

Distopie nel 41-bis: la “rieducazione videosorvegliata”

di Daniel Monni*

ABSTRACT: Il moderno Diritto Penitenziario ci lascia, almeno in parte, perplessi. Difficile non credere che una buona parte delle sue norme non sia, seppur larvatamente, irradiata dall’ideologia securitaria, tanto cara ad una classe politica alla costante ricerca del consenso. Nel parlare della videosorveglianza del detenuto sottoposto al regime del 41-bis la mente corre, assai facilmente, ad una brillante riflessione: *“Il diritto punitivo, ora e nel corso della sua storia, si manifesta con due volti. Il primo, precipitato di un patto sociale originario, è riservato ai cittadini, ai soggetti comunque socializzati ed inclusi, ovvero ad una maggioranza non identificata di persone che rispettano le regole e si astengono dal compiere il male. Esso è severo ma mite, ispirato al bisogno di assicurare tutte le doverose garanzie e di orientare i propri effetti ad un progresso individuale di chi li subisce. L’altro, tetragono, intransigente, cinicamente privo di prospettive, è rivelato ai nemici, alla minoranza deviante e disubbidiente, agli stranieri, agli estranei, dai quali difendere, anche sacrificando ogni principio di garanzia lo stato e la collettività al cui servizio il sistema repressivo si pone. Anche le sanzioni rispecchiano questa doppia identità: da un lato, per chi si riconosce nei fondamenti del vivere sociale, la prospettiva è costituzionalmente segnata dal dovere di formulare un’offerta rieducativa, dall’altro, per chi è ostile allo stato ed alle genti, la risposta si inasprisce, perde di prospettive, fino ad assumere i caratteri di strumento volto soltanto a rendere il nemico inoffensivo, allontanandolo, segregandolo, escludendolo”*¹. Il detenuto pericoloso pare, oggi, essere divenuto un nemico dell’ordinamento sottoponibile, in quanto tale, ad un’esecuzione della pena dai tratti quasi “distopia”. V’è da dire, tuttavia, che anche Orwell era conscio d’una circostanza: benché – in quel caso – il partito *“avrebbe potuto analizzare e mettere su carta, nei minimi particolari, tutto quello che s’era fatto, s’era detto, s’era pensato; [...] l’intimità del cuore, il cui lavoro è in gran parte un mistero anche per chi lo possiede, resta imprendibile”*².

Dystopias in 41-bis: “Re-Education under video surveillance”

ABSTRACT: *Modern criminal law is puzzling, at least partly. It’s hard not to believe that most of its laws are influenced by an ideology based on security, even if in a disguised way, so dear to politicians in perpetual search of consensus. Speaking of video surveillance of convicts subjected to the conditions imposed by 41-bis a brilliant observation comes fairly easily to light: “in the course of history until now criminal law has shown two different sides. The first one, a legacy of a primal social contract, is reserved for citizens, individuals more or less socialized and included, namely for a not*

* Avvocato del Foro della Spezia

¹ Cfr. A. MARTINI, *Essere Pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Giappichelli, 2017, 1.

² Cfr. G. ORWELL, *1984*, Mondadori, 2016, 798.

identified majority that respect laws and refrain from doing evil. It is strict but mild and inspired by the need to ensure all the rightful guarantees and orient its resultant effects towards individual social progress. The second one is unflinching, intransigent and cynically without prospects and it is addressed to enemies, deviant and disobedient minorities, foreigners and those who do not belong to the community against whom, even by sacrificing every principle of guarantee, it is necessary to defend the state and the collectivity whose repressive system is at their service. Even sanctions reflect this double identity: on the one hand according to those who acknowledge the underpinnings of a common social life the prospect is constitutionally characterized by the need to elaborate an educational proposal, on the other for those who are hostile to the state and its people the answer becomes more exacerbated and loses its prospects until it turns into an instrument whose only purpose is to make enemies inoffensive, keeping them at a distance, segregating them and excluding them”. Nowadays the dangerous convict seems to have become an enemy of the legal order on whom should be imposed as such an almost “dystopic” punishment. Nonetheless, It should be said that even Orwell was aware of a situation: although -in that case - “the party could have analyzed and put down on paper, in minute detail, all that was done, said and thought; [. . .] the intimacy of the heart, whose intense activity is mostly a mystery even for those who own it, remains elusive”.

SOMMARIO: 1. La sentenza Madonia. – 2. La videosorveglianza del detenuto e l’art. 8 della CEDU. – 3. La cella e lo *ius excludendi alios*. – 4. Un problema di trattamento penitenziario? - 5. Il labile confine del 41-bis: tra romanzi distopici e finalità rieducativa della pena. – 6. La pena rieducativa e la Corte Europea. – 7. Una passione contemporanea

“At one end of it a coloured poster, too large for indoor display, had been tacked to the wall. It depicted simply an enormous face, more than a metre wide: the face of a man of about forty-five, with a heavy black moustache and ruggedly handsome features [...] On each landing, opposite the lift shaft, the poster with the enormous face gazed from the wall. It was one of those pictures which are so contrived that the eyes follow you about when you move. Big brother is watching you the caption beneath it ran”

ORWELL G., *Nineteen Eighty-Four*-

1. La sentenza Madonia

L’accesso dibattito sulla legittimità e sulla convenienza del mantenere in vita il 41bis non si è mai sopito: troppi i dubbi che desta la facoltà del “*Ministero della Giustizia [...] di*

*sospendere nell’istituto interessato o in parte di esso l’applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati*³”. La Cassazione, in aggiunta, con la recente sentenza n. 44972⁴ ha rinnovato ed esasperato tali perplessità poiché ha, involontariamente o meno, messo in luce i tratti “*orwelliani*” del regime penitenziario definito “41-bis”.

Se è vero, infatti, che l’essenza dell’imposizione “*è il porre in sé raccolto che, con l’oblio, dispone e ritrae la propria verità essenziale: un disporre che si dissimula in modo tale da predisporre ogni ente presente come risorsa a portata di mano-e da istituirsi in esso dominandolo in quanto tale*⁵” lo è altrettanto il fatto che diviene assai arduo sostenere-e motivare-che la videosorveglianza continua del ristretto in regime di 41bis non sia altro se non il raggiungimento di un delicato punto d’equilibrio tra l’esigenza di sorvegliare i detenuti ed il rispetto dell’intangibile diritto alla dignità di ogni essere umano. Come è stato autorevolmente sostenuto, d’altronde, “*lo stato costituzionale contemporaneo trov[a] la sua premessa antropologico-culturale nel riconoscimento e nella tutela della dignità umana [poiché] essa riassume in sé i valori fondamentali dell’ordinamento e si pone come fonte di legittimazione generale di ogni tipo di autorità [ed] in questo senso, la dignità della persona è il punto archimedeo di tutto il sistema costituzionale dei diritti e dei poteri*⁶”: se ciò è vero, e lo è, allora tale enunciazione deve valere ancor di più allorquando ci si interroghi sul rispetto della dignità di soggetti oggettivamente più vulnerabili in ragione del loro *status* di ristretti in vincoli. È da tali premesse, a modestissimo parere di chi scrive, che deve prendere le mosse una, seppur succinta, analisi della disciplina della videosorveglianza continua del detenuto sottoposto al regime del 41-bis: è tra i ristretti ancor più ristretti degli altri, infatti, che tali interrogativi sembrano destare non poche perplessità.

Una breve riflessione sulla videosorveglianza potrebbe trarre spunto da un recentissimo caso concreto: la sentenza Madonia⁷. Giuseppe Madonia, detenuto in regime di 41bis, aveva visto accogliere dal Tribunale di Sorveglianza di Bologna il reclamo presentato avverso un provvedimento del Magistrato di Sorveglianza di Reggio Emilia “*che aveva rigettato un’istanza proposta dal medesimo Madonia a tutela dei suoi diritti, ritenuti lesi da un controllo tramite videosorveglianza continua, attuato con una telecamera nella cella di pernottamento con inquadratura verso il locale bagno*⁸”. Il Tribunale bolognese, in particolare, aveva ritenuto che una telecamera funzionante a bassa risoluzione, diretta verso la porta del bagno e verso una porzione del lavandino-proprio per tale collocazione-non poteva inquadrare “gesti tali da porre in pericolo le esigenze di sicurezza” e, per tale ragione, non lo riteneva uno strumento di controllo ammissibile. Il Ministero di Giustizia ed il DAP, tuttavia, proponevano ricorso per cassazione

³ Art. 41-bis OP.

⁴ Cassazione Penale, Sezione I, 8 ottobre 2018, (ud. 16/04/2018), n. 44972.

⁵ M. HEIDEGGER, *La Svolta*, Il Nuovo Melangolo, 1990, 9.

⁶ Cfr. G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, II, 2014.

⁷ Cfr. nota 3.

⁸ *Ibidem*.

lamentando violazione degli artt. 27 Cost. e degli artt. 3,8 CEDU in quanto la videosorveglianza continua nelle celle degli istituti penitenziari non sarebbe “*contraria ai principi convenzionali dalla Corte Edu [...] trattandosi di misura proporzionata e conforme ai doveri istituzionali di controllo in ambiente penitenziario ove il detenute non [sarebbe] titolare dello ius excludendi alios*”⁹.”

La Corte di Cassazione, con la sentenza *de qua*, riteneva fondato il ricorso sostenendo, *in nuce*, che “*la cella e gli ambienti penitenziari non sono luoghi di privata dimora nel possesso del detenuto [...] e ciò anzitutto per esercitare la dovuta vigilanza sui detenuti secondo le finalità di legge, alla stregua delle specifiche modalità individuate caso per caso e attuando forme di controllo tanto più giustificate, ove continue e penetranti, in presenza di soggetti di particolare pericolosità*”¹⁰.”

Gli Ermellini, in sostanza, sembrano sostenere che “*l’esercizio del controllo con i mezzi in concreto ritenuti idonei, in forza di scelte rimesse all’amministrazione penitenziaria [...] in nessun caso può trasmodare nella sottoposizione a torture o trattamenti inumani o degradanti*”¹¹ e, purtuttavia, al fine di ravvisare trattamenti di tal sorta occorre che si superino certe soglie di gravità e che ci si trovi, sempre e comunque, in presenza di una sofferenza o di una umiliazione di livello significativamente superiore a quello che ordinariamente accompagna il tipo di afflizione restrittiva in corso di esecuzione: tale superamento, per quanto ci riguarda, non si verificherebbe “*solo per effetto della videosorveglianza all’interno della cella ai fini della tutela di esigenze di ordine pubblico, nel caso del detenuto in regime di cui all’art. 41bis ord. pen.*”¹².”

Tale pronuncia sembra lasciare, in definitiva, numerose e pesanti incertezze. Vi è da chiedersi, ad esempio, quale sia il livello di sofferenza e di umiliazione ordinario – e per tale ragione legittima – di ciascuna pena. Le pene – ma proprio tutte – devono, infatti, tendere alla rieducazione del condannato¹³ e, proprio per tale ragione, non appare possibile ammantare un certo livello di sofferenza e di umiliazione del canone dell’ordinarietà.

La suprema Corte, inoltre, con la sentenza *Madonia* sembra, francamente, fare da eco all’onnipresente esigenza di sicurezza della società: ciò, soprattutto, nel momento in cui pare giustificare forme di controllo più penetranti unicamente sulla base della “particolare pericolosità sociale” dei soggetti coinvolti. Tale circostanza sembra avvicinare la pronuncia in oggetto a quel fenomeno – tipico di una precisa deriva penale – descritta da autorevolissima dottrina¹⁴ come l’assunzione – da parte del magistrato – “*del ruolo di autentico rappresentante o interprete dei reali interessi e delle aspettative di giustizia del popolo*”¹⁵: evento figlio di una “*accentuata strumentalizzazione politica del diritto penale, e delle sue valenze simboliche, in chiave di rassicurazione collettiva*

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ Art. 27 Cost.

¹⁴ Cfr. G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 97.

¹⁵ *Ibidem*, 105.

rispetto a paure e allarmi a loro volta indotti, o comunque enfatizzati da campagne politico-mediatiche propense a drammatizzare il rischio-criminalità¹⁶”.

Si potrebbe dire, inoltre, che gli Ermellini, con la sentenza in commento, hanno evitato di prendere realmente posizione sul tema della videosorveglianza continua del ristretto in regime di 41-bis. La pronuncia, infatti, si è limitata a riportare alcuni “precedenti” della Corte Europea e, facendoli propri, ha omesso una reale riflessione sulla compatibilità della videosorveglianza “*orwelliana*” con la finalità rieducativa delle pene. La Corte Europea, giova sottolinearlo, adotta una filosofia della pena assai lungi dalla finalità rieducativa delle pene proclamata e garantita dalla nostra carta costituzionale: citare la giurisprudenza europea, pertanto, non sempre diviene, come si potrebbe credere, sinonimo di garantismo penale. Il formale ossequio delle garanzie, spesse volte, cela, infatti, la sostanziale disattesa delle più rosee aspettative giuridiche.

L’articolo della CEDU maggiormente citato nella sentenza Madonia è, non a caso, l’art. 8, che garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare: nessun cenno corre, almeno fin qui, alla rieducazione del reo.

2. La videosorveglianza del detenuto e l’art. 8 della CEDU

Il personale del corpo di polizia penitenziaria, come è noto, è tenuto “*a custodire costantemente e sorvegliare i detenuti e gli internati, ovunque si trovino, e vigilare affinché siano in particolare osservate le disposizioni relative ai sottoposti a regime detentivi particolari, nonché all’isolamento giudiziario e quello disciplinare¹⁷”* ed è proprio in ragione di questo dovere normativo che i più ritengono legittima la videosorveglianza, anche continua, della cella. Buona parte della dottrina e della giurisprudenza approda a tale legittimazione operando una sorta di bilanciamento tra il dovere di custodire costantemente i detenuti ed il diritto al rispetto alla vita privata di ciascheduno: più precisamente le argomentazioni sul punto traggono linfa vitale dal disposto dell’art. 8 CEDU secondo il quale “*ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l’ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui¹⁸”.*

Tra le pronunce maggiormente citate-in tema di compatibilità della videosorveglianza del detenuto con il diritto al rispetto della vita privata di quest’ultimo-vi è, certamente, la sentenza *Paolello c. Italia*¹⁹ nella quale il ricorrente sosteneva di essere stato sottoposto a numerose limitazioni e restrizioni, tra le quali “*riprese, 24 ore su 24, tramite*

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Art. 24 d.p.r. 82 del 1999.

¹⁸ Art. 8 CEDU.

¹⁹ Corte EDU, 1° settembre 2015, *Paolello c. Italia*, n. 37648 del 2002.

*telecamera a circuito chiuso, della sua cella*²⁰”. La Corte Europea, osservando la questione attraverso la lente dell’art. 8 CEDU, affermò sostanzialmente quanto segue: “*la videosorveglianza della cella [è] una misura precauzionale volta a mantenere l’ordine e utile per intervenire nel caso un pericolo minacci il detenuto e dunque [nel caso di specie ed in tutti i casi analoghi] persegue uno scopo legittimo al quale [è] proporzionata, che non aggrava in misura significativa le limitazioni della libertà individuale e del rispetto della vita privata che sono necessariamente insite nello stato di detenzione*²¹”. Per tale ragione, in definitiva, “*le restrizioni [in tali casi] non [vanno] al di là di ciò che, ai sensi dell’articolo 8 §2, è necessario, in una società democratica, alla sicurezza pubblica, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati*²²”: come dire che la videosorveglianza continua del detenuto non è mai illegittima nel momento in cui è necessaria per la sicurezza pubblica, la difesa dell’ordine e la prevenzione dei reati. Sono tutti e tre indici, a modestissimo parere di chi scrive, eccessivamente vaghi e, in quanto tali, inafferrabili: tale circostanza nella concreta realtà si traduce, infatti, nell’eccessiva discrezionalità posta in capo ai magistrati chiamati a decidere sul tema. Sulla medesima questione, ad esempio, un Magistrato di Sorveglianza dell’Aquila ritenne che “*il controllo mediante videosorveglianza continua e estesa anche a momenti di riservatezza viola l’art. 8 Cedu e l’art. 27 comma 3 cost. [Per tale motivo] può essere giustificato in un’ottica di favor custodiae, cioè in presenza del pericolo di atti di autolesionismo che l’Amministrazione penitenziaria deve istituzionalmente impedire*²³”. Le differenti conclusioni dei summenzionati Giudici (europeo da una parte ed italiano dall’altra) sono motivate, a ben vedere, da differenti presupposti e punti di partenza. La Corte Europea, infatti, muove la propria riflessione da una profonda ed interessantissima analisi dell’art. 8 CEDU mentre il Giudice nostrano lega l’art. 8 CEDU all’art. 27 comma 3 della Costituzione, secondo il quale “*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*²⁴”. Tale circostanza può indurre una duplice riflessione:

- appare ormai necessario fornire una disciplina organica sul punto;
- l’art. 27 della Costituzione deve orientare qualsivoglia pronuncia in tema di esecuzione delle pene.

Il diritto alla riservatezza, infatti, tutela situazioni giuridiche assai distanti e differenti da quelle che può garantire una pena rieducativa e, in quanto tale, conforme all’art. 27 comma III Cost.: una pena, per intenderci, può tranquillamente rispettare il diritto alla riservatezza del detenuto pur non essendo rieducativa. Non vale, però, il contrario perché una pena rispettosa dell’art. 27 comma III Cost. sarà, per forza di cose, anche ossequiosa del diritto alla riservatezza del soggetto ristretto in vincoli. Tale semplice riflessione mostra, di per sé, la necessità di porre la rieducazione delle pene come faro e

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

²³ Magistrato di Sorveglianza dell’Aquila, ordinanza del 9 maggio 2013, estensore Grimaldi.

²⁴ Art. 27 Costituzione.

luce in grado di illuminare qualsiasi esecuzione penale: in caso contrario, infatti, risulterà assai arduo perseguire il nobile fine della rieducazione: ciò a prescindere dal singolo e sacrosanto diritto che si invochi di volta in volta.

Poniamo, ad esempio, nuovamente a mente l’art. 8 CEDU, il quale tutela “*il diritto alla riservatezza inteso come diritto a non vedere appresi e diffusi dati e notizie relativi alla propria sfera privata con un’estensione al trattamento dei dati personali*²⁵” e vieta, pertanto, “*ingerenze dell’autorità pubblica a meno che non siano necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione dei diritti e alle libertà altrui*²⁶”: sulla base di tale articolo si deve ritenere che la videosorveglianza continua allorquando sia funzionale alla neutralizzazione di un soggetto particolarmente pericoloso debba considerarsi legittima. Tale legittimità, tuttavia, è sinonimo di pena tendente alla rieducazione del reo? Molto probabilmente no.

La Corte di Cassazione, non a caso, quando nel 2009 esaminò le doglianze di un detenuto sottoposto al controllo a mezzo video per l’intero arco della giornata si interrogò sulla legittimità di tale misura-analizzando gli artt. 3 ed 8 CEDU mitigati dall’art. 27 della Costituzione-ed affermò che seppur “*non possono negarsi ragioni [...] per le quali i diritti di superiore rango facenti capo al detenuto possono trovare legittima limitazione [tale limitazione deve, tuttavia, andare] in un’unica direzione, quella del favor custodiae che può ricorrere, ad esempio, quando v’è ragionato pericolo di atti di autolesionismo. Ma in assenza di siffatte ragioni, una si incisiva e, soprattutto, invasiva modalità di controllo carcerario, idonea a determinare nel tempo pesantissime conseguenze sulla stessa psicologia del detenuto, e pertanto sulla sua salute personale, può essere consentita in presenza di evidenziate e motivate necessità*²⁷”.

Se per parlare dei diritti si adoperasse la metafora degli insiemi si potrebbe, pertanto, dire che l’art. 27 della Cost. è rappresentabile come un insieme talmente ampio da risultare idoneo ad inglobare il sotto-insieme dell’art. 8 CEDU: una pena, infatti, per tendere alla rieducazione del condannato deve tenere conto del fatto che la dignità della persona “*è alla base del riconoscimento di libertà e di diritti e [...] nel contempo è la condizione per la realizzazione di sé, delle proprie aspirazioni [...] dei propri obiettivi*²⁸” e, si potrebbe aggiungere, è la condizione per raggiungere la stessa rieducazione.

Le pene mitigate ed irradiate dall’art. 27 Cost., infatti, non possono non tenere conto del fatto che determinate modalità di controllo carcerario (come la videosorveglianza continua) infliggono, in chi le subisce, pesantissime ricadute psicologiche ed incidono, pertanto, sulla salute dei detenuti: è per tale ragione che la summenzionata pronuncia della Cassazione, forse in modo paternalistico, le legittima solo allorquando si pongano

²⁵Cfr. L. CESARIS, *Diritti dei detenuti e garanzia costituzionali*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2013, 175.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Cass. pen., Sez. I, 30 dicembre 2009, (ud. 26 novembre 2009), n. 49988.

²⁸ Cfr. L. CESARIS, *op.cit.*, 176.

in un’ottica di *favor custodiae* ovvero in presenza di evidenziate e motivate necessità. La Corte Europea, viceversa, prendendo le mosse unicamente dagli artt. 3 ed 8 CEDU “trascura” tale riflessione e considera la videosorveglianza continua legittima ogni qualvolta si palesi come uno strumento idoneo a neutralizzare la particolare pericolosità sociale di determinati soggetti: da ciò si comprende che decidere di applicare o meno l’art. 27 della Cost. non si palesa come un mero esercizio intellettuale ma, casomai, comporta il raggiungimento di soluzioni quasi opposte.

L’applicazione dell’art. 8 della CEDU, infatti, non riesce a garantire che lo strumento di controllo del detenuto sia consentaneo all’esecuzione di una pena tendente alla rieducazione del reo: tale normativa è carente in tal senso e deve, sempre e comunque, essere arginata dall’art. 27 della Cost. Osservare il problema della videosorveglianza continua del ristretto in regime di 42-*bis* con gli occhi dell’art. 8 CEDU, in definitiva, sposta il problema dalla dignità umana a questioni civilistiche del tutto inidonee a tutelare i casi concreti: ci si riferisce, in particolare, allo *ius excludendi alios*.

3. La cella e lo *ius excludendi alios*

Se si volesse valutare la legittimità della videosorveglianza continua del detenuto in regime di 41-*bis* prendendo le mosse dal diritto alla riservatezza allora, diverrebbe imprescindibile comprendere se al detenuto, all’interno della “propria” cella, compete il c.d. *ius excludendi alios* poiché in tal caso, forse, tale legittimità verrebbe negata anche dall’applicazione dell’art. 8 CEDU.

Non apparendo necessario ribadire che analizzando il problema della videosorveglianza continua del detenuto con le lenti del diritto alla riservatezza si rischia di trascinare tale questione lontano dalla dignità umana per relegarla ad insoddisfacenti questioni civilistiche, sembra utile ricordare la definizione di *ius excludendi alios*: tale espressione indica, infatti, l’esclusività tipica del diritto di proprietà, secondo la quale il proprietario può “negare” qualsivoglia pretesa di terzi su ciò che è suo. Al fine di comprendere se il detenuto possa vantare tale prerogativa diviene, pertanto, indispensabile capire se la cella debba ritenersi un luogo di privata dimora piuttosto che un luogo pubblico ovvero aperto al pubblico. La giurisprudenza maggioritaria, al riguardo, rileva che “*la cella e gli ambienti penitenziari sono da considerarsi luoghi aperti al pubblico, e non certamente luogo di privata dimora né luogo pubblico, [poiché] si tratta di luoghi che si trovano nella piena e completa disponibilità dell’amministrazione penitenziaria, che ne può fare uso in ogni momento per qualsiasi esigenza d’istituto, non essendo nel possesso dei detenuti, ai quali [pertanto] non appartiene alcuno ius excludendi alios*²⁹”: se così non fosse, d’altronde, il detenuto potrebbe impedire l’accesso alla “propria” cella ad altri

²⁹ Tra le più recenti Cass. pen., Sez. VI, 7 giugno 2018, (ud.15 maggio 2018), n. 26028, sulla sussistenza del reato p. e p. dall’art. 341-*bis* c.p. in ambiente penitenziario. Si segnala, inoltre, la pronuncia della VI sezione penale del 12 febbraio 2019, n. 6798 secondo la quale “*ai fini della configurabilità del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, gli ambienti penitenziari non ricadono nella definizione di luogo di privata dimora poiché non essendo nel possesso dei detenuti sono da considerare come luoghi accessibili da un numero indefinito di soggetti che hanno la possibilità pratica e giuridica di accedervi*”.

detenuti poco graditi, circostanza, francamente, inimmaginabile. La cella viene, infatti, definita luogo aperto al pubblico per il semplice fatto che *“tutte le parti degli stabilimenti carcerari sono aperte ad una quantità indeterminata di persona, cioè a coloro che debbono esercitare la vigilanza sui detenuti stessi”*³⁰ e, come è noto, *“la giurisprudenza tende a ritenere che il luogo aperto al pubblico è anche quello al quale può accedere una specifica categoria di persone che abbia determinati requisiti”*³¹. Diventa, d'altronde, assai arduo definire la cella come un luogo di privata dimora del detenuto per il semplice fatto che quest'ultimo vi conduca, materialmente, la propria vita: a ben vedere, infatti, il carcerato non può nemmeno possedere tale spazio perché, come dicevano i romani, *“adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore”*³² e nessun carcerato può avere “l'animo” del proprietario nei confronti del luogo nel quale è ristretto e condotto coartatamente. È proprio per tali motivazioni, d'altronde, che la giurisprudenza³³ ha più volte ritenuto legittimo il decreto del p.m. che dispone, in via d'urgenza, l'intercettazione dei colloqui tra detenuti e familiari senza indicare specificamente il luogo d'intercettazione: è, difatti, solo nei luoghi privati e nelle abitazioni che l'intercettazione deve indicare in quale ambiente si svolge l'operazione e gli ambienti penitenziari non rientrano in questa categoria.

In estrema sintesi si potrebbe affermare che non sembra essere l'art. 8 CEDU la lente da utilizzare per analizzare ed ingrandire la tematica della videosorveglianza continua del detenuto in regime di 41-bis: il diritto alla riservatezza, infatti, offre una tutela soprattutto nel momento in cui ci si trovi innanzi a luoghi di privata dimora e tale non sembra essere la cella. La luce in grado di illuminare tale problematica pare, piuttosto, essere l'art. 27 Cost. e la connessa tutela della dignità umana: se tra tale luce ed i singoli detenuti – oggettivamente fragili per il loro *status* di ristretti in vincoli – si frappone la lente sbagliata – art. 8 CEDU – questi ultimi rischiano di essere “bruciati” come esile carta nonostante i potenziali buoni propositi di chi si accinga ad osservarli.

Si potrebbe dire, *in nuce*, che siamo innanzi ad un tipico problema di trattamento penitenziario.

4. Un problema di trattamento penitenziario?

Si potrebbe dire che il regime del 41-bis non soppesce ma, casomai, esaspera “l'antico” dibattito sulla natura del processo di esecuzione. Si è detto per anni, a tal riguardo, che esisterebbero tre tipologie di “esecuzione”: *“esecuzione, in quanto concerne la realizzazione, la modificazione, l'estinzione o il disconoscimento della pretesa punitiva dello Stato, materia questa che apparterebbe al diritto penale sostanziale e l'esecuzione riguardante le condizioni e i presupposti di eseguibilità delle disposizioni contenute nei provvedimenti del giudice che apparterebbe al diritto processuale,*

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² *Corpus Iuris Civilis, Institutiones, Liber XLI, titulus II, XV.*

³³ *Unum ex pluribus*, Cassazione Penale, sezione I, 16 marzo 2009, (ud. 25 febbraio 2009), n. 11506.

mentre le norme che regolano l'esecuzione materiale della condanna farebbero parte del diritto amministrativo³⁴. Che la videosorveglianza del detenuto sottoposto al carcere più duro subisca ancora gli effetti di tale tripartizione?

L'art. 1 OP, d'altronde, ci consegna due concezioni ben distinte di trattamento penitenziario: la prima, il c.d. trattamento rieducativo, persegue il reinserimento sociale mentre, viceversa, la seconda, il c.d. trattamento, mira unicamente a regolare la “convivenza sociale” all'interno del carcere. La videosorveglianza continua del detenuto in regime di 41bis, nel momento in cui – con una sorta di bilanciamento tra la *privacy* e la pericolosità sociale – viene osservata attraverso l'art. 8 della CEDU, molto probabilmente, finisce col divenire un istituto proprio del trattamento del secondo tipo e, in tal modo, sembra cadere in un “cortocircuito”. Lo speciale regime detentivo -di per sé foriero di numerosi dubbi di costituzionalità rimasti inascoltati³⁵- allorquando si “sposi” con palesi “effrazioni” della persona umana -come la videosorveglianza continua- sembra eludere totalmente il “fardello rieducativo” sulla scorta del principio secondo il quale il “trattamento intramurario [...] [è] un settore di competenza della p.a.³⁶”. Se è pur vero che il trattamento intramurario è, per forza di cosa, delegato -quantomeno nella quotidianità della vita carceraria- “alla p.a.” non si può dimenticare che la detenzione *tout court*, con annessi regimi, non dovrebbe mai trascurare il proprio “dovere” di tendere alla rieducazione del condannato.

Il regime del 41-bis, si potrebbe dire, pare esasperare quello che è stato definito “*il vero problema del diritto penitenziario³⁷*”: “*la composizione di due opposte esigenze: mantenimento dell'ordine e della sicurezza; realizzazione della funzione rieducativa della pena³⁸*”. Si potrebbe dire, in sostanza, che esiste una sicurezza penitenziaria in perenne conflitto con la rieducazione? Molto probabilmente deve risponderci affermativamente a tale quesito: si pensi che anche il legislatore del 1986, nel momento in cui abrogava l'art. 90 OP a favore dell'art. 41-bis, si prefiggeva l'intento di “*ripristinare le legalità compromessa³⁹*” da un bilanciamento in disequilibrio di tali istanze. Mi si consenta una piccolissima chiosa al riguardo: la collocazione dell'art. 90 OP – tra le disposizioni finali e transitorie – rendeva tale disposizione una “*norma di chiusura del sistema alla quale doveva farsi ricorso in situazioni straordinarie ed eccezionali⁴⁰*”. Collocare, viceversa, il 41-bis nel capo IV dedicato al “trattamento penitenziario”, forse, non è del tutto foriero di “garantismo” perché tradisce un'ossimorica visione “ordinaria dell'emergenza”.

L'ordinarietà delle situazioni emergenziali, molto probabilmente, risponde a numerosi interrogativi creati anche intorno alla videosorveglianza continua del condannato in

³⁴ Cfr. L. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè, 2002, 6.

³⁵ Corte Costituzionale nn. 122/2017, 56/2011, 220/2010, 190/2010, 417/2004, 390/2002, 192/1998, 376/1997, 351/1996, 332/1994, 410/1993, 349/1993.

³⁶ Cfr. AA.VV., *Punibilità e pene*, Cedam, 2018, 470.

³⁷ Cfr. P. CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, 2002, 119.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Cfr. P. CORSO, *op.cit.*, 136.

⁴⁰ *Ibidem*

regime di 41-*bis*. Lo stato di emergenza ha legittimato, storicamente parlando, la sospensione dei più banali principi di diritto: che sia questa la deriva a cui sembra approdare il regime detentivo speciale? Ci si potrebbe, inoltre, chiedere: perché valutare la legittimità della videosorveglianza continua del detenuto sottoposto ad un regime (già) derogatorio con gli occhi dell’art. 8 CEDU piuttosto che quelli dell’art. 3 CEDU? Solitamente si risponde affermando che per la Corte EDU “*affinchè una pena e le relative modalità esecutive possano essere qualificati inumani e degradanti, lo stato di sofferenza e di umiliazione subite dal detenuto devono integrare quel livello minimo di gravità, necessariamente superiore all’ordinario grado di afflittività che accompagna inevitabilmente ogni forma di trattamento o di pena legittimi*”⁴¹ e che, per tale ragione, si ritiene esistente una “sfera” della persona umana intaccabile dalla pena: tale sarebbe, dunque, la *privacy* del detenuto pericoloso.

La risposta della Corte EDU, tuttavia, confonde, forse, il regime detentivo con la pena e trascura che la seconda deve, costituzionalmente, tendere alla rieducazione del condannato. Una pena rieducativa, molto probabilmente, non può essere inumana e, conformemente a tale assioma, non può decretare l’esistenza di una “porzione di umanità” violabile dall’ordinamento in nome della risocializzazione. Se poi si dovesse ritenere che qualsivoglia violazione della persona umana – sia pure in forma frazionata – sia legittimabile sulla base della pericolosità sociale di quella persona allora, sinceramente, diverrebbe assai arduo continuare a distinguere concettualmente le misure di sicurezza dalle pene.

5. Il labile confine del 41-*bis*: tra romanzi distopici e finalità rieducativa della pena

Il regime del 41-*bis*, già di per sé problematico in quanto speciale e derogatorio, assume, con la videosorveglianza continua, tratti a dir poco degni dei più noti romanzi distopici. La circolare DAP n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017, inoltre, anziché prendere posizione su tale annosa tematica, ci lascia un assordante ed incomprensibile silenzio: un silenzio, si potrebbe dire, non più assordante di quello che ci aveva già lasciato il legislatore.

Il silenzio della circolare DAP, tuttavia, sembra celare in sé una contraddizione addirittura maggiore rispetto al silenzio del legislatore ordinario, perché l’art. 25.1 della stessa, nel momento in cui regola le perquisizioni sembra, seppur minimamente, accennare al principio della dignità umana nel momento in cui ribadisce che “*il detenuto/internato d[eve] essere attentamente perquisito mediante metal detector, in occasione delle consentite movimentazioni all’interno dell’istituto penitenziario. [...] Solo in caso di fondato sospetto circa il possesso di oggetti non consentiti, pericolosi per l’ordine e la sicurezza dell’istituto non rilevabili tramite sistema tecnico di controllo, si procede con la perquisizione manuale e mediante il denudamento, documentando l’operazione effettuata in apposito registro*”⁴².

⁴¹ Cfr. V. MANCA, *La videosorveglianza continua non viola i diritti fondamentali del detenuto, se ritenuto altamente pericoloso*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 10.

⁴² Circolare DAP 3676/6126 del 2 ottobre 2017, art. 25.1.

La circolare DAP, in sostanza, pone come regime di *default* delle perquisizioni l'utilizzo del metal detector ed ammette solo in subordine, ed in caso di fondato sospetto circa il possesso di oggetti non consentiti e non rilevabili altrimenti, il denudamento e la perquisizione manuale: in tale regolamentazione si intravede il tentativo di rispettare la dignità del detenuto. Tale disciplina, tuttavia, perde qualsivoglia senso e cade, pertanto, in contraddizione nel momento in cui si consente ai direttori dei più disparati penitenziari di sorvegliare 24 ore su 24 i detenuti: l'art. 25.1 in tal modo diviene, infatti, l'ossequio tanto formale quanto inutile della dignità umana.

Occorre, infatti, ricordare che *“la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale⁴³”* ed è, pertanto, contraddittorio affermare che la “particolare pericolosità sociale” del singolo detenuto possa legittimare l'amministrazione penitenziaria ad erodere, *de facto*, anche quella piccolissima e residuale porzione di libertà dello stesso.

I regimi detentivi speciali, d'altronde, non sono nati insieme al 41-*bis*: si potrebbe, ad esempio, citare come antecedente storico dello stesso l'art. 90 della l. 354 del 1975, nato come strumento di contrasto della criminalità “politica” nei cc.dd. anni di piombo. Quest'ultimo regime, tuttavia, difettava, rispetto al 41-*bis*, di un elemento essenziale: il “*riconoscimento giuridico ufficiale⁴⁴*”. Come notato da autorevolissima dottrina, infatti, *“la codificazione di un regime speciale-fondata su provvedimenti formali di sottoposizione, su limiti e contenuti della disciplina penitenziaria, su rimedi giurisdizionali rispetto alla sua applicazione-a dispetto di quanto possa apparire a prima vista, costituisce una operazione di trasparenza nella organizzazione della vita penitenziaria e nella gestione della sicurezza, a tutela diretta delle prerogative di dignità della persona detenuta⁴⁵”* e si palesa, pertanto, come diretta conseguenza dell'esigenza *“di individuare diritti insopprimibili delle persona umana, anche nella condizione di privazione di libertà, [inteso] quale momento di necessaria individuazione dei contenuti della vita detentiva⁴⁶”*: un regime penitenziario speciale e derogatorio, in buona sintesi, non può abbandonare alla *“prassi [giurisprudenziale] la soluzione delle più rilevanti questioni involgenti la sicurezza⁴⁷”*.

Se tale affermazione è vera, e la è, allora non si comprende per quale ragione la disciplina della videosorveglianza continua del detenuto in regime di 41*bis* – un regime codificato – debba essere devoluta a prassi giurisprudenziali, suscettibili di giungere a risultati opposti in nome della pericolosità sociale del detenuto di turno. Con ciò, si badi

⁴³ Corte Costituzionale, 28 luglio 1993, n. 349.

⁴⁴ S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41bis*, Giuffrè, 2007, 4.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

bene, non si vuole sostenere che nel nostro ordinamento manchino gli strumenti per affrontare tale problematica: l’art. 27 Cost., infatti, nel momento in cui sostiene che tutte le pene devono tendere alla rieducazione del condannato si mostra ancor più garantista della giurisprudenza della Corte Europea. La dignità umana, inoltre, nella sua qualità di minimo comune denominatore non può essere, in alcun modo, calpestata sulla base di una presunta pericolosità sociale del detenuto che, al di là di tutto, rimane pur sempre un essere umano titolare di diritti inviolabili. Non è un caso, infatti, che il Tribunale Costituzionale Federale tedesco, nel 2015, affermò che la sottoposizione di una persona detenuta, seppur ritenuta fortemente pericolosa e violenta, doveva ritenersi lesiva del diritto fondamentale allo sviluppo della personalità umana (art. 2 comma I l.f.) e del “*superprincipio fondamentale della dignità umana, affermato nell’art. 1 c. I l.f.*”⁴⁸: a conclusioni non dissimili, a modestissimo parere dello scrivente, si può giungere applicando i principi costituzionali nostrani.

L’omessa codificazione della disciplina della videosorveglianza del detenuto in regime di 41bis, in sintesi, sembra far apparire il regime detentivo speciale più simile ad un romanzo distopico che ad uno strumento eccezionale volto alla neutralizzazione della pericolosità sociale di determinati soggetti. Lasciare che esista un vuoto normativo di tale sorta, d’altronde, non può non lasciar intendere che, nel caso *de quo*, si sia innanzi ad un vero e proprio abbandono della disciplina alle mani della prassi giudiziaria piuttosto che ad una “delega” al potere discrezionale della magistratura: tutti elementi propri della “distopia” del 41-bis. La giurisprudenza della Corte Europea, d’altronde, con i suoi richiami al diritto alla riservatezza sembra combattere una battaglia contro veri e propri “mulini a vento” e appare incapace nel fornire risposte adeguate ed esaurienti a tale problematica.

La codificazione di una disciplina sul punto, molto probabilmente, potrebbe tagliare tale nodo gordiano e, purtuttavia, non dovrebbe prendere le mosse da principi come quelli sanciti nell’art. 8 CEDU (per i motivi sopra visti) ma, casomai, dovrebbe porre come faro gli artt. 2, 3 e 27 della Costituzione.

6. La pena rieducativa e la Corte Europea

Tale considerazione prende le mosse dalla circostanza che la Corte Europea, a più riprese, è parsa aderire ad una teoria c.d. polifunzionale della pena: una teoria, cioè, che non pone come finalità ultima della pena unicamente la rieducazione ma, casomai, vi associa la general-prevenzione e la retribuzione. Si prendano come prova di tale assunto le pronunce della Corte Europea concernenti la legittimità dell’ergastolo: la celeberrima sentenza Vinter, in tal senso, ribadisce che “*la convenzione impone agli stati contraenti l’adozione di misure volte a tutelare il pubblico dai reati violenti e non vieta loro di infliggere a una persona condannata per un reato grave una pena di durata indeterminata che permetta di mantenerla in detenzione quando ciò sia necessario per*

⁴⁸ Cfr. AA.VV., *La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 2015-2016*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fascicolo V, 1° ottobre 2017, 2175 ss.

*la tutela del pubblico. [...] il semplice fatto che [i detenuti riconosciuti colpevoli di omicidio o di altri reati gravi contro la persona] siano forse già rimasti per molto tempo in carcere non attenua minimamente l'obbligo positivo di tutelare il pubblico che incombe sullo Stato: quest'ultimo può adempiere allo stesso mantenendo in detenzione i condannati all'ergastolo per tutto il tempo in cui rimangono pericolosi⁴⁹”. L'ergastolo, in tale pronuncia, viene ritenuto conforme alla CEDU in tanto in quanto si palesi come un non-ergastolo – deve infatti essere riducibile *de jure e da facto* – e, purtuttavia, nel massimo ossequio della teoria polifunzionale della pena si sostiene che la pena perpetua può essere ridotta solo allorquando il detenuto non sia più pericoloso: criterio quantomeno astratto e vago.*

Veniamo, ora, alla recentissima sentenza “Viola c. Italia. La recentissima pronuncia della Corte Europea è apparsa nel “nostro” universo giuridico del tutto inaspettatamente e, purtuttavia, sembra aver rinvenuto la propria scaturigine anche in un tessuto sociale che, a mano a mano, sembrava andare sempre più consolidandosi. “*Ubi societas, ibi ius e ubi ius, ibi societas*⁵⁰” direbbe, forse, l'Autore di tale celebre dittico. Come scriveva il De Marsico – riferendosi, chiaramente, a ben altri periodi – è, d'altronde, pacifico che in alcune epoche la civiltà senta “*poterosa e improrogabile l'esigenza di adeguare il diritto alla realtà con la stretta aderenza che unisce al corpo il suo tegumento*⁵¹”. Avendo riguardo alla pena perpetua - ora come allora (potremmo dire?) - pare essere sorto, in particolare, “*dal grembo delle cose l'ammonimento che il sistema giuridico rimarrebbe vacuo aggregato di formule se non assimilasse il contenuto che il nuovo indirizzo gli offre*⁵²” e che, dunque, l'ostatività della pena, sferzata da - troppo spesso glissate – logiche collaborative, debba essere oltre – passata.

Il caso: Marcello Viola, sottoposto al regime detentivo *ex art. 41bis* OP da circa vent'anni, proponeva ricorso alla Corte di Strasburgo lamentando di essere stato condannato ad una pena detentiva “*a vita, incompressibile, che qualifica[va] [per tale motivo] inumana e degradante*⁵³”. Deduceva, dunque, la violazione degli artt. 3 ed 8 della CEDU sostenendo di patire una pena priva di qualsiasi “*prospettiva di rilascio*⁵⁴” anche – e, forse, soprattutto – perché tale non potrebbe ritenersi l'ipotesi collaborativa (nemmeno nelle ipotesi di accertamento della sua “impossibilità” od “inesigibilità”). L'automatismo secondo il quale l'assenza della collaborazione si identificerebbe, *ipso facto*, nella pericolosità sociale, continuava il ricorrente, favorirebbe “*eccessivamente le esigenze di politica criminale, a discapito degli imperativi penitenziari di risocializzazione e comporterebbe [dunque] una violazione della dignità umana di ogni detenuto*⁵⁵”. Un meccanismo di tal sorta (generato dal “combinato disposto” dagli artt.

⁴⁹ Cfr. Corte EDU, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*.

⁵⁰ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918.

⁵¹ Cfr. A. DE MARSICO, *Studi di diritto penale*, Napoli, 1930, 34 ss.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Marcello Viola c. Italia*, 30 aprile 2019.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

22 c.p. e 4-bis, 58-ter OP), in sostanza, ridurrebbe l'uomo ad il suo reato e frustrerebbe, in tal guisa, l'esigenza rieducativa e risocializzativa tanto cara alla pena.

La Corte Europea, riprendendo – seppur in parte – alcuni propri precedenti, ha evidenziato, in primo luogo, che *“la dignità umana, situata al centro del sistema creato dalla Convenzione, impedisce di privare una persona della libertà, senza operare al tempo stesso per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di riguardare un giorno questa libertà⁵⁶”*. Il c.d. ergastolo ostativo secondo la Corte, dunque, *“limit[erebbe] eccessivamente la prospettiva di rilascio dell'interessato e la possibilità di riesame della pena⁵⁷”*.

Appare degna di nota, in tal senso, la riflessione posta dalla Corte alla base della pronuncia: *“se è vero che il regime interno offre al condannato la scelta di collaborare o meno con la giustizia, la Corte dubita della libertà di questa scelta, come dell'opportunità di stabilire un'equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato [...]. La mancanza di collaborazione potrebbe [infatti] essere non sempre legata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata unicamente dalla persistenza dell'adesione ai “valori criminali” e dal mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza.[...] Si potrebbe ragionevolmente essere messi di fronte alla situazione dove il condannato collabora con le autorità, senza che tuttavia il suo comportamento rifletta un cambiamento da parte sua o una “dissociazione” effettiva dall'ambiente criminale, in quanto l'interessato potrebbe agire con l'unico proposito di ottenere i vantaggi previsti dalla legge⁵⁸”*. Se ne deduce, dunque, che *“se altre circostanze o altre considerazioni [differenti da un generico rifiuto] possono spingere il condannato a rifiutare di collaborare, o se la collaborazione può eventualmente essere proposta con uno scopo puramente opportunistico, l'immediata equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione assoluta di pericolosità sociale finisce per non corrispondere al reale percorso rieducativo del ricorrente [poiché] considerando la collaborazione con le autorità come la sola dimostrazione possibile della dissociazione del condannato e del suo cambiamento, non si [tiene] conto degli altri elementi che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto. In effetti, non è escluso che la dissociazione con l'ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia⁵⁹”*.

La tesi sostenuta dalla Corte, in conclusione, esprime un concetto quasi ‘equazionale’ secondo il quale se è vero, come – peraltro – pare, che *“la personalità del condannato non resta congelata al momento del reato commesso [poiché] essa può evolvere durante la fase di esecuzione della pena, come vuole la funzione di risocializzazione, che permette alla persona di rivedere in maniera critica il suo percorso criminale e di*

⁵⁶ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Chambre, *Vinter e altri c. Regno Unito*, 29 maggio 2013.

⁵⁷ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Marcello Viola c. Italia*, 30 aprile 2019.

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Ibidem.*

ricostruire la sua personalità⁶⁰” e se “l’assenza della collaborazione con la giustizia determin[a] una presunzione assoluta di pericolosità, che ha per effetto quello di privare il [detenuto] di ogni prospettiva realistica di liberazione⁶¹” allora, il detenuto “rischia di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, la sua punizione rimane immutabile, insuscettibile di controllo e rischia anche di appesantirsi con il tempo⁶²” e la detenzione diviene, con buona pace dei principi tanto cari alla moderna penologia, del tutto vana.

Molte luci, si potrebbe dire, sembrano promanare dalla sentenza *a quo* ma, al contempo, l’occhio dell’inerte osservatore potrebbe intravedere numerose zone d’ombra: se la sentenza, infatti, emana luce nel momento in cui evidenzia che la situazione degli ergastolani ostativi “*rappresenta un problema strutturale [ed indica allo Stato] la necessità di una riforma della pena perpetua, possibilmente di iniziativa legislativa, che garantisca un riesame della pena, che permetta alle autorità di valutare se il detenuto abbia compiuto un tale percorso di rieducazione da privare la prosecuzione della detenzione di alcuna ragione*⁶³” mostra, al contempo, numerose ombre nel momento in cui, per indubbi limiti oggettivi, crea un vuoto ‘normativo’ che difficilmente potrà essere colmato dall’attuale legislatore (forse anche a causa di una certa temperie cultural-politica). Come notato da alcuni dei primi commentatori, inoltre, risulta “*complesso ipotizzare che la decisione possa applicarsi direttamente ai casi analoghi [ed appare, altresì, improbabile] che la magistratura di sorveglianza possa superare il chiaro disposto dell’art. 4 bis OP senza un intervento legislativo o della Corte Costituzionale*⁶⁴”.

Sia concessa, sempre sulla linea del medesimo *fil rouge*, anche una personalissima – ed in quanto tale opinabilissima – chiosa: la Corte, nel pronunciarsi, sembra aver preso atto del riconoscimento, in capo al ricorrente, della circostanza aggravante collegata al suo ruolo di capo all’interno del gruppo mafioso di appartenenza e, dunque, dell’impossibilità per l’interessato di “*ottenere che la sua eventuale collaborazione [fosse] qualificata come impossibile o inesigibile, conformemente alla legislazione in vigore e alla giurisprudenza della Corte di Cassazione*⁶⁵”. Pare evidente, dunque, che nel caso *de quo* – sempre per indubbi limiti oggettivi della pronuncia – “*per determinare se il cosiddetto ergastolo ostativo [fosse] de jure e de facto comprimibile, vale a dire se offrisse [o meno] una prospettiva di rilascio e una possibilità di riesame la Corte si [è concentrata] sulla sola opzione disponibile in capo al ricorrente [ossia la collaborazione] all’interno delle attività investigative e inquirenti condotte dalle autorità giudiziarie al fine di avere una possibilità di domandare e ottenere la*

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² *Ibidem.*

⁶³ Cfr. M.S. MORI, V. ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia in materia di ergastolo ostativo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, Milano, 2019, 3.

⁶⁴ *Ibidem.*

⁶⁵ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, *Marcello Viola c. Italia*, 30 aprile 2019.

*liberazione*⁶⁶. Non sembra, dunque, possibile ritenere che la Corte Europea si sarebbe pronunciata (o si pronuncerebbe) nello stesso modo nel momento in cui avesse proposto (o proponesse) il medesimo ricorso un soggetto che – anche solo astrattamente – avrebbe potuto (o potrebbe) instaurare un autonomo procedimento di accertamento dell'impossibilità o dell'inesigibilità della collaborazione. La pena, in quel caso, verrebbe considerata comprimibile?

Alcune pagine di antica dottrina sembrano consegnare ai posteri un monito che si ritiene applicabile anche nel tentare la scrittura delle modestissime conclusioni di questa riflessione: *“nel corso de' tempi seguì sempre dopo la colpa il castigo, e tuttavia il motivo, il titolo, il modo variò, anzi che la giustizia punitiva si concepisse ed esercitasse rettamente. Non debbo ora né affermare né negare, se il concetto e lo esercizio sieno almeno oggidì retti: imperciocchè dire, e non dimostrare, sembri vana audacia*⁶⁷”. L'osservazione scientifica della pena e, con essa, dell'uomo, infatti, paiono lasciare nello studioso una ben sedimentata e triste consapevolezza: ciò che si maneggia è alquanto di insolita evanescenza, tanto facilmente criticabile quanto difficilmente districabile (figuriamoci se della possibile soluzione se ne chiedesse anche la dimostrazione).

Una perplessità, tuttavia, sembra meritare un breve cenno. Se è vero, come pare, che la sentenza Viola c. Italia ha sferzato un grave colpo alla logica collaborativo-premiale e, più in generale, “all'imbutto” dell'art. 4bis OP (sempre più alacramente alimentato da un parossismo popolar-securitario) sembra esserlo, altrettanto, la circostanza secondo la quale la Magistratura di Sorveglianza, in questo preciso momento storico (al netto di una pronuncia della Corte Costituzionale e di un intervento legislativo), pare divenire la depositaria di una discrezionalità – e, conseguentemente – di una responsabilità, francamente, eccessiva. Spezzato l'argine collaborativo, infatti, alle istanze di accesso ai benefici presentate dagli ergastolani cc.dd. ostativi, il ‘malcapitato’ magistrato potrà rispondere sollevando una questione di legittimità costituzionale in virtù del contrasto dell'art. 4bis OP con il “sistema convenzionale” oppure, più coraggiosamente, fornendo un'interpretazione, ‘convenzionalmente’ orientata, della normativa nazionale. Benché possa ritenersi, quantomeno, improbabile l'inverarsi della seconda opzione – posto che la magistratura dovrebbe effettuare un discreto ‘lancio nel vuoto’, concedendo benefici a chi non ne ha mai usufruito ed a chi, per oggettive ragioni normative, non ha mai potuto godere appieno della ‘progressione trattamentale’ – “un'applicazione” diretta della sentenza Viola c. Italia non sembrerebbe, comunque, in grado di garantire l'automatica fruizione della normativa premiale.

Benché, infatti, la Corte Europea abbia sancito il principio secondo il quale il noto automatismo – per il quale la mancanza di collaborazione, con una presunzione assoluta, statuirebbe la pericolosità sociale del detenuto – debba ritenersi in contrasto con la Convenzione Europea, tutto questo, molto probabilmente, non può giungere a

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ Cfr. P. ELLERO, *Opuscoli Criminali*, Bologna, 1874, 5-6.

significare che la pericolosità non possa continuare ad essere desunta da criteri altri ed ulteriori. Paradossalmente, ma non troppo, si potrebbe dire che la pronuncia *a quo* (al netto di interventi legislativi e di pronunce della Corte Costituzionale) sembra avere, casomai, ampliato la valutazione discrezionale sulla pericolosità affidata alla magistratura favorendo, indirettamente, una devoluzione della questione alla Corte Costituzionale oppure un rigetto dell’istanza fondato sulla pericolosità del detenuto (seppur, in questo caso, desunta da elementi differenti dall’assenza di collaborazione).

Tale argomentazione, oltretutto, sembrerebbe valere unicamente per il detenuto al quale non risulta essere stata contestata la circostanza aggravante collegata al ruolo di capo all’interno del gruppo mafioso di appartenenza: in caso contrario, infatti, il Magistrato di Sorveglianza adito ben potrebbe dichiarare inammissibile un’eventuale istanza di accesso ai benefici ritenendo, comunque, necessaria l’instaurazione del procedimento di accertamento *ex art. 58-ter* OP dell’inesigibilità o dell’impossibilità della collaborazione che, al momento e sulla carta, ben potrebbe essere ritenuto – con una certa sottigliezza – idoneo a rendere “riducibile” la pena perpetua. Un ulteriore problema applicativo, inoltre, potrebbe porsi nel caso in cui un magistrato, investito di un’istanza premiale, instaurasse d’ufficio il procedimento *ex art. 58-ter*: se il detenuto, anche al fine di evitare i ben noti tratti “stigmatizzanti” del fenomeno del pentitismo, dichiarasse di rinunciare a tale procedimento si potrebbe desumere da tale circostanza la sua pericolosità? Il quesito non appare banale poiché la Corte di Strasburgo, nel momento in cui ha affermato che l’assenza collaborazione non può divenire, di per sé sola, indice di pericolosità sociale non ha, al contempo, escluso che la stessa possa configurarsi, assai più modestamente, come uno dei suoi possibili indici: *a fortiori* si potrebbe predicare un ragionamento di tal sorta nel caso di rinuncia al procedimento.

In estrema sintesi si potrebbe dire che la sentenza Viola c. Italia non sembra configurarsi come una straordinaria eccezione del diritto penitenziario ma, casomai, come una delle sue più ferree regole: ancora una volta sarà il magistrato di sorveglianza l’organo chiamato a giudicare, forse più di qualsiasi altro giudice, l’uomo. Nei rivoli della discrezionalità, lambiti dalle stringenti logiche popolar-securitarie, il giudice dovrà, quindi, valutare la pericolosità sociale di un detenuto che, *ex abrupto*, chiederà la concessione di un beneficio e, più in generale, della ‘fiducia’. In tale logorante logica dell’*aut-aut* – dentro o fuori dal carcere – continuerà a consumarsi, inesorabile, il paradosso della legislazione penal-popolare che dimentica, troppo facilmente, i moniti degli antichi maestri secondo i quali: “*è pericolosa una definizione quando presenta uno di questi vizi: I. di essere perplessa ed ambigua in ordine al proprio soggetto, oppure al proprio oggetto, e peggio ancora ad entrambi; II. di essere indefinita ed elastica dal punto di vista delle sue pratiche applicazioni, per guisa di poter servire di base o porgere appiglio alle più sperticate deduzioni*”⁶⁸.

⁶⁸ Cfr. F. CARRARA, *Lineamenti di Politica legislativa Penale*, Bologna, 2007, 49.

Entrambi questi vizi, potremmo dire, “*sono inerenti alla formula generale che afferma essere fondamento e misura del giudice punitivo la difesa sociale*”⁶⁹.

Sono state citate, ad esempio, alcune pronunce inerenti alla conformità dell’ergastolo con la CEDU poiché, a ben vedere, la stessa pare avere numerosi punti di contatto con le pronunce inerenti alla videosorveglianza continua del detenuto in regime di 41-bis. In entrambi i casi, infatti, l’elemento in grado di determinare la conformità o meno – ora dell’ergastolo ora della videosorveglianza continua – con la CEDU, risulta essere un elemento soggettivo proprio del detenuto: la pericolosità sociale. Tale circostanza è chiaramente sintomatica del fatto che la Corte Europea abbracci la teoria polifunzionale della pena e non miri, pertanto, unicamente a rieducare il condannato.

Se questo è vero, come pare, allora diviene utile tentare di risolvere, quantomeno, la problematica relativa alla videosorveglianza continua del ristretto in 41bis con strumenti interni, influenzati dalla teoria “monofunzionale e rieducativa” della pena *ex art. 27 Cost.* Come sostenuto in passato dalla Corte Costituzionale, infatti, sussiste un “*obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle*”⁷⁰ ed esiste, in sostanza, un vero e proprio diritto del condannato “alla rieducazione”. Quando ci si approccia alla tematica della legittimità della videosorveglianza continua della cella diviene, dunque, imprescindibile fornire argomentazioni che prendano le mosse dall’art. 27 Cost. piuttosto che, come si è fino ad ora visto, dall’art. 8 CEDU: la normativa europea, al di là di facili generalizzazioni, non pare, infatti, idonea a tutelare compiutamente il detenuto e, comunque, se lo fa, sembra farlo “male”.

Il ristretto in regime di 41-bis, d’altronde, vive in una condizione eccezionale rispetto a tutti gli altri detenuti: la sua pericolosità sociale, infatti, pare legittimare una sospensione del trattamento penitenziario “normale” volto alla neutralizzazione della stessa. Nel momento in cui si osserva la pericolosità sociale anziché la persona, purtroppo, la pena rischia più che mai di perseguire-anche od esclusivamente-finalità altre ed ulteriori rispetto alla semplice rieducazione del reo: ed è proprio per tale motivazione che qualsiasi attività direttamente od indirettamente coinvolta nel trattamento penitenziario dovrebbe, sempre e comunque, subire un attento vaglio circa il rispetto della dignità di quel soggetto posto in una condizione precarissima.

La rieducazione del carcerato, infatti, non può non passare dal riconoscimento, in capo allo stesso, della sua inalienabile dignità: ciò a meno che non si voglia credere che la rieducazione del reo coincida con “*la sua mera emenda morale [ma] vorrebbe dire essere convinti che le carceri siano rette da sacerdoti e precettori*”⁷¹. Fuori dalla facile battuta pare utile sottolineare la necessità di un intervento, costituzionalmente orientato, del legislatore sul tema: in difetto una problematica tanto stringente quanto delicata

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ Cfr. Corte Costituzionale, 14 maggio 1974, n. 204

⁷¹ Cfr. AA.VV., *Ergastolo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da A. Azara, E. Eula, VI, Torino, 1957, 659.

continuerebbe ad essere abbandonata alla prassi giurisprudenziale, in balia di ventate più o meno europee e più o meno garantiste.

Il Beccaria, in un periodo non troppo lontano, affermò che *“le leggi sono le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall’incertezza di conservarla”*⁷² e, pertanto, gli uomini *“sacrificarono [unicamente] una parte [della libertà] per goderne il restante con sicurezza e tranquillità”*⁷³.

Se *“nessun uomo ha fatto il dono gratuito della propria libertà in vista di ben pubblico [...] [ma, piuttosto] fu la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: [...] ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti a indurre gli altri a difenderlo”*⁷⁴, allora, si deve affermare che *“ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall’assoluta necessità è tirannico”*⁷⁵.

Il pensiero del Beccaria, informato all’ideologia del contratto sociale, si potrebbe, molto probabilmente, applicare anche all’auspicata normativa sulla videosorveglianza del detenuto in regime di 41-bis: solo la “stretta necessità” di tale misura – debitamente motivata – dovrebbe, infatti, essere il presupposto per applicare una misura tanto invasiva della sfera privata del detenuto. Una necessità, si badi bene, ispirata alla rieducazione del detenuto. Sebbene le parole “pericolosità sociale” siano divenute il facile “hashtag” delle più recenti pronunce giurisprudenziali, molto probabilmente, continuare a legittimare metodi di sorveglianza idonei a cagionare gravissimi danni alla salute psico-fisica del detenuto unicamente sulla base di tale criterio, appare del tutto inopportuno: si rischia, infatti, di giungere ad un “populismo giudiziario”⁷⁶ nel quale il magistrato di turno assume un ruolo che va *“al di là della mediazione formale della legge e [si pone] altresì in una logica di supplenza se non addirittura di aperto conflitto con il potere politico ufficiale”*⁷⁷.

*“Le pene [tutte le pene] non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”*⁷⁸: la videosorveglianza continua del ristretto in regime di 41-bis, ahimè, non pare garantire il rispetto di questo basilare e fondamentale principio costituzionale e, per tale ragione, non dovrebbe trovare “asilo” all’interno del nostro ordinamento giuridico. Sostenere il contrario, d’altronde, significa legittimare uno “stato d’eccezione” ogniqualvolta si presuma l’esistenza della “pericolosità sociale” in capo ad un detenuto: criterio quantomai vago e strumentalizzabile. Sostenere tutto questo, in conclusione, significa rendere l’ambiguo regime del 41-bis distopico: la rieducazione, infatti, assume tratti “*orwelliani*” e laddove

⁷² Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene. Consulte criminali*, Mondadori, 2012, 10-12.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Cfr. G. FIANDACA, *op.cit.* 105.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Art. 27 Costituzione.

andrebbe tutelata la dignità verrebbero poste telecamere in grado di ledere e calpestare anche l’ultimo baluardo di una vita costretta in vincoli.

Qualsivoglia detenuto in regime di 41-*bis*, in assenza di una normativa sulla videosorveglianza ispirata all’art. 27 cost., infatti, potrebbe chiamarsi Winston: “*se Winston [emettesse] un suono anche appena più forte di un bisbiglio, il teleschermo [potrebbe] captarlo; inoltre finché [rimane] nel campo visivo controllato dalla placca metallica, [potrebbe] essere sia visto che sentito. Naturalmente non [è] possibile sapere se e quando si [è] sotto osservazione. Con quale frequenza, o con quali sistemi, la Psicopolizia si inserisc[e] sui cavi dei singoli apparecchi [...] Dove[te] vivere presupponendo che qualsiasi rumore da voi prodotto [venga] ascoltato e qualsiasi movimento attentamente scrutato⁷⁹*”.

Se è vero che esistono “*sensazioni che sono dei sonni, che occupano come una nebbia l’intero spazio dell’anima, che non permettono di pensare, che non permettono di agire, che non permettono chiaramente di essere [perché viviamo in] un’ubriachezza di non essere niente, e la volontà è un secchio che viene rovesciato nel cortile da un movimento indolente di un piede che passa [perché] guardiamo ma non sentiamo [...] quanto sentiamo non è tedio quanto sentiamo non è pena⁸⁰*”, allora, ci si potrebbe chiedere: si può rimanere immobili innanzi ad una pena-come quella carceraria-che ha mostrato, e tuttora dimostra, di non sapere rieducare? Si può, *a fortiori*, restare immoti se quest’ultima è accompagnata da una videosorveglianza continua che calpesta l’ultima porzione di libertà rimasta in capo al detenuto?

La pena carceraria, nel momento in cui “dimentica” la dignità dei propri “cittadini”, agisce “*in modo da trattare l’umanità [...] semplicemente come mezzo [si veda la tutela della sicurezza sociale], [piuttosto che] come fine⁸¹*” ed assomiglia a, quella “*colomba leggera, [che] mentre nel libero volo fende l’aria di cui sente la resistenza, potrebbe immaginare che le riuscirebbe assai meglio volare nello spazio vuoto di aria⁸²*”: è destinata a cadere.

7. Una passione contemporanea

Lo studio dell’esecuzione della pena, sembra ridursi(?), con buona pace delle possibili divagazioni, allo studio dell’essere “uomo” in quanto tale. Come scriveva “antica dottrina”, d’altronde, “*fondamento del diritto di punire è la necessità naturale di proteggere il diritto, formula nella quale meglio che in qualunque altra si esplica il concetto della protezione e della difesa della personalità umana⁸³*”. Si comprende, dunque, che espressioni come “proteggere il Diritto, fare giustizia, mantenere l’ordine sociale e tutelare le esigenze di sicurezza dei cittadini” null’altro sarebbero se non

⁷⁹ Cfr. G. ORWELL, 1984, Mondadori, 2016, 101.

⁸⁰ Cfr. F. PESSOA, *Il libro dell’inquietudine do Bernardo Soares*, La Feltrinelli, 2013, 58-59.

⁸¹ Cfr. I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, Utet, 1995, 66.

⁸² Cfr. I. KANT, *Critica della ragion pura*, Laterza, 2000, 38.

⁸³ Cfr. P. LANZA, *Trattato teorico pratico di Diritto Penale*, Pisa, 1895, 500.

“trascendenze (lessicali e non)” capaci di adombrare, *in nuce*, la vera essenza dello *ius puniendi*: l’autoconservazione dell’animale umano.

Non sorprende, in tal senso, che uno dei più celebri “diritti de’ popoli” ponga dei limiti alla mano – sempre più spesso frenetica – del legislatore: “*che la legislazione non oltrepassi gl’immutabili confini della giusta moderazione nel decretare le pene, [poiché] deve altresì essere cura della società tutta che i suoi individui sieno persuasi della loro giustizia*⁸⁴”.

La “giusta” pena dovrebbe, quindi, poggiare su radici “quasi contrattualistiche”, simili a quell’utopico(?) “contratto punitivo” ben descritto dal Romagnosi in questi termini: “*quanto è desiderabile all’ordine sociale quell’accordo in cui il reo nell’atto di subire la pena dice a sé stesso: io me la sono meritata; e lo spettatore pronuncia che ella è giusta! Questa voce, sollevata dal sentimento indelebile di approvazione pel giusto e pel vero, proprio dell’essere intelligente e morale, è l’oracolo della stessa natura. Felice quel popolo, nel quale questo sentimento è un cooperatore colla legislazione!*⁸⁵”.

In questi termini la pena sembra emergere, dunque, come una mera difesa, “*avente nel reato la occasione per esplicarsi*⁸⁶”. L’esasperazione di tale concettualizzazione vede, addirittura, nella punizione “una continuazione” del crimine: “*la peine est une suite de l’infraction*⁸⁷”, scriveva lo Swinderen.

Perché allora, verrebbe da chiedersi, “*nell’odierna letteratura penologica un tema ricorrente è quello della crisi della risposta custodiale*⁸⁸” e, più genericamente, della pena? Molto probabilmente - come, forse, ci suggerirebbe lo studio del mito di *uroboro* – perché “*l’argomento più caro all’uomo è l’uomo medesimo*⁸⁹”: ne consegue che una pena percepita come “ingiusta” può ingenerare (quasi istintivamente) reazioni di “sdegno” parificabili *in toto* a quelle scaturenti dal suo “antecedente logico necessario”: la commissione del fatto criminoso. Se, infatti, fondamento del diritto di punire è la “*necessità di mantenere le condizioni necessarie per la vita completa dell’aggregato*⁹⁰” non appare illogico sostenere che la pena, allorché non risultasse necessaria ovvero eccedesse i propri confini, potrebbe – essa stessa – ostacolare “la vita completa dell’aggregato” creando risentimenti tanto nel soggetto punito quanto nella platea degli inerti osservatori.

Si pensi, aprendo e chiudendo una breve parentesi, al c.d. “stato di natura”.

Il Crivellari, che certo non ne era un appassionato sostenitore, scrisse al riguardo: “*la natura accoppiando l’eguaglianza dei diritti ha sparso fra gli uomini un’ammirabile*

⁸⁴ Cfr. G. D. ROMAGNOSI, *Opere edite ed inedite di G.D. Romagnosi sul diritto penale*, Milano, 1841, 13.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Cfr. O. Q. VAN SWINDEREN, *Esquisse du droit penal actuel dans les Pays-Bas et à l’Etranger*, Paesi Bassi, 1891, 17.

⁸⁸ Cfr. M. PAVARINI, *I nuovi confini della penalità. Introduzione alla sociologia della pena*, Bologna, 1996, 9.

⁸⁹ Cfr. C. LOMBROSO, *Delitto. Genio Follia. Scritti scelti*, Milano, 1995, 218.

⁹⁰ Cfr. F. MAGRI, *Studio sperimentale intorno ai sistemi repressivi*, Pisa, 1893, 5.

diversità di forze fisiche e intellettuali, di morali attitudini, di inclinazioni e di tendenze. Pongansi gli uomini a contatto fra di loro e si vedrà crescere in essi la misura dei bisogni, dei desideri e delle passioni; l'intemperanza dell'amor proprio renderà molti di essi ingiusti a danno dei loro simili; vorranno accoppiare i vantaggi della riunione colla sfrenata libertà di tutto operare⁹¹”. Si rendeva, dunque, necessaria un'entità terza ed imparziale, capace di gestire il conflitto: quella che il celebre Giurista definì una “forza preponderante (stato, governo) [che] dev'essere il substractum dell'associazione⁹²”.

Tale forza, purtroppo, doveva – e deve – conoscere dei limiti poiché per “*esercitare il summum jus di infrenare gli attacchi ai diritti dei consociati ha bisogno di essere investita di un supremo potere, quello cioè di infliggere un male giusto al male ingiusto che sia consumato o che si tenti di consumare a pregiudizio di tutti o di alcuno dei membri della consociazione; potere che va a costituire quello che dicesi diritto di punire⁹³”*. Il diritto punitivo s'appaleserebbe, dunque, come il potere “supremo”, capace di discernere il giusto dall'ingiusto e di stabilire, avendo riguardo all'ingiustizia del crimine, la “giustizia” della pena. È in tal senso, verrebbe da dire, che “*la sanzione applicata ad un colpevole ravviva nella società la coscienza della moralità⁹⁴”* e ri(con)duce, come teorizzato dal Lanza, l'intarsiamento di tutta la funzione della pena all' “*istituto della responsabilità individuale⁹⁵”*.

Una responsabilità, si potrebbe aggiungere, posta tanto in capo al reo quanto alla collettività di riferimento. È da questi presupposti, forse, che trae origine la crisi della penologia e della penalità. A ciò deve aggiungersi una presa di coscienza - alla quale non si sottrasse il Magri – assai poco fausta: “*nel sistema logico lo studio dei rimedi è sempre l'ultimo, poiché presuppone la nozione delle cause morbose⁹⁶”*. Lo studio della pena (dei rimedi) sconta, dunque, la mancanza dei propri presupposti dovuta al difficile “inquadramento” delle cause morbose e, in estrema sintesi, dell'animo umano. Come definire, ci si potrebbe quindi chiedere, la giustizia della pena?

Si è recentemente scritto che “*con il momento punitivo è il castigo a diventare il problema. Lo diventa a causa del numero di persone rinchiuso o poste sotto sorveglianza, dello scotto pagato dalle loro famiglie e comunità, del costo economico e umano che ciò determina per la collettività, della produzione e riproduzione di disuguaglianze che favorisce, della crescita della criminalità e dell'insicurezza che genera e, infine, della perdita di legittimità derivante dalla sua applicazione discriminatoria e arbitraria. Ritenuto ciò che dovrebbe proteggere la società dal crimine, il castigo appare sempre di più ciò che invece la minaccia. Il momento punitivo*

⁹¹ Cfr. G. CRIVELLARI, *Concetti fondamentali di diritto penale*, Torino, 1888, 5 ss.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Cfr. R. ARDIGÒ, *Rivista Repubblicana di politica, filosofia, scienze, lettere ed arti*, Volume II, 1879, 685.

⁹⁵ Cfr. V. LANZA, *L'umanesimo nel Diritto Penale. Analisi psicologica della reazione penale*, Palermo, 1906, 225.

⁹⁶ Cfr. F. MAGRI, *op.cit.*, 5.

*incarna questo paradosso*⁹⁷”. Tali argomentazioni, molto probabilmente, devono ritenersi estensibili anche al problema qui affrontato, figlio di una vera e propria “passione contemporanea”.

Mi sia concessa un’ultima chiosa: la “recente” teoria della modernità liquida, ipotizzata dal Bauman, prende le mosse dalla seguente riflessione: “*I liquidi, a differenza dei corpi solidi, non mantengono di norma una forma propria. I fluidi, per così dire, non fissano lo spazio e non legano il tempo. Laddove i corpi solidi hanno dimensioni spaziali ben definite ma neutralizzano l’impatto – e dunque riducono il significato – del tempo (resistono con efficacia al suo scorrere o lo rendono irrilevante), i fluidi non conservano mai a lungo la propria forma e sono sempre pronti (e inclini) a cambiarla; cosicché ciò che conta per essi è il flusso temporale più che lo spazio che si trovano a occupare e che in pratica occupano solo per un momento. In un certo senso i corpi solidi annullano il tempo, laddove, al contrario, il tempo è per i liquidi l’elemento più importante*⁹⁸”. Tale *weltanschauung* ci consente, molto probabilmente, di affrontare – *mutatis mutandis* – anche il problema della pena e, più precisamente, di quella carceraria.

Il carcere, in particolare, sembra essere divenuto – a partire dall’epoca illuminista – il corpo solido più definito nelle forme: un *deus ex machina* caratterizzato da un’elevata dimensione spaziale ed in grado, soprattutto, di annullare il tempo. È proprio l’annullamento del tempo del condannato la caratteristica che potrebbe indurci – forse più delle altre – a credere che la pena carceraria, soprattutto allorquando si veste della perpetuità, “*non ha nessuna funzione, è la vendetta dei forti, dei vincitori, della moltitudine [...] è il male che rende innocente chi lo sconta*⁹⁹”. Sono le caratteristiche della pena detentiva, d’altronde, che la conducono a vivere nel paradosso: se è vero, ed è vero, che il carcere “nasce” come la risposta del diritto penale lo è, altrettanto, la circostanza secondo la quale tale pena sembra “morire” nella rinnovata(?) veste di problema del diritto penale. Se non è certamente raro leggere in una sentenza della Corte Costituzionale che la “*difesa sociale [è un] interesse di rilievo costituzionale sotteso alla necessaria esecuzione della pena*¹⁰⁰”, infatti, non lo è, parimenti, leggere che benché “*nei media, nella società e nella sfera politica c’è chi continua a credere che il carcere possa riabilitare [tale pena, in realtà] di fronte all’opinione pubblica porta il peso di un segreto, il segreto del suo fiasco*¹⁰¹”.

Il carcere palesa quotidianamente i propri limiti e ciò nonostante sembra legittimare la propria esistenza su postulati propri a quella “necessità del male” tanto cara a Schelling, secondo il quale è il male lo strumento attraverso il quale può rivelarsi il bene. Il bene, in questo caso, è la rieducazione del condannato enunciata dall’art. 27 della Costituzione: un principio che pare, francamente, diametralmente opposto alle finalità

⁹⁷ Cfr. D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, La Feltrinelli, 2018, 4.

⁹⁸ Cfr. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Laterza, 2019, XXXII.

⁹⁹ Cfr. C. MUSUMECI, *L’urlo di un uomo ombra. Vita da ergastolo ostativo*, Smasher, 2013, 12.

¹⁰⁰ Cfr. Corte Costituzionale, 12 aprile 2017, n. 76.

¹⁰¹ Cfr. T. MATHIESEN, *Perché il carcere?*, EGA, 1996, 174.

perseguite (coscientemente o meno) dal carcere. Che il carcere debba esistere unicamente per rivelarci il principio rieducativo?

Fuori dalla metafora si potrebbe dire che la rieducazione, oggi più che mai, sembra essere uno dei grandi progetti dell’età moderna che, suo malgrado, subisce la sferzante “*temperie culturale postmoderna [la quale] si connota per l’abbandono dei grandi progetti dell’uomo, elaborati a partire dalla stagione illuministica*”¹⁰². Si potrebbe dire che leggere parole come “le pene devono tendere alla rieducazione del condannato” appare, oggi, più il frutto delle letture serali dell’uomo dabbene che non della carta costituzionale. Il problema della pena carceraria, tuttavia, non può e non deve essere ri(con)dotto alle elucubrazioni, più o meno dotte, di singoli intellettuali poiché permea di sé la società *tout court* e non solo, come alcuni vorrebbero far credere, la sua parte “peggiore”.

Il carcere, si potrebbe dire, diviene un problema nel momento in cui è concepito come una soluzione: per alcuni, infatti, cessa di essere il problema del diritto penale allorché si palesa come “la” risposta (più o meno efficiente) alla pericolosità sociale. Non è un caso, a modestissimo parere di chi scrive, che tutti gli strumenti predisposti dall’ordinamento con il dichiarato scopo di rieducare i condannati (si pensi alla concessione dei benefici penitenziari) siano, di volta in volta, sacrificati sulla base di valutazioni ispirate, direttamente od indirettamente, al concetto di pericolosità sociale, in spregio all’equazione cardine dell’ordinamento penitenziario: “*trattamento=rieducazione*”¹⁰³.

La deriva securitaria della modernità, in sostanza, consegna al diritto penale concetti altri ed ulteriori rispetto alla rieducazione quale, *in primis*, la pericolosità sociale. Tale concetto finisce col rendere “liquida” la pena carceraria poiché, anziché renderla definita nello spazio e nel tempo, la plasma della propria fluidità e la rende capace, per tale fatto, di lambire qualsivoglia soggetto ritenuto socialmente pericoloso: il carcere, attraverso la pericolosità sociale, diviene, *in nuce*, la panacea di ogni male.

Cos’è, d’altronde, la pericolosità sociale? La tipizzazione di tale concetto ci indica che è socialmente pericoloso il soggetto che ha commesso un fatto preveduto dalla legge come reato “*quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati*”¹⁰⁴. Il giudizio di pericolosità sociale, inoltre, si effettua sulla scorta dei parametri valutativi di cui all’art. 133 c.p. e tiene, dunque, conto della gravità del reato, della capacità a delinquere del reo e (guardando al passato) della recidiva. Al di là della lettura di saggi lombrosiani, a modestissimo parere di chi scrive, è alquanto arduo accertare giudizialmente la propensione a delinquere di un soggetto: impossibile fermare con durevoli tratti l’evanescenza dell’animo umano. Se diviene, dunque, quasi impossibile calcolare giudizialmente la possibilità che un soggetto commetta nuovi fatti preveduti

¹⁰² Cfr. S. MOCCIA, *Presentazione Convegno Nazionale Associazione Italiana Professori di Diritto Penale*, citato in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascicolo III, 2018, 1667.

¹⁰³ Relazione della IV Commissione Permanente, relatore Felisetti, sul disegno di legge n. 2624-A del 1974.

¹⁰⁴ Art. 203 c.p.

dalla legge come reato il giudicante, molto probabilmente, fonderà il proprio accertamento su elementi altri ed ulteriori come la gravità del reato commesso e la recidiva: guarderà, dunque, più alle azioni passate che a quelle future. Tale valutazione è, in sostanza, contraria alla volontà dei costituenti di rieducare il reo poiché, molto probabilmente, la pena rieducativa dovrebbe guardare le azioni future del condannato anziché quelle passate.

La tipizzazione della pericolosità sociale, non a caso, si rileva nell’art. 203 del c.p. ed attiene alle misure di sicurezza. Le misure di sicurezza e le pene, come noto, danno vita al c.d. doppio binario. Nel momento in cui, tuttavia, le pene cessano di legittimarsi come strumenti rieducativi e, casomai, si propongono come risposta alla pericolosità sociale i due binari (delle misure di sicurezza e delle pene) si palesano come quelle due rette parallele destinate a non incontrarsi mai nella finitezza per ricongiungersi, poi, nell’infinita: la pena, in parole povere, finisce col rivelare la sua novella(?) natura di misura di sicurezza, seppur larvata.

Molto probabilmente questa riflessione provocatoria -ma non troppo- giustificherà l’inarcamento di qualche sopracciglio e, purtuttavia, appariva doverosa. Se l’ordinamento giuridico e, in particolare, il diritto penale continuano a porre la pericolosità sociale ad architrave della loro stessa esistenza, la pena, non potrà non divenire una misura di sicurezza. Il carcere, infatti, in tal caso diviene liquido e si erige a risposta ed a soluzione a qualsivoglia male della società sana, ed invade ed occupa ogni spazio lasciato libero dalle pene cadute, ormai, nel disuso e nell’oblio.

Se tale riflessione, come pare, è vera che dire, allora, della videosorveglianza del ristretto in regime di 41bis? Non siamo, forse, al cospetto di una misura di sicurezza nella misura di sicurezza?

A livello generale si potrebbe, forse, dire che l’eclissarsi del pluralismo penale coincide con la (ri)scoperta del carcerocentrismo moderno e ci consegna un diritto penale liquido che nel vestire le misure di sicurezza da pene ci lascia un carcere tanto libero dalle influenze esterne (quali ad esempio il consenso elettorale ed il populismo) quanto quella “pietra” -narrata da Spinoza¹⁰⁵- dalla sua spinta originaria.

Più nel dettaglio, e non (troppo) dissimilmente, si dovrebbe, forse, ammettere che è quasi sempre la pericolosità il perno sul quale ruotano i meccanismi della giustizia. Tutto questo, mi sia concesso, in spregio ad uno dei più grandi insegnamenti della dottrina penalistica, secondo il quale “è pericolosa una definizione quando presenta uno di questi vizi: 1. di essere perplessa ed ambigua in ordine al proprio soggetto, oppure al

¹⁰⁵ Cfr. B. SPINOZA, *Tutte le opere*, Mondadori, 2010, 2111-2113: “una pietra riceve una certa quantità di movimento da una causa esterna che la spinge, per la quale, cessato l’impulso della causa esterna, continua necessariamente a esser mossa. Dunque questo permanere della pietra nel movimento è coatto, non perché necessario, ma perché deve essere definito dall’impulso di una causa esterna. E ciò che si dice qui della pietra deve intendersi di qualunque cosa particolare. Poniamo ora, se vogliamo, che la pietra, mentre continua a muoversi, pensi e sappia di sforzarsi, per quanto può, di persistere nel movimento. Questa pietra, certamente, in quanto è consapevole unicamente del suo conato al quale non è affatto indifferente, crederà di essere liberissima e di non persistere nel movimento per nessun’altra causa se non perché lo vuole”.

proprio oggetto, e peggio ancora ad entrambi; 2. di essere indefinita ed elastica dal punto di vista delle sue pratiche applicazioni, per guisa di poter servire di base o porgere appiglio alle più sperticate deduzioni; entrambi questi vizi sono inerenti alla formula generale che afferma essere fondamento e misura del giudice punitivo la difesa sociale¹⁰⁶”.

Pericolosità sociale, difesa sociale ed esigenze di sicurezza sono tutte trame d’un medesimo tessuto destinato, destinato ad ammantare di giuridicità ciò che, prima -e forse più- di tutto è politico. Se è vero, tuttavia, che “*ubi societas ibi ius. Ubi ius ibi societas*” allora, si potrebbe porre un’ultima riflessione.

Si pensi all’ufficiale della Colonia Penale Kafkiana. Benché quest’ultimo vedesse nella “macchina dell’esecuzione” un *deus ex machina* ebbe a dire al visitatore: “*questa procedura e questa forma di esecuzione, che ora lei ha occasione di ammirare, non hanno più, attualmente, sostenitori dichiarati nella nostra colonia. Io ne sono l’unico fautore, e contemporaneamente sono il solo difensore dell’eredità del vecchio comandante¹⁰⁷”*. Allorquando l’infernale marchingegno iniziava l’esecuzione, purtuttavia, “*non una dissonanza disturbava il lavoro della macchina. Molti non guardavano neanche più, giacevano nella sabbia con gli occhi chiusi; tutti sapevano: si stava facendo giustizia. Nel silenzio si udiva solo, smorzato dal feltro, il gemito del condannato³”*.

La deriva del sistema penale, ora come allora, sembra ingenerare nella *societas* una visione distorta dello *ius*: benché la pena possa risultare anche ai più atroce, la “pericolosità sociale” potrebbe indurli a ritenere che “si stia facendo giustizia”.

¹⁰⁶ Cfr. F. CARRARA, *Lineamenti di Politica legislativa Penale*, Il Mulino, 2007, 49.

¹⁰⁷ Cfr. F. KAFKA, *La colonia penale*, in *La metamorfosi e tutti i racconti pubblicati in vita*, Mondadori, 2014, 136.