

## CARCERE E COSTITUZIONE: DALLA FINALITÀ DELLA PENA ALLA SUA ESECUZIONE

AVVERTENZA:

*Il presente testo ricalca i contenuti della lezione magistrale tenuta dalla dott.ssa Stefania Carnevale, ricercatore di Diritto processuale penale e docente di Diritto dell'esecuzione penale nell'Università di Ferrara, il 17 aprile 2009 nell'ambito della Scuola di formazione per una consapevole cultura costituzionale, promosso dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Ferrara, in collaborazione con la Provincia di Rovigo, l'Associazione polesana "Viva la Costituzione", l'Accademia dei Concordi di Rovigo ed il sostegno della Fondazione Ca.Ri.Pa.Ro.*

*Data la sua finalità esclusivamente didattica ed esplicativa, il testo non ha alcuna pretesa di completezza o di originalità e mette a valore – anche attraverso stralci testuali – contributi e riflessioni presenti nel dibattito giuridico.*

*Il problema della pena: conciliazione (impossibile?) degli opposti.*

Occuparsi della pena significa porsi un problema forse irrisolvibile.

Mutuando una efficace espressione di un libro, appena uscito, di Massimo Nobile, la pena, o il sistema penale nel suo complesso, è una «immoralità necessaria». Si tratta di una violenza, legittima, inferta da uomini su altri uomini.

Al male commesso si risponde con il male: la pena, come dice il nome, è anzitutto afflizione, sofferenza. Ma mentre il male che sta all'origine della reazione statale è un male illegittimo, contrario alla legge e alle regole della convivenza civile (la commissione di un reato le infrange), il male che ne consegue, ossia l'irrogazione di una pena, è un male che consideriamo legittimo, addirittura doveroso. Una immoralità – in fondo – ma necessaria: al mantenimento dell'ordine, alla difesa della società, per taluno addirittura necessaria al colpevole.

Già questo semplice dato di partenza ci fa capire come stiamo per affrontare problemi capitali, che l'uomo si pone sin dalle sue prime forme di organizzazione in società. Il problema della pena è in fondo il problema del male e delle sue soluzioni: impossibile trovare una risposta del tutto soddisfacente. Si tratta di un problema filosofico, etico, criminologico, politico. Oggi ce lo porremo come problema giuridico e costituzionale.

Non a caso il tema della pena, negli scritti dei giuristi più autorevoli che si sono trovati ad occuparsene, è spesso associato ad espressioni che confermano questa idea di questione irrisolvibile: si legge così di «crisi del sistema sanzionatorio», «problema penitenziario», «utopia punitiva», «fuga dalla sanzione», «mito della rieducazione», «trattamento come ipocrisia, o pietosa bugia», e via dicendo.

Con la consapevolezza, che ogni riforma, ogni tentativo di dare una risposta, non potrà mai «mai raggiungere effetti anche solo pallidamente corrispondenti alle aspettative e alle necessità. La questione carceraria può solo adeguarsi alla società che esprime: sciogliersi, mai» (T. PADOVANI).

Il modo di punire, di concepire la punizione, ci dice molto di una data società. Più di una voce ha sostenuto che è proprio da come si punisce che può comprendersi il grado di civiltà di un ordinamento. Non a caso, il primo atto del presidente americano Obama, appena

investito delle sue funzioni, è stato quello di chiudere il carcere di Guantanamo: segnale dalla forte valenza simbolica, segno di svolta, di rottura, di cambio di prospettiva; che parte, non a caso, da un luogo di detenzione.

Come mai la pena è per definizione un «problema»? Probabilmente perché rappresenta il punto d'intersezione di una serie di idee, esigenze e direttrici apparentemente inconciliabili. È il terreno d'incontro, o di scontro, di prospettive opposte, di dualismi che si rincorrono, a cui è opportuno fare subito un rapido cenno, per poi riprendere in seguito taluni di questi profili.

(v. diagramma distribuito)

### 1) Simbolo - Prassi.

Parlando di pena si assiste ad un costante scontro tra la forza del simbolo e quella della realtà, o della prassi.

La pena ha un forte valore simbolico, risponde a necessità profonde, che hanno a che fare con il senso di giustizia che alberga nella coscienza di ogni uomo.

Spesso a questa esigenza "etica" si vanno contrapponendo i messaggi che porta l'esperienza, l'empiria, (oggi espressa in dati statistici). Questi conducono ad esprimere valutazioni non tanto sulla *giustizia*, quanto sull'*utilità* o meno di uno strumento rispetto al fine che perseguiva.

Spesso la politica parla il linguaggio del simbolo; chi l'esecuzione penale la pratica quotidianamente (i magistrati, i servizi sociali, i tecnici del trattamento, ecc.), quello dell'esperienza: da cui le incomprensioni, a volte i conflitti, che disorientano l'opinione pubblica.

### 2) Responsabilità individuale – Responsabilità sociale

La pena è al centro della tensione tra altri due poli opposti: la responsabilità individuale e la responsabilità sociale.

- Tensione riconoscibile già nella lettura delle ragioni che hanno portato alla "scelta criminale": ne è esclusivamente responsabile il singolo autore, o nel suo comportamento è possibile riconoscere l'influenza di fattori esterni (culturali, economici, sociali)?

In termini più generali, si tratta della contrapposizione tra concezioni deterministiche e indeterministiche dei comportamenti devianti: quanta parte dei comportamenti individuali è frutto di una scelta? E quanto è dovuto all'incidenza dell'ambiente di provenienza? Con quali conseguenze rispetto alla pena ed in particolare alla sua commisurazione?

- Ma è una tensione che si avverte anche (e i due profili sono strettamente correlati) con riguardo al momento della concreta esecuzione della pena: la punizione deve riguardare il solo individuo giudicato colpevole? O la società intera deve essere attivamente coinvolta e "prendersi carico" del problema della pena?

Detto altrimenti: la punizione va intesa come separazione, chiusura, isolamento, cattività? O va piuttosto concepita come fenomeno "aperto", bisognoso di continui scambi con la società civile?

### 3) Repressione - Prevenzione

Ancora un dualismo: quando ci si occupa degli obiettivi della pena, al centro dell'attenzione va posta la necessità di infliggere sofferenze per il male già commesso, o piuttosto quella di evitare che altro male venga commesso in futuro? Si deve avere riguardo principalmente alla responsabilità del delinquente, o piuttosto alla sua pericolosità sociale?

Su questa differente prospettiva posa tradizionalmente la distinzione tra pene e misure di sicurezza: le pene infliggono una punizione conseguente all'accertata responsabilità per un reato; le misure di sicurezza puntano piuttosto a mettere al riparo la comunità sociale da comportamenti pericolosi.

Questa considerazione conduce ad un altro binomio, strettamente correlato e d'importanza fondamentale:

#### 4) Afflizione - Recupero

La pena deve puntare all'afflizione, ovvero a provocare sofferenza? O piuttosto al recupero del condannato?

Potrebbero, difatti, rendersi necessari *strumenti* diversi, per perseguire un fine, oppure l'altro; e soprattutto potrebbero rendersi necessari *tempi* diversi.

#### 5) Pena giusta - pena utile

«Giusta» in base a criteri di meritevolezza rispetto al male commesso. «Utile» invece per perseguire altri fini, che non siano soltanto di contrappasso.

In altri termini, ci si potrebbe chiedere se la pena sia fine a sé stessa, cioè sia di per sé un fine, che soddisfa il bisogno di rivalersi su chi ha commesso un crimine; o sia invece da guardare come un mezzo, che tende ad un'utilità: ad es. fare del deviante una persona nuovamente integrabile nella società di appartenenza.

Anche queste due prospettive richiedono modi diversi di "trattare" il delinquente e tempi di espiazione che potrebbero essere diversi.

#### 6) Fatto - Autore

Osservando il fenomeno da una ulteriore prospettiva, ci si può domandare se quando si tratti di comminare una pena, o di eseguirla, occorra guardare al fatto, (alla sua gravità, alle sue conseguenze), oppure all'autore (al suo atteggiamento, al suo impegno nel rivedere le sue scelte di vita, alle sue potenzialità di recupero).

Va ancora sottolineato come il sistema penale possa reagire diversamente a questi due fattori. Basti pensare a come un fatto di notevole gravità possa associarsi ad un autore, le cui le capacità di recupero e "revisione critica" siano assai elevate. O viceversa.

#### 7) Passato - Futuro

Un ultimo interrogativo, che ne riassume molti dei precedenti: nel porsi il problema della punizione, occorre rivolgere lo sguardo al passato, a ciò che il reo ha fatto? O invece al futuro, a quello che il reo potrà diventare?

La pena sta al centro di questa raggiera di visioni contrapposte e deve fare i conti con la necessità di soddisfare molteplici esigenze, spesso difficilmente conciliabili. È evidente che non si possano che trovare soluzioni di compromesso, lontane da geometrie perfette e regolari.

Anche perché a queste questioni di fondo, relative agli obiettivi del punire e agli strumenti più adatti a perseguirli, si aggiungono problemi molto concreti, come l'assenza di risorse economiche, l'insufficienza del personale addetto al trattamento dei condannati, il limite degli spazi disponibili.

#### *Le funzioni della pena.*

I concetti cui ho appena accennato trovano sistemazione all'interno delle tradizionali teorie sulle funzioni della pena. Quale sia lo scopo che la punizione del crimine deve perseguire è antico quanto l'uomo. Le idee a riguardo, sedimentate nei secoli, hanno trovato una sintesi in una importante classificazione, utilizzata dai penalisti per far chiarezza in questa difficile materia.

1) La pena può avere anzitutto una **funzione retributiva**: il bene va ricompensato con il bene e il male con il male. La pena è il corrispettivo del male commesso.

In questa prospettiva, la punizione trova in sé la sua causa giustificatrice. Si pone come esigenza etica, prima ancora che giuridica. La pena è la realizzazione dell'idea di giustizia che ogni uomo ha dentro di sé, nella sua coscienza: chi fa il male, deve ricevere male.

Non importa tanto proteggere la società dal delinquente, o rieducarlo. Ciò che conta è ripagarlo della stessa moneta: fargli soffrire un male – della stessa natura rispetto a quello commesso, oppure di natura diversa – come retribuzione per il male provocato.

Idea bene espressa dalla concezione hegeliana del delitto come negazione del diritto. La pena, essendo negazione del delitto, e dunque negazione di una negazione, riafferma la forza del diritto.

Al centro di questa teoria si pone l'uomo e il suo libero arbitrio. Per retribuire l'autore del male commesso, occorre muovere dal presupposto che egli abbia agito in forza di una scelta libera e consapevole; e che sia pertanto pienamente responsabile delle sue azioni, delle quali dovrà patire le conseguenze.

È una concezione fatta propria dai giuristi della Scuola classica, o liberale, che guardano all'essere umano come un individuo libero, a cui vada imputata la piena responsabilità delle sue condotte.

L'idea di pena retributiva porta con sé delle conseguenze molto rilevanti, che hanno condotto a delle fondamentali conquiste di civiltà:

- l'idea che la pena sia **personale**: la punizione va inflitta esclusivamente a chi ha commesso il reato e non ad altri, giacché il corrispettivo del male non può che essere applicato all'autore del male.

Nei sistemi giuridici arcaici, la punizione dei torti, lasciata spesso alla vendetta privata, poteva dirigersi a persone estranee al fatto criminoso, come i familiari dell'autore.

- la necessità che la pena sia **proporzionata** al male commesso: la sofferenza inflitta con la pena deve essere proporzionale a quella arrecata con il delitto.

Questa idea della proporzione segna il passaggio dalla vendetta, che è emotiva, impulsiva e spesso sproporzionata al male subito, alla pena, che è atto di ragione e quindi è una reazione proporzionata.

Proporzione, negli ordinamenti odierni, non significa equivalenza, ossia riprodurre il reato in danno dell'agente. Per molti secoli, invero, la punizione ha assunto le sembianze del reato commesso: il punire rievocava simbolicamente il crimine perpetrato e l'oggetto della pena era essenzialmente il corpo del condannato. Sino alla fine del XVIII sec., il castigo consisteva principalmente nel supplizio, nel dolore corporale, da infliggere pubblicamente.

Da un certo punto in poi, i tormenti corporali iniziarono ad essere ritenuti controproducenti, proprio per la loro «parentela» con il crimine: in tal modo gli spettatori, invece che essere distolti dalla violenza, vi si assuefacevano; inoltre, erano portati a parteggiare per il condannato e a prendere in odio il boia, che rappresentava la potestà punitiva.

Così la pena, invece che accanirsi sul corpo, prese a concentrarsi sull'anima del condannato.

È uno dei casi in cui la forza dell'esperienza ha sopravanzato quella del simbolo, portando a ripensare il problema dei modi del punire.

Oggi imperano visioni più evolute e più raffinate: la proporzionalità si fonda su equivalenze simboliche. Giusto corrispettivo è così considerato anche un male di natura diversa da quello commesso, prevalentemente rappresentato dalla privazione della libertà.

- la pena, dovendo essere proporzionata ad un male determinato, deve essere anch'essa **determinata**. Bisogna conoscere con esattezza il suo ammontare.

Il codice penale determina la misura della pena da infliggere per ciascun reato, secondo un sistema che lascia ampi margini di discrezionalità al giudice. È nella sentenza conclusiva del processo che viene stabilita la giusta quantità di pena, determinata a seconda delle variabili del caso concreto.

La legge si limita a porre dei limiti («edittali»): massimi, a volte minimi. Il giudice presceglie la giusta misura all'interno della cornice individuata dal legislatore.

- la pena deve essere **inderogabile**: in quanto corrispettivo, la pena deve essere scontata, e scontata per intero. La punizione è elemento indefettibile, cui non è possibile sfuggire.

2) **Funzione di prevenzione generale o general-preventiva**: la pena funge da strumento di intimidazione, di deterrenza, di minaccia. Deve creare timore e, in tal modo, distogliere i consociati dal compiere reati.

Più che retribuire del male già commesso, la punizione del crimine punta a prevenire quello che potrebbe essere commesso in futuro.

Qui il fondamento della pena non è "etico", ma prettamente utilitaristico: ciò che conta non è tanto ricompensare il male con il male, quanto intimidire la generalità dei cittadini, così da scacciare in loro la tentazione del delitto.

Destinataria della risposta punitiva è pertanto l'intera società, più che il singolo delinquente: la punizione del singolo è solo strumentale, è un *mezzo* per disincentivare gli altri dal comportarsi in maniera analoga, per timore di subire un castigo.

Visto che punire comporta dei grandi costi per la società, i fautori di questa teoria sottolineano come la pena non possa che essere usata per ragioni di «necessità pratica», con delle ricadute utili per la società nella sua interezza.

Per smussare un po' l'idea che la pena sia una semplice minaccia, che fa leva sul solo sentimento di paura (il che darebbe dell'uomo un'immagine poco edificante), si cerca di individuare un lato "positivo", "fattivo" nel concetto di prevenzione generale: la previsione e l'applicazione di pene rafforza nella maggioranza dei cittadini l'identificazione con il sistema di valori dominante. La pena possiede quindi una forza moralizzatrice: la forza simbolica della minaccia e dell'inflizione del castigo fanno sì che si apprendano abitudini virtuose, inducono comportamenti socialmente corretti; funzionano insomma da fattori di «socializzazione», come altre istituzioni quali la scuola, la famiglia, ecc.

Comunque la si voglia intendere, l'**inderogabilità** è requisito imprescindibile della pena anche per la teoria della prevenzione generale. Anche in questo caso, è indispensabile che le pene siano inesorabili e applicate per intero.

Il rischio più forte correlato all'idea di prevenzione generale è quello del ricorso a pene *esemplari*, secondo l'assunto che tanto più il castigo è severo, quanto più i consociati dovrebbero essere distolti dall'idea del delitto.

Questa equazione, come da tempo hanno dimostrato gli studi statistici e criminologica, non funziona. Spesso in paesi dove sono previste pene assai severe, come quella di morte, la criminalità ha un tasso analogo a quello di paesi dove i reati sono puniti in modo più mite. L'efficacia della risposta statale si misura piuttosto sulla effettività della concreta espiazione delle pene comminate.

Quello che conta davvero, per dissuadere, è che il male minacciato, anche se piccolo, sia applicato davvero.

Questa idea, del resto, ha cominciato a farsi strada già nel 1700, quando si abbandonò l'idea del supplizio. Ci si rese conto che l'efficacia della pena deve derivare non dalla sua «intensità visibile», dall'«obbrobriosa rappresentazione» della violenza punitiva, ma dalla «fatalità» della punizione, ossia dalla «certezza di essere puniti».

Massimo esponente di questa corrente di pensiero, fu BECCARIA, che sosteneva come «uno dei più grandi freni dei delitti non sia la crudeltà delle pene, ma l'infalibilità di esse». La soluzione più efficace, per questo grande pensatore, era da un lato una «dolce legislazione», ossia pene miti, non troppo severe; ma dall'altro «un giudice inesorabile», che garantisca l'applicazione e l'esecuzione della pena. «Perché una pena ottenga il suo effetto, basta che il male della pena ecceda il bene che nasce dal delitto. Tutto il più è dunque superfluo e perciò tirannico».

3) **Funzione di prevenzione speciale o special-preventiva:** la pena ha la funzione di eliminare o ridurre il pericolo che il soggetto, al quale viene applicata, ricada nuovamente nel reato. Ha cioè la funzione di evitare la recidiva.

Si guarda di nuovo al singolo autore del reato e non alla generalità dei consociati, potenziali delinquenti: per questo è detta «speciale», in contrapposizione alla prevenzione «generale».

Ma anche in questo caso, la pena sarebbe non un mero strumento di repressione, ma un mezzo per prevenire nuovi crimini. Il suo scopo è quello di evitare che il reo delinqua ancora.

Per ottenere questo risultato, possono ipotizzarsi due vie: neutralizzare l'autore del reato; o cercare di suscitare in lui un cambiamento. Da cui derivano due possibili modi d'intendere la prevenzione speciale: uno «negativo», l'altro «positivo».

La prevenzione speciale in senso «negativo» mira alla neutralizzazione del reo: non tanto per castigarlo, ma per impedirgli di cadere nuovamente nel delitto. Il reo va escluso dalla società, soppresso, allontanato. Ne sono strumenti la pena di morte, il carcere a vita, la castrazione per reati sessuali, etc.

Per raggiungere lo stesso fine di impedire la ricaduta nel delitto, opera in senso inverso la prevenzione speciale in senso «positivo»: non mira ad escludere il reo dalla società, ma ad «includerlo»; mira cioè alla sua risocializzazione: punta a far tornare il delinquente in quella comunità da cui si è estraniato con il delitto, riadattandolo. Il fine della pena è reimmettere il deviante nella società, farne un individuo nuovo, capace di rispettare le regole.

Tra i maggiori fautori di questa teoria, vi furono gli esponenti della Scuola positiva (corrente di pensiero in auge agli inizi del secolo scorso). Può essere utile rammentare, per comprendere la matrice culturale di tale posizione, la concezione positivista delle cause del reato e della criminalità, da cui deriva l'individuazione dei rimedi più acconci: il comportamento criminale non è tanto dovuto ad una scelta libera e consapevole, quanto è il risultato di una serie di condizionamenti, biologici o ambientali.

L'origine della devianza è ricondotta anzitutto ad anomalie della persona, a fattori connaturati: se si tratta di elementi congeniti, e dunque ineliminabili, il reo va neutralizzato. Oppure le cause del crimine si ricollegano alle condizioni economiche, sociali, culturali, in cui il reo si è trovato ad operare. In questo secondo caso, è possibile intervenire su tali fattori per evitare la ricaduta nel reato. Il condannato, in altri termini, va rieducato.

Questa concezione mette fortemente in discussione alcuni dei caratteri coesenziali della pena retributiva:

- a) la proporzionalità: la quantità di pena non va calibrata sulla quantità di male commesso, ma sulla personalità e sulle potenzialità risocializzative del suo autore. Quanto tempo occorre per il recupero del reo? Ecco la giusta misura della pena.
- b) la determinatezza: è impossibile stabilire a priori, in modo fisso e predeterminato, se e quando il reo sarà pronto per essere nuovamente immesso nella società; la pena va pertanto protratta fino a quando non si raggiunge questo fine.

- c) l'inderogabilità: in ragione dei risultati risocializzativi raggiunti, può essere utile attenuare progressivamente la quantità o la qualità della pena applicata, sino a pervenire ad una liberazione anticipata, benché il castigo originariamente comminato non sia stato *in toto* scontato.

Ognuna di queste teorie, ha i suoi strenui sostenitori e i suoi detrattori.

Ciascuna è assoggettabile a critiche:

- contro la concezione retributiva, può sostenersi che la pena non va concepita come mera vendetta, né può rispondere a bisogni morali, o moraleggianti, di purificazione mediante il dolore.
- contro la concezione general-preventiva può obiettarsi che la pena non può risolversi in una mera minaccia: così l'uomo è trattato alla stregua di un cane, che si tiene a bada con l'ombra minacciosa del bastone (Hegel) e finisce per perdere la sua stessa umanità. Vi è poi il pericolo di scivolare nell'idea del castigo esemplare: far pagare al singolo più del dovuto affinché si amplifichi l'effetto deterrente per la collettività.
- contro la funzione special-preventiva può sostenersi che la pena non può spogliarsi dei suoi caratteri ineliminabili di retribuzione, deterrenza e dunque inesorabilità, infallibilità e determinatezza. V'è il rischio che, in tal modo, la reazione statale non sia più avvertita come efficace. Ma non solo: in una diversa prospettiva, si evidenzia il pericolo che lo Stato si arroghi il diritto di "trattare", di plasmare le coscienze, mentre l'atteggiamento interiore dell'individuo deve restare del tutto libero, anche in uno stato di prigionia (Ferrajoli).

#### *Il carcere come pena per antonomasia.*

Per alcuni secoli si è ritenuto che la pena del carcere fosse particolarmente adatta a soddisfare le richiamate funzioni del castigo criminale: retributiva, generalpreventiva, specialpreventiva. Per questo la centralità, il quasi monopolio del carcere nel sistema delle sanzioni penali resta incontrastato per circa due secoli.

Ho già fatto cenno a come, a un certo punto, si arrivò al superamento delle punizioni corporali e alla loro sostituzione con la privazione della libertà personale. Il centro del sistema sanzionatorio, da quel momento in poi, divenne il carcere, lo stabilimento penitenziario. La punizione non consisteva più nella sofferenza fisica, ma nello stato di cattività. Ciò accadde grosso modo tra la seconda metà del 1700 e la prima metà del 1800.

Una tesi particolarmente accreditata ricollega la nascita del carcere alle profonde modifiche economiche e sociali intervenute in questo periodo storico, che vede la comparsa e l'ascesa del sistema capitalistico. In particolare, l'origine del carcere - come pena - viene ricondotta alla nascita della fabbrica.

Prima di allora, la detenzione assumeva finalità eminentemente processuali: il carcere era il luogo dove l'imputato attendeva di essere giudicato. La libertà personale veniva ristretta in attesa del processo e durante il processo. Il carcere rispondeva principalmente all'esigenza di impedire che l'imputato scappasse, sottraendosi al giudizio.

Orbene, ci si era già resi conto che anche questa carcerazione «preventiva», era di per sé percepita come una afflizione, come sofferenza: sortiva dunque un effetto punitivo. Lo stato

di cattività, isolando l'individuo dalla società, impediva altresì la perpetrazione di altri reati: sortiva quindi anche un effetto "neutralizzativo". E ancora: con la cattura e la detenzione di un soggetto individuato come responsabile del crimine si affievoliva molto nei consociati il bisogno di vendetta, sufficientemente appagato dallo stato di cattività in cui l'imputato veniva costretto. La nascita del sistema capitalistico, con al centro l'idea della vendita della forza lavoro, fece il resto. La libertà iniziò ad avere un prezzo ben determinato, quantificabile: quello delle giornate lavorative. La privazione della libertà, avvertita come sofferenza, poteva essere calibrata sul lavoro umano misurato dal tempo. Con notevoli vantaggi: si era individuato un ordine di grandezza, scindibile, misurabile, graduabile, che consentiva di istituire un rapporto di proporzionalità tra la gravità del reato e le sue conseguenze sanzionatorie. Ma con un nuovo, relevantissimo problema, che non si poneva quando il colpevole veniva soppresso, deportato, assoggettato a sanzioni corporali: cosa fare del tempo. Se la pena si snoda lungo un arco temporale più o meno lungo, sorge quasi naturalmente l'esigenza di sfruttare quel periodo, in modo il più possibile utile. E il modo migliore per farlo, è quello di educare il condannato al lavoro di fabbrica. Detenzione e lavoro forzato sono, alle origini del sistema carcerario, un binomio inscindibile.

Questa evoluzione porta al progressivo affermarsi dell'idea della pena utile, e della pena come mezzo per rieducare.

Ma davvero il carcere può soddisfare questa esigenza?

Ecco irrompere ancora la forza dell'esperienza, che oscura quella del simbolo. Ci si accorse ben presto che il carcere, che aveva imposto l'idea della punizione volta al recupero del deviante, non era affatto un luogo idoneo per perseguire questo fine. Anzi, l'istituzione carceraria si rivelava molto spesso addirittura controproducente. Il carcere è luogo criminogeno per eccellenza: l'istituzione totale, intesa come cattività, separazione dalla società, raggruppamento di individui che hanno contravvenuto alle regole della convivenza civile, difficilmente renderà chi vi soggiorna un cittadino nuovo, pronto ad essere reimmesso nella società.

Prende così ad affermarsi l'idea che il carcere non sia l'unica sanzione in grado di soddisfare i fini che il diritto penale persegue; ci sono altri modi per punire, per controllare i devianti, per rieducarli; modi più efficaci del carcere, che spesso si rivela una cura con più controindicazioni della malattia. Nascono così le *misure alternative alla detenzione*, una vera e propria rivoluzione che mira a scardinare il primato del carcere nella reazione penale.

Siamo arrivati quasi ai giorni nostri. Si diffonde a un certo punto l'idea, come recitava uno slogan degli anni 70, che occorra «liberarsi dalla necessità del carcere», trovare altre forme, altre vie per punire.

Su questo passaggio, la Carta costituzionale, e la Corte costituzionale, ebbero un'influenza decisiva.

*La pena nella Costituzione.*

Il tema del punire, dove è massimo il conflitto tra autorità e libertà è senza dubbio costituzionalmente rilevante: la Carta fondamentale se ne occupa sotto molteplici profili.

A) Può anzitutto ricavarsi dal dettato costituzionale che la pena è **necessaria**: è strumento irrinunciabile del nostro ordinamento giuridico.

Le teorie abolizioniste, che contestano alla radice il potere dello Stato di infliggere punizioni, opponendosi all'idea di «violenze legittime», non sono compatibili con la Carta costituzionale.

La Costituzione – all'art. 25 co. 2 («nessuno può essere *punito*») e 27 co. 3 e 4 («le *pene* non possono consistere...», «la *pena* di morte...») – si riferisce in modo espresso alla pena e al punire. Pertanto, il nostro ordinamento non potrebbe scollegare alla commissione di un reato, la previsione di una pena. Quando si parla di misure *alternative*, o di sanzioni *sostitutive*, si intende alternative e sostitutive alla pena detentiva, e dunque al carcere, ma non alla pena. Si tratta di pene di diversa natura.

Questo rilievo conduce ad interrogarsi su cosa caratterizzi la pena, quale sia il tratto che la distingue dalle altre sanzioni, come quelle civili o amministrative. Di regola la pena comporta una sofferenza più grave, che si concretizza in una limitazione della libertà. Ma esiste anche la pena pecuniaria, che si sostanzia in una dazione di denaro. Ed esistono oggi forme di detenzione amministrativa (CIE). L'elemento distintivo è tutt'ora ravvisato nel marchio di discredito, che solo le pene portano con sé. Esse si distinguono dalle altre specie di sanzioni anzitutto per il loro carattere stigmatizzante, per la loro forza simbolica: solo la sanzione penale attribuisce un marchio criminale, un discredito sociale, che produce vergogna (anche se si tratta di pena pecuniaria).

B) La pena va anche **distinta** da qualcosa che le somiglia moltissimo, almeno esteriormente: le misure limitative della libertà dal carattere preventivo, che oggi, tecnicamente, prendono il nome di **misure cautelari**.

È l'art. 13 Cost. ad occuparsi di queste misure provvisorie di restrizione dello *status libertatis*. L'inviolabilità della libertà personale, appena proclamato, viene affiancato allo stesso livello costituzionale da una serie di eccezioni, che riguardano precipuamente le limitazioni della libertà che possono essere disposte nel corso di un procedimento penale.

L'art. 13 Cost. si premura di statuire che ogni restrizione della libertà deve essere prevista dalla legge: il giudice, o l'autorità amministrativa, non potrebbero “creare” delle forme limitative della libertà individuale *extra legem*.

Queste restrizioni, per poter essere legittimamente applicate, necessitano inoltre di un provvedimento, motivato, dell'autorità giudiziaria. L'autorità amministrativa non potrebbe autonomamente disporle, salvo le eccezioni previste dallo stesso art. 13 Cost., sulle quali non posso soffermarmi in questa sede.

Ciò che rileva per il tema che stiamo trattando, è che da questo articolo, letto in combinazione con un altro principio costituzionale allocato all'art. 27 co. 2 Cost., si ricava la necessità di distinguere tra pene e misure cautelari.

Si tratta di una distinzione fondamentale.

L'art. 27 co. 2 Cost. impone di non considerare nessuno colpevole sino all'accertamento definitivo della sua responsabilità, accertamento che interviene solo all'esito di tutti i gradi di giudizio, quando il processo penale è irrevocabilmente concluso e i suoi risultati non sono più attaccabili. Prima di questo momento, l'imputato non può considerarsi colpevole, ossia

non va *trattato* come colpevole. Di conseguenza, le restrizioni della libertà, che potrebbero rendersi necessarie durante il processo e che l'art. 13 Cost. ammette espressamente, non possono considerarsi pene. Le misure cautelari devono avere necessariamente una natura diversa dalle sanzioni penali; contravverrebbero altrimenti alla presunzione di non colpevolezza.

Eppure esteriormente, misure cautelari e pene si somigliano moltissimo. Negli stabilimenti penitenziari si trova un grande numero di ristretti in custodia cautelare. Ma vanno tenuti separati, anche fisicamente, dai così detti «definitivi».

Ciò che distingue le due categorie di detenuti è un elemento in larga parte invisibile, ma importantissimo: sono differenti gli scopi della detenzione, le finalità della restrizione della libertà. I fini delle restrizioni cautelari non possono essere quelli della pena, altrimenti si avrebbe una sovrapposizione intollerabile tra chi è stato dichiarato definitivamente colpevole e chi ancora va considerato innocente.

Ne deriva che alle misure cautelari non possono assegnarsi funzioni corrispondenti alle misure sanzionatorie: retribuire, fungere da deterrente o rieducare. Occorre che soddisfino altre funzioni, sulle quali non mi soffermo, ma che il codice di procedura penale individua nell'evitare la fuga, l'inquinamento probatorio o la perpetrazione di altri reati. Il legislatore potrebbe immaginarne altre, purché non abbiano funzione punitiva.

C) La pena è soggetta al principio di **legalità**: deve essere prevista dalla legge (lo si ricava dal 25 co. 2: «nessuno può essere punito se non forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso»).

Non significa che il legislatore debba prevedere una pena fissa in corrispondenza di ogni reato, a guisa di tariffario. Al contrario: per meglio raggiungere i suoi fini, la pena deve essere modulata sul caso concreto, tenendo conto della gravità del fatto e della personalità del reo.

Ho già accennato alla tecnica legislativa adottata, che combina le due esigenze, di legalità e variabilità in relazione al caso concreto: si prevedono un minimo ed un massimo, entro i quali va esercitata la discrezionalità del giudice.

D) La pena è **personale**.

Lo si ricava dall'art. 27 co. 1 Cost.: se «la responsabilità penale è personale», la pena non può che essere applicata all'autore del reato.

Ho già fatto cenno a come questo concetto sia stata una fondamentale conquista di civiltà: non potranno essere puniti altri per il fatto commesso da un dato autore.

Si ritrova qui un riferimento costituzionale alla responsabilità del singolo, tema caro alla Scuola classica, per cui l'individuo va reputato personalmente responsabile delle sue azioni e per esse va retribuito.

E) Da questo stesso principio, letto in correlazione con l'art. 3 Cost. si ricava anche l'idea che la pena debba essere **proporzionata** al fatto commesso.

Non si possono trattare in modo diverso situazioni uguali e situazioni uguali in modo diverso. E non è concesso di reagire alla perpetrazione del reato con pene esemplari, perché

ciò significherebbe far pagare al singolo una sofferenza superiore – rispetto a quella “giusta” in rapporto al male commesso – avendo di mira gli altri. Slittamento, questo, che contravverrebbe all’idea della pena come conseguenza della responsabilità personale.

F) La pena deve essere **umana**: l’art. 27 co. 3 bandisce ogni trattamento disumano e crudele.

Corollario di questo principio è quello per cui non è ammessa la pena di morte (art. 27 co. 4) ormai espunta definitivamente dal nostro sistema giuridico con la legge costituzionale n. 1 del 2007 (nemmeno le leggi penali di guerra potrebbero introdurla).

Questo principio va ad illuminare l’intero trattamento di chi sconta una pena, in particolare detentiva. Esso va letto in stretta correlazione con l’art. 2 Cost.: anche il detenuto è un essere umano e gli vanno riconosciuti i diritti inviolabili della personalità, ancorché si trovi in uno stato di limitazione della sua libertà. Ad essere compresso, per l’appunto, è solo il bene della libertà personale, mentre restano da garantire, pur con gli opportuni adattamenti dovuti allo stato di prigionia, gli altri diritti costituzionali.

Il diritto all’integrità fisica, naturalmente. E a tale riguardo anche l’art. 13 co. 4 ribadisce il concetto, a scanso di equivoci. Il diritto alla salute. La libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero, di praticare il culto, di coltivare, per quanto possibile, le relazioni familiari; ma anche il diritto al lavoro, il diritto di associarsi e, si ritiene, anche quello di scioperare.

Nel microcosmo del carcere, adattati alla particolare realtà dello stabilimento penitenziario, debbono trovare riconoscimento i diritti fondamentali dell’individuo.

G) Sinora ho posto in risalto alcune caratteristiche della pena, degli attributi posti dalla Costituzione.

Ma la Carta fondamentale si esprime anche riguardo ai fini che la punizione deve perseguire. L’art. 27 co. 3 Cost. prende una aperta posizione a favore del **finalismo rieducativo** della pena (prevenzione speciale in senso positivo).

Prima dell’entrata in vigore della Costituzione, prevalevano le concezioni della pena incentrate sulla retribuzione e sulla general-prevenzione, che avevano imperversato nel periodo immediatamente precedente, quello totalitario. L’art. 27 co. 3 Cost., invece, prevede esplicitamente solo il fine rieducativo, senza menzionare gli altri tradizionali scopi della sanzione criminale.

Si cercò subito di smorzare questa presa di posizione:

- sottolineando come durante i lavori della Costituente il fine rieducativo della pena apparisse in apertura della norma, mentre poi fu posposto al principio di umanità della pena, come a volerne ridimensionare la portata;

- dando valore al verbo «tendere» e dunque guardando alla rieducazione come ad una mera tendenza, una semplice aspirazione; si sostenne infatti la natura programmatica, e non immediatamente precettiva, della norma in parola.

Questi tentativi tennero per molti anni a freno, ma non riuscirono alla fine a bloccare, la forte portata innovatrice della norma costituzionale. Si può dire che proprio da questa espressa presa di posizione si trasse la forza per rimettere mano, anche se con molto ritardo, al sistema dell’esecuzione penale.

La Costituzione imponeva una svolta anzitutto nel modo di eseguire la pena detentiva: il soggiorno in carcere non doveva ridursi ad una mera prigionia, ma doveva essere visto come occasione di rieducazione. In secondo luogo, la stessa vocazione rieducativa della pena portava alla ribalta la necessità di individuare modi di punire diversi dal carcere, che aveva già dimostrato tutti i suoi limiti come luogo di recupero per il condannato. Occorreva pertanto introdurre strumenti diversi, che consentissero, meglio della pena detentiva, di realizzare quel fine rieducativo che la Costituzione imponeva.

Questo modo di guardare all'esecuzione delle pene, con la lente della rieducazione, comporta una serie di implicazioni relevantissime.

Lo abbiamo già evidenziato: al principio della inderogabilità della esecuzione integrale della pena comminata in sentenza deve sostituirsi quello, del tutto opposto, della sua **modificabilità in corso di esecuzione**.

La pena, per essere strumento di rieducazione, non può risolversi in un'entità fissa, granitica; ma deve essere malleabile, riadattabile "in corso d'opera" ai progressi rieducativi del condannato.

Nell'applicarla non si deve più tanto guardare al passato, ossia al fatto commesso. Lo sguardo va piuttosto rivolto al presente e al futuro del condannato.

Il fatto criminoso è un dato storico, non più modificabile; mentre l'autore è un individuo, come tale in continua evoluzione.

Questa diversa prospettiva è causa di qualche contraddizione del nostro sistema giuridico, che provoca disorientamento. Durante il processo penale, che culmina con la sentenza e con la comminatoria della pena, bisogna guardare essenzialmente al «fatto». Ma appena il processo si chiude, e si apre la fase esecutiva, occorre guardare all'«autore». La pena, che ha al centro l'individuo e la sua rieducazione, va concepita anch'essa come fenomeno in divenire, suscettibile di modificazioni qualitative e quantitative:

- la pena può cambiare forma: passare dalla mera reclusione a misure punitive di tipo diverso, più adatte al percorso rieducativo del reo;
- può anche cambiare entità: diviene graduabile, non più indefettibile. Il buon comportamento, il progresso nella rieducazione, possono portare ad accorciarla.

#### *La legge di ordinamento penitenziario*

A queste idee, scaturenti dal dettato costituzionale, è improntata la nostra legislazione penitenziaria (l. 354/1975). Dagli articoli d'esordio emerge con chiarezza come l'idea di pena coincida con quella di «trattamento individualizzato» e di «trattamento rieducativo».

Queste espressioni non vanno intese in senso moralistico. Non si tratta di inculcare al condannato il punto di vista dominante, bensì di offrirgli una occasione di risocializzazione.

L'uomo resta libero nella sua coscienza, anche se le sue idee potrebbero non coincidere con quelle della maggioranza dei consociati. Ma deve essere almeno educato al rispetto delle regole della convivenza civile.

La stessa soggezione al trattamento è libera: consegue ad un atto di volontà, che tende a responsabilizzare il condannato, cui si richiede un atteggiamento attivo e non di mera sopportazione passiva della punizione. In ciò si individua la ragione della locuzione

utilizzata dalla Carta fondamentale, ove si precisa che la pena può soltanto «tendere» alla rieducazione.

Si introduce così un sistema di premi e benefici volti ad incentivare i buoni comportamenti in carcere (permessi premio, possibilità di lucrare sconti di pena). Essendo immediatamente fruibili, servono da pungolo alla buona condotta del detenuto, con ricadute assai positive sulla gestione della sicurezza in carcere, che prima della legge del 1975 era un problema di difficile soluzione. Vi erano state numerose rivolte e ripetuti episodi di violenza entro le mura carcerarie. Il sistema premiale rende molto più facile il governo degli istituti di pena.

Al contempo, si immette nell'ordinamento un sistema di alternative al carcere (affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà), facilitando l'esecuzione penale "esterna".

Si tratta non di *rinuncia* a punire; ma di *modi diversi* di punire.

«Pena», difatti, va intesa come limitazione della libertà e non per forza come istituzione totale. Le misure alternative contengono elementi affittivi, che si concretizzano in compressioni della libertà personale. Si tratta di "gabbie invisibili", fatte di prescrizioni, obblighi e divieti, che seguono il condannato passo passo. Ma la pena (e vale per quelle brevi, o per l'ultima fase di quelle più lunghe) viene scontata a più stretto contatto con la società, sotto il controllo dei servizi sociali e delle forze di polizia.

La società esterna è chiamata a svolgere un ruolo di prim'ordine; in sottofondo, vi è l'idea che il problema criminale vada risolto con l'inclusione, più che con l'esclusione.

I sistemi alternativi implicano oltretutto comportamenti attivi e fattivi, oltre che divieti e limiti: lavoro, assistenza familiare, riparazione del danno causato alle vittime.

Emblematico l'affidamento in prova al servizio sociale, la principale tra le misure alternative, che assomma tutte queste caratteristiche: la presa in carico da parte della società, la tendenza all'inclusione, la messa alla prova e la responsabilizzazione del condannato. Se sentenza di condanna si subisce, il verbale di affidamento si sottoscrive.

*La concezione polifunzionale della pena:*

Le altre, tradizionali, funzioni della pena non sono state accantonate solo perché la Costituzione non le menziona espressamente. Vengono invece considerate caratteri ineliminabili del concetto di pena. Che la sanzione penale serva come corrispettivo del male, o come minaccia, è talmente "naturale" che in fondo non occorre nemmeno dirlo; che debba tendere alla rieducazione è forse meno scontato ed è per questo che si è avvertito il bisogno di esplicitarlo.

Così, la stessa Corte costituzionale ha sempre affermato che alla pena debba riconoscersi un carattere «polifunzionale». La punizione deve essere volta a soddisfare tutti i fini su cui ci siamo soffermati, che coesistono in un difficile equilibrio. Si è parlato anche di concezione «eclettica» della sanzione criminale, che lascia tuttora spazio a scopi diversi da quello eminentemente rieducativo. Anche perché l'idea di rieducazione, per funzionare, ha bisogno di ingenti risorse, di un impiego maggiore di mezzi e persone: basti pensare agli educatori, ai servizi sociali, e, più in generale, ai tecnici del trattamento. Nei periodi di crisi economica,

spesso accompagnati da un generale senso di insicurezza, finiscono così per tornare in auge le vecchie concezioni retributive e generalpreventive della pena.

Per giustificare questo ritorno indietro, si insiste sull'allarmante perdita di effettività della sanzione penale, sull'erosersi della sua certezza e della sua efficacia deterrente. E affiorano, forti, tendenze alla ricarcerizzazione, volte a riportare il carcere al centro del sistema sanzionatorio. Nonostante - e di questo va dato atto - gli indubitabili successi portati dalla nuova legislazione penitenziaria. I fallimenti talvolta ci sono e le cronache non mancano di enfatizzarli. Ma sono una percentuale irrisoria rispetto ai casi in cui il sistema funziona.

Nel materiale a vostra disposizione, propongo un esercizio istruttivo: dati alla mano, possiamo davvero pensare di rinunciare al sistema delle misure alternative, dei benefici penitenziari? Se vorrete cimentarvi nell'esperimento, forse giungerete a condividere la mia affermazione iniziale: una soluzione definitiva al problema della pena probabilmente non c'è.