppati.

c) Sebbene quindi continui ad accumularsi una letteratura incentrata su spiegazioni di carattere generale, alcuni studi più recenti si concretano sempre più su spiegazioni di carattere nazionale o locale piuttosto che di carattere globale. Secondo Tonry, sono almeno quattro le caratteristiche della storia e della cultura americana che hanno rilievo decisivo per comprendere il fenomeno attuale della penalità: 1) lo stile "paranoide" nella politica americana; 2) Il moralismo manicheo associato al fondamentalismo protestate; 3) l'obsolescenza dei meccanismi costituzionali, i quali determinano emozioni a breve termine ed un'influenza della politica sulle scelte di *policy*; 4) la peculiare storia delle relazioni razziali.

In effetti, di queste quattro caratteristiche della cultura americana, una mette in evidenza un fattore "nuovo", che non era mai stato preso in dovuta considerazione in relazione ai processi materiali di penalità: cioè, come un determinato assetto politico-costituzionale, ovvero processi di riforma istituzionale che ne determinino il mutamento, possano "raffreddare" o "riscaldare" l'influenza reciproca tra il sistema della decisione politica, l'opinione pubblica e la produttività degli apparati e delle agenzie di controllo sociale e di repressione penale. Secondo la tesi di Tonry sistemi elettorali fortemente proporzionali determinano governi di ampia alleanza e ciò obbliga ad attivare sistemi di condivisione delle decisioni politiche da assumere, cioè costringe a mettere in campo sistemi complessi di mediazione politica, i quali di fatto rendono distante se non relativamente indifferente il sistema politico dall'opinione pubblica; così come le agenzie giudiziarie e poliziali finiscono per rispondere più ad una cultura burocratica e a prassi autoreferenziali che ad istanze politiche esterne assai deboli. Diversamente invece in sistemi elettorali che favoriscono governi maggioritari, dove le decisioni politiche non sono sottoposte a lunghi processi di decantazione attraverso la mediazione politica e chi governa esaspera, per necessità di differenziarsi dalle altre forze politiche, un atteggiamento conflittuale rispetto a queste ultime; in questo contesto il rapporto tra opinione pubblica e governo diventa assolutamente centrale, inducendo le forze di governo a rispondere sempre più prontamente alle domande che vengono espresse dall'opinione pubblica, nonché a pretendere che le distinte e diverse articolazioni dello stato amministrativo e poliziale, come l'assetto costituzionale del medesimo potere giudiziario, si adeguino più prontamente alle decisioni politiche assunte.

L'idea che emerge, quindi, può essere così sintetizzata: più la *polity* è distante dalla *policy*, più attenuata sarà l'influenza dell'opinione pubblica sulla decisione politica; e ovviamente si darà la situazione opposta, quando la politica finirà per sovrapporsi, confondendosi, con il governo della cosa pubblica.

Nel contesto italiano, la riforma elettorale a livello comunale segna questo passaggio. E se debbo fare tesoro dell'esperienza diretta nelle politiche locali di sicurezza di questi ultimi vent'anni, non posso che testimoniare come i sindaci,

indistintamente, non siano riusciti a porre una sufficiente distanza tra piano della decisione politica e un'opinione pubblica che esprimeva domande di maggiore penalità di fronte a presunti o reali problemi di sicurezza e di degrado del vivere urbano. Al contrario: a livello locale i sindaci si sono prontamente – anche se, forse alcuni, *obtorto collo* – trasformati in moltiplicatori dell'allarme sociale e soprattutto in solerti promotori di una aumento dell'efficienza repressiva. La linea telefonica tra ufficio del Sindaco e gli uffici del Prefetto, del Questore e del Procuratore generale si è fatta nelle ultime due decadi sempre più rovente. Ho di persona assistito allo sforzo praticato dai vertici del potere poliziale e giudiziario a livello locale per opporre una qualche resistenza alla pressione dei primi cittadini in favore di interventi più repressivi, adducendo di volta in volta ragioni di diritto e di opportunità politica che, è innegabile, sovente celavano solo storiche inerzie ed inefficienze burocratiche. Ma ho anche visto, un progressivo cedere e uno adeguarsi, per quanto sovente svogliato, del potere giudiziale e poliziale a livello locale alle istanze repressive portate avanti, in nome della comunità locale, dai sindaci.

8. Dell'immagine descrittiva del processo di ri-carcerizzazione in Italia offerta all'inizio del presente contributo, il modello teorico qui sopra proposto invita ad offrire la seguente spiegazione. Si proceda per punti:

– Nell'Italia repubblicana, il passaggio da prassi de-carcerizzanti a prassi di ri-carcerizzazione è stato “accompagnato” da significativi mutamenti culturali nella lettura della questione criminale nel suo complesso. In verità questo mutamento di prospettiva culturale non può essere semplicisticamente inteso, almeno per quanto concerne il nostro Paese, dal succedersi di modelli politico-ideologici “esclusivi” a modelli politico-ideologici “inclusivi”, ma certo questa alternanza nel punto di vista culturale sulla questione criminale ha anche a che vedere con quanto Levy-Strauss chiamava “cultura bulimica” e “cultura anoressica” di fronte a chi è socialmente avvertito come problematico o pericoloso. La politica criminale della Prima Repubblica – in cui le culture cattolica, marxista e socialista hanno avuto un peso determinante – si è sostanzialmente confrontata con la questione criminale, condividendo, pur da sponde distinte, un medesimo pre-giudizio, umanista e positivista nello stesso tempo: la criminalità è un fenomeno sociale inevitabile in una società diseguale ed ingiusta e l'Italia è ancora una società diseguale e segnata da profonde ingiustizie, per cui, alla fine, coloro che finiscono in carcere, sono più vittime che pericolosi nemici da cui difendersi. Si legga, a questo proposito, l'illuminante fascicolo de “Il Ponte” del 1949 [da lodare la ristampa anastatica de “Il Ponte”, marzo 1949, unitamente agli atti di presentazione della ristampa stessa, avvenuta nel 2002 a cura del Dipartimento della Amministrazione Penitenziaria] dove su invito di Calamandrei tutti i leaders politici che avevano conosciuto il car-

cere fascista, ebbero modo di esprimersi “politicamente” sulla penalità. La “coscienza” che emerge in tutti gli interventi è quella che veniva negli stessi anni cinematograficamente esaltata in “Ladri di biciclette” e la proposta politica che viene sovente avanzata è o utopico-abolizionista o, altrimenti, “giustificazionista”. Il sistema della giustizia penale italiano è risultato così caratterizzato, fino agli inizi della decade del novanta del secolo scorso, da una elevata severità sanzionatoria nelle leggi, quale riflesso sia del sistema legale autoritario degli anni trenta, ancora in vigore, che della successiva legislazione democratica che ha risposto contingentemente alle numerose emergenze ulteriormente elevando la soglia della penalità. La scelta di una politica criminale particolarmente severa a livello di processi di criminalizzazione primaria è stata però sempre contraddetta da prassi amministrative e giudiziarie, cioè di criminalizzazione secondaria, particolarmente benevoli se non apertamente indulgenziali. In qualche modo, la presenza stessa di una legislazione severa ma nello stesso tempo delegittimata politicamente in quanto fascista, ha favorito il processo di mitezza nell’irrogazione ed esecuzione dei castighi legali in epoca democratica.

– La riforma penale, per ragioni diverse, non si è mai data. Questa mancanza ha legittimato prassi diffuse di “ammorbidimento” del rigore penale in fase applicativa: con pochissime eccezioni l’autorità giudiziaria ha costantemente applicato solo i minimi di pena legislativamente previsti, nonché la sospensione della pena e la liberazione condizionale. Peraltro lo stesso legislatore democratico incapace di riformare la legge penale e spesso tentato di ulteriormente inasprirla, ha fatto ricorso a generosi provvedimenti di amnistia ed indulto fortemente calmierando nei fatti i livelli di repressione penale. Questa confusa situazione nella sua apparente irrazionalità si è però rivelata utile nel conciliare la dimensione oramai sempre più simbolica della legge penale con le necessità di duttilità nella risposta repressiva in ragione dei crescenti livelli di complessità sociale. Il fenomeno interessante da comprendere non risiede nella antinomia tra una legge severa e una prassi repressiva mite, quanto nella determinazione delle condizioni storiche, culturali, politiche e istituzionali per una severità smodata solo “a parole” e una indulgenza paternalistica nelle prassi. Sempre più severi a parole, ovvero il ricorso inflazionato alla legge penale deve essere inteso in relazione alle trasformazioni qualitative che vengono a prodursi sul sistema legale per effetto (anche) dello Stato sociale, e ancora più in particolare, per lo sviluppo che consegue da una disciplina dirigistica dello Stato sugli interessi che formano l’oggetto (ed anche lo scopo) dell’intervento penale. I livelli effettivi di repressione ben poco hanno mostrato quindi di dipendere dall’allocazione diseguale di una penalità artificiale nel sociale, quanto piuttosto dalla domanda sociale di repressione, cioè dalla domanda sociale di maggiore o minore penalità. E in ciò forse risiede la peculiarità della situazione italiana: la domanda di penalità è di fatto, e per lungo tempo, risultata debole a livello sociale.

– I conflitti e le crisi sociali non si sono tradotti in domande sociali altrettanto forti di penalità. Le compagne di “legge e ordine”, per quanto ripetutamente promosse da forze politiche conservatrici e spesso da molti fin troppo paventate, hanno sempre dato modesti risultati in termini di diffusione del panico sociale. Complesse e in un certo senso mai approfonditamente indagate le ragioni che per lungo tempo hanno impedito che si producessero a livello sociale mutamenti del vocabolario punitivo in favore di un elevamento particolarmente significativo della soglia di punibilità. Perché, in diverse parole, la gente non è stata facile preda – almeno fino agli inizi degli anni Novanta – di rappresentazioni diffuse di insicurezza dal crimine, pur essendo certo non più sicura materialmente di chi ha sofferto in altri paesi e in altri momenti di questa paura?; che cosa ha in parte impedito che la questione criminale entrasse per lungo tempo nella “testa” della gente come uno dei problemi più gravi e urgenti da risolvere attraverso la repressione? Posso in questa occasione indicare solo per punti alcune delle “ragioni forti” che mi sembra possano offrire una spiegazione agli interrogativi sopra esposti: 1) la forte e diffusa percezione sociale della criminalità come questione politica; 2) un’altrettanta forte e diffusa percezione sociale – e in modo particolare tra le classi subalterne – del sistema di giustizia penale come strumento violento di conservazione di una società diseguale; 3) la circostanza che in Italia la questione criminale ha per lungo tempo finito per identificarsi anche con la “questione meridionale”, questione politica per eccellenza; 4) infine, il ruolo decisivo giocato negli anni settanta e primi anni ottanta del Novecento dai fenomeni del terrorismo politico e della lunga lotta di repressione; ambedue questi processi hanno ulteriormente rafforzato nella società civile italiana la percezione appunto politica tanto della criminalità quanto del sistema della giustizia penale. Sia in conseguenza delle ragioni sopra esposte, sia per cause altrimenti condizionanti, contro il sistema della repressione penale si sono per lungo tempo prodotti forti anticorpi di resistenza. Una cultura del sospetto, della diffidenza e quindi della resistenza nei confronti delle agenzie repressive ben più che nei confronti dei pericoli della criminalità. Tutto ciò ha concorso a mantenere il livello di legittimazione del sistema penale molto basso, se non sempre in crisi e di conseguenza a frenare la produttività stessa del sistema repressivo. Tra i molteplici effetti, quindi, anche una contenuta carcerizzazione. Queste ragioni certo complesse unitariamente intese rinviano ad un dato politico e culturale assai peculiare della storia italiana: per lungo tempo e diversamente da quanto è dato registrare in altre realtà nazionali, i sentimenti collettivi di insicurezza hanno avuto modo di esprimersi come domanda politica di cambiamento e di più intensa partecipazione democratica. Vale a dire che la comunicazione sociale attraverso il vocabolario della politica ha favorito una costruzione sociale del disagio e del conflitto al di fuori delle categorie (moralì e giuridiche) della colpa e della pena.

– La ragionevolezza di questa ipotesi interpretativa è in parte avvalorata dalla situazione ben diversa che poi è seguita: a far corso dagli anni novanta assistiamo al diffondersi di un atteggiamento di indignazione morale portato a delegare alla sola “spada della giustizia” la soluzione di molti problemi. Come se ogni conflitto potesse essere risolto nella individuazione di un nemico e nella sua punizione legale, si invocano socialmente e si legittimano istituzionalmente livelli sempre più elevati di penalità.

– Ripetiamo: con gli inizi della decade degli anni novanta la delittuosità aumenta e ragionevolmente aumenta la stessa criminalità. Ma forse, ancor più della crescita della criminalità, si assiste al mutamento significativo della distribuzione del rischio sociale da vittimizzazione. Il diffondersi soprattutto del crimine c.d. predatorio od opportunistico, espone, forse per la prima volta, le classi popolari e medie al rischio di più elevata vittimizzazione. E tra queste classi, per prime, comincia a diffondersi un certo panico sociale da criminalità. Le prime, e per l'Italia pionieristiche ricerche empiriche sulle rappresentazioni sociali e i rischi di criminalizzazione registrano, a far corso dalla metà degli anni novanta, la crescita dell'onda del panico securitario e della conseguente domanda di penalità soprattutto nelle classi medie e popolari. E sono appunto queste classi che mostrano di prediligere narrative criminologiche e penologiche in parte diverse da quelle da tempo dominanti [cfr. C. CESARONI, A. N. DOOB, *The decline in support for penal welfarism. Evidence of support among the elite for punitive segregation*, in *British Journal of Criminology*, 2003, 43, pp. 434 ss.]. Quindi, la cultura criminologica e penologica socialmente cambia. Probabilmente questo cambiamento culturale non avrebbe determinato in precedenti momenti storici mutamenti altrettanto significativi sui processi effettivi di criminalizzazione secondaria. Ma questo processo avviene nella crisi della Prima Repubblica, che in parte determina e in parte amplifica la crisi del sistema della politica e della rappresentanza e dall'altro lato modifica radicalmente il sistema delle elezioni amministrative a livello comunale, favorendo sistemi di elezione diretta e non mediata della figura del sindaco. E così il tema della difesa sociale dalla criminalità viene politicamente tradotto come problema di sicurezza urbana di cui il primo cittadino diventa il protagonista principale delle politiche volte a garantirne la soluzione. Ma le politiche locali di sicurezza urbana sono di fatto improvvisazioni non meditate, operate da amministrazioni locali che non hanno né la capacità né le opportunità per pensare politicamente ad una strategia di sicurezza a medio e lungo termine. Esse sanno che devono agire subito, se vogliono sperare di essere riconfermate alla prossima consultazione elettorale. Esse pertanto si offrono come megafono politico alle domande di penalità manifestate dall'elettorato di riferimento e quindi tendono a interpretare l'insicurezza urbana come nuovo dispositivo di *governance*.

9. Per concludere. Se la carcerizzazione è determinata da processi decisionali, è scontato che attraverso il mutamento delle decisioni si possono alterare i tassi di carcerizzazione. Quanto si punisce è comunque l'esito di precise scelte che possono sempre cambiare. Sono numerosi gli esempi in cui un determinato stato si è impegnato a ridurre, e a volte in termini radicali, la propria popolazione detenuta in un arco di tempo contenuto, riuscendoci. Si veda la Finlandia, ad esempio. La questione è pertanto un'altra: se un paese o una determinata comunità sono in grado di esprimere una volontà politica in favore di una riduzione della repressione penale e decidere di conseguenza. E per quanto sopra detto, è scontato che il perseguimento di questo obiettivo non interagisca significativamente con l'andamento della criminalità e quindi della sicurezza oggettiva e soggettiva dei cittadini.

Il problema così posto, lo riporta correttamente al livello in cui si origina il problema stesso. Per intenderci: ai processi di egemonia politico-culturale. In una democrazia, il governo della penalità "verso il basso" è possibile solo nei limiti storicamente concessi alla politica di costruire, orientare, egemonizzare un discorso pubblico sulla giustizia e penalità favorevole al contenimento della repressione. Non è affatto scontato quindi che sia sempre possibile governare una penalità in una strategia riduzionista. Il potere politico potrebbe contingentemente essere in forte deficit egemonico e pertanto non riuscire ad imporre una strategia riduzionista della pena socialmente condivisa. Ma è altrettanto possibile che il sistema della politica preferisca imporre un discorso pubblico di maggiore penalità, cogliendo nella domanda sociale di sicurezza l'occasione per approfittare di un nuovo dispositivo di *governance*, come acutamente osserva Jonathan Simon a proposito di «*come la guerra al crimine [abbia] trasformato la democrazia americana e creato una cultura della paura*» [così traduco il sottotitolo dell'edizione originale di J. SIMON, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford, Oxford University Press, 2007].

Onestamente non saprei dire se il nostro Paese oggi si muova all'interno del primo o del secondo scenario.