

Costituzione e “trattamenti” penitenziari differenziati*

di **Davide Galliani**

professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli studi di Milano

Una riflessione originale e radicale sul 41-*bis*, sui trattamenti differenziati, sui loro presupposti e sui “decisori” effettivi, con la Costituzione antropocentrica a fare da bussola

7 novembre 2018

Vorrei argomentare intorno a poche cose, in meno di tre cartelle. Spero in modo chiaro e sufficientemente radicale. Con una premessa: il linguaggio deve avere la massima importanza, noi siamo ciò che diciamo. Proponiamoci di rimuovere dal vocabolario tutte le parole violente, iniziando dal “regime” del carcere “duro”. Non mettiamo le virgolette, eliminiamo le parole tra virgolette.

1. La Costituzione non esclude trattamenti penitenziari differenziati. Grazie all’eguaglianza e alla individualizzazione, due facce della stessa medaglia, sembra ammetterli. Trattamenti penitenziari differenziati, pertanto, non sono in sé incostituzionali.

2. La Costituzione, non di meno, vieta trattamenti contrari al senso di umanità, senza considerare se siano “ordinari” o differenziati. Se i trattamenti penitenziari differenziati sono contrari al senso di umanità, dunque, sono incostituzionali.

A questo proposito, penso sia utile fare entrare ancora di più nell’esecuzione penitenziaria, da un punto di vista processuale, i saperi scientifici, grazie alle istruttorie d’ufficio dei magistrati e alle allegazioni degli avvocati. Non abbiamo la sfera di cristallo: quante ore di aria al giorno, quante ore di socialità, quante ore di apertura dei “blindati” e via dicendo. Possiamo fruttuosamente appoggiarci ai medici, per esempio sul distacco della retina se hai un *visus* limitato a tre metri per venti ore al giorno. Altrimenti, corriamo il rischio dell’assenza di rime obbligate: sarà compito del legislatore decidere quante ore di aria, di socialità, di “blindati” aperti e via dicendo.

A meno che decidiamo, una volta per sempre, che la Costituzione vale anche in carcere, applicando ragionevolezza. Oggi abbiamo una diversa sensibilità, come ha detto Giorgio Lattanzi a Rebibbia alla prima tappa del viaggio nelle carceri della Corte costituzionale. A me piace molto la Costituzione e piace molto l’idea di vederla viaggiare nelle carceri italiane, ma, se aiutano, i saperi scientifici male non fanno. Del resto, all’eguaglianza a volte manca il termine di paragone.

3. La Costituzione non mi sembra ammetta trattamenti penitenziari differenziati basati su titoli di reato. Il nostro è il testo costituzionale più bello del mondo perché è il più antropocentrico del mondo.

Se condividiamo il punto di partenza (eguaglianza e individualizzazione ammettono trattamenti differenziati) e se vogliamo essere coerenti, dovremmo dire che i trattamenti differenziati (sempre non contrari al senso di umanità) possono essere disposti indipendentemente dal reato per il quale si è imputati o condannati.

È una posizione rischiosa, perché (potenzialmente) allarga invece di restringere, tuttavia non riesco a comprendere il motivo per il quale il capo di una banda di pericolosi rapinatori dovrebbe poter comunicare con l'esterno e con altri detenuti in modo differente da un mafioso. Per meglio dire: guardiamo alla persona e decidiamo, in base alla sua pena, il suo trattamento, liberandoci da ogni prestampata etichetta.

Non solo. Dire che i trattamenti differenziati non devono dipendere da tipi di autori di reato significa anche contestare in radice l'assunto che sta all'origine della nuova circolare del Dap del 2 ottobre 2017, la quale, abrogando tutte le circolari precedenti non espressamente richiamate, fa una cosa molto discutibile: uniforma il trattamento differenziato. Una scelta che ha poco senso rispetto a titoli di reato (non individualizza) e non ne ha più alcuno se cade la logica del titolo di reato.

Dico questo perché, dal mio punto di vista, il terzo comma dell'art. 27 Cost. non è scindibile in due parti, come se ci fosse il mondo della pena e quello del trattamento. Per me, lavorano entro la medesima cornice di riferimento e, in fondo, non sono (concettualmente) differenziabili. Leggo il terzo comma come se dicesse che tanto la pena quanto il trattamento non possono essere contrari al senso di umanità e devono mirare alla risocializzazione.

Non difficile, d'altro canto, sostenere che, in siffatti ambiti, dovrebbe valere la riserva (costituzionale) di legge. Ma tanto è: vedremo come se la caveranno i giudici disapplicando la circolare dell'ossimoro, quando la riterranno in contrasto con la legge e la Costituzione (sulle ore di aria e di socialità, si vedano Cass., Sez. 1, 40760, *Schiavone* e 40761, *Pesce*, 8 giugno 2018 e, in attuazione, MdS di Sassari, 4 ottobre 2018; nello stesso senso, Cass., Sez. 1, 44609, 27 giugno, 2018, *Aprèa*).

4. La Costituzione non tollera che a disporre il trattamento differenziato siano il Ministro o il Dap invece del giudice. E questo vale anche nel caso in cui si definisca il regime differenziato una misura di prevenzione (moltissimo) atipica.

Uno spunto, a tale proposito. Abbiamo due poli opposti, quello ideale-costituzionale (il giudice) e quello reale-incostituzionale (il Ministro o il Dap). Dato che immagino a nessuno piaccia sbattere la testa per più volte contro un muro di cemento armato (la giurisprudenza costituzionale, ordinaria e convenzionale), forse – e sottolineo questa parola – dovremmo escogitare soluzioni di compromesso. Io non amo comprometermi, ma vorrei preservare la testa, non disponendone una di scorta.

Oggi, formalmente è il Ministro che applica, ma, sostanzialmente, il ruolo del Dap non è di poco conto. Sempre oggi, la motivazione ministeriale deve essere una sorta di motivazione che darebbe un giudice. Ora – di là dell'ipocrisia dell'approdo cui siamo giunti: invece di dare il potere al giudice diciamo che il Ministro lo deve esercitare motivandolo come fosse un giudice – mi domando se non abbia più senso – in termini di indipendenza, esperienza e professionalità – affidare l'applicazione del trattamento penitenziario differenziato a chi è comunque un magistrato, vale a dire i procuratori della Procura nazionale antimafia o di quelle distrettuali, nel caso di reati di competenza. Non mi sembra di aver mai sentito (finora...) un Ministro della giustizia sbandierare il trattamento differenziato, quasi dichiarando "adesso ci penso io!". Sostenendo che, in realtà, già

oggi chi decide (sostanzialmente) sono magistrati presso il Dap o a volte (sempre sostanzialmente) le stesse procure antimafia, altro non si farebbe che giustificare la necessità di fare emergere formalmente ciò che avviene realmente. In sé una evenienza sempre positiva, positivissima nell'esecuzione penitenziaria.

Io non ho mai creduto alla favola dei procuratori brutti e cattivi. Penso che in molti non facciano fino in fondo il proprio mestiere, visto che nell'esecuzione penitenziaria (in sorveglianza e poi in Cassazione) la mano pubblica a volte sembra invisibile. Quando la si vede, i giudici hanno una sorta di sicurezza in più. Non sempre, dipende da cosa i procuratori dicono, ma se dicono bene i giudici hanno un appoggio non indifferente (come nelle tre sentenze di Cassazione prima citate, anche in Sez. 1, 46169, 27 giugno 2018, *Attanasio*, sui colloqui dei garanti locali, il procuratore generale si è espresso contro il ricorso della triplice "ministero-carcere-Dap"). In ogni caso, indipendenza, professionalità ed esperienza le vedo molto di più nei procuratori che nei ministri. Se poi si dice che lo decidono già oggi i magistrati, bene, sono contento, lo si metta nero su bianco, si faccia quindi chiarezza, nella legge, non in circolari, protocolli, note e simili.

5. Infine, un argomento troppo ampio, che posso solo accennare. Per quale benedetto motivo il trattamento differenziato deve essere la conseguenza di una sospensione di quello "ordinario"? Non mi sembra una soluzione imposta dalla Costituzione, eppure ce la portiamo dietro dalla legge Gozzini.

Perché invece di inventarne degli altri, il legislatore ha sempre pensato di sospendere quello "ordinario"? Azzardo una risposta. Sospendere garantisce il risultato in modo spedito. Per te vale una cosa, se non voglio più che valga, la sospendo. Non mi ingegno a cercare qualcosa di altro, mi limito a sospendere quello che esiste.

Non devo dirlo a nessuno, è risaputo: lo stato di eccezione si basa proprio sulla sospensione di qualcosa. Diviene del tutto logico, se questa è la logica, il potere di sospendere ad un ministro (che agisce, forte, infallibile) e non ad un giudice (che ragiona, mite, fallibile). Mi è stato fatto notare, da un caro amico, che il potere è del Ministro perché si volevano proteggere i magistrati. Comprendo, ma è la stessa storia dell'ostativo. Fino a che punto, per proteggere i magistrati, noi possiamo derubarli del loro mestiere?

Ma lasciamo stare chi ha il potere. Vediamo il potere in sé. Se la logica è quella del trattamento, diviene facile sospenderlo. È come se tirassimo indietro le mani che trattano i detenuti. Come gli oggetti e le cose, anche i detenuti si trattano. Proprio per questo, così come ci metti le mani, così le puoi levare, sospendendo il trattamento.

Volevo parlare della sospensione ma in realtà sto parlando del trattamento. Forse non è un caso. Un termine ambiguo, a metà tra il medico e il paterno, che implica oggetti e cose più che persone. Pensiamo alla tratta di persone, che nel codice penale segue la riduzione in schiavitù. Appunto, gli esseri umani trattati-condotti come oggetti, ridotti a cose.

Molti fatti del mondo penitenziario mi sconvolgono, da persona prima che da giurista. A parte le sanzioni disciplinari che in alcuni casi si sostituiscono alle medaglie (provate a fare uno sciopero della fame in carcere per migliorare il carcere e poi ne parliamo), uno clamoroso è la possibilità che una persona possa scontare interamente la propria pena (temporanea) in trattamento differenziato e il giorno dopo essere rimessa in libertà. Penso che dietro siffatto scandalo ci sia la questione del trattamento di oggetti e cose più che di persone. Scandalo? Va bene, pronunciamolo in inglese (*scandal*), francese (*scandale*), tedesco (*skandal*), spagnolo (*escándalo*). Basta che lo si dica.

Qualcuno si domanda come possa questa persona avere rispetto di sé? Ci chiediamo quanto debba lottare, dopo il carcere, per essere riconosciuta come persona? Gli abbiamo appiccicato un'etichetta

diffamante socialmente. Finisce stigmatizzata, deumanizzata, reificata. È come se le avessimo dichiarato guerra, al pari di un nemico permanente.

E così sistemiamo anche i nostri problemi: per capire chi siamo basta capire cosa non siamo. Ci convinciamo che possiamo vivere liberi da ogni paura, che poi significa non vivere nel futuro aperto.

6. Ma perché allora i costituenti scrissero la parola «trattamenti» in Costituzione? Comprendo «rieducazione», poiché era in voga l'emenda interiore. Capisco meno «trattamenti».

Provo a interpretarla in questo modo. In negativo: ciò che i costituenti volevano preservare era la fisicità, la carnalità, il corpo dei detenuti, vi ricordate, l'esempio erano le famose frustate. In positivo: trattare significa anche condurre, ecco indirizzare e svolgere al senso di umanità, dall'uomo alla persona, la cui esistenza e la cui essenza in carcere sono sempre a rischio. Ancora di più se il carcere non è pensato per gli esseri umani, ma sono invece questi, se imputati o condannati per alcuni titoli di reato, con formale decisione del potere politico, ad essere votati al carcere, beninteso differenziato, ove i "piccoli gesti di normalità quotidiana" sono vietati (come cuocere i cibi, divieto incostituzionale grazie alla n. 186 del 2018 della Corte costituzionale).

Chissà mai se riusciremo a capire che anche scrivere personalmente un ricorso in Cassazione è un "piccolo gesto di normalità", grazie al quale i detenuti svolgono la propria personalità. Per ora non lo comprendiamo o forse semplicemente ci giriamo dall'altra parte. Invece di rimuovere gli ostacoli, ne mettiamo di nuovi. E, in fondo, chi se ne importa. Vuoi mettere 10.000 ricorsi in meno, su 50.000 sono tanti. Non si discute. Saranno mica persone quelle che hanno imparato ad usare la legalità. Sempre detenuti sono. Con loro possiamo permetterci ogni cosa, trattandoli come vogliamo.

Così però finiamo con il recludere noi stessi, votandoci noi ad essere davvero detenuti. Ecco, un modo interessante per capire che non esiste un noi e un loro. Ci sarà mai qualche Ministro in grado di promuovere non gli Stati generali dell'esecuzione penale da una parte e quelli dell'antimafia dall'altra parte? È stato un errore politico tenerli separati. Non esiste un noi e un loro. Con una battuta, servirebbero gli stati generali degli esseri umani. Occorre tornare a discutere dei fondamentali tra i fondamentali. Alla Costituzione il coordinamento. Al tavolo dei trattamenti differenziati se ne vedrebbero delle belle!

[*] Testo della relazione al convegno che si è tenuto il 20 ottobre 2018 presso l'Università degli Studi di Firenze su "Il 41-bis, una tortura (s)conosciuta?", organizzato da *L'altro diritto* e coordinato da Emilio Santoro. Ho potuto interloquire sulle idee qui espresse con L. Magi, R. De Vito, M. Ruotolo, M. Pelissero, P. Bronzo, M. Passione, F. Fiorentin, S. Anastasia, P. Gonnella, F. Della Casa. A tutti un sincero ringraziamento. Come sempre, la responsabilità di quanto si sostiene è del solo autore.