

Rivista N°: 4/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 21/12/2016

AUTORE: Giovanni Maria Flick*

UNA NUOVA CULTURA DELLA PENA? **

Sommario: 1. L'insegnamento di Sandro Margara sul carcere. – 2. Le conclusioni del Ministro della Giustizia sugli Stati Generali dell'esecuzione penale. – 3. Il carcere e la Costituzione tradita. – 4. I paradossi del carcere. – 5. Verso una giustizia riparativa? – 6. La proporzionalità della pena al reato secondo la Corte Costituzionale: un passo verso la svolta.

1. In questo intervento vorrei proporre alcuni stimoli, anche provocatori, in tema di formazione nel quadro della pena e della pena detentiva in particolare.

È necessario essere provocatori. È mia convinzione infatti che il sistema penitenziario abbia necessità di una svolta la quale, nonostante la buona volontà che ha caratterizzato una serie di interventi, ancora non vi è stata.

In esso si continua a far ricorso costante alla categoria dell'emergenza: sia per leggere le cause della crisi, poiché non si comprende che non siamo di fronte ad una situazione eccezionale, ma ad una crisi strutturale del sistema nel suo complesso; sia nei modi di soluzione di quella crisi.

Anche per questa ragione non ho partecipato alla marcia svoltasi il 6 novembre scorso per l'amnistia. È un rimedio verso il quale vi è la mia piena contrarietà, poiché – al di là delle difficoltà politiche e istituzionali connesse alla maggioranza richiesta per essa – si tratta di uno strumento tipicamente emergenziale, anche se un tempo divenuto di *routine* nella prassi.

Lo stesso tema del sovraffollamento carcerario – dopo le condanne della Corte di Strasburgo; e dopo la declaratoria di inammissibilità della questione da parte della Corte costituzionale, se pure con una motivazione articolata nel merito che invitava il Legislatore ad

* Presidente emerito della Corte Costituzionale.

** Relazione introduttiva a "Il ruolo della formazione per una nuova cultura della pena" – Università Roma Tre – Master in Diritto Penitenziario e Costituzione – Roma, 18 novembre 2016.

affrontare il problema – è stato affrontato e risolto in modo puramente emergenziale, mediante il semplice sfollamento delle carceri.

Questa azione è risultata sicuramente utile in quella determinata fase storica, ma ha lasciato inalterati tutti i problemi; tanto è vero che ci ritroviamo a fare i conti con una situazione la quale si sta nuovamente avvicinando al sovraffollamento.

È abbastanza sconsolante che uno dei pochi a continuare a denunciare questo fatto – oltre al Ministro della Giustizia Andrea Orlando, che si sta battendo come Giovanni Battista nel deserto – sia Papa Francesco. Quest'ultimo, con parole molto dure e molto serie, ha ammonito più volte autorevolmente, così come il Presidente della Repubblica, che in Italia il problema penitenziario non viene seriamente affrontato.

Alla luce della situazione di fatto fotografata da Papa Francesco, dal Presidente e dal Ministro della Giustizia, vorrei proporre alcuni stimoli culturali ricordando la figura di Sandro Margara, al quale questa mia relazione è dedicata.

Sandro Margara se ne è andato il primo agosto di quest'estate in totale solitudine, fra pochi amici ed estimatori, complice anche il momento della sua scomparsa. Nessuna autorità sembra aver sentito il dovere di salutare una persona che aveva dedicato tutta la sua vita ai problemi dell'esecuzione penale.

Come sapete, Margara è stato per quasi tutta la sua carriera professionale giudice di sorveglianza, tranne un breve periodo in cui ha retto il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP), dal quale è stato rimosso poco tempo dopo la crisi che provocò le dimissioni del governo di cui facevo parte come Ministro della Giustizia. Era una figura assolutamente unica, poiché – come dicevano gli stessi reclusi – sapeva riconoscere l'uomo; è stato forse questo a procurargli più nemici che amici.

Una delle decisioni più serie che ho preso come Ministro della Giustizia è stata proprio la nomina di Margara al vertice del DAP, quando Michele Coiro – che inizialmente avevo chiamato a ricoprire quella carica – era venuto improvvisamente a mancare. Ricordo quando – nella motovedetta della polizia penitenziaria che si dirigeva a Pianosa sballottata dal mare agitato – comunicai a Margara la mia intenzione di nominarlo Capo del DAP. Proprio perché volevo nominarlo subito e non far passare molto tempo dalla sostituzione di Coiro e dalla decisione, non avevo comunicato a nessuno la cosa. Mi ero solo limitato a dare la notizia a D'Ambrosio, indimenticabile capo di gabinetto.

Margara accettò con semplicità, pur chiedendomi e chiedendosi se fosse proprio lui la persona adatta. Lo era. E proprio perché lo era ha ricoperto per così poco tempo quel ruolo. Era la persona giusta al posto giusto per la ideologia che rappresentava: incarnava la ripresa di quel filone culturale introdotto con l'ordinamento penitenziario del 1975 e arricchito dall'introduzione delle misure alternative, delle quali Margara era uno dei padri.

Nonostante ciò, o forse proprio per questo motivo, Margara venne da subito boicottato dall'opinione pubblica, da molti giudici e in parte dall'amministrazione. Pochi mesi dopo l'insediamento del nuovo Ministro della giustizia ricevette il *ben servito* in modo addirittura umiliante. Non si seppe, infatti, se era stato rimosso perché troppo tenero con i detenuti, o per la volontà politica di lasciare spazio a persone più appariscenti e più in grado di colpire sotto il profilo dell'immagine.

La mia idea è che quella rimozione sia stata dettata dalla paura verso la rivoluzione silenziosa del quale Coiro era stato promotore e che Margara aveva proseguito e potenziato. Margara si fece da parte da vero uomo delle istituzioni, con una lettera dignitosa e ferma nella quale si limitò a chiedere al Ministro – senza, credo, ricevere risposta – le ragioni di un tale atto.

Così Margara ritornò alla magistratura di sorveglianza e ciò rappresentò una sconfitta ed un passo indietro non per lui, ma per il Ministero della Giustizia e per la politica penitenziaria. Non si capì che la nomina di Margara voleva rappresentare la ripresa di quella svolta culturale volta a ridimensionare il carcere e a porre finalmente come alternativa a quest'ultimo altre forme di sanzione maggiormente rispettose della dignità del detenuto.

Non si capì allora quello che l'attuale Ministro ha ricordato qualche giorno fa, quando ha segnalato il silenzio sul lavoro fatto per circa un anno dagli Stati generali sull'esecuzione penale¹.

Margara rappresenta un esempio fondamentale per la formazione di chi lavora nell'ambiente carcerario. Per sviluppare quella formazione si devono riprendere e riconsiderare molti dei suoi discorsi teorici e dei suoi comportamenti concreti intorno alla normativa penitenziaria.

Si pensi alla sua riflessione intorno all'art. 41-*bis*, nei confronti del quale Margara propose una serie di rilievi e di ricorsi alla Corte costituzionale, sottolineando che si era in "zona cesarini". Come riconosciuto dalla stessa Corte, il supplemento di durezza di cui la norma è portatrice rischia di finire per travolgere e negare la fisiologica necessità della norma stessa: evitare i contatti fra colui che proveniva dalla criminalità organizzata e quest'ultima. In tema di 41-*bis* Margara affermava da un lato l'inammissibilità di modalità afflittive destinate solo a rendere più dura la pena o a convincere il detenuto a collaborare; affermava dall'altro lato la necessità che la norma rispondesse solo ad una necessità di tipo custodialistico e di sicurezza per recidere i legami con l'associazione criminale di provenienza.

Si ponga mente anche alla contrarietà di Margara all'ergastolo. Io stesso, grazie alla sua riflessione, cambiai idea riguardo alla tolleranza che avevo anche come Ministro manifestato nei confronti dell'ergastolo (in un dibattito parlamentare sulla proposta per la sua riforma), seppur rivolta alla sola comminatoria formale, a condizione che la sua esecuzione in concreto consentisse la rieducazione attraverso la prospettiva della liberazione condizionale.

¹ Si fa riferimento al percorso di riflessione e approfondimento in materia di esecuzione penale, articolato in diciotto tavoli tematici, promosso dal Ministro della Giustizia Orlando a seguito della presentazione del disegno di legge n. 2798/2014 recante «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto al fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena». Secondo quanto annunciato dal Ministro in occasione della presentazione dell'iniziativa (carcere di Milano Bollate, 19 maggio 2015), gli Stati generali hanno costituito la sede di un «ampio e approfondito confronto», rivolto «a definire un nuovo modello di esecuzione penale e una migliore fisionomia del carcere, più dignitosa per chi vi lavora e per chi vi è ristretto». Il documento finale redatto dal Comitato di esperti e i dettagliati report elaborati dai diciotto tavoli di lavoro, composti da operatori penitenziari, magistrati, avvocati, docenti, esperti, rappresentanti della cultura e dell'associazionismo, sono pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it).

È bene ricordare che l'ergastolo è stato salvato dalla Corte con questa argomentazione: è una pena che formalmente viene comminata ma che poi non viene eseguita in concreto, perché il detenuto condannato all'ergastolo è in condizioni di uscire attraverso la liberazione condizionale. Senonché nel 1992 la riforma dell'articolo 4-bis dell'ordinamento penitenziario creò la categoria dei c.d. ergastoli ostativi, che nel corso degli anni si è estesa; è diventata numericamente rilevante all'interno della popolazione carceraria; rappresenta un ostacolo insuperabile, quanto meno di fatto, alla liberazione condizionale e quindi alla rieducazione.

Si pensi, infine, al rifiuto degli automatismi e della concezione sostanzialmente punitiva delle tossicodipendenze da parte di Margara. Si pensi all'incostituzionalità dell'equiparazione fra droghe pesanti e droghe leggere (che io stesso ho sostenuto davanti alla Corte costituzionale, cinque anni dopo esserne uscito), che il giudice delle leggi ha dichiarato con la sentenza n. 32 del 2014. Con essa peraltro la Corte ha colpito la suddetta equiparazione, poiché venne introdotta con legge di conversione di un decreto legge riguardante le Olimpiadi invernali di Torino, in condizioni di palese disomogeneità con il contenuto di quest'ultimo e della sua conversione.

2. Come è evidente dalla rapida esposizione di alcune delle tematiche care a Sandro Margara, questi aveva anticipato molti di quei temi che sono stati poi affrontati in modo ampio, articolato e approfondito, negli Stati Generali della esecuzione penale.

Riguardo all'esperienza di questi ultimi temo però che tutto il materiale di studio e di discussione raccolto, riguardante l'intera tematica della dignità nell'esecuzione della pena detentiva, rischi di rimanere lettera morta. Temo che il disegno di legge di delega, chiamato dare attuazione a quanto emerso nei vari tavoli di lavoro, rimanga solo un disegno di utopia. La volontà politica lo ha bloccato, credo soprattutto per una serie di liti sul tema della prescrizione, ma in realtà per un disinteresse politico verso questa tematica.

Sul punto mi hanno colpito le parole del ministro alle Camere – riprese poi dal mio amico e collega, Prof. Marco Ruotolo – nella sua panoramica sugli Stati Generali.

Questo discorso è una sorta di esame di coscienza su tutto ciò che non è stato ancora realizzato. È una testimonianza sulla Costituzione tradita in carcere e sul fatto che tuttora in carcere – nonostante la buona volontà e le tante dichiarazioni di intenti – poco o nulla è stato fatto per dare attuazione all'articolo 27 della Costituzione.

Mi è piaciuto il riferimento, sia del Ministro sia di Ruotolo, alla necessità di guardare a interventi non solo di tipo legislativo, ma anche di tipo amministrativo, affidati direttamente all'autonomia e alla gestione del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ed alla sua collaborazione con le istituzioni e con le realtà ed iniziative sociali a livello locale.

In questa sede, riguardo all'oggetto di lavoro dei vari tavoli degli Stati Generali, voglio concentrarmi solo su quello del tavolo n. 13 *“Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle*

*vittime del reato*². Esso mi sembra estremamente importante per segnare una svolta culturale importante del 2016 e dell'apertura del terzo millennio: la giustizia riparativa.

Riguardo a quest'ultima il Ministro – nel suo discorso alla Camera dei deputati del 17 febbraio 2016 – propone dei riferimenti molto precisi e concreti. Egli ha sostenuto, infatti, che non si risolve la negatività del reato semplicemente con la pena detentiva, perché non ci si può limitare ad affiancare alla negatività dell'azione compiuta l'ulteriore negatività della mera punizione.

L'intento che si vuole perseguire con le iniziative in tema di giustizia riparativa – in sinergia con quello più consolidato in tema di giustizia retributiva e soprattutto rieducativa – è quello di un'apertura ad un'assunzione di responsabilità da parte del colpevole; quello di un rapporto diretto e immediato fra quest'ultimo e la vittima; quello di una prospettiva della riparazione che è il fondamento della misura riconciliativa e della mediazione. Questa scelta si conforma all'indicazione che il Parlamento europeo e il Consiglio europeo hanno espresso il 25 ottobre del 2012, quando hanno affermato la necessità di abbandonare la strada incentrata esclusivamente sull'autore del reato, in favore di un paradigma processuale che realizzi un bilanciamento degli interessi fra i diversi attori.

Bisogna ripensare – continua sempre il Ministro – al triangolo che individua i protagonisti dell'azione penale: non più autore, pubblico ministero e contesto sociale; ma autore, *vittima* e contesto sociale.

Un simile mutamento sconcerta e spaventa i benpensanti, legati alla visione dell'azione penale come un qualcosa che esclude la vittima e si esaurisce nel rapporto fra l'autore del reato, il pubblico ministero e il contesto sociale.

È necessario, dunque, introdurre un nuovo protagonista: da un lato al fine di creare un rapporto diretto fra la vittima e l'autore del reato; dall'altro lato al fine di ottenere una maggiore responsabilizzazione di quest'ultimo. Le azioni riparatorie, se sono individuate in questa nuova prospettiva, non risulteranno meno dure della sanzione solo punitiva, in quanto sono maggiormente dense di significati.

Il ricorso alla pena detentiva tuttavia non cessa di essere inevitabile per alcuni reati, soprattutto quando si tratta di interrompere il legame con l'esterno; ma la privazione della libertà, pur rimanendo una forma sanzionatoria ineludibile, deve essere limitata ai casi di effettiva necessità.

In tal modo si riprende un concetto che alcuni avevano già sottolineato: la Costituzione si riferisce alle pene (alle tante pene); non alla pena identificata soltanto come la pena detentiva. Il tema della giustizia riparativa, anche alla luce di quanto hanno espresso le numerose esperienze avviate in altri ordinamenti anche dell'Unione europea, evoca con estrema chiarezza tutto questo.

² Nello specifico il tavolo 13 si è occupato della *Restorative Justice* (RJ) con un approccio comparato e attento alle indicazioni provenienti dalla legislazione sovranazionale in materia di mediazione reo-vittima guardando, soprattutto, ai principi contenuti nella Direttiva 2012/29/UE. Oltre a sottolineare l'esigenza di promuovere un'adeguata comprensione dello spirito della *Restorative Justice*, il tavolo ha proposto una serie di modifiche normative volte a rendere pienamente operativi strumenti e metodi della giustizia riparativa.

Occorre pertanto riprendere in considerazione per la formazione degli operatori penitenziari la scheda del tavolo numero 13, che contiene una serie di affermazioni sulle quali non posso soffermarmi per esigenze di tempo. Mi limiterò a sottolineare l'importanza delle considerazioni relative alla formazione e alla cultura della giustizia riparativa, che manca nella tradizione del nostro Paese, nel nostro sistema culturale e nella nostra logica burocratica.

Nel nostro ordinamento sono presenti alcuni frammenti di giustizia riparativa. Essi vanno evidentemente valorizzati e ampliati proprio alla luce sia dei risultati e del valore che il tema sta assumendo in altri ordinamenti e esperienze; sia di fronte alle inefficienze, alle lacune e alle contraddizioni che il nostro ordinamento penitenziario presenta sotto diversi profili: soprattutto nei suoi aspetti pratici e nella disinvoltura con cui si passa in esso dalla "capienza regolamentare" a quella "tollerata" e più ancora a quella "concreta" del carcere. Mentre l'unica capienza ammissibile dovrebbe essere quella "costituzionale": sia in termini di spazio; sia, prima ancora, in termini di personale, strutture, capacità di accoglienza, possibilità di lavoro e quanto altro è indispensabile per l'attuazione effettiva degli articoli 2, 3 e soprattutto 27 della Costituzione

3. Per spiegare l'importanza della svolta culturale tracciata dalle conclusioni del tavolo 13 degli Stati Generali dell'esecuzione penale, occorre fare un passo indietro.

In primo luogo il carcere – nonostante la rivoluzione proposta dalla Costituzione; attuata dall'ordinamento penitenziario del 1975 e soprattutto dalle misure alternative – continua a mantenere l'isolamento e l'impermeabilità verso l'esterno che lo contraddistingueva già nel periodo prerепubblicano. Il carcere è una realtà, una formazione sociale intermedia chiusa: nonostante gli sforzi per superare il muro di cinta, chi è fuori non sa cosa c'è dentro; chi è dentro non sa cosa c'è fuori.

Questa situazione contrasta evidentemente con l'art. 27 della Costituzione, nella parte in cui quest'ultimo sottolinea che la tendenza alla rieducazione – come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale – è il vero motore della pena.

Quanto appena ricordato è stato ripreso da ultimo dalla Corte costituzionale con la sentenza del 16 novembre del 2016 n. 236 (relatore e redattore Zanon), nella quale molto efficacemente è stata sottolineata l'incostituzionalità della non proporzionalità della pena del reato. Il concetto di proporzionalità e soprattutto le sue premesse hanno portato la Corte a dichiarare incostituzionale una pena la quale non risponda al criterio della proporzionalità per il suo contrasto con l'art. 3 prima ancora che con l'art. 27.

In secondo luogo il carcere non è solo isolamento verso l'esterno; ha anche in sé un DNA di violenza nella quotidianità. È una violenza non solo dovuta al sovraffollamento strutturale; è insita nella struttura e nella chiusura proprie del carcere. È il carcere in sé a comporre tutta una serie di violenze.

Anche questa situazione rivela un contrasto con l'art. 27 nella parte in cui quest'ultimo afferma che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità. Se ciò si verifica, il trattamento non può considerarsi una pena ma una fattispecie che va inquadrata fra quelle previste dal codice penale. Ciò è stato riconosciuto esplicitamente dalla Corte di Strasburgo a proposito di certe forme di tortura che si sono verificate anche nell'ambito

carcerario italiano: sia attraverso forme dirette di violenza; sia indirettamente, attraverso il sovraffollamento carcerario.

In terzo luogo (oltre all'isolamento/impermeabilità e al DNA di violenza) il carattere del carcere è quello del centralismo e della burocrazia. Quest'ultimo carattere opera in sinergia con quello di isolamento e priva il carcere, in quanto formazione intermedia, del controllo sociale operato dalle altre formazioni sociali in forza dell'art. 2 Cost.

Secondo la svolta copernicana operata dalla Costituzione, la pena però deve essere considerata in una prospettiva completamente diversa, come strumento che deve in ogni caso assicurare la pari dignità sociale. Il raggiungimento della pari dignità sociale da parte dei soggetti che in concreto ne hanno di meno (minori, migranti, malati, anziani e carcerati) è oggi il cardine sul quale deve ruotare l'intero ordinamento costituzionale. In forza di ciò – alla stregua dell'articolo 3 della Costituzione – lo Stato deve rimuovere tutti gli ostacoli non solo di diritto, ma anche di fatto, che impediscono il raggiungimento di tale parità.

Da ciò deriva l'affermazione secondo la quale i diritti incompressibili vanno rispettati anche nel caso di privazione della libertà personale e quest'ultima può essere ristretta soltanto in situazioni eccezionali.

Invece, oggi ci troviamo davanti ad un carcere che non è l'*extrema ratio*, alla quale ricorrere in casi eccezionali. Esso è e viene vissuto come la normalità da parte dell'opinione pubblica; come strumento centrale nelle politiche securitarie e per la neutralizzazione dei diversi, nell'opinione politica e istituzionale troppo spesso prevalente.

4. Mi sono più volte soffermato sui quattro paradossi del carcere, ai quali, pertanto, qui mi limiterò solo a fare cenno. Il primo paradosso è rappresentato dall'ergastolo: è una pena illegittima nella proclamazione ma, secondo la sentenza della Corte costituzionale n. 1634 del 1972, è legittima *solo nell'esecuzione*, in quanto quest'ultima consente di uscire dopo un certo periodo di espiatione ed a certe condizioni, cancellando di fatto il "fine pena mai". Ma questa soluzione non vale per gli ergastoli c.d. ostativi.

Per questi ultimi vale tuttora la qualifica di *morte civile*, utilizzata da ultimo dal Papa. Essa è entrata anche nella logica dell'Unione europea dove si ammette l'ergastolo a condizione che vi sia una revisione periodica della situazione e dell'efficacia in concreto della pena.

Il secondo paradosso è il contrario del primo. La reclusione è una pena legittima nella sua proclamazione; ma è illegittima nell'esecuzione, per come il carcere è strutturato e per come è di fatto vissuto, attraverso il sovraffollamento e la chiusura verso l'esterno, che contraddicono rispettivamente il senso di umanità e la tendenza alla rieducazione.

Il terzo paradosso è rappresentato dall'abolizione della pena di morte nell'art. 27. Una abolizione definitiva e totale, anche attraverso la sua eliminazione dal codice penale militare di guerra; che non consente alcuna deroga. Ma in carcere si continua a morire o per il c.d. fuoco amico, ossia per mano degli altri detenuti; o per la violenza praticata talvolta (*rectius* troppe volte) illegittimamente da chi nel carcere è investito di autorità e preposto alla sicurezza; o per lo stress del carcere che porta al suicidio.

Quest'ultimo – per quanto l'amministrazione cerchi di controllarlo e di impedirlo – risulta essere un fenomeno endemico anche fra quanti sono addetti alla sorveglianza e al controllo, con percentuali in proporzione assai superiori a quanto si verifica nella realtà esterna.

Nel terzo paradosso non rientra solo la violenza in carcere da parte dell'autorità (per "dolo"), ma anche la malasanità (per "colpa"). I ritardi nella cura dei reclusi malati possono considerarsi una degenerazione inevitabile in una comunità sovraffollata e chiusa, nonostante gli sforzi per evitarli e le soluzioni elaborate a tal fine. È inevitabile, infatti, che in una comunità con queste caratteristiche (sovraffollata e chiusa) possano esserci dei ritardi nella cura delle urgenze e anche una non sempre adeguata attenzione – come dimostrano certe vicende giudiziarie – ai reparti medici carcerari negli ospedali.

Il quarto paradosso è quello sottolineato da Papa Francesco per la custodia preventiva. Il Papa ha affermato una verità tanto ovvia quanto sfuggita ai non giuristi (e qualche volta anche a questi ultimi). La custodia preventiva è una doppia beffa; da un lato, è una pena senza condanna; dall'altro, si risolve in una pena immeritata nei casi di successiva assoluzione.

La custodia cautelare in carcere – nonostante i limiti posti dal codice di procedura penale, che in astratto la configurano come *extrema ratio* – è utilizzata per finalità che in apparenza sono rispettose delle condizioni di procedibilità e di ammissibilità previste dal codice di procedura. Tuttavia nella sostanza esse nascondono una nemmeno troppo inconfessata aspirazione a comminare una pena anticipata, perché probabilmente la pena vera non riuscirà ad essere irrogata per la nota lentezza della giustizia e per l'efficacia "perversa" degli eccessi della prescrizione.

5. A tutti questi problemi si può cercare di rispondere forse soltanto seguendo l'indicazione del ministro Orlando: mediante l'aggiunta della giustizia riparativa e riconciliativa a quella retributiva e alla giustizia rieducativa.

La giustizia retributiva, come noto, considera la pena come una "restituzione" al reo del male che ha provocato con il suo illecito: reato contro pena nel rapporto fra reo e società, che viene visto *ex post*. La giustizia rieducativa vede invece il rapporto fra reo e società non più *ex post*, con il riferimento al reato commesso; ma *ex ante* con riferimento al futuro, nel rapporto che si andrà ad instaurare fra il reo e la società. La tendenza alla rieducazione diventa, pertanto, lo strumento per il rientro in società della persona che ha sbagliato.

Come è evidente, il discorso è sempre limitato a due termini: l'autore del reato e la società. Manca in entrambe le prospettive il riferimento all'altro protagonista del reato: la vittima. Manca il riferimento al soggetto verso il quale l'intervento della giustizia riparativa e riconciliativa è invece finalizzato. Intervento che vede un rapporto a tre: tra il reo, la vittima e gli altri soggetti colpiti dal reato (i parenti, gli eredi), la società.

Questa prospettiva più completa è coerente con le indicazioni delle Nazioni Unite e dell'Unione europea, le quali propongono il tema della vittima come uno degli obiettivi da affrontare.

La vittima, infatti, non deve sopportare solo un silenzio assordante che oggi la circonda; ma anche un processo di vittimizzazione secondaria causato dalla diffidenza con la quale molte volte essa viene considerata nel processo e prima ancora dall'opinione pubblica.

Quante volte si sente affermare che la donna che ha subito lo stupro in fondo un po' se l'è cercata: perché è andata in una strada buia la sera; perché era vestita in un certo modo. Si ricordi la sentenza sui *jeans* della Cassazione in cui si è negata la configurabilità dello stupro perché la vittima indossava i *jeans*, impossibili da sfilare.

Questo atteggiamento nei confronti della vittima può avere un duplice risvolto: o la vittima diventa un oggetto di possesso per il reo (si pensi al femminicidio); oppure diventa per gli altri uno strumento per perseguire politiche di tolleranza zero. Spesso, infatti, essa viene utilizzata come strumento per giustificare, sfruttando il suo dolore, una richiesta di inasprimento della risposta punitiva o per denunciare l'eccesso di lassismo nelle misure di sicurezza ed in quelle alternative alla reclusione.

Alla vittima, infine, si attribuisce – seppur in un'ottica più temperata ed equilibrata, ma pur sempre preoccupante – una sorta di ruolo pubblico che la vede coinvolta e partecipe nella scelta di alcune misure che non sembra pienamente conforme con l'assetto costituzionale. Si pensi all'intervento della vittima – auspicato da più parti – nella determinazione dell'entità della pena; o al suo ruolo – che si vuole potenziare – rispetto all'adozione di misure alternative alla reclusione o rispetto alla concessione di misure di clemenza.

Per evitare pertanto che alla vittima venga attribuito un ruolo pubblico o politico – che la vede come strumento di pressione nel perseguire politiche di intolleranza – occorre prima di tutto riconoscere e rispettare il decalogo dei suoi diritti.

A quanto appena detto si collega strettamente un altro elemento, venuto alla ribalta soprattutto nella polemica, forse un po' eccessiva, fra l'ex magistrato Gherardo Colombo e il giudice Camillo Davigo (nel libro *La tua giustizia non è la mia*).

Il primo, con parole di profonda verità, esprime una tesi di fondo: la pena come sofferenza non dà ristoro alla vittima; segue solo una logica di tipo retribuzionista che addirittura può costituire una vendetta canalizzata. Il secondo replica contestando il buonismo e il fondamento religioso di una simile prospettiva, che a suo avviso svilisce l'essenziale funzione retributiva e di prevenzione connaturata alla pena come castigo.

Tuttavia chi richiama la legge del taglione per giustificare tale visione retribuzionista dimentica che le letture più moderne e attuali della Bibbia vedono la famosa legge "occhio per occhio, dente per dente" non come soglia minima della punizione, come legittimazione di una punizione che muove da tale soglia minima; ma, al contrario, come tetto e limite massimo della punizione.

In base a ciò – continua Colombo – si prospetta un'alternativa di fondo: è giusto parlare di giustizia retributiva, la quale è in fondo una vendetta? Non sarebbe invece opportuno aprire le porte alla giustizia riparativa? Quest'ultima mette in campo una serie di strumenti che da un lato consentono all'autore del reato di riconoscere il malfatto. Dall'altro lato consentono ad esso di sfuggire ad un annichilimento e ad una perdita di dignità (anche potenziale) che derivano da una pena ingiusta perché sproporzionata; perché afflittiva anche per terzi incolpevoli (come i figli del reo); perché rivolta in realtà a trattare la persona del reo come

mezzo (per uno scopo di prevenzione e di sicurezza generale) e non come fine. Allo stesso tempo la giustizia riparativa riporta al centro la figura della vittima che si sente riparata del torto subito e recupera, in tal modo, la propria dignità.

In conclusione, la giustizia riparativa – delineata a grandi linee dal contenuto della scheda del tavolo 13 – è una strada da sperimentare e da percorrere: senza scelte affrettate e non ponderate, che rischiano di avere esiti non positivi, come ha dimostrato una recente vicenda verificatasi alla Scuola della Magistratura; ma con coraggio e consapevolezza dei suoi problemi e delle sue difficoltà.

Quando, infatti, si è tentato recentemente un esperimento di giustizia riparativa mettendo a confronto vittime e autori del reato – la figlia di Aldo Moro e coloro che avevano ucciso lui e gli uomini della sua scorta – vi è stata una specie di insurrezione dei magistrati che non accettavano questa idea.

Questa vicenda insegna come prima che sotto il profilo normativo, la giustizia riparativa deve essere perseguita come svolta culturale. Quest'ultima deve portare ad accantonare definitivamente l'idea secondo la quale il reo è un *diverso*, un soggetto pericoloso da isolare, un nemico contro cui usare gli strumenti del "*diritto penale del nemico*".

6. In questa rivoluzione culturale un ruolo importante mi sembra possa essere svolto dalla recente sentenza n. 236 del 2016 della Corte Costituzionale. La decisione, in fondo, non dice nulla di nuovo; ma la sua importanza è data dal modo in cui il giudice delle leggi ricapitola la propria giurisprudenza. La Corte infatti, riproponendo una sintesi di suoi precedenti, dimostra quanto sia urgente la svolta culturale di cui ho parlato. Quanto sia urgente rimuovere definitivamente l'automatismo che caratterizza ancora oggi il sistema di esecuzione della pena.

La motivazione afferma, quale costante della giurisprudenza costituzionale, che la pena, ai sensi dell'art. 3, deve essere proporzionata al disvalore del fatto commesso. Solo in questo modo, infatti, il sistema sanzionatorio può adempiere sia alla funzione di difesa sociale sia a quella di tutela delle posizioni individuali; può precludere il ricorso – troppo e sempre più frequente – a scelte di penalizzazione ed a pene emblematiche, tanto enfatizzate quanto inutili ed inefficaci.

La tutela del principio di proporzionalità conduce, pertanto, a negare legittimità alle incriminazioni che, seppur idonee a raggiungere finalità di prevenzione, producono per l'individuo e la società danni che sono in proporzione maggiori rispetto ai vantaggi ottenuti.

Il richiamo al principio di proporzionalità esige un'articolazione legale del sistema sanzionatorio, la quale renda possibile l'adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali, svolgendo così una funzione di giustizia e di limite alla potestà punitiva penale.

A ciò si aggiunga che, alla luce del 27 Cost., il principio della finalità rieducativa costituisce una qualità essenziale della pena. Vale non solo in sede di esecuzione; ma anche e prima ancora per il legislatore e per il giudice della cognizione, rispettivamente in sede di formulazione delle norme e di loro applicazione ed in sede di affermazione della responsabilità.

La Corte conclude osservando che quando la sproporzione fra sanzione e offesa risulti manifesta (perché alla carica offensiva della condotta, descritta dal legislatore, corrispondono conseguenze punitive spropositate) si ha una compromissione *ab initio* del processo rieducativo, poiché il reo tenderà a non prestarvi adesione per la percezione di subire una condanna ingiusta. Per tali motivi una particolare asprezza della risposta sanzionatoria determina una violazione congiunta degli articoli 3 e 27.

Si ha paura di cosa può capitare introducendo una giustizia riparativa e cambiando il binomio processuale, pubblico ministero ed imputato, in un trinomio: pubblico ministero, colpevole e vittima.

È vero; si possono correre dei rischi perseguendo tale cambiamento. Noi, però, proprio in questi giorni discutiamo di cambiare una buona parte della seconda parte della nostra Costituzione. Si afferma che il cambiamento è necessario e pertanto deve essere necessariamente perseguito, anche a costo di sbagliare.

Il metodo che si chiede di applicare per la revisione della Costituzione non va allora applicato altresì per una altra scelta di principio non meno importante: cambiare un sistema penitenziario nel quale non vi è un rispetto dei principi costituzionali?

Si dice che da trent'anni non si riesce a cambiare la Costituzione ed è arrivato il momento di farlo. A me sembra che a quarant'anni dall'introduzione delle pene alternative, continuiamo inutilmente a cercare di cambiare l'equazione fra pena e carcere. Forse è tempo di cominciare a farlo, anche a rischio di sbagliare.

Forse, nel momento in cui si chiede di perseguire anche a costo di errori la semplicità e l'efficienza del sistema costituzionale, è tempo – anche a rischio di sbagliare – di dare altresì (e prima ancora) piena e concreta attuazione ai principi di umanità e di rieducazione della pena, che l'art. 27 Cost. impone e che finora sono rimasti lontani dalla loro realizzazione.