

Le ore d'aria: ombre rieducative in una caverna securitaria

di Daniel Monni

SOMMARIO: 1. La caverna Platonica: ombre di libertà. – 2. La recentissima giurisprudenza sulle ore d'aria. – 3. Una questione figlia della tensione rieducativa? Una premessa terminologica. – 4. La paralizzazione del crimin(e)ale

“La società, nel provvedere alla propria difesa con lo schermo della pena, ha regolato da una parte il sentimento della pietà e dell'egoismo, della benevolenza e della conservazione, ottenendo dalla maggioranza degli uomini il consenso a reagire contro i perturbatori di queste condizioni di piacere; dall'altra ha regolato il sentimento della colpa e dell'emenda, del disonore e del sacrificio, intimidendo i perturbatori con la minaccia e l'afflizione di questi espedienti di dolore. In mezzo a tali termini estremi e nel contrasto di così opposti sentimenti, s'insedia umile e mal sicura una giustizia punitrice. Fin che il sangue dell'uomo pulsi per stimolo d'ira o d'amore, di pietà o di cupidigia, di vendetta o di paura, la pena sarà spesso, non sempre, la contraddizione del delitto come un motivo di repulsione contrapposto a un motivo di attrazione; e nessuna regola potrà frammettersi tra i due termini contrari, se non l'equilibrio instabile delle loro forze, lo contrappasso, come dettò al poeta il suo genio; e nessun caso potrà avverarsi che valga a sopprimere per sempre questo contrasto e ridurlo allo stato generale di inerzia, se non il caso in cui la sensibilità degli uomini tutti e non dei più ceda un giorno ad una perfetta indifferenza per le attrattive del piacere e le repulse del dolore. Ma quel giorno sarà la fine dell'umanità¹”

1. La caverna Platonica: ombre di libertà

L'osservazione della disciplina delle cc.dd. “ore d'aria” potrebbe indurre un banalissimo(?) interrogativo: siamo, forse, innanzi ad un istituto figlio d'una – mal celata - “simbologia penitenziaristica”? Difficile, d'altronde, non pensare che la “graziosa concessione” di alcuni evanescenti istanti di libertà corrisponda, in realtà, più al doveroso ossequio d'un presunto dogma libertario che ad una misura rieducativo-umanitaria. Si pensi, anche per un solo momento, al celeberrimo mito platonico della caverna, nel quale Socrate riflette in tal guisa con Glaucone: *“immagina degli uomini in un'abitazione sotterranea a forma di caverna la cui entrata, aperta alla luce, si estende per tutta la lunghezza della facciata; son lì da bambini, le gambe e il collo legati da catene in modo che non possano lasciare il posto in cui sono, né guardare in altra direzione che davanti, perché le catene impediscono loro di girare la testa; la luce di un fuoco acceso da lontano ad una certa altezza brilla alle loro spalle; tra il fuoco e i prigionieri corre una strada elevata lungo la quale c'è un piccolo muro, simile a quei teli che i burattinai drizzano tra loro e il pubblico e al di sopra dei quali fanno vedere i personaggi dello spettacolo [...] Immagina adesso che lungo questo piccolo muro degli uomini portino utensili di ogni tipo al di sopra dell'altezza del muro e statuette di uomini e di animali, in pietra, in legno, di tantissime forme; e naturalmente immagina che alcuni di questi uomini parlino tra loro ed altri stiano in silenzio. [...] non c'è dubbio che agli occhi di queste persone la realtà non sarebbe fatta altro che dalle ombre degli oggetti al di là del muro [...] Poniamo che uno di questi prigionieri fosse costretto ad alzarsi, a girare la testa, a camminare, a levare gli occhi verso la luce: tutti questi movimenti certo lo farebbero soffrire e sarebbe così abbagliato da non riuscir a vedere gli oggetti di cui prima percepiva le ombre. Io ti chiedo che cosa potrebbe rispondere se gli si dicesse che prima non vedeva altro che vane ombre e che adesso è più vicino alla realtà e vede meglio, voltatosi verso oggetti più reali. Che cosa direbbe se gli si facesse vedere ciascuno degli oggetti che sfilano davanti a lui, costringendolo a forza di fargli domande a dire che cosa sono? Non pensi che sarebbe imbarazzato e che gli oggetti che vedeva prima gli sembrerebbero più veri di quelli che gli si mostrano adesso? [...] E se lo si costringesse a guardare la luce stessa, non credi che i suoi occhi ne soffrirebbero e che egli tenderebbe a sfuggire e a*

¹ ROSADI G., *Tra la perduta gente*, Firenze, 1908, pp. 5-6.

rivolgere lo sguardo verso le cose che può guardare e che egli vede ancora realmente più distinte di quelle che gli si mostrano ?[...] E se lo si costringesse a forza a risalire per la scarpata aspra ed erta e non lo si lasciasse prima di averlo portato alla luce del sole, non pensi che ne soffrirebbe e tenterebbe di ribellarsi, e che una volta arrivato alla luce ne sarebbe abbagliato e non riuscirebbe affatto a vedere gli oggetti che noi adesso chiamiamo veri? [...] Alla fine io credo sarebbe proprio il sole, non riflesso nelle acque o in qualsiasi altro punto, ma il sole stesso nel luogo che gli è proprio che egli potrebbe guardare e contemplare così come esso è [...]. E quindi ne concluderebbe che è il sole a produrre le stagioni e gli anni, che governa tutto nel mondo visibile e che in qualche modo è la causa di tutte le cose che lui e i suoi compagni vedevano nella caverna²”. Che la libertà concessa nelle ore d’aria debba ritenersi l’ombra di beffardi manichini irradiati da una libertà ben più alta ed ulteriore?

Il paradosso delle ore d’aria potrebbe, inoltre, esacerbarsi allorquando le si osservassero attraverso le lenti della detenzione dei soggetti pericolosi, sottoposti al c.d. regime 41bis. Come notava il Paley “*se l’impunità del delinquente non fosse pericolosa per la società, non ci sarebbe ragione di punire*”³: fino a quale punto può, purtuttavia, la pericolosità soggettiva condizionare l’oggettiva esecuzione della pena?

Le fredde pareti degli istituti penitenziari, anche e soprattutto nella negazione “d’un obolo di libertà”, sembrano porre in rilievo le antiche scritte del Dostoevskij: “[il diavolo condusse il prete] a una prigione e gli mostrò una cella ammorbata da un’aria fetida e occupata da molte forme umane, prive di ogni salute ed energia, che giacevano a terra, ricoperte di insetti che divoravano i loro poveri corpi emaciati e nudi [...] Questo è l’inferno. Non ne esiste uno peggiore. Non lo sapevi? Non sapevi che gli uomini e le donne che spaventati con l’immagine di un inferno nell’aldilà, non sapevi che essi sono già all’inferno qui, prima ancora di morire?”⁴. Qualche spiraglio di luce, comunque, sembra potersi intravedere nelle recentissime pronunce della Magistratura di Sorveglianza Sassarese e della Corte di Cassazione.

2. La recentissima giurisprudenza sulle ore d’aria

La Suprema Corte di Cassazione, con la recentissima sentenza 17579 del 28 febbraio 2019, sembra, infatti, aver precisato una questione interpretativa che rinveniva la propria scaturigine in una lettura “amministrativistica” della legge di ordinamento penitenziario. Provocatoriamente – ma non troppo – si potrebbe dire questo perché, spesse volte, le circolari DAP ed i regolamenti interni sembrano creare una normazione secondaria diametralmente opposta al dettato legislativo: nel caso *de quo*, peraltro, in chiave del tutto deteriore.

Un detenuto sottoposto al regime 41bis, in particolare, aveva proposto reclamo *ex art. 35bis O.P.* avverso le disposizioni del regolamento interno dell’istituto (a detta di quest’ultimo conformi alla circolare DAP del 2 ottobre 2017), che limitavano ad una sola ora la permanenza all’aria aperta, consentendo lo svolgimento dell’altra ora, prevista dall’art. 41bis comma II *quater* lett. f), all’interno delle sale destinate alla c.d. socialità. Si creava, dunque, una vera e propria “commistione” tra le ore d’aria e quelle di socialità. Il detenuto, a quel punto, chiedeva col proprio reclamo di poter fruire di due ore d’aria “effettive”, distinte dalle ore di socialità.

Una prima e necessaria riflessione sulla sentenza *a quo* potrebbe essere la seguente: “*la permanenza all’aperto non [può] essere confusa con la fruizione della cd. socialità, attesa la differente funzione dei due istituti, diretti, il primo, alla tutela della salute e ad assicurare il benessere psicofisico e, il secondo, a garantire il soddisfacimento delle esigenze e degli interessi culturali, relazionali e di trattamento. Dunque, i due istituti non possono essere sovrapposti e l’ora di socialità non [può] essere considerata come una*

² PLATONE, *Repubblica*, 514a e ss.

³ PALEY W., *Of crimes and punishments*, libro VI, London, 1785, p. 526 “What would it be to magistrate that offences went altogether unpunished, if the impunity of the offenders were followed. by no danger or prejudice to the commonwealth?”.

⁴ DOSTOEVSKIJ F. citato da GOLDMAN E., *Le prigioni. Un crimine sociale e un fallimento*, in AA.VV., *Anarchia e Prigioni. Scritti sull’abolizione del carcere*, Aprilia, 2014, pp. 44-45.

modalità di fruizione delle ore di permanenza all'aperto⁵”. Se così non fosse, d'altronde, potrebbe sorgere spontanea una domanda: che l'eterogenesi dei fini debba possedere tratti negativi?

Una seconda ed ulteriore chiosa, viceversa, risulta inscindibile dall'interpretazione del dato testuale: “l'art. 41 bis, comma 2 quater, lett. f), [...] stabilisce che la sospensione delle regole di trattamento e degli istituti preveda la limitazione della permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone, ad una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui all'art. 10, comma 1⁶”. Benché, come osservato dalla Corte, “tale formulazione, sul piano strettamente letterale, present[i] tratti di marcata ambiguità⁷” occorre rilevare “che la disposizione fa in realtà riferimento al “limite minimo” da essa previsto, onde l'aggettivo utilizzato parrebbe circoscrivere il rinvio al solo profilo della durata minima della permanenza all'aperto, la cui concreta modulazione, tra un massimo di due ore e un minimo di un'ora, sarebbe così rimessa alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione penitenziaria⁸”. Questo, si potrebbe dire, il risultato d'un'interpretazione ancorata al dato letterale.

È, purtuttavia, pacifico che nella “scelta della concreta soluzione esegetica, in specie a fronte di formulazione testuale che non spicca per adamantina chiarezza, l'interprete deve avere riguardo anche al criterio sistematico e al dato della maggiore o minore aderenza dell'ipotesi accolta ai principi generali dell'ordinamento, in particolare alla luce della ricostruzione che ne è stata offerta dal Giudice delle leggi⁹”. Tale affermazione si traduce nell'assioma secondo il quale “il potere ministeriale, nell'adozione delle misure restrittive, deve trovare un limite “interno” di natura strettamente funzionale, nel senso che tutte le restrizioni dei diritti fondamentali del detenuto “per il loro contenuto (...) siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza, o siano palesemente inidonee o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento¹⁰”.

La Suprema Corte rilevava, quindi, che nel caso concreto la “disposizione della circolare, così come quella attuativa posta dal decreto ministeriale, non appare certamente idonea a rafforzare l'ordine e la sicurezza, così come la prevenzione di flussi comunicativi illeciti tra appartenenti alla stessa organizzazione criminale o a organizzazioni criminali contrapposte, per questa via contrastando con l'esigenza, testualmente affermata dalla Corte costituzionale, di bilanciare in maniera equilibrata tra interessi contrapposti, atteso che al minus di tutela accordato al diritto fondamentale alla salute, cui l'ora d'aria è preordinato, non corrisponde il rafforzamento della tutela accordato a un interesse, contrapposto, ma di pari rango in quanto, i detenuti sottoposti al regime speciale dell'art. 41bis possono permanere all'aperto soltanto all'interno di un gruppo di socialità di quattro persone, scelte dal dipartimento e dalle direzioni di istituto, nell'ambito del quale è sempre consentito comunicare, senza dover attendere le ore di permanenza fuori dalla camera detentiva, sicché quello che potrebbe accadere in due ore, potrebbe accadere anche in un'ora di permanenza all'aria¹¹”. La sentenza 17579 sembra, dunque, uscire dall'impasse -si potrebbe dire – “amministrativo” contestualizzando l'interpretazione del dettato normativo.

Siamo, quindi, innanzi ad una pronuncia eclatante per l'universo del diritto carcerario? A tale quesito, al di là di letture superficiali, forse, dovremmo rispondere negativamente. La pronuncia in oggetto si fonda, infatti, su un cliché ormai caro alla Giurisprudenza, secondo il quale “l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti può [...] subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere”, sicché “in assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27 comma III Cost.¹²”. Si poteva, molto probabilmente, pretendere qualcosina in più?

⁵ Cassazione Penale, (ud. 28 febbraio 2019) depositata il 24 aprile 2019, n. 17579.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

Tale quesito nasce anche a seguito della lettura d'una recente pronuncia del Magistrato di Sorveglianza di Sassari, che aveva già affrontato una questione simile affermando che in quel caso *“l'accertata violazione di legge, e la conseguente illegittimità del richiamato ordine di servizio comport[va] per il detenuto reclamante un pregiudizio grave e attuale del suo diritto a trascorrere in gruppo (il gruppo conforme alla previsione dell'art. 41-bis) le ore all'aria aperta (qualora, ovviamente, non ricorrano le ipotesi tassative di cui all'art. 10, 2° co. OP)”*¹³. A ciò doveva aggiungersi, sempre secondo il magistrato, che *“la limitazione appar[iva] ancor più gravosa se considerata nel quadro generale di sospensione delle regole di trattamento e di conseguente sottrazione di molte possibilità trattamentali, anche fisiche e sportive, organizzate e partecipate”*¹⁴.

In questa riflessione della Magistratura Sassarese, forse non completamente percepita dalla Suprema Corte, potrebbe insinuarsi un'ulteriore chiosa: il richiamo alla “tipologia trattamentale” potrebbe fungere da “faro” in casi analoghi?

Appare pacifico, d'altronde la circostanza secondo la quale se è vero, come peraltro pare, che il *“diritto al trattamento penitenziario può subire – sia pure in casi tassativi e in corrispondenza di situazioni particolari o addirittura eccezionali – limitazioni per esigenze di ordine e sicurezza”*¹⁵ lo è altrettanto il fatto per cui *“il diritto al trattamento rieducativo non può in nessun caso essere oblitterato”*. Potrebbe insorgere, dunque, un quesito: a quale tipo di trattamento attengono le ore d'aria?

Una delle pronunce più interessanti della Corte Costituzionale, la n. 313 del 1990, aveva, infatti, brillantemente evidenziato che la pena *“incidendo [...] sui diritti di chi vi è sottoposto [possiede] necessariamente anche caratteri in qualche misura afflittivi”*¹⁶. Da tale constatazione di fatto si può dedurre che *“come è vero che alla sua natura inerisc[o]no caratteri di difesa sociale, e anche di prevenzione generale per quella certa intimidazione che esercita sul calcolo utilitaristico di colui che delinque [lo è, altrettanto, il fatto che] si tratta di profili che riflettono quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale”*¹⁷. Benché tali canoni finalistici abbiano “radici” costituzionali si dovrebbe comunque ritenere che queste non sia talmente estese *“da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena”*¹⁸, poiché *“se la finalizzazione venisse orientata verso quei diversi caratteri, anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione”*¹⁹. Tali argomentazioni - a fortiori si potrebbe dire - sembrano valere allorquando la concessione d'una misura trattamentale (le ore d'aria) si ponga in potenziale conflitto con l'ordine e la sicurezza interne al carcere.

La succitata ordinanza sassarese sembra, in questo senso, andare oltre la mera interpretazione sistematica ed appare, per tali motivi, ampiamente condivisibile. Il detenuto sottoposto al regime derogatorio del 41bis O.P., infatti, è tautologicamente sottoposto ad un “trattamento” che lo rende più vulnerabile rispetto agli altri detenuti. Si comprende, dunque, che interrogarsi sulla “confluenza” delle ore d'aria nelle cc.dd. ore di socialità non rappresenta un mero esercizio di stile ma, casomai, significa valutare fino a che punto un trattamento penitenziario “ontologicamente non-rieducativo” possa affliggere il detenuto rimanendo all'interno dei confini della “tensione rieducativa”.

La Corte di Cassazione, in ciò, sembra adombrarsi poiché ribadisce che è comunque possibile operare una “stretta” sui diritti dei detenuti allorquando vi siano esigenze di sicurezza: quali sono, tuttavia, i confini del “giro di vite” in un regime penitenziario derogatorio che dovrebbe, comunque, ispirarsi (almeno) all'art. 27

¹³ Magistrato di Sorveglianza di Sassari, ordinanza del

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ SIRACUSANO F., FIORENTIN F., Art. 1, in a cura di FIORENTIN F., SIRACUSANO F., *L'esecuzione Penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, pp. 3-4.

¹⁶ Corte Costituzionale, (ud. 26.06.90), n. 313 del 02.07.90.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

comma III della Cost.? Quali, inoltre, i confini avendo riguardo alle “ore d’aria”? Quale diritto del detenuto tutelano le “ore d’aria”?

Si potrebbe, forse, dire che le ore d’aria rappresentano – ad oggi – l’ultimo lumicino libertario-dignitario (e, quindi, umanitario) del trattamento imposto ai detenuti in regime di 41bis: ha senso quindi, in tale contesto, predicarne la limitazione in nome di esigenze di sicurezza e di ordine intramurario? Probabilmente no.

Occorre, comunque, pensare che siamo innanzi ad una questione che esorbita dal ferro e dal cemento carcerario per inerire questioni giuridico-sociali ben più ampie.

3. Una questione figlia della tensione rieducativa? Una premessa terminologica

Poche parole di “antica” dottrina potrebbero illuminare il prosieguo della riflessione a quo: *“nel corso de’ tempi seguì sempre dopo la colpa il castigo, e tuttavia il motivo, il titolo, il modo variò, anzi che la giustizia punitiva si concepisse ed esercitasse rettamente. Non debbo ora né affermare né negare, se il concetto e lo esercizio sieno almeno oggidì retti: imperciocchè dire, e non dimostrare, sembri vana audacia”²⁰*.

La scienza criminale, come qualsivoglia trascendenza, appare vittima della storicizzazione. Castigo, ammenda e risocializzazione – benché siano finalità tanto distinte quanto distanti - s’appaleserebbero, infatti, solo come i(?) possibili criteri finalistici che la pena ha, nello scorrere dei secoli, idealizzato. Due anime, purtuttavia, sembrerebbero aver ammantato della costanza l’evanescenza tanto cara al susseguirsi della normazione e della dommatica: la “paralizzazione” del criminale e la, conseguente, “reintegrazione”.

Come acutamente notato dal Petrocelli *“dal punto di vista dello scopo, la misura a carattere sanzionatorio, che nel momento normativo è diretta a creare nel soggetto subordinato, mercè la coazione della minaccia, il motivo psicologico atto a indurlo alla volontaria osservanza del precetto, nel momento esecutivo assume il carattere di una reintegrazione”²¹*. La. c.d. reintegrazione, in tal senso, presupporrebbe tre oggetti ben distinti: *“il singolo interesse leso, l’interesse sociale alla tutela degli interessi singoli e alla osservanza dei precetti giuridici [e] la norma violata”²²*. L’ipostatizzazione di tali oggetti, a sua volta, muterebbe il volto della reintegrazione, rendendola *“riparazione [...] per l’interesse singolo e per l’interesse sociale [e] riaffermazione [avendo riguardo alla] norma violata”²³*.

Una brevissima chiosa sulla “paralizzazione del crimin(e)ale” potrebbe, quindi, prendere le mosse da una celebre sentenza della Corte Costituzionale, che non sembrò esitare nell’affermare che *“funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile. A prescindere sia dalle teorie retributive secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena. E ciò basta per concludere che l’art. 27 della Costituzione, usando la formula le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato, non ha proscritto la pena dell’ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell’esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l’efferatezza della loro indole”²⁴*. Una banale(?) “constatazione di fatto” animerebbe, dunque, uno dei fuochi artigiani della scienza criminale?

In tal guisa il reo sembra essere uno “strumento della legge”: non è, purtuttavia, *“uno strumento inanimato ma sì uno strumento che palpita e ragiona e vuole, uno strumento ch’è persona: tale quindi che ha diritti inviolabili, contro cui si spezza ogni vanto, ogn’ingiusta pretesa di tutto il corpo sociale”²⁵*. Interessantissima, sul punto, una chiosa dell’Ellero apparentemente in contrasto con l’imperativo

²⁰ ELLERO P., *Opuscoli Criminali*, Bologna, 1874, pp. 5-6.

²¹ PETROCELLI B., *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, p. 251.

²² PETROCELLI B., *op.cit.*, p. 252.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Corte Costituzionale, 22 novembre 1974, n.264.

²⁵ ELLERO P., *op.cit.*, pp. 132-133.

categorico²⁶ di kantiana memoria: “se non si avessero più a temere futuri misfatti, l’ultimo delinquente si potrebbe sì vegliare, custodire e costringere alla soddisfazione privata; ma non si potrebbe più punire, perché mancherebbe alla pena il suo fine proprio²⁷”. Sembrerebbe verosimile, dunque, sostenere che in “questo” senso, paradossalmente, “la pena mira ai delinquenti futuri, e non a quello cui percuote²⁸”. Facile(?) concludere, a questo punto, che benché generalmente “s’inchina troppo a vedere nel paziente consumarsi il fine della pena, quasi indiritta solo a lui²⁹” si dovrebbe, casomai, rimembrare che “lo è ad esso non più che ai terzi, e ad esso e a tutti non per quel delitto che si castiga in lui, ma pei futuri temuti³⁰”.

Si può, comunque, osservare che “le pene capitali, e tutte quelle che violano nel paziente dei diritti inviolabili, dimostransi senz’altro illegittime: avvegnachè l’uomo (anche il reo de’ più atroci misfatti) ha un fine a sè; e contro a questo fine non può andare la pena, non può andare la società, la quale fu istituita ad agevolargli quel fine, e non a conculcarlo³¹”.

In questo avvicendamento, verrebbe da dire, sembra innestarsi la tensione rieducativa ipotizzata dall’art. 27 della Costituzione. Ciò detto si accetti, comunque, un amaro presupposto colto dal Dolcini: “l’idea di una pena che restituisca alla società un uomo migliore, in grado di rispondere alle attese del consorzio civile, potrebbe essere assunta quale emblema e prototipo dei grandi progetti che hanno percorso l’età moderna: un progetto che, in questa fase storica, si espone – come altri, o forse più di altri – al rischio di essere travolto da un dominante disincanto e definitivamente liquidato come utopia³²”. Se è vero, come – peraltro - pare, che la postmodernità “si connota per l’abbandono dei grandi progetti per l’uomo, elaborati a partire dalla stagione illuministica³³” perché - sorge la domanda – la penologia dovrebbe sottrarsi a tale deriva?

L’obliarsi di questo grande progetto, d’altronde, sembra rinvenire la propria scaturigine in una paradossale(?) negazione immanente alla scienza criminale: “diversamente che rispetto a ogni altro fondamentale paradigma giuridico (penso al contratto, piuttosto che alla proprietà), la scienza giuridica nei confronti della pena ha necessariamente sentito il bisogno (prima ancora, e spesso anche a prescindere dal discuterne contenuti e strutture) di individuarne la funzione, vale a dire, in sostanza, a pre-stabilirne la legittimità a “stare nel sistema” (se vogliamo: “a esistere”). Si potrebbe obiettare che contratto e proprietà, come istituzioni per se apportatrici di utilità sociale per (almeno alcuni de)i membri della società tale esigenza non fanno avvertire, mentre alla pena, di contrapposto per se apportatrice di svantaggio (non solo) sociale per l’individuo, tale considerazione non può estendersi. Ma è altrettanto facile controbbiettare che vi sono stati frangenti storico-sociali in cui tale utilità (quanto meno sub specie di utilità/diritto degli individui) è stata drasticamente e non occasionalmente negata, e tuttavia non per questo la scienza e la società civile stessa continuano a tormentarsi alla ricerca, per tali istituzioni, di una fonte di legittimazione della loro stessa esistenza — e permanenza — nel sistema³⁴”.

La delegittimazione alla quale la scienza criminale pare, inesorabilmente, condannata s’instilla in essa – si potrebbe dire – *corpore et animo*. Se per quanto concernerebbe l’*animo* sembra sufficiente rimembrare che “da millenni gli uomini si puniscono vicendevolmente e da millenni si domandano perché lo facciano³⁵” per il corpo, non dissimilmente, potremmo ri-pensare ad un’acutissima riflessione del Dolcini: “la richiesta di

²⁶ Concetto introdotto da KANT I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, Germania, 1785.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ ELLERO P., *op.cit.*, p. 133.

³² DOLCINI E., *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascicolo III, Milano, 1 settembre 2018, p. 1668.

³³ MOCCIA S., *Brochure di Presentazione del VI Convegno Nazionale dell’Associazione Italiana Professori di Diritto Penale*, Roma, 10-11 novembre 2017.

³⁴ PALIERO C.E., *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologie del punire*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascicolo 2, Milano, 1 giugno 2018, p. 447.

³⁵ WIESNET E., *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena*, Milano, 1987, p. XV.

riforme, l'auspicio di un nuovo diritto penale, sono dati pressoché costanti nella storia del nostro paese, e non soltanto nel nostro: riflettono una valutazione negativa del diritto penale vigente, al quale si rimprovera, da un lato, di non saper assicurare le condizioni essenziali per una convivenza pacifica e ordinata, dall'altro, di comprimere in misura eccessiva i diritti di libertà dei cittadini³⁶”.

La pena, dunque, nel momento in cui castiga vive d'un – e nel – paradosso. Mi sia consentita, dunque, una chiosa preliminare, degna del più nano tra i “nani sulle spalle dei giganti³⁷”: *la pena non serve – o non serve che secondariamente – a correggere il colpevole o a intimidire i suoi possibili imitatori; da questo duplice punto di vista è giustamente dubbia, e in ogni caso mediocre. La sua vera funzione è di mantenere intatta la coesione sociale, conservando alla coscienza comune tutta la sua vitalità³⁸”.* Lo *ius puniendi* - acce(r)tata l'incapacità rieducativa - dovrebbe, quindi, giustificarsi con la salvaguardia dell'interesse di chi lo esercita: la *societas*. Provocatoriamente, e non troppo, potremmo, però, domandare: “che la tensione rieducativa debba auto-legittimarsi unicamente in via del tutto tautologica?”.

La tensione a cui si accennava, oltretutto, non pare essere di “facile momento”. Ben più facile, con un voluto gioco di parole, chiamare “manichini” – come direbbe il buon Renzo – strumenti di tortura: *“il notaio fa un altro cenno a' birri; i quali afferrano, l'uno la destra, l'altro la sinistra del giovane, e in fretta in fretta gli legano i polsi con certi ordigni, per quell'ipocrita figura d'eufemismo, chiamati manichini. Consistevano questi (ci dispiace di dover discendere a particolari indegni della gravità storica; ma la chiarezza lo richiede), in una cordicella lunga un po' più che il giro di un polso ordinario, la quale aveva nelle cime due pezzetti di legno, come due piccole stanghette. La cordicella circondava il polso del paziente; i legnetti, passati tra il medio e l'anulare del prenditore, gli rimanevano chiusi in pugno; di modo che, girandoli, restringeva la legatura a volontà; e con ciò che aveva mezzo, non solo d'assicurare la presa, ma anche di martirizzare un ricalcitante: e a questo fine la cordicella era sparsa di nodi³⁹”.*

Per tali ragioni un'analisi della “tensione” esistente tra le opposte esigenze di “paralizzazione e reintegrazione” del crimin(a)le appare, quantomai, necessaria; in caso contrario si rischierebbe, infatti, di confondere l'art. 27 comma III della Cost. con una finissima astrazione assimilabile al “Giuoco delle Perle di Vetro” tanto caro ad Hesse. Pena e rieducazione, in sostanza, dovrebbero sempre e comunque tendere all'ordine o, quantomeno, ad una *sub-species* di “caos ordinato”: riprendendo Hesse, purtuttavia, si dovrebbe seraficamente chiosare che *“questo ordinamento delle cose non è affatto ovvio, [...] [perché] presuppone una data armonia fra mondo e spirito la quale può essere sempre turbata, [...] [e perché] la storia universale non aspira, tutto sommato, a ciò che è desiderabile, bello e ragionevole, ma tutt'al più lo tollera come eccezione⁴⁰”.*

4. La paralizzazione del crimin(e)ale

Il Pisani, in una delle sue opere più celebri, ricordò mirabilmente che il processo penale dovrebbe sempre render conto d'un'esigenza: *“l'esigenza, etica ancor prima che giuridica, di costruire il processo penale come un perfezionato strumento di garanzia e di giustizia, per l'individuo e per la società, che però non perda mai di vista le ragioni dell'uomo. L'esigenza, cioè, che esso sia, per l'appunto, a misura d'uomo⁴¹”.* Se della pena, verrebbe da dire, si volesse fare una “biografia” e volessimo ri-partire dal Nietzsche potremmo, forse, darle questo titolo: *“Ecce poena: come si diventa ciò che si è. L'umanesimo penale⁴²”.* La

³⁶ DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascicolo 1, Milano, 1999, p. 10.

³⁷ Metafora coniata da Bernardo di Chartres.

³⁸ DURKHEIM É., *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 2016, p. 198.

³⁹ MANZONI A., *I promessi sposi*, Torino, 1950, p. 250.

⁴⁰ HESSE H., *Il giuoco delle perle di vetro*, Milano, 1998, p. 142.

⁴¹ PISANI M., *Libertà personale e processo*, Padova, 1974, p. 84.

⁴² Il pensiero corre a NIETZSCHE F., *Ecce homo. Come si diventa ciò che si è*, Milano, 1991

scienza criminale, infatti, pare anzitutto una scienza umana, affatto ideale: “dove voi vedete cose ideali, io vedo -cose umane, ah! troppo umane⁴³” direbbe, forse, il grande Filosofo.

Si prenda ad argine un postulato facilmente riscontrabile: “considerata la pena in modo affatto generale, ognuno converrà con me che ella si può definire: un atto che lo stato esercita sui delinquenti onde prevenire i delitti colla repressione⁴⁴”. Cionnonostante la pena sembra essere “un male, e non può non essere un male, e i mali non sono mai soli, ed ogni inconveniente principale ne trae seco di accessori; laonde, nello scegliere la pena da applicarsi ad un reato, né si deve lasciare adito alla obbiezione che il rimedio sia peggiore del male, né si deve poter paventare l’obbiezione di chi per escludere quella pena adduca un inconveniente da cui la medesima vada accompagnata⁴⁵”. L’umanesimo insito nella scienza penale genererebbe, dunque, uno scontro tra l’esigenza di sicurezza della società – che punisce – e l’esigenza di tutela del trasgressore che è punito dal gruppo di consociati di cui, pur, fa parte. Come notava parecchi anni or sono il Paoli “la pena è, senza dubbio, il più intenso dei mali che la legge minaccia per la sua violazione, ed è il più intenso, perché la pena soccorre quando le altre sanzioni apparirebbero insufficienti⁴⁶”. Queste ultime, d’altronde, “apparirebbero insufficienti quando non si tratta solo di una violazione ma di aggressione al diritto, quando il diritto aggredito è tale che merita la tutela più seria, più immediata, più forte: quando alla sicurezza di quel diritto non è soltanto interessato il titolare di esso ma tutta la consociazione; nel senso che nello stesso momento in cui si aggredisce uno specifico diritto individuale o collettivo, anche si aggredisce il generico diritto della consociazione alla tranquilla e pacifica convivenza sociale; quando – ciò in sostanza non è conseguenza dell’osservazione che precede – l’azione antigiuridica produce pubblico allarme; quando, insomma, sorge nozione di reato⁴⁷”.

La profonda radice umana dello *ius punitonis* sembra evincersi, d’altronde, dalla peculiarissima circostanza secondo la quale “questo” sembra esser nato ancora prima del “diritto”. Si pensi, a tal proposito, al *pactum societatis*: “gli uomini insieme conviventi tendono alla soddisfazione di bisogni comuni, al promovimento mediante un lavoro associato dei loro beni materiali e spirituali. Ma, affinché un siffatto lavoro per la soddisfazione degli interessi umani sia possibile, devono esistere regole, le quali limitino la sfera di volontà dei consociati, in modo che quella dell’uno non invada quella dell’altro. Affinché non inscoppi un *bellum omnium contra omnes*, occorre un ordinamento pubblico, una limitazione delle sfere di potestà, la difesa di certi interessi e la negazione di difesa di certi altri⁴⁸”. Un certo tipo di *ius* nasce, quindi, contemporaneamente o successivamente al “vivere associato”: può dirsi, tuttavia, altrettanto della “spada” punitiva? Molto probabilmente no poiché certe forme di punizione – integranti, comunque, i canoni del giuridico – sorgono, forse, ancor prima della parola e, *a fortiori*, del “contratto sociale”.

Potremmo dire, con un postulato che tende - per le forme - all’equazione, che mentre lo “*ius punitonis*” nasce con l’uomo l’assegnazione di una funzione al castigo sorge, necessariamente, con il *pactum societatis*. Come scrisse il Vidal “la société est un état naturel. et nécessaire à l’homme qui, réduit à ses propres ressources individuelles, serait dans l’impossibilité de subvenir seul à la satisfaction de ses divers besoins physiques, matériels, intellectuels et moraux. Mais cette vie en commun, malgré sa nécessité, n’est possible qu’au prix de sacrifices réciproques, de concessions. mutuelles et d’une sage limitation de la libre activité de chacun. [...] Le droit pénal a pour but de rétablir la tranquillité dans les esprits et d’assurer plus énergiquement le respect de ces droits essentiels, l’observation de ces lois fondamentales, et menaçants de peines et de châtements ceux qui le méconnaissent et les violents⁴⁹”. Per tali ragioni, evidentemente, “le droit penal et la peine se rencontrent partout et toujours⁵⁰”. Chi subisce un “male”, si potrebbe dire, sembra

⁴³ NIETZSCHE F., *op.cit.*, p. 120.

⁴⁴ GABBA C.F., *Il pro ed il contro nella questione della pena di morte*, Pisa, 1866, p. 12.

⁴⁵ GABBA C.F., *op.cit.*, pp. 13-14.

⁴⁶ PAOLI G., *Principi di diritto penale*, Volume I, Padova, 1926, p. 27.

⁴⁷ PAOLI G., *op.cit.*, pp. 27-28.

⁴⁸ BATTAGLINI G.Q., *Le norme di diritto penale e i loro destinatari*, Perugia, 1910, p. 12.

⁴⁹ VIDAL G., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Paris, 1901, p. 1.

⁵⁰ *Ibidem*.

avvertire istintivamente la necessità di difendersi e di “punire” l’aggressore: nel gruppo sociale tale esigenza, molto probabilmente, s’oggettivizza e diviene il bisogno di “difesa sociale”.

Se è vero, come sembra, che i concetti di pena e di difesa sociale non possono confondersi, poiché “*mentre la difesa riguarda un fatto da compiersi, la pena riguarda un fatto già compiuto*⁵¹” sembra esserlo altrettanto la circostanza secondo la quale i “*concetti della contropinta penale, della coazione psicologica, della sicurezza sociale e via dicendo, [...] [hanno] in diversa guisa [...] insistito su questa funzione essenzialmente difensiva degli ordinamenti penali*⁵²” e, pertanto, le due astrazioni, come i grandi amori, sembrano, seppur dopo mille vicissitudini, ritrovarsi sempre. Come direbbe l’Impallomeni, non a caso, “*una delle funzioni fondamentali della sovranità dello stato è la difesa dell’ordine giuridico: ed uno dei modi con i quali questa si esercita, e il più energico, è la punizione degli autori di alcuni fatti che dalla legge sono qualificati come reati, appunto perché consistono nella violazione di determinate norme di condotta, alla quale è annessa una sanzione speciale che è detta pena*⁵³”. Che ne è, dunque, della rieducazione?

L’osservazione della paralizzazione del crimin(e)ale sembra avvantaggiarsi d’un semplice postulato: “*l’argomento più caro all’uomo è l’uomo medesimo*⁵⁴”. Per questo, si potrebbe concludere, le infinite “discussioni sulla carità libertaria” non cesseranno tanto facilmente: l’uomo sembra scorgere nell’esecuzione della pena un male indispensabile per la propria sopravvivenza. Appare quasi assiomatico, quindi, affermare che nelle carceri l’esecuzione “tenderà” al “trattamento” piuttosto che alla “rieducazione”.

La punizione, d’altronde, come notò il Foucault “*si stabilisce a partire da una definizione del criminale come colui che fa la guerra alla società*⁵⁵”. Tale affermazione, per l’essere umano, sembra essere una di quelle “*certe soluzioni di problemi che precisamente per noi costituiscono robuste credenze: verranno chiamate forse [...] le nostre convinzioni*⁵⁶”. Tale convinzione, orbene, dovrebbe, forse, essere oltre-passata. Sembra, infatti, opportuno “*rimuovere alcuni pre-giudizi, tra i quali quello che in nome della primazia delle esigenze di sicurezza postula, di fatto, una irrazionale limitazione dei diritti dei detenuti*⁵⁷”: in caso contrario le ore d’aria, moderno obolo di libertà, rimarrebbero la pura illusione del mendico di Schopenhauer.

⁵¹ FERRI E., *Principi di diritto criminale (delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza)*, Torino, 1928, p. 7.

⁵² PETROCELLI B., *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, p. 72.

⁵³ IMPALLOMENI G.B., *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1916, p. 1.

⁵⁴ LOMBROSO C., *Delitto. Genio Follia. Scritti scelti*, Milano, 1995, p. 218.

⁵⁵ FOUCAULT M., *La società punitiva*, Milano, 2013, p. 46.

⁵⁶ NIETZSCHE F., *Al di là del bene e del male*, Milano, 2018, p. 142.

⁵⁷ RUOTOLO M., *Dignità e Carcere*, Napoli, 2014, p. 55.