



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI
DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE

JONIAN DEPARTMENT - MEDITERRANEAN ECONOMIC AND
LEGAL SYSTEMS: SOCIETY, ENVIRONMENT, CULTURES



ANNALI 2014 – ANNO II

(ESTRATTO)
PIERLUCA MASSARO

Dall'emergenzialismo penale all'emergenza penitenziaria. Paradossi e populismi delle politiche penali in Italia

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO,
GIUSEPPE LABANCA, FRANCESCO MASTROBERTI,
NICOLA TRIGGIANI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO,
ANTONIO FELICE URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI,
DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE FILIPPI, ARCANGELO FORNARO,
IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,
GIUSEPPE LOSAPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI,
CONCETTA MARIA NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI,
FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI, LAURA TAFARO,
SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

STEFANO VINCI (COORDINATORE), AURELIO ARNESE,
MARIA CASOLA, PATRIZIA MONTEFUSCO, ANGELICA RICCARDI,
ADRIANA SCHIEDI, GIUSEPPE SANSEVERINO

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI

DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ,
AMBIENTE, CULTURE

CONVENTO SAN FRANCESCO, VIA DUOMO, 259 - 74123 TARANTO, ITALY

E-MAIL: FRANCESCO.MASTROBERTI@UNIBA.IT

TELEFONO: + 39 099 372382

FAX: + 39 099 7340595

HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG

Pierluca Massaro

DALL'EMERGENZIALISMO PENALE ALL'EMERGENZA PENITENZIARIA.
PARADOSSI E POPULISMI DELLE POLITICHE PENALI IN ITALIA *

ABSTRACT	
Il presente lavoro sostiene una riflessione critica sulla contraddittorietà e l'incoerenza delle politiche penali degli ultimi vent'anni in Italia. Sullo sfondo della crisi dello Stato sociale ed in assenza di una politica sociale della devianza, cavalcando l'onda emozionale della paura della criminalità e della domanda di sicurezza, le politiche penali hanno progressivamente allargato l'area della penalità ed irrigidito le pene edittali. Il sistema penitenziario non ha retto il peso sociale e materiale di tale indirizzo securitario e populista aprendo inevitabilmente quanto contraddittoriamente la porta a politiche emergenziali ispirate alla mera deflazione penitenziaria. La proposta, tuttavia, non è quella di maggiore certezza delle pene bensì quella di nuove politiche penali in grado di ripensare ruolo e funzioni del penitenziario.	This paper sustains a critical reflection on the contradictions and incoherence of italian criminal policies in these last twenty years. In the background of the crisis of the welfare state and in the absence of a policy of social deviance, riding the emotional wave of crime fear and security demand, criminal policies have gradually widened the area of penalties and stiffened punishments prescribed by law. Prison system did not withstand social and material burden of this securitarian and populist orientation, inevitably opening the door to contradictory policies inspired by the mere emergency deflation prison. The proposal, however, is not that of more certainty of punishment but to ensure new penal policies in order to rethink role and functions of prison system.
Carcere - politica penale - emergenzialismo – sovraffollamento	Prison - penal policy - emergency - prison overcrowding

SOMMARIO: 1. Dall'emergenzialismo penale all'emergenza penitenziaria. - 2. Il paradosso delle politiche penali e l'effettività della pena. - 3. Il collasso delle carceri e la detenzione sociale. - 4. Conclusioni.

1. - La crisi permanente e strutturale dell'istituzione penitenziaria in Italia, tanto nelle sue funzioni quanto soprattutto nelle concrete condizioni di detenzione, rappresenta il risultato di politiche penali non di rado contraddittorie quando non irrazionali, dettate da un governo dell'emergenza piuttosto che da più ambiziose seppur meno popolari scelte di orientamento sistematico e non meramente congiunturale. Nel condannare l'Italia per violazione del divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non ha recentemente

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

esitato a denunciare l'esistenza di un «problema sistemico risultante da un malfunzionamento cronico proprio del sistema penitenziario italiano»¹.

La progressiva e continua espansione ipertrofica della legislazione penale², causa principale ma non esclusiva dell'ingolfamento e della farraginosità del sistema di giustizia, non sembra sostenuta da un chiaro ed esauriente indirizzo politico criminale alla base. Per dirla con Ferrajoli:

E' al contrario proseguita la crisi inflattiva del diritto penale, a causa non diciamo di una consapevole politica di segno coerentemente regressivo, bensì di un'assenza, di un vuoto pressoché totale di politica, ossia di capacità di progettazione e di innovazione. Questo vuoto è stato colmato dal solito emergenzialismo, che si è espresso in una serie di interventi congiunturali, oscillanti, schizofrenici³.

L'emergenzialismo ha sposato il tema della sicurezza, onda negli ultimi anni cavalcata dalla retorica politica nel tentativo di fornire le risposte populisticamente più incoraggianti alla diffusa domanda sociale di penalità⁴. Una domanda, dunque, costantemente ai primi posti dell'agenda politica, indipendentemente da ideologie e orientamenti, e divenuta oramai oggetto di scambio politico⁵. Per dirla con Bauman «Fare della reclusione la strategia centrale nella lotta per la sicurezza dei cittadini,

¹ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dell'8 gennaio 2013, causa Torreggiani e altri contro Italia: «Del resto, il carattere strutturale del problema individuato nelle presenti cause è confermato dal fatto che diverse centinaia di ricorsi proposti contro l'Italia al fine di sollevare un problema di compatibilità con l'articolo 3 della Convenzione delle inadeguate condizioni detentive legate al sovraffollamento carcerario in diversi istituti penitenziari italiani sono attualmente pendenti dinanzi ad essa. Il numero di questo tipo di ricorsi è in continuo aumento».

² Nel testo della cosiddetta proposta Margara del 2004, il progetto di riforma dell'ordinamento penitenziario veniva giustificato quale risposta alla «preoccupazione sul progressivo e, parrebbe, inarrestabile allargarsi dell'area della penalità, con inevitabili conseguenze sull'area del carcere».

³ L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002, p. 11. Mosconi chiama in causa la: «Produzione di un insieme caotico e farraginoso di norme, non riconducibili ad un sistema organico, difficilmente coordinabili e interpretabili tanto sul piano della coerenza logica e valoriale, quanto su quello operativo»: G. MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in «Rassegna penitenziaria e criminologica», 1/3(2001), pp. 3-35.

⁴ *Populist punitiveness* è non a caso l'efficace espressione coniata da Bottoms a tal proposito: A. BOTTOMS, *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*, in C. CLARKSON, R. MORGAN (eds), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 17-49. Per una sintetica ricostruzione cfr. R. CORNELLI, *L'emergere della "questione sicurezza" nell'Italia degli anni Novanta*, in L. MASSARI, A. MOLteni (a cura di), *Giustizia e sicurezza. Politiche urbane, sociali e penali*, Roma, Carocci, 2010, pp. 19-25.

⁵ Pavarini parla di «Una nuova cultura della penalità legittimata dal basso di cui è imprudente dire che è sempre di destra»: M. PAVARINI, *Il grottesco della penologia contemporanea*, in CURI, PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, op. cit., p. 272. Sulla domanda di giustizia come oggetto di scambio politico cfr. ID, *I nuovi confini della penalità. Introduzione alla sociologia della pena*, Bologna, Martina, 1996, p. 158; V. ONIDA, *Quale politica criminale*, in MASSARI, MOLteni (a cura di), *Giustizia e sicurezza*, op. cit., pp. 19-25.

vuol dire affrontare la questione con una lingua d'estrema attualità»⁶.

Contro la “nuova penologia”⁷ convergono le voci critiche⁸ di quanti vi leggono un abbandono del tradizionale modello orientato all'individuo, in favore di un approccio tecnocratico basato sulla gestione di aggregati, selezionati in base al grado di rischio loro attribuito e posti in condizione di non nuocere alla collettività. Non il singolo o il suo comportamento, ma classi di soggetti percepiti come gruppi produttori di rischio verso i quali orientare la sorveglianza e l'incapacitazione. Un approccio basato sul tentativo di applicare al sistema penale un modello manageriale, con il quale affrontare i problemi della pena in termini di economicità, efficienza ed efficacia. Tale funzione puramente pragmatica di gestione della devianza come rischio sociale, giunge a sostenere Mosconi, sarebbe complementare ad una funzione di produzione simbolica, attraverso la costruzione di figure di nemici pubblici⁹.

Un quadro all'interno del quale il carcere, apparentemente destinato all'oblio, istituzione da riformare e contenere se non da abrogare¹⁰, riconquista la propria centralità¹¹, ritrovato strumento di neutralizzazione ed esclusione in quello che agli occhi di alcuni osservatori viene letto alla stregua di un passaggio in atto da uno Stato sociale verso uno Stato penale¹². Pur l'esecuzione penitenziaria non coincidendo e non sovrapponendosi del tutto all'esecuzione penale, il carcere non perde, ed anzi consolida, il ruolo di perno del sistema penale.

Una politica sociale in continuo arretramento¹³ ha indebitamente sovraccaricato di aspettative ed esigenze non soddisfatte la politica criminale, la quale appiattita al più circoscritto livello di sola politica penale ha trovato nella questione sicurezza la

⁶ Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Bari, Laterza, 2001, p. 132.

⁷ M. FEELEY, J. SIMON, *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications*, in «Criminology», 30, 4(1992), pp. 449-474.

⁸ Cfr. PAVARINI, *Il grottesco della penologia contemporanea*, op. cit.; A. DE GIORGI, *Il governo dell'eccedenza*, Verona, Ombre Corte, 2002; L. WACQUANT, *Simbiosi mortale. Neoliberalismo e politica penale*, Verona, Ombre Corte, 2002; J. PRATT, D. BROWN, S. HALLSWORTH, W. MORRISON (eds.), *The New Punitiveness. Trends, Theories, Perspectives*, Cullompton, Willan Publishing, 2005; FEELEY, SIMON, op. cit.

⁹ MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale*, op. cit.

¹⁰ Questa almeno la proposta dell'abolizionismo, eterogenea corrente nell'ambito della quale convergono istanze di depenalizzazione, decarcerizzazione, ma anche delegittimazione (dallo Stato), deprofessionalizzazione (dagli esperti). Normalmente l'espressione è utilizzata in riferimento alla dottrina che, propugnando l'abolizione dell'intero diritto penale, fornisce una risposta negativa alla pregiudiziale domanda relativa al se punire.

¹¹ Cfr. D. GARLAND, *La cultura del controllo, Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, Il Saggiatore, 2004, p. 175.

¹² L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello Stato penale nella società neoliberale*, Milano, Feltrinelli, 2000. Così anche Pavarini, che scorge il passaggio dal Well-fare ad un Prison-fare: M. PAVARINI, *L'abolizionismo ai tempi del prison-fare*, in «Antigone, quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario», 1(2007), pp. 18-38.

¹³ Assai più drastico e lapidario è il commento di Pavarini: «Il controllo sociale italiano è sempre stato affidato al sistema penale», in *Le future frontiere della penalità. Tre domande a Massimo Pavarini*, in P. CIARDIELLO (a cura di), *Quale pena*, Milano, Unicopli, 2004, p. 345.

matrice e la giustificazione delle proprie scelte e nella gratificazione della domanda generalizzata di giustizia il principale metro di valutazione della propria efficacia¹⁴. La giustizia penale pare, dunque, aver quasi smarrito la propria funzione sussidiaria in funzione di una legittimazione quale strumento più adeguato di prevenzione e garanzia. La crisi del carcere e più in generale della pena, difatti, rimanda in primo luogo alla crisi dello Stato sociale e, nello specifico, dell'assistenzialismo penale¹⁵, in ossequio al quale si guardava al sistema penale come strumento della politica sociale in grado di intervenire efficacemente sugli antecedenti, individuali e sociali, del fenomeno criminale¹⁶. Sarebbe, infatti, fuorviante ricondurre ad una autonoma iniziativa riformista meramente endogena alla giustizia penale i mutamenti che hanno interessato il campo del controllo della criminalità negli ultimi anni, ignorando i mutamenti che ha conosciuto nello stesso periodo il più ampio milieu socioculturale¹⁷. Così Garland:

Le strutture e le ideologie del controllo della criminalità moderne sono crollate non tanto a causa delle critiche teoriche, e neppure a causa di un fallimento di matrice penologica, ma perché in contrasto con gli stili di vita e i valori condivisi. Le strutture sociali e le sensibilità culturali che supportavano il campo hanno a loro volta subito una trasformazione. La critica del correzionalismo si è imposta all'apice di una transizione sociale che ha visto convergere processi di cambiamento nella sfera economica, politica e culturale¹⁸.

Una visione della società, secondo Prina, che alimenta, nelle prescrizioni di ciò che è normale, auspicabile e doveroso per tutti, l'orientamento alla trasgressione, alla ricerca del rischio, alla violazione delle norme, alla prevaricazione e alla violenza nelle relazioni interpersonali. Ecco allora la giustificazione di reazioni sociali (e istituzionali) che pongono enfasi esclusiva sulle responsabilità individuali di chi sbaglia o non riesce a stare al passo, premessa di politiche di repressione e segregazione e dello smantellamento di politiche sociali che sostenevano il cammino dei più deboli¹⁹. In criminologia guadagna la scena un approccio teorico che guarda

¹⁴ Cfr F. PRINA, *Devianza e politiche di controllo. Scenari e tendenze nelle società contemporanee*, Roma, Carocci, 2003, p. 106.

¹⁵ GARLAND, *La cultura del controllo*, op. cit.

¹⁶ L. EUSEBI, *Cristianesimo e retribuzione penale*, in ID. (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, Giuffrè, 1989.

¹⁷ GARLAND, *La cultura del controllo*, op. cit., p. 157 ss. Garland si riferisce agli Stati Uniti ed alla Gran Bretagna, ma: «va inoltre precisato che il nucleo delle osservazioni di Garland intende avere una valenza più ampia della semplice comparazione tra due paesi, e avviare, almeno in potenza, una comprensione delle trasformazioni avvenute in epoca tardomoderna nella maggior parte delle società occidentali». Così Ceretti in: A. CERETTI, *Presentazione*, in GARLAND, *La cultura del controllo*, op. cit. p. 33. Lo stesso Garland precisa: «Tali premesse mi inducono a supporre che molti dei problemi di fondo qui sollevati sono, o saranno presto, condivisi anche da altre società tardomoderni, pur con risposte culturali e politiche, e con traiettorie sociali differenti». Ivi, p. 65.

¹⁸ GARLAND, *La cultura del controllo*, op. cit., p. 118.

¹⁹ PRINA, *Devianza e politiche di controllo*, op. cit., p. 30.

al soggetto criminale come orientato nelle sue azioni da scelte utilitaristiche di natura razionale, nel solco di alcuni studi economici al comportamento umano²⁰, i quali segnando il passaggio dall'*homo sociologicus* all'*homo economicus*, avevano reimmesso «la criminologia nel ciclo della teoria classica»²¹. In uno scenario politico prevalentemente reazionario che, negli anni Ottanta, vede allentarsi le tensioni solidaristiche di uno Stato sociale in crisi, un approccio alla criminalità che esalta la responsabilità individuale escludendo una natura patologica delle attività criminali, non può che guadagnare rapidamente consenso.

L'inarrestabile produzione normativa piegata alla retorica della sicurezza rischia tuttavia di produrre effetti contrari ed indesiderati, scaricando su un sistema di giustizia privo delle necessarie risorse un carico tale da comprometterne l'efficacia e da amplificare l'allarme sociale. L'inasprimento dell'azione repressiva attraverso l'aumento del numero di denunce, condanne ed incarcerazioni si può difatti prestare ad una interpretazione quale conferma dell'esistenza di una minaccia sociale nel fenomeno criminale e può così paradossalmente consolidare la percezione sociale di insicurezza.

La pressione sociale nei confronti della giustizia, dunque, finisce a sua volta per alimentare la pressione sul sistema penitenziario, non più in grado di sostenere il peso sociale e materiale di quello che non a torto è stato definito alla stregua di un boom penitenziario²². L'emergenzialismo che nel tempo ha informato di sé le politiche penali ha finito così per produrre a sua volta un'emergenza penitenziaria, nei confronti della quale si concentra attualmente l'attenzione del legislatore. Le conseguenze più evidenti e drammatiche delle politiche penali, pertanto, finiscono per scaricarsi sulla situazione carceraria, a proposito della quale non sembra errato parlare di un vero e proprio collasso, che anche e soprattutto sulla scorta della pressione esercitata dalla CEDU induce il legislatore a continui interventi di natura chiaramente emergenziale.

Le (presunte) emergenze sociali e criminali, demagogicamente chiamate in causa per giustificare l'irrigidimento o l'ampliamento dell'area della penalità, spiegano la (reale) emergenza penitenziaria, la quale trova nel fenomeno del

²⁰ G.S. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in «Journal of Political Economy», 76(1968), pp.169-217.

²¹ T. HIRSCHI, *On the Compatibility of Rational Choice and Social Control Theories of Crime*, in D.B. CORNISH, R.V.G. CLARKE, *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*, New York, Springer-Verlag, 1986. Nell'ambito del paradigma utilitaristico in particolare: la teoria degli stili di vita: M.J. HINDELANG, M.R. GOTTFREDSON, J. GAROFALO, *Victims of Personal Crime: an Empirical Foundation for a Theory of Personal Victimization*, Cambridge, Ballinger Pub. Co., 1978; la teoria delle attività di routine: L. COHEN, M. FELSON, *Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach*, in «American Sociological Review», 44, 4(1979), pp. 588-608; la teoria della scelta razionale: D.B. CORNISH, R.V.G. CLARKE, *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*, New York, Springer-Verlag, 1986.

²² L. RE, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Bari, Laterza, 2006.

sovraffollamento la sua manifestazione più drammatica e visibile. L'emergenza, dunque, è costantemente evocata non solo quale fonte di legittimazione delle politiche che nell'ultimo ventennio hanno contribuito a far lievitare il numero delle presenze negli istituti di pena, ma oggi anche come criterio di ispirazione e giustificazione della più recente introduzione ed implementazione in fase esecutiva di misure ed istituti introdotti in funzione specialpreventiva, ora tuttavia strumentalmente piegati alle esigenze della mera deflazione penitenziaria²³. Il sistema della politica, come suggerito in tal senso da Pavarini, ha in realtà costantemente governato la pena in fase esecutiva per necessità utilitaristiche di varia natura: di governo del carcere, di economia finanziaria, di consenso politico, ecc.²⁴ e, dunque, non dovrebbe forse sorprendere una fase, quale quella attuale, nella quale lo scopo della deflazione immediata è di fatto anteposto ad ogni altro.

Nello specifico, è possibile collocare ai primi anni Novanta l'inizio dell'attuale stagione delle politiche penali e penitenziarie, oggetto dell'analisi in queste pagine, stagione nel corso della quale si è registrato un aumento esponenziale del numero di ristretti. Numero che, rapportato alla popolazione residente, era andato via via riducendosi dagli anni Venti fino alla fine degli anni Ottanta, salvo poi crescere progressivamente negli anni successivi, al punto da indurre il Governo italiano a distanza di quasi vent'anni a proclamare lo stato di emergenza delle carceri. Negli ultimi anni, pertanto, si assiste senza soluzione di continuità al susseguirsi di iniziative legislative in materia penitenziaria allo scopo di arginare l'emergenza del sistema penitenziario senza, tuttavia, mettere in discussione ruolo e funzioni del carcere. Interventi di rapida ma circostanziata efficacia, o presunta tale, che rinunciando ad intervenire in profondità alle radici del fenomeno si limitano a contenere l'emergenza medesima.

2. - L'incoerenza di fondo della politica penale si palesa nell'innalzamento dei massimi edittali²⁵ di molte fattispecie già esistenti nonché nella continua previsione del carcere quale sanzione per fattispecie penali nuove, e nel contestuale ricorso a meccanismi di alterazione della effettività della sanzione, in considerazione soprattutto della ormai acclarata incapacità del sistema penitenziario di sostenere ulteriormente l'incremento della popolazione detenuta. A fronte del progressivo e continuo ampliamento ed irrigidimento dell'area penale, dunque, in fase esecutiva si

²³ Il riferimento è, in primo luogo, alle misure alternative e più di recente alla proposta di previsione anche per gli adulti della sospensione del processo e della messa alla prova. Cfr. L. TUMMINELLO, *Il volto del reo: l'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 277.

²⁴ PAVARINI, *Il grottesco della penologia contemporanea*, op. cit., p. 261.

²⁵ Perplessità condivise nella Relazione sull'amministrazione della giustizia del 2013 dal Presidente della Corte di Cassazione: «Sul piano sanzionatorio non si condivide la tendenza legislativa ad inasprire le pene detentive già esistenti»: G. SANTACROCE, *Corte di Cassazione. Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2013*, p. 92 in http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_anno_giudiziario_2013.pdf

assiste al processo inverso attraverso un sensibile rimaneggiamento della pena in ottica puramente deflativa, rieducativa solo nella facciata. Si può pertanto verosimilmente delineare il graduale passaggio da un'attenzione per la deflazione penale intesa primariamente nella sua accezione di politica di depenalizzazione, ad una crescente esigenza di deflazione processuale e, soprattutto, penitenziaria di carattere emergenziale piuttosto che strutturale²⁶.

Il paradosso di una politica penale che da un lato insiste sulla centralità del carcere nell'ambito del sistema penale e, più in generale, sulla dimensione della severità della pena e dall'altro intacca indiscriminatamente quella della sua effettività, si presta ad una interpretazione nei termini di un populismo penale, quale ricerca di intercettare e soddisfare la domanda di sicurezza indipendentemente dalle ricadute in termini di funzionalità e sostenibilità. Paradosso già segnalato da Garland a proposito del sistema assistenziale americano degli anni Sessanta, nel quale:

lo scarto tra l'abbaiare e il mordere consentiva al sistema di mostrarsi sensibile alle istanze di pena espresse dall'opinione pubblica²⁷.

Appare del tutto evidente come nel tempo le iniziative del legislatore sul tema siano state motivate dalla contingente esigenza di arginare l'escalation penitenziaria piuttosto che di offrire nuovi e migliori strumenti in ottica rieducativa agli operatori della giustizia. Lo scarto, peraltro, non si registra solo tra la pena edittale e quella effettivamente scontata, ma anche tra quest'ultima e quella irrogata dal giudice, così realizzando una «situazione assolutamente patologica di divaricazione»²⁸, ben al di là di opportuni e ragionevoli criteri di flessibilità.

Negli ultimi anni il drammatico fenomeno del sovraffollamento ha spinto il carcere fuori dal cono d'ombra cui era stato progressivamente relegato, portando alla ribalta un universo sommerso nei confronti del quale le non più procrastinabili iniziative politiche tradiscono un senso di contingenza ed incoerenza e la rinuncia ad una riflessione più profonda sull'istituzione penitenziaria.

La critica al sistema vigente non ha intaccato quel “senso di inevitabilità” di cui le forme assunte dalla pena si sono circondate nel mondo moderno, «legittimazione dello status quo»²⁹. Uno sguardo anche solo superficiale alle condizioni reali di detenzione manifesta l'attrito con quanto previsto dalle norme sull'ordinamento penitenziario³⁰, l'applicazione incompleta delle quali, in ragione soprattutto di

²⁶ In particolare negli anni Novanta la depenalizzazione, intesa come degradazione di un reato ad illecito amministrativo, ha permesso di far fronte all'ipertrofia normativa penalistica, la quale negli anni ha stimolato diffuse proposte di riduzionismo penale.

²⁷ GARLAND, *La cultura del controllo*, op. cit., p. 106.

²⁸ G. NEPI MODONA, *La pena detentiva: struttura e funzione punitivo-premiale*, in CIARDIELLO, (a cura di), *Quale pena*, op. cit., p. 124.

²⁹ D. GARLAND, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Milano, Il Saggiatore, 1999, p. 41.

³⁰ Il capo II del Titolo I dell'Ordinamento Penitenziario (l. 354 del 1975) disciplina le condizioni generali: le caratteristiche degli edifici penitenziari, il vestiario ed il corredo, l'alimentazione, l'igiene, i locali di soggiorno e di pernottamento.

limitate risorse finanziarie, ha finito per deludere quanti avevano legittimamente individuato nella riforma penitenziaria l'attesa garanzia della salvaguardia dei diritti e della dignità dei detenuti.

L'arsenale degli interventi messi in campo incide ulteriormente sulla dimensione dell'effettività della pena, già sensibilmente erosa in ragione del perseguimento della funzione specialpreventiva della rieducazione. Facendo leva sulla premialità, la riforma penitenziaria aveva elevato a regola il principio della flessibilità della pena per scopi specialpreventivi. Era poi stata la legge Gozzini, "riforma della riforma", a scardinare ulteriormente l'effettività della pena cercando un compromesso tra esigenze deflative ed istanze securitarie³¹. Si definisce in tal modo il nuovo ruolo del penitenziario: ultima ratio a seguito della fallimentare o non praticabile applicazione di altre soluzioni. Un principio che troverà in realtà più profonda e diffusa applicazione nel sistema minorile di giustizia, piuttosto che in quello degli adulti, nei confronti del quale si indirizzano le osservazioni qui avanzate. La modulazione la pena in sede esecutiva in ragione delle specifiche esigenze educative del condannato costituisce, dunque, un corollario del principio della risocializzazione.

Pavarini, ricordando che il principio dell'inflessibilità della pena in fase esecutiva non è di fatto mai esistito, guarda all'incertezza ed all'ineffettività del sistema penale come implicazioni necessarie e fisiologiche della negoziabilità della pena. Sebbene quest'ultima sia il normale portato dell'affermazione della sua funzione specialpreventiva, secondo lo stesso Pavarini nel breve lasso di tempo intercorso tra la riforma Gozzini e la legislazione di contrasto alla criminalità organizzata dei primi anni Novanta.

Si gettano le fondamenta di una nuova negoziabilità di natura prettamente tecnocratica, sensibile alle ragioni squisitamente politiche di governo deflativo della penalità³².

Alle esigenze teleologiche della rieducazione si sovrappongono quelle assai più pragmatiche della deflazione, con implicazioni in termini di funzioni della pena e, più in generale, di credibilità del sistema penale. L'ineffettività della pena, così estremizzata, finisce per non essere più funzionale, in quanto non più legittimata da reali esigenze teleologicamente orientate. La giustizia penale, si potrebbe dunque argomentare, «non di rado travalica i confini della mitezza e della benevolenza per diventare apertamente indulgenziale»³³. Oggi gli spazi discrezionali di manovra nella fase esecutiva si sono ulteriormente dilatati per arginare la situazione oramai intollerabile nelle carceri, la quale, tuttavia, potrebbe e dovrebbe rappresentare

³¹ Da un lato il cosiddetto carcere duro ed il regime di sorveglianza particolare, dall'altro la decarcerizzazione attraverso l'implementazione dei benefici penitenziari.

³² PAVARINI, *Il grottesco della penologia contemporanea*, op. cit., p. 262.

³³ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* (1991), pp. 55-75.

l'occasione per acquisire consapevolezza della necessità improcrastinabile di ripensare la giustizia penale ed in particolare il ruolo del penitenziario.

Il problema si palesa nella scelta di risolvere il fenomeno dell'emergenza penitenziaria eliminandone i sintomi e rinunciando ad intervenire sulle cause più profonde. Così Verde³⁴:

Ciò che negli ultimi 30 anni di storia del nostro penitenziario hanno dimostrato è che le politiche della decarcerizzazione possono servire tatticamente a decongestionare il carcere nelle situazioni di crisi acuta, ma non hanno nessuna capacità di incidere significativamente sui meccanismi sociali che producono criminalizzazione e carcerazione.

Venuto oramai meno il sistematico ricorso all'amnistia, al sistema ingolfato viene dato respiro ampliando la portata di misure premiali, senza valutarne la sostenibilità in termini di risorse umane e finanziarie e con il conseguente rischio di appiattire tali misure alla dimensione di vuoti contenitori come tali privi di reale efficacia in termini di risocializzazione e recidiva.

Il corto circuito tra la pena legale minacciata, la pena realmente inflitta e quella concretamente eseguita finisce così per compromettere l'efficacia preventiva della sanzione, tradendo l'insegnamento non superato di Beccaria³⁵, in quanto la mera minaccia della punizione non accompagnata dalla prontezza e dalla certezza della sua applicazione, oltre che dalla sua "dolcezza", non può realisticamente ambire a costituire un valido deterrente dalla commissione di un reato.

Il vasto e variegato movimento di critica che, a partire dagli anni Settanta, assopiti gli entusiasmi per l'osservazione ed il trattamento del condannato, ha puntato l'indice contro l'istituzione penitenziaria, ha accolto sotto lo stesso ombrello posizioni e prospettive diverse, le quali, pur auspicando una riforma, non hanno contestato le categorie consolidate di reato e, soprattutto, di pena.

È anzi diffusa la petizione di principio secondo cui, posto che il ricorso, già sperimentato, alla durezza della pena detentiva non sortisce livelli di tutela soddisfacenti, tanto meno questi potrebbero derivare da mezzi diversi: il che considera ovvio quanto ovvio non è, vale a dire che incentrare sulla minaccia del carcere la risposta ai fatti illeciti rappresenti comunque la strategia preventiva più efficace³⁶.

³⁴ S. VERDE, *Massima sicurezza. Dal carcere speciale allo stato penale*, Roma, Odradek, 2002, p. 176.

³⁵ «La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità; perché i mali, anche minimi, quando son certi, spaventano sempre gli animi umani, e la speranza, dono celeste, che sovente ci tien luogo di tutto, ne allontana sempre l'idea dei maggiori, massimamente quando l'impunità, che l'avarizia e la debolezza spesso accordano, ne aumenti la forza»: C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, Feltrinelli, 2003.

³⁶ L. EUSEBI, *Introduzione: Il diritto penale non è una scienza. Sul rapporto tra diritto penale e politica criminale*, in I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, (a cura di), *La pena in castigo. Un'analisi critica*

Una condanna sostanzialmente condivisa dell'istituzione penitenziaria non sembra in grado di metterne a repentaglio la posizione largamente dominante nell'ambito del sistema di giustizia.

Il disincanto di fronte al fallimento della pena utile ha determinato un pessimismo segnato al suo interno da tendenze opposte: l'una, con riferimento alle funzioni materiali, riconosce al sistema delle pene legali un ruolo fondamentale e pertanto insopprimibile nella conservazione della realtà sociale disuguale; l'altra, non riconoscendo funzione alcuna alle pene, chiede l'abolizione del sistema penale. Ambedue le tendenze - per quanto così distanti - condividono il medesimo pessimismo penologico: il sistema delle pene legali è tanto ideologicamente ingiustificabile quanto politicamente irrimediabile³⁷.

3. - L'aumento del numero dei detenuti, peraltro non riconducibile ad un aumento della delittuosità che possa giustificarlo, non può essere spiegato con l'aumento del numero degli ingressi, numero rimasto pressoché invariato nel corso degli ultimi vent'anni. Ciò significa che è a fronte di un numero crescente di detenuti presenti nelle carceri, non si registra un aumento nel numero di ingressi, in ragione evidentemente di una crescita della severità della pena misurabile nella lunghezza della condanna calcolata in anni.

Secondo Anastasia, il sovraffollamento penitenziario italiano ha tre "stigmati": la legislazione sulle sostanze stupefacenti, la prima disciplina dell'immigrazione e la riforma costituzionale che ha limitato di fatto il ricorso a provvedimenti di amnistia e indulto³⁸. Tre nodi di forte ed evidente problematicità, accanto ai quali non si può disconoscere l'importanza della questione della custodia cautelare, e che senza dubbio possono essere indicate come gli esempi più discussi e dirompenti della generale tendenza in atto nelle politiche penali.

L'aumento crescente di presenze nell'area penitenziaria è stato contenuto sino all'inizio degli anni Novanta attraverso un periodico e frequente ricorso all'amnistia ed all'indulto³⁹. Decine di provvedimenti clemenziali si sono succeduti al fine di contenere il numero dei detenuti, che è così passato dai trentamila circa all'inizio degli anni Novanta, successivamente all'ultima amnistia prima della riforma costituzionale, ad un numero oggi superiore al doppio. Un numero così elevato di

su regole e sanzioni, Milano, Vita e Pensiero, 2006.

³⁷ M. PAVARINI, voce *Pena*, in «Enciclopedia delle Scienze sociali», VI, Roma, Treccani, 2006, pp. 537-545.

³⁸ S. ANASTASIA, *La forma della pena. Alternative nelle politiche penitenziaria*, in S. ANASTASIA, F. CORLEONE, L. ZEVI (a cura di), *Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, Roma, Ediesse, 2011, p. 142.

³⁹ A seguito della modifica dell'art. 79 della Costituzione nel 1992 (con legge costituzionale n. 1) amnistia (causa di estinzione del reato) e indulto (causa di estinzione della pena) possono essere concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera. L'ultimo provvedimento di amnistia è stato adottato con il D.P.R. 12 aprile 1990, n. 75.

decreti di amnistia ed indulto induce a scorgere nelle scelte del legislatore la volontà non dichiarata di elevare a normalità politica una soluzione per sua natura eccezionale e contingente, nella consapevolezza di poter così evitare più tortuose e complesse scelte di politica criminale⁴⁰. Una considerazione che non vale ad eliminare le perplessità su politiche penali che da un lato finiscono per continuare a sovraccaricare il sistema penitenziario e dall'altro devono periodicamente intervenire per trovare valvole di sfogo ad una situazione penitenziaria sull'orlo del collasso.

L'ultimo provvedimento risale al 2006 con la discussa concessione dell'indulto⁴¹, in conseguenza del quale le presenze diminuirono di un terzo. Già due anni dopo, tuttavia, cessati gli effetti dell'indulto, si era riproposto il problema del sovraffollamento. A ottenere risultati apprezzabili e di medio periodo nel campo del controllo del problema del sovraffollamento carcerario non sono i paesi che hanno sperimentato riduzioni straordinarie della popolazione carceraria, i cui effetti possono essere tipicamente solo di breve periodo⁴².

In un quadro generale comunque fortemente critico, l'Italia presenta un tasso di sovraffollamento tra i più alti in Europa⁴³, che in non pochi istituti di pena risulta pari o superiore al 200%. La percentuale è sostanzialmente cresciuta nel corso degli anni, salvo poi frenare in virtù dell'indulto, per poi riprendere una crescita al momento interrotta dai più recenti provvedimenti emergenziali.

La situazione di sovraffollamento si riverbera drammaticamente sulle condizioni di vita all'interno degli istituti di pena. Si tratta di un aspetto che in realtà incide in maniera determinante, ma non esclusiva, nella valutazione delle condizioni di vita in carcere, in quanto anche altri importanti fattori di base concorrono in tal senso: aerazione, disponibilità di acqua e luce, riscaldamento, spazi aperti, servizi igienici e sanitari, alimentazione, ecc. Tutti aspetti previsti e regolamentati dall'ordinamento

⁴⁰ Indubbiamente alcuni degli oltre trenta provvedimenti di clemenza adottati a partire dalla nascita della Repubblica si legano a momenti topici della vita sociale e politica, ma ciò non vale a smentire la percezione degli stessi come mera valvola di sfogo del sistema.

⁴¹ Nel 2006 con la legge n. 241 è stato approvato l'indulto non superiore ai tre anni per le pene detentive e fino a 10.000 euro per le pene pecuniarie, con esclusione di alcune fattispecie di reato in relazione alla loro gravità. Un provvedimento osteggiato da quanti temevano conseguenze negative per la sicurezza. Già nel 2003 con la legge n. 207 era stato approvato il c.d. indultino, per effetto del quale il condannato che avesse già scontato almeno metà della pena detentiva, avrebbe potuto beneficiare della sospensione condizionata dell'esecuzione della pena residua nel limite massimo di due anni.

⁴² ISTITUTO CATTANEO, *Un'anomalia italiana: il sovraffollamento carcerario*, in http://www.ristretti.it/commenti/2013/aprile/pdf1/ricerca_cattaneo.pdf (ultima consultazione 13/05/2014).

⁴³ Al 31/12/2013 a fronte di una capienza stimata in 47.709 posti, risultavano presenti 62.536 detenuti (dati Dipartimento Amministrazione Penitenziaria). Il tasso di sovraffollamento è pari al 131%: ogni 100 posti letto, sono presenti 131 detenuti. Al 1 settembre 2011, quando il tasso di sovraffollamento in Italia era pari al 147%, la media in Europa era pari al 99,1%. Superano comunque il 100% anche: Serbia, Grecia (più del 150%), Ungheria, Cipro (più del 130%), Croazia, Belgio, Montenegro (più del 120%), Francia, Repubblica Ceca (più del 110%), Turchia, Albania, Finlandia, Portogallo, Armenia, Austria, Lituania, Slovacchia, Ucraina (più del 100%) (Dati *Council of Europe Annual Penal Statistics - 2011 Survey on Prison Populations*).

penitenziario⁴⁴, ma nella realtà troppo spesso, per non dire quasi sempre, non sufficientemente rispettati. Come tuttavia osservato negli Standards del Comitato europeo per la Prevenzione della Tortura e delle Pene o Trattamenti Inumani o degradanti (CPT):

Tutti i servizi e le attività in un carcere sono influenzati negativamente se occorre farsi carico di un numero di detenuti maggiore rispetto a quello per il quale l'istituto è stato progettato; la qualità complessiva della vita in un istituto si abbassa, anche in maniera significativa. Inoltre, il livello di sovraffollamento in un carcere, o in una parte particolare di esso potrebbe essere tale da essere esso stesso inumano o degradante da un punto di vista fisico⁴⁵.

A questa conclusione è giunta nel 2009 la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Cedu) nella sentenza di condanna dell'Italia per la violazione dell'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ("Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti") accogliendo il ricorso di un detenuto bosniaco ristretto nel carcere romano di Rebibbia⁴⁶. Una sentenza di condanna nei confronti dell'Italia pronunciata nuovamente nel 2013⁴⁷, questa volta con la scelta emblematica da parte della Corte di optare per una sentenza pilota, strumento privilegiato per i casi di reiterate violazioni di diritti derivanti da problemi di natura strutturale e sistemica piuttosto che da situazioni contingenti per le quali è ritenuta sufficiente la semplice condanna. Rispetto alla precedente sentenza, la censura della Corte non riguarda solo la grave carenza di spazio ma anche un trattamento contraddistinto da disagi ulteriori (illuminazione, acqua calda, ventilazione). A seguito della sentenza pilota all'Italia era stato assegnato il termine di un anno entro il quale procedere all'adozione delle misure necessarie a porre rimedio alla constatata violazione.

Uno sguardo al tasso di detenzione (numero di detenuti per 100.000 abitanti), sembrerebbe tuttavia suggerire una lettura non in linea con quella fin qui proposta, come si potrebbe evincere dalla mera rilevazione della collocazione dell'Italia agli

⁴⁴ L. 354/1975, Titolo I, Capo II (condizioni generali): artt. 5-12.

⁴⁵ Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (Cpt), *Gli Standard del CPT. Rilievi essenziali e generali dei Rapporti Generali del CPT*, in <http://www.cpt.coe.int/lang/ita/ita-standards.pdf> (ultima consultazione 13/05/2014).

⁴⁶ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 16 luglio 2009 - Ricorso n. 22635/03 - Sulejmanovic c. Italia. La Corte ha precisato che ai fini del riconoscimento della violazione della norma di cui all'art. 3 della convenzione non è sufficiente il semplice superamento dei limiti minimi di spazio individuali previsti dalla Cpt, a meno che non sia di particolare gravità, ma si richiede una valutazione congiunta degli altri aspetti delle condizioni detentive. Nel caso Sulejmanovic, a giudizio della Corte, «la flagrante mancanza di spazio personale di cui il ricorrente ha sofferto (circa 2,70 mq per un periodo di oltre due mesi e mezzo) è, di per sé, costitutiva di un trattamento inumano o degradante».

⁴⁷ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dell'8 gennaio 2013 - Causa Torreggiani e altri c. Italia. All'origine della causa i ricorsi di sette detenuti reclusi nelle carceri di Busto Arsizio e Piacenza.

ultimi posti in Europa, con una media inferiore a quella europea⁴⁸. Solo a seguito dei più recenti provvedimenti, tuttavia, è stato interrotto il trend di crescita iniziato dopo l'indulto ma che aveva rapidamente fatto registrare numeri superiori a quelli precedenti al provvedimento di clemenza del 2006.

Un dato che potrebbe essere letto come legittimazione della scelta alla base del “Piano carceri”, approvato nel 2010 e successivamente più volte rimodulato, quale quella di individuare nell'edilizia penitenziaria la strategia principale d'intervento, attraverso la costruzione di nuovi istituti penitenziari e l'ampliamento di alcuni già esistenti. In realtà la strategia illustrata dal Governo si fonda su tre pilastri: misure deflattive della carcerazione, implementazione degli organici di Polizia Penitenziaria e, soprattutto, edilizia penitenziaria.

Una risposta di natura “tecnico-amministrativa” ad un problema del quale si trascura così la più profonda matrice “politica”⁴⁹, prospettando una soluzione onerosa e solo in parte efficace e che non a caso disattende il diverso indirizzo suggerito a livello sovranazionale in seno al Consiglio d'Europa dal Comitato dei Ministri e dal Cpt⁵⁰. Premessa la vetustà e la generale inadeguatezza di buona parte del patrimonio edilizio, non è possibile salutare positivamente l'iniziativa politica, in considerazione in primo luogo delle numerose strutture chiuse o comunque mai utilizzate, e soprattutto in quanto la costruzione di nuovi istituti, quale strategia pressoché esclusiva, rappresenterebbe un tampone, come tale in grado solo temporaneamente di frenare il fenomeno del sovraffollamento, soluzione dunque non corretta e non coerente con le cause di quest'ultimo.

L'analisi del problema del sovraffollamento non può prescindere dal riferimento alla questione della carcerazione preventiva. Una percentuale significativa di ristretti non è detenuta in ragione di una condanna definitiva, in quanto sottoposta a custodia cautelare, spesso in assenza di condanna in primo o secondo grado. La presenza dei detenuti non condannati in via definitiva ha più volte superato la soglia del 50% della popolazione ristretta nelle carceri italiane, ed ha comunque costantemente registrato

⁴⁸ Il tasso di detenzione in Italia nel 2011 era pari al 110%, inferiore alla media europea (122%). Ai primi posti di questa classifica si trovano i paesi dell'est Europa, in particolare della zona di influenza russa: Russia (546%), Georgia (541%), Azerbaigian (417%), Ucraina (347%) (Dati Council of Europe Annual Penal Statistics 2011).

⁴⁹ Cfr. S. ANASTASIA, *Piano carceri e politiche penitenziarie*, in Associazione Antigone, *Le prigioni malate. Ottavo rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione in Italia*, Roma, Edizioni dell'asino, 2011, p. 175 ss.

⁵⁰ Raccomandazione R(99)22 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul sovraffollamento penitenziario e l'inflazione della popolazione carceraria, art. 2: «L'ampliamento del parco penitenziario dovrebbe essere piuttosto una misura eccezionale in quanto, in generale, non è adatta ad offrire una soluzione duratura al problema del sovraffollamento». Così il Cpt: «Il CPT è lontano dall'essere convinto che il provvedere ad aumentare gli alloggi possa di per sé offrire una soluzione duratura. Infatti, alcuni Stati europei hanno intrapreso vasti programmi di costruzione di nuove carceri, con il solo risultato che la popolazione carceraria si trova a crescere in parallelo con la aumentata capacità acquisita dai propri complessi carcerari».

una percentuale tra le più alte in Europa. Uno sguardo al tasso di detenuti non condannati in via definitiva (per 100.000 abitanti) consente un confronto che difatti vede pochi paesi superare l'Italia⁵¹ e che giustifica le recenti iniziative legislative tese a contrarre ulteriormente i margini di applicazione della misura nonché i richiami volti alla sensibilizzazione dei magistrati nella direzione di una maggiore scrupolosità in sede applicativa.

Uno sguardo esteso agli ultimi vent'anni, periodo oggetto della riflessione proposta in queste pagine, consente di rilevare una tendenza alla costante diminuzione della percentuale di presenze di detenuti non condannati in via definitiva, interrotta bruscamente nel 2006 e da allora nuovamente in diminuzione⁵², mentre il tasso di sovraffollamento continuava comunque la propria crescita. Percentuale dunque più vicina alla media europea, destinata ad un ulteriore contrazione, senza con ciò sottrarre fondamento alcuno agli sforzi legislativi ed applicativi per un ulteriore ridimensionamento percentuale, in considerazione dei dati meramente numerici che, al di là delle percentuali, rivelano un sensibile aumento in termini assoluti nell'ultimo decennio.

Il reato per il quale è ristretto il maggior numero di detenuti in custodia cautelare è quello di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti, ex art. 73 legge 309/1990⁵³. In generale, la percentuale degli ingressi in carcere per violazione della normativa sugli stupefacenti ha un'incidenza significativa sul totale degli ingressi, pari a circa un terzo di essi. Nel 2014 la Corte Costituzionale ha tuttavia dichiarato l'illegittimità dell'art. 73 così come modificato dalla legge c.d. Fini-Giovanardi per violazione dell'art. 77, comma 2, Cost., con la conseguente applicazione della norma nella sua formulazione precedente⁵⁴. Questa, come ha osservato la Corte, prevede un trattamento sanzionatorio più mite, rispetto a quello caducato, per gli illeciti concernenti le cosiddette “droghe leggere” (puniti con la pena della reclusione da due a sei anni e della multa, anziché con la pena della reclusione da sei a venti anni e della multa), mentre sanzioni più severe sono previste per i reati concernenti le cosiddette “droghe pesanti” (puniti con la pena della reclusione da otto a venti anni, anziché con quella da sei a venti anni).

Per i detenuti in attesa di giudizio definitivo (ben oltre 4mila a marzo 2014 per il solo art. 73 dpr 309/90) il giudice delle indagini preliminari dovrà dunque

⁵¹ Al 1 settembre 2011, il tasso per l'Italia era pari al 48,6%, ben oltre la media europea (37,2%) , superato solo da Albania, Azerbaigian, Estonia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Montenegro, Turchia, Ucraina (Dati *Council of Europe Annual Penal Statistics* 2011).

⁵² Al 31/12/2013 su un totale di 62.536, i detenuti sottoposti a custodia cautelare erano 22.831, dei quali metà in attesa di primo giudizio e metà appellanti e ricorrenti (fonte: dati Dipartimento amministrazione penitenziaria).

⁵³ Relazione sulla amministrazione della Giustizia nell'anno 2013 - Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria.

⁵⁴ La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4 bis e 4 vicies ter del d.l. 2005, n. 272 convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della l. 2006, n. 49.

riconsiderare la sussistenza dei presupposti che hanno motivato la custodia cautelare in carcere, mentre per i condannati in via definitiva (oltre 8.500 a marzo 2014 ex art. 73 dpr 309/90) sarà necessaria una rimodulazione della pena. Ci si può ragionevolmente attendere, in ogni caso, il rilascio prossimo di un numero significativo di ristretti, in attesa di una nuova normativa in materia. Scelte di politica penale diverse da quelle alla base della tanto discussa legge sulla droga potrebbero chiudere, almeno parzialmente, il serbatoio di ristretti che sino ad oggi ha alimentato considerevolmente il fenomeno del sovraffollamento.

I detenuti per reati legati alla droga non possono essere sovrapposti *tout court* a quelli con problematiche ad essa correlate, in quanto non sempre alla commissione presunta o accertata del reato è associato uno stato di dipendenza, così come un soggetto dipendente può essere detenuto in ragione di altro reato. La rilevazione e la classificazione dei detenuti come consumatori o tossicodipendenti e la distinzione tra le due categorie è operazione non facile, con il rischio fondato di una stima non corretta degli uni e degli altri⁵⁵. I detenuti tossicodipendenti registrano una presenza numericamente costante, in lieve calo dal punto di vista percentuale, e tuttavia sempre significativa, in quanto un detenuto su quattro è tossicodipendente, nonostante siano stati ampliati i limiti di pena per beneficiare dell'affidamento in prova in casi particolari⁵⁶.

Tra gli ingressi per violazione della legge sulla droga, è alta la percentuale di soggetti stranieri, i quali più in generale a partire dall'inizio degli anni Novanta, in corrispondenza al consolidamento dei flussi migratori in entrata, costituiscono ormai una significativa percentuale degli ingressi totali, così "compensando" la diminuzione degli ingressi di italiani⁵⁷. Negli ultimi vent'anni, pertanto, la presenza degli stranieri in carcere ha conosciuto una rapida escalation a seguito della quale un terzo dei ristretti è rappresentato da stranieri, proporzione assolutamente incoerente con la quota di popolazione straniera residente⁵⁸.

⁵⁵A seguito del passaggio della competenze della sanità penitenziaria alle ASL, oggetto della rilevazione sono i soggetti tossicodipendenti ristretti in carcere per i quali vi è una dipendenza da sostanze definita su base clinica diagnostica e quelli per i quali la dipendenza è solo anamnesticamente o auto dichiarata (mero consumo).

⁵⁶A seguito della modifica apportata dalla legge 49/2006 all'art. 94 della legge 309/1990, l'affidamento in prova in casi particolari può essere concesso solo quando deve essere espiata una pena detentiva, anche residua e congiunta a pena pecuniaria, non superiore a sei anni (e non più a quattro). Se nel 2005, un anno prima dell'indulto, il rapporto tra condannati detenuti e condannati beneficiari di affidamento in prova in casi particolari era di 5 a 1, nel 2012 tale rapporto era diventato di 7 a 1.

⁵⁷ Relazione Annuale al Parlamento 2012 sull'uso di sostanze stupefacenti e sulle tossicodipendenze in Italia.

⁵⁸ Al 31/12/2013 gli stranieri in carcere risultano il 34,95% del totale dei detenuti (fonte: dati Dipartimento amministrazione penitenziaria), mentre alla stessa data incidono per l'8,1% sul totale della popolazione residente (dati Istat).

Un trend che ha probabilmente contribuito ad alimentare l'allarme sociale nei confronti dell'immigrazione⁵⁹, ma che almeno in parte può essere letto come conseguenza degli ostacoli che si frappongono ad una più ampia concessione agli stranieri stessi di una misura cautelare diversa dalla custodia in carcere e, in caso di condanna, di una misura alternativa alla detenzione. Gli immigrati, che peraltro da un punto di vista anagrafico rappresentano una quota di popolazione prevalentemente giovane e come tale maggiormente a rischio da un punto di vista criminale, sono prevalentemente denunciati e condannati proprio per i reati più rappresentati in carcere (reati contro il patrimonio e legge sulla droga). La gran parte degli stranieri denunciati e condannati, inoltre, è costituita da irregolari, i quali in particolare nel nord Italia, ridotte le possibilità di inserimento in mercati del lavoro sommersi, più facilmente sono a rischio di devianza in considerazione anche della presenza di organizzazione criminali pronte a sfruttarne la precarietà sociale.

Paradigmatica delle diffuse istanze securitarie, in ogni caso, l'introduzione con due "Pacchetti-sicurezza" tra il 2008 ed il 2009 di un'aggravante comune per i reati commessi dagli stranieri irregolari, poi dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale, e l'introduzione del c.d. reato di clandestinità (art. 10^{bis} T.U. immigrazione) censurato successivamente dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Facendo riferimento alla questione sicurezza, più in generale non è mancata una lettura⁶⁰ delle politiche penali dell'immigrazione in Italia come costituenti un diritto penale "del nemico"⁶¹, espressione attraverso la quale si attribuisce al diritto penale la funzione preventiva di strumento di neutralizzazione di soggetti potenzialmente pericolosi per la società al di fuori delle normali regole applicate ai cittadini.

In ogni caso, l'elevata presenza di tossicodipendenti e di stranieri nelle carceri è stata letta come espressione di una detenzione sociale⁶², che attribuisce all'istituzione penitenziaria lo strumento per una soluzione di matrice penale a seguito del fallimento di inadeguati se non assenti interventi sociali.

⁵⁹ «I sostenitori della tesi secondo cui i fenomeni migratori in corso provocano un aumento delle forme di devianza citano tre 'prove' che considerano 'inconfutabili': gli immigrati monopolizzano lo spaccio della droga; immigrate sono le donne che si prostituiscono nelle strade e nei viali; di immigrati sono stracolme le nostre carceri. Si tratta di argomenti sicuramente efficaci. E tuttavia essi forniscono un quadro parziale e distorto di quanto sta avvenendo nel nostro paese»: M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 51-52.

⁶⁰ A. CAPUTO, *Irregolari, criminali nemici: note sul 'diritto speciale' dei migranti*, in «Studi sulla questione criminale», 1(2007), pp. 45-63.

⁶¹ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 5-28.

⁶² A. MARGARA, *Progetto di riforma dell'Ordinamento Penitenziario*, in http://www.sestaopera.it/dignitas/margara_linee.pdf (ultima consultazione 13/05/2014).

4. – La richiesta di maggiore effettività delle pene, come sottolinea anche Pavarini, normalmente sottintende una domanda sociale di maggior penalità⁶³. Questo è ad esempio sostanzialmente quanto accaduto negli Stati Uniti negli anni Ottanta, con la crisi dell'ideale riabilitativo e la conseguente affermazione del paradigma di "legge e ordine" che, nell'analisi tranchant di Wacquant:

ha conquistato un'egemonia indiscussa nella politica criminale degli ultimi vent'anni, rigetta qualsiasi nozione di prevenzione e proporzionalità a favore invece di un appello diretto al sentimento popolare, attraverso misure che drammatizzano la paura e l'odio verso il crimine percepito come comportamento abominevole tipico di individui inferiori⁶⁴.

In queste pagine, tuttavia, il paradosso di una pena sempre più severa nella sua minaccia e sempre meno effettiva nella sua applicazione non è denunciato in funzione di una proposta di maggiore rigore in sede esecutiva. Un'eventualità peraltro non concretamente e compiutamente praticabile e che, comunque, schiaccerebbe ulteriormente l'istituzione penitenziaria sotto il peso di insostenibili costi umani prima ancora che sociali ed economici, peraltro rinunciando definitivamente ad ogni possibile residuale tensione rieducativa.

La flessibilità della pena rappresenta un'opzione irrinunciabile in considerazione dell'obbligo in capo al legislatore di prevedere non soltanto la finalità rieducativa della pena, «ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle»⁶⁵. La funzione rieducativa della pena, dunque, è tutelata e garantita non solo in astratto ma anche nella sua concreta operatività, la quale implica inevitabilmente una certa discrezionalità in capo alla magistratura di sorveglianza ai fini della modulazione della pena. Un sistema coerente, almeno in teoria, in relazione al quale va anche aggiunto che il principio riabilitativo ha di fatto contribuito ad una umanizzazione delle pene e delle condizioni dei detenuti.

Nel corso degli ultimi anni, tuttavia, in un quadro di scarsa o nulla organicità e sistematicità tanto teorica quanto pragmatica, il generale inasprimento penale ha finito per compromettere sensibilmente ogni velleità rieducativa, la quale non può e non deve essere confinata nell'alveo della fase esecutiva dovendo informare di sé anche i momenti antecedenti della normazione e della irrogazione giudiziale. Una tendenza della politica penale che, assecondando l'allarmismo sociale, finisce per scaricare il peso dell'emergenza sul penitenziario, rendendo costantemente necessarie soluzioni di natura deflativa. Sotto la pressione sovranazionale della Cedu, divenuta ormai difficilmente percorribile la via d'uscita fino a ieri offerta dagli strumenti clemenziali, lo stato intollerabile ed oramai esplosivo nelle carceri ha indotto il legislatore a scelte di immediata efficacia, che tuttavia rischiano di condurre la

⁶³ PAVARINI, *Il grottesco della penologia contemporanea*, op. cit., p. 267.

⁶⁴ WACQUANT, *Simbiosi mortale*, op. cit., p. 79.

⁶⁵ Sentenza Corte Costituzionale n. 204 del 1974.

flessibilità della pena nel solco della ineffettività. Uno scenario che probabilmente scontenta tanto coloro i quali invocano un'esecuzione piena delle sanzioni detentive minacciate quanto coloro i quali scorgono nel carcere una costante violazione dei diritti dell'uomo e ne auspicano un ridimensionamento.

La sofferenza e la perdita di dignità che si nascondono dietro i numeri del sovraffollamento avevano ed hanno indubbiamente reso non più procrastinabili interventi sul sistema penitenziario, ma le soluzioni deflative che oggi disordinatamente si rincorrono al fine di contenere l'emergenza rischiano di sminuire e compromettere ogni reale tensione riabilitativa della pena.

In conclusione, la proposta che qui si avanza non è quella di negare tout court la flessibilità in favore di una rigida corresponsione tra la pena inflitta e quella eseguita, nel solco di assai discutibili e poco praticabili tendenze neoretributivistiche. Al contrario, il collasso di un sistema penitenziario costantemente in crisi e poco o per niente funzionale rispetto alle esigenze sociali in esso riposte deve sollecitare una politica criminale che, in un quadro di ritrovata organicità e coerenza, abbandonando allarmismi e populismi, possa in primo luogo ritornare ad una reale funzione sussidiaria della giustizia penale, al fine di arginare l'indiscriminato allargamento dell'area penale.

In tale direzione un punto di partenza non superato può essere ravvisato nella proposta di un diritto penale minimo, nella sua accezione di riduzione dell'intervento penale e di estensione dei suoi vincoli garantistici, assumendo come scopo del diritto penale non solo il massimo vantaggio per i "non devianti", come per la tradizione utilitaristica, ma anche la minima lesione per i devianti⁶⁶.

Una opzione praticabile nella consapevolezza dei suoi limiti, che secondo Eusebi⁶⁷ possono essere così sinteticamente riassunti:

In primo luogo (simili concetti) non danno indicazioni contenutistiche alternative sui modi con cui affrontare il problema della criminalità (...). In secondo luogo quanto non verrà depenalizzato – che rimane e rimarrà un ambito nient'affatto minimale – dovrà continuare a essere gestito, accogliendo l'indirizzo in esame, con la rigidità tipica dello schema d'intervento retributivo.

In tal senso, non è ulteriormente dilazionabile una riflessione politico-criminale sul ruolo dell'istituzione penitenziaria, che nel contesto di un sistema sanzionatorio rigido e non individualizzabile si delinea come pena esclusiva⁶⁸, e più in generale sulle possibilità offerte dal modello di giustizia riparativa, fino ad oggi solo marginalmente accolte. Nella sua dimensione orizzontale e partecipata, in un quadro

⁶⁶ L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in «*Dei delitti e delle pene*», 3(1985), pp. 493-524.

⁶⁷ L. EUSEBI, *Appunti minimi di politica criminale in rapporto alla riforma delle sanzioni penali*, in «*Criminalia*», 1(2007), pp. 185-194.

⁶⁸ L. EUSEBI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in S. ANASTASIA, M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Milano, FrancoAngeli, 2001, p. 149.

sociale di crescente conflittualità cui il sistema penale non sembra in grado di fornire le opportune risposte in termini di attenzione alla vittima, responsabilizzazione, rieducazione, l'incoraggiante prospettiva della *restorative justice* è di riparare le conseguenze non solo materiali dell'azione criminale non in negativo, attraverso la sofferenza di una punizione stigmatizzante, ma costruttivamente e responsabilmente, attivandosi nei confronti della vittima.

Una giustizia penale che tuttavia possa essere minima nei fatti e non solo nei codici, ammonisce Pavarini⁶⁹, presuppone inderogabilmente interventi sulle condizioni sociali che permettano di rispondere diversamente ai problemi oggi egemonizzati dalla risorsa penale.

⁶⁹ PAVARINI, *La penalistica civile e la criminologia ovvero discutendo di diritto penale minimo*, in ANASTASIA, PALMA (a cura di), *cit.*, p. 110.