

# Digressioni sull'esecuzione della pena con particolare riguardo al cittadino straniero. Dalla comunicazione interculturale alla funzione rieducativa della pena ed al pieno sviluppo della persona umana

Marco Cossutta

## ABSTRACT

L'autore, nel presentare raccolti alcuni studi elaborati dal 2004 sul problema del deviante e dell'esecuzione penale, pone l'accento sulla funzione rieducativa della pena, così come si è venuta ad affermare nell'ordinamento giuridico attraverso una rilettura del dettato costituzionale. Si rileva però che in talune situazioni, con particolare riguardo al cittadino straniero, la pena assume vistosi connotati prevenzionistici, tanto da lasciare supporre una sorta di dualismo fra il trattamento del cittadino italiano e quello dello straniero. In proposito si esamina la natura ed il diverso utilizzo della misura di sicurezza personale a fronte di cittadini italiani e stranieri. L'autore ravvisa, anche alla luce di recenti interventi legislativi (vedi la legge 94/2009), una sorta di riconsiderazione in chiave critica del profondo processo di riforma dell'ordinamento italiano avviatosi negli anni Settanta dello scorso secolo, che, accanto al nuovo diritto di famiglia, ha proposto la riforma dell'Ordinamento penitenziario del 1975 e la legge manicomiale del 1978.

## PREMESSA

I testi qui di seguito presentati sono stati elaborati dalla primavera del 2004 alla primavera del 2009, nell'arco di un quinquennio, durante il quale l'autore più volte è stato sollecitato ad intervenire in tema di esecuzione della pena. Gli scritti in questione danno conto delle relazioni presentate ai vari conventi ed incontri di studio ove venne invitato ad esporre la sua opinione in merito ai temi lì trattati.

## PAROLE CHIAVE

ARTICOLO 3 COSTITUZIONE;  
ARTICOLO 27 COSTITUZIONE;  
CLANDESTINO;  
COMUNICAZIONE INTERCULTURALE;  
DEVIANZA;  
DIRITTI UMANI;  
ESECUZIONE DELLA PENA;  
ESPULSIONE CITTADINO STRANIERO;  
FUNZIONE RIEDUCATIVA DELLA PENA;  
LAVORO CARCERARIO;  
LEGGE 180/1978;  
MEDIAZIONE CULTURALE;  
MISURE DI SICUREZZA PERSONALI;  
ORDINAMENTO PENITENZIARIO;  
PENA COME PREVENZIONE.

*Dans les premiers jours du mois d'octobre 1815, une heure environ avant le coucher du soleil, un homme qui voyageait à pied entra dans la petite ville de Digne.*

(Victor Hugo)

Si trattava di incursioni in un ambito della riflessione giuridica che non gli era né gli è tutt'ora proprio, né per formazione, né per vocazione di studi; pertanto possono essere considerati episodi isolati, il più delle volte determinati da un *improprio* coinvolgimento, da parte degli organizzatori, fra ben più qualificati relatori.

Ciò non di meno si auspica che il materiale in quelle occasioni raccolto ed elaborato e fin'ora inedito, possa essere di qualche utilità; *in primis*

per colui che lo ha scritto, di modo che possa offrirsi costante e concreta testimonianza della sua incosciente sfrontatezza nell'addentrarsi in campi a lui pressoché sconosciuti e, secondariamente, perché si ritiene che, sia pure con esiti che definire dilettantistici appare poco, nei testi qui presentati si possa pur tuttavia cogliere la tensione a porre la persona umana e la sua sfera relazionale al centro della riflessione sull'esecuzione della pena e sulle sue finalità rieducative, centralità della persona umana che pare nel concretarsi di alcune recenti politiche penali alquanto depotenzializzata.

Soprattutto la finalità rieducativa, ben istituita fra i valori fondamentali della Repubblica dal legislatore costituzionale sembra, all'interno delle elaborazioni normative proposte dal legislatore ordinario in questi ultimi anni, non ritrovare più, non solo pratica attuazione, ma nemmeno teorico richiamo, tanto da far trasparire, in alcuni specifici settori del diritto penale, ove si richiamano figure riconducibili al cosiddetto *extracomunitario*, una concezione della pena attratta da fini prevenzionistici più che rieducativi.

Si rammenta in pronostico come l'articolo 61 del Codice penale, recentemente novellato, al comma 11 *bis* introduca fra le circostanze aggravanti comuni la qualifica di *clandestino*; infatti, ai sensi del predetto comma, "l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale" costituisce una delle circostanze aggravanti parimenti a quanto disposto dal comma primo dell'articolo 61, ovvero "l'aver agito per motivi abietti o futili". Sicché, stante a questa impostazione, la condizione di *clandestinità*, la quale, come oramai appare conclamato, si manifesta a seguito di gravi squilibri socio-economici presenti nel paese d'origine (da cui di fatto l'agente fugge), che si fondono con l'impossibilità, nel paese di rifugio, di raggiungere un'integrazione, tanto da collocare nuovamente il soggetto *clandestino* qui rifugiatosi in una situazione di totale marginalità e minorità socio-economica nonché giuridica, tale condizione, per quanto si suppone non certamente soggettivamente ricercata, rende oggettivamente il reo meritevole di un aggravio di pena. Il comma 11 *bis* introduce

nell'ordinamento una ulteriore circostanza aggravante soggettiva, legata cioè alla condizione del reo, la quale ritrova però la propria causa non, ad esempio, nell'intensità del dolo e nemmeno nella personalità del delinquente, che per l'appunto sono manifestazioni ed elementi di soggettività, bensì nella sua intrinseca ed ineliminabile *povertà* oggettiva, *povertà* che ne fa un soggetto oggettivamente pericoloso.

*Rebus sic stantibus*, l'inasprimento della sanzione risulta difficilmente comprensibile al reo, se non sotto la vеста di una ennesima vessazione, che il mondo dei *ricchi* offre a quello dei *poveri*, tanto da far apparire l'esecuzione della pena non pienamente collocabile in quel processo rieducativo che per venire attuato, stante l'ordinamento vigente, non può che interamente fondarsi sulla *colpevolezza*: "vale ricordare non solo che tal sistema pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure a fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata) ma anche che lo stesso sistema, allo scopo d'attuare compiutamente la funzione di garanzia assoluta del principio di legalità, ritiene indispensabile fondare la responsabilità penale su «congrui» elementi subiettivi", così la Corte costituzionale nella lontana sentenza n. 364 del marzo del 1988.

Il richiamo fra le circostanze aggravanti della semplice condizione di trovarsi "illegalmente sul territorio nazionale" fa sì che si imputi al reo una responsabilità il più delle volte non a questi soggettivamente ascrivibile, ma che, ciò non di meno, lo trasforma, prescindendo dal reato commesso e dalle modalità in cui il comportamento delittuoso si è estrinsecato, in elemento socialmente *ostile*.

Questa impostazione pare ribadita e rafforzata da recentissime disposizioni legislative, quale la legge n. 94 del 15 luglio 2009, che, all'articolo primo, comma sedicesimo, introduce nell'ordinamento (segnatamente nel *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, all'articolo 10 *bis*) il reato di *Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*.

Tale nuova fattispecie criminosa, configurabile quale contravvenzione, non sostituendo quanto previsto, all'articolo 10 del *Testo unico*,

in materia di *respingimento* da parte dell'autorità di pubblica sicurezza degli stranieri "che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera sono fermati all'ingresso o subito dopo", così al comma secondo dell'articolo 10, pare sovrapposti sostanzialmente a quanto già prescritto dall'articolo 13 del *Testo unico* in materia di *espulsione amministrativa*, trasformando quella che sostanzialmente appariva situazione meritevole di misura di sicurezza in un reato.

Ma questa trasformazione si palesa soltanto apparente; infatti, pur prevedendo la disposizione dell'articolo 10 *bis*, il reato e la conseguente sanzione di natura pecuniaria, infatti viene comminata un'ammenda da 5.000 a 10.000 euro, l'unica conseguenza che pare riscontrarsi, salvo caso di recidiva, è l'espulsione dello straniero *denunciato* e non, come potrebbe aspettarsi, dello straniero *condannato*, di cui fra l'altro si fa menzione nel novellato articolo 16 del *Testo unico*, ove il giudice ha facoltà di sostituire la pena erogata, anche *ex* articolo 10 *bis*, "con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore ad anni cinque".

Nella nuova disposizione legislativa possiamo, infatti, riscontrare espressioni quali "esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato" per ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato; che di mero *denunciato* si tratti e non di reo ce lo fa supporre un ulteriore passo del predetto articolo, ai sensi del quale, a fronte della fattispecie di cui sopra, "il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione [...] pronuncia sentenza di non luogo a procedere"; soltanto nel caso in cui lo straniero rientrasse illegalmente nel territorio nazionale, ovvero ricadesse nella stessa fattispecie criminosa, da cui la recidiva, si procederà con l'azione penale, dalla quale potrà scaturire una condanna con conseguente erogazione di pena sostituibile con l'espulsione.

Pertanto, di fronte alla prima commissione del reato, la sanzione pecuniaria dell'ammenda comminata dal legislatore nei fatti si trasforma nell'immediata espulsione nel soggetto *denunciato*, il quale, data la pronuncia di non luogo a procedere, non può essere considerato reo di alcunché; ciò non di meno gli è soggetto ad un

provvedimento, non di natura giurisdizionale, di pura di prevenzione sociale. Che il provvedimento non abbia natura giurisdizionale è ben evidenziato dal fatto che, ai fini dell'esecuzione dell'espulsione non è previsto il nulla osta rilasciato dall'autorità giudiziaria, che l'articolo 13, comma terzo del sopra richiamato *Testo unico* ritiene necessario al fine di procedere all'espulsione dal territorio nazionale di uno straniero sottoposto a procedimento penale.

Ben strano reato è stato inserito nell'ordinamento soprattutto se letto alla luce della "garanzia assoluta del principio di legalità", a cui faceva riferimento la Corte costituzionale nel 1988: il denunciato o indagato, che di si voglia, non viene sottoposto ad alcun procedimento penale, non sarà mai *imputato*, pertanto non potrà mai venire condannato per il reato in questione, né gli potrà venire erogata una pena (rammentiamo che, ai sensi del comma secondo dell'articolo 27 del dettato costituzionale, "l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva"), non solo, egli mai comparirà, mancando un formale rinvio a giudizio, di fronte all'autorità giudiziaria, la quale acquisirà notizia dell'esecuzione dell'espulsione dal questore e pronuncerà il non luogo a procedere.

Alla pena, mai erogata, è sostituita la misura dell'espulsione eseguita dall'autorità di pubblica sicurezza e lo stato, per tramite di un espediente da leguleio, abdica, fra gli altri, al suo diritto e dovere alla rieducazione di un soggetto che viene, *de facto*, considerato colpevole di reato senza però che nessun organo lo abbia mai dichiarato tale (vedi la sentenza di non luogo a procedere emessa dall'autorità giudiziaria competente ad accertare il reato, che viene emessa dalla stessa dopo che il questore le ha comunicato l'espulsione del *clandestino*).

Va altresì posto il problema del ricorso avverso all'esecuzione di espulsione *ex* articolo 10 *bis*, il quale, a fronte di un provvedimento di espulsione amministrativa è ammesso dal comma ottavo dell'articolo 13 del *Testo unico*. Dalla lettura della disposizione, salvo il caso di azione penale riproposta, ai termini dell'articolo 345 del Codice di procedura penale, per il soggetto che rientrasse illegalmente nel terri-

torio dello stato, non pare trasparire opportunità di ricorso contro l'esecuzione dell'espulsione da parte del questore. Tutto ciò in grave lesione dell'articolo 111, comma settimo del dettato costituzionale.

In proposito sovengono le parole della Corte costituzionale che, più di vent'anni fa, ribadiva la non legittimità di una pena scevra da percorsi rieducativi e protesa verso una funzione deterrente nei confronti del reo: "ciò è sicuramente da escludersi, nel nostro sistema costituzionale, data al grave strumentalizzazione che subirebbe la persona umana", così leggiamo nella già richiamata sentenza n. 364 del marzo del 1988.

Si assiste all'introduzione nell'ordinamento di un reato sì consumabile, ma nei fatti volutamente non giustiziabile; in situazioni di *clandestinità* viene agitato lo spettro del crimine, operando una sorta di criminalizzazione mediatica di una situazione di estrema marginalità sociale, a fronte della quale l'ordinamento, in deroga ai suoi principi generali, agirà per mezzo dell'autorità di pubblica sicurezza, negando nei fatti all'indagato ogni forma di garanzia, incrinando con ciò il principio di legalità su cui si fonda l'ordinamento stesso.

Pare in definitiva che in taluni ambiti, in vero quantitativamente ristretti (vedi il richiamo sopra effettuato al *clandestino*), ma non per questo qualitativamente irrilevanti per il sistema giuridico e per i valori che lo stesso veicola(va), si assista ad una rotta della pena verso lidi prevenzionistici più che rieducativi, ponendo in essere con ciò una sorte di dualismo finalistico della pena, che rimane pur sempre ancorata a teorie rieducative per la maggior parte dei soggetti al diritto penale, ma che assume sembianze prevenzionistiche per una minoranza degli stessi.

Una minoranza, che per le condizioni oggettive di *minorità* in cui versa, ben esemplificate dal termine *clandestino*, più di altri dovrebbe usufruire, ove ciò fosse praticamente possibile, di quell'opera di rimozione degli ostacoli che si frappongono al pieno sviluppo della persona umana, a cui il legislatore costituzionale fa cenno al comma secondo dell'articolo tre del dettato costituzione, la cui luce permette alla

Corte costituzionale, nella sentenza qui citata, di ritenere indispensabile "garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate", ovvero di por fine all'errare ramingo del Jean Valjean dei nostri giorni.

I quattro contributi qui raccolti son presentati in maniera disgiunta, in modo che ognuno possa mantenere, qualora sia presente, il proprio apparato di note, al quale non è stato apportato alcun aggiornamento bibliografico dal tempo della loro stesura.

Il primo inerisce alla collocazione dell'istituzione carceraria all'interno di una dimensione europea, con particolare riguardo alla funzione rieducativa della pena. In proposito si ritiene che, ove la pena potesse risultare, in via teorica, connessa ad un processo di educazione del reo, tale itinerario, nel caso dello straniero, pare il più delle volte depotenzializzato dalla mancanza di una mediazione culturale nell'esecuzione della pena, ovvero dall'assenza di un processo di comunicazione fra istituzione e reo tale da favorire l'elaborazione di una cultura giuridica comune. Pare in definitiva, come si cerca di argomentare nello scritto qui presentato<sup>1</sup>, di riscontrare un forte *deficit* di educazione ad una comune giuridicità, che coinvolga fattivamente istituzioni rieducative e rei.

Parimenti deficitario appare, come accennato nel secondo contributo presentato<sup>2</sup>, il coinvolgimento del detenuto straniero in processi di reinserimento sociale tramite il lavoro carcerario, con particolare riguardo a quello extramurario. All'interno di questa problematica, viene fatto cenno alla questione della comunicazione dell'etica del lavoro fra la società

1 Si tratta dell'intervento al Seminario internazionale di studi su «Carceri ed Unione europea», organizzato il 16 aprile 2004 a Trieste dal Centro Studi Criminologici e dal Sindacato Direttori Penitenziari.

2 Il testo è stato presentato al convegno «Per una nuova idea di carcere fabbrica del reinserimento sociale» organizzato a Trieste il 25 maggio 2007 dall'Istituto Internazionale di Studi sui Diritti dell'Uomo.



libera ed il mondo dei ristretti.

Il tema della centralità della persona umana e dell'incisivo processo di riforme sociali e giuridiche che hanno caratterizzato gli anni Settanta del cosiddetto *secolo breve*, fra le quali vanno annoverate le *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, contenute nella legge n. 354 del 26 luglio 1975, e le norme sugli *Accertamenti sanitari volontari e obbligatori*, proposte dalla legge n. 180 del 13 maggio 1978, è argomento del terzo contributo presentato<sup>3</sup>, ove si tratteggia il percorso posto in essere dal legislatore ordinario per rendere effettivo il comma secondo del già richiamato articolo tre del dettato costituzionale, percorso che pare possa considerarsi in parte invertito dal legislatore attuale.

L'ultimo testo proposto<sup>4</sup> riguarda specificamente la questione delle misure di sicurezza e del loro rapporto con l'ordinamento costituzionale vigente.

## SU LA PENA E LA SUA FINALITÀ RIEDUCATIVA IN UN CONTESTO PLURICULTURALE

1. ANALISI SOCIALE E POLITICA PENALE; 2. VALORI CULTURALI E POLITICA PENALE; 3. PARITÀ VERSUS OMOLOGAZIONE; 4. LA CENTRALITÀ DELLA MEDIAZIONE CULTURALE NEL PROCESSO RIEDUCATIVO; 5. ESECUZIONE DELLA PENA ED ESPULSIONE; 6. IL DIRITTO-DOVERE ALLA RIEDUCAZIONE.

### 1. ANALISI SOCIALE E POLITICA PENALE

In un recente studio di criminologia possiamo leggere: "se la politica è l'arte del possibile, la politica del diritto penale è l'arte del diritto penale possibile"<sup>1</sup>.

Rifacendoci a tale assunto, riconosciamo come una prospettiva, che non inquadra l'indagine sulla politica penale sul mero dato normativo<sup>2</sup>, permette di rendere permeabili i confini posti dal tecnicismo giuridico<sup>3</sup>, non già per discuterne i postulati, riproponen-

1 Così in S. Vinciguerra, *Principi di criminologia*, Padova, 2004, p. 129. L'accostamento fra arte e mondo del diritto non è ovviamente esclusiva del curatore della prestigiosa collana "Casi, fonti e studi per il diritto penale" se già Francesco Carnelutti ebbe modo di redigere per il *Nuovissimo Digesto* la voce *Arte del diritto*. Come sottolinea l'Autore dei *Principi*, il termine arte non va inteso quale sinonimo di fantasia; va in ogni caso accennato che, sia pur all'interno di una "attività di ricerca e di proposta condotta secondo canoni di razionalità", richiamarlo di per sé implica l'evocare una tradizione di esperienza giuridica più legata a forme di dialettica aristotelica che a rigidi schemi deduttivi e, quindi, il palesare la politica del diritto penale non tanto come attività di ricerca pedissequamente legata ad un certo modo di intendere il dato normativo riconducibile alla premessa maggiore di un ragionamento deduttivo, quanto quale momento di indagine, la quale, pur non prescindendo dal dato normativo, si rapporta a questo in modo problematico.

2 Con autorevolezza viene rammentato che "nel campo del diritto penale vero e proprio la politica criminale investe tre settori fondamentali: quello della individuazione dei fatti meritevoli di punizione, quello dei principi generali della responsabilità penale, quello delle funzioni e delle finalità delle pene", G. Vassalli, *Politica criminale e sistema penale*, in F. Ferracuti (a cura di), *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, Milano, 1987, p. 1013.

3 Cfr. in proposito ancora S. Vinciguerra, *Principi di criminologia*, cit., p. 120 e segg.

3 Il contributo, intitolato *La legge n. 180 del 13 maggio 1978 ed «il pieno sviluppo della persona umana»*, è stato presentato come relazione al Convegno su «Prevenzione, giovani e stigma della malattia mentale», organizzato dalla Facoltà di Scienze della Formazione dell'Università degli Studi di Trieste il 4 dicembre 2008.

4 Il testo raccoglie le osservazioni conclusive proposte al Convegno su «Le misure di sicurezza personali» promosso dalla Camera Penale «prof. Sergio Kostoris» di Trieste e tenutosi il 21 marzo 2009.

do un dibattito relativo al diritto sostanziale, quanto per affrontare in modo non formalistico i problemi giuridici relativi ad una realtà sociale *in e di* integrazione.

Il richiamo all'*arte del possibile* apre, quindi, proprio nell'ambito specifico dell'esperienza penalistica, opportunità per una ricerca giuridica che rifletta problematicamente sulle conseguenze dell'incontro fra le regole dell'ordinamento giuridico e la regolarità dei comportamenti dei consociati all'interno di un contesto sociale che sempre più si qualifica (in negazione) attraverso la perdita di una precisa identità culturale. La politica penale, intesa come ricerca del diritto penale possibile, non può non tenere conto di questo fatto; il racchiudersi in una sorta di autoreferenzialità normativa, la quale ritenga estranea dal proprio campo di ricerca una riflessione sul dispiegarsi concreto dell'esperienza giuridica e, quindi, negli quale premessa metodologica un'indagine sull'ambito sociale in cui la norma si colloca<sup>4</sup>, renderebbe la politica penale ed il diritto penale da questa derivato, del tutto inadeguati a rispondere sia alle finalità che l'ordinamento stesso istituzionalmente pone, che ai bisogni di ordine promananti dalla società.

Gli stessi dati che rappresentano la realtà quotidiana dell'esecuzione penale in Italia sono di per sé esemplificativi di tale esigenza.

## 2. VALORI CULTURALI E POLITICA PENALE

Due appaiono le questioni alle quali qui far brevemente cenno al fine di prendere le mosse. La prima, di carattere più generale, è inerente alla valutazione giuridica di un fatto, ovvero alla sua qualificazione come reato. La seconda, conseguente alla prima, è relativa alla pena da

4 Ciò che qui si critica è il rappresentarsi della politica penale sotto forma di una branca della scienza giuridica kelsenianamente intesa; per l'autore qui richiamato, "la dottrina pura del diritto, come specifica scienza giuridica, rivolge la sua attenzione a norme giuridiche [...] non a fatti concreti, cioè a quello che le norme vogliono o si rappresentano, bensì a norme giuridiche intese come contenuti ideali voluti o rappresentati", così ne *La dottrina pura del diritto*, trad. it. Torino, 1960, p. 124. Per una più generale critica della prospettiva kelseniana cfr. F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1983.

erogare e, ancor più specificatamente, all'esecuzione della pena stessa.

A ben vedere non si tratta di problemi fra loro separabili se l'esecuzione della pena è il punto finale di un percorso che riconosce il proprio avvio in un *fatto* posto in essere dall'agente. Non appare perciò né concretamente possibile, né concettualmente corretto non riconoscere una unitarietà nell'esperienza penalistica anche se la riflessione sulla stessa si tripartisce tradizionalmente negli ambiti del diritto penale sostanziale, del diritto penale procedurale, del diritto dell'esecuzione penale. Il momento che unifica tale esperienza è offerto, come emergerà nello sviluppo del contributo, dalla riflessione sull'antigiuridicità; questa costituisce il cardine su cui ruota ogni elemento della tripartizione ed è quindi il fulcro su cui si dispiega l'intera politica penale.

Le due questioni, nonché la riflessione a queste connessa, vanno collocate, meglio, vanno indagate avuto riguardo ad un contesto di diversità di cultura giuridica<sup>5</sup>. Un discorso di politica penale che non tenga conto di una esperienza culturale sempre più policromatica, che si riversa specularmente nel microcosmo della cultura giuridica, corre un duplice rischio. Per un verso, di non cogliere la realtà, per lo meno nel senso di ritenere che la diversità culturale non possa costituire né oggetto proprio al discorso giuridico intorno al reato ed alla pena, né influire indirettamente sullo stesso. Per altro, cosa ancor più problematica, non riconoscere come la stessa esperienza giuridica, che non può che prendere le mosse dal dato normativo, è di per se stessa portatrice di indagine sulle motivazioni culturali che indirizzano il soggetto a compiere una data azione. Ciò a maggior ragione nell'ambito di una riflessione

5 In proposito richiamiamo la oramai classica distinzione proposta da L. M. Friedman nel suo *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, trad. it. Bologna, 1978. Per l'Autore "possiamo distinguere, con riferimento alla cultura, la cultura giuridica esterna dalla cultura giuridica interna. La cultura giuridica esterna è la cultura propria di tutta la popolazione e comune a tutta la popolazione; la cultura giuridica interna è la cultura giuridica propria di quei membri della società che compiono attività giuridiche specializzate", così a p. 371 della trad. it. citata. Sull'argomento cfr. anche O. Höffe, *Globalizzazione e diritto penale*, trad. it. Torino, 2001.

sulla politica penale che, come richiamato dal pensiero di Vassalli, non può prescindere dalla individuazione dei fatti meritevoli di punizione; questo giudizio è strettamente correlato, come tutta una tradizione di studi penalistici ha posto in evidenza<sup>6</sup>, sia alle motivazioni (culturali) del soggetto, che al più generale contesto sociale e culturale in qui queste di collocano<sup>7</sup>.

All'intero di questo contesto, il rapporto fra la qualificazione del fatto<sup>8</sup>, l'erogazione della pena e l'esecuzione della stessa non può costituirsi sulla falsariga del ragionamento ipotetico-deduttivo. Una riflessione che investa i tre settori intorno ai quali si dispiega l'esperienza penalistica partendo proprio dagli elementi costitutivi del reato, come il magistero di Bettiol ha evidenziato, pone in essere una critica della prospettiva sillogistica e, nel contempo, si affaccia ad una prospettiva interculturale<sup>9</sup>.

Ciò risulta palese proprio avuto riguardo al ripensamento del portato del principio di inescusabilità dei precetti della legge penale, che prende l'avvio con la nota sentenza della Corte Costituzionale sull'articolo 5 del Codice Penale. La sentenza n. 364 del marzo del 1988 permette di aprire all'interno dei confini dell'ordinamento giuridico una *controversia* sul disvalore

6 Basti in proposito richiamare il pensiero di Giuseppe Bettiol; per un primo approccio al pensiero del penalista patavino cfr. *Scritti giuridici*, Padova, 1966 e *Diritto penale*, Padova, 1979. Su Bettiol cfr. per tutti G. Marini, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia*, Napoli, 1985.

7 Si veda ad esempio la questione dell'abrogazione per desuetudine di disposizioni penali quali l'omicidio e le lesioni personale a causa d'onore, previste nell'articolo 587 che non vedeva applicazione in molte parti del territorio nazionale ben prima della sua formale abrogazione avvenuta con legge n. 442 del 5 agosto 1981.

8 Più precisamente, tra fatto materiale qualificabile come reato attraverso la sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta ed il giudizio sullo stesso che lo qualifica effettivamente come reato.

9 La prospettiva interculturale, come da più parti rilevato, non appare riconducibile ad una tendenza giustificazionista, al contrario, si costituisce sulla necessità del giudizio sulla relazione intersoggettiva. In tale prospettiva è intrinseca la valutazione del comportamento rispetto a parametri di bilateralità dello stesso. Questa si innesta a pieno titolo all'interno di una riflessione sull'esperienza giuridica impregnata sul valore, come evidenzia il magistero di Enrico Opocher; si vedano in proposito *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983.

che l'azione può assumere rispetto alla cultura giuridica dell'agente. Va solo rammentato come sia la valutazione del disvalore di una azione che informa, per un verso, la condotta dell'agente e, per altro, il giudizio dell'autorità competente nel qualificare il fatto e nell'erogare la pena, ma anche, e soprattutto in questo contesto, il percorso di rieducazione che l'esecuzione della pena necessariamente implica.

La sentenza della Corte Costituzionale riconosce la necessità di ponderare elementi non formalmente definiti all'intero dell'opera di valutazione di un fatto; la natura di questi elementi è tale da non consentire la rappresentazione del processo di valutazione per mezzo della sussunzione.

Quindi, a fronte del fatto materiale e della qualificazione dello stesso come reato, primeggia la valutazione della buona fede dell'agente, dell'antigiuridicità di cui esso si fa portatore; la valutazione dell'antigiuridicità si ripresenta nel momento dell'erogazione della pena, nonché durante l'esecuzione della pena, che si caratterizza con un percorso rieducativo, il quale per essere efficace non può prescindere dalla base culturale di ognuno, ovvero dal suo essere persona umana; ciò al fine di rendere effettiva l'equità e l'eguaglianza di trattamento fra detenuti.

In definitiva si tratta pur sempre di riportare nell'ambito di un discorso di politica penale non più racchiuso entro gli impermeabili confini di una statualità, che sottenda all'omogeneità ma che è invece sempre più intrisa di valori culturali diversi, il problema della vigenza di beni costituzionalmente protetti, beni che ritrovano altresì tutela all'interno dell'ordinamento internazionale, a cui la stessa carta costituzionale non soltanto non può sottrarsi, ma al quale appare sempre più soggetta<sup>10</sup>.

### 3. PARITÀ VERSUS OMOLOGAZIONE

Fra i molti, sono due i problemi che merita qui brevemente accennare; sono problemi relativi, per riprendere una espressione forse

<sup>10</sup> Si veda, in merito alla gerarchia delle fonti, il problema del rapporto fra ordinamento interno e quello Unione europea.

abusata, ma che ben evidenzia la natura debole dei soggetti a cui si rivolge, alle *pari opportunità* nelle modalità di esecuzione della pena fra detenuti italiani e stranieri<sup>11</sup>.

Il primo è inerente alla figura ed al ruolo del mediatore culturale, ex articolo 35 del DPR n. 230 del 30 giugno 2000 (*Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*); il secondo si riconnette alla *vexata questio* relativa all'articolo 15 della legge n. 189 del 30 luglio 2002 (*Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*).

I due problemi vanno indagati in un'ottica che ritrovi il proprio fuoco in una parità di trattamento fra i soggetti sottoposti all'esecuzione della pena, un'eguaglianza che abbia come punto di riferimento la funzione rieducativa della pena così come tratteggiata nell'articolo 27, comma terzo, del Dettato costituzionale<sup>12</sup>; ovvero una parità di trattamento che non deve tradursi, proprio per far emergere la finalità sancita dal legislatore costituzionale, in omologazione del trattamento soprattutto a fronte di detenuti portatori di cultura diversa da quella in

11 Risulterebbe forse più appropriato il richiamo alla *cultura* di origine più che alla *cittadinanza* del detenuto, sia questo italiano o straniero. In proposito va rilevato che l'ordinamento riconosce come straniero, in linea generale, il cittadino di uno stato diverso da quello italiano e l'apolide (vedi ad esempio l'art. 10 della Costituzione e l'art. 143 CPP), in senso più ristretto (ex art. 1 del Testo Unico n. 286/1998 - norme sull'immigrazione) i cittadini di stati non membri dell'Unione europea e gli apolidi.

12 Tale funzione viene più volte rimarcata alla Corte Costituzionale e rappresenta il fulcro introno a cui si dispiega la sentenza n. 364 del marzo 1988, ma è implicita allo stesso articolo 3, comma secondo del Dettato, nel momento in cui pone come compito qualificante della Repubblica la rimozione degli ostacoli che si frappongono al pieno sviluppo della persona umana. Fra questi indubbiamente trovano collocazione quelle deficienze, la cui origine può individuarsi anche in fattori economico-sociali oppure psicologico-culturale, che inducono al crimine. In proposito giova rimarcare come, ai sensi della sentenza della Corte Costituzionale n. 163, del giugno del 1983, per un verso "l'articolo 3 della Costituzione attribuisce a ogni cittadino il diritto fondamentale di realizzare lo sviluppo della propria personalità" ma, per altro, "contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso", così la sentenza della stessa Consulta n. 217 del febbraio 1988.

cui si radica l'ordinamento giuridico italiano.

Che l'esecuzione della pena sia improntata su una parità di trattamento e su una individuazione di un percorso personale di rieducazione del reo appare in maniera inequivocabile già all'articolo 1, comma sesto, della legge n. 354 del 26 luglio 1975 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*). Detto comma recita: "nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individuazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti".

A ciò fanno eco il comma primo e secondo dell'articolo 1 del DPR n. 230 del 2000: "il trattamento degli imputati sottoposti a misura privative della libertà consiste nell'offerta di interventi diretti a sostenere i loro interessi umani, culturali e professionali. Il trattamento rieducativo dei condannati e degli internati è diretto, inoltre, a promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale".

Ai sensi dell'articolo 3, comma secondo del predetto DPR: "il direttore dell'istituto e quello del centro di servizio sociale esercitano i poteri attinenti alla organizzazione, al coordinamento ed al controllo dello svolgimento delle attività dell'istituto e del servizio; decidono le iniziative idonee ad assicurare lo svolgimento dei programmi negli istituti, nonché gli interventi all'esterno; impartiscono direttive agli operatori penitenziari anche non appartenenti all'amministrazione, i quali svolgono i compiti loro affidati con l'autonomia professionale di competenza". La sinergia fra direzione degli istituti e centri di servizio sociale per adulti ritrova la propria *ratio* nel disposto dell'articolo 72 della legge n. 354 del 1975; ai sensi del comma quinto, "i centri prestano [...] opera di consulenza per favorire il buon esito del trattamento penitenziario".

Il trattamento, è bene ribadirlo, "deve rispondere ai particolari bisogni della persona-



lità di ciascun soggetto”, così al comma primo dell’articolo 13 della L. 357/1975; il comma secondo tratteggia le funzioni della “osservazione scientifica della personalità”, le cui finalità sono rimarcate al comma terzo: “per ciascun condannato e internato, in base ai risultati dell’osservazione, sono formulate indicazioni di merito al trattamento rieducativo da effettuare ed è compilato il relativo programma, che è integrato o modificato secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell’esecuzione”. Ciò ritrova puntuale riconferma nel DPR 230 del 2000 agli articoli 27 (*Osservazione della personalità*), 28 (*Espletamento dell’osservazione della personalità*) e 29 (*Programma individualizzato di trattamento*), su questi ritorneremo in seguito.

Giova per il momento soltanto rammentare che, ai sensi dell’articolo 1, comma primo, della legge n. 357 del 1975, “il trattamento del condannato e dell’internato è svolto avvalendosi principalmente dell’istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia”.

La politica penale, come prassi dispiegata dalle pubbliche autorità, deve assolvere ai compiti assegnati dall’ordinamento giuridico, *in primis* dai valori recepiti nel (ed istituiti dal) dettato costituzionale. Alla politica penale spetta altresì il compito, spesso arduo, di ricercare un equilibrio oggettivo, ma sempre instabile, fra esigenze soggettivamente opposte: dignità della persona umana e rigore nella esecuzione della pena; esigenze di ordine sociale e ripristino dello stesso per mezzo della punizione, che potrebbero far emergere delle tendenze prevenzionistiche, e tutela dei diritti umani e rieducazione del reo<sup>13</sup>. Il tutto il più delle volte dovendo confliggere con il *demos* di aristotelica memoria.

In questa suo operare, la pubblica autorità, referente unico per l’esecuzione delle misure di diritto penale previste dalla legge, può avvalersi di figure esterne alla pubblica amministrazione in senso stretto, ad esempio consulenti, *ex* articolo 80 della legge 354 del 1975, e volontari, *ex* articolo 78 della predetta legge.

<sup>13</sup> Cfr. per tutti il già richiamato testo di Sergio Vinciguerra.

Attraverso un itinerario di ricerca, di esperienza, finalizzato ad individuare dialetticamente il giusto mezzo fra l’eccesso ed il difetto, la politica penale incontra difficoltà culturali e sostanziali, che, con *arte*, tende ad attraversare.

All’intero di questo contesto, brevemente sunteggiato, volto a rendere effettivo ed efficace il valore costituzionale tratteggiato nel Dettato all’articolo 27, si colloca la figura dell’operatore di mediatore culturale, introdotto nell’ordinamento giuridico con l’articolo 35 del DPR 230 del 2000<sup>14</sup>.

#### 4. LA CENTRALITÀ DELLA MEDIAZIONE CULTURALE NEL PROCESSO RIEDUCATIVO

All’interno di una riflessione che tende ad inquadrare la politica penale in una cornice interculturale, va rilevata la centralità della figura dell’operatore di mediazione culturale, prevista, come noto, all’articolo 35 del DPR 230 del 2000. Il *Regolamento*, nel ribadire, più che l’eguaglianza di trattamento, il principio di pari opportunità di rieducazione offerto dalle istituzioni a tutti i detenuti, stabilisce, al comma primo del citato articolo: “nell’esecuzione delle misure privative della libertà nei confronti di cittadini stranieri, si deve tenere conto delle loro difficoltà linguistiche e delle differenze culturali”. Non solo, quindi, traduzione in una lingua comprensibile al detenuto, auspicabilmente la sua lingua madre, da cui la figura dell’interprete, ma soprattutto un intervento che, al di là delle difficoltà linguistiche, avvenga, avuto riguardo alle differenze

<sup>14</sup> Va solo accennato che il mediatore culturale qui richiamato non può appiattirsi sulla figura dell’interprete, così come questa viene prevista nel codice di procedura penale, *ex* art. 143 e, *in primis*, dall’art. 111, comma terzo, della Costituzione. Infatti, la prima è propria alla fase di esecuzione della pena, la seconda, invece, alla fase di accertamento. Un accostamento ma non certamente una confusione fra le due figure potrebbe tutt’al più rilevarsi avuto riguardo “all’obbligo del direttore dell’istituto penitenziario di accertare, se del caso con l’ausilio di un interprete, che l’interessato abbia precisa conoscenza del provvedimento che ne dispone la custodia e di illustrargliene, ove occorra, i contenuti”, Cass. I, n. 3759, 23 maggio 2000. Sull’argomento cfr. A. Caputo, *Il diritto all’assistenza linguistica dell’imputato straniero*, in “Diritto, immigrazione e cittadinanza”, 2002, n. 2, pp. 47 e segg.

culturali. Ai sensi del comma secondo del predetto articolo il *Regolamento* ritiene che “deve essere, inoltre, favorito l'intervento di operatori di mediazione culturale, anche attraverso convenzioni con gli enti locali o con organizzazioni di volontariato”.

Come già sottolineato, l'esecuzione, al fine di non caratterizzarsi quale momento meramente affittivo, si riconnette ad un programma di trattamento rieducativo, di cui agli articoli 1 e 13 della legge 354 del 1975, un programma rieducativo che, per “rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto” (così al già richiamato comma primo dell'articolo 13 della L. 354/1975), viene redatto da un gruppo di osservazione e trattamento, il quale dà vita, per l'apunto, ad un programma individualizzato.

Giova richiamare la specifica norma dal DPR 230 del 2000; all'articolo 29, comma secondo, si stabilisce: “la compilazione del programma è effettuata da un gruppo di osservazione e trattamento presieduto dal direttore dell'istituto e composto dal personale e dagli esperti che hanno svolto le attività di osservazione indicate nell'articolo 28”.

La questione, rispetto a condannati o internati stranieri, è relativa alla partecipazione al gruppo di lavoro dell'operatore di mediazione culturale; ovvero, nel caso di detenuti stranieri, l'operatore, di cui all'articolo 35 del DPR, partecipa costitutivamente al gruppo di osservazione e trattamento presieduto dal direttore dell'istituto, oppure la sua presenza è opzionale?

Va rilevato in proposito che l'osservazione, ai sensi del comma primo dell'articolo 27 del DPR 230 del 2000 ha come oggetto anche “una riflessione sulle condotte anti giuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa”.

Si potrebbe, quindi, presumere che “l'osservazione scientifica della personalità [la quale] è diretta all'accertamento dei bisogni di ciascun soggetto connessi alle eventuali carenze fisico-psichiche, affettive, educative e sociali, che sono state di pregiudizio all'instaurazione di una normale vita di relazione”, ancora il

comma primo del richiamato articolo 27, non possa prescindere da una indagine che ponga nella giusta evidenza la cultura giuridica del soggetto, più precisamente la cultura giuridica esterna che permea il soggetto e che determina, all'interno di un dato contesto culturale, una idea di anti giuridicità sì imprecisa o vaga e non sempre corrispondente all'ordinamento giuridico, ma certamente radicata in un sistema di valori propri al contesto sociale, quindi culturale, dal quale il soggetto proviene.

Al fine di esperire i bisogni di ciascun soggetto e, quindi, di dare vigenza alle finalità rieducative della pena in un contesto così tratteggiato, appare, dunque, centrale la figura del mediatore culturale, figura sì nominata dalla normativa vigente ma non per questo esplicitamente collocata all'intero del programma di trattamento, né, più in generale, nel processo rieducativo. Infatti, l'articolo 35 del DPR indica soltanto che, nel caso di cittadini stranieri, *deve essere favorito* l'intervento del mediatore culturale, non che tale intervento debba costituire parte integrante del processo di individuazione del percorso rieducativo del cittadino straniero. Qui pare che la possibilità di operare di tale figura sia lasciata alla discrezionalità delle autorità penitenziarie, prime fra tutte il direttore dell'istituto.

Fermo restando, per un verso, che l'operatore di mediazione culturale, in quanto tale, difficilmente può appartenere all'Amministrazione penitenziaria, mancando chiarezza normativa su tale figura (in merito richiamiamo il comma 3 dell'articolo 28 del DPR 354/2000, per il quale “l'osservazione [di cui al precedente articolo 27] è condotta da personale dipendente dall'Amministrazione”), per altro, non è nemmeno espressamente richiamato, né poteva essere altrimenti, fra i “professionisti indicati nel secondo e quarto comma dell'articolo 80 della legge” 354/1975, dei quali, “secondo le occorrenze”, l'Amministrazione, sempre ai sensi dell'articolo 28 del DPR, può avvalersi al fine di espletare l'osservazione scientifica.

Infatti, ai sensi della legge istitutiva l'*Ordinamento penitenziario*, articolo 80, comma quarto, “per lo svolgimento delle attività di

osservazione e di trattamento, l'amministrazione penitenziaria può avvalersi di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia e criminologia clinica"; il mediatore culturale, in senso lato, potrebbe essere un professionista esperto in una delle quattro materie indicate dal legislatore. Pare, altresì, forzato equiparare il mediatore culturale all'educatore, di cui all'articolo 82 della L. 354/1975.

Riprendendo la lettera della legge, il mediatore culturale potrebbe rientrare genericamente fra il "personale incaricato giornaliero", cui fa menzione il comma secondo dell'articolo 80 della richiamata legge, dimenticando, però, che questo va letto in combinato disposto con il comma quarto, di cui sopra; in ogni caso l'utilizzo di personale esterno è limitato dalla disponibilità di risorse finanziarie.

Il mediatore culturale può rientrare a pieno titolo fra gli assistenti volontari, di cui all'articolo 78 della legge del 1957 ripreso dall'articolo 120 del DPR del 2000. La qual cosa è lasciata più che supporre dallo stesso comma secondo dell'articolo 35 del DPR; l'intervento è, infatti, favorito "anche attraverso convenzioni con gli enti locali o con organizzazioni di volontariato", quelle stesse organizzazioni di volontariato che, ai sensi del comma primo dell'articolo 120 del DPR, "assicurano, con apposite convenzioni con le direzioni degli istituti e dei centri di servizio sociale, continuità di presenza in determinati settori di attività".

Qualora l'operatore di mediazione culturale rientri nella fattispecie prevista dall'articolo 78 della legge 354 del 1975 e richiamata nell'articolo 120 del DPR 230 del 2000 non potrebbe partecipare direttamente alla compilazione del programma individualizzato di trattamento ex articolo 29 del DPR, in quanto non assimilabile al personale incaricato ex articolo 80 della legge del 1975. Rammentiamo, infatti, che, ai sensi del comma secondo dell'articolo 29, la compilazione del programma è effettuata dal gruppo di osservazione presieduto dal direttore dell'istituto e composto dal personale dell'amministrazione nonché dagli esperti che hanno svolto l'osservazione; gli esperti sono inequivocabilmente, ai sensi del comma terzo dell'articolo 28 del DPR, i professionisti

richiamati all'articolo 80 della legge del 1975.

In definitiva, l'assenza di questa figura nei lavori del gruppo di osservazione, o, meglio, il suo non esserne parte costitutiva (la sua presenza e, infatti, frutto di un'opzione effettuata dai vertici dell'amministrazione) depotenzia non poco la funzione rieducativa della pena erogata ad uno straniero. Manca, infatti, la mediazione fra la cultura giuridica del reo e la cultura giuridica del paese ove la pena ha trovato erogazione ed esecuzione.

## 5. ESECUZIONE DELLA PENA ED ESPULSIONE

In materia di esecuzione penale, che veda soggetti cittadini di paesi non aderenti all'Unione Europea, attenzione merita la disposizione dell'articolo 15 della L. 189 del 30 luglio 2002 (*Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*). Detto articolo, rubricato con *Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*, regola, come noto, l'espulsione del cittadino straniero, ovvero extracomunitario, che, versando nelle condizioni previste dall'articolo 13, comma secondo del Testo Unico del 1998, sia un cosiddetto *clandestino*. Ai sensi del comma primo "il giudice nel pronunciare sentenza di condanna [...] può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni", sempre che la pena detentiva non sia superiore a due anni. L'espulsione è "eseguita dal questore anche se la sentenza non è irrevocabile".

Parimenti, ai sensi del comma quinto, sesto e settimo, del sopra richiamato articolo, il magistrato di sorveglianza, con decreto motivato, può disporre l'espulsione dello straniero, identificato, detenuto e *clandestino* "che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni". Il detenuto "può proporre entro dieci giorni opposizione dinanzi al tribunale di sorveglianza".

Dal che si evince: il giudice di merito, ricorrendo le condizioni previste dalla normativa vigente ha facoltà di *sostituire* la pena ("quando ritiene di dovere irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni") con la misura dell'espulsione per un periodo *non inferiore* a cinque anni; il magistrato di sorveglianza



può *disporre* l'espulsione, ovvero commutare la pena detentiva con la misura dell'espulsione. In quest'ultimo caso, ai sensi del comma ottavo, "la pena è estinta alla scadenza del termine di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione [...] sempre che lo straniero non sia rientrato illegittimamente nel territorio dello Stato. In tale caso lo stato di detenzione è ripristinato e riprende l'esecuzione della pena".

Va, per inciso, constatato come il legislatore nell'utilizzare, al comma quinto della predetta legge, il sostantivo *detenuto* senza altra specificazione lasci intendere che il decreto di espulsione del magistrato di sorveglianza possa riguardare sia uno straniero sottoposto ad esecuzione *intramuraria*, ossia detenuto in carcere, che uno straniero detenuto il luogo diverso dal carcere, un esempio, per quanto remoto, potrebbe riguardare la detenzione domiciliare; il decreto potrebbe trovare soggetto anche in uno straniero in esecuzione di pena detentiva in forma alternativa o sostitutiva al carcere, fra le misure alternative vanno richiamate l'affidamento in prova e la semi-libertà.

Tutto ciò a significare che se la *ratio* di tale disposizione fosse meramente operativa, ovvero fosse da riconnettersi ad una necessità di sfollamento delle carceri, la stessa si applicherebbe soltanto ai cittadini stranieri extracomunitari clandestini *ristretti* nelle carceri stesse. È ben vero che proprio nei confronti dei detenuti stranieri, che versano nelle condizioni previste dalla normativa qui richiamata, si riscontrano le maggiori difficoltà oggettive per la concessione delle misure alternative (mancanza di tessuto socio-famigliare, mancanza di lavoro, assenza di domicilio e via discorrendo), per cui il loro numero appare talmente esiguo da non necessitare uno specifico richiamo nella disposizione. In tal modo però anche questi ricadono, cosa del resto puntualmente verificatasi<sup>15</sup>, sotto la previsione del comma quinto

15 Esemplicativa della questione risulta il dubbio di legittimità costituzionale sollevato dal Tribunale di sorveglianza di Sassari, il 18 dicembre 2003, in merito al richiamato articolo. Il Tribunale osserva in fatto che il soggetto del provvedimento di espulsione "si trovava in detenzione domiciliare presso la madre"; non solo, il detenuto in questione ha abbandonato con tutta la famiglia il paese d'origine all'età di cinque anni, non ne parla

che non lascia al magistrato di sorveglianza poteri discrezionali ("nei confronti dello straniero [...] è disposta l'espulsione"). La disposizione ritrova dunque vigenza nei confronti dell'intera classe dei detenuti stranieri richiamati all'articolo 15<sup>16</sup>.

la lingua, non possiede in questo alcun legame parentale né, tanto meno, sociale. Per il Tribunale di sorveglianza sassarese "il forzato rientro del detenuto nel paese di origine lo costringerebbe ad una vita di emarginazione, povertà, incomprendimento dei valori e della cultura locale e difficoltà nei rapporti sociali", ponendo il soggetto in una situazione analoga a quella prevista dall'articolo 19 del Testo Unico, che "ha voluto evitare una siffatta situazione ed altre anche più gravi se causata da persecuzione. Sarebbe del tutto irragionevole un sistema giuridico che, invece, consentisse la medesima situazione non determinata da persecuzione ma da altra causa. Il collegio reputa che nel caso in esame si realizza tale irragionevolezza della norma richiamata e, nel contempo, una violazione del principio di eguaglianza, perché il Legislatore non contempla tra i divieti di espulsione e di respingimento il caso di stranieri che, pur non in regola con le norme di soggiorno, abbiano tutti i familiari regolarmente soggiornati in Italia e non abbiano più alcun legame familiare, sociale, linguistico e culturale con il loro paese d'origine".

Va in proposito rilevato che il Collegio pur non ritenendo manifestamente infondato il dubbio di legittimità costituzionale della norma in oggetto non richiama le finalità rieducative della pena irrogata al detenuto al fine di argomentarne l'incostituzionalità. L'esecuzione della stessa avviene nella forma della detenzione domiciliare, *ex* articolo 47 *ter* della legge 354 del 1975, presso un familiare. Giova rilevare che la Corte Costituzionale ha stabilito che la detenzione domiciliare "è volta ad assecondare il passaggio graduale allo stato di libertà pieno mediante un istituto che sviluppa la ripresa dei rapporti familiari ed intersoggettivi, senza incidere negativamente sulle eventuali opportunità di lavoro", così nella sentenza n. 422 del 27 ottobre 1999. Tale forma di misura alternativa si inserisce perfettamente all'interno di una più complessa opera di rieducazione del reo. Venendo meno la stessa a fronte dell'espulsione del detenuto tale opera si interrompe con come conseguenza la lesione di un diritto fondamentale del detenuto. Nel caso in specie, il tribunale di sorveglianza di Sassari ritiene più appropriato richiamare gli articoli 29 e 30 della Costituzione (unità familiare).

*Post scriptum*: la Corte costituzionale, con ordinanza n. 260 del 20 giugno 2005, ritenendo, fra l'altro, che "la questione postula una pronuncia additiva concernente situazioni indeterminate e comportante quindi l'esercizio di valutazioni discrezionali estranee alle funzioni di questa Corte", dichiara la manifesta inammissibilità della questione stessa.

16 Diversa è l'interpretazione del tribunale di sorve-



Al di là delle considerazioni di cui sopra, non pare potersi prendere in considerazione l'ipotesi che il legislatore attraverso questa disposizione voglia abdicare *tout cour* alla pubblica autorità all'esecuzione penale<sup>17</sup>; che l'espulsione sia una della modalità di esecuzione della pena lo si evince chiaramente dalle disposizioni contenute al comma quarto: infatti, nel caso di espulsione erogata dal giudice "se lo straniero espulso [...] rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto [...] la sanzione sostitutiva è revocata dal giudice competente"; al comma ottavo: nel caso di espulsione disposta dal magistrato di sorveglianza "la pena è estinta alla scadenza del termine di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione", se lo straniero espulso dal decreto del magistrato di sorveglianza rientra illegalmente nel territorio dello Stato "lo stato di detenzione è ripristinato".

Va notato che il periodo contenuto nel comma ottavo viene concluso dal legislatore con l'espressione "riprende l'esecuzione della pena" ("lo stato di detenzione è ripristinato e riprende l'esecuzione della pena"); dal che si può intendere che l'espulsione possa trattarsi di una forma di sospensione della esecuzione della pena che rimane pur sempre detentiva. Ciò però appare in contrasto con quanto lo stesso legislatore dispone in altra parte del comma ottavo in merito dell'estinzione della pena alla scadenza del termine, estinzione che

glianza di Sassari, che con ordinanza del 27 marzo 2003 rileva come "l'ammissione del condannato alla detenzione domiciliare faccia venire meno uno dei presupposti richiesti dalla legge per l'applicazione dell'espulsione" in quanto "la sanzione alternativa di cui all'art. 16 è prevista solo per i detenuti e in mancanza di espressa previsione legislativa non appare corretto estendere la norma anche ai detenuti domiciliari". Se ciò avvenisse "la sanzione finirebbe, infatti, per colpire soggetti la cui assenza di pericolosità così come la possibilità di un loro effettivo e idoneo inserimento nel territorio nazionale dello Stato, sono state già positivamente valutate in sede di concessione della detenzione domiciliare e avrebbe l'effetto di porre nel nulla la funzione rieducatrice svolta dalla pena durante la carcerazione, fino ad ora sofferta".

17 Se ciò fosse, bisognerebbe in qualche modo riconnettere tale istituto a una interpretazione fin troppo estensiva ed elastica della liberazione anticipata, ex articolo 54 della legge n. 354 del 1975, quale strumento principe di svuotamento di istituti fin troppo sovraffollati.

avviene automaticamente senza necessitare di altra formalità che il trascorrere del tempo.

Nel quadro tratteggiato dall'articolo 16 del D. leg n. 286 del 25 luglio 1998 così come modificato dall'articolo 15 della legge n. 189 del 2002, l'ipotesi relativa ad una espulsione come sospensione della pena è quindi da scartarsi; l'espulsione sostituisce non sospende la pena. Qualora, infatti, non ci sia rientro clandestino dello straniero soggetto del provvedimento, l'espulsione produce di per sé l'effetto di estinguere la pena; questa, nella forma di detenzione, viene ripristinata come momento afflittivo (la privazione di un bene quale la libertà). Ma la stessa sostituzione della pena detentiva con l'espulsione viene meno con il rientro del reo nel territorio nazionale e appare del tutto naturale che, per così dire, rifiutando egli nei fatti l'esecuzione della pena attraverso l'espulsione venga sottoposto alla detenzione.

Dal che si evince come sia la sentenza che sostituisce la pena detentiva con la misura dell'espulsione, che il decreto che tramuta la detenzione residuale in espulsione, si mantengano all'intero dei confini dell'esecuzione della pena. L'espulsione è un provvedimento di esecuzione della pena; è, a tutti gli effetti, una misura alternativa alla detenzione.

Ciò premesso vanno effettuate alcune considerazioni d'ordine generale.

## 6. IL DIRITTO-DOVERE ALLA RIEDUCAZIONE

All'interno di un discorso che mira ad indagare la salvaguardia della dignità umana anche, e soprattutto, nel momento dell'esecuzione penale va posta una distinzione preliminare che possa apportare chiarezza nell'affrontare l'argomento.

Infatti, ad un ambito può essere ascritta la questione relativa alla salvaguardia dei diritti individuali del condannato. Questi ritrovano indubbiamente il loro fondamento nella Carta costituzionale e la loro attuazione nell'*Ordinamento* e nel *Regolamento penitenziario* e rappresentano, per un verso, le normali regole di trattamento (rapporti con l'esterno, attività ricreativo-culturali, sanità, pratiche religiose e così via per finire ai regimi di sorveglianza) e, per altro, ineriscono alla possibilità di usufrui-

re di regimi alternativi alla detenzione. Queste statuizioni si riconducono al principio secondo il quale "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità", così come stabilito dalla prima parte del comma terzo dell'articolo 27 del dettato. Quindi, l'esecuzione della pena, al fine di potersi collocare nei confini tracciati dall'ordinamento giuridico, non può discostarsi dal senso di umanità. Vengono posti dei limiti superati i quali la pena perde la propria giuridicità.

Altro, invece, è l'ambito dove va ricondotto il diritto-dovere del condannato alla rieducazione, che avviene per mezzo dell'esecuzione della pena, come evidenziato dalla seconda parte del comma terzo del richiamato articolo.

La violazione dei diritti riconducibili al primo ambito comporta l'infrangersi di un insieme di tutele pur sempre ricollegabili ai diritti individuali e sociali, che, pur compatibilmente con regime di restrizione della libertà, non si annullano, ma vedono sempre il condannato ed il detenuto come soggetto.

Le violazioni dei diritti appartenenti a questo gruppo ritrovano strumenti di riequilibrio sia nel diritto interno, che nel diritto internazionale e, più specificatamente in quello comunitario. In questo contesto si colloca la tutela della diversità culturale, tutela che, come chiaramente si evince dalla lettera del *Regolamento* del 2000, oltrepassa i muri del carcere.

In altro contesto si colloca però il diritto-dovere alla rieducazione. Infatti, il non porre in essere, da parte della pubblica autorità, un processo rieducativo non cozza direttamente contro quei diritti individuali e sociale del detenuto sopra richiamati.

Le finalità rieducative della pena, al di là della loro statuizione all'articolo 27, ritrovano sia la fonte, che il raccordo con l'intero ordinamento, nell'articolo 3 della Costituzione. Attraverso questo ancoraggio è possibile individuare sia un diritto del condannato alla rieducazione, che un obbligo alla rieducazione che vede il destinatario nella pubblica autorità.

Nel momento in cui viene erogata una pena a fronte della commissione di un fatto anti-giuridico, si costituisce il diritto-dovere alla rieducazione, che vede, per l'appunto,

due destinatari: l'ente pubblico ed il reo.

Se il venire meno del dovere da parte del condannato è, in qualche modo ricompreso e ricompensato nella e dalla pena detentiva, la privazione della libertà che assume, infatti, anche connotati afflittivi e non solo rieducativi, il venir meno del suo diritto, ovvero il non adempimento da parte dell'autorità pubblica al compito (al dovere) rieducativo ad essa ascritto dall'ordinamento stesso, ha due conseguenze.

Per un verso, provoca un danno al condannato in quanto persona umana parte di un consesso societario; l'inattività della pubblica autorità non lo pone nelle condizione di superare le soggettive situazioni di anti-giuridicità che lo hanno determinato alla commissione del reato (si vedano, a titolo esemplificativo, gli articoli 13 e 15 dell'*Ordinamento penitenziario*). Venendo meno alla funzione di rimozione degli ostacoli, che si frappongono al pieno sviluppo della persona umana, fra i quali va annoverata la propensione all'anti-giuridicità del reo, si produce una sorta di negazione da parte dell'ente pubblico stesso del suo carattere costitutivo, segnato, come ampiamente dimostrato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, dall'articolo 3 del Dettato.

Appare quindi palese come la pena privata delle sue finalità rieducative risulti estranea all'ordinamento giuridico vigente.

Allora una questione può essere posta: se e come l'esecuzione della pena per mezzo dell'espulsione dal territorio dello stato del condannato detenuto possa ricondursi ad una funzione rieducativa della stessa.

Oltre i propri confini lo stato, come evidenziava già Grozio, non esercita alcuna potestà, men che meno può dispiegare un trattamento rieducativo. La pena, in questa fattispecie, consiste esclusivamente nella messa al bando del condannato, su questo non è operato alcun intervento, la Repubblica non esercita il suo principale e caratterizzante compito privando il condannato dell'azione rieducativa di cui ha diritto anche nel caso in cui alla estinzione della pena detentiva venga espulso.

In proposito appare indicativa una pronuncia di Cassazione. Già nel febbraio 1982 la Cassazione ha evidenziato come l'espulsione a

pena espiata non contrasti affatto con le finalità rieducative della stessa né, più in particolare con il graduale reinserimento del reo nella società. “Poiché la risocializzazione deve intendersi in senso sovranazionale” non rileva l’ambito statale nel quale avverrà il trattamento di reinserimento sociale del soggetto; ciò che importa è l’idoneità del trattamento rieducativo a favorire il “recupero sociale nel contesto del consorzio civile, quale elemento dell’intera comunità internazionale”.

La Cassazione ribadisce la parità di trattamento fra cittadini italiani e cittadini stranieri, che ritrova la propria *ratio* nella parità di diritti propria all’essere umano, così come si evince dalla disposizione dell’articolo 2 del dettato costituzionale.

Operare una discriminazione nel campo dell’esecuzione della pena in base alla cittadinanza del reo fa venire meno l’effettività dei diritti inalienabili dell’uomo riconosciuti dall’ordinamento; ciò pone l’ordinamento stesso, disancorato sia dall’articolo 3, che dall’articolo 2 del dettato, in balia di correnti che possono trascinarlo verso i vortici del diritto inteso come una tecnica di controllo sociale.

## SUL CARCERE QUALE “FABBRICA DEL REINSERIMENTO SOCIALE”

1. IL RAPPORTO FRA REINSERIMENTO SOCIALE E LAVORO NEL QUADRO VALORIALE TRATTEGGIATO DALLA CARTA COSTITUZIONALE; 2. L’INTERVENTO DEL LEGISLATORE ORDINARIO NELL’AFFERMARE I VALORI COSTITUZIONALI; 3. IMPRESE E CARCERE FRA NORME PROMOZIONALI E “MARCHIO ETICO”; 4. L’EVOLUZIONE DEL LAVORO NELLA SOCIETÀ CONTEMPORANEA E LE SUE POSSIBILI RIPERCUSSIONI NEL PROCESSO RIEDUCATIVO DEL REO; 5. SUL RISTRETTO E L’ETICA DEL LAVORO; 6. SU POSSIBILI IMPLICAZIONI FRA IL LAVORO CARCERARIO E LA DECARCERIZZAZIONE; 7. IL PERCORSO DELLA RIEDUCAZIONE: DA LAVORANTE A LAVORATORE.

1. IL RAPPORTO FRA REINSERIMENTO SOCIALE E LAVORO NEL QUADRO VALORIALE TRATTEGGIATO DALLA CARTA COSTITUZIONALE.

**L**e tematiche proposte nell’ambito di una riflessione su una realtà carceraria tesa a divenire una “fabbrica del reinserimento sociale” inducono a riconoscere come, sia pure all’interno d’una quotidianità resa precipua dal regime di limitazione della libertà, si assista all’intrecciarsi di diritti fondamentali della persona umana, ai quali corrisponde l’affermarsi di precisi doveri che investono, ovviamente da prospettive diverse, sia coloro i quali scontano una pena, che le istituzioni sociali, le quali tale esecuzione hanno previsto.

In un quadro illuminato dalle disposizioni contenute nell’articolo 3, comma secondo della Costituzione del 1948, il quale, come noto, nel riconoscere l’obbligo *rimozionale* della Repubblica di quegli ostacoli che limitando la libertà e l’eguaglianza dei cittadini ne impediscono il pieno sviluppo come persone umane, afferma il principio partecipativo di tutti i lavoratori alla vita politica, economica e sociale del paese, si colloca il comma terzo dell’articolo 27 del dettato e, quindi, la necessaria interazione fra il diritto del condannato alla rieducazione ed il dovere delle istituzioni a predisporre un trattamento penitenziario conforme al finalismo rieducativo lì sancito. La tensione alla riedu-

cazione del condannato non può che ritrovare nel lavoro il proprio punto di riferimento e ciò a maggior ragione in un contesto istituzionale, come quello tratteggiato dall'articolo 1 della Carta costituzionale, che si riconosce, sia pure senza alcuna pretesa di esclusività, fondato anche sul principio lavorista. Il lavoro è, dunque, uno dei pilastri su cui si regge il contesto socio-politico del paese ed è, nel contempo, strumento per partecipare attivamente a tale contesto, come evidenzia il comma secondo dell'articolo 3, poco innanzi richiamato.

Di fatti, al riconoscimento ed alla promozione del diritto al lavoro, che dà vita ad un interesse costituzionalmente garantito, si affianca, come evidenziato dal comma secondo dell'articolo 4 della carta costituzionale, il dovere, sia pur, come rilevato<sup>1</sup>, non coercibile, e, per tanto, di natura più morale che giuridica, ad "un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società". Appare, quindi, chiaro, e ora va soltanto brevemente accennato, come l'articolo 41 del dettato sottolinea che il lavoro, combinato al capitale ed alla conoscenza tecnologica, non possa "svolgersi in contrasto con l'utilità sociale".

La finalità rieducativa della pena non può, all'interno di questo quadro normativo e valoriale, che ritrovare esplicazione anche in una prassi di educazione al lavoro, sicché al dovere del condannato corrisponde il diritto della società di esigere che la rieducazione del reo avvenga anche per mezzo del lavoro, nel momento in cui questo pare rappresentare uno dei nuclei intorno ai quali si fonda e si dispiega la vita societaria.

Va soltanto accennato come l'articolo 35 della Costituzione, al comma secondo, dopo avere, al comma primo, tutelato "il lavoro in tutte

<sup>1</sup> Cfr. per tutti V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 150. Proprio in tema di condanna penale va in ogni caso rilevato come, ai sensi dell'articolo 133, comma secondo, punto quarto del Codice penale, il giudice, nell'esercitare il poter discrezionale nell'applicare la pena, possa, nel tener conto "della vita individuale, familiare e sociale del reo", prendere in considerazione il suo rapporto con il lavoro. Va altresì sottolineato che tali considerazioni posso pesare notevolmente sulla dichiarazione di delinquente o contravventore abituale ai sensi degli articoli 103 e 104 del Codice penale.

le sue forme ed applicazioni", quindi, anche il lavoro dei carcerati, faccia cura alla Repubblica della formazione e della elevazione professionale del lavoratore, in modo tale da potersi ravvisare un diritto del cittadino incarcerato alla formazione professionale, diritto rinforzato da una interpretazione estensiva del comma terzo dell'articolo 38 del dettato, del resto legittimata dalla modifica delle norme in materia di cooperative sociali (legge n. 381 del 8 novembre 1991), che già all'origine ricomprendevano nella categoria delle "persone svantaggiate", oltre ai soggetti esplicitamente menzionati dal legislatore costituzionale nel sopra richiamato articolo, i detenuti negli istituti penitenziari.

All'interno di tale contesto, lo stesso istituto familiare risulterebbe monco se separato dal lavoro; non appare, infatti, casuale che la carta costituzionale riconosca, all'articolo 36, comma primo, il diritto del lavoratore ad una "retribuzione [...] sufficiente ad assicurare a sé ed alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa".

La stessa libertà, quindi, in una "Repubblica democratica, fondata sul lavoro" non appare disgiungibile da quest'ultimo; è di fatti il lavoro che promuove sostanzialmente nella vita concreta la libertà, la quale ritrova, per l'appunto, nel lavoro, quale mezzo istituzionale per una esistenza almeno dignitosa, più che in vuoti enunciati, il proprio supporto e ciò a maggior ragione per chi, come il detenuto, si vede limitato nell'uso di questo bene, la cui piena acquisizione passa attraverso un processo rieducativo nel quale l'essere lavoratore appare centrale.

Solo per inciso va rilevato come la forte tutela dei diritti dei lavoratori, l'imprescindibilità della funzione sociale del lavoro, l'impossibilità, quindi, di esplicitarlo a nocimento della sicurezza e della dignità umana, nonché il riconoscimento del lavoro quale fondamento della vita democratica stessa, rendono impossibile sul piano della ricostruzione dei valori costituzionali tragici accostamenti fra i sostantivi *lavoro* e *libertà*, che forse verrebbero alla mente avuto riguardo ad una certa rappresentazione del lavoro penitenziario storicamente verificabile.



## 2. L'INTERVENTO DEL LEGISLATORE ORDINARIO NELL'AFFERMARE I VALORI COSTITUZIONALI.

Il legislatore ordinario ha più volte ribadito la centralità del lavoro nel trattamento rieducativo del condannato. Nello stesso *Ordinamento penitenziario*, radicalmente riformato con la legge n. 354 del 26 luglio 1975, che abbandona definitivamente l'idea di pena come ritorsione istituzionalizzata a fronte di un reato, emerge, all'articolo 15, fra i principali elementi di trattamento del condannato, il lavoro. Tale tema ritrova, come noto, sua specificazione in *primis* all'articolo 20, il quale tratteggia, per i detenuti, la distinzione fra lavoro interno (intramurario) e lavoro esterno (extramurario), ma soprattutto stabilisce, al comma quinto che "l'organizzazione e i metodi del lavoro penitenziario devono riflettere quelli del lavoro nella società libera al fine di far acquisire ai soggetti una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative per agevolarne il reinserimento sociale". In tal senso appare centrale sottolineare come, nonostante il lavoro penitenziario tragga origine più da un obbligo legale che da un rapporto contrattuale, nello stesso ritrovi applicabilità nella sua interezza la legislazione a tutela del lavoro (dalla sicurezza al riposo festivo, dalla tutela assicurativa e previdenziale alla erogazione degli assegni famigliari).

Va solo rammentato che dall'entrata in vigore della richiamata legge del 1975 la normativa sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà ha subito una notevole modificazione; centrale in tal senso appare la legge n. 663 del 10 ottobre 1986 (cosiddetta legge Gozzini), che dà impulso ad una politica di decarcerizzazione per mezzo delle cosiddette misure alternative alla detenzione, le quali ritrovano un importante intervento normativo nella legge n. 165 del 28 maggio 1998 (cosiddetta legge Simeone).

Come si ha agio d'osservare, le misure alternative appaiono fondamentali ed imprescindibili al fine di ipotizzare il lavoro extramurario, il quale ritrova ulteriore rilancio per mezzo della legge n. 193 del 22 giugno 2000 (cosiddetta legge Smuraglia), contenente norme per

favorire l'attività lavorativa dei detenuti attraverso la concessione di agevolazioni per aziende (cooperative sociali ed imprese pubbliche e privata) che impieghino lavoratori detenuti. Fondamentale, non soltanto per il lavoro intramurario, appare il precedente intervento normativo avvenuto con legge n. 293 del 12 agosto 1993, il quale favorisce lo sviluppo delle attività lavorative all'interno delle strutture penitenziali ed avvia il processo di formazione professionale dei detenuti.

La prospettiva solcata dal legislatore con la riforma dell'*Ordinamento penitenziario* del 1975 non è nel corso di questo trentennio mai stata posta in discussione ed anzi gli ulteriori interventi normativi succedutisi nel tempo la hanno maggiormente rinforzata, tratteggiando, con particolare riguardo all'idea del rapporto fra lavoro e trattamento rieducativo, un'ipotesi per la quale il lavoro del detenuto, lungi dal apparire soltanto un espediente per togliere il ristretto da una situazione di ozio foriero di ulteriore sregolatezza (il lavoro, infatti, all'interno di questa rappresentazione, che ritrova il proprio punto di riferimento nel *Regolamento penitenziario* del 1931, di poco successivo alla promulgazione del codice penale tutt'ora in vigore, "sostituendo all'inerzia il movimento, dona all'individuo, se non il gusto, per lo meno la nozione della regolarità e dell'ordine"), viene proposto come diritto costituzionale e dovere sociale, elemento indispensabile alla rieducazione ed al reinserimento sociale del reo.

Qui è possibile soltanto accennare (e la questione meriterebbe un'analisi particolareggiata), come con la riforma del 1975 venga istituito il Centro di Servizio Sociale per Adulti (si veda l'articolo 72), al quale vengono attribuite, fra le altre, importanti funzioni nell'ambito della organizzazione del lavoro penitenziario (si veda in proposito gli articoli 47 e seguenti del regolamento esecutivo della legge n. 364 de 1975 posto con DPR n. 230 del 2000), nonché, con particolare riguardo al fine di favorire il reinserimento del reo nella società, il Consiglio di aiuto sociale (vedi articolo 74)<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Su tali questioni ci permettiamo di rimandare al lavoro di tesi di laurea in Scienze del Servizio Sociale di Luciana Bertoia, *Il servizio sociale penitenziario: le misure*

### 3. IMPRESE E CARCERE FRA NORME PROMOZIONALI E MARCHIO ETICO

Da quanto sopra brevemente accennato è possibile in ogni caso cogliere una precisa linea di tendenza, che partendo dalla tensione all'equiparazione del lavoro penitenziario, sia nella forma intramuraria che in quella extramuraria, al lavoro svolto nella società libera, giunge da ultimo a riconosce, per tramite di norme promozionali, degli incentivi alle imprese che impiegano lavoranti detenuti e lavoratori *ex* detenuti; questa prospettiva si colloca all'interno di una cornice istituita dai supremi valori costituzionali, la quale racchiude un'idea di rieducazione del reo, in cui la vigenza del diritto/dovere al lavoro appare assolutamente imprescindibile.

Ripensando agli incentivi a favore delle imprese impegnate a conciliare le esigenze di mercato con un netto e marcato intervento a favore della persona umana, di cui la legge Smuraglia del 2000 rappresenta un chiaro esempio, nel momento in cui estende alle imprese agevolazioni prima usufruite soltanto dalle cooperative sociali (*ex* articolo 4, legge 381/1991), e, nel contempo, radicalizza l'intervento a favore dell'assunzione di lavoranti detenuti e lavoratori *ex* detenuti, sovviene il dibattito sviluppatosi anche in Italia in merito al cosiddetto *marchio etico*.

Giova in proposito rammentare come, anche sulla scorta di iniziative comunitarie (vedi il Consiglio europeo di Lisbona del 23-24 marzo 2000 e successivamente il libro verde della Commissione *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese* del luglio del 2001), il legislatore nazionale sia stato più volte sollecitato ad intervenire, per tramite di norme promozionali, sul riconoscimento di un *marchio etico* per le imprese socialmente responsabili. Estrapolando dalla relazione ad un disegno di legge presentato nel corso della XIV legislatura, "il concetto di responsabilità sociale delle imprese significa che esse decidono, di propria iniziativa, di contribuire a migliorare la società, cioè di investire maggiormente nel

*alternative alla detenzione*, anno accademico 2002-2003, Università degli Studi di Trieste.

capitale umano, nell'ambiente e nei rapporti con le parti interessate, al fine di conciliare le ragioni della competitività con quelle dello sviluppo sociale". Si tratta, per tanto, di incentivare le imprese a "sviluppare le prassi socialmente responsabili" già istituzionalizzate da organismi internazionali; in proposito uno dei principali punti di riferimento è offerto dal Social Accountability International, estensore della norma SA 8000, a cui anche la proposta di legge sopra richiamata faceva riferimento.

Ebbene, senza dilungarci sull'argomento, spiace in questo contesto constatare che l'utilizzo del lavoro penitenziario sia preso in considerazione solamente nella sua accezione negativa o patologica, di lavoro obbligatorio (meglio forzato), si veda in proposito in punto 2 della SA 8000, mentre nessuna menzione viene fatta in merito alla promozione del reinserimento dei detenuti ed *ex* detenuti nel contesto societario per mezzo dell'offerta sia di formazione professionale, che di opportunità di impiego. Infatti, all'intero della cornice che il legislatore nazionale riterrà di porre e in quella già predisposte dai legislatori regionali<sup>3</sup>, il lavoro penitenziario, nella sua accezione fisiologica ricavabile dai principi costituzionali, di cui prima si è fatto cenno, non appare valorizzato quale requisito per accedere al *marchio etico*, mentre, come osservato, questo è un veicolo primario al fine di porre l'impresa al servizio della persona umana e più in generale per valorizzare la sua funzione sociale. La quotidiana promozione della persona, anche della persona ristretta nelle maglie della istituzione penitenziaria, rappresenta, infatti, la strada regia per l'affermazione dei diritti dell'uomo.

In questo senso, meriterebbe attenzione e ulteriore valorizzazione lo sforzo compiuto dal mondo delle imprese al fine di agevolare, per tramite della formazione professionale e dell'offerta lavorativa, il pieno reinserimento dei detenuti ed è pertanto auspicabile un coordinamento delle iniziative volte a promuovere la funzione sociale dell'impresa e con questa,

<sup>3</sup> In materia è già intervenuta la Regione Abruzzo, con legge n. 12 del 14 febbraio 2000 e, dopo la riforma del Titolo quinto, sono presenti proposte di legge presso i competenti organi delle Regioni Campania, Emilia-Romagna, Piemonte.

come appare ovvio da quanto siamo andati dicendo, promuovere la vigenza dei diritti inalienabili della persona umana.

In proposito un attento osservatore della questione ha avuto modo di suggerirci che “non ci può essere vera tutela di un diritto solo attraverso la repressione come reato della condotta che lo viola [...] tutelare un diritto significa garantire il soddisfacimento di un bisogno fondamentale”<sup>4</sup> quale è, nel nostro contesto, il bisogno di reinserimento del reo nella società.

#### 4. L'EVOLUZIONE DEL LAVORO NELLA SOCIETÀ CONTEMPORANEA E LE SUE POSSIBILI RIPERCUSIONI NEL PROCESSO RIEDUCATIVO DEL REO

Da queste brevi considerazioni non si può che constatare come ogni richiamo, ogni tentativo di far entrare il lavoro nel carcere, di favorire il reinserimento sociale del detenuto anche per tramite della sua partecipazione alla realtà lavorativa, si colloca a pieno titolo nell'alveo valoriale tracciato dai principi costituzionali ed anzi diviene una delle principali vie per rendere effettivi, anche nel mondo del carcere, nel piccolo e povero vissuto quotidiano, i grandi valori racchiusi nelle enunciazioni di principio.

È necessario, quindi, verificare nella realtà quotidiana l'estrinsecarsi sia dei principi, che degli interventi volti a realizzarli. In proposito ci giunge come stimolo la riflessione per la quale “la giuridificazione [dei diritti umani] è una conquista della civiltà giuridica e politica; è, con i suoi strumenti applicativi, necessaria, ma non sufficiente per il soddisfacimento dei bisogni”<sup>5</sup>.

Nel discutere di lavoro e carcere e nel distinguere quest'ultimo dalla *galera*, alcune questioni non possono venire sottaciute. Di queste daremo soltanto brevi cenni. Ci permettiamo di porre due questioni di carattere generale per poi dar conto di alcuni punti di criticità presenti, a nostro avviso, nel rapporto fra lavoro e carcere, così come tratteggiato dalla vigente normativa.

La prima questione è relativa al fatto che

4 A. Papisca, *Infrastrutture e diritti umani per il sistema democratico*, in L. Strumendo (a cura di), *Costituzione diritti umani garanzie*, Padova, 1998.

5 *Ibidem*.

la società a noi contemporanea ha avviato un processo di radicale modificazione della realtà lavorativa. Il lavoro, inteso nella sua accezione di *posto* di lavoro, sta perdendo sempre di più quella caratteristica di *fissità* che lo aveva caratterizzato negli scorsi decenni a tutto vantaggio di forme lavorative protese verso la flessibilità, la segmentazione, la mobilità, di cui autorevole esempio appare la legge n. 30 del 14 febbraio 2003, con particolare riferimento agli articoli 3 e 4. Come ci viene sottolineato<sup>6</sup>, ogni modificazione regolamentativa del lavoro produce immediatamente i suoi effetti nell'ambito del lavoro penitenziario, nel momento in cui, come stabilisce la normativa vigente, questo si adegua a quello della società libera. Pertanto, la realtà lavorativa verso la quale i detenuti vanno incontro all'interno d'un processo di trattamento rieducativo è ben diversa da quella presente fino agli anni Novanta dello scorso secolo, in cui l'asse del rapporto fra flessibilità e sicurezza era sbilanciato a vantaggio di quest'ultima; sull'orizzonte che ricomprende il reinserimento sociale del reo anziché palesarsi il *posto* di lavoro si staglia la potenziale incombenza della parzialità e temporaneità dello stesso. Il lavoro si concretizza nell'immaginario collettivo sempre meno con le sembianze del *posto fisso*, intorno al quale costruire o, nel caso del reo, ricostruire la propria vita sociale; infatti, se, per un verso diamo per non mutato l'ambito valoriale nel quale si colloca il lavoro, per altro è sicuramente mutata la realtà concreta nella quale il rapporto di lavoro si esplica, sicché in questo *il tempo* ritrova sempre più precise determinazioni, che non possono che influire sull'interazione, di natura psicologica, fra il reo e l'idea di lavoro da questo percepita e produrre effetti ben più esiziali alla prova dei fatti.

Va da sé che l'effetto pratico di questo processo conduce inevitabilmente e, per certi versi istituzionalmente, ad una sorta di precarietà, anzitutto psicologica non potendo l'immaginario il più delle volte ancorarsi a quella idea di stabilità lavorativa, che la legge delega del 2003

6 Cfr. l'intervento del magistrato Monica Vitale, autrice del volume *Il lavoro penitenziario*, Milano, 2001, alla giornata di studi su “Carcere: lavorare in stanza”, Padova, 9 maggio 2003 reperibile sul sito [www.ristretti.it/convegni/lavoro](http://www.ristretti.it/convegni/lavoro).

tende a superare. Si può presumere che tale *flessibilità* nella acquisizione del reddito investirà sempre più prepotentemente l'immaginario dei soggetti deboli, fra i quali si annoverano i detenuti e gli *ex* detenuti e ciò con conseguenze facilmente intuibili per quanto concerne il fenomeno della recidiva (ma su questo oltre).

Altro fattore non secondario da tenere presente nel momento in cui viene affrontato il nostro tema è il fenomeno della *delocalizzazione* dei processi produttivi, ovvero lo sradicamento degli stessi dalle tradizionali aree geo-economiche per mezzo dello spostamento sempre più massiccio di fasi e settori della produzione verso aree ove il costo del lavoro (inteso in senso lato e comprensivo anche di sicurezza, di politiche ambientali nonché di politiche sindacali-rivendicative) sia più favorevole. Tale processo non può che investire il lavoro penitenziario, lavoro, al di là di tutti i meritevoli sforzi, reso da manodopera non qualificata e perciò facilmente fungibile, nonché, anche per motivi strutturali, rivolto verso fasi di lavorazione non altamente specializzate e, quindi, facilmente delocalizzabili.

Bisogna, quindi, interrogarsi sulla reale portata degli incentivi offerti alle imprese dalle norme promozionali del lavoro del detenuto e dell'*ex* detenuto (vedi legge Smuraglia) a fronte della possibilità di usufruire, da parte delle imprese, di altra forza e forme di lavoro a basso costo. La delocalizzazione delle attività produttive è indubbiamente una di queste possibilità, per tacer ovviamente del ricorso al cosiddetto lavoro nero od al lavoro in condizioni di totale illegalità avuto riguardo ai parametri normativi di sicurezza<sup>7</sup>.

Non appare perciò casuale che le percentuali di occupati nel mondo della reclusione siano non elevate; in proposito i dati riconoscono una percentuale annua di circa il 20% di occupati nella popolazione penitenziaria, ma tale dato<sup>8</sup>, stando a stime calibrate, ad esem-

pio dalla constatazione della temporaneità e brevità del rapporto lavorativo, va dimezzato, giungendo alla stima del 10% di occupati nella popolazione carceraria<sup>9</sup>. A tale proposito va aggiunto che, per quanto concerne il lavoro intramurario, ovvero l'attività produttiva che si svolge all'interno degli istituti penitenziari, il rispetto della normativa in materia di sicurezza del lavoro, quindi l'adeguamento dei locali del carcere adibiti a laboratori ai parametri normativi, è posta a carico dell'impresa. Ciò porta ovviamente ad un notevole incremento dei costi di produzione e disincentiva non poco l'utilizzo di reclusi soprattutto da parte di imprese private.

Va altresì rilevato che, al momento della sua attuazione, la legge Smuraglia offriva copertura per circa 750 posti di lavoro in tutto il territorio nazionale e per l'intera popolazione carceraria (il cui ammontare superava le 60.000 unità), come noto soltanto la metà dei fondi stanziati a copertura ebbe modo di venire utilizzato, poco più di 300 unità lavorative usufruirono realmente dei benefici posti in essere dal legislatore<sup>10</sup>. Questo dato induce ad interrogarsi se effettivamente un intervento, come quello previsto dalla attuale normativa, che tende ad incentivare l'assunzione di detenuti solo attraverso la riduzione del costo del lavoro, si collochi, per così dire, in armonia con le attuali dinamiche del mercato del lavoro.

Un'ultima questione merita qui richiamare

---

detenuti presenti (15.501 detenuti lavoratori, di questi 936 donne, su una popolazione carceraria di 61.264 unità, di cui 2.923 donne). Di questi, lo 81,2% (12.591 unità) sono alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria, il restante 18,8% (2.908 unità) non è alle dipendenze dell'amministrazione, ma di datori di lavoro esterni. Va rilevato, in merito ai detenuti stranieri, come sia stimata, sempre dalla stessa fonte, una percentuale del 23% di lavoratori, dato che appare in sintonia con quello generale. Una stima del 2005 curata dall'Associazione Antigone e reperibile sul sito della stessa ([www.associazioneantigone.it](http://www.associazioneantigone.it)) rileva la presenza di 19.836 detenuti stranieri su una popolazione complessiva di 59.523 unità.

9 Cfr. la relazione di A. Margara, ex direttore del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, alla già richiamata giornata di studi su "Carcere: il lavoro non stanca", reperibile sul sito [www.ristretti.it/congegni/lavoro](http://www.ristretti.it/congegni/lavoro).

10 *Ibidem*.

7 Mi piace soltanto rammentare, in proposito del lavoro sommerso, il lavoro redatto negli anni Settanta da A. Bagnasco, *Le tre Italie. La problematica territoriale dello sviluppo italiano*, Bologna, 1977.

8 Il Ministero della Giustizia offre al 30 giugno 2006 una percentuale di detenuti lavoratori pari al 25,3% dei



ed è offerta dalla più volte evidenziata<sup>11</sup> sfasatura fra la formazione professionale offerta ai detenuti negli istituti carcerari e le esigenze lavorative esterne, in modo tale da determinare una situazione di non competitività del lavorante recluso rispetto all'aggiornamento professionale del lavoratore libero. Tutto ciò si riflette pesantemente sulla possibilità dell'ex detenuto di ottenere, una volta eseguita la pena, una occupazione lavorativa dignitosa, che gli permetta di acquisire un reddito sufficiente; come evidenziato negli studi in materia<sup>12</sup>, gli ex reclusi trovano impiego in lavori a basso profilo professionale, per lo più nel settore dell'edilizia o in quello della ristorazione nonché in cooperative di pulizia o facchinaggio<sup>13</sup>.

All'interno di questo quadro, non certamente idilliaco, non appare trascurabile l'ipotesi, più volte sollevata<sup>14</sup>, di riservare legislativamente una quota di posti di lavoro a detenuti ed ad ex detenuti, così come già avviene per altre categorie socialmente svantaggiate.

L'incentivo alla attività lavorativa della popolazione carcerata può apparire di non secondaria importanza, al di là del centrale richiamo nel trattamento rieducativo, per quanto concerne l'esecuzione delle pene pecuniarie, il più delle volte convertite in regime di libertà controllata. In questo senso, la possibilità di usufruire di lavoro intramurario o di misure alternative

alla detenzione permetterebbe al condannato di eseguire la pena pecuniaria e, nel contempo, alle istituzioni di rendere non soltanto letterale tale forma di pena. A maggior ragione lo stesso ragionamento si applica per quanto concerne il risarcimento del danno. Tale discorso implica che le pene accessorie erogate debbano essere tali da non inficiare la capacità lavorativa del reo e, pertanto, debbano essere calibrate con il suo inserimento nel mondo del lavoro.

In questa direzione si volge il dibattito<sup>15</sup> che ravvisa opportuno che la misura alternativa sia applicata già nella sentenza, dal giudice di merito e non successivamente nella fase esecutiva della condanna dal tribunale di sorveglianza. A detta dei fautori di quest'ipotesi, la cui realizzazione non appare certo priva di problematiche se non altro per la constatazione che la misura alternativa attualmente si colloca all'interno del trattamento rieducativo ed è concessa a seguito di approfondite indagini sul percorso rieducativo stesso, porterebbe a snellire i tempi della concessione della misura stessa, ponendo immediatamente il condannato nelle condizioni di accedere ad occupazioni lavorative esterne al carcere e, più in generale, farebbe prevalere già nella sentenza la fase della rieducazione e della risocializzazione del reo su quella della sua dichiarazione di colpevolezza collocando chiaramente la pena, già nella sua fase dichiarativa, verso le finalità rieducative e non afflittive.

##### 5. SUL RISTRETTO E L'ETICA DEL LAVORO.

La seconda e forse più radicale questione inerisce alla constatazione che, abitualmente, discutendo di lavoro carcerario si assume in modo aproblematico un preciso quadro valoriale, all'interno del quale si inserisce il lavoro. Il quadro valoriale riconducibile a quanto descritto nella prima parte del presente intervento, può ritrovare indistintamente punti di riferimento sia nel pensiero di Sieyès, che in quello di Marx ed Engels (le loro due opere più note, rispettivamente *Che cosa è il terzo stato?*, apparso nel gennaio 1789 ed il *Manifesto del partito comunista*, pubblicato nel marzo del

11 Nel primo semestre del 2006, stante ai dati del Ministero della Giustizia, sono stati attivati 316 corsi di formazione professionale con 3.569 iscritti; ne sono stati portati a compimento 231, a cui hanno partecipato 2.847 detenuti. Fra le tipologie di corsi più seguite spiccano quelle di informatica (18%), di arte e cultura (13%), cucina e ristorazione (12%).

12 Cfr. L. Baccaro - G. Mosconi, *Il girone dei dannati: ovvero il fenomeno della recidiva*, in "Dei delitti e delle pene", 2003, n. 3. Il lavoro ha per oggetto una ricerca su un campione di detenuti nella Casa di Reclusione e nella Casa Circondariale di Padova.

13 Non appare fuori luogo riproporre dati del Ministro della Giustizia in merito alla scolarità della popolazione detenuta e riferiti al 31 dicembre 2006: analfabeti 1,5%; senza titolo 3,8%; scuola elementare 19,4%; media inferiore 35,2%; scuola professionale 1,6%; media superiore 4,6%; laurea 1,1%.

14 Cfr. le conclusioni, tratteggiate da Giuseppe Mosconi, alla giornata di studi su "Carcere: lavorare non stanca" consultabile sul sito [www.ristretti.it/convegni/lavoro](http://www.ristretti.it/convegni/lavoro).

15 Cfr. *ibidem*.

1848, se divergono profondamente da un punto di vista operativo, si riconnettono sull'orizzonte teorico proprio in considerazione dell'identico valore offerto dagli autori al lavoro; entrambe i testi fondano e si fondano su una precisa etica del lavoro, borghese la prima, proletaria la seconda).

Il problema è interrogarsi, a maggior ragione discutendo di carcere e lavoro, su quale sia il grado di interiorizzazione dell'etica del lavoro nella popolazione carcerata.

Infatti, prendendo a prestito una nota teoria sociologica<sup>16</sup>, il lavoro rappresenta uno dei principali mezzi istituzionali per raggiungere delle mete socialmente condivise (ad esempio, il benessere materiale, ma anche, in una prospettiva consumistica ed edonistica, l'esibizione per tramite di simboli di *status* sociale); in questo senso, si perdoni la banalità, chi lavora per conquistare tali mete ha un comportamento socialmente conforme; chi, invece, pur condividendo i valori sociali incarnati in quelle mete, rifiuta i mezzi istituzionali per raggiungerle, ponendo in atto altri percorsi non socialmente (e giuridicamente) legittimi assume un comportamento deviante (per Merton si tratta di una sorta di devianza riformista giacché non pone in discussione l'intero assetto sociale, condividendone, infatti, le mete di fondo, ma attua una prassi volta al loro raggiungimento non ortodossa). La maggior parte dei reati contro il patrimonio (per inciso va rammentato che il 30% della popolazione carceraria ha commesso reati contro il patrimonio) si colloca su questo sfondo teorico, che vede fra le proprie basi il rifiuto del lavoro quale principale mezzo istituzionale per realizzare le mete sociali. Sicché, se esaminati sotto lo spettro della teoria del sociologo funzionalista, in coloro che delinquono contro il patrimonio si riscontra un radicale rifiuto del mezzo istituzionale pur a fronte di una accettazione dei valori sociali dominanti, in modo tale che l'attività lavorativa conforme ai dettami sociale viene considerata inadeguata al raggiungimento di tali scopi (più proficui appaiono le modalità descritte, ad esempio, negli articoli 624 e seguenti del codice penale;

16 Si fa riferimento a R. K. Merton, *Teoria e struttura sociale*, trad. it. Bologna, 1971.

lo stesso discorso può applicarsi ovviamente ai delitti contro la persona, quali quelli descritti dall'articoli 600 e seguenti del codice penale)<sup>17</sup>.

In tale contesto un trattamento penitenziario che concentra la sua attenzione sul lavoro quale fulcro dell'intero processo di risocializzazione potrebbe palesare il lavoro anziché quale mezzo di rieducazione quale momento di *angheria*, di lavoro forzato, imposto coattivamente su soggetti totalmente refrattari, che tutt'al più lo accettano al fine di usufruire delle agevolazioni connesse alla misure alternative. In tale quadro, dal punto di vista del soggetto refrattario trattato, il lavoro penitenziario, lungi dal manifestarsi quale possibilità di reinserimento sociale, si concretizza quale ulteriore affiliazione da aggiungere alla privazione della libertà<sup>18</sup>.

17 Dati della Associazione Antigone relativi al 2005 evidenziano che al 30,3% della popolazione detenuta è ascritto reati contro il patrimonio; al 14,6% reati connessi alle sostanze stupefacenti; al 16% reati connessi alle armi; 2,5% reati di stampo mafioso; 0,6% reati connessi al mondo della prostituzione. Fra l'altro, dati forniti dall'Associazione Antigone e riferentisi al 2005 indicano che, su una popolazione detenuta di 59.125 unità, 23.012 risultano, ai sensi del articolo 73 del Testo Unico n. 309 del 1990, tossicodipendenti o alcolisti. Tali percentuali collimano sostanzialmente con i dati rilevati dal Ministero della Giustizia al 31 dicembre 2006, che riscontrano il 28% dei detenuti con ascritto reati contro il patrimonio; il 14% con reati contro la legge della droga; il 16,6% contro le legge sulle armi; il 3,4% reati di tipo mafioso; lo 0,6% reati connessi alla prostituzione.

18 Senza voler in nessun caso disconoscere il ruolo centrale svolto da autori come Hugo e Sue nella formazione di un movimento di riforma delle politiche penali, che ritrovi nella valorizzazione della persona umana e non nella sua repressione il fulcro del trattamento penitenziario, è indubbio che, proprio avuto riguardo all'etica del lavoro e con particolare riguardo a certe categorie di condannati, difficilmente potremmo ritrovarci di fronte al Jean Valjean de *I miserabili*, né, sul piano apposto all'*espropriatore* anarchico Jacob. Ovvero o a soggetti che, pur desiderandolo, non hanno avuto, dalla società del loro tempo, l'opportunità di usufruire di quei mezzi istituzionali per raggiungere delle mete sociali da loro condivise, prima fra tutte un'esistenza dignitosa, oppure, all'opposto, che, in quanto refrattari ai tutti i valori sociali hanno coscientemente e scientemente rifiutato mezzi e mete istituzionali. In proposito, oltre a rimandare alla rilettura delle opere di Victor Hugo e di Eugène Sue, segnaliamo, sulla vicenda dei *lavoratori della notte*, di cui Jacob fu indiscusso ispiratore, il volume di B. Thomas, *Jacob*, trad. it. Catania, 1989. Pare che il *Maestro*, descritto ne *I misteri di Parigi*, sia pure depurato da tutta

Che, sia pure entro certi limiti, il lavoro non rappresenti il principale problema del carcerato lo si può con chiarezza evincere da una recente ricerca su i recidivi<sup>19</sup>, dalla quale emerge che soltanto il 15,3% degli intervistati ritiene che la maggiore difficoltà incontrata nel periodo di scarcerazione sia connessa al lavoro, alla mancanza o insufficienza dello stesso; la stessa indagine rileva che solo il 7,1% degli intervistati riconosce quale causa della recidiva l'assenza di lavoro (ciò in un campione in cui, prima della seconda detenzione, il 5,9% si dichiara disoccupato, il 65,1% con un impiego precario e solo il 28,6% con un contratto di lavoro fisso e regolare; fra gli occupati solo il 9,4% si dichiara soddisfatto dell'attività lavorativa, il 45% chiaramente insoddisfatto della stessa).

In questo contesto, il combinarsi di una oggettiva scarsa propensione al lavoro (meglio, a riconoscersi in quell'etica del lavoro sopra richiamata e che è posta a fondamento dell'intreccio fra carcere e lavoro) con l'altrettanto oggettiva difficoltà del ex detenuto ad entrare nel mondo del lavoro e, qualora questo ingresso avvenga quasi sempre è per una porta di servizio, rischiano di depotenziare non poco gli sforzi che mirano al reinserimento del reo attraverso tali percorsi.

Sicché, avuto riguardo alle obiezioni sopra poste, si corre il rischio di veder naufragare il progetto di trattamento penitenziario fra gli scogli di una *carità pelosa*, da una parte, e dell'*angheria*, dall'altra; pericolo, questo, reso ancor più pressante dalla constatazione che la navigazione in oggetto non avviene in un mare aperto, libero, ma entro zone rigidamente delimitate dal regime penitenziario e dall'intervento della magistratura di sorveglianza.

## 6. SU POSSIBILI IMPLICAZIONI FRA IL LAVORO CARCERARIO E LA DECARCERIZZAZIONE

L'idea di carcere quale fabbrica del reinserimento sociale, qui indagata, prevede anche l'ipotesi, come evidenziato dai promotori della

la crudeltà ascrittagli da Sue, sia un ragionevole paradigma del detenuto medio.

19 Cfr. il già citato saggio di L. Baccaro - G. Mosconi, *Il girone dei dannati: ovvero il fenomeno della recidiva*.

prospettiva, "di project financing, affinché chi si accolla l'onere della loro realizzazione possa poi rientrare nei costi e guadagnare, garantendo l'erogazione dei servizi necessari per la gestione del carcere stesso. Costruire, quindi, un carcere [... e affidarlo poi] nella gestione dei servizi ai privati, con esclusione di quelli della sorveglianza, del trattamento rieducativo e dell'assistenza sanitaria"<sup>20</sup>.

Questa prospettiva, invero innovativa per la panoramica italiana, non è però scevra da problemi di fondo.

Infatti, per il proverbiale non addetto ai lavori una delle constatazioni più sorprendenti, nel confrontare il numero dei detenuti con il numero dei condannati, è offerta dall'osservare come, a fronte della sostanziale costanza del secondo si assiste a notevoli variazioni del primo<sup>21</sup>. Questa macroscopica sfasatura ritrova spiegazione nel fatto che il numero dei detenuti dipende da scelte di politica penale e non direttamente dalla propensione a delinquere di una data popolazione rapportata alla capacità delle autorità di erogare sanzioni. In questo senso, assumiamo che la percentuale di popolazione detenuta è anche il frutto di scelte di politica penale<sup>22</sup>.

Va riconosciuto che in Italia, per lo meno dalla cosiddetta "legge Gozzini" del 1986, si è assistito ad una netta politica di decarcerizzazione, sia per tramite dell'applicazione delle misure alternative alla pena detentiva, che per mezzo di altri interventi da parte delle autorità competenti.

20 La citazione è tratta della *Presentazione* del Convegno «Per una nuova idea di carcere fabbrica del reinserimento sociale», organizzato a Trieste il 25 maggio 2007 dall'Istituto Internazionale di Studi sui Diritti dell'Uomo.

21 Tale rapporto è agevolmente coglibile, ad esempio, nello studio di Nils Christie, *Il business penitenziario. La via occidentale al gulag*, trad.it. Milano, 1996. Più in generale sulla cosiddetta *costante tendenza al crimine* cfr. S. Vinciguerra, *Principi di criminologia*, Padova, 2004.

22 Stante i dati del Ministero della Giustizia, la popolazione carceraria in Italia il 30 giugno 2006 ammontava a 61.264 unità, la stessa popolazione carceraria al 31 dicembre 2006 ammontava a 39.002 unità. Appare evidente come una precisa scelta di politica penale, l'entrata in vigore della legge n. 241 del 31 luglio 2006, *Concessione di indulto*, abbia quasi dimezzato la popolazione presente nelle carceri italiane.

Il moto di decarcerizzazione è però contraddistinto da una *ratio* contraddittoria; infatti, a ben vedere, il punto di avvio di tale processo è offerto soprattutto dalla constatazione del sovraffollamento delle carceri italiane<sup>23</sup>. Senza addentrarsi in una specifica analisi di tale fenomeno, va in ogni caso riconosciuto come una situazione di sovraffollamento endemico è largamente nociva per qual si voglia tentativo di trattamento rieducativo. In proposito, sociologi ed etologi da sempre evidenziano nelle loro ricerche un aumento degli atteggiamenti violenti all'interno di spazi comunitari sovrappopolati. Nella realtà carceraria una situazione di sovrappopolamento si oppone in linea di principio alla funzione rieducativa della pena per esaltarne nei fatti il suo essere affittiva; la lesione della dignità umana rende precari, all'interno di quel determinato spazio, la fruizione dei diritti umani.

Pertanto, lo svuotamento delle carceri oggettivamente riduce notevolmente il palesarsi di queste problematiche, rendendo all'interno degli istituti più vivibile la permanenza dei reclusi e, quindi, offrendo parametri di qualità della vita più consoni alla vigenza dei diritti umani<sup>24</sup>. Se ciò è indubbio, non va sottovalutato il fatto, più volte rimarcato in dottrina, per il quale lo Stato, avviando un processo di decarcerizzazione, ispirato soltanto da ragioni operative, viene meno al suo dovere di rieducazione del reo per tramite della pena ed il

23 Nella voce *Ordinamento penitenziario* redatta da M. G. Coppetta per il IV aggiornamento della *Enciclopedia del diritto* edito nel 2000, possiamo leggere: "l'esigenza di contenimento della popolazione detenuta entro limiti ragionevoli ha caratterizzato tutti i recenti interventi del legislatore penitenziario, il quale, a tal fine, ha operato nel senso di agevolare l'accesso ai «benefici» ai condannati considerati portatori di una minore pericolosità sociale. In definitiva, si è assistito ad una crescente strumentalizzazione delle misure *de quibus* ad obiettivi di deflazione carceraria", p. 897.

24 A titolo esemplificativo, la Casa Circondariale di Trieste, con capienza regolamentare dichiarata dal Ministero della Giustizia di 155 unità, nel 2005, stante dati della Associazione Antigone, ospitava circa 250 detenuti; al 31 dicembre 2006, dati del Ministero della Giustizia, ospitava 106 detenuti. Il che significa, confrontando i due dati, che sono calate le presenze di ben 150 unità.

reo stesso perde contemporaneamente il suo diritto al trattamento rieducativo implicante il reinserimento sociale<sup>25</sup>.

Pare di poter cogliere come la politica di decarcerizzazione, al di là di enunciazioni di principio, sia direttamente indirizzata più da constatazioni di ordine operativo (riduzione dei costi del controllo sociale: edilizia e infrastrutture, servizi anche rieducativi ai detenuti, personale), che da considerazioni sulla funzione della pena. Ove l'esecuzione della pena diviene troppo onerosa lo Stato abdica il suo diritto-dovere alla rieducazione, ma se ciò corrisponde alla realtà allora l'esercizio della funzione rieducativa è subordinato, in linea di principio, da ragioni di ordine economico. Se però, per qualche espediente, il dato economico relativo alla carcerazione potesse rilevarsi in pareggio se non addirittura in attivo, allora le tendenze alla decarcerazione potrebbero invertirsi. Il condannato detenuto da una fonte di passività potrebbe trasformarsi in una fonte di attività, di guadagno.

È ben chiaro che tale problema non investe tanto quella percentuale di condannati per reati gravi, che hanno di fronte a loro ancora una lunga condanna detentiva da eseguire, la cui permanenza nel regime detentivo appare difficilmente eliminabile<sup>26</sup>, piuttosto quella percentuale di condannati a pene detentive la cui presenza nel carcere è subordinata alla modificazione delle politiche di esecuzione penale.

Proposte volte a rinsaldare i legami fra carcere e mondo produttivo, anche per mezzo della privatizzazione di parte del sistema penitenziario, investono direttamente questo proble-

25 In tal senso si esprime, ad esempio, già M. P. Giuffrida, *I Centri di servizio sociale dell'Amministrazione penitenziaria*, Roma, 1999, che rileva come la legge n. 165 del 1998, in materia di estensione dell'istituto della detenzione domiciliare, abbia effetti deflativi sul sovraffollamento delle carceri e, quindi, palesi una rinuncia dello Stato ad esercitare il suo diritto/dovere di trattamento per quei soggetti i quali, non potendo uscire dal circuito penitenziario per mezzo di altre misure alternative, come l'affidamento, misure che implicano un forte impegno personale del soggetto rispetto al percorso rieducativo, usufruiscono della detenzione domiciliare.

26 Si veda in proposito, al comma secondo dell'articolo 1 della legge n. 241 del 2006, l'elencazione dei delitti per i quali non si applica la concessione di indulto.



ma e possono determinare notevoli contraccolpi sulle politiche penali, particolarmente su quelle relative alla decarcerizzazione.

Ove, infatti, la detenzione risultasse produttiva in termini economici si potrebbe verificare una tendenza alla ricarcerizzazione, tale da vedere aumentare (sia pure a fronte della sostanziale costanza del numero dei condannati) la percentuale della popolazione detenuta e questo non tanto per una riscoperta del valore della detenzione nel trattamento rieducativo quanto per la scoperta del valore economico della detenzione, sì da fare ripensare quel rapporto fra i sostantivi *lavoro* e *libertà*, a cui avevamo fatto cenno all'inizio, sostantivi che certamente non verranno più declinati né nella lingua de *La mia battaglia*, né in quella in cui vennero scritti *Memorie dalla casa dei morti* e *Una giornata di Ivan Denisovi*<sup>27</sup>, ma che pur tuttavia anche in realtà di democrazia consolidata rendono non esenti da problematiche le relazioni fra carcere e lavoro.

Alcuni criminologi, sia pur in un contesto critico forse esasperato, tanto da assumere a loro emblema uno studio intitolato *Il business penitenziario. La via occidentale al Gulag*, ci fanno in ogni caso rilevare come a seguito dell'ingresso del mondo della produzione nel sistema carcerario statunitense la percentuale di popolazione ivi detenuta sia bruscamente aumentata (sia pure con notevoli differenze fra gli Stati federati, dal 1970 si riscontra un aumento della popolazione carceraria del 65%)<sup>27</sup>. È ben vero che altre cause hanno influito su tale incremento<sup>28</sup>, ma è altrettanto vero che il dato quanto meno dovrebbe essere foriero per una riflessione.

Questa constatazione, che non vuole assolutamente essere utilizzata quale freno ad un processo di indubbio valore sociale, come quello che vede l'accostarsi al carcere del mondo imprenditoriale, va in ogni caso presa in

27 Di contro è curioso il dato riguardante il crepuscolo dell'URSS: nel 1986 assistiamo a 458.729 condanne a pene detentive, 1990 soltanto a 292.992 condanne a pene detentive. Cfr. N. Christie, *Il business penitenziario*, cit.

28 Cfr. il volume di A. De Giorni, *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, 2000. Sulla tematica vedi anche il volume di Lucia Re, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma-Bari, 2006.

considerazione a maggior ragione inserendo il rapporto fra carcere e lavoro in un contesto che si qualifica per l'attenzione alla vigenza dei diritti umani, in modo tale che il lavoro del recluso ritrovi la propria ragione esclusiva in un quadro di vigenza dei diritti della umana persona e venga, perciò, eliminato ogni equivoco avuto riguardo ad una sua possibile rappresentazione nei termini di sfruttamento del lavoro della persona detenuta.

#### 7. IL PERCORSO DELLA RIEDUCAZIONE: DA LAVORANTE A LAVORATORE

Al di là delle constatazioni sopra espresse preme effettuare, in fase conclusiva, ancora alcuni rilievi. Risulta palese come l'*Ordinamento penitenziario* contenuto originariamente nella legge 354 del 1975 sancisca che il lavoro dei condannati debba riflettere le modalità del lavoro libero, ma come evidente, la disposizione, nel richiamare il riposo festivo, la tutela assicurativa e previdenziale, così al comma diciassettesimo dell'articolo 20 della sopra richiamata legge, non fa esplicita menzione di altri diritti riconosciuti ai lavoratori, ad esempio il diritto alle ferie annuali retribuite. La formulazione della disposizione ha permesso che, per mezzo di una interpretazione letterale della stessa, si traessero delle norme tali da creare una situazione di disparità di trattamento fra lavoratori detenuti e lavoratori liberi, nonché fra detenuti ammessi al lavoro interno e detenuti ammessi al lavoro esterno, in palese violazione dell'articolo 3 del dettato costituzionale.

Una giurisprudenza costituzionale protesa a rendere vigenti le enunciazioni di principio che caratterizzano, sino dalla riforma del 1975, la normativa in materia di esecuzione penale ha reso effettivi anche per il lavorante detenuto i diritti riconosciuti ai lavoratori. Va qui richiamata la sentenza n. 158 del maggio 2001, la quale riconosce, intervenendo sull'articolo 20, comma 16, dell'*Ordinamento penitenziario*, al lavorante detenuto il diritto al riposo annuale retribuito, dato che "ove ne sussistano le caratteristiche, alla soggezione derivante dallo stato di detenzione si affianca, distinguendosene, uno specifico rapporto di lavoro

subordinato, con il suo contenuto di diritti (tra cui quelli previsti dall'art. 2199 c. c.) e di obblighi". Di fatti, nel contesto penitenziario, "né tale specificità, né la circostanza che il datore di lavoro possa coincidere con il soggetto che sovrintende alla esecuzione della pena, valgono ad affievolire il contenuto minimo di tutela che, secondo la Costituzione, deve assistere ogni rapporto di lavoro subordinato".

Come sottolineato in dottrina<sup>29</sup>, la pronuncia della Corte sembra confermare "la qualificazione del lavoro carcerario come una *species* del lavoro subordinato", tanto da poter riconoscere una "progressiva osmosi dei due rapporti di lavoro". Ciò, fra l'altro, porrebbe fine al dibattito non solo dottrinario sulla natura del lavoro penitenziario facendo primeggiare l'opinione<sup>30</sup> per la quale nello stesso sono presenti tutti gli elementi che caratterizzano il lavoro subordinato e per tanto la distinzione, ancora presente, fra lavoratori detenuti e lavoratori liberi avrebbe rilevanza soltanto lessicale e non giuridica<sup>31</sup>.

Tale ipotesi viene, altresì, confermata da una precedente pronuncia della stessa Corte, la sentenza n. 26 del febbraio 1999, in materia di omessa previsione di tutela giurisdizionale contro violazioni di diritti di detenuti e di internati<sup>32</sup>.

D'altro canto, prima di abbandonare definitivamente l'ipotesi per la quale il lavoro carcerario potrebbe palesarsi, non tanto come privo di ogni riferibilità agli schemi del lavoro subordinato perché nascente da un obbligo legale e come tale riconducibile ad un rapporto di diritto pubblico<sup>33</sup>, prospettata in vero ora rigettata dalla Corte con la richiamata sentenza del 2001, quanto come un rapporto di lavoro

atipico, ovvero collocato all'interno d'un contesto anche normativo dotato di autonomia e connotato per la presenza di elementi pubblicitici tali da renderlo peculiare rispetto al rapporto di lavoro subordinato, ma non per questo avulso da tutte le disposizioni, compatibili con il regime penitenziario, che lo tutelano<sup>34</sup>, è ben riproporre la spinosa questione relativa all'articolo 22, comma primo dell'*Ordinamento penitenziario* in materia di *mercedi*.

Il lavoro carcerario è ricompensato, ma tale trattamento economico più che ricondursi alla disposizione dell'articolo 36 della Costituzione, ai sensi della quale "il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del suo lavoro", pare venire attratto ancora verso l'articolo 145 del codice penale, secondo il quale "ai condannati è corrisposta una remunerazione per il lavoro prestato". La possibilità di rendere, anche qui, soltanto lessicale la distinzione fra retribuzione, diritto del lavoratore, e la remunerazione, corrisposta al detenuto lavorante, non appare così scontata.

Infatti, a ben vedere, tale ipotesi cozza contro la disposizione dell'articolo 22 dell'*Ordinamento penitenziario*; ai sensi del suo primo comma, come noto, "le mercedi per ciascuna categoria di lavoratori sono equitativamente stabilite in relazione alla quantità e qualità del lavoro effettivamente prestato"; in tal modo il legislatore ordinario fa proprie le indicazioni della Costituzione, ma specificando che le *mercedi* del detenuto sono fissate "in misura non inferiore ai due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di lavoro". Quindi, la remunerazione del detenuto lavorante può risultare inferiore di un terzo rispetto a quella del lavoratore libero, sì da far supporre che l'articolo 36, ma ancor prima l'articolo 3, della Costituzione trovi solo una parziale applicazione in ambito carcerario.

Tutto ciò ci viene confermato dalla stessa Corte Costituzionale in una nota pronuncia. Ci riferiamo alla sentenza n. 1087 del dicembre 1988, che ci permettiamo, per meglio evidenziarla, di collocarla, non solo cronologicamente ma an-

29 Cfr. A. Morrone, *Il diritto alle ferie ai detenuti*, in "Giustizia Costituzionale", 2001, pp. 1227 e segg.

30 Già coeva alla riforma del 1975, cfr. Di Gennaro-Bonomo-Breda, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1976.

31 Per un primo succinto ma puntuale approccio al dibattito in materia si veda G. Galli, «Mercedi» e «remunerazione» del lavoro del detenuto, in "Giustizia Costituzionale", 1988, pp. 5299 e segg.

32 Cfr., in commento alla stessa, i contributi di S. Bartole, E. Fazzioli, M. Ruotolo e C. Santoriello in "Giurisprudenza Costituzionale", 1999, pp. 190 e segg.

33 Si veda in proposito C. Erra, *sub voce Lavoro penitenziario*, in *Enciclopedia del diritto*.

34 Tesi, quest'ultima, sostenuta ad esempio da R. Kostoris, *sub voce Lavoro penitenziario*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, Appendice IV.

che idealmente, a metà strada fra la sentenza n. 264 del novembre 1974, a ridosso della riforma penitenziaria del luglio dell'anno successivo, e la già richiamata sentenza n. 158 del 2001.

Infatti, la pronuncia del 1988, pur riconoscendo, sulla scorta del nuovo *Ordinamento penitenziario*, “che il lavoro prestato dai detenuti è uno strumento per la loro redenzione ed il loro riadattamento alla vita sociale: non è un elemento di espiatione della pena ma è un metodo di trattamento”, ribadisce che il rapporto di lavoro del detenuto con l'amministrazione penitenziaria “trae origine da un obbligo legale e non da un libero contratto; ha una propria particolare regolamentazione tra cui assumono rilievo le qualità delle parti [...]. Ma soprattutto rilevano le finalità da raggiungere: la redenzione ed il riadattamento del detenuto alla vita sociale; l'acquisto o lo sviluppo dell'abitudine al lavoro e della qualificazione professionale che valgono ad agevolare il reinserimento nella vita sociale. Dette finalità sono assolutamente prevalenti”. Sicché in questo quadro il detenuto impegnato in attività lavorative non sarebbe a pieno titolo un lavoratore, piuttosto un lavorante, ovvero una persona il cui lavoro ha finalità, prima ancora che produttive, rieducative; difatti il lavoro “è un metodo di trattamento”. In tal senso, solo indirettamente il lavoro carcerario va ricondotto al comma secondo dell'articolo 4 della Costituzione. Infatti, prosegue la Corte nella sua argomentazione, “l'amministrazione non si prefigge né utili né guadagni; si avvale di una mano d'opera disorganizzata, a volte non qualificata, disomogenea, variabile per le punizioni ed i trasferimenti da stabilimento a stabilimento; i prodotti non sono sempre curati e sempre rifiniti; essi, il più delle volte, si vendono sottocosto”. Ed al fine di eliminare ogni equivoco su ipotetiche sinonimie, la Corte rileva che “il compenso previsto per le prestazioni non si denomina retribuzione ma o remunerazione o mercede”.

Attraverso queste argomentazioni la Corte Costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 22 della legge n. 354 del 1975 che, con riferimento agli articoli 3 e 36 della Costituzione, era stata sollevata, senza per questo non ritenere che,

ove si palesassero le condizioni, al detenuto lavorante, a titolo di mercede, possa venire corrisposta l'intero ammontare della retribuzione spettante al lavoratore libero. Infatti, “vero è che stabilito un trattamento minimo non inferiore ai due terzi del salario previsto [dai contratti collettivi di lavoro], ma trattasi solo di una determinazione nel minimo, mentre non può escludersi l'osservanza del criterio della relazione con la qualità e la quantità del lavoro prestato e nemmeno possono trascurarsi, secondo il precetto costituzionale, i bisogni della famiglia di chi lavora”.

La sentenza del 1988 qui richiamata porta *in nuce* il principio di lì a poco esplicitato dalla sentenza n. 49 del 1992, ai sensi della quale sussiste violazione del articolo 3 della Costituzione ogni qual volta si ponga “una irrazionale ingiustificata discriminazione tra i detenuti e gli altri cittadini”; su questo principio si fonderanno le successive pronunce della Corte in materia.

Si assiste, per tanto, ad una netta inversione di tendenza rispetto alla posizione assunta dalla Corte nel 1974, anno in cui la stessa riteneva, per un verso, che la “funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile”, per altro, che “il lavoro, ben lungi dall'essere in contrasto con la morale esigenza di tutela e rispetto della persona, è gloria umana, precetto religioso per molti, dovere e diritto sociale per tutti e reca sollievo ai condannati che lavorando, anche all'aperto [...] godono migliore salute fisica e psichica, conseguono un compenso e si sentono meno estraniati dal contesto sociale”.

È ben vero che la sentenza n. 158 del 2001 supera ampiamente le previsioni del giudice costituzionale del 1988, ponendo le basi per il definitivo e pieno scioglimento della dicotomia tra detenuto lavorante e lavoratore libero e, infatti, avendo come riferimento la sentenza n. 26 del 1999, la Corte dichiara la illegittimità costituzionale dell'articolo 20, comma 16 dell'*Ordinamento penitenziario* nella parte in cui non riconosce il diritto alle ferie annuali retribuite al detenuto che presta la propria attività lavorativa alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria. Sicché la Corte conferma la qualificazione del lavoro penitenziario come specie del lavoro subordinato ma,

come rilevato, apre solo le porte per la definitiva caduta di “ogni residuo fattore di disomogeneità che la legislazione e parte degli interpreti ancora configurano nel caso del lavoratore dipendente dell’amministrazione penitenziaria”<sup>35</sup>.

In proposito va rilevato che la stessa Corte, con sentenza n. 341 del ottobre 2006, riconosce che “il lavoro dei detenuti, sia che venga svolto in favore dell’amministrazione penitenziaria, sia che venga effettuato – come avviene sempre più di frequente – alle dipendenze di terzi, implica una serie di diritti e obblighi delle parti, modulati sulla base contrattuale dei singoli rapporti instaurati”; in tal modo si rinforza sempre di più la prospettiva che vede nel contratto e non nell’obbligo legale la fonte del lavoro penitenziario.

Ciò non di meno non si può che rilevare come l’abbandono della dicotomia fra lavorante e lavoratore, sia pur ora molto attenuata attraverso le pronunce della Corte, ma ancora sostanzialmente presente nella prassi e nella normazione, e, quindi, l’affermarsi del principio per il quale il lavoro penitenziario vada in tutto assimilato al lavoro libero, passa attraverso una reinterpretazione del disposto dell’articolo 22 della legge 354 del 1975, che ponga anche in evidenza il problema del trattamento di fine rapporto.

Infine, in materia di diritti dei lavoratori, così come statuiti dalla legge 300 del 1970, non va sottaciuta la questione relativa al diritto allo sciopero, invero sancito dalla carta costituzionale all’articolo 40, e da ipotizzarsi, nel più genuino rispetto del dettato costituzione, nei limiti compatibili con l’ordine carcerario (in proposito va rammentato come la sopra richiamata sentenza n. 341 del 2006 ritenga che “i diritti dei detenuti devono trovare un ragionevole bilanciamento nel diritto della collettività alla corretta esecuzione delle sanzioni penali”) e, ancor prima, avuto riguardo anche alle richieste dei lavoranti detenuti; i quali palesano l’ipotesi di elezione diretta dei rappresentanti sindacali, rappresentanti, quindi, non sorteggiati come quelli previsti dall’*Ordinamento* del 1975 agli articoli 12 (biblioteca) e 27 (attività culturali).

A detta dei promotori di quest’ultima inizia-

<sup>35</sup> A. Morrone, *Il diritto alle ferie ai detenuti*, cit., p. 1278.

tiva, una rappresentanza sindacale elettiva non contravverrebbe alla disposizione dell’articolo 3 dell’*Ordinamento*, che fa divieto all’istituzionalizzarsi di posizioni di preminenza fra detenuti, piuttosto valorizzerebbe la partecipazione dei detenuti lavoranti, “si realizzerebbe, insomma, un effettivo riavvicinamento tra le modalità di vita all’interno del carcere e quelle all’esterno: risultato di indubbio valore – come sottolinea la redazione della rivista “Ristretti orizzonti” - , in prospettiva del reinserimento sociale”.



LA LEGGE N. 180 DEL 13 MAGGIO 1978 ED  
“IL PIENO SVILUPPO DELLA PERSONA UMANA”

1. I VALORI SOCIALI VIGENTI E LA SCOPERTA DI NUOVI VALORI GIURIDICI; 2. L'INCISIVITÀ DEI VALORI SOCIALI SULL'ORDINAMENTO GIURIDICO; 3. I REIETTI E LO SVILUPPO DELLA PERSONA UMANA; 4. LA DEVIANZA QUALE CONDIZIONE PER L'ESCLUSIONE DALLA POLIS; 5. SULLA GENERICITÀ DELLA TERMINOLOGIA USATA NELLA LEGISLAZIONE IN MATERIA; 6. LA LEGGE 180 E LA ROTTURA CON LE ISTITUZIONI TOTALI; 7. OLTRE IL RECINTO DELLA ISTITUZIONE.

1. I VALORI SOCIALI VIGENTI E LA SCOPERTA DI  
NUOVI VALORI GIURIDICI

Negli anni Settanta dello scorso secolo, indubbiamente a seguito di istanze sociali prodotte dal radicale modificarsi dei costumi e della morale pubblica iniziata il decennio precedente, sono, anche da un punto d'osservazione giuridico, caratterizzati da profonde innovazioni. Queste hanno in parte modificato l'asse di rotazione dell'ordinamento giuridico; il fenomeno è particolarmente evidente se confrontato con il precedente trentennio repubblicano informato, ovviamente, anch'esso dal dettato costituzionale del 1948.

Il diritto del lavoro ed il diritto di famiglia sono protagonisti di radicali riforme, le quali offrono vigenza e giustiziabilità a istanze politiche e culturali quali l'eguaglianza fra uomo e donna (ex articolo secondo della Costituzione; ai sensi del quale, è bene ricordarlo, “tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alle legge, senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”), e la reale e diretta partecipazione dei lavoratori alla gestione della vita economica (va anche qui rammentato che il dettato costituzionale prevede nella parte dedicata ai *Principi fondamentali*, “l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese”, così all'articolo 3, comma secondo).

La nuova rappresentazione giuridica della condizione femminile e di quella dei lavoratori ritrova legittimità all'interno di una diversa

lettura dei valori costituzionali che allora andava affermandosi. Solo per inciso va accennato che il testo della carta costituzionale è rimasto (per ciò che concerne i *Principi fondamentali* e la Parte prima, *Diritti e doveri dei cittadini*) inalterato; le nuove rappresentazioni giuridiche a cui sopra si è fatto cenno, che taluni potrebbero anche definire come più consone agli allora valori sociali radicati in una cospicua parte della società italiana (si pensi all'esito del cosiddetto *referendum* sul divorzio avvenuto nel 1972; fu quella la prima volta in cui lo strumento referendario uscì con prepotenza dalla mera lettera della Costituzione dove giaceva inerte da ventiquattro anni), hanno potuto sostituirsi alle precedenti a seguito di un diversa interpretazione del dettato costituzionale e, più in generale, del corpus normativo vigente, tanto da far palesare, proprio negli anni Settanta, un nuovo e diverso ordinamento giuridico.

All'interno di un contesto socio-culturale allora dominante e fortemente proiettato verso radicali innovazioni, la centralità della persona umana, da grazioso orpello contenuto nel testo costituzionale, diviene momento costitutivo dell'ordinamento giuridico.

Va ancora richiamato che l'articolo 3, comma secondo della Costituzione recita nella sua interezza: “è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese”.

La Repubblica pertanto si caratterizzerebbe, secondo una certa lettura della Carta, essenzialmente per il compito *rimozionale* che essa solennemente si assume, per essere la stessa il volano, il momento propulsivo di un processo di coinvolgimento sempre più complessivo di tutti i cittadini nella vita economica e sociale del paese. La partecipazione dei cittadini deve essere stimolata dalle articolazioni di cui la Repubblica si compone attraverso la progressiva, ma inarrestabile rimozione di qualsiasi ostacolo si frapponga al pieno sviluppo dell'essere umano, considerato singolarmente, oppure, come ben evidenziato all'articolo 2 del

testo, “nelle formazioni sociali”. Il venir meno a questo compito, che porterebbe a palesare la persona umana non più come fine in sé, bensì quale strumento funzionale al perseguimento di scopi che la travalicano, determinerebbe una grave crisi di legittimità; la Repubblica cessando di essere il fulcro su cui si fonda la promozione della persona umana, rimarrebbe contenitore formale di istituzioni il cui operato sarebbe privo di ogni riferimento al supremo valore repubblicano.

In questo senso può essere letta la disposizione contenuta nell'articolo 139 del dettato: “la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale”. Giova rammentare come la Corte costituzionale abbia riconosciuto che “la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana, quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”, così la sentenza n. 1146 del 15 dicembre del 1988.

## 2. L'INCISIVITÀ DEI VALORI SOCIALI SULL'ORDINAMENTO GIURIDICO

Il lento modificarsi dottrinale e giurisprudenziale della materia lavorista (il diritto del lavoro ed il diritto sindacale) nell'arco del decennio che ha preceduto lo Statuto del 1970 (legge n. 300 del 20 maggio 1970, *Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*), ed il profondo rinnovamento dell'istituto familiare investito, sempre nel 1970 (legge n. 898 del 1° dicembre 1970, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*), da una provvedimento legislativo che lo libera delle ultime vestigia sacrali, testimoniano come istanze sociali rappresentative di

valori sociali emergenti abbiano potuto incidere sull'ordinamento giuridico.

Anche una differente lettura del testo del comma secondo dell'articolo 3 della Costituzione permette, sia nel campo legislativo che in quello giurisprudenziale (inteso nella sua duplice accezione di giurisdizione ordinaria e di giurisdizione costituzionale), di avviare un riposizionamento della qualificazione giuridica di *status* soggettivi e di quotidiani comportamenti posti in essere dai soggetti giuridici.

Il diritto di famiglia ritroverà nuova regolamentazione di lì a poco con la legge n. 151 del 19 maggio 1975, *Riforma del diritto di famiglia*; tale legge, nel modulare diarchicamente la gestione di questa *società naturale*, attraverso il riconoscimento della parità fra i coniugi (riconoscimento che giungerà a definitiva completezza con la legge n. 218 del 31 maggio 1995, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*), dà effettivo vigore e giustiziabilità, sottraendolo all'eterea validità formale, al principio di eguaglianza fra i sessi, contenuto sin dal 1948 nel dettato costituzionale all'articolo 3, comma primo. Con tale, ancor oggi discussa, disposizione legislativa, la Repubblica rimuove un ostacolo (la primazia in famiglia del coniuge maschio titolare dalla *patria potestà*) al pieno sviluppo della persona umana, in questo caso il coniuge femmina che viene tolto, nell'ordinamento giuridico, da una condizione di minorità.

Oltre alle già richiamate riforme in ambito lavoristico e familiare, pare utile qui ricordare, al fine di rimarcare il processo di riposizionamento dell'ordinamento giuridico avuto riguardo ai valori sociali (riposizionamento determinato da un fatto indubitabile: dalle stesse disposizioni costituzionali sono state tratte delle norme di contenuto diverso da quelle che hanno sovrinteso la vita giuridica dei primi cinque lustri di vita della Repubblica), alcuni interventi epocali sull'insieme legislativo italiano. In questa sede non possono che essere richiamati sotto forma di semplice elencazione.

Nel 1969 la sentenza della Corte Costituzionale n. 147 del 3 dicembre porta all'abrogazione integrale, in quanto non conformi con i principi della Costituzione, degli articoli

559 (*Adulterio*) e 560 (*Concubinato*) del Codice penale (l'articolo 559 era già stato oggetto di sindacato costituzionale l'anno precedente quanto la Corte ne aveva abrogato i primi due commi, in quanto non conformi al principio di eguaglianza fra i sessi); la legge n. 194 del 22 maggio 1978 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*) abroga l'articolo 553 (*Incitamento a pratiche contro la procreazione*). Bisogna attendere il 1981 perché la legge n. 442 del 5 agosto di quell'anno abroghi nel Codice penale il tristemente famoso articolo 587 (*Omicidio e lesione personale a causa d'onore*) ed il forse meno noto, ma sicuramente altrettanto infamante per la società italiana, articolo 544, ai sensi del quale alcuni reati contenuti nel Titolo del Codice penale riguardante i *delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume*, fra i quali quelli di cui agli articoli 519 (*Violenza carnale*), 521 (*Atti di libidine violenti*), 522 (*Ratto a fine di matrimonio*), 523 (*Ratto a fine di libidine*), 524 (*Ratto di persona minore degli anni quattordici o inferma, a fine di libidine o di matrimonio*) e 530 (*Corruzione di minori*, ma in realtà, stando alla descrizione della fattispecie, "atti di libidine su persona o in presenza di persona minore degli anni sedici"), si estinguono con il così detto matrimonio riparatore; citiamo testualmente: "il matrimonio, che l'autore del reato contragga con la persona offesa, estingue il reato, anche riguardo a coloro che sono concorsi nel reato medesimo".

Un'ultima annotazione; è del 1996 (legge n. 66 del 15 febbraio) la disposizione legislativa che transita la violenza sessuale nel Titolo XII *Dei delitti contro la persona*, sottraendola alla precedente collocazione nel Titolo IX *Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*.

### 3. I REIETTI E LO SVILUPPO DELLA PERSONA UMANA

In un contesto contrassegnato da profondi cambiamenti sociali e culturali si collocano anche gli interventi legislativi che vedono protagonisti i *reietti* della società: i matti e i delinquenti.

All'interno di una prospettiva che si muove lungo l'asse del "pieno sviluppo della persona

umana" non appare corretto disgiungere la riforma manicomiale da quella che ha investito l'istituzione carceraria. Non tanto perché, come in quegli anni lo stesso Basaglia, sulla scorta di Goffman, ci rammentava che entrambe sono *istituzioni totali*, oppure perché la prima, la riforma dell'ordinamento penitenziario, precede di poco la seconda, l'intervento in ambito manicomiale, quanto per la constatazione che l'intervento legislativo, il quale si incunea in questi luoghi di sofferenza e privazione modificandone l'aspetto e la finalità, è in entrambi i casi guidato da quella riscoperta del assoluto valore della persona umana, a cui fa esplicito riferimento il richiamato articolo 3 della Costituzione.

Intento del legislatore è di far entrare la persona umana nell'ambito del trattamento psichiatrico e nel campo dell'esecuzione della pena; si palesa cioè la possibilità di sradicare quei cancelli che separavano totalmente gli ospiti dei manicomi e delle carceri dalla società dei "normali" impedendo ogni contatto fra i relegati nell'istituzione totale e la società esterna e determinando con ciò la creazione di due mondi incomunicabili: il modo della normalità e quello della devianza.

Normalità e devianza costituivano i due esclusivi poli di aggregazione della popolazione; strutturandosi concettualmente in un *aut aut* priva di soluzione di continuità la coppia dicotomica normale/deviante erigeva fra i due punti una barriera invalicabile che assumeva la veste di un confine fra il sano complesso sociale e la massa disaggregata degli individui malati.

Si può con una certa sicurezza affermare che sia nel carcere, che nei manicomi, prima degli interventi legislativi del 26 luglio 1975, legge n. 354 *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, e del 13 maggio 1978, legge n. 180 *Accertamenti sanitari volontari e obbligatori*, la persona umana fosse considerata un estraneo, una presenza indesiderata. Il suo sviluppo, da attuarsi attraverso la rimozione di quegli ostacoli, che nel limitare la sua partecipazione alla vita sociale ne hanno determinato l'internamento, non pareva essere compito né delle istituzioni carcerarie né di quelle manicomiali, entrambe



rette da disposizioni legislative radicate in un ambito valoriale incentrato sulla pericolosità sociale dei reclusi (per quanto concerne l'ambito manicomiale il punto di riferimento era ancora la legge n. 36 del 14 febbraio 1904 *Disposizioni sui manicomi e sugli alienati. Custodia e cura degli alienati*, a cui segue la legge n. 431 del 18 marzo 1968 in materia di *Accertamenti sanitari volontari e obbligatori*; il sistema carcerario ritrovava la propria regolamentazione nel Codice di procedura penale del 1933).

Si è detto che il trattamento carcerario e manicomiale si sviluppava avuto riguardo ad una particolare rappresentazione dell'essere umano; questa era tratteggiata sulla sua pericolosità sociale, sul suo essere oggettivo elemento di disturbo per una normale vita sociale, quella, per l'appunto, che si sviluppava fuori della istituzioni totali.

Il potenziale di pericolosità rappresentato dal deviante (matto o delinquente che fosse) era la chiave di volta di ogni intervento sullo stesso.

In proposito, l'articolo primo della legge manicomiale del 1904 stabilisce al comma primo: "debbono essere custodite e curate nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sé o agli altri o riescano di pubblico scandalo e non siano e non possano essere convenientemente custodite e curate fuorché nei manicomi". Che il punto di riferimento sia principalmente la sicurezza sociale e non la cura dell'infermo è bene evidenziato dal comma primo dell'articolo 2 della predetta legge, ai sensi del quale "l'ammissione degli alienati nei manicomi deve essere chiesta dai parenti, tutori o protutori, è può esserlo da chiunque altro nell'interesse degli infermi e della società". La presenza dell'alienato si configura, all'interno di questo quadro, principalmente come una questione di ordine pubblico, più che di sofferenza personale; ciò è comprovato dal fatto che, ai sensi del comma terzo del su citato articolo, "l'autorità locale di pubblica sicurezza può, in caso di urgenza, ordinare il ricovero, in via provvisoria, in base a certificato medico". Ciò che qui preme rilevare non è tanto la possibile arbitrarietà di un ricovero in una struttura manicomiale, quanto la sua valenza di provve-

dimento relativo al mantenimento dell'ordine pubblico.

In questa prospettiva, la sicurezza dei normali si fonda principalmente sulla esclusione-segregazione di chi normale non è e di colui il quale, sulla scorta di una classificazione antropometrica di sapore attuariale, è oggettivamente una fonte di rischio sociale. In questo senso, sono le istituzioni totali e non le politiche sociali gli strumenti con cui la sana società affronta, isola e sconfigge coloro che le sono ostili.

#### 4. LA DEVIANZA QUALE CONDIZIONE PER L'ESCLUSIONE DALLA POLIS

Da un punto di vista prettamente giuridico appare interessante notare come la certificazione della malattia mentale, nella prospettiva sopra tratteggiata, sia semplicemente considerata dall'ordinamento il presupposto per la incapacità di agire, per la sospensione o soppressione dello *status* di persona socialmente ed economicamente attiva; l'incapace non partecipa, infatti, alla vita della *polis*. L'incapacità giuridica istituzionalizza una condizione di assoluta minorità, di totale dipendenza dagli altri; vale la pena di ribadire che colui il quale dagli altri dipende non è più il soggetto delle sue azioni, ma l'oggetto delle azioni altrui; è rappresentato, quindi, come una cosa.

Parimenti al matto, anche il delinquente, a fronte di determinati reati ritenuti dal legislatore particolarmente pericolosi per la società, è reso incapace di interagire giuridicamente con la società; è da questa, per così dire, annientato come persona umana, ridotto a mero organismo biologico che vegeta sotto lo stretto controllo della istituzione carceraria (oppure, sul versante del malato di mente, relegato dietro le sbarre del manicomio).

Malato e delinquente vengono spersonalizzati e desoggettivati; così rappresentati vengono relegati in *case chiuse*, chiuse dall'interno in modo che il recluso non possa uscire e contaminare con la sua presenza i sani, chiuse dall'esterno perché nessuna persona normale e sana vi possa entrare. La *casa chiusa* deve suscitare reazioni claustrofobiche e quindi di repulsione, soprattutto all'elemento sano del-



la società, la reazione dell'internato poco conta all'interno di questa prospettiva, in quanto incapace è un dovere sociale rinchiuderlo e renderlo innocuo.

In proposito va richiamata la stesura originaria dell'articolo 414 del Codice civile. Va sottolineato che tale articolo, nonché la stessa rubricazione del Titolo XII in cui è inserito, venne modificato dalla legge n. 6 del 9 gennaio 2004 *Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo alla istituzione dell'amministratore di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizioni e di inabilitazioni, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali.*

L'articolo sopra richiamato disponeva che coloro "i quali si trovano in condizioni di abituale infermità mentale che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, *devono essere interdetti*"; la parte in corsivo è stata sostituita dal legislatore del 2004 e attualmente si legge "sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione". Va rilevato che l'istituto dell'interdizione, dopo la novella del 2004, non si pone più come finalità la tutela della società dall'infermo di mente, piuttosto la tutela dell'infermo; non sono più gli altri (*i sani*) ad essere protetti dall'infermo, ma l'infermo dagli altri cosiddetti sani. Qui è centrale la protezione dell'infermo, l'assicurargli nelle forme più consone la adeguata protezione di cui necessita a causa del suo stato di non stabilità mentale. Egli riacquista dignità giuridica, ridiventa soggetto giuridico anche se sottoposto a restrizioni, ma queste sono funzionali al suo completo reinserimento nella società non al suo totale isolamento dalla stessa (si pensi all'abrogato, dalla legge 180 del 1978, articolo 420 del Codice civile *Internamento definitivo in manicomio*, ai sensi del quale "la nomina del tutore provvisorio può essere altresì disposta dal tribunale con lo stesso provvedimento col quale autorizza in via definitiva la custodia di una persona inferma di mente in un manicomio o in un altro istituto di cura o in una casa privata. In tal caso, se la istanza di interdizione non è stata proposta dalle altre persone indicate nell'articolo 417, è proposta dal pubblico ministero").

## 5. SULLA GENERICITÀ DELLA TERMINOLOGIA USATA NELLA LEGISLAZIONE IN MATERIA

Dopo questa digressione, che ci proietta in una dimensione rappresentativa del matto del tutto diversa da quella dominante l'ordinamento giuridico dopo della cosiddetta riforma Basaglia, è bene soffermare l'attenzione su un fatto di non secondaria importanza, di cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente. Le disposizioni legislative in materia, segnatamente quelle racchiuse nel Titolo XII del Libro primo del Codice civile, sono redatte, da un punto di vista medico-psichiatrico, con un linguaggio non tecnico. A tale proposito va riconosciuto come il legislatore del 1942 abbia voluto ricomprendere sotto le generiche dizioni di "infermità mentale" e di "incapacità di intendere e volere", ricorrenti nelle disposizioni contenute dal Titolo in oggetto, sia le patologie psichiche comportanti alterazioni del senso di identità (quali la mancanza di coerenza, della propria identità, dell'autostima) e del recepimento della realtà esterna (quali deliri, allucinazioni), che di cosiddetti disturbi della personalità, i quali non necessariamente sconfinano in psicosi, nonché, ciò segnatamente all'articolo 415, l'abuso di bevande alcoliche e di stupefacenti.

Le generiche dizioni in oggetto vengono nel linguaggio del legislatore solo apparentemente graduate e, quindi, ricondotte ai diversi stati di patologia psichica o di disturbo della personalità o ancora di etilismo oppure di tossicodipendenza, e si accompagnano ad altre altrettanto generiche espressioni quali, ad esempio, il richiamo, nel primo comma dell'articolo 415, a "lo stato [di infermità mentale] non talmente grave da far luogo all'interdizione".

Il legislatore, utilizzando anche in questo contesto clausole generali o concetti giuridici indeterminati, che di si voglia, offre all'interprete discrezionalità nella scelta dei provvedimenti da adottare a fronte del caso concreto. Tale discrezionalità non essendo vincolata da precise delimitazioni offerte dalla scienza medica, che del resto paiono avulse dalla *ratio* che ha accompagnato la riforma Basaglia, non può che basarsi, al fine di non apparire arbitraria, su più generali valori sociali che informano l'ordi-

namiento giuridico; primo fra questi la rappresentazione della persona umana e la sua collocazione all'interno di una tassonomia valoriale.

Se, come più volte richiamato, in un passato anche recente, tali espressioni erano funzionali esclusivamente alla dichiarazione di interdizione o di inabilità dell'infermo di mente, tanto da poter escludere un ruolo attivo dell'ordinamento nel recupero sociale del matto, ora tale passività è rigettata e l'ordinamento deve farsi carico di ricercare per ogni singolo caso la soluzione più adatta al fine di favorire in ognuno il pieno sviluppo della propria personalità.

La sopra richiamata legge n. 6 del 2004 non a caso individua la figura dell'amministratore di sostegno quale supporto, meno traumatico ed invasivo della tutela e della curatela, per la persona in difficoltà.

#### 6. LA LEGGE 180 E LA ROTTURA CON LE ISTITUZIONI TOTALI

Nel voler sia pur brevemente richiamare i tratti salienti della legge 180 del 1978, va sicuramente evidenziato come il testo legislativo all'articolo primo voglia richiamarsi esplicitamente a valori e diritti costituzionali, che le precedenti normative in materia, pur trovandosi ad operare in un contesto politico e giuridico informato dalla Costituzione repubblicana, avevano di fatto sottaciuto e ciò, è bene ribadirlo, non tanto a causa d'un, per così dire, conservatorismo dei funzionari pubblici preposti a tali compiti, piuttosto per una diversa interpretazione del dettato costituzione.

Il primo comma dell'articolo 1, proprio per voler rimarcare la rottura con la passata impostazione informata ancora dalla legge del 1904, ribadisce, senza alcuna relazione specifica con le patologie psichiche, che "gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono volontari". Nel far ciò il legislatore ordinario vuole offrire vigore al principio costituzionale contenuto nell'articolo 32 del dettato, la libertà di accettare o rifiutare il trattamento sanitario, esaltando la volontarietà del trattamento a discapito della sua obbligatorietà, che è in ogni caso prevista dal testo costituzionale nel momento in cui l'obbligo può essere derivato da una "disposizione di legge".

Appare evidente che il bersaglio del legislatore ordinario non è tanto rappresentato dalla generale tutela della salute pubblica, quanto dal sistema coattivo posto in essere dalla legislazione precedente in materia di internamento degli alienati. È palese la contraddizione della disposizione se confrontata con le disposizioni costituzionali e con quelle che, nella stessa legge, la seguono (essa infatti come evidenziato cozza contro il comma secondo dell'articolo 32 della Costituzione, che pone accanto ai trattamenti volontari quelli stabiliti dalla legge come obbligatori, ma è in insanabile contraddizione con il comma seguente dello stesso articolo, che fa riferimento esplicito a "gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori"), ma acquisita significato valoriale, di principio, se confrontata con quanto disposto dal comma terzo dello stesso articolo, per il quale "nel corso del trattamento sanitario obbligatorio chi vi è sottoposto ha diritto a comunicare con chi ritenga opportuno". Ovvero la *ratio* del comma primo non va ricercata in una assurda ipotesi negazionistica del trattamento sanitario obbligatorio, quanto nella affermazione della intrinseca anti-giuridicità della segregazione del malato di mente, del suo isolarlo completamente dal mondo esterno rinchiudendolo all'interno della istituzione totale.

La spersonalizzazione, centrale nelle istituzioni totali, qui va bandita; il paziente è un soggetto da coinvolgere nel trattamento, non si rappresenta più come un oggetto di trattamento, un passivo organismo biologico che altri custodiranno a causa della sua pericolosità; il soggetto deve essere partecipante al trattamento, infatti, al comma quinto si esplicita come "gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori [...] devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione di chi vi è obbligato".

La volontarietà del trattamento in realtà sottende, al di là del mero significato delle parole, ad una forte istanza di deistituzionalizzazione dell'intervento sul malato di mente, deistituzionalizzazione che si sostanzia in una sorta di svuotamento del manicomio nella società, perché i matti sono parte della società (se non addirittura la società stessa, come suggerisce

l'ossimoro proposto nel 1971 da Franco Basaglia e Franca Ongaro quale titolo al loro studio su l'ideologia del controllo sociale: *la maggioranza deviante*).

#### 7. OLTRE IL RECINTO DELLA ISTITUZIONE

L'intera legge è pervasa da questo spirito; l'uso di un linguaggio "burocratico", proprio all'austerità del legislatore, non impedisce di cogliere in questa una volontà irrefrenabile volta all'abbattimento delle mura della *istituzione* manicomiale.

Tale tensione è immediatamente riscontrabile nell'articolo 2 della legge; al comma secondo infatti leggiamo un "trattamento sanitario obbligatorio può prevedere che le cure vengano prestate in condizioni di degenza ospedaliera solo se esistano alterazioni psichiatriche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, se gli stessi non vengano accettati dall'infermo e se non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere".

Sicché, avuto riguardo alla disposizione, di norma l'intervento terapeutico va condotto in strutture extraospedaliere, fuori dalla mura del manicomio. Questa è la via normale, quotidiana di trattamento, solo in ben circoscritti ed eccezionali casi sarà legittimo continuare con un trattamento intra-murario, in tutti gli altri il paziente va immerso nella società, vive in mezzo agli altri, tanto da non poter più riscontrare quella separazione fra il matto ed il normale che caratterizzava invece la precedente prospettiva.

A conferma di quanto sopra, il comma primo dell'articolo 6 stabilisce che "gli interventi di prevenzione, cura e riabilitazione relativi alle malattie mentali sono attuati di norma dai servizi e presidi psichiatrici extra ospedalieri".

Lapidario in merito appare il comma sesto dell'articolo 7, che racchiude, pur nella sua concisione, la storia e le aspirazioni di più di un decennio di *psichiatria democratica*: "è in ogni caso vietato costruire nuovi ospedali psichiatrici, utilizzare quelli attualmente esistenti come divisioni specialistiche psichiatriche di ospedali generali o sezioni psichiatriche e utilizzare come tali divisioni o

sezioni neurologiche o neuropsichiatriche".

La degenza ospedaliera è, all'interno di questa prospettiva, l'estrema *ratio* e, a differenza della precedente normativa, il ricovero è sottoposto ad una procedura per così dire aggravata al fine di tutelare il soggetto debole. Tale procedura viene esplicitata all'articolo 3 e coinvolge, come noto, oltre al personale medico della struttura sanitaria pubblica, il sindaco ed il giudice tutelare. Ulteriori aggravati sono previsti dalla normativa qualora il trattamento obbligatorio debba protrarsi oltre il settimo giorno.

In merito alla tutela del malato di mente, centrale appare senz'ombra di dubbio il comma primo dell'articolo 5 (*Tutela giurisdizionale*), a norma del quale "chi è sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio, e chiunque vi abbia interesse, può proporre al tribunale competente per il territorio ricorso contro il provvedimento convalidato dal giudice tutelare".

La disposizione ora richiamata fa sì che sia il *matto* in prima persona ad assumere la propria tutela rivendicando i propri diritti; la situazione di sofferenza che lo investe non implica, come per la precedente normativa, la perdita della sua dignità e della sua capacità di agire giuridicamente.

Egli è persona, non più oggetto di trattamento; la struttura sanitaria, in quanto articolazione di quella Repubblica informata dall'articolo 3 del dettato costituzionale, è protesa non alla custodia, alla segregazione del malato, alla separazione dal suo contesto sociale, bensì alla rimozione degli ostacoli che si frappongono al suo pieno sviluppo.

CONSIDERAZIONI INTORNO AL RAPPORTO FRA  
PENA E MISURA DI SICUREZZA PERSONALE NEL  
PROCESSO DI RIEDUCAZIONE DEL REO

1. PERICOLOSITÀ SOCIALE VERSUS COLPEVOLEZZA; 2. IL DOPPIO BINARIO: PENA E MISURA DI SICUREZZA; 3. SULLA FUNZIONE RIMOZIONALE DELLA REPUBBLICA: FORMAZIONE O EDUCAZIONE ALLA PERSONA UMANA?; 4. PENA E MISURA DI SICUREZZA FRA SOGGETTI CAPACI E SOGGETTI INCAPACI; 5. MISURA DI SICUREZZA COME ALTERNATIVA ALLA RIEDUCAZIONE; 6. LO STRANIERO E LA FUNZIONE PREVENTIVA DELLA MISURA DI SICUREZZA; 7. NOTA CONCLUSIVA.

1. PERICOLOSITÀ SOCIALE VERSUS COLPEVOLEZZA

L'espressione *misura di sicurezza* riporta alla mente dell'osservatore di questioni giuridiche la ben nota teoria posta in essere dalla Scuola positiva, che vede in Enrico Ferri, a cavallo fra Otto e Novecento, il suo indiscusso animatore. La *misura di sicurezza* è qui, come nel vigente ordinamento (vedi articoli 202 e 203 Codice penale), correlata alla pericolosità sociale del reo. Per una autorevole fonte, infatti, le misure di sicurezza "storicamente si ricollegano alle istanze della Scuola positiva rivolte a sostituire il concetto di responsabilità con quello di pericolosità e quello di pena con quello di sanzione criminale avente uno scopo di difesa sociale"<sup>1</sup>.

Va effettuato immediatamente un distinguo al fine di non far palesare come specie dello stesso genere ciò che appartiene a mondi diversi; se, infatti, il rapporto fra misura di sicurezza e pericolosità sociale collega la riflessione dottrinarie della Scuola positiva con il vigente ordinamento penale, le prospettive che sottendono l'opera di ordinamento penale sono sostanzialmente divergenti.

Per un lato, la Scuola positiva ritiene che il presupposto soggettivo della pena sia la pericolosità sociale e non la colpevolezza; è, di fatti, la pericolosità criminale "la causa giuridica, il titolo giuridico per l'applicazione della sanzione"<sup>2</sup>,

1 P. Nuvolone, *sub voce* Misure di prevenzione e misure di sicurezza, in *Enciclopedia del diritto*, p. 650.

2 F. Grispini, *Diritto penale italiano*, vol. I, Milano, 1947,

per altro, la stessa prospettiva ritiene che la pena, erogata a fronte di un soggetto pericoloso socialmente, debba svolgere funzioni essenzialmente di prevenzione speciale, ovvero mutare la personalità del soggetto oppure eliminarlo dal contesto sociale. Al fine di perseguire questi scopi, la pena si deve configurare come adatta al precipuo intervento sul reo per far cessare il suo stato di pericolosità e deve altresì caratterizzarsi per la sua indeterminatezza, dato che deve perdurare sino alla cessazione dello stato di pericolosità del condannato<sup>3</sup>.

Infatti, se qui si richiama la prospettiva propria ad Enrico Ferri ed alla Scuola positiva, è bene rammentarsi come la stessa, nel volere porre in essere un Codice penale basato sul delinquente e non sul delitto, il cosiddetto *diritto penale dell'autore*, concentra tutte le sue forze sull'idea di pericolosità sociale e non sull'imputabilità, requisito formale che viene aggirato con la presupposizione di una responsabilità legale, la quale andrebbe a sostituire, in questa prospettiva, la responsabilità morale propria alla Scuola classica, fondata sul binomio colpa-pena, che pare invece informare le politiche penali poste in essere dall'Italia repubblicana, ove la pena, la sua erogazione e la sua esecuzione, è imprescindibilmente legata alla colpa, meglio, alla colpevolezza dell'imputato.

Ciò a maggior ragione avviene nella sua fase di esecuzione, dato che la pena mira esclusivamente, nell'Italia repubblicana, alla rieducazione del reo; ma, come ribadisce più volte la Corte costituzionale, emblematica appare la sentenza n. 364 del marzo del 1988, non vi può essere rieducazione se non in presenza di una colpa. La Corte sottolinea infatti, che "collegandosi il primo al terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione agevolmente si scorge che, comunque s'intenda la funzione rieducativa [... della pena ...], essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Non avrebbe senso la «rieducazione» di chi, non essendo almeno «in colpa» (rispetto al fatto) non ha, certo, «bisogno» di essere «rieducato»".

p. VIII.

3 Vedi E. Ferri, *Relazione al Progetto di Codice penale italiano*, Milano, 1921, pp. 38 e 76.



Va altresì evidenziato come la Corte, nella stessa sentenza, rilevi che “il principio di colpevolezza è, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d’azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate”; viene pertanto ribadita la vigenza nell’ordinamento italiano del binomio pena-colpa, che certe prospettive teoriche tendono a negare.

Ove non sia possibile muovere un rimprovero all’imputato, ovvero in assenza dell’elemento soggettivo del reato (*la colpevolezza*), la pena inflitta non produrrebbe effetti rieducativi, si paleserebbe esclusivamente quale momento afflittivo. Infatti, per il giudice costituzionale, “soltanto quando alla pena venisse assegnata esclusivamente una funzione deterrente (ma ciò è sicuramente da escludersi nel nostro sistema costituzionale, data la grave strumentalizzazione che subirebbe la persona umana) potrebbe configurarsi come legittima una responsabilità penale per fatti non riconducibili [...] alla predetta colpa dell’agente”.

Una prospettiva retribuzionistica o preventiva, che indirizzi l’erogazione e l’esecuzione della pena, non è concepibile all’interno dell’ordinamento giuridico italiano: è sicuramente da escludersi, così si esprime la Corte costituzionale. Ancora la Corte sottolinea che “dal collegamento tra il primo e terzo comma dell’articolo 27 della Costituzione risulta [...] l’illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultino essere espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (od indifferenza ai) valori della convivenza, espressi dalle norme penali”

Tutto ciò è accennato, per rammentare che l’ordinamento giuridico italiano, avuto riguardo alla esperienza penalistica, si fonda su un legame inscindibile, che collega il fatto criminoso, esplicitamente previsto nelle fattispecie astratte componenti la parte speciale del Codice, ad una pena derivante dalla imputabilità dell’agente e dalla sua colpevolezza e finalizzata, la pena, alla rieducazione del reo.

In proposito della stretta correlazione fra la colpevolezza e la sanzione penale, la Corte

così si esprime: “per precisare ancor meglio l’indispensabilità della colpevolezza quale attuazione, nel sistema ordinario, delle direttive contenute nel sistema costituzionale vale ricordare non solo che tal sistema pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure a fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata) ma anche che lo stesso sistema, allo scopo d’attuare compiutamente la funzione di garanzia assoluta del principio di legalità, ritiene indispensabile fondare la responsabilità penale su «congrui» elementi subiettivi”.

Il giudizio verte dunque sulla antigiusuridicità di un fatto, sull’imputabilità dell’agente e sulla sua colpevolezza; da questo giudizio deriva, se l’imputato non è prosciolto, l’erogazione di una pena finalizzata esclusivamente alla rieducazione.

## 2. IL DOPPIO BINARIO: PENA E MISURA DI SICUREZZA

Fin qui per quanto concerne la pena *ex* articolo 27 della Costituzione, ma, come evidente, accanto alle pene si collocano le misure di sicurezza, da prima, dal 1930, ai sensi del Codice penale, poi, dal 1948, ai sensi articolo 25, comma terzo del dettato costituzionale.

L’ordinamento giuridico repubblicano eredita da quello del Regno la misura di sicurezza e poco, se non nulla, rileva che nel codice del 1930 “il legislatore si preoccupa fondamentalmente di costruire un sistema penale conforme alla realtà istituzionale costituita dal nuovo regime autoritario e caratterizzato da una rigida difesa sociale per assicurare la prevalenza degli interessi generali su quelli particolari e la subordinazione incondizionata del singolo alla collettività”<sup>4</sup>. La questione da affrontare è quella relativa alla armonizzazione della misure di sicurezza, in vero formalmente recepite nel testo costituzionale, con i principi dell’ordinamento giuridico vigente, informati dallo stesso testo costituzionale. Sicché si tratta di tentare di leggere le misure di sicurezza ora vigenti non con la lente dello storico del diritto, alla luce della loro origine storico-poli-

4 E. Musco, *sub voce* Misure di sicurezza, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, p. 1.

tica, piuttosto con l'intento di coglierne la loro compatibilità con l'attuale assetto giuridico-istituzionale. In definitiva osservare e giustificare, fin dove ciò appare possibile, il *doppio binario* (pena e misura di sicurezza) presente nell'ordinamento italiano.

L'uso dell'espressione del *doppio binario* appare correlata alla constatazione che, in prima istanza, pena e misura di sicurezza assolvano a compiti diversi ed abbiano differenti fonti. Per quanto concerne il primo aspetto si rileva come in generale le misure in questione "ontologicamente non possano considerarsi sanzioni penali, anche se intervengono dopo il delitto [...] esse si ricollegano ad un presupposto diverso [...] da quello della pena, e cioè ad ] una situazione che lascia ragionevolmente prevedere che uno o più individui commetteranno delitti", e "in vero, l'applicazione delle misure di sicurezza non discende dall'accertamento del reato, che è una semplice premessa storica, ma dall'accertamento di una situazione soggettiva di pericolosità criminale"<sup>5</sup>. Sicché in questa prospettiva, obiettivo principale della misura erogata al soggetto socialmente pericoloso, è l'inibizione della recidiva, ovvero di un altro attentato a beni ed interessi giuridicamente protetti. Qui l'aspetto prevenzionistico è sicuramente esaltato; infatti, se per prevenire un'azione criminosa si sottopone il soggetto ad un processo di rieducazione, quest'ultima è infatti subordinata all'obiettivo da raggiungere, è misura, per così dire, operativa che potrebbe essere sostituita, se ciò apparisse più proficuo rispetto alla meta da conseguire, con altre misure di sicurezza personali, come l'isolamento del soggetto dal contesto sociale, il suo internamento.

Ma come appare evidente, questa prospettiva può reggersi nell'attuale assetto valoriale che informa l'esperienza giuridica solo attraverso una operazione di natura formale: ovvero, rovesciando specularmente la rappresentazione del rapporto pena misura precedente all'attuale assetto costituzionale, attribuendo alla pena funzioni rieducative e ascrivendo alla misura di sicurezza compiti di difesa sociale, i quali

5 P. Nuvolone, *sub voce* *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., p. 633 e 634.

però potrebbero farla palesare come misura repressiva ed emarginativa, se non afflittiva<sup>6</sup>.

Sul versante della fonte, in passato si è sostenuto che le misure di sicurezza avessero natura amministrativa e non giurisdizionale; tale tesi, se accolta, permetterebbe di salvaguardare formalmente la attuale natura rieducativa della sanzione penale promanante dalla autorità giurisdizionale, evitando di inquinare con le tendenze prevenzionistiche presenti nelle misure di sicurezza amministrativamente poste.

Ma questa strada è impercorribile; in dottrina si è rilevato, infatti, che, "dopo l'entrata in vigore della Costituzione [...] l'applicazione delle misure di prevenzione e, in genere, delle misure di sicurezza deve ritenersi un atto giurisdizionale. Nel procedimento relativo, infatti, vi è un conflitto tra il diritto di libertà del cittadino e la pretesa pubblica preventiva: conflitto che si svolge davanti all'autorità giudiziaria su di un piano di parità"<sup>7</sup>. D'altro canto, la stessa giurisprudenza di Cassazione da tempo riconosce che pene e misure di sicurezza "sono sanzioni criminali aventi la stessa natura giurisdizionale ed applicabili con processo giurisdizionale" (Cass. Pen. 15 luglio 1960). Sulla centralità del momento giurisdizionale, ove, nel dire e contraddire, si dispiega la difesa dell'imputato, nella erogazione di misure di sicurezza interviene più volte la Corte costituzionale (sentenze n. 53 del 1968 e n. 74 del 1973).

La teoria del *doppio binario* ritrova, per tanto, delle indubbie difficoltà nel sorreggersi, e ciò avuto riguardo alla funzione rieducativa della sanzione penale. Si potrebbe ipotizzare, sulla scorta del pensiero di Nuvolone<sup>8</sup>, la presenza nell'ordinamento di una legalità, per così dire, *repressiva*, che si manifesta nel comminare ed erogare la pena, ed una legalità definibile come *preventiva*, la quale ritroverebbe la propria attuazione nella misura di sicurezza. La prima, nel garantire tutela ai beni ed agli interessi giuridicamente protetti, garantisce altresì, per tramite della riserva di legge e con l'istituzione di precise regole procedurali, i

6 Cfr. E. Musco, *sub voce* *Misura di sicurezza*, cit., p. 9.

7 Così P. Nuvolone alla sopra richiamata voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, p. 649.

8 *Ibidem*, p. 635.

diritti dell'imputato; la seconda, nel garantire nuovamente i diritti dell'imputato, ha come finalità il preservare il contesto societario da nuovi attacchi, ovvero, per usare le parole di Nuvoione, "di rendere più difficile all'individuo la possibilità di commettere reati"<sup>9</sup>.

Il problema è che all'interno dell'attuale quadro valoriale tratteggiato dalla Costituzione, una ipotetica legalità *preventiva*, volta cioè a preservare il contesto sociale dal crimine, non può assumere connotati *prevenzionistici*, né speciali, né generali; su questo punto la Corte costituzionale appare inequivocabile. Per tanto, la costituzionalmente legittima misura di sicurezza posta in essere dall'autorità giurisdizionale competente non potrà che palesarsi quale misura rieducativa.

Appare importante sottolineare che la pena si palesa quale rieducazione *post delictum*, mentre la misura si propone quale rieducazione *ante delictum*, che ritrova nel reato in proprio antecedente storico, ma non la propria ragione d'essere: questa è determinata dal riconoscimento della pericolosità sociale del reo, ovvero dalla sua accertata (nel dibattimento, come la abrogazione della pericolosità sociale presunta, ovvero dell'articolo 204 del Codice civile, testimonia) propensione a delinquere.

Tale potrebbe essere la differenza, legittimata dai valori costituzionali, fra la pena e la misura di sicurezza: l'una, la pena, erogata dopo la commissione di un reato, l'altra, la misura di sicurezza, erogata in conseguenza d'una sentenza di condanna, la quale accerti anche la pericolosità sociale del reo, e finalizzata a prevenire altre infrazioni penalmente rilevanti. Entrambe hanno però la stessa finalità; la pena, e con questa la misura di sicurezza, non è reazione sociale, mera retribuzione o prevenzione, è *rieducazione*, quindi è volta a condurre il reo nell'alveo della piena socialità, per tanto, a non commettere atti antisociali, in particolare rieduca alla non commissione di reati.

La distinzione sopra accennata, se vale a mantenere in piedi una sorta di dualismo nell'unitario ambito della sanzione penale, non giustifica certamente il suo permanere nell'ordinamento giuridico.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

Ciò a maggior ragione in considerazione al fatto, ben evidenziato dalla sentenza qui richiamata della Corte costituzionale, che entrambe ritrovano la loro legittimità sostanziale e non meramente formale (vedi i richiamati articoli 25 e 27 del dettato costituzionale), nell'articolo 3, al comma secondo, ove si stabilisce che il compito della Repubblica è la rimozione degli ostacoli i quali si frappongono al pieno sviluppo della persona umana; pertanto l'azione di rieducazione del reo (persona umana) ha di mira il suo pieno sviluppo, sia che si tratti di pena oppure di misura di sicurezza, non la difesa della società. Questa, la sicurezza, si acquisisce indirettamente, attraverso una opera di rieducazione inserita all'interno di questo quadro valoriale.

Se le articolazioni con cui ora si palesa la sanzione penale mirano al pieno sviluppo della persona umana, attraverso la rimozione di ostacoli e questa rimozione avviene anche con la rieducazione del reo, allora tali articolazioni appaiono sì costituzionalmente legittime, ma potrebbero venire ricomposte in un unico momento rieducativo, riportando la sanzione penale ad una unitarietà non solo sostanziale ma anche formale, dato che una distinzione formale, come quella ora presente nell'ordinamento pare foriera di equivoci.

### 3. SULLA FUNZIONE RIMOZIONALE DELLA REPUBBLICA: FORMAZIONE O EDUCAZIONE ALLA PERSONA UMANA?

Il richiamo qui effettuato alla persona umana, premette di far cenno ad un altro problema di non secondaria importanza e connesso con la funzione *rimozionale* che la Repubblica si è assunta.

Va evitato, a maggior ragione in un contesto culturale pluralistico, come appare il contesto sociale presente, e ciò con particolare riguardo al nostro universo di discorso, che volenti o nolenti ci fa volgere lo sguardo al carcere, presumere di poter effettuare un intervento rieducativo partendo da un preconcetto modello culturale. Se la rieducazione implica la risocializzazione questa non può palesarsi, proprio al fine di non limitare o costringere la persona umana a forme predefinite, quale *for-*

mazione ad un modello prestabilito. Se ciò avvenisse si correrebbe il rischio di sclerotizzare una forma ideale, alla quale costringere l'individuo concreto, snaturando la sua personalità e ponendo in essere un trattamento coercitivo e non educativo. In questo senso, la tendenza a ricercare forme ideali a cui ispirare modelli di trattamento sanzionatorio e solo apparentemente rieducativo, si palesa, come Giuseppe Bettiol ebbe a sottolineare più di mezzo secolo fa, come "una forza conservatrice che sclerotizza la giustizia"<sup>10</sup>.

La meta del processo di rieducazione, da cui la finalità della sanzione penale, non può essere un pre-concepito modello di risocializzazione, da applicarsi aporeticamente *erga omnes*; ciò implicherebbe, ancora per Bettiol, "una meccanica sottomissione" del reo a regole e valori sociali precostituiti alla sua volontà. L'educazione deve esaltare la dignità della persona umana, respingendo ogni tentativo di costringerla in predeterminati modelli comportamentali. In questo senso, il reo socialmente pericoloso non deve essere sottoposto ad un trattamento di *trasformazione*, che è poi il fine a cui tende la prospettiva della difesa sociale; trattamento, che al di là della etichetta di "rieducativo", è chiaramente riconducibile a tendenze prevenzionistiche. Nell'ordinamento vigente, di contro, il trattamento è educativo, ovvero volto a ricondurre il reo non a modelli astratti (o dominanti), ma a se stesso, ovvero alla sua umana personalità.

In questo differiscono profondamente, e non solo per una questione di termini, le istanze proprie alla Scuola positiva dalle politiche penali che vanno poste in essere nella Repubblica<sup>11</sup>; il momento chiave qui è ancora una volta l'interpretazione del comma secondo dell'articolo 3 della Costituzione.

#### 4. PENA E MISURA DI SICUREZZA FRA SOGGETTI CAPACI E SOGGETTI INCAPACI

Di norma, nel vigente processo di ordina-

<sup>10</sup> Dal *positivismo giuridico alle nuove concezioni del diritto*, ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Padova, 1966, p. 863.

<sup>11</sup> Cfr. lo studio di F. Cavalla, *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Padova, 1979.

mento penale, la pericolosità sociale del fatto e di chi lo ha posto in essere rilevano in maniera ben diversa da come risultano essenziali nella prospettiva solcata dalla Scuola positiva, ove la pericolosità sociale e la conseguente misura di sicurezza si collocano in un quadro informato dalla responsabilità legale e non dalla colpevolezza.

Di norma, *ex* articoli 202, 203 e 205 del Codice penale, una misura di sicurezza si accompagna ad una sentenza di condanna che comporti il riconoscimento della pericolosità sociale del reo (di cui all'articolo 203 del Codice penale). In questo caso, e solo in questo caso, la misura di sicurezza si ricollega e diventa parte integrante del percorso posto in essere della erogazione della pena e, per tanto, è riconducibile a pieno titolo al comma terzo dell'articolo 27 del dettato costituzionale, così come lo stesso è stato più volte esplicitato dalla Corte costituzionale. Si tratta di un rafforzamento della pressione rieducativa, che nella unicità della sanzione penale, ritrova due momenti distinti.

Ciò potrebbe però, come già accennato, palesare il problema della ridondanza, ben noto ai teorici generali del diritto: se i due termini designano due processi che tendono allo stesso obiettivo, ovvero denotano la medesima situazione (è il caso dell'omonimia), perché non unificarli anche lessicalmente già nel momento della sentenza con l'erogazione di una sola sanzione penale, la quale tenga conto, senza menzionare la misura di sicurezza, della pericolosità sociale del reo e della necessità di sottoporlo ad un particolare trattamento rieducativo. Di converso si può anche ipotizzare che se il legislatore ha voluto nominare e mantenere la pena accanto alla misura di sicurezza può darsi che le due abbiano finalità diverse; ecco allora ricomparire il *doppio binario* e con questo i possibili equivoci intorno a diverse finalità della pena e della misura di sicurezza.

Va pertanto in questo caso accolta e ribadita l'istanza più volte emersa in dottrina relativa al superamento di questo sistema dualistico con l'istituzionalizzazione di una sanzione penale unitaria, che ribadisca inequivocabilmente l'esclusiva finalità rieducativa della stessa e ponga fine a fraintendimenti relativi alla sua funzione e derivanti dalla presenza nell'ordi-



namiento di pene e di misure. Ma qui siamo di fronte al caso in cui pena e misura sono contenute in (e derivate da) una sentenza di condanna, pertanto il reo è un soggetto capace e, quindi, imputabile, ovvero rieducabile.

Diverso, totalmente diverso, appare il caso in cui una misura di sicurezza si fonda su una sentenza di proscioglimento derivante dall'applicazione dell'articolo 85 del Codice penale; ove manchi il requisito della imputabilità a fronte di "un fatto preveduto dalla legge come reato" non può essere erogata una pena, di cui all'articolo 17 del Codice penale. Ciò non di meno, il soggetto agente, non imputabile, è sottoposto a misure di sicurezza ex articolo 215 del Codice penale anche in assenza di una pena erogata.

Vi è anche il caso in cui la misura di sicurezza, pur venendo erogata in una sentenza di condanna assieme alla pena, non può essere ricollegata alla pena stessa; indicativo è in proposito il comma terzo dell'articolo 222, che differisce, nel caso di soggetto cosiddetto semi-imputabile, l'esecuzione della pena (rieducativa) "fino a che perduri il ricovero nell'ospedale psichiatrico". Sicché questa misura di sicurezza non ha né può avere funzione rieducativa e si colloca, non essendo riconducibile alla pena, fuori dall'alveo tracciato dal comma terzo dell'articolo 27 della Costituzione.

Lungi dal voler sostenere che le misure in questione, ovvero quelle che ineriscono a soggetti semi-imputabili o non imputabili, presentino aspetti prevenzionistici o retributivistici, va invece evidenziato il loro svilupparsi a sostegno della persona umana proprio per essere espletate con quelle finalità di recupero e reinserimento del diverso nella società, le quali ritrovano nella legge 180 del 1978 il proprio fulcro; la legge manicomiale in questione e la prassi da questa sviluppatasi offrono un metodo di intervento tale da minimizzare l'aspetto di *misura di difesa sociale*, per voler qui richiamare ancora termini propri alla Scuola positiva, ma non pare che tale prassi possa eliminarne completamente tale natura prevenzionistica. La misura di per sé, infatti, pone il soggetto agente, prosciolto perché non imputabile, nella condizione di non nuocere, in quanto sottoposto a controllo. Il soggetto

appare qui, più isolato e controllato, che partecipe ad un processo di rieducazione, il quale se mai è attivato da una determinata prassi di intervento sul disagio sociale, che non è però implicita nella misura di sicurezza posta in essere, al di là del mutamento di alcuni termini (come noto l'articolo 62 dell'*Ordinamento penitenziario*, nell'elencare gli istituti preposti per l'esecuzione della misure di sicurezza, sostituisce il termine di manicomio giudiziale con quello di ospedale psichiatrico giudiziario); la tensione ad un processo rieducativo, che informa esplicitamente la pena, la si può solo supporre nella misura di sicurezza, accostando, alla luce di principi dedotti dal dettato costituzionale, disposizioni legislative fra loro diverse, ma accomunate da intenti *rimozionistici*, quali quelle concernenti l'*Ordinamento penitenziario* e gli *Accertamenti sanitari*.

È solo possibile accennare in questa sede all'importanza dell'articolo 113 del cosiddetto *Regolamento penitenziario* del 30 giugno del 2000, ove si stabilisce che "l'Amministrazione penitenziaria, al fine di agevolare la cura delle infermità ed il reinserimento sociale dei soggetti internati negli ospedali psichiatrici giudiziari, organizza le strutture di accoglienza tenendo conto delle più avanzate acquisizioni terapeutiche anche attraverso protocolli di trattamento psichiatrico convenuti con altri servizi psichiatrici territoriali pubblici".

D'altro canto, risulta indicativa di tendenze non rieducative presenti nelle misure di sicurezza la seconda parte del comma primo dell'articolo 222 del Codice penale, ove in caso l'agente non imputabile venisse prosciolto per delitti colposi o non particolarmente pericolosi socialmente (con pena massima editale di due anni), o ancora per contravvenzioni, la sentenza di proscioglimento non appare accompagnata da alcun esplicito intento *terapeutico*, che non sia la comunicazione alla Autorità di pubblica sicurezza, alla quale viene delegato il controllo del soggetto; è fuori dubbio che il punto di riferimento del legislatore nel richiamare l'Autorità di pubblica sicurezza non fossero certamente i servizi alla persona.

##### 5. MISURA DI SICUREZZA COME ALTERNATIVA ALLA RIEDUCAZIONE

Ma, come si suol dire, vi è dell'altro a confermare l'ipotesi che storna le misure di sicurezza personali dalla finalità rieducativa della pena e ciò si palesa nel momento in cui non appare possibile erogare la pena stessa; come evidente, le misure di sicurezza vanno ascritte anche al minore non imputabile o al minore riconosciuto non imputabile (vedi articolo 224 del Codice penale). A tali soggetti, in quanto incapaci di intendere e di volere (*ex* articoli 97 e 98 del Codice penale), non può essere erogata una pena; ciò non di meno l'agente, qualora venga ritenuto pericoloso socialmente, può essere sottoposto, *ex* articolo 224 Codice penale, a misure di sicurezza.

In questi casi, e in generale a fronte di soggetti non imputabili, ci troviamo di fronte ad una pericolosità sociale alla quale non corrisponde una responsabilità/imputabilità penale, in quanto la pericolosità sociale è ascritta ad un soggetto non capace di intendere e di volere; questa non capacità rende il soggetto non disponibile alla pena, dato che l'esecuzione della pena è caratterizzata da funzioni rieducative, che non possono in alcun modo esplicarsi a fronte di chi è incosciente delle proprie condizioni di colpa.

Pare utile in proposito richiamare ancora una volta la giurisprudenza costituzionale dalla sentenza del 1988 in materia di ignoranza della legge. Per la Corte "trattandosi, appunto, dell'applicazione d'una pena, da qualunque teoria s'intenda muovere (eccezione fatta per quella della prevenzione generale in chiave di pura deterrenza, che, peraltro, come s'è già avvertito, non può considerarsi legittimamente utilizzabile per ascrivere una responsabilità penale) e dovendo la violazione del precetto essere rimproverabile, l'impossibilità di conoscenza del precetto [... l'affermazione qui va riportata ad una condizione non di ignoranza scusabile, bensì di incapacità di intendere e volere, che impedisce al soggetto agente di discernere fra comportamenti leciti ed illeciti e di prevederne le conseguenze ...] non ascrivibile alla volontà dell'interessato

deve necessariamente escludere la punibilità". Nel nostro caso la punibilità è esclusa perché non può produrre, su un soggetto incapace, alcun effetto rieducativo, solo effetti afflittivi, di prevenzione, che, come sottolinea la Corte, non possono considerarsi legittimi.

L'assenza del cosiddetto elemento soggettivo del reato fa sì che il comportamento criminoso non si costituisca in reato, nel senso che ad una fattispecie concreta oggettivamente (solo oggettivamente) criminosa, perché riconducibile a fatti espressamente preveduti come reato dalle disposizioni legislative, non corrisponde né la minaccia, né l'erogazione della pena. La misura di sicurezza ivi comminata (ma è una voce che chiama nel deserto, dato che il potenziale reo, in quanto incapace, può forse sentirla, ma non comprenderla) e, poi, erogata, è pertanto separata da una prospettiva rieducativa dell'agente, dato che questa non può essere posta in atto a fronte di un soggetto non imputabile perché incapace di intendere e di volere.

Ci troviamo di fronte a misure di sicurezza che non possono avere finalità rieducative data la qualifica di incapace offerta dall'ordinamento, ad esempio, al soggetto minore di quattordici anni d'età, di cui si presume la totale incapacità di intendere e di volere, e al soggetto compreso fra i quattordici ed i diciotto anni d'età non ancor capace di intendere e di volere.

A questi soggetti è preclusa l'applicazione di una pena in quanto oggettivamente, i primi, soggettivamente, i secondi, impossibilitati ad usufruire di un processo di rieducazione; di contro, nel caso previsto dagli articoli 98 e 225 del Codice penale, se il secondo soggetto (quello collocato fra i quattordici ed i diciotto anni d'età) fosse psicologicamente in grado di partecipare ad un processo rieducativo, a questo, nelle forme previste dalla legislazione vigente, sarebbe erogata una pena, alla quale può affiancarsi una misura di sicurezza. In questo caso, a fronte di una sentenza di condanna, la misura di sicurezza sarebbe direttamente collegata al, ed informata dal, processo di riabilitazione ascritto dall'ordinamento all'esecuzione della pena.

Ciò è da escludersi per quanto riguarda la fattispecie prevista dall'articolo 224 del Codice

penale; qui la misura di sicurezza non può avere, per le cause sopra accennate, alcuna funzione rieducativa. La misura di sicurezza avrà una forma *altra* rispetto alle finalità rieducative e sarà direttamente legata alla pericolosità sociale del soggetto; appare una misura di difesa sociale che potrà recuperare solo indirettamente funzione rieducativa per tramite di un trattamento sensibile ai valori della persona umana.

#### 6. LO STRANIERO E LA FUNZIONE PREVENTIVA DELLA MISURA DI SICUREZZA

Che la misura di sicurezza possa acquisire nell'ordinamento giuridico italiano una connotazione quasi esclusivamente ricollegabile alla misura di difesa sociale è oltremodo evidente avuto riguardo all'articolo 15 del d. leg. 286 del 1998, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, il quale prevede che a seguito di una sentenza di condanna che abbia ad oggetto reati di cui agli articoli 380 e 381 del Codice di procedura penale, il giudice possa prevedere, per lo straniero ritenuto socialmente pericoloso, la misura di sicurezza della espulsione.

Qui la misura di sicurezza non interviene nel processo rieducativo posto in essere dall'esecuzione della pena; anzi, il provvedimento dell'espulsione dal territorio dello stato lascia supporre che la pena non possa di per sé produrre effetti rieducativi sulla personalità del reo e che pertanto la misura di sicurezza che determina l'espulsione sia una necessaria misura di difesa sociale.

La difesa sociale, in questo particolare ambito legislativo, prende il sopravvento sulla funzione rieducativa della esecuzione penale, nel momento in cui l'articolo 16 del predetto decreto legislativo configura la misura dell'espulsione come sostitutiva alla esecuzione della pena detentiva; ove il giudice ritenga di erogare una pena detentiva inferiore a due anni ad uno straniero *clandestino* ai sensi dell'articolo 13, comma secondo del su citato testo unico (*questo straniero* non è esattamente *lo straniero* richiamato dall'articolo 15 del testo unico, perché *questo* si qualifica, in sostanza,

per la mancanza di permesso di soggiorno e di validi documenti di transito), il giudice "può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione".

Ora, se pena e misura di sicurezza sono fungibili, né l'una né l'altra hanno funzione rieducativa; dato che la Repubblica abidica al suo diritto-dovere dalla rieducazione sottraendo, con l'espulsione, il reo alla sua giurisdizione e l'espulsione sostituisce la pena, si presume che anche alla pena stessa, qualora venisse eseguita, possano essere attribuiti gli stessi caratteri della misura di sicurezza. Qui ci troviamo di fronte ad un provvedimento che ritrova la propria *ratio* esclusivamente nella tensione alla difesa sociale e, potremmo aggiungere, in una difesa sociale a basso costo, dato che non prevede la presenza del reo in istituti di pena, ma solo il suo allontanamento dal territorio nazionale.

Va sottolineato che l'articolo 16, a differenza dell'articolo 15, entrambi qui richiamati, non prevede al fine di erogare una misura di sicurezza quale l'espulsione, l'accertamento della pericolosità sociale del reo attraverso i parametri offerti dall'articolo 133 del Codice penale, tanto da poter supporre che, se la misura di sicurezza è erogata a fronte della pericolosità sociale, la condizione di *clandestinità*, in cui sostanzialmente versa questo straniero, sia da considerarsi di per sé pericolosa socialmente; ma se ciò fosse vero, cosa del resto dimostrata dalla presenza nell'ordinamento del comma 11 bis dell'articolo 61 del Codice penale, allora, a fronte della necessità di difesa sociale, verrebbero meno sostanzialmente le garanzie poste all'articolo 199 del Codice penale e soprattutto all'articolo 25 della Costituzione, e verrebbe reintrodotta nell'ordinamento per alcune categorie di soggetti quella idea di pericolosità sociale presunta o *oggettiva*, che prescindeva dall'accertamento della *qualità di persona* socialmente pericolosa, che viene ricondotta all'abrogato articolo 204 del Codice penale.

Pare in definitiva che, dalla lettura dell'articolo 16, la pericolosità sociale, da cui la necessità di misure di sicurezza, sia ascrivibile non tanto alla persona soggetta al provvedimento, quanto al gruppo (*i clandestini*), a cui la persona è riconducibile. Se ciò fosse vero, allora ci tro-

veremo, per un verso, di fronte ad un caso di difesa sociale di natura *attuariale*<sup>12</sup>, per altro ad un difficilmente solubile caso di costituzionalità della disposizione in oggetto, perché qui, fra le altre, sarebbe lesa la condizione di parità di trattamento di fronte alla legge, che soltanto una capziosa interpretazione letterale dell'articolo 2 della Costituzione potrebbe salvaguardare (e portarci a dover elaborare una ingegneria costituzionale dei diritti basata su una sorta di rediviva *separate but equal doctrine*).

Ma al di là di quest'ultima considerazione, che ci conduce lontano dal seminato, appare evidente come nei casi qui descritti, e principalmente in quello riguardante lo straniero ai sensi dell'articolo 16 del Testo unico qui richiamato, la Repubblica abdichi, nel porre in essere sanzioni prive del requisito della rieducazione, alla sua funzione *rimozionale*, sancita dall'articolo 3 della Costituzione.

#### 7. NOTA CONCLUSIVA

Da questi brevi cenni sul rapporto fra pena, misura di sicurezza e rieducazione appare come la reazione penale ad un comportamento criminoso non assuma sempre e comunque aspetti pienamente ed apertamente rieducativi.

Questi indubbiamente primeggiano nella (ed informano la) pena, così come viene concepita dal nostro ordinamento, e possono riscontrarsi nei casi in cui la misura di sicurezza promani da una sentenza di condanna e, quindi, si collochi a fianco della pena (con vistosa eccezione nei casi previsti dagli articoli 15 e 16 del Testo unico in materia di immigrazione); qui ci troviamo di fronte a soggetti imputabili, o, sia pur con i dovuti distinguo, di soggetti cosiddetti semi-imputabili.

L'unitarietà sostanziale fra pena e misura di sicurezza, che si evidenzia attraverso la loro comune funzione rieducativa, non si riverbera in tutti i casi d'erogazione e d'esecuzione di misure alternative. Queste, come osservato, possono venire poste in essere anche in assenza di elementi oggettivi e soggettivi atti a presupporre una possibilità di rieducazione del

agente, oppure, ed è il caso dello straniero di cui sopra, in sostituzione di azioni rieducative riconducibili alla esecuzione della pena.

In questi casi, la misura di sicurezza, vuoi nel suo essere slegata dalla imputabilità, vuoi dal suo porsi in alternativa all'esecuzione della pena, ci riporta nell'alveo del pensiero proprio alla Scuola positiva, ovvero fa palesare un utilizzo delle misure di sicurezza slegato dalla funzione rieducativa della pena: qui le misure di sicurezza si dirigono verso la pura difesa sociale.

<sup>12</sup> Cfr. A. De Giorgi, *Zero tolleranza, Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, 2000.