

# I PRINCIPI DI PERSONALIZZAZIONE E UMANIZZAZIONE DELLA PENA\*

**Criminalia**  
Annuario di scienze penalistiche

Gabriele Fornasari\*\*

in *disCrimen* dal 15.11.2024

**SOMMARIO** 1. Introduzione. – 2. Un *excursus* storico. – 2.1. Umanità della pena e visione utilitaristica: dall'assolutismo (Hobbes) all'illuminismo (Beccaria). – 2.2. Critica della compatibilità fra umanità e utilitarismo (Kant): davvero due mondi inconciliabili? – 3. Umanizzazione della pena e Costituzione. – 3.1. La focalizzazione del problema. – 3.2. Tre fattori che contraddicono il principio di umanità della pena: a) La presenza dell'ergastolo. – 3.3. b) La persistenza della tortura nelle carceri. – 3.4. c) Il dramma del sovraffollamento. – 3.5. *Overcriminalization* e selezione del penale. – 3.6. Conseguenze della disumanità del carcere: i suicidi e l'autolesionismo. – 3.7. Dagli ostacoli materiali agli ostacoli intellettuali all'umanità del carcere: concezioni espressive della pena e *right to punishment* in capo alla vittima. – 4. Il difficile cammino verso la personalizzazione della pena. – 4.1. Argomenti di diritto positivo vigente. – 4.2. I principi sottesi alla necessità di individualizzazione del trattamento. – 5. Una breve e disincantata (ma non del tutto rassegnata) considerazione conclusiva.

## 1. Introduzione

Personalizzazione e umanizzazione della pena.

Un tema che chiama in causa una gran quantità di riflessioni intorno al fenomeno del punire, ma mi atterrò al proposito di mantenermi dentro un solco limitato, trattando in senso stretto tali due questioni, senza invadere terreni certamente finitimi, ma distinti, come quelli inerenti al principio di rieducazione, alla giustizia riparativa, alle pene prescrittive e ai modelli sospensivi.

Inoltre, anche se l'oggetto è genericamente la pena, concentrerò l'attenzione sulla pena che più di tutte ci affatica nello sforzo di individuare una legittimazione, ovvero la pena detentiva.

Ciò premesso, beninteso, sarà inevitabile che qualche pensiero corra anche, non foss'altro per specificare bene il contesto di riferimento, ai temi generali al cui interno questa riflessione si iscrive.

Preciso subito anche che nello svolgere il tema ribalterò l'ordine dei fattori, ovvero mi occuperò prima della umanizzazione e poi della personalizzazione, convinto che la prima rappresenti in qualche modo un necessario presupposto logico della seconda.

---

\* È il testo della relazione tenuta al Convegno "*Vale ancora la pena? La risposta al reato nell'epoca contemporanea*" svoltosi a Firenze il 17 e 18 ottobre 2024.

\*\* Professore ordinario nell'Università di Trento.

## 2. Un *excursus* storico

### 2.1. - *Umanità della pena e visione utilitaristica: dall'assolutismo (Hobbes) all'illuminismo (Beccaria)*

Può aiutare a introdurre il discorso una brevissima premessa storica.

Dobbiamo infatti innanzi tutto chiarirci su un punto, cioè se vogliamo considerare la pena, intesa qui ancora genericamente come la reazione approntata da un ordinamento alle violazioni più gravi dell'ordine sociale, come un atto di ostilità verso l'infrattore o qualcosa di diverso.

Nel primo caso, del tema dell'umanizzazione non si fa neppure questione, come dimostrano parecchi secoli di storia fino all'età moderna avanzata, ma anche, purtroppo, tendenze post-moderne che da qualche tempo stanno prendendo piede sia nel dibattito teorico che nel discorso politico, anche nei più avanzati paesi occidentali, dove si parla di un diritto alla punizione in capo alla vittima, anche in spregio ad elementari garanzie di livello costituzionale, come forma di espressione di una rivalutata e legittimata istanza di vendetta.

Solo nel secondo caso, nel solco della miglior tradizione dello stato di diritto, viene in questione l'idea della umanizzazione, che fa la sua clamorosa apparizione nell'opera di Beccaria (per lui l'umanità è uno dei predicati essenziali della pena), ma in sostanza appare già, sebbene indirettamente, oltre un secolo prima nel *Leviatano* di Thomas Hobbes (1651), un riferimento forse sorprendente, ma facilmente deducibile là dove si afferma che la pena, appunto, non deve essere un atto di ostilità<sup>1</sup>, ma ha il limite ben preciso di rappresentare un male che si infligge affinché i consociati rispettino la legge, col fine ultimo della garanzia della sicurezza e della pace all'interno della compagine sociale<sup>2</sup>.

Anche i pensatori illuministi, nel loro sforzo di razionalizzazione e rinnovamento, partono, come ha affermato Michel Foucault, dalla critica ad una cattiva economia del potere, battendosi contro un diritto penale intriso di privilegi, illegalismi, abusi e ingiustamente distribuito, e avendo di mira innanzi tutto l'idea di un limite, di un criterio di moderazione<sup>3</sup>.

All'atto pratico, ciò trova la sua manifestazione in un progetto (ancora, come in Hobbes) utilitaristico, in cui assume piena legittimazione solo una pena, tra l'altro,

<sup>1</sup> T. HOBBS, *Il Leviatano* (1651), traduzione, introduzione e note a cura di R. Giammanco, UTET, Torino, 1955, Cap. XXVIII, 351.

<sup>2</sup> T. HOBBS, *Il Leviatano*, cit., 350.

<sup>3</sup> M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Einaudi, Torino, 2014, 66 ss.

umana, proprio perché la sua caratteristica deve essere quella di prospettare uno svantaggio anche di poco superiore al vantaggio che l'autore del reato si aspetta di poter ottenere con la sua commissione; a ciò viene affidata la produzione dell'effetto deterrente, mentre ogni eccedenza superflua della quantità e della durezza della pena rispetto a questo limite deve essere considerata come tirannica<sup>4</sup>.

Dunque, non la crudeltà delle pene può prevenire efficacemente i delitti, ma, sempre nel quadro di legittimazione fornito dal principio di legalità, la loro infallibilità, non scalfibile, secondo Beccaria, nemmeno dall'intervento della grazia sovrana<sup>5</sup>.

Segnalo solo, tra parentesi, che chi volesse vedere, con gli occhi dell'attualità, in questo sfavore di Beccaria per la grazia un'anticipazione delle odierne teorie del *right to punishment* che non ammettono alcuna forma di istituto clemenziale nel diritto penale, non terrebbe conto di un fondamentale elemento del contesto storico di riferimento, ovvero del fatto che ancora nel Settecento la grazia sovrana era il risultato di un puro arbitrio slegato da qualunque vincolo legale, una situazione quindi evidentemente diversa dall'attuale<sup>6</sup>.

Accomuna dunque la filosofia politica di Hobbes e il progetto penale di Beccaria e dei riformatori coevi un'impronta essenzialmente utilitaristica: come nota ancora Foucault, nel nome dell'utilità pubblica il condannato appare come un soggetto messo al servizio di tutta la comunità, visibile e controllabile da tutti, in omaggio a una tecnologia della rappresentazione della pena e dei suoi svantaggi<sup>7</sup>.

## 2.2. - Critica della compatibilità fra umanità e utilitarismo (Kant): davvero due mondi inconciliabili?

Ma ancora all'interno del movimento illuminista, sebbene in un ambito territoriale diverso e con un'impostazione filosofica più speculativa, venne avviato un discorso sulla pena che pone in discussione il rapporto di compatibilità fra utilitarismo e umanità delle pene.

---

<sup>4</sup> "Perché una pena ottenga il suo effetto basta che il male della pena ecceda il bene che nasce dal delitto, e in questo eccesso di male dev'essere calcolata l'infalibilità della pena e la perdita del bene che il delitto produrrebbe. Tutto il di più è dunque superfluo e perciò tirannico": C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di A. Burgio, con prefazione di S. Rodotà, Feltrinelli, Milano, 2012, 78.

<sup>5</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), cit., 77 s.

<sup>6</sup> Basti consultare, al riguardo, l'eccellente ricostruzione storica di V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea di scopo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, 87 ss., con un'accurata descrizione dei motivi della irriducibilità dell'indulgenza – intesa come grazia sovrana del tempo dell'assolutismo – ai principi di ragione dell'Illuminismo penale.

<sup>7</sup> M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 116.

Mi riferisco naturalmente all'arcinota posizione espressa da Immanuel Kant, riassumibile con qualche rischio di approssimazione nell'idea che, se il valore cardine dello stato di diritto è costituito dalla dignità umana, ovvero il riferimento di principio a cui è parametrata l'umanità delle pene, un diritto penale fondato sulla valorizzazione della sua utilità pubblica appare seriamente idoneo non a rispettare, bensì a violare quel connotato assiologico, essendo molto forte il rischio che la ricerca dell'utilità conduca ad un uso strumentale del reo, lesivo proprio della sua dignità.

La pena, allora, dato che il diritto penale è un imperativo categorico della morale, non deve essere concepita come un mezzo che strumentalizza il reo a fini di utilità, ma deve essergli inflitta per il solo fatto di essere intrinsecamente giusta.

In Kant dunque l'umanità della pena si collega direttamente alla dignità dell'uomo, che viene rispettata solo all'interno di una concezione simmetrica della giustizia, che prescinde da ogni riferimento a ragioni di opportunità<sup>8</sup>.

Sembra pertanto di trovarsi di fronte ad un conflitto insuscettibile di composizione, se il discorso sull'umanità della pena conduce in un caso a un paradigma tendenzialmente preventivo e nell'altro ad un paradigma tendenzialmente retributivo.

Ma forse non è proprio così.

Al di là del fatto che importanti penalisti in senso lato neokantiani hanno colto nella *Straflehre* anche elementi, magari meno espliciti, che configurano una sua curvatura in senso generalpreventivo<sup>9</sup> e che lo stesso Beccaria non mostra di abusare in chiave strumentalizzante della finalità preventiva, che anzi ben spesso fonda una limitazione dell'intervento del diritto penale, là dove si afferma che non vi deve essere pena senza necessità, è la storia più recente delle teorie della pena che ci dimostra

<sup>8</sup> I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), ed. a cura di G. Landolfi Petrone, Bompiani, Milano, 2006, 273.

<sup>9</sup> Penso per esempio, fra i contemporanei, a Wolfgang Naucke e Hellmuth Mayer, i quali nei loro scritti sul Maestro di Königsberg, parlano di involontaria, ma gradita, accettazione da parte sua, del raggiungimento, attraverso la pena, di scopi relativi come effetti secondari della pena stessa (*Willkommenes Nebenprodukt*), dunque appunto di una declinazione di stampo generalpreventivo, facendo appello ad alcuni passaggi nei quali veniva sostenuto che le pene giuridiche sono ammonitrici o che a lato della vendetta esse possono avere scopi di correzione o essere irrogate *ne peccetur*: in questo senso W. NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Hansischer Gildenverlag, Hamburg, 1962, 56 e H. MAYER, *Kant, Hegel und das Strafrecht*, in P. Bockelmann-A. Kaufmann-U. Klug, *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, 78. Per una replica in senso critico a questa interpretazione, si veda S. MOCCIA, *Le teorie penalistiche nel pensiero tedesco. Illuminismo e Idealismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023, 51 ss., il quale rileva che i passaggi in questione sono assolutamente estemporanei e comunque vengono smentiti dallo stesso Kant nei punti davvero qualificanti della sua costruzione.

come il principio di umanità le abbia condizionate nel segno di una, seppur talvolta problematica, conciliazione.

Infatti, da un lato il riferimento all'utilità della pena dei riformatori settecenteschi non perde affatto di vista il presupposto dell'umanità, anzi, come osserva Philippe Audegean, l'utilità è subordinata all'umanità, dato che la punizione deve essere commisurata in proporzione al crimine e non secondo l'arbitrio dei giudici e l'effetto deterrente non deve essere provocato dalla spettacolarizzazione di un'esecuzione penale crudele e smisurata<sup>10</sup>; e allo stesso modo oggi le teorie sulla funzione della pena più rispondenti ai canoni di civiltà dello stato di diritto postulano come necessario un fondamento preventivo, ma al contempo individuano come limite la colpevolezza per il fatto, dichiarando dunque inammissibile quella eccedenza rispetto a quanto meritato dall'autore che connoterebbe una sua strumentalizzazione per fini diversi da quelli di giustizia<sup>11</sup>.

Sembra dunque potersi dire che l'umanità della pena è il collante di una concezione liberale della sua funzione.

### **3. Umanizzazione della pena e Costituzione**

#### *3.1. - La focalizzazione del problema*

Con questo, lasciamo la storia per passare all'attualità.

L'attualità è innanzi tutto, per noi, il terzo comma dell'art. 27 della Costituzione nella parte che ha suscitato il dibattito meno intenso, laddove afferma che le pene non devono essere contrarie al senso di umanità.

Si può speculare molto intorno a questa affermazione, per esempio in relazione al rapporto con il principio rieducativo contenuto nello stesso comma, ma su questo vorrei sorvolare, convinto che siano state già dette parole definitive circa il fatto che l'umanità del trattamento non possa non essere vista come il presupposto basilare di ogni progetto di rieducazione correttamente intesa: nel quadro di una pena disumana, è pensabile solo una inaccettabile prevenzione speciale neutralizzativa o una prevenzione generale puramente intimidativa<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> P. AUDEGEAN, *Utilitarismo e umanitarismo di Cesare Beccaria*, in G. Cospito-E. Mazza, *Nell'officina dei lumi. Studi in onore di Gianni Franciosi*, Ibis, Como, 2021, 177 ss.

<sup>11</sup> Esemplarmente H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 876 ss.

<sup>12</sup> Così, perspicuamente, G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in

Con questi primi riferimenti, è facile capire che il discorso è scivolato già da un affresco generale sulla pena a un percorso argomentativo che riguarda essenzialmente la pena carceraria.

A questo riguardo, è forse opportuno abbandonare il terreno strettamente concettuale, anche per l'obiettiva difficoltà di definire in modo da tutti accoglibile che cosa debba intendersi per pena umana, per inoltrarsi invece nell'analisi di alcune ragioni per le quali oggi la pena, così com'è, presenta evidenti caratteri di disumanità.

Ragionando in negativo il discorso si fa più concreto ed è più agevole evidenziare quale sia la posta in gioco.

### 3.2. - *Tre fattori che contraddicono il principio di umanità della pena: a) La presenza dell'ergastolo*

Parto dunque dall'enunciazione, senza pretesa di dimostrare che siano gli unici, di tre fattori che contraddicono il principio di umanità della pena.

Il primo fattore è la persistente presenza nel nostro ordinamento della pena dell'ergastolo, anche nella rimodulazione nel 2022 – più formale che sostanziale – della vecchia inaccettabile ipotesi di ergastolo ostativo<sup>13</sup>.

Infatti, l'ergastolo, che diversi ordinamenti hanno eliminato (ad esempio quasi tutti quelli dei paesi ispanofoni e lusofoni), prima ancora di essere incompatibile con il principio rieducativo (se inteso correttamente come offerta di risocializzazione) contrasta proprio col senso di umanità, in quanto impedisce che la persona condannata possa aspirare a costruire un progetto di un futuro in libertà, spegnendo la sua speranza di vita (a cui fa riferimento per esempio la sentenza Viola della Corte EDU<sup>14</sup>); la scelta del legislatore italiano di consentire in presenza di certi requisiti la liberazione condizionale

---

*Diritto e società*, 2012, 190 s., il quale sviluppa ulteriormente il suo pensiero affermando che il rapporto deve essere considerato biunivoco, nel senso che non può esserci rieducazione in assenza di una pena umana, ma d'altro canto non può immaginarsi alcuna dignità umana in una vicenda detentiva che sia priva della finalità rieducativa.

<sup>13</sup> Per un bilancio sostanzialmente critico degli esiti della riforma rinvio alle condivisibili osservazioni espresse nel saggio di F. MORO, *L'art. 4-bis o.p. riformato dal d.l. 162/2022, conv. con modifiche dalla l. 199/2022: un passo avanti e due indietro*, in *Sistema penale*, 5/2023, 109 ss.

<sup>14</sup> Sentenza 13/6/2019, n. 77633-16, Viola c. Italia, ampiamente ripresa nell'ordinanza con cui la Corte di Cassazione ha sollevato nel 2020 la questione di legittimità dell'art. 2 co. 2 del d.l. 152/1991, convertito in l. n. 203/1991, nella parte in cui si prevedeva il divieto di accesso alla liberazione condizionale per l'ergastolano ostativo non collaborante, nonché dalla stessa Corte costituzionale, nella pur deludente ordinanza che vi ha fatto seguito: per le opportune considerazioni al riguardo, rinvio al contributo di L. RISICATO, *L'incostituzionalità riluttante, dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, 661 ss.

attenua l'entità del problema ma non la elimina, mentre dal canto suo la previsione dell'ergastolo ostativo rappresenta plasticamente il rischio di disumanità evidenziato da Kant quando denunciava il fenomeno della strumentalizzazione del reo.

Ribadire, come si fa spesso, che l'ergastolo non può essere eliminato perché la società non sarebbe pronta ad accettarlo significa piegarsi a logiche irrazionali che sono estranee all'idea di una linea di politica criminale aderente sia al principio di umanità della pena sia ad una corretta individuazione della sua finalità<sup>15</sup> (altrimenti, per questa china, si potrebbe giungere a rivalutare anche la pena di morte, se si potesse ritenere che una larga fascia di popolazione la rimpiange quando si hanno notizie di reati particolarmente efferati).

### 3.3. - b) *La persistenza della tortura nelle carceri*

Il secondo fattore è la persistenza, e con essa una surrettizia giustificazione, della tortura.

Quello che preoccupa è certamente, da un lato, il fatto che ormai numerosi

---

<sup>15</sup> Non avrei molti argomenti da aggiungere, a favore dell'abolizione dell'ergastolo, rispetto a quelli adottati già anni fa da Stefano Anastasia e Franco Corleone – S. ANASTASIA-F. CORLEONE, *Le buone e tenaci ragioni per l'abolizione dell'ergastolo*, in S. Anastasia-F. Corleone (a cura di), *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, Ediesse, Roma, 2009, 11 ss. –, ma mi piace sottolineare come tra i detrattori di questa pena sia da annoverare anche un autore la cui menzione in questo contesto potrebbe apparire sorprendente, ovvero Aldo Moro, padre costituente e insigne penalista oltre che uomo politico di grande rilievo e martire della Repubblica: ebbene, Moro, ai suoi studenti del corso di Istituzioni di diritto e procedura penale presso l'Università "La Sapienza" di Roma, insegnava, testualmente, che "Un giudizio negativo, in linea di principio, deve essere dato non soltanto per la pena capitale, che istantaneamente, puntualmente, elimina dal consorzio sociale la figura del reo, ma anche nei confronti della pena perpetua: l'ergastolo, che, priva com'è di qualsiasi speranza, di qualsiasi prospettiva, di qualsiasi sollecitazione al pentimento ed al ritrovamento del soggetto, appare crudele e disumana non meno di quanto lo sia la pena di morte [...]. Qualunque cosa il soggetto faccia [...] non si può immaginare una modifica della sua vita che sia influente sul suo modo di essere, in presenza di una pena che è *uguale* (corsivo orig.) alla vita della persona. ci si può anzi domandare se, in termini di crudeltà, non sia più crudele una pena che conserva in vita privando questa vita di tanta parte del suo contenuto, che non una pena che tronca, sia pure crudelmente, disumanamente, la vita del soggetto e lo libera, perlomeno, con il sacrificio della vita, di quella sofferenza quotidiana, di quella mancanza di rassegnazione o di quella rassegnazione che è uguale ad abbruttimento, che è la caratteristica della pena perpetua. Quando si dice pena perpetua si dice una cosa estremamente pesante, estremamente grave, umanamente non accettabile"; seguono ulteriori espressioni del concetto per cui è in primo luogo il principio di umanità ad essere violato dalla previsione dell'ergastolo, anche perché, si precisa da ultimo, è necessario rammentare che la pena è la calibrata risposta dell'ordinamento giuridico e non la passionale e smodata vendetta dei privati: cfr. A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale tenute nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma*, raccolte e curate da F. Tritto, Cacucci, Bari, 2005, 115 ss.

processi in corso attestano episodi di violenza nei confronti dei detenuti che, alla luce dei rilievi probatori, sembrano potersi ricondurre al fenomeno della tortura, ma più ancora preoccupa la minimizzazione che spesso ne viene data a livello di dibattito pubblico, quasi a voler riconoscere che simili trattamenti sono coesenziali alla vita interna agli istituti di pena e funzionali al mantenimento della disciplina.

Un simile strisciante concezione, che indubbiamente finisce per fungere da indiretta legittimazione, è innanzi tutto dimentica del fatto che i condannati sono persone che a causa della commissione di un reato hanno perduto la libertà, ma non gli altri diritti della persona, sussumibili sotto l'ampio spettro concettuale della dignità umana, e inoltre è, a mio avviso, la pericolosa conseguenza di un atteggiamento che tende a prendere piede da una ventina d'anni a questa parte e che, con motivazioni del tutto risibili, pone sulla bilancia della valutazione sulla legittimità della tortura supposte esigenze di sicurezza che sarebbero idonee a prevalere sulla tutela della dignità della persona, ad onta dell'esistenza di una vasta gamma di disposizioni sovranazionali vincolanti che opportunamente vietano gli atti di tortura in qualsiasi contesto e in modo incondizionato, perfino nei casi del ben noto scenario della bomba a orologeria<sup>16</sup>.

L'impressione è che l'atmosfera che regna nel dibattito pubblico sul tema, con frequenti attacchi anche alla flebile e peraltro tecnicamente pessima fattispecie incriminatrice introdotta nel nostro codice penale, contribuisca a mantenere vivo in molti contesti difficili un clima di violenza sui detenuti che compromette proprio l'attuazione dell'umanizzazione della pena.

#### 3.4. - c) *Il dramma del sovraffollamento*

Il terzo fattore è, ancora oggi, quello del sovraffollamento.

I dati numerici sono abbastanza conosciuti, senza scendere nel dettaglio siamo tornati ad essere non troppo lontani dalla situazione che ha preceduto la nota sentenza Torreggiani, con oltre diecimila detenuti in più rispetto alla capienza effettiva.

Sapendo quanto sia una chimera, ai fini della soluzione del problema, la propagandata panacea della costruzione di numerose nuove carceri, sembra evidente che al momento l'unica via realistica da seguire sia quella di puntare sempre più seriamente

---

<sup>16</sup> Devo rinviare, per un eventuale approfondimento del punto di vista qui espresso in modo inevitabilmente sintetico, a quanto meglio motivato in G. FORNASARI, *Dilemma etico del male minore e ticking bomb scenario. Riflessioni penalistiche (e non) sulle strategie di legittimazione della tortura*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, 173 ss.



sulle alternative alla reclusione, facendo anche affidamento – non può più essere un tabù – su misure dichiaratamente ad effetto deflattivo, come la liberazione anticipata.

La necessità di far fronte al sovraffollamento non deve dipendere solo dal desiderio che il nostro paese non sia fatto oggetto di una nuova umiliante sentenza come quella appena citata della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ma in primo luogo proprio dall'obbligo di garantire condizioni minime di vita che possa definirsi dignitose, e non solo sul piano materiale, come forse appare più evidente, ma anche su quello del rispetto delle donne e degli uomini detenuti come persone.

Un intervento normativo che tiene conto di questa esigenza, ma solo in una prospettiva *ex post*, è il nuovo art. 35 *ter* ord. penit., che introduce, proprio dopo la sentenza Torreggiani, il rimedio compensativo, ovvero la possibilità di una decurtazione di pena funzionale a ristorare il pregiudizio sofferto per violazione dell'art. 3 CEDU, ovvero a causa del sovraffollamento.

Una misura corretta ma relativamente incisiva, che dovrebbe essere estesa, come propone per esempio Adam Kolber, all'adeguamento del *quantum* di pena in fase esecutiva o addirittura già in fase di cognizione a tutte le evidenti condizioni di disumanità della detenzione, stabilendo che un anno concretamente scontato può valerne due e tre in determinate circostanze<sup>17</sup>.

Dedico a questo punto solo una triste e sconsolata parentesi alla menzione di recenti lugubri progetti legislativi che vanno evidentemente nella direzione opposta, mostrando chiara indifferenza al senso di umanità quando affrontano per esempio temi come quelli delle detenute madri o delle espressioni di protesta per il disagio della reclusione.

### 3.5. - Overcriminalization e selezione del penale

È chiaro poi che, se vogliamo declinare questa questione sul piano delle prospettive non a breve ma a medio o lungo termine (una prospettiva peraltro non solo in

---

<sup>17</sup> A. KOLBER, *Unintentional Punishment*, in *Legal Theory*, 2012, 1 ss. e 27 ss., il quale fa riferimento, sul punto, alla necessità di tener conto di quelli che chiama “effetti non intenzionali della punizione”.

Per una posizione ancora più estrema, sul punto, si veda J.-M. SILVA SANCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, 154 s., secondo il quale quando si può supporre che le condizioni dell'esecuzione della pena siano tali da violare illegittimamente diritti fondamentali il giudice dovrebbe limitarsi alla simbolica dichiarazione di essere avvenuto un illecito colpevole meritevole di pena, poiché l'effettiva inflizione che comporti una situazione indegna non può essere mai propria della pena statale: se lo Stato non è in grado di garantire un'esecuzione rispettosa della dignità umana deve limitarsi all'atto simbolico della condanna senza che questa venga eseguita.

questo settore ma in generale totalmente negletta da anni dal legislatore penale), il discorso dovrebbe abbracciare, cosa che in questa sede non è possibile e dunque mi limito a brevissimi cenni, tutta l'ampia tematica della *overcriminalization*, fenomeno non solo italiano<sup>18</sup> che impone di riflettere, e se possibile anche di agire, riguardo alle prospettive di un'effettiva attuazione del principio di *extrema ratio*, valorizzando per esempio i possibili strumenti di tutela approntati da altri rami del diritto, le potenzialità della giustizia riparativa (che anche se non si vuole ipotizzare come cambiamento di paradigma rispetto a quella attuale ha sicuramente la capacità, già dimostrata in vari contesti, quanto meno di risolvere positivamente e senza sacrificio di alcun principio di garanzia un buon numero di conflitti che per la giustizia retributiva condurrebbero a decisioni che ingrosserebbero le fila dei detenuti) e proposte come quella, che lanciavi qualche anno fa trovando l'interesse e l'approvazione di alcuni colleghi, di istituire una maggioranza qualificata per l'approvazione in Parlamento di norme penali<sup>19</sup>, quanto meno quelle incriminatrici o con effetto aggravante la responsabilità, e con riguardo sia alle leggi di iniziativa parlamentare sia alla conversione di decreti legge in materia penale, che se proprio non si possono vietare occorre almeno che siano approvati a loro volta con maggioranza qualificata, anche per evitare lo squallido spettacolo della loro conversione senza discussione perché sottoposti a voto di fiducia.

<sup>18</sup> Nella letteratura recente, infatti, uno dei contributi più stimolanti sul tema viene da un filosofo giuridico e morale statunitense, Douglas Husak, che unisce al discorso critico una meritoria attenzione alle alternative: cfr. D. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2008, in particolare 4 ss. e 178 ss.

<sup>19</sup> Mi riferisco a G. FORNASARI, *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 2/2018, 162 ss.

Un'autorevole adesione a questo punto di vista è venuta per esempio da A. CADOPPI, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, 283 ss.; nello stesso senso anche E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino, 2020, 309 ss.

In precedenza, qualche spunto era emerso, talvolta in chiave problematica, come negli scritti di G. LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Indice penale*, 2007, 61 ss. e di G. FIANDACA, *Intorno al diritto penale liberale*, in *disCrimen*, 10 giugno 2019, 12 s., in altri casi con maggior convinzione, come in C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in materia penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, 321 ss. e M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, BUP, Bologna, 2014, 146 ss.

Analogo punto di vista esprime nella dottrina tedesca, con alcune differenze di dettaglio, T. VORMBAUM, *Strafgesetze als Verfassungsgesetze. In memoriam Knut Amelung*, in *Juristenzeitung*, 2018, 53 ss.

### 3.6. - *Conseguenze della disumanità del carcere: i suicidi e l'autolesionismo*

Tornando al punto specifico di queste mie riflessioni, vorrei sottolineare, per parlare ancora purtroppo di cose molto tristi, che gli ostacoli all'attuazione del principio di umanizzazione della pena, di cui ho portato poc'anzi qualche esempio, non possono non essere considerati alla base del fenomeno inquietante dei suicidi in carcere, la cui straziante contabilità deve essere aggiornata ormai quasi ogni giorno e che sarebbe ancora più tragica se considerassimo anche, come qualcuno ricorda, il numero consistente di decessi in carcere che non sono classificati come suicidi, ma restano senza spiegazione, suscitando il sospetto che almeno in parte potrebbero rientrare in quel novero o peggio ancora, come segnala Emilio Dolcini, nel novero delle morti su cui si allunga, più o meno evidente, l'ombra di una responsabilità diretta e commissiva delle istituzioni<sup>20</sup>, ed anche l'altra forte spia di disagio rappresentata da suicidi solo tentati e più in generale dal fenomeno dell'autolesionismo, segnali anch'essi di uno stato di disperazione, il tutto mentre dobbiamo ascoltare un ministro della giustizia dichiarare rassegnato che i suicidi sono una malattia ineliminabile del carcere e quindi, sembra essere il messaggio, non bisogna curarsene più di tanto.

### 3.7. - *Dagli ostacoli materiali agli ostacoli intellettuali all'umanità del carcere: concezioni espressive della pena e right to punishment in capo alla vittima*

Oltre a questi ostacoli fenomenologici e quindi molto pratici all'attuazione di una pena umana ve ne sono altri che, sebbene di natura essenzialmente concettuale, non appaiono meno insidiosi.

Mi riferisco all'emersione di concezioni espressivo-comunicative della pena che sono oggetto di elaborazioni intellettuali anche raffinate soprattutto nel mondo di *common law*, ma la cui eco si ripercuote pesantemente sul modo di sentire la pena anche al di fuori di quel contesto.

Ne ha trattato con grande perizia nella sua recente monografia Attilio Nisco<sup>21</sup>, a cui posso rinviare per i necessari approfondimenti, e qui pertanto mi limiterò a tracciare una sintesi estrema dei punti essenziali della concezione espressiva rilevanti ai fini della mia attuale riflessione, prendendo spunto da un mio lavoro pubblicato qualche mese fa<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali. Ricordando Vittorio Grevi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 39 s.

<sup>21</sup> A. NISCO, *Teorie espressive della pena: un'introduzione critica*, Giappichelli, Torino, 2024.

<sup>22</sup> Mi riferisco a G. FORNASARI, *Right to punishment e principi penalistici. Una critica della retorica anti-impunità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023, 12 ss.

La base di partenza è rappresentata dall'idea che con la sentenza di condanna, e dunque con la comminazione di pena che ne deriva, l'ordinamento non si limita a retribuire con l'irrogazione di una sofferenza il male causato dall'autore alla sua vittima (sia essa individuale o collettiva), ma deve altresì comunicargli la propria netta censura verso il suo comportamento.

Se fin qui non si afferma in fondo nulla di straordinario, quello che è davvero notevole, nella nostra prospettiva, sono talune implicazioni che ne vengono tratte, in particolare da alcuni esponenti che tendono a portare alle estreme conseguenze questa linea di pensiero.

Infatti, la mozione di censura che accompagna l'irrogazione della pena non dovrebbe soltanto essere rivolta all'autore, ma dovrebbe essere percepita dalla vittima, la quale potrebbe essere soddisfatta nel suo legittimo desiderio di vendetta solo dalla piena e totale esecuzione della sanzione stessa, senza la quale avrebbe l'impressione, che occorrerebbe a tutti i costi evitare, che l'ordinamento in realtà sia il primo a non prendere sul serio fino in fondo i suoi stessi precetti.

Di qui i corollari che sfociano in quell'asserito *right to punishment* di cui ho trattato nel mio lavoro poc'anzi citato: corollari che in certi casi, come si vedrà, appaiono in grado di travolgere perfino assodati principi penalistici dello Stato di diritto.

Il diritto alla punizione facente capo alla vittima, infatti, innanzi tutto vieterebbe all'ordinamento di fare uso di tutte le forme di intervento *lato sensu* clemenziali di cui storicamente dispone, come amnistie e indulti, ma dovrebbero essere interdette anche liberazioni anticipate o modalità di esecuzione in libertà, ma addirittura potrebbe giungere a fare della vittima stessa, di fatto, una sorta di co-decisore del tipo e dell'entità della sanzione, partendo dal presupposto che la pena deve innanzi tutto essere tale da soddisfare non esigenze astratte di giustizia, ma quelle concrete della vittima, a cui il giudice, così viene detto espressamente, deve mostrare fin da subito la propria vicinanza<sup>23</sup>.

Queste affermazioni sono già inquietanti in sé, per quello che ci dicono in termini di disprezzo per capisaldi costituzionali come il principio dell'imparzialità del giudice e il principio di non colpevolezza dell'imputato, per non dire della tassatività delle pene e del principio di uguaglianza, ma, se poi le connettiamo agli enunciati

---

<sup>23</sup> Un concentrato molto efficace di questa impostazione estrema, che prende spunto dal diritto penale internazionale, ma si propone di valere anche per il diritto penale degli Stati, si trova nel saggio di J.D. OHLIN, *The Right to Punishment for International crimes*, in F. Jessberger-J. Geneuss (a cura di), *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge University Press, New York, 2020, 257 ss.

dell'imperante populismo penale e alle sirene della giustizia mediatica, è facile comprendere quale *vulnus* gravissimo ne possa derivare anche per il destino dei principi di umanità della pena e di rieducazione del condannato.

Questa inclinazione vittimocentrica, che ha il vantaggio di rappresentare un messaggio intuitivo di facile presa (chi non si sente istintivamente più vicino sul piano empatico alla vittima piuttosto che all'autore, non foss'altro per una banale questione di identificazione?), legittima in fondo quell'idea di una pena, innanzi tutto essenzialmente carceraria, vista come una sorta di discarica sociale in cui, in omaggio a ragioni di sicurezza, si confinano i delinquenti, cioè i diversi e i nemici, affinché subiscano il male più elevato possibile, dunque, è facile intuirlo, senza alcuna preoccupazione per i loro diritti umani, che evidentemente si ritiene che abbiano perduto con la commissione del reato, e dunque con buona pace non solo dell'istanza rieducativa, ma, appunto, dell'umanità della pena, visto che si tratta, per esempio, anche della salute fisica e psichica<sup>24</sup>: la frase che risuona è: "Ah sì, stanno male in carcere? Beh, dovevano pensarci prima...".

Quanto sia controcorrente, *gegenstrom*, la battaglia per una pena umana di fronte a queste convinzioni, compendiabili in una equivoca concezione della certezza della pena, non può sfuggire a nessuno.

Peraltro, senza volermi qui diffondere sul punto, rilevo solo che la premessa fondamentale di queste teorie, data dalla concezione di una vittima inesorabilmente assetata di sangue e desiderosa solo di vedere replicato sull'autore, magari moltiplicato, il male da essa sofferto (si pensi che anche nell'ambito delle più raffinate concezioni espressive, come quella di Antony Duff, quel poco che viene ammesso di giustizia riparativa esige comunque che l'atto di riparazione abbia un contenuto di sofferenza<sup>25</sup>), ha basi empiriche labili, così come, lo dico solo per inciso, è del tutto cedevole la base

---

<sup>24</sup> Il tema è delicatissimo e per molti versi drammatico, ma non può essere qui adeguatamente sviluppato, per cui è opportuno il rinvio a contributi che ne forniscono un valido inquadramento introduttivo, come quelli di A. MASSARO, *Il diritto alla salute delle persone detenute tra "essere" e "dover essere"*, in G. Fornasari-A. Menghini, *Salute e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 1 ss., per i profili generali, e di E. MATTEVI, *Il disagio psichico in carcere: un'introduzione*, in A. Menghini-E. Mattevi, *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte nel sistema penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 169 ss., per la particolare e drammatica questione della tutela della salute mentale.

<sup>25</sup> Cfr. A. DUFF, *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, New York, 2001, 97, il quale specifica che, affinché la mediazione possa effettivamente inserirsi nel sistema penale, la riparazione a favore della vittima che ne deriva deve essere necessariamente gravosa per l'autore, perché attraverso di essa deve trovare conferma l'idea – squisitamente retributiva – che il colpevole deve essere fatto soffrire, mostrandogli perché lo merita.

empirica dell'idea che più carcere, ancor meglio se carcere duro, implica più sicurezza: è vero il contrario, se pensiamo ai tassi di recidiva conseguenti all'esecuzione in carcere paragonata a quella che consegue all'utilizzo di altri percorsi.

Che siano diffusi i casi di vittime che provano solo odio per i loro offensori non c'è dubbio, ma ho l'impressione che vi sia anche un mondo, oggi più sommerso e meno vociante, fatto di persone che, nella consapevolezza del carattere forse inevitabilmente disumano del carcere, apprezzano i tentativi di individuare percorsi almeno parzialmente diversi, strutturati sul riconoscimento tra autore e vittima, sulla responsabilizzazione del reo, sulla sua formazione, sulla possibilità di non recidere i suoi legami con il contesto socio-familiare e di recidere invece quelli con il contesto criminale di provenienza.

Ho trovato un campionario molto interessante della varietà di questi atteggiamenti in un'opera letteraria, il recente libro di Emmanuel Carrère "V13"<sup>26</sup>, in cui lo scrittore racconta la sua esperienza di cronista al processo svoltosi davanti al Tribunale di Parigi a carico dei mandanti della strage jihadista del Bataclan del 13 novembre 2015, e segnala come i congiunti delle vittime si dividono tra coloro che rivendicano il loro diritto all'odio, coloro che reputano che regalare il loro odio agli imputati significherebbe abbassarsi al loro stesso livello<sup>27</sup> e il caso infine del padre di uno degli attentatori, rimasto a sua volta ucciso, e di quello di una delle vittime che, conoscitisi per caso in una pausa delle udienze, decisero di approfondire la loro conoscenza fino al punto di scrivere insieme un libro per raccontare il loro comune dolore per la perdita di un figlio<sup>28</sup>.

Tutti questi atteggiamenti meritano rispetto, anche l'odio di un padre è un sentimento umano, ma non può essere considerato come l'unico possibile modello reattivo nell'ambito della società, e dunque non può essere quello su cui si commisura l'azione dell'ordinamento nel contrasto alla criminalità, che è pienamente legittimata a punire severamente gravi condotte antisociali come sono i reati, ma non a seguire acriticamente gli istinti più irrazionali di una parte dei consociati.

Il fatto che invece la retorica anti-impunità imponga una narrazione violenta che indirizza la pubblica opinione verso modalità di intervento spicce e totalmente ignare

---

<sup>26</sup> E. CARRÈRE, *V13*, Adelphi, Milano, 2023.

<sup>27</sup> Questo è il caso di un uomo che nell'attentato aveva perso la giovane moglie e ha poi pubblicato, l'anno successivo, un libro nel quale esprimeva il concetto che gridare vendetta significa darla vinta agli assassini e ciò che si deve desiderare è che si celebri un processo equo (A. LEIRIS, *Vous n'avez pas ma haine*, Fayard, Paris, 2016, trad. it. *Non avrete il mio odio*, Corbaccio, Milano, 2016).

<sup>28</sup> A. ANIMOUR-G. SALINES, *Il nous reste les mots*, Robert Laffont, Paris, 2020.

del problema delle conseguenze è uno dei drammi di una sedicente post-modernità che invece sempre più ricalca, anche nel campo del penale, il solco della pre-modernità.

È su questo, innanzi tutto, che deve rivolgersi l'attenzione di chi ha a cuore i principi di civiltà della nostra disciplina, a cominciare dal fatto di aver chiaro che qui non si tratta, come qualcuno vorrebbe, di contrapporre la concezione di un' *élite* e quella del popolo, perché anche quella che si spaccia per popolare è pure la concezione di un' *élite*, di una diversa *élite* che accarezza pericolosamente l'idea di impiantare una c.d. democrazia illiberale, che qualcuno ha meglio definito come autoritarismo competitivo, dato che si tratterebbe di un modello in cui della democrazia resterebbe solo la chiamata periodica al voto<sup>29</sup>.

#### **4. Il difficile cammino verso la personalizzazione della pena**

##### *4.1. - Argomenti di diritto positivo vigente*

Mi sono soffermato a lungo sul tema della umanizzazione e delle sue difficoltà di realizzazione perché ritengo che la garanzia di una pena umana sia l'unica premessa possibile perché si possa anche solo impostare il discorso sulla personalizzazione.

Personalizzare significa pensare e provare a realizzare, tra le tante obiettive difficoltà, un progetto che guarda alla persona, alla sua individualità e alla sua dignità, in vista della costruzione di un futuro, ed è chiaro che in un ambiente violento, sovraffollato all'estremo e, per alcuni detenuti, privo della prospettiva di un dopo, qualcosa del genere non è nemmeno immaginabile, salvo in casi purtroppo non frequenti in cui alla buona volontà degli operatori, che invece è riscontrabile spesso, si accompagna la presenza di circostanze fortunate che rendono attuabili i loro programmi.

D'altro canto, sul piano strettamente normativo questo proposito, bisogna pur ricordarlo, trova un'espressa copertura nell'attuale dettato degli artt. 13 e seguenti della legge sull'ordinamento penitenziario, dunque non si tratta soltanto dell'astratta utopia di qualche beato sognatore.

Siamo giuristi, sicché è giusto far parlare le norme.

Nello specifico, l'art. 1 ord. penit. è chiarissimo nell'affermare al secondo comma

---

<sup>29</sup> Cfr. S. LEVITSKY-L.A. WAY, *Elections without Democracy. The Rise of Competitive Authoritarianism*, in *Journal of Democracy*, vol. 13, April 2002, Issue 2, 52 s., approfondendo una suggestione già presente in J.J. LINZ, *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Lynne Rienner, Boulder, 2000, 34. Il senso della scelta terminologica è quello di sottolineare come il modello delineato non sia qualificabile come una forma "diminuita" di democrazia, bensì come una forma "diminuita" di autoritarismo.



che “il trattamento...è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dell’interessato” e l’art. 13, nella versione derivante dalla riforma introdotta con il d. lgs. n. 123 del 2018 (che di fatto riprende l’essenza di quanto già affermato nell’art. 27 del regolamento esecutivo riguardo al c.d. percorso di revisione critica) contiene un ambizioso e condivisibile programma politico riguardante l’esecuzione penale: leggendone il contenuto verrebbe quasi da dire che non c’è niente da aggiungere:

“Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto, incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale”.

Certo, si potrebbe dire che siamo davanti a un proclama tanto generoso quanto generico, ma l’articolo non termina con questo primo comma, e già il secondo si incarica di entrare un po’ più nello specifico, stabilendo che “nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l’osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze psicofisiche o le altre cause che hanno condotto al reato e per proporre un idoneo programma di reinserimento”.

Anche in queste formulazioni normative non mancano i difetti, si è parlato di un linguaggio vetusto, da scienza psichiatrica del primo ventesimo secolo, ma certamente sarebbe ingenerosa l’accusa di riproporre un modello di trattamento di natura egemonica, votato alla disciplina e all’addomesticamento, come tematizzato e criticato da Michel Foucault<sup>30</sup>; qui almeno buone intenzioni di natura inclusiva non mancano.

Qui non c’è dubbio, mi pare, che sull’idea di trattamento-regime prevalga quella del trattamento-rieducazione, e soprattutto le modifiche intervenute con il d. lgs. 123 del 2018 aggiornano la normativa, tra l’altro, nel senso della valorizzazione del principio di responsabilizzazione del detenuto e del superamento dell’irrealistica considerazione per cui l’origine del comportamento deviante fosse necessariamente da ravvisare in forme di disadattamento sociale (oltre che in carenze psicofisiche), ciò che, come bene osserva Giovanni Fiandaca<sup>31</sup>, poteva essere riferibile alla classe dei marginali sociali, che certamente rappresentano la parte preponderante della clientela penitenziaria, ma non

<sup>30</sup> Mi riferisco in particolare alla Parte Terza della sua opera: cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 145 ss.

<sup>31</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Il 3° comma dell’articolo 27*, in G. Branca-A. Pizzorusso, *Commentario alla Costituzione. Art. 27-28. Rapporti civili*, Zanichelli, Bologna, 1991, 276 s., nell’ottica della ricerca di una nozione di rieducazione utilizzabile ad ampio raggio.



può estendersi ad ogni forma di devianza, come è agevolmente riscontrabile guardando agli esiti della moderna criminologia (il pensiero va subito, naturalmente, alla criminalità politica, a quella dei *sex offenders* e dei colletti bianchi)<sup>32</sup>.

Nella giusta direzione, pensando all'istanza di personalizzazione, va anche, a mio avviso, il riferimento contenuto nell'attuale terzo comma dell'art. 13, non solo, in generale, alla riflessione a cui il detenuto è incentivato sul fatto commesso, sulle sue motivazioni e sulle sue conseguenze, ma in particolare all'incentivazione di condotte di riparazione a favore della vittima, pur con la consapevolezza del rischio che la realizzazione di tali condotte possa essere funzionale più al conseguimento di benefici materiali che non ad un percorso rieducativo personalizzato.

Certo, nei decenni passati, il discorso sulla personalizzazione, come presupposto della rieducazione, ha teso sempre di più ad inclinare verso la prospettiva della decarcerizzazione, e questo è comprensibile, dato che il carcere non è sicuramente il luogo più consono ad un processo di rieducazione, ma non si deve dimenticare che il ricorso alle alternative è per forza di cose limitato, sicché la riflessione sull'offerta rieducativa in carcere, e quindi sulla sua necessaria premessa della personalizzazione, deve essere tenuta viva.

#### 4.2. - *I principi sottesi alla necessità di individualizzazione del trattamento*

A tal fine, i principi da seguire sono già stati delineati dalla dottrina più consapevole e in alcuni casi dalla stessa giurisprudenza, sulla scorta anche di importanti innovazioni normative.

Si parte, naturalmente, dall'elemento del consenso dell'interessato, e quindi della rinunciabilità del diritto al trattamento, ribadito anche dalla Cassazione<sup>33</sup>, senza il quale si avrebbe una violazione indebita dell'autodeterminazione del recluso e si attraverserebbe di nuovo, a ritroso, il confine che ci separa dall'idea del trattamento come imposizione egemonica.

Ciò non toglie, peraltro, che a sua volta l'amministrazione penitenziaria è invece investita, di fronte a un preciso diritto del detenuto consenziente<sup>34</sup>, di un obbligo in

---

<sup>32</sup> Sul punto, cfr. M. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Questione Giustizia*, 3/2018, 125.

<sup>33</sup> Così già Cass. 1/7/1981, Varone, in *Riv. pen.*, 1982, 434.

Nello stesso senso, in dottrina, E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, Bologna, 1981, 58.

<sup>34</sup> L'esistenza di un vero e proprio diritto del detenuto a un'esecuzione della pena secondo i precetti costituzionali è una chiave di volta fondamentale del diritto penitenziario, sebbene sia una conquista

tal senso, pur se nelle forme di un'offerta e non di una costrizione<sup>35</sup>, così come è stato inteso dalla sentenza costituzionale n. 204 del 1974, che dà rilievo alla personalizzazione del trattamento in funzione del fattore tempo con l'affermazione del diritto a che la persona venga periodicamente rivalutata nell'ottica della flessibilizzazione della risposta sanzionatoria<sup>36</sup>.

È importante segnalare che oggi obiettivo dell'osservazione scientifica della personalità è rilevare non solo le carenze psicofisiche del soggetto che hanno condotto al reato, ma, dato che la formulazione si riferisce a tutte le altre cause, si può dire che la gamma delle opzioni, prodromiche a individualizzare il trattamento, è la più ampia possibile, così come è fondamentale ricordare che la scientificità dell'osservazione non implica un approccio esclusivamente fondato sull'uso di strumenti tecnici, ma, come rimarcato anche dalla giurisprudenza, essa può attuarsi anche, in conformità alle più moderne teorie criminologiche, in base a schemi liberi, dando rilievo, in chiave essenzialmente comunicativa e valorizzando il rapporto interpersonale, a tutti i fattori in grado di comprendere adeguatamente la personalità del soggetto<sup>37</sup>.

## 5. Una breve e disincantata (ma non del tutto rassegnata) considerazione conclusiva

Dal quadro fin qui stilizzato, parrebbe dunque che si sia in presenza di un contesto normativo fatto di disposizioni rivolte proprio all'obiettivo di una personalizzazione del percorso della detenzione, di una dottrina fortemente consapevole della necessità di intraprendere questa strada e di una magistratura, almeno certamente quella di sorveglianza, in fondo non insensibile a questa istanza.

---

più teorica che reale: per le buone ragioni dell'affermazione di questo assioma si possono vedere A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 424 ss. e A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Jovene, Napoli, 2015, p. 38.

<sup>35</sup> Così, per tutte, Cass. 5/2/1998, Sciacca.

<sup>36</sup> Corte Cost. 4/7/1974, n. 204, in *Giur. it.*, 1975, 11, p. 569, con commento di E. FASSONE, *La liberazione condizionale dalla sentenza costituzionale n. 204 del 1974 alla legge 12 febbraio 1975 n. 6: incertezze risolte e dubbi rimasti*.

Ampi riferimenti sull'importante carattere pionieristico di questa pronuncia nella monografia di A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, cit., 174 ss.

<sup>37</sup> Così in dottrina, *inter alia*, L. CARACENI-A. BERNASCONI, *Art. 13. Individualizzazione del trattamento*, in F. Della Casa-G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Wolters Kluwer/CEDAM, Milano/Padova, 2019, 169, e in giurisprudenza già Cass. 19/2/1979, *Lo Visto*, in *Cass. pen.*, 1980, 541 e Cass. 20/12/1985, Bonaiuto, in *Cass. pen.*, 1985, 650.

Tuttavia, lo scarto fra questa rappresentazione e la realtà è enorme.

L'applicazione pratica del meccanismo sopra descritto, su cui non sono entrato nei dettagli per ragioni di spazio, si rivela farraginosa, irta di ostacoli, per ragioni di solito molto pratiche, riferibili a carenze organizzative, all'insufficienza delle risorse messe in campo, a una burocratizzazione che pone un freno alle migliori intenzioni.

Non posso diffondermi oltre sui motivi di questo forte scollamento fra principi e realtà, descritto con molta acribia nella monografia di Antonia Menghini<sup>38</sup>.

Probabilmente, il vento contrario che soffia per ostacolare l'umanizzazione della pena lambisce anche, *par ricochet*, l'afflato della personalizzazione.

L'onda populista che, non da oggi, pervade il dibattito pubblico sulla pena ignora, in modo non innocente, le istanze che pure trovano dimora nella carta costituzionale, giunge fino al punto da proporre in sede parlamentare una grottesca riforma del terzo comma dell'art. 27 tale da annullare gli effetti del principio rieducativo nel momento in cui vi si vorrebbe aggiungere a caratteri cubitali (!) l'inciso "Le legge garantisce che l'esecuzione delle pene tenga conto della pericolosità sociale del condannato e avvenga senza pregiudizio per la sicurezza dei cittadini", bollando poi, in sede di commento, come "gargarismo garantista" ogni obiezione a questo punto di vista<sup>39</sup>.

E allora, partendo dalla premessa del carcere, il più duro possibile, come panacea dei problemi sociali, del diritto penale come *prima et unica ratio* e della costruzione mediatica della figura del delinquente in base al rassicurante meccanismo della distinzione amico/nemico, è gioco facile affermare senza difficoltà, quando si tratta di impostare le politiche pubbliche sulla gestione del fenomeno della delinquenza, che le risorse disponibili debbano essere rivolte in direzione diversa da quella dell'attuazione dei principi di cui ho trattato<sup>40</sup>.

Ed ecco che, come diretta conseguenza, le ottime intenzioni di cui ci occupiamo nei simposi scientifici hanno strumenti assai modesti ed inadeguati per essere attuate, sicché nella migliore delle ipotesi possono avere successo sperimentazioni

---

<sup>38</sup> Cfr. A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, cit., in particolare 411 ss.

<sup>39</sup> Si veda quanto documentato dal quotidiano "Il Dubbio" del 6 dicembre 2022 (<https://www.ildubbio.news/2021/11/12/modificare-larticolo-27-della-costituzione-e-gia-troppo-il-41-bis/>).

<sup>40</sup> Non è un problema di questi giorni: già una quindicina di anni fa denunciava lucidamente – e criticamente – questi passaggi V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del diritto*, 2009, 191 ss.

Allo stesso modo, con una prospettiva di analisi diversa ma non discordante, vede nella strutturale carenza di mezzi idonei l'ostacolo principale alla realizzazione dell'esecuzione di una pena costituzionalmente orientata A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 132.

d'avanguardia che ne testimoniano la fattibilità e al contempo sono causa della frustrante sensazione che si potrebbe ottenere molto, ma che esiste un disegno ostruzionistico animato da una visione della società che si oppone ottusamente a ideali di inclusione, non comprendendo che non sono motivati solo da un afflato genericamente etico-umanitario, ma trovano fondamento in una ben precisa e meditata visione razionale del fenomeno punitivo.

Ci chiediamo allora spesso che significato ha un attestarsi sulla barricata della difesa di questi principi quando sembrano travolti da un destino distruttivo che è parte di un discorso generale sul diritto penale che è agli antipodi di uno Stato democratico e sociale di diritto come quello delineato dal programma della Costituzione.

Il significato c'è, ed è, oltre al dovere di una testimonianza, quello di immaginare, con l'ardente pazienza di cui parlava Arthur Rimbaud<sup>41</sup>, un orizzonte diverso per il momento in cui auspicabilmente, di fronte al fallimento dell'ideale oscurantista dell'esclusione, si potrà di nuovo far valere le ragioni di una civiltà giuridica avanzata.

Immaginare quell'orizzonte non è puro esercizio di stile, poiché posso concludere prendendo spunto dal "Manifesto del surrealismo", che ha compiuto da poco cent'anni, in cui André Breton, con l'affermazione che "ridurre l'immaginazione in schiavitù, forse anche a costo di ciò che viene chiamato sommariamente felicità, è sottrarsi a quel tanto di giustizia suprema che possiamo trovare in fondo a noi stessi" ci rivela che l'immaginazione non è altro che la rivelazione di ciò che siamo, della nostra propria sostanza, che è sogno, purezza, energia, libertà<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Il riferimento alla "ardente pazienza" si richiama ad una frase del grande poeta maledetto ("*A l'aurore, armés d'une ardente patience, nous entrerons aux splendides Villes.*") citata da Pablo Neruda nel discorso pronunciato a Stoccolma in occasione del conferimento del Premio Nobel per la letteratura del 1971 (<https://www.lastampa.it/cultura/2010/12/10/news/la-voce-dei-nobel-1.36986623/>). "*Ar-diente paciencia*", poi, è il titolo originale del libro dello scrittore cileno Antonio Skármeta, dal quale è stato poi tratto il celebre film "Il postino" di Massimo Troisi, in cui un personaggio di fantasia è proprio Pablo Neruda, magistralmente impersonato da Philippe Noiret.

<sup>42</sup> Questa sinossi del pensiero artistico di Breton campeggia nella presentazione di una recente mostra sul surrealismo, svoltasi presso la Fondazione Magnani-Rocca di Mamiano di Traversetolo, e mi è parsa del tutto adeguata come *memento* ai nostri fini.

ABSTRACT

*L'articolo, dopo un inquadramento storico del tema, mira a segnalare in chiave critica i fattori contingenti che si oppongono a una effettiva umanizzazione e personalizzazione della pena nel sistema sanzionatorio italiano, anche se siamo in presenza di qualche passo nella giusta direzione, e ad indicare alcune ragioni per le quali il mancato conseguimento di tali obiettivi non è solo in stridente contrasto con rilevanti principi costituzionali, ma collide anche con le basi essenziali di una politica criminale razionale.*

PAROLE CHIAVE

Pena – Umanizzazione – Sovraffollamento – Ergastolo – Tortura – Personalizzazione

\* \* \*

THE PRINCIPLES OF PERSONALIZATION AND HUMANIZATION OF PUNISHMENT

ABSTRACT

*The article, after providing a historical overview of the topic, aims to critically highlight the factors currently hindering the effective humanization and personalization of punishment within the Italian criminal law system, besides some steps into the right direction; and it identifies some reasons why the failure to achieve these goals not only stands in stark contrast to significant constitutional principles, but also clashes with the essential foundations of a rational penal policy.*

KEYWORDS

Punishment – Humanization – Overcrowding – Life sentence –  
Torture – Personalization