

*Da questo numero la rivista si arricchisce di una rubrica che propone rassegne bibliografiche così come riflessioni su argomenti affrontati in singoli testi di interesse dei lettori e collaboratori di "Studi sulla questione criminale".*

*Arianna Colonna*

## RIFLESSIONI A MARGINE DI PRISON ET DROITS: VISAGES DE LA PEINE

1. Carcere e giustizia. La duplice lettura in *Prison et droits: visages de la peine*. – 2. La giustizia *del* carcere. – 3. La giustizia *nel* carcere.

### **1. Carcere e giustizia. La duplice lettura in *Prison et droits: visages de la peine***

Quello della pena privativa della libertà personale è un tema che interessa e coinvolge molteplici discipline: esse si intersecano e coadiuvano tra loro per uno studio completo, prismatico. A volte, però, è possibile sacrificare la multidisciplinarietà per un'analisi più acuta e profonda di singoli profili.

A questo proposito, nell'introduzione a *Prison et droits: visages de la peine*, Luigi Delia (Université de Genève) è molto chiaro: è bene che i lettori, prima di immergersi in questo *dossier* tematico, abbiano ben presente cosa non sarà trattato. Nell'esame delle questioni relative all'istituzione carceraria, si predilige infatti un approccio filosofico, lasciando fuori discipline come la sociologia, la psicologia e la politica penale che, comunque – precisa Delia –, hanno offerto copiosi contributi al tema.

Philippe Audegean (Université Sorbonne Nouvelle-Paris 3), Jérôme Ferrand (Université Pierre-Mendès-France, Grenoble), Gabrielle Radica (Université de Picardie-Jules Verne), Guillaume Coqui (Université de Bourgogne) e Norbert Campagna (Université de Luxembourg) concorrono con i rispettivi saggi alla realizzazione di un'opera caleidoscopica. Ogni aspetto è trattato da una prospettiva del tutto peculiare, inducendo lo sguardo del lettore a volare ben oltre gli orizzonti tracciati.

Si pensi al profilo «genetico» del carcere, in relazione al quale Audegean si domanda in che misura il pensiero dei Lumi – e, in particolare, di Cesare Beccaria – abbia spinto nella direzione di un sistema penale «carcero-centrico».

Colpisce, poi, come la linea di connessione tra la pena detentiva e l'eredità cristiana non sia trattata con il solito *excursus* storico che risale i secoli e rispolvera le antiche radici. Ferrand stimola il lettore con un approfondimento sulla nascita del Purgatorio e sulle analogie con la prigione, sul rapporto tra corpo e anima che ricorre nelle due dimensioni, quindi su *le temps mort* della detenzione. Gabrielle Radica rende conto della complessità dell'analisi di Alexis

de Tocqueville con uno studio puntuale, limpido e solidamente documentato. Infine, con Coqui e Campagna, si torna a posare i riflettori sul soggetto verso cui è rivolta la funzione ri-educatrice della pena e i cui diritti sono sospesi tra quel che il carcere è e quel che, invece, dovrebbe o potrebbe essere.

*Prison et droits* non impartisce insegnamenti: propone visioni inedite, lenti nuove per mettere a fuoco i dettagli delle macro-questioni e da lì ripartire per ulteriori e nuove scoperte e approfondimenti. È proprio da uno di questi punti di osservazione che è stato possibile inquadrare il nostro centro di interesse: il binomio *Prison et droits* rimanda a quello “carcere e giustizia” che, nell’insidia delle parole e della loro polisemia, rappresenta una trappola micidiale. Il carcere – seppur “invisibile” – lo conosciamo; ma la giustizia? La giustizia – senza nessuna lettera maiuscola che la mistifichi – dove si trova?

Assumendo di aver già metabolizzato i molteplici luoghi in cui la storia ha scorto la giustizia, a partire dall’ordine naturale e da quello divino, si puntualizza che l’unica giustizia di cui si parla in questa sede è quella positiva, che si identifica nell’apparato giurisdizionale delle norme sostanziali e procedurali. La giustizia non è altro che artificio umano, affare di uomini che stabiliscono regole del gioco e le applicano ai casi concreti.

In che modo, dunque, può coniugarsi il binomio carcere e giustizia in *Prison et droits*? La nostra risposta la ricaviamo prendendo in considerazione l’apertura e la conclusione della raccolta in esame: il saggio di Audegean e quello di Campagna. Il concetto di giustizia in relazione al carcere si snoderà lungo una duplice analisi: la prima in ordine alle giustificazioni della pena detentiva – parleremo, pertanto, di “giustizia *del carcere*” – e la seconda in relazione alle violazioni del diritto che si consumano al suo interno, “giustizia *nel carcere*”. L’aspetto che si cercherà di ricostruire, seguendo Audegean, attiene alla genesi dell’istituzione penitenziaria, mentre quello esaminato assieme a Campagna inerisce al momento della *crisi* della pena.

## 2. La giustizia *del carcere*

Quando ci si confronta con il tema della prigione, a un tratto ci si trova dinanzi a una questione di fondamentale importanza: perché il carcere è considerato la pena per eccellenza? A cosa deve la sua centralità nel moderno sistema penale? La risposta spesso è automatica: si citano gli illuministi francesi, Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* e l’abolizione della pena di morte, arrivando a dedurre che, nelle rivoluzioni che si susseguono alla fine del XVIII secolo, si teorizza e consacra al successo la pena carceraria. Cesare Beccaria, però, nel suo *pamphlet* non parla di sistema penitenziario e i suoi argomenti contro la pena di morte forse non bastano a giustificare il carcere punitivo. Appare evidente, dunque, che qualcosa nel percorso appena delineato richiede di esser messo in discussione.

Audegean cerca di far luce in questo ginepraio, procedendo per gradi e richiamandosi spesso, in questo tentativo, a Michel Foucault – più precisamente ai suoi *La Société punitive* e *Surveiller et punir*. Audegean non ha dubbi: i riformatori francesi non solo non hanno mai pensato di fare del carcere la *pierre angulaire* del sistema delle pene, ma, al contrario, hanno elaborato teorie che con esso stridono irrimediabilmente (P. Audegean, 2015). Tali assertioni sono suffragate attraverso la lettura del più emblematico dei *philosophes*: Cesare Beccaria. In *Dei delitti e delle pene*, infatti, il carcere preso in considerazione è precipuamente quello preventivo, una misura cautelare volta a impedire il pericolo di fuga di un indagato o la reiterazione del reato. In questi termini la pena detentiva pone questioni non in ordine al *quantum* e all'applicazione delle pene, bensì relativamente alla sfera delle libertà fondamentali e dei diritti dell'uomo. La carcerazione preventiva viola, di fatto, il principio di presunzione d'innocenza, il quale, probabilmente, è enunciato per la prima volta proprio da Cesare Beccaria (*ivi*).

La prigione, dunque, resta una pena, ma non nel senso giuridico di punizione, quanto di afflizione, sofferenza. La durata eccessiva dei processi, infatti, sono doppiamente ingiuste perché impongono a un innocente – già privato della libertà personale – uno stato d'incertezza, da cui discendono maledizioni come ansia, depressione, ma anche problemi psichici e cognitivi. La carcerazione preventiva è, però, una violenza pubblica, legittimata dalla legge, seppur inflitta non dopo la sentenza, ma prima della sua pronuncia (*ivi*).

Un altro argomento che relega nell'ombra il carcere punitivo nell'ottica beccariana è il principio di pubblicità della pena, che svolge così una duplice funzione: da un lato, impedisce al colpevole di nuocere ancora ai consociati (cosiddetta prevenzione speciale) e, dall'altro, fa desistere questi ultimi dal compiere atti simili (cosiddetta prevenzione generale). Audegean evidenzia come lo “spettacolo” dei supplizi, ben descritto in *Surveiller et punir* di Foucault, ora venga meno per cedere il passo, in *Dei delitti e delle pene*, al valore di “esempio” della sanzione. Mentre la pena dell'Ancien Régime è, sì, cruenta ma consumata in tempi assai brevi, quella moderna rinuncia all'efferatezza ma, in compenso, si prolunga nel tempo, caratterizzandosi per continuità e ripetitività (*ivi*). Icastico il confronto che Audegean (*ivi*, 57, traduzione nostra) opera tra i due modelli:

L'esempio è una scuola piuttosto che una festa, un libro aperto piuttosto che una cerimonia, esso imprime dei segni anziché apporre dei marchi: allo “splendore dei supplizi” si oppone la “dolcezza delle pene”.

Egli evidenzia, quindi, come nel pensiero dei Lumi si trovi una vera e propria scienza della pubblicità in ambito penale e come questa non possa

giustificare un'istituzione coercitiva quale il carcere, il cui elemento chiave è proprio l'isolamento, la sottrazione della pena agli sguardi esterni. La prigione è un «luogo chiuso, grigio e lontano», «è il luogo in cui il potere di punire non osa più agire a volto scoperto» (*ivi*, 57). Ammantata della sua *invisibilità* la pena detentiva si rivela, in quest'ottica, inidonea ad adempiere a ogni funzione di prevenzione generale: le porte del carcere si chiudono alle spalle del condannato che sarà relegato nella cella, il sacrificio è compiuto e la comunità salvata, ma, no, non ci sarà nessuna lezione da imparare.

Infine, la pena detentiva è delegittimata – dal punto di vista delle teorie illuministiche – dal principio del taglione. La *lex talionis* consiste nell'infilzazione all'autore del reato di una pena uguale al torto o al danno arrecato alla parte offesa, ma, in ordine al profilo che qui interessa, è necessaria una puntualizzazione, per la quale Audegean ripercorre il pensiero di Foucault in merito. Ne *La Société punitive* del 1973 il filosofo sostiene che nelle teorie dei riformatori *risorge* il vetusto principio del taglione; più tardi, però, in *Surveiller et punir* cambia la propria formulazione: abbandona il termine «taglione» e parla di «analogia», «corrispondenza», «prossimità», «comunicazione simbolica» tra il crimine e la sanzione (*ivi*).

Dario Ippolito ci aiuta, però, a comprendere come in realtà la differenza lessicale tra legge del taglione e principio di analogia abbia una spiegazione profonda, che si pone al di là di generalizzazioni e luoghi comuni che mal si attagliano alla complessità del pensiero dei Lumi. Ippolito, dopo aver individuato i tratti distintivi di questa ideologia, si oppone a quanti – compreso Michel Foucault – vi ricomprendono anche una concezione utilitaristica della pena, per la quale scopo della sanzione sarebbe impedire la reiterazione del reato e dissuadere altri dalla sua commissione. Il principio *punitur ne peccetur* non sarebbe una costante nella dottrina penale dei Lumi e la dimostrazione arriverebbe contrapponendo all'utilitarismo di Beccaria le teorie di Montesquieu. Questi, tradizionalmente non considerato un pensatore giusnaturalista, nel suo *Esprit des lois* stabilisce una relazione tra le leggi di natura e le leggi positive: quest'ultime debbono essere conformi alle *regole di giustizia ontologicamente fondate sull'ordine naturale*. Montesquieu asserisce, quindi, che «un essere intelligente che ha fatto del male a un essere intelligente merita di ricevere lo stesso male» perché con la sua azione ha violato un principio morale fondato sull'equità naturale: è questo il retributivismo etico. È una visione *retrospettiva* della sanzione penale, la quale si giustifica guardando al passato, al male commesso. Su questo terreno, Montesquieu incontra la dottrina giusnaturalista ed eleva questo principio di omogeneità – che tanto somiglia all'antica *lex talionis* – a regola generale per l'intera legislazione penale (D. Ippolito, 2012).

Non si attesta su queste posizioni, invece, Cesare Beccaria, che declina il principio di analogia in ottica utilitarista: la pena deve perseguire una logica di prevenzione generale e speciale, dissuadendo i consociati da condotte *contra legem* e impedendo al reo di commettere nuovamente del male (*ivi*).

L'illuminista milanese, infatti, non è un giusnaturalista. Egli crede che la radice del diritto positivo sia da reperire non nel diritto naturale, quanto piuttosto nel complesso degli interessi umani. L'abbandono da parte di Beccaria del termine taglione è significativo perché rimanda a un diritto penale che non si confonde più con il male che combatte. Il principio di analogia è espressione diretta di un'esigenza di pubblicità: la sanzione penale sintetizza nelle sue forme i contenuti del crimine che intende punire. Essa volge lo sguardo al futuro, non rimugina sul passato: il suo scopo, infatti, è quello di prevenire altri crimini, non quello di ristabilire un equilibrio turbato (P. Audegean, 2015). In quest'ottica, dunque, la pena carceraria come sanzione precipua, applicabile a una categoria assai eterogenea di reati, stride fortemente con il principio di analogia, il quale, al contrario, postula una differenziazione delle modalità punitive a seconda degli illeciti commessi.

In sintesi, dunque, in *Dei delitti e delle pene*, tre argomenti ostano alla teorizzazione della pena carceraria: *a)* il carattere precipuamente preventivo della detenzione; *b)* il principio di pubblicità della pena; *c)* il principio di analogia.

Oonestà intellettuale richiede, però, che di una tesi si analizzino sia i *contra* che i *pro* e Audegean non si sottrae a tale onere. Nella conclusione del suo saggio, infatti, individua tre argomenti che in Beccaria potrebbero giustificare il carcere punitivo. Il primo è, a gran sorpresa, il principio di analogia, lo stesso che abbiamo collocato tra i *contra* e che, ci dimostra ora l'autore, è suscettibile anche di una lettura diametralmente opposta. Ancora una volta risulta utile un ricorso a Foucault, il quale sostiene che nelle teorie dei riformatori riecheggia un principio medioevale per cui crimini e delitti non debbono essere sanzionati in quanto contrari alla morale o lesivi degli interessi di terzi, bensì perché essi rappresentano un'onta alla sovranità, ossia, in termini più chiari, una infrazione alla legge. Questo aspetto ricorre, infatti, anche in Beccaria, il quale asserisce che la misura delle pene non dipende dall'intento morale del colpevole né dalla sofferenza o dal torto patito dalla vittima, ma dal danno subito dalla nazione. Assunto, dunque, che è lo Stato, alla stregua del principio di analogia, che deve rendere il torto subito, dal momento che ogni crimine o delitto lede – più o meno gravemente ma in maniera simile – un interesse statale, ne deriva che ogni pena comminata dovrà essere omogenea alla violazione che la giustifica. Ora bisogna chiedersi qual è, dunque, la sanzione che meglio si attaglia a questa interpretazione (P. Audegean, 2015).

Per rispondere a tale quesito, il giurista milanese inizia col distinguere le seguenti tre categorie di delitti: 1. quelli attraverso i quali il criminale vuole distruggere la sovranità (è il caso dei crimini di lesa maestà e degli attentati contro la sicurezza dello Stato); 2. quelli con cui il delinquente attenta all'onore, ai beni oppure alla vita di altri consociati (crimini e delitti contro le persone); 3. quelli che si risolvono in una disobbedienza alle leggi dello Stato (queste infrazioni non si rivolgono ad alcuna vittima in particolare, ma riguardano, ad esempio, turbative dell'ordine pubblico, evasione fiscali ecc.).

Nel primo caso – l'unico in cui il principio di analogia potrà essere chiaramente applicato – Beccaria non usa mezzi termini: lo Stato potrà rendere al colpevole il male da questi subito. Nella terza ipotesi, conformemente al principio di analogia, si consiglia vivamente di mettere al bando chi contravviene a leggi dello Stato di questo tipo. Interessante è allora la lettura di Audegean per il quale è possibile che la prigione moderna si strutturi come «un bando interno, un esilio (...) nel seno stesso dei confini nazionali». Il contratto sociale è stato violato dall'infrazione del criminale, il quale, tentando di riappropriarsi illecitamente della porzione di libertà precedentemente ceduta, tenta di intaccare quella degli altri consociati e, come scrive anche Foucault in *Surveiller et punir*, la prigione sta lì a significare che il reato ha offeso l'intera società (P. Audegean, 2015, 64).

Il secondo argomento *pro carcere* è rappresentato dal principio di dolcezza delle pene, il quale parrebbe un impraticabile ossimoro. In realtà questo assunto parte dall'idea che la pena, essendo una violenza strumentale alla repressione dei crimini, deve essere giustificata nella misura in cui essa è necessaria alla realizzazione del suo scopo. Inoltre, Beccaria asserisce come la cifra della forza dissuasiva delle pene sia da rinvenire non nella loro severità, ma nella loro infallibilità (*ivi*). Come non manca di sottolineare Audegean, il *philosophe* milanese sconsiglia un inasprimento delle pene anche sulla base dell'argomento per cui:

A misura che i supplicii diventano più crudeli, gli animi umani, che come i fluidi si mettono sempre a livello cogli oggetti che li circondano, s'incalliscono, e la forza sempre viva delle passioni fa che, dopo cent'anni di crudeli supplicii, la ruota spaventi tanto quanto prima la prigione (C. Beccaria, 2010, 78).

In questo passo Beccaria delinea la prigione come una pena più leggera, ma l'evoluzione del sistema penale purtroppo si è spinta sino ad applicare il carcere a una categoria eterogenea di reati. Eppure proprio da questi passi di *Dei delitti e delle pene* è possibile ripartire per un ulteriore addolcimento delle pene che scalzi il carcere dal suo scranno, tenendo anche conto che,

mentre da due secoli circa l’istituzione penitenziaria è pressoché la stessa, la società e i suoi costumi si sono evoluti (P. Audegean, 2015).

L’ultima giustificazione al carcere punitivo che si può rinvenire nel *pamphlet* del 1764 è il principio di proporzionalità dei delitti e delle pene. In ordine a questo profilo, senz’altro – sottolinea Audegean sulla scorta di Foucault – la prigione ha rappresentato uno strumento in grado di determinare una siffatta proporzione, mediante una modulazione della durata della pena: la discriminante nella sanzione di reati di differente gravità è la variabile temporale. La questione si pone, dunque, in questi termini: ai fini applicativi è necessario stabilire criteri di determinazione della proporzionalità della pena al reato commesso. Beccaria aveva già evidenziato come la crudeltà dei supplizi inflitti nell’Ancien Régime incontrasse i limiti di sopportazione del corpo umano: la mancanza di graduazione delle pene corporali implica l’inapplicabilità di qualsiasi parametro proporzionale (*ivi*).

In conclusione, si può asserire che dall’analisi di Audegean una giustizia del carcere non è desunta, ma almeno parzialmente desumibile dai principi illuministi propugnati da Cesare Beccaria. Certo è che il filosofo milanese non passerà mai il guado che dalla necessaria differenziazione delle pene conduce a un carcere punitivo che funga da *passe-partout* dell’esecuzione penale.

Allora, in un’ottica nella quale la pena detentiva ha usurpato una centralità che non le spettava, un suggerimento – se non risolutivo di tutti i dubbi, almeno soddisfacente – lo fornisce Angela Davis:

il carcere come lo conosciamo oggi non ha fatto la propria comparsa sulla scena storica come la forma di pena migliore di tutti i tempi. È stato semplicemente (...) ciò che aveva più senso in un particolare momento storico (A. Davis, 2009, 51).

In queste parole dell’attivista afroamericana risuona, attraverso l’invito a considerare una penalità che vada oltre le mura di una prigione, la eco dell’abolizionismo del carcere. Sono numerose le tesi che, con più o meno ampia risonanza, hanno propugnato il progressivo superamento del sistema penitenziario, ma in questa sede ci limiteremo a richiamare la voce di chi, oggi, nel paese che ha dato i natali a Cesare Beccaria, invita a “osare” in questa direzione<sup>1</sup>. Gli argomenti *pro abolitione* che alcuni studiosi italiani propongono si fondano precipuamente sull’analisi di quattro profili: il tasso di recidiva, il fallimento di ogni funzione rieducativa, gli elevati costi dell’istituzione penitenziaria e, non ultimo, la costante violazione di diritti cosiddetti inviolabili.

<sup>1</sup> *Perché si deve osare* è proprio il titolo del secondo paragrafo in L. Manconi *et al.* (2015).

Il carcere, nell’evoluzione storica e normativa che lo ha interessato dal XVIII secolo a oggi, ha mantenuto intatta – addirittura consolidandola – una sua costante: esso si è affermato come strumento di “vendetta sociale” che, anziché alla “rieducazione”, concorre all’annullamento del reo al fine di salvaguardare ordine e sicurezza (L. Ferrari, 2015). Ma il sistema penitenziario riesce poi effettivamente a tutelare questi interessi? La risposta a siffatto quesito impone la conoscenza di un dato fondamentale: il tasso di recidiva, il quale indica la percentuale di condannati che, una volta espiata la pena in carcere e riacquisita la libertà, tornano a delinquere per le cause più disparate (S. Ferraro, 2013). Indubbiamente, la matrice della recidiva è da rinvenirsi anche nella «responsabilità individuale di chi delinque e continua a farlo», ma non si può negare che essa sia sintomo di una certa inefficienza del sistema di esecuzione penale (L. Manconi *et al.*, 2015). I dati statistici relativi al nostro paese non lasciano spazio a dubbi: il tasso di recidiva è molto più alto nel caso di pena scontata interamente in carcere che non in ipotesi di affidamento in prova ai servizi sociali. Nel caso di pena interamente scontata in carcere, il tasso di recidiva si attesta oltre il 65%, contro il 19% e il 16% di pene espiate col ricorso parziale o totale a misure alternative (*ivi*).

Ne consegue dunque che, dietro questo elevato tasso di recidiva, si cela la disfatta dello scopo rieducativo della pena. L’invisibilità che ingurgita il carcere, l’esclusione del condannato dalla società e dalle sue dinamiche alimentano un circuito chiuso, viziato, nel quale ogni interazione ha carattere “artificioso”: il reo, a seguito della condanna, è esiliato nel «villaggio carcere», in cui, nella peggiore delle ipotesi, simula il proprio ravvedimento pur di uscire il prima possibile (S. Ferraro, 2013). Un carcere che produce finzione è una pena che non funziona e che, inevitabilmente, instillerà nel suo «ospite» un sentimento di ostilità nei confronti della comunità che lo ha relegato in quel microcosmo.

A fronte di un sistema penale che paradossalmente alimenta la criminalità e l’emarginazione sociale, ancora più spropositati appaiono i costi dell’istituzione penitenziaria. Attualmente un detenuto costa allo Stato italiano 125 € al giorno, di cui solo una piccola parte (9,26 €) è destinata alla persona reclusa: ammonta a poco meno di 10 €, quindi, la spesa giornaliera sostenuta per fornire vitto, assistenza, rieducazione e pochi altri servizi al detenuto; il resto è quanto occorre per finanziare quel complesso marchingegno che è il sistema penitenziario (L. Manconi, S. Anastasia, V. Calderone, F. Resta, 2015, 55). A fronte di questi dati ci si domanda se non sia possibile impiegare queste risorse economiche per un sistema penale differente, fuori dagli schemi e dalle grate del carcere.

Alcune realtà straniere hanno già investito – anche in termini di fiducia – su una penalità di questo tipo, rinunciando di fatto alla centralità del carcere e prediligendo sanzioni alternative che mirino al reinserimento nella società

del condannato (si pensi a paesi come quelli del Nord Europa). Abolire il carcere, infatti, non significa lasciare impunita ogni violazione di legge, piuttosto vuole suggerire che è possibile un sistema penale articolato in una pluralità di pene, considerando la differente matrice criminologica di reati diversi che oggi, però, sono indiscriminatamente sanzionati con il carcere. Quest'ultimo, in quanto restrizione della libertà personale, non sarà ad esempio necessario in quei casi – circa l'87% – in cui il reo non è stato ritenuto socialmente pericoloso (G. Colombo, 2011; S. Ferraro, 2013). Per il restante 13%, c'è da dire che: «Chi è pericoloso deve stare da un'altra parte, ma questa altra parte non può essere il carcere nella forma nella quale generalmente si intende oggi» (G. Colombo, 2011, 79).

Tra gli argomenti *pro abolitione*, residua senza dubbio quello della costante violazione dei diritti dell'uomo che si consuma quotidianamente nell'ombra grigia e umida della prigione: è la questione della giustizia *nel carcere*.

### 3. La giustizia *nel carcere*

Il saggio conclusivo del volume *Prison et droits* narra della giustizia negata nel carcere, dei diritti costantemente sacrificati allo scopo della pena. La questione che si pone è: qual è il contenuto della pena detentiva? Quali diritti possono essere compresi contestualmente alla libertà personale?

È ormai storia la *sentenza Torreggiani* dell'8 gennaio 2013, con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha contestato all'Italia la violazione dell'art. 3 della CEDU. I fatti lamentati accendono i riflettori sul carcere e pongono il problema del sovraffollamento, dei detenuti stipati sino a non distinguere più i confini della propria individualità. Si corre il rischio, però, di ridurre la questione dei trattamenti inumani e degradanti al calcolo dei metri di una cella (con e senza mobilio). Purtroppo il dibattito pubblico scivola in questo errore e sintetizza la pletora di atti di *soft law* internazionale (si pensi, ad esempio, alla Convenzione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1948 oppure alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli inumani o degradanti del 1987) a una questione di spazi.

Al saggio di Norbert Campagna, intitolato *Sexualité et prison* (2015), non possiamo, dunque, non riconoscere il merito di aver buttato lo sguardo fuori dall'angusta cella e di aver operato lo sforzo di individuare quali altre violazioni dei diritti si consumano all'interno del carcere. Campagna accende i riflettori su un particolare diritto dell'uomo, quello alla sessualità, recentemente al centro di un dibattito in Italia per l'introduzione nelle carceri delle cosiddette *love rooms*. L'autore, dopo alcune osservazioni preliminari, sia in ordine al regime restrittivo della libertà che al ruolo della sessualità nella società democratica e liberale, sottolinea come per il detenuto la parola libertà

andrebbe declinata al plurale: la pena detentiva trascina con sé il sacrificio di libertà ulteriori, tra esse anche quella in esame (N. Campagna, 2015).

Uno degli aspetti più interessanti dell'analisi di Campagna, però, interviene quando egli distingue la libertà sessuale negativa da quella positiva, ognuna delle quali con propri contenuti – e, sul piano della restrizione, proprie conseguenze. La libertà sessuale negativa è lesa ogni volta in cui non si può avere la placida certezza che non si subirà un atto sessuale che non si desidera. Nessun crimine commesso, per quanto grave sia, giustifica un attentato all'integrità sessuale, quindi psicologica, del colpevole (*ivi*).

Non bisogna dimenticare, come sottolinea Campagna, che la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 condanna non solo la tortura ma anche ogni pena che sia degradante e crudele. Dunque, ammesso che la privazione di determinate libertà possa essere giustificata come sanzione penale, essa non può che riguardare solamente libertà che non ineriscono a delle dimensioni fondamentali dell'umanità e che non implicano, direttamente o indirettamente, una minaccia alla dignità. Lo scopo di prevenzione della pena può e deve essere perseguito tenendosi all'interno dei limiti tracciati dai diritti fondamentali. Questo significa che la prigione non deve assolutamente pregiudicare un sano sviluppo della dignità umana del soggetto detenuto, così che egli possa apprendere il valore del rispetto altrui (*vi*).

Il tema della privazione della libertà sessuale negativa è particolarmente sentito perché è uno dei tanti sintomi dell'incapacità dello Stato di far fronte al sovraffollamento carcerario: nella confusione delle cifre, nell'omertà delle celle grigie, a perdersi sono ineluttabilmente i più deboli.

La libertà sessuale positiva manifesta connotazioni differenti, ma non certo di più agevole sistemazione nel dibattito carcerario. L'autore pone subito i termini della questione: occorre verificare se un sistema penitenziario che preclude – a livello normativo o sul piano materiale – rapporti sessuali ai detenuti sia legittimo o meno. Ponendo il caso di due coniugi, di cui uno recluso e l'altro libero, l'istituzione penitenziaria potrebbe impedire la consumazione di atti sessuali sulla base di due argomenti: la privazione della libertà sessuale attiene alla dimensione della pena, quindi la preclusione suscita a livello normativo; tale tesi riceve, però, la critica per cui in questo modo si ridurrebbe la libertà sessuale al mero atto fisico finalizzato al piacere orgasmico, lasciando fuori il carattere umanizzante e socializzante che essa, invece, ha. L'amministrazione penitenziaria, che pure vorrebbe riconoscere questo diritto al detenuto, incontra limiti di natura pratica: non ci sono spazi adibiti per tali fini; si profilerebbe la necessità di una sorveglianza onde evitare scambi non consentiti oppure si porrebbe la questione del riconoscimento di un tale diritto anche a coppie non sposate, con il rischio di favorire la prostituzione (*ivi*).

Campagna, naturalmente, ha posto l'accento solo su uno dei tanti diritti quotidianamente violati in carcere, ma, a un'attenta lettura del suo saggio, se ne coglie la natura strumentale al fine di mettere a fuoco l'«ingiustizia» nelle carceri. Questo interessante saggio illumina il confine tra carcere e stato di diritto, una zona oscura nella quale i diritti diventano evanescenti al punto tale da non esser più riconosciuti. La domanda non è se l'accertamento di un fatto di reato possa giustificare una limitazione della libertà personale dell'individuo, bensì quale debba essere la portata reale di tali restrizioni previste *ex lege*. La pena detentiva trascina con sé così tanti aspetti della vita dell'individuo e dei suoi congiunti che la legge non è riuscita a garantirne una disciplina, se non esaustiva, almeno sufficiente.

«Nel carcere quello dei diritti è il terreno di una contesa» scrive Anastasia (2012) e la questione del diritto alla sessualità si affaccia per la prima volta nel panorama giurisprudenziale italiano nel 2012 con una sentenza della Corte costituzionale. Il giudice *a quo* – il magistrato di sorveglianza di Firenze –, in un ricorso presentato nell'aprile dello stesso anno, lamentava l'incostituzionalità dell'art. 18, comma 2°, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*), nella parte in cui prevede il controllo visivo da parte degli agenti penitenziari durante i colloqui dei detenuti, precludendo così a questi ultimi la possibilità di intrattenere rapporti sessuali con il coniuge o con la persona convivente *more uxorio*. La violazione, nello specifico, avrebbe riguardato una serie di disposizioni costituzionali (artt. 2, 3, co. 1° e 2°, 27, co. 3°, 29, 31, 32, co. 1° e 2° della Costituzione) e lesò, dunque, i diritti inviolabili dell'uomo, quelli della famiglia e il diritto alla salute, depauperando, quindi, anche il principio di uguaglianza formale e sostanziale sancito dalla Carta costituzionale. Il magistrato di sorveglianza fiorentino, sulla base di queste premesse, chiedeva l'abrogazione della citata disposizione dell'ordinamento penitenziario, nell'auspicio che l'Italia seguisse la «tendenza del regime penitenziario europeo, intenzionato, almeno nei buoni propositi, a riconoscere «il diritto a una vita affettiva e sessuale prevedendo misure e luoghi appositi» (Raccomandazione del Parlamento europeo del 9 marzo 2004, n. 2003/2188).

La Corte costituzionale, con sentenza n. 301/2012, come auspicato dall'Avvocatura generale dello Stato, intervenuta a seguito del ricorso del giudice *a quo*, ha dichiarato inammissibile la questione in ordine a due profili: da un lato, il rimettente aveva «omesso di descrivere in modo adeguato la fattispecie concreta e conseguentemente di motivare sulla rilevanza della questione»; d'altro canto, ha aggiunto la Corte costituzionale, un intervento ablativo sulla disposizione di cui sopra avrebbe inciso in modo significativo su quello che è un ambito di pertinenza del legislatore. Abrogare la norma

nella parte in cui prevede il controllo visivo sui colloqui dei detenuti con i congiunti avrebbe creato un forte squilibrio tra la tutela di un diritto – quello alla sessualità e le esigenze punitive dello Stato –, nonché creato un vuoto normativo in ordine alla previsione delle modalità e dei soggetti legittimati a tale esercizio, il quale, tra l'altro, necessita della predisposizione di locali idonei.

Quello che emerge da una attenta lettura della sentenza in esame è, dunque, come il giudice di legittimità, pur riconoscendo il valore e la necessità di un intervento in merito, abbia, al contempo, ammesso l'esigenza di interventi legislativi *ad hoc*. Al magistrato di sorveglianza di Firenze, dunque, va riconosciuto il merito di aver aperto, in Italia, un dibattito sulla sessualità negata ai detenuti. Tale questione, inoltre, richiama inevitabilmente quella – di più ampio raggio – del diritto all'affettività e di una pena, quella carceraria, che finisce col ledere anche i diritti dei congiunti della persona reclusa, dal coniuge alla prole. Come ha fatto notare anche Salvatore Ferraro (2013), la totale separazione del reo dalla società implica l'estensione del contenuto afflittivo della pena ai parenti e ai cari, provocando «contingentamento», «paralisi» e «degradazione» degli affetti. È in queste dinamiche che emerge l'ingiustizia del carcere.

L'universo carcerario – nella sua pluridimensionalità – non conosce una risposta certa né alle questioni giusfilosofiche, né a quelle che la quotidianità reale, multiforme e imprevedibile, fa sorgere dinanzi agli uomini e alle loro esigenze. Il carcere vive un'insanabile e secolare contraddizione: l'ordinamento lo prevede e legittima, ma poi dimentica di regolarne la vita all'interno. È come se si trattasse di un microcosmo, avulso dalla società che lo ospita: la distanza tra *dentro* e *fuori* è incolmabile, invalicabile non solo fisicamente ma anche e soprattutto con la mente.

### Riferimenti bibliografici

- ANASTASIA Stefano (2012), *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Ediesse, Roma.
- AUDEGEAN Philippe (2015), *Beccaria et la naissance de la prison*, in DELIA Luigi, a cura di, *Prison et droits: visages de la peine*, fascicolo monografico di “L'irascibile. Revue de l'Institut Rhône-Alpin de Sciences Criminelles (IRASC)”, 5, pp. 47-68.
- BECCARIA Cesare (2010), *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, Milano.
- CAMPAGNA Norbert (2015), *Prison et sexualité*, in DELIA Luigi, a cura di, *Prison et droits: visages de la peine*, fascicolo monografico di “L'irascibile. Revue de l'Institut Rhône-Alpin de Sciences Criminelles (IRASC)”, 5, pp. 147-75.
- COLOMBO Gherardo (2011), *Il perdono responsabile. Perché il carcere non serve a nulla*, Adriano Salani Editore, Milano.
- DAVIS Angela (2009), *Aboliamo le prigioni? Contro il carcere, la discriminazione, la violenza del capitale*, trad. it. LUPI Giuliana, minimum fax, Roma.

*Arianna Colonna*

- FERRARI Livio (2015), *No prison*, Rubbettino, Soveria Mannelli.
- FERRARO Salvatore (2013), *La pena visibile. O della fine del carcere*, Rubbettino, Soveria Mannelli.
- FOUCAULT Michel (2013), *La Société punitive. Cours au Collège de France 1972-1973*, éd. par B. E. HARCOURT, Gallimard, Le Seuil, Paris.
- FOUCAULT Michel (1975), *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris.
- IPPOLITO Dario (2012), *La philosophie pénale des Lumières entre utilitarisme et rétributivismus*, in DELIA Luigi, RADICA Gabrielle, a cura di, *Penser la peine à l'âge des Lumières*, fascicolo monografico di "Lumières", 20, pp. 21-34.
- MANCONI Luigi, ANASTASIA Stefano, CALDERONE Valentina, RESTA Federica (2015), *Abolire il carcere*, Chiarelettere, Milano.

