

«RIVOLTARSI NELLA FECCIA DI ROMOLO»

Lessico di legge, situazioni di stallo, aporie del “trattamento”*

Alberto di Martino

ABSTRACT

Il contributo discute della rilevanza di alcune situazioni-limite che si verificano nella realtà pratica dell'esecuzione penitenziaria (in particolare, in tema di incompatibilità carceraria, di rapporti genitoriali, di aiuto ai fini del definitivo reinserimento nella realtà sociale), come spia di *deficit* fondamentali dell'attuale regime di ordinamento penitenziario e dello stesso concetto di 'trattamento' che ne sta alla base. Si denuncia in proposito la mancanza di saperi nomologici in materia di 'trattamento' ed il sostanziale disinteresse per questa lacuna, che finisce con il rimettere alla discrezionalità dell'amministrazione in senso lato (comprensiva dell'area trattamentale) l'intera fase esecutiva. Infine, auspicando almeno la perdita di centralità dell'esecuzione carceraria, si segnala un diverso ruolo che dovrebbe competere alla legalità dell'esecuzione (ed ai saperi giuridici): se, rispetto ad un carcere inteso come residuale, ciò che diviene centrale è definire le condizioni della legalità, si tratterà di studiare in che cosa può essere tutelata e valorizzata la persona in un'istituzione di questo tipo; ma certamente non potranno essere i giuristi a farlo. Il loro compito sarà quello di esplicitare tutte le condizioni di tutela normativa della persona a chi possa studiare, alle condizioni normative date, cosa può essere scientificamente plausibile in termini di promozione dell'individuo.

SOMMARIO

1. Premessa: di quale postura non convenga quando si parla di pena carceraria. – 2. Situazioni di stallo. – 2.0. Una cornice concettuale preliminare: teorie sulla pena; diritto della pena; diritto nella pena. – 2.1. Primo esempio. – 2.2. Secondo esempio. – 2.3. Terzo esempio (molto generale). – 3. A proposito di trattamento.

*Testo dell'intervento al Seminario di studi su “Utopia e carcere” promosso dal Centro di ricerca interdipartimentale sull'utopia dell'Università di Milano, tenutosi a Ventotene, 27-28 settembre 2014 (destinato agli atti del Seminario).

1.

Premessa: di quale postura non convenga quando si parla di pena carceraria.

Queste note brevi sono scritte in nessuna veste, perché questa sembra l'attitudine appropriata o almeno non disdicevole per chi, da un lato, appartiene senza meriti reali al campo degli accademici di diritto penale (con l'iniziale minuscola ed in senso puramente amministrativo), dall'altro, come Garante dei detenuti in ambito comunale, ha accettato – per usare l'espressione molto colorita di Giambattista Vico – di rivoltarsi nella feccia di Romolo¹, cioè nella realtà effettuale, pur se non proviene, disdicevolmente, da una storia personale d'impegno in questo specifico "universo" (concentrazionario). Dalla prima dimensione traggio la fondazione, che in questa sede non mette conto di documentare, di alcune valutazioni delle quali pure si deve portare una responsabilità "scientifica"; dalla seconda dimensione traggio il sollievo per una libera conversazione, che muove da una prospettiva particolare e forse in controtendenza, anche se non solitaria, che ho mutuato – genesi culturale che è d'obbligo dichiarare – da Tullio Padovani²; e che, dichiarando una sfiducia irretrattabile nei confronti del "trattamento *nel* carcere", può irritare molti di quanti appartengano alla prima dimensione, come del resto al contesto della seconda (magistrati di sorveglianza compresi).

Quando ci si occupa di pena carceraria, si è tentati subito – parlo a titolo personale – di "deporre la penna", assaliti, come scriveva Alessandro Margara, da un «dubbio atroce: quello di parlare di nulla e per nulla»³. In realtà, Margara poteva aver ragione sulla seconda parte dell'emistichio (il parlare per nulla, cioè invano); è invece riuscita involontariamente infelice la prima parte, perché quando si assume ad oggetto del discorso il carcere ed il senso della pena che si esegue dentro il carcere, ci si riferisce ad un universo totale, che se del caso ha la vocazione a nullificare ma in sé è l'opposto del nulla – è, se si vuol dir così, l'essente totale. Se si parla e si scrive di carcere, allora, il dubbio è superabile con facilità assumendo innanzi tutto l'unico atteggiamento possibile e legittimo, quello di: *a*) abbandonare la metafisica; *b*) abbandonare ideologie sistematicamente smentite dalla realtà; *c*) sostituire l'idea del diritto dell'esecuzione penale come disciplina umanistica con quella del diritto come disciplina empirica (architettura sociale, che *deve* coniugarsi con variegata altre discipline scientifiche, come la scienza economica, l'architettura, l'antropologia, la psichiatria eccetera); *d*) soprattutto, adottare quell'attitudine di cui ha scritto non a caso un architetto ed urbanista, Leonardo Benevolo, ricordando Le Corbusier e i tre doveri di un architetto: «il faut se battre contre des moulins. Il faut renverser Troie. Il faut être cheval de fiacre, tous les jours» (bisogna battersi contro i mulini a vento; abbattere Troia; esser come cavallo da tiro, tutti i santi giorni).

2.

Situazioni di stallo.

Con questo spirito, e con l'implicito retroterra della consapevolezza dell'attuale situazione carceraria italiana, s'intende brevemente riflettere – a partire da alcuni problemi almeno apparentemente 'minori' (le chiameremo "situazioni di stallo") che si pongono per i soggetti in esecuzione penitenziaria – sul lessico della nostra attuale legge di ordinamento penitenziario (OP), sulla sua sintassi (leggi: la sistematica in cui traluce l'ideologia), sulle prospettive. Uno sguardo, dunque, interamente e consapevolmente fisso sulla realtà nazionale.

¹ G.B. VICO, *Principj di scienza nuova*, 3^a rist., Napoli, 1744, Libro I, Cap. "Degli Elementi", VI, p. 74): «La Filosofia considera l'uomo quale dev'essere, e si non può fruttare, cha pochissimi, che vogliono vivere nella Repubblica di Platone, non rovesciarsi nella feccia di Romolo»; Vico riprende invero quasi testualmente un'immagine di Cicerone, *Lettere ad Attico*, II, 1.8 (con *faex Romuli* l'oratore si riferiva al primitivo gruppo di seguaci di Romolo: similitudine d'ogni accozzaglia di vizi ed egoismi, che però seppe dare origine al popolo romano).

² Cfr. il fondamentale lavoro, del quale ci si può solo rammaricare che non vi sia stata una traduzione in lingue veicolari, su *L'utopia punitiva*, Milano, 1981. Sono state edite di recente le (trascrizioni delle) lezioni sulla pena carceraria: cfr. T. PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa, 2014.

³ A. MARGARA, *Quale giustizia? Repetita non iuvant: ancora sulla pena e sul carcere*, in *Questione giustizia*, 2002, 1032.

2.0.

Una cornice concettuale preliminare: teorie sulla pena; diritto della pena; diritto nella pena.

Quando ci si riferisce a problemi ‘minori’ sul piano concettuale e pratico, occorre peraltro un chiarimento concettuale preliminare. Il rapporto fra diritto e pena si disloca in effetti su almeno tre livelli concettuali.

Il primo, tipico della filosofia del diritto penale, si occupa delle teorie *sulla* pena; storicamente, si è arrivati a sostenere anche il diritto alla pena (è la notissima posizione di Hegel)⁴, ragionando bensì in generale ma a partire da un assunto implicito di base, rappresentato dal riferimento se non esclusivo, almeno preponderante, alla pena carceraria. Per queste teorie, ancora Alessandro Margara ha parole dure: la riflessione sulla pena e sulla sua funzione «si muove sopra la realtà: penso, sostanzialmente ignorandola». Più modernamente, per fortuna, a partire dalla realtà sono poste le domande sul perché punire, se punire, come punire⁵.

Il secondo livello è quello del diritto *della* pena: il complesso delle regole che l'ordinamento detta per quella particolare fase che si apre dopo la sentenza di condanna. Materia che i penalisti⁶ – intendo qui il termine secondo la divisione accademica delle discipline – hanno di regola snobbato almeno per larga parte della sua estensione. In effetti, a partire dalla stagione del celebrato ritorno dell'idea della certezza della pena, davanti allo sfacelo del sistema sanzionatorio, le cure sono state attratte pressoché interamente dalle misure *lato sensu* alternative, fino alla svolta, meritoria, che in anni recenti ha virato l'attenzione penalistica verso le risposte conciliativo-riparative⁷. Ma il diritto dell'esecuzione carceraria della pena è rimasto dominio dei cultori del diritto penitenziario, vagamente attratti, sempre nell'ottica delle ripartizioni accademiche, nell'area processualpenalistica; forse c'è la sotterranea convinzione che il diritto penale ‘alto’ abbia esaurito il suo ruolo con la pronuncia della sentenza (anche quando questa sia di condanna)⁸; il resto è arnese tecnico, procedura (certo, assistita dal diritto: per questo ci vuole un processualista), “fatticità”.

Infine, c'è il livello del diritto *nella* pena: è il livello più basso, nel senso che è quello più vicino alla realtà dell'esecuzione e rispetto al quale l'immagine della frammentarietà del diritto penale si traduce paradossalmente in pratica: paradossalmente, cioè con significato capovolto rispetto a quello ad essa assegnato nella teoria del reato: nel mare dell'esecuzione come fatto (casamai normato in via potentemente amministrativa), il diritto coglie la realtà in modo del tutto puntiforme. È proprio su questo livello che si collocano le questioncelle alle quali accennerò in questa sede ed al quale si gioca la partita della legalità *nella* pena.

Situazioni di stallo: nelle quali, cioè, la realtà paralizza la norma, la fatticità sovrasta la validità, il diritto sembra impotente, è bloccata l'amministrazione. Sono bensì situazioni-limite, ma nella realtà ben ricorrenti; a ben vedere, aiutano a decifrare le strutture mentali, esattamente come quei test sui materiali (o su certe categorie di umani: ad esempio, i candidati astronauti), appositamente fatti in condizioni estreme per comprendere come si comporterebbero in situazioni normali.

⁴ Posizione ipocritamente irridente; opportunamente chiosa M.A. CATTANEO, *Sulla filosofia penale di Kant e di Hegel*, in *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, a cura di L. Eusebi, Milano, 1989, 136: «una prima caratteristica del diritto deve essere la sincerità, il rispetto per la verità».

⁵ Fondamentale, per tutti, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989; di recente v. l'antologia di brani in Id., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2014. Si possono ascrivere a questo livello “alto” i lavori sulle diverse prospettive di superamento della vicenda del reato e dell'esecuzione carceraria: mi limito a ricordare, semplicemente come avvio ad ulteriori letture, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; C. MAZZUCATO, I. MARCHETTI, *La pena in castigo. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2006; S. CECCHI, G. DI ROSA, P. BONETTI, M. DELLA DORA, *Sulla pena*, Macerata, 2013 (prefazione di G. Fiandaca).

⁶ Il riferimento è alla realtà italiana; non ho dati per una comparazione. In Germania l'attenzione allo *Strafvollzugsrecht* sembra maggiore, almeno a giudicare fuggacemente dal numero di manuali disponibili, di provenienza accademica; ma potrebbe essere impressione infondata.

⁷ Solo come espressivi di orizzonti e come avvio ad ulteriori letture, rinvio per tutti a: E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, Milano, 1990. Cfr. anche la nota 4.

⁸ Convinzione peraltro ben radicata nella tradizione: cfr. le osservazioni di H. VON HENTIG, *The Clinical Method in Teaching Criminal Law*, 24 *Journ. of Crim. L. and Criminology* 1081 (1934), 1086 (=24 *Am. Inst. Crim. L. & Criminology* 1081 (1933-1934); anche online: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc>.

2.1.

Primo esempio.

Un provvedimento del giudice civile in sede di separazione o divorzio accorda ad uno dei genitori il diritto di visita ai figli minori. Accade che questo sia detenuto, e diventa estremamente problematico concordare un calendario: perché l'altro genitore oppone resistenza; perché non starebbe scritto da nessuna parte che il minore debba essere obbligato a visitare il genitore in carcere; perché il carcere non ha un'adeguata sala colloqui per i minori; perché anche in considerazione di questa complessiva situazione le preferenze culturali degli operatori sociali sono nel senso di tutelare in questo, al massimo grado, il minore, ecc. Si ricerca una soluzione, e magari questa è felicemente trovata – dopo molto tempo – nel senso di far svolgere incontri protetti presso un “centro affidi” esterno al carcere. Per gli incontri esterni però il detenuto deve poter beneficiare di un permesso e ben può accadere che egli non abbia diritto al permesso premio (introdotto nell'ordinamento solo alla metà degli anni Ottanta)⁹, perché non rientra nelle relative categorie (art. 30-ter co. 4 OP). Qualche magistrato di sorveglianza aveva fatto leva sulla norma (quella originaria) in tema di permessi per ragioni eccezionali (art. 30), valorizzandone il secondo comma: «analoghi permessi possono essere concessi eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità». Ma è interpretazione (comprensibilmente) rientrata presto nei ranghi, ravvisandosi nel solo permesso premio lo strumento congruo per questo tipo di esigenze¹⁰. Interpretazione restrittiva, quest'ultima, che però si basa su un assunto la cui paradossalità sistematica è pari alla sua (apparente) stringenza logica: quello secondo il quale il permesso *ex* art. 30 – riservato a situazioni eccezionali e non destinate a durare nel tempo – non sarebbe strumento di trattamento penitenziario. Affermazione paradossale, perché, da un lato, comprensibile in sé, dall'altro finisce con il porsi in frontale contrasto con la collocazione sistematica della disposizione, collocata appunto fra le modalità del trattamento: l'atteggiamento ermeneutico irrita al pari (se si vuole) della costruzione legislativa, tanto più in quanto ripetuto con inesorabile *refrain*¹¹. Si potrebbe replicare a quanto qui rilevato, nel senso che il trattamento non avrebbe *contours*, se vi s'inglobasse anche quel tipo di permessi; ma questo è appunto il tema: il trattamento, o comprende voracemente tutto, o non è (se ne riparerà più avanti).

L'esito della situazione è la sostanziale disapplicazione, magari solo temporanea, ma cospicua, del provvedimento del giudice civile; nonché la quiescenza della prescrizione dell'art. 388, co. 2 c.p. nei confronti di chi eluda dolosamente le prescrizioni del giudice civile, per l'appunto, in tema di affidamento dei minori.

Per incidens, nei principali commentari di diritto penitenziario l'impatto della questione non sembra avere particolare risalto, e le parole spese sul tema si attestano, asciutte, su linee scrupolosamente quanto essenzialmente esegetiche¹².

La soluzione può essere trovata in via empirica, come alcune volte accade. Potrebbe non essere sufficiente; ed allora v'è da chiedersi, da un lato, se le norme di riferimento non possano essere riguardate diversamente; dall'altro lato, quale sia la reale portata di prescrizioni a maglie larghe e dalla bell'ispirazione, declamatorie ma dal contenuto normativo in fin dei conti evanescente.

A) Nel primo senso, si potrebbe ragionare proiettando sulle disposizioni pertinenti una logica “spinta” d'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata. Se ne delineano qui i tratti ipotetici, declinando quasi per *divertissement* la cadenza di un'immaginaria, disperata istanza:

posto che in sede di separazione coniugale il giudice civile ha stabilito il diritto di incon-

⁹ Con la l. n. 663/1986, variamente modificata in seguito.

¹⁰ Cfr. perentoriamente da ultimi, nella manualistica, S. ARDITA, L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *Diritto penitenziario*, Roma, 2014², 160. Lo strumento dei colloqui (artt. 37, 61 Reg. O.P.) non risolve in realtà il problema di fondo sottostante al mantenimento dei rapporti familiari *sub specie* di “genitorialità”, che è quello del rapporto fra i minori ed il penitenziario.

¹¹ Cfr. ad es. la giurisprudenza riportata in F. PERONI, A. SCALFATI, *Codice dell'esecuzione penitenziaria – annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2006, 233.

¹² Cfr. sull'art. 30, ad es., G. LA GRECA, Art. 30, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, 3^a ed. a cura di F. Della Casa, Padova, 2006 (nonché dello stesso Autore il commento all'art. 30 *bis*). L'edizione citata non è l'ultima, ma nel merito la conclusione non muta.

trare il proprio figlio, «se libero», nei termini stabiliti dal relativo provvedimento;
 che rientra nei diritti di genitore, riconosciuti dagli artt. 4 e 28 OP, quello di incontrare i propri figli;
 che la richiesta di incontrarli in ambiente esterno all'ambiente carcerario altro non è se non la specificazione di una pretesa, espressa direttamente dalla legge, di «particolare cura» nel mantenere e migliorare le relazioni familiari (art. 28);
 che i servizi sociali sono senz'altro favorevoli agli incontri, da svolgere in forma assistita;
 che non ostante pertanto ragioni di tutela del figlio, che anzi sarebbero molto meglio preservate se gli incontri potessero avvenire, come richiesto, in un luogo diverso dall'ambiente carcerario;
 che l'interpretazione rigorosa dell'art. 30, co. 2, OP, nella parte in cui stabilisce che i permessi «possono essere concessi eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità», priverebbe il richiedente dell'unico strumento previsto dalla legge che gli consenta l'esercizio del proprio diritto per come è stato riconosciuto dal giudice civile;
 che dunque, quanto al requisito della *eccezionalità*, esso deve essere inteso nel senso che consenta il permesso nei casi nei quali sarebbe impossibile l'esercizio altrimenti di un diritto fondamentale: la situazione sarebbe, per l'appunto, eccezionale ogni qualvolta non vi sarebbero altri strumenti per consentire l'esercizio del predetto diritto fondamentale;
 che quanto all'*evento familiare di particolare gravità*, esso deve essere riferito non soltanto alla «causa» della concessione del permesso, ma anche all'effetto di pregiudizio che si determinerebbe qualora il permesso non possa essere accordato; in questo caso, una separazione del padre dai figli, non prevista dal giudice civile né imposta dalle stesse norme di ordinamento penitenziario (il che accadrebbe comunque, del resto, se i servizi sociali escludano la opportunità di incontri in carcere: ciò potrebbe ben accadere); l'evento di particolare gravità è dunque un provvedimento del giudice civile che consenta al padre di vedere i figli «se libero»;
 che ove non si acceda a tale interpretazione l'art. 30 O.P. sarebbe incostituzionale per violazione degli artt. 3, 27 co. 3, 30 co. 1, 31 co. 1, 117 Cost. in rel. art. 8 CEDU, nella parte in cui non prevede che il permesso possa essere concesso al fine di esercitare un diritto fondamentale altrimenti non esercitabile.

B) A questo punto, ed è il secondo aspetto, il vero problema è rappresentato proprio dal contenuto dei diritti familiari previsti dall'OP.

Il riferimento è infatti, nello specifico, all'art. 28, inserito ad un certo punto, piuttosto casuale, del capo III del Titolo I, dedicato alle «modalità del trattamento». Tale norma, come si sa, afferma che «particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie». Ora, se ci si voglia soffermare un poco impietosamente sul contenuto normativo di questa previsione di legge, si nota in prima battuta che non sono identificati i destinatari specifici della prescrizione (e dobbiamo pertanto scivolare al piano del regolamento, che vedremo subito); quanto al contenuto della prestazione richiesta, la legge si limita ad un'enunciazione empatica: «particolare cura». Andiamo dunque al piano regolamentare¹³: l'art. 61 prevede più specificamente che la «particolare cura» si specifichi nella predisposizione di programmi d'intervento, concertata fra direzione dell'istituto e centri di servizio sociale; e si riproduce nella «particolare attenzione» ad affrontare la crisi conseguente all'allontanamento del soggetto dal nucleo familiare, a rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli, specie in età minore, e a preparare la famiglia, gli ambienti prossimi di vita e il soggetto stesso al rientro nel contesto sociale (ad es., aumentando la frequenza dei colloqui, o la durata delle visite).

Ora, queste prescrizioni sono inserite bensì come elemento del trattamento, ma si tratta nella sostanza di direttive di politica sociale rivolte prevalentemente ad un'azione esterna. Quanto alla posizione del condannato, per un verso egli non partecipa istituzionalmente alla predisposizione del programma che lo riguarda, ma ne è allo stesso tempo presupposto (in quanto osservato)¹⁴ e semplice destinatario; per altro verso, è decisiva la valutazione – insindacabile – del gruppo di osservazione, in base alla quale si orienta il direttore nell'allargare le

¹³ D.P.R. 30.6.2000, n. 230.

¹⁴ Il tipo di «specifiche indicazioni» (art. 61.2 Reg.) date dal gruppo di osservazione dipenderà infatti dal tipo e dal grado di risposte (comportamentali) fornite dal detenuto.

maglie dei colloqui. Discrezionalità guidata, quella di quest'ultimo; per il resto, *tutto è nelle mani di un sapere tecnico* (della cui natura sarebbe necessario discutere, anche alla luce della prorompente evoluzione delle conoscenze neuroscientifiche)¹⁵ ipotizzare un controllo sul quale, che non sia di mera verifica della coerenza motivazionale dei provvedimenti da parte del magistrato di sorveglianza, sembra davvero velleitario. Su questo aspetto avremo modo di tornare in chiusura (§ 3).

Non si vuole qui sostenere che un sistema così congegnato sia in assoluto inopportuno; ma di *diritto ai rapporti familiari*, che rilevi come concretizzazione dell'art. 4 OP, qui non si vede francamente traccia: a meno di non voler affermare che, insomma, in penitenziario i concetti altrimenti usati come giuridici sono inevitabilmente impressionistici.

Mutatis mutandis, e forse con ancora maggiore perentorietà, queste considerazioni valgono per le disposizioni degli artt. 45 e 46 OP (nonché 94), delle quali è possibile dire, *tout court*, che non sono applicate (§ 2.3).

2.2.

Secondo esempio.

Può accadere (accade) che le condizioni di salute di un detenuto siano tali da determinare una dichiarazione d'incompatibilità carceraria. Tuttavia, la persona non dispone di un alloggio idoneo in cui eseguire una misura domiciliare, né le autorità sanitarie locali sono in grado di garantire la disponibilità d'un luogo pubblico di cura, e dunque non può essere liberato.

L'art. 47-ter, co. 1 (cioè, ora, il secondo comma), lett. c) OP prevede che la pena della reclusione non superiore ad una data misura possa essere espiata «nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza» quando la persona sia «in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali». L'art. 47-ter, co. 1-ter prevede inoltre che «quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione». Fra le disposizioni del codice penale in tema di differimento obbligatorio o facoltativo della pena e norme dell'ordinamento penitenziario in tema di presupposto per la detenzione domiciliare, finisce con il determinarsi un intreccio poco decifrabile od un gioco di specchi in cui il ruolo decisivo è giocato, per un verso, dalle autorità di p.s. che vagliano l'inidoneità del domicilio (che non lo sarà mai se si trova, ad esempio, in «zona di spaccio»; sarà raro che l'abitazione indicata si trovi in un «quartiere-bene»); per altro verso, dalle condizioni esistenziali del detenuto: tanto peggiori esse appaiono (es., indisponibilità di idonea abitazione, come pure di pubblici luoghi di cura), tanto meno garantito sarà il diritto alla salute, od alle cure.

Ci si potrebbe chiedere, pertanto, se non sia il caso di modificare gli atteggiamenti della prassi circa le disposizioni di riferimento ed i loro reciproci rapporti. Così, i presupposti per il rinvio obbligatorio *ex art. 146 c.p.* sono particolarmente rigorosi ed espressi in un tenore letterale che sembra insormontabile¹⁶, e per la verità esprimono un rigore francamente ai limiti del parossismo: su di esso non sarebbe inopportuno riflettere già nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente conforme (o prospettare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 27, nella parte in cui si riferisce al senso di umanità); quelli dell'art. 147 («condizioni di grave infermità fisica») sembrano intrecciarsi e sovrapporsi a quelli della detenzione domiciliare («persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali»). L'apparente eterogeneità delle formulazioni sembra piuttosto l'effetto di un'inavvertita confusione lessicale che il presupposto esegetico di una necessaria differenziazione.

Esito: la persona incompatibile resta in carcere.

¹⁵ Il campo dell'esecuzione penitenziaria sarebbe sterminato e minato (alcune prime applicazioni ai fini della concessione di misure alternative si sono già registrate: *infra*, § 3). Delle neuroscienze si parla di regola, per ora, principalmente con riferimento ai criteri di responsabilità.

¹⁶ Dà luogo al differimento obbligatorio, fra l'altro, una «malattia particolarmente grave per effetto della quale le (...) condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione, quando la persona si trova in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative».

2.3. *Terzo esempio (molto generale).*

Il detenuto proviene da un'area di marginalità sociale, non aveva un lavoro o non lo aveva regolare, non ha una famiglia, ecc.; magari è anche straniero, non ha documenti e/o non ha permesso di soggiorno. Straniero o no, può anche aver avuto una vita familiare, eventualmente un lavoro, ma tutto ciò si è comunque interrotto in concomitanza od a causa della detenzione. L'esecuzione si avvicina al termine: che ne sarà della persona? Soccorrono opportunamente alcune previsioni.

L'art. 46 OP (ancora Titolo I, in tema di trattamento; Capo V dedicato all'assistenza) prevede che «i detenuti e gli internati ricevono un particolare aiuto nel periodo di tempo che immediatamente precede la loro dimissione e per un congruo periodo a questa successivo. Il definitivo reinserimento nella vita sociale è agevolato da interventi di servizio sociale (...)». Inoltre, nel Titolo II (organizzazione penitenziaria), Capo III (esecuzione penale esterna), l'art. 76 OP prevede l'istituzione dei consigli di aiuto sociale, i cui membri prestano la loro opera gratuitamente ed il cui funzionamento è finanziato con assegnazioni della cassa delle ammende, con uno stanziamento stabilito da una legge del 1956, con i proventi delle manifatture carcerarie nella misura indicata da co. 5; con fondi ordinari di bilancio ed altri fondi costituenti il patrimonio dell'ente. I compiti dei Consigli sono indicati in una lunga lista dall'art. 75 (e dal successivo per quanto concerne il soccorso e l'assistenza alle vittime); l'art. 77 affianca al consiglio di aiuto sociale il «comitato per l'occupazione degli assistiti dal consiglio di aiuto sociale», il cui scopo, come si può intuire, è quello di «favorire l'avviamento al lavoro dei dimessi dagli istituti di prevenzione e pena».

A condizioni economico-finanziarie date, sembrerebbe il migliore dei mondi possibili.

Infatti, il grado di attuazione di queste disposizioni è (stato) pressoché nullo, come sembra dimostrare una ricerca del Gruppo Consiliare Radicale della Regione Piemonte¹⁷. Quando il Consiglio sia (stato) attivo, esso ha svolto «attività limitata alla trasmissione agli enti locali delle richieste di assistenza» (passacarte, insomma).

D'altronde, il luminoso progresso della legislazione sociale ha presto divorato i suoi figli¹⁸, e di queste entità non è rimasto che qualche brandello di competenze, la cui fisionomia francamente non è per nulla chiara (lo sarà forse ai pratici nonché al Ministero della Giustizia, il quale infatti inviò a tutti i tribunali due circolari, dando disposizioni precise sulla prosecuzione delle attività non trasferite e sulla chiusura dei C/C: Circolare n. 524740/11.4.C. del 28.11.77 e Circolare 2481/4934 del 12.12.77).

La situazione è infine così riassunta nella ricerca dei radicali: «i servizi sociali territoriali, a cui sono state trasferite parte delle competenze dei C.A.S., non effettuano alcuna assistenza, né a detenuti e liberandi, né alle loro famiglie»¹⁹.

Eppure, queste disposizioni riguardano un ambito nient'affatto secondario, se si assume come centrale la logica del "trattamento" penitenziario. Non è per amor d'iperbole a tutti i costi se – anzi – si osa sostenere che si tratta di disposizioni particolarmente qualificanti dell'intero programma di risocializzazione nel quale si dovrebbe tradurre un "trattamento" (qualunque cosa voglia dire questa parola). Perché altrimenti lo stesso trattamento non avrebbe senso se non come adattamento all'esistenza nella comunità dei ristretti. E poiché lo spazio riservato a quest'intervento impedisce di entrare in dettaglio, sia sufficiente accennare al fatto che questo punto era perfettamente chiaro a chi ebbe decennale esperienza di detenzione e, con gli entusiasmi del dopoguerra, non intese far cadere il tema del carcere: Altiero Spinelli.

Nella notissima lettera a Calamandrei poi pubblicata *invito auctore* come intervento sulla rivista il Ponte del 1949 (fascicolo di recente ristampato)²⁰, egli afferma che il detenuto del carcere penale, dopo l'iniziale smarrimento per l'interruzione dei rapporti, in quanto «tutto

¹⁷ La [ricerca del Gruppo Consiliare Radicale della Regione Piemonte](http://www.ristretti.it) è consultabile online su www.ristretti.it.

¹⁸ I consigli hanno cessato la loro attività al 31.12.1977, limitatamente alle attività per le quali la competenza è passata ai servizi sociali territoriali (D.P.R. 24.7.1977, n. 616). Sull'organizzazione del servizio sanitario penitenziario ed i problemi relativi cfr. in prospettiva comparata, B. TAG. T. HILLENKAMP (Hrsg.), *Intramurale Medizin im internationalen Vergleich*, Heidelberg et al., 2008 (ove, per la rappresentazione della situazione italiana, il contributo di M. PALMA, *Report on the intramural medicin in Italy*, 161 ss.).

¹⁹ Si veda anche l'indagine della Corte dei conti su «La gestione della Cassa delle Ammende» (2008), specific. p. 21. Tale indagine è opportunamente ricordata da D. VERRINA, Art. 74, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *op. cit.*, 4^a ed., 1228.

²⁰ Cfr. i [saggi a commento dell'iniziativa](#), disponibili online sul sito www.museocriminologico.it. I riferimenti citati qui nel testo sono tratti dalla riproduzione microfilmata dell'originale dattiloscritto, con correzioni a mano dell'autore.

teso verso la libertà che gli manca», dopo pochi anni vi si adatta: «col passare del tempo infatti i rapporti con il mondo esteriore diventano qualcosa di evanescente... In poche parole, il carcere diventa una piccola comunità cenobitica... in cui si vive come in tutte le società» (l'espressione sollevò una polemica con Francesco Carnelutti; bisogna avere il coraggio di riconoscere che l'altrimenti grande giurista vi espresse sesquipedali sciocchezze). E Spinelli trae le somme: «è ben strana maniera di rieducare, quella che consiste nello staccarlo [il delinquente] completamente da tutta la rete dei rapporti sociali, e nel metterlo in un insieme di regole nuove, per rispettare le quali egli non ha più bisogno di alcun senso di responsabilità... Accade perciò che, riacquistata la libertà, il delinquente si trova in una società in cui non ha più legami, tenuto in sospetto per il suo passato, con una ancor minore capacità di autodisciplina, con una educazione a delinquere e... con il miraggio ambivalente di tornare in quel luogo sicuro che è il carcere».

Anche con l'ausilio di queste parole di folgorante lucidità, ci si può forse convincere del fatto che il mantenere i rapporti con la famiglia e la società (in termini reali e non artificiali) costituisce elemento tutt'altro che estrinseco e trascurabile dell'esecuzione penitenziaria – così come peraltro suggerisce la collocazione sistematica nella legge di OP delle norme poco sopra ricordate; anzi, ne rappresenta in realtà il nucleo addirittura fondante, perché *presupposto inaggirabile dello stesso "trattamento"*. Né si può replicare che proprio a ciò servono le misure alternative, perché esse stesse sono possibili, ed efficaci, solo se e soltanto se esiste una rete di protezione ed assistenza distesa fra carcere, famiglia e società²¹.

E questo, sia pure con uno scarto logico imposto dai limiti di questo intervento, porta al cuore del problema.

3. A proposito di trattamento.

Si tratta a questo punto non certo di trarre conclusioni, ma solo di evidenziare in poche righe il filo rosso delle considerazioni fin qui rapsodicamente svolte.

È nelle situazioni limite che emerge la capacità di tenuta e, in fin dei conti, l'identità vera del sistema normativo approntato dalla legge di ordinamento penitenziario. Il modo indicativo (il trattamento «è integrato» dall'assistenza; il definitivo reinserimento «è agevolato» da interventi di servizio sociale; eccetera) e il fraseggio empatico («particolare aiuto»; «particolare cura») finiscono con l'esprimere la realtà esattamente come la produce il gioco di un illusionista.

La disciplina di ordinamento penitenziario manca di normatività in gangli fondamentali del suo ambito operativo, ed in particolare (per restare nel limitato ambito degli esempi qui discussi) rispetto ai ponti di collegamento fra istituzione totale e società, prima, durante e dopo l'esecuzione. Eppure quei ponti costituiscono, a ben guardare, la precondizione essenziale per la praticabilità di ogni idea di trattamento che si colleghi al reinserimento sociale e non alla "normalizzazione" nel contesto e per le esigenze della vita nella (e della) istituzione.

La precarietà della precondizione essenziale si salda con il problema dei contenuti del trattamento. Quali saperi, fondamentali per le decisioni concrete dell'amministrazione e della magistratura di sorveglianza, lo sorreggono? O, più precisamente, quali indicazioni dà la legge sui saperi che lo devono sorreggere? Quale controllo è realmente possibile su questi saperi?

La dottrina si è occupata del tema dei saperi essenzialmente con riferimento al giudizio di cognizione, nel quale si decide circa i meccanismi di imputazione del reato ed in particolare dell'imputazione oggettiva (è il tema, come si sa, della cd. sentenza Franzese delle Sezioni Unite). Ma la discussione sui "saperi del giudice" sembra avere completamente dimenticato che il sistema penale non finisce con la sentenza, anzi essa apre (quando la apre) quella parte della vicenda penale che qualifica teleologicamente l'intero percorso: l'apprensione del corpo, la "disciplina dell'anima".

Detto in poche parole: *è necessaria una "Franzese" dell'esecuzione penitenziaria.*

Recenti vicende, documentate dalla stampa, l'hanno posto all'attenzione collettiva²²: e le difficoltà del giudice sono prospettate in modo chiarissimo in una attenta pronuncia del

²¹ Su questo si basa, ad esempio, la proposta di S. FERRARO, *La pena visibile (o della fine del carcere)*, Soveria Mannelli, 2013.

²² Il riferimento è alla richiesta di detenzione domiciliare di Anna Maria Franzoni, la madre condannata per l'uccisione del figlio.

Tribunale di sorveglianza di Bologna, resa proprio su quella vicenda²³. Scrive il Tribunale che «nulla o quasi viene detto [nella relazione ex art. 13 co. 2 OP] che possa supportare il giudizio prognostico» necessario per l'ammissione alla misura alternativa, nulla sui «profili attuali della personalità e sulla progressione trattamentale in relazione, anche approssimativa, con condotte future».

Orbene, il giudizio del Tribunale esprime in realtà ben più di quanto non dica: a ben vedere, le lacune lamentate non sono da ascrivere ad omissioni contingenti degli operatori, ma il punto di emersione d'un problema strutturale, epistemologico e normativo, consustanziale allo stesso concetto di "trattamento penitenziario". Un problema epistemologico, perché non si può eludere la domanda: su quali basi e con quali finalità si può edificare un trattamento penitenziario, se esso non si radica su conoscenze scientificamente argomentabili? E, più radicalmente, qual è il parametro di scientificità della «osservazione scientifica della personalità» condotta in carcere «per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale» (art. 13, cit.)? L'unica indicazione indiretta, del tutto deludente, che si ricava dalla legge è desumibile, da un lato, dall'indicazione delle materie di concorso per l'accesso al ruolo della carriera di concetto degli assistenti sociali per adulti ex art. 74 OP²⁴; dall'altro lato, dalle competenze richieste nel personale incaricato giornaliero, il cui supporto peraltro è solo eventuale (art. 80)²⁵. Un problema normativo (ed organizzativo), perché le conoscenze realmente decisive per l'impostazione di un "trattamento" non si rinvergono all'interno dell'istituzione.

Su queste basi, è velleitario immaginare riforme del sistema che, con opportuni spostamenti e razionalizzazioni topografiche, mettano al centro il trattamento (magari in esordio della disciplina), se cosa sia il trattamento nessun lo sa – peggio, si pretenda di saperlo e praticarlo. Se potrà anche decidere di edificare nuove e belle carceri a partire dal trattamento, intorno ad esso, ma ruoteranno intorno al nulla, o meglio a loro stesse perpetuando la propria stessa logica.

La questione non è dunque normativa, è in primo luogo scientifica: cosa si intende per trattamento? Se s'intende l'idea di una *correctional community*²⁶, si dovrà pensare un certo tipo di strutture, ma soprattutto ad una certa misura di investimenti in immobili, personale e competenze che necessita di una rigorosa scienza delle conseguenze normative (*Gesetzesfolgenabwägung*) la quale al momento non pare essere patrimonio dei giuristi di professione, nemmeno di quelli impiegati come funzionari ministeriali (a meno che non siano anche economisti o matematici). Se s'intende l'idea di una terapia sociale in senso ampio²⁷ (discutibile o no che sia la prospettiva implicita in questa scelta), allora si dovranno pensare altre strutture; e così pure se si intenda l'una e l'altra cosa; come pure, infine, se si intende che non è possibile nessuna delle due²⁸ e ci si attesti su una visione minimale (ma pur sempre basata su un presupposto scientifico dichiarato e falsificabile).

Nei limiti in cui sia chiarita la premessa, potrà seguire una strategia "edilizia", se si vuole "architetonica", ma anche d'investimento su personale, competenze ecc.: essenzialmente, una

²³ Si tratta dell'ordinanza che dispone la perizia personologica sulla Franzoni, per insufficienza della relazione di osservazione, [Trib. Bologna, ord. 12 dicembre 2013, n. 2838](#), in *Dir. pen. cont.*, 22 gennaio 2014, pag. 3 ss. della motivazione («La relazione di osservazione (...) non appare assolutamente illuminante sul punto dell'analisi della personalità della condannata, tanto che vi si afferma esplicitamente come sia stato privilegiato l'aspetto trattamentale rispetto a quello dell'osservazione personologica. Il lavoro dell'esperto (...) viene delimitato "al cercare di adattare la donna... alla realtà detentiva ed alla nuova realtà personale e familiare"»). Che è né più né meno il compito che cercavano di fare i confortatori fra Medioevo ed età moderna (A. PROSPERI, *Misericordie. Conversioni sotto il patibolo tra Medioevo ed età moderna*, Pisa, 2008; ID., *Delitto e perdono. La pena di morte nell'orizzonte mentale dell'Europa cristiana*, Torino, 2013). Il che non deve stupire; anche la figura del garante dei detenuti ha ascendenze lontanissime nella pratica della visita delle carceri, che val la pena richiamare anche per la letteratura che ha generato: cfr. ad es. T. CERDÁN DE TALLADA, *Visita de la cárcel y de los presos*, Valencia, 1574; G. B. SCANAROLI, *De visitatione carceratorum*, Roma, 1655.

²⁴ Materie: teoria e pratica del servizio sociale; psicologia; nozioni di diritto e procedura penale; regolamenti per gli istituti di prevenzione e pena.

²⁵ Cfr. il comma 4: «Per lo svolgimento delle attività di osservazione e di trattamento, l'amministrazione penitenziaria può avvalersi di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica».

²⁶ N. FENTON, E. REIMER, H. WILMER, *The Correctional Community – An Introduction and Guide*, Berkeley 1967.

²⁷ Si pensi ad es. alle dieci pratiche cognitive di tipo comportamentale indicate dal Lösel: F. LÖSEL, *Erziehen – Strafen – Helfen*, in A. Karrer (Hrsg.), *Einmal verknackt – für immer vermauert?* (Evangelische Akademie), Tutzing, 1993, 6 ss., 15 (training di autocontrollo nell'agire, avviamento alla riflessione su se stessi ed al pensiero (auto)critico, attivazione di abilità sociali, esercizio delle capacità di soluzione di problemi interpersonali, incoraggiamento del pensiero creativo; e altro ancora).

²⁸ Lo si riconosce ad esempio, in Germania, dove la risocializzazione come terapia sociale viene praticata, per ragioni di ristrettezze economiche e di inidoneità degli istituti, soltanto nelle *sozialtherapeutische Anstalten* (una ventina, con non molti posti ciascuna). Cfr. sul punto, per tutti, K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, 7 Aufl., Heidelberg et al., 2015, 417 ss nr. marg. 585 ss.

scelta economico-finanziaria (o scelta politica, o di politica del diritto, pesantemente condizionata da questa prospettiva).

Come che sia, c'è un punto inaggrabile: se il "trattamento" è scientificamente inteso come terapia comportamentale, o nel senso pur minimale della terapia sociale, la realtà (non solo in Italia) è che non può essere realizzato *in nessun carcere*, sia – in superficie – per ragioni di realtà economica ed organizzativa; sia – alla radice – perché esso è irrealizzabile in una istituzione totale, come Erving Goffman si è incaricato di mostrare in modo definitivo²⁹. (Non a caso Spinelli utopicamente prospettava l'idea di una "colonia").

Realisticamente, d'altra parte, il carcere non potrà essere abolito almeno nel breve-medio periodo³⁰; ma allora il sistema dovrà limitarlo al minimo³¹, limitando al minimo i reati punibili con pena detentiva e, anche per questi reati, la concreta irrogazione di essa quando gli autori siano soggetti per i quali sia prospettabile un "orizzonte correzionale" secondo i principi individuati in via generale sulla base dell'osservazione scientifica. Va dunque radicalmente modificato già il momento finale del giudizio di cognizione (la fase commisurativa); così come la mentalità del giudice in quella fase (lo sapeva bene von Hentig)³². Il che, peraltro, per via dell'impiego di tempo e di energie processuali, impone di ripensare a ritroso *tutto* il processo, nell'ottica dei criteri di esercizio dell'azione penale.

In ogni caso, la disciplina normativa della materia penitenziaria deve arrivare per ultima (i giuristi di professione si consoleranno con Hegel: arriva come nottola sul far della sera): si tratterà di definire prima l'identità delle istituzioni di esecuzione (carcere e non-carcere: ad es., stabilimenti socio-terapeutici), le regole della loro organizzazione e del loro funzionamento, stabilite *a partire da una fisionomia materiale già orientata dagli scopi che sono stati identificati in precedenza*. Prima si deve definire l'istituzione e le sue regole: il detenuto deve primariamente sapere dove sta, e con quali diritti. Poi, potrà apprendere che viene "trattato", e come.

Rispetto ad un carcere ridotto all'osso di una funzione di contenimento, ciò che diviene centrale è definire le condizioni della legalità. Si tratterà allora di studiare in che cosa può essere tutelata e valorizzata la persona in un'istituzione di questo tipo; ma certamente non potranno essere i giuristi a farlo: il loro compito sarà quello di esplicitare tutte le condizioni di *tutela* normativa della persona a chi possa studiare, alle condizioni normative date, cosa può essere scientificamente plausibile in termini di *promozione* dell'individuo.

Ciò equivale ad osservare che nel carcere minimo e residuale sarà il trattamento a ruotare intorno alla legalità, e non la legalità intorno al trattamento.

Fino a quando non ci si convincerà che, come scrisse Spinelli, «non c'è che una riforma carceraria da effettuare: l'abolizione del carcere penale», costringendo così a pensare alternative reali per le quali servono competenze multidisciplinari, non si riuscirà a squarciare il velo di Maya del pensiero metafisico, o peggio, la coriacea tenacia del pensiero magico.

²⁹ E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 2001 (ed. orig. 1961).

³⁰ Diversamente, e meritoriamente, L. MANCONI, S. ANASTASIA, V. CALDERONE, F. RESTA, *Abolire il carcere. Una ragionevole proposta per la sicurezza dei cittadini*, Milano, 2015.

³¹ Cfr. l'intera produzione "penalistica" di Luigi Ferrajoli.

³² H. von HENTIG, *op. cit.*, 1087: far vedere allo studente cosa sia realmente la fase esecutiva è un «attempt to train a new type of judge».