

LA CRISI POSTMODERNA DEL DIRITTO PENALE E I SUOI EFFETTI SULL'ISTITUZIONE PENITENZIARIA

GIUSEPPE MOSCONI *

SOMMARIO: 1. Le astrazioni del diritto penale – 2. Pena, opinione pubblica e vendicatività – 3. Conflitti e crisi del diritto penale – 4. La crisi dei tre principi fondativi della pena – 5. Funzioni attuali del carcere. Altri paradossi – 6. L'uscita dal penale: contrasti e mutamento – 7. Proposte e prospettive.

1. *Le astrazioni del diritto penale*

Se il diritto in quanto tale consiste in una forma di astrazione della realtà che gli consente di operare ovunque i presupposti astrattamente definiti siano empiricamente riscontrabili, ciò è particolarmente vero per il diritto penale. A fronte infatti della realtà particolarmente complessa degli elementi e dei problemi che lo stesso è destinato a gestire, esso opera attraverso un sistema di astrazioni orientate a riassumere e ricomprendere l'universo di quella realtà. Esse sono riassumibili essenzialmente in tre settori, così definibili.

a) Astrazioni dogmatico formali. Riguardano esplicitamente o implicitamente i beni oggetto di tutela, il loro valore, materializzato nella definizione delle fattispecie dalla gradualità delle sanzioni, i fatti e i comportamenti, gli attori degli stessi e dell'iter processuale; le motivazioni e gli atteggiamenti psicologici che reggono i comportamenti perseguiti; i loro effetti; l'efficacia, il senso, le funzioni delle sanzioni; il valore del tempo come unità di misura delle stesse; i valori e i beni oggetto di tutela.

b) Astrazioni contestuali. Si riferiscono alla rappresentazione del complessivo contesto sociale in cui il diritto penale si colloca e al rapporto esistente tra il primo e il secondo. La società in cui

* Università di Padova

il diritto penale si pone è immaginata come una società in cui tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge; in cui i valori tutelati dalle norme penali sono valori comunemente condivisi dalla stragrande maggioranza dei cittadini, che perciò li rispettano. In secondo luogo la rappresentazione secondo cui la violazione degli stessi, o comunque la lesione della sfera soggettiva di diritti per effetto dell'atto delittuoso, comporterebbe una reazione vendicativa violenta e incontrollabile da parte delle persone offese e della stessa collettività, che il diritto penale è chiamato a prevenire e controllare, avocandosi il monopolio delle funzioni reattive contro gli illeciti. (CASTELLI, 1967; CAVALLA-TODESCAN, 2000).

In terzo luogo il diritto penale viene presentato come strumento insostituibile per garantire la sicurezza tra i cittadini, per rispondere in modo rassicurante ai diffusi sentimenti di insicurezza. Tra allarme per la criminalità, senso di insicurezza, bisogno di reazione punitiva e incapacitante contro il crimine, funzione rassicuratrice del diritto penale viene immaginato, a giustificazione e legittimazione della pena, un continuum univoco, solido e lineare, tale da individuare nella stessa l'unica risposta adeguata alla criminalità, sempre immaginata come dilagante.

Ancora il diritto penale viene immaginato come lo strumento più adeguato per la tutela preventiva e la soddisfazione delle vittime reali o potenziali del reato.

c) Astrazioni fondativo-funzionali della pena. Si riferiscono alle funzioni classiche della pena, in particolare di tipo detentivo. La stessa viene rappresentata come avente carattere retributivo, in quanto rappresenta una afflizione proporzionale al disvalore del reato e al danno sociale dallo stesso provocato; rieducativo, in quanto atta a instaurare un processo trattamentale del soggetto capace di rimediare ai fattori che ne hanno influenzato il comportamento deviante; emendativo, in quanto, la pena è idonea a mutare l'atteggiamento mentale e il sostrato valoriale del reo, riabilitandolo davanti alla società; preventivo, in quanto si immagina che la pena svolga una funzione deterrente tanto rispetto alla collettività, orientandone i comportamenti (prevenzione generale), quanto rispetto ai singoli, posti di fronte alle conseguenze delle scelte di un comportamento illecito (prevenzione speciale).

La crisi di coerenza strutturale e di efficacia che caratterizzano oggi il diritto penale non possono sottrarci al compito di porre

l'insieme di queste astrazioni a confronto con la complessità dei rapporti e delle situazioni concrete cui il diritto penale si rivolge.

Per quanto riguarda le astrazioni dogmatico-formali, senza poter qui sviluppare una disamina sistematica della distanza tra le stesse e la realtà cui si riferiscono, è sufficiente considerare, a mò di esempio, la differenza incolmabile tra la tipizzazione dell'elemento soggettivo, cioè psicologico, del reato, operata da diritto (il dolo e la colpa) e la grande differenziazione di motivazioni, di processi mentali, di valutazioni, di criteri, di esperienze che caratterizzano la sfera psichica del comportamento soggettivo, anche sotto il solo profilo della consapevolezza dell'azione. Oppure a come i beni oggetto di tutela da parte delle varie fattispecie, che fanno riferimento a valori generali ed astratti che si pretendono condivisi dalla collettività, non possano non confrontarsi con le differenze e le stratificazioni culturali presenti all'interno della società cui il diritto penale si rivolge, nonché con i mutamenti culturali, recentemente sempre più rapidi, che l'attraversano. Nei paragrafi successivi tratteremo, per quanto schematicamente, un confronto tra le due successive aree di astrazione e la realtà fattuale cui si riferiscono.

2. Pena, opinione pubblica e vendicatività

L' accenno ora fatto alle possibili sfasature tra i beni e i valori tutelati dalla norma e quelli presenti nella cultura diffusa merita un approfondimento.

In primo luogo non si possono non considerare i riflessi che le trasformazioni generali sul piano generale della legittimazione del diritto in rapporto all'opinione pubblica esercitano sul terreno specifico del diritto penale. Il passaggio da un modello di legittimazione di tipo etico-valoriale, fondato su valori generali ed astratti, e decisamente formalizzabili, ad uno di carattere performativo, fondato sulla materialità di esigenze pragmatiche e sull'efficienza dei mezzi adottati a determinati fini riguarda ovviamente anche il diritto penale. In questo senso, esso non è più tanto espressione di valori più o meno presuntivamente diffusi all'interno della collettività, quanto strumento di gestione di emergenze e di problemi più o meno particolari

ed urgenti. D'altra parte esso condivide con il diritto in genere quelle caratteristiche di complessificazione, di disapplicazione, di estraneità, di astrusa tecnicità che determinano una situazione di sostanziale scucitura tra contenuti normativi e opinione pubblica, favorendo una diffusa disaffezione dei cittadini verso le norme.

In secondo luogo va considerato come tutta la più recente analisi sociologica sul mutamento culturale focalizzi e descriva un ampio e profondo processo di allontanamento dell'opinione pubblica da riferimenti di valore, quantomeno stabili e generalizzati. Citiamo, a mò di esempio, l'analisi della secolarizzazione (LUCKMANN, 1969), quella della massificazione monodimensionale della scuola di Francoforte (HORKHEIMER, 1969; MARCUSE, 1970), il modello del consenso-non dissenso (HABERMAS, 1975; OFFE, 1977) i fenomeni di implosione analizzati da Boudrillard (BOUDRILLARD, 1979), fino all'analisi dei valori post-materiali di Inglehart (INGLEHART, 1983), o al nascondimento del senso normativo nel modello sistemico di Luhmann (LUHMANN, 1977, 1979). Complessivamente, da contributi di questo tipo, emerge una situazione in cui è evidente la tendenza ad abbandonare criteri di valore generali ed astratti, ideologicamente o istituzionalmente precostituiti, insieme all'orientamento verso comportamenti rivolti alla soluzione pratica dei problemi posti dalla vita quotidiana, al raggiungimento di un benessere sempre in via di ridefinizione, all'espressione dell'originalità soggettiva sulle definizioni istituzionali, all'attuazione di forme solidaristico-partecipative, come terreno di espressione di una nuova soggettività sociale. L'interiorizzazione delle norme, anche quelle di diritto penale, trova in questo spazio un terreno sempre più problematico.

La seconda astrazione richiamata in questo ambito fa riferimento a un diffuso e incontrollabile bisogno di vendetta violenta contro i comportamenti criminali, che il diritto penale ha la funzione di prevenire e controllare, assumendosi il monopolio del potere sanzionatorio. Essa rimanda al paradosso che sta all'origine del fondamento stesso del diritto penale, così come concepito dalla filosofia giusnaturalista: nel momento stesso in cui lo Stato moderno (e quindi il diritto) si assume il compito di eliminare la violenza dai rapporti sociali, si arroga il potere di esercitarla. A tale paradosso se ne associa, come naturale

implicazione, un altro: o il diritto penale si assume, per delega da parte della società, il compito di reprimere e retribuire in modo razionale e misurato, gli autori dei reati, e allora bisogna presumere che tale disponibilità alla moderazione della risposta già esista nel sentire diffuso, così da privare di fondatezza quel pericolo di distruzione e di violenza incontrollabile cui il diritto penale deve ovviare, e in riferimento al quale si legittima. Oppure esiste un'effettiva possibilità di riconoscimento del bisogno diffuso di ritorsione e di afflizione nella reazione penale, e allora anch'essa non può che essere sostanzialmente violenza e vendetta, al di là delle forme con cui si legittima. Di fronte a questi paradossi è inevitabile trovare una soluzione attraverso l'esame empirico del livello di violenza potenzialmente presente nelle attitudini reattive e vendicative della collettività, attraverso l'analisi, quindi, degli atteggiamenti diffusi verso la criminalità e la pena. Solo la dimostrazione che il bisogno di reazione violenta e vendicativa diffuso nella società è davvero più intenso e distruttivo della sofferenza indotta e della violenza somministrata dalla reazione penale può concretamente rivelare l'esistenza del fondamento della pena, in termini coerenti alla concezione della sua originaria legittimità e legittimazione. In assenza di tale dimostrazione non si potrebbe che dedurre che il diritto penale, anziché strumento di limitazione della violenza nella società, è uno strumento di amplificazione della stessa, con l'effetto, nell'ipotesi più estrema, di risultare privo di ogni ragione d'esistere.

Nella prospettiva di questa verifica, va innanzitutto ricordata l'ambivalenza profondamente connaturata nel sentire collettivo attorno al bisogno di punire. Se all'atto del reo si associa un senso di colpa motivato dall'inconscia identificazione con la sua capacità trasgressiva, la punizione inflitta assume la valenza di un rito purificatore e catartico, che al tempo stesso consente di dare sfogo a quella aggressività che non si vuole e non si può riconoscere. Chi punisce è dunque, a un tempo, trasgressore e giustiziere, assumendo nella propria esperienza la stessa ambivalenza dello strumento punitivo, inteso come *pharmakon*. (GIRARD, 1980, 1987; RESTA, 1992). Un rimedio, appunto, che a un tempo, avvelena (affligge) e cura (purifica). Se questa ambivalenza è dunque messa a fuoco dall'antropologia già come incongruenza costitutiva della stessa punitività,

possiamo a maggior ragione cogliere il senso e l'importanza delle distonie tra legittimazione ufficiale della pena e contraddizioni e incongruenze diffuse nell'opinione pubblica cui la stessa si riferisce, che l'attuale complessità e diversificazione sociale oggi irreversibilmente determinano.

Ma consideriamo poi soprattutto il fatto che le ricerche sul rapporto tra pena e opinione pubblica rivelano molte contraddizioni e sfasature che possono avvalorare questo esito. Molti sono i fattori che portano a non denunciare un reato, compresa una minore gravità attribuita allo stesso, rispetto a quella definita dalla legge. Diversa è assai spesso la scala di gravità dei comportamenti illegali nell'opinione diffusa, rispetto a quella risultante dalla legge penale. Mentre alcuni comportamenti spesso neppure definibili come reati destano disapprovazione, senso di insicurezza e reattività, altri, considerati relativamente gravi dalla legge penale, non raccolgono la stessa disapprovazione da parte dell'opinione pubblica. Diverse sono le sfasature emergenti tra la paura, la disapprovazione morale e le richieste punitive. Ancora molto contraddittorie sono le valutazioni verso la pena e il carcere, così come spesso questa forma di sanzione, tanto frequentemente invocata, secondo i media e i politici, per raggiungere una maggiore sicurezza, finisce agli ultimi posti nelle graduatorie dei mezzi possibili per combattere la criminalità. Questo tipo di rilevazioni già può dare l'idea di quanto astratti e ideologici siano i presupposti che costituiscono il fondamento della legge penale.

Se tutto ciò è vero, come spiegare l'aumento vertiginoso del numero dei detenuti negli ultimi dieci anni, presentato come pretesa rassicurazione rispetto al diffuso senso di insicurezza dell'opinione pubblica?

Sicuramente assai più complicato e articolato è il panorama dell'insieme dei fattori che determinano oggi questo fenomeno, al di là di un diffuso allarme sociale e di una diffusa richiesta repressiva, anche come possibili espressioni del riflusso politico seguito alle tensioni e alle aperture degli scorsi decenni. Crisi politica complessiva, disorientamento istituzionale e sociale di fronte al cambiamento degli equilibri politici precedenti, crisi e disorientamento socioculturale, irrompere di nuove emergenze dalla natura e dagli esiti sconosciuti (vedi immigrazione, guerre, disoccupazione diffusa, catastrofe ambientale, corruzione

politica, criminalità organizzata), in genere il diffondersi di un esteso e incontrollabile senso di incertezza, di una cultura da “stato d’assedio”, possono essere considerati elementi di una profonda crisi sociale (BAUMAN, 1998, 1999). L’incremento del numero dei detenuti può essere indicatore indiretto di questo quadro complessivo.

L’insieme di questi aspetti pongono dunque al centro la questione di ciò che concretamente è l’opinione diffusa, la concreta reazione verso la devianza, di fronte all’intervento penale, al suo estendersi e indurirsi, come possibile riferimento critico, di riscontro empirico, a questo processo. La distanza inevitabile delle norme dal consenso va assunta come dato problematico, motivo continuo di tensioni, conflitti aggiustamenti tra le due dimensioni, probabilmente in continuo movimento e insuperabili, ma tali da meritare più di qualche attenzione analitica.

3. Conflitti e crisi del diritto penale

Uno degli aspetti più significativi che caratterizzano oggi la crisi del diritto penale è la coesistenza, in esso, di due termini che danno luogo ad un’evidente ambivalenza: produzione simbolica e pragmatismo operativo. Da un lato anche questo settore del diritto si particularizza e si pragmatizza, intervenendo nelle situazioni più specifiche e disparate, con l’intento di offrire soluzioni pratiche, attraverso l’espedito punitivo, applicato come rimedio polivalente; dall’altro esso svolge una funzione fondamentale di produzione simbolica, rappresentando le emergenze di turno e costruendo, di volta in volta, figure di pubblici nemici, che solo esso appare in grado di combattere. La coesistenza di questi aspetti pone il problema se questi due termini siano destinati a comporsi in un quadro di complementarietà funzionale, o se non possano che produrre contraddizioni ingovernabili. Così posta, l’alternativa è probabilmente troppo schematica, dal momento che la situazione appare assai più complicata di questa rigida dicotomia.

Infatti, ad una lettura più approfondita, l’individuazione dei termini di ambivalenza ora richiamati appare assai più complessa e problematica, piena di ambiguità, sovrapposizioni

e sfaccettature. Se consideriamo infatti le norme penali che più chiaramente rivestono una funzione strumentale, come quelle che tendono ad attenuare il carattere repressivo ed afflittivo del diritto penale, (forme di depenalizzazione, di amministrativizzazione delle sanzioni, di attenuazione dell'afflittività e restrittività della pena, di mutamento in senso garantista, o meno ritualista, delle procedure), esse rappresentano un livello del diritto penale in cui alla permissività si unisce il carattere prettamente pragmatico delle disposizioni, molto più orientate ad amministrare adeguatamente la quantità dei problemi sollevati dall'applicazione di un qualche tipo di sanzione restrittiva alla complessità della realtà sociale di oggi; a raggiungere su questo terreno risultati pratici, più che ad affermare o realizzare principi teorici astratti. È però evidente il carattere anche simbolico di questi provvedimenti, in quanto rappresentano il volto riformatore, democratico, laico e garantista delle istituzioni, in particolare dell'apparato del controllo penale. Per altro verso i provvedimenti che rivestono un valore prevalentemente simbolico restrittivo, come le produzioni legislative di carattere emergenziale, non sono esenti da una certa pragmaticità, in quanto essi pure mirano ad attuare tecniche di controllo e a raggiungere risultati concreti, quali la produzione di un clima di allarme sociale, la definizione di pubblici nemici, la rappresentazione della capacità e dell'efficacia repressiva delle istituzioni.

Il punto limite di questa tendenza è rappresentato dall'assunzione, da parte del diritto penale, di funzioni puramente pragmatiche di gestione della devianza come rischio sociale, attraverso una gamma disparata e diversificata di interventi, accomunati dall'unica coerenza della congruità rispetto allo scopo. Questo orientamento mette in luce come il diritto penale operi sempre meno come risposta individualizzata a singoli soggetti e comportamenti, con il compito di retribuire, o rieducare, mentre tende ad amministrare interi gruppi, settori e processi sociali, con provvedimenti che rispondono ad un calcolo statistico delle probabilità di successo o di fallimento nella gestione della devianza (WILSON, 1983; FEELEY, 1994; DE GIORGI, 2000; WACQUANT, 2000).

Incapacitare, differenziare, dislocare, individualizzare, razionalizzare, revocare, allargare o restringere misure o bene-

fici, riformare pragmatisticamente sono tutte tecniche di gestione della devianza come fenomeno sociale complessivo, secondo il paradigma del controllo del rischio.

Si direbbe in definitiva che la delicatezza della materia con cui il diritto penale ha a che fare, la crucialità della stessa sotto il profilo del senso collettivo di sicurezza, del controllo e dell'amministrazione della violenza, dell'organizzazione del consenso, favoriscano il complicarsi, il sovrapporsi, lo scontrarsi dei termini di ambivalenza del modello considerato. A causa di ciò più precaria ne risulta l'integrazione e la capacità operativa. Il campo del diritto penale si presenta infatti particolarmente soggetto a continue e contraddittorie variazioni, come effetto di evidenti manifestazioni di conflitto, di strumentalità e di contrattazione politica, il che rende la situazione altamente instabile e contraddittoria.

Ciò appare tanto più evidente se si considera la tendenza da tempo in atto a rispondere ai problemi più disparati in termini penalistici. Una innumerevole quantità di norme, orientate a risolvere pragmaticamente singole questioni, secondo i caratteri prevalenti assunti oggi dal diritto, contengono disposizioni di carattere penale, a garanzia dell'efficacia della norma. Di fronte alla sempre maggior difficoltà dell'iperproduzione normativa a risultare incisiva presso i settori cui si rivolge, la norma penale appare assumere la funzione di un feticcio, riassuntivo in sé delle possibilità di applicazione; come si è già ricordato, di una ricetta valida per tutte le malattie. Ma ciò non può che sortire un triplice effetto negativo: la produzione di un insieme caotico e faragginoso di norme, non riconducibili ad un sistema organico, difficilmente coordinabili e interpretabili tanto sul piano della coerenza logica e valoriale, quanto su quello operativo. L'impossibilità, da parte delle agenzie preposte a rilevare le violazioni e a far rispettare le norme, di svolgere efficacemente i propri compiti. Lo stato di saturazione dei tribunali penali e delle strutture penitenziarie, oberate di un carico che rischia di determinare una definitiva paralisi. Inefficacia ed estrema selettività dell'intervento penale, a svantaggio dei soggetti più deboli e marginali, appare essere il risultato più evidente di questo stato di cose. (MOCCIA, 1995; PAVARINI, 1996). Eppure esso appare innescare una spirale destinata ad aggravare progressivamente la situazione. Quanto

più la legge penale si rivela inefficace, tanto più tende ad essere prodotta in termini quantitativamente più estesi e qualitativamente più afflittivi, amplificando la contraddittorietà del rapporto tra crisi e indurimento dello strumento penale. Quanto più si vorrebbero trovare soluzioni ispirate a criteri di razionalità tecnica, tanto più si rivela la tendenza a ricorrere a soluzioni irrazionali e repressive. Le tendenze riformatrici in senso liberale e garantistico, vengono così periodicamente vanificate da nuove svolte restrittive, indotte da retoriche e climi allarmistici, che nessun orientamento di apertura appare in grado di prevenire. Tutto ciò in definitiva non può che tradursi in ulteriore crisi di legittimazione dello strumento penale, di sfiducia da parte della pubblica opinione, il che appare ulteriormente rilevante e significativo ai fini del problema del rapporto tra pena e sentire diffuso, la cui rilevanza nell'economia del nostro discorso abbiamo poco più sopra considerato.

4. La crisi dei tre principi fondativi della pena

È da tempo acquisita la consapevolezza della crisi dei tre classici principi fondativi della pena; ma ai riferimenti più noti su cui si basa tale constatazione, la crisi attuale del carcere e del diritto penale aggiungono ulteriori, più particolari elementi. Consideriamoli in successione:

A) Crisi del principio retributivo. Esso sancisce, come noto, la proporzionalità della pena alla gravità del reato, cosicché reati di uguale gravità dovrebbero essere puniti con sanzioni altrettanto gravi. Tale principio appare da sempre disapplicato, data, da un lato, la grande varietà di regimi carcerari, a seconda delle linee amministrative e delle caratteristiche strutturali delle diverse istituzioni; dall'altro la diversa afflittività della pena, in relazione allo status sociale del condannato. Ma la proporzionalità della pena è andata ulteriormente in crisi con il superamento dell'economia di mercato in cui la stessa si era sintonicamente definita. La postmodernizzazione dell'economia si può porre in relazione con un analogo processo in materia penale, per cui, sulla proporzionalità e la retributività, che segnavano l'equilibrio dello scambio mercantile, sono le

sopra ricordate funzioni simboliche e pragmatiche a prevalere. Così, ad esempio, la condanna pare assumere una maggiore importanza sotto il profilo simbolico, a conclusione della fase processuale, che sotto quello concretamente applicativo (MOSCONI, 1992, a; PAVARINI, 1996: 83-85).

Ma il criterio di retribuitività proporzionale appare messo definitivamente in crisi dall'introduzione delle misure alternative. La modulazione della durata della pena non sulla più solo base della gravità del reato, ma della condotta del detenuto in carcere e delle condizioni oggettive del suo ipotetico reinserimento, spostano definitivamente i criteri di quantificazione dell'afflittività penale.

Il fatto è che le stesse misure alternative, sul piano applicativo, non appaiono rispondere ad alcun criterio di certezza e di razionalità, così da rispettare un pur minimo livello di garantismo. Infatti possiamo osservare, in proposito, due fenomeni:

1) Non esiste nessuna relazione tra l'assunzione di provvedimenti che introducono nuove misure alternative o che ne estendono l'applicabilità, e l'andamento della popolazione detenuta. Ad esempio, dopo la riforma del '75, che ha introdotto le prime misure, la popolazione detenuta ha continuato gradualmente, ma costantemente, a crescere fino al 1986, quando venne approvata la legge Gozzini, e tale tendenza riprese nel periodo immediatamente successivo, fino a livelli di molto superiori a quelli precedenti all'introduzione della legge stessa. Neppure la recente legge Simeone-Saraceni, che pure ha esteso l'ottenibilità in astratto delle misure alternative, appare aver calmierato la crescita della popolazione detenuta, che ha recentemente raggiunto, dal dopoguerra, i massimi storici (53.000 unità).

2) Non è affatto scontato che l'estensione, in termini di legge, dei presupposti che consentono l'applicazione delle misure alternative, si traduca in un effettivo aumento della loro concessione. Si può infatti notare come, all'indomani dell'approvazione della legge Gozzini, nonostante l'introduzione di modifiche normative atte ad ampliare, in astratto, la concedibilità dei vari benefici, la maggior discrezionalità attribuita ai giudici si sia tradotta in una contrazione generalizzata della

concessione degli stessi e in un corrispondente aumento, sia relativo che assoluto, dei rigetti.

Nel suo complesso, comunque, in termini assoluti, l'area di applicazione delle misure alternative tende a crescere, nel senso che, al di là delle fasi alterne nell'andamento delle concessioni, sempre maggiore è il numero di soggetti che risultano affidati, agli arresti o in detenzione domiciliare, sottoposti a libertà vigilata o controllata. Tale area cresce parallelamente e in concomitanza con il crescere della popolazione reclusa, delineandosi così una crescita complessiva dei soggetti sottoposti a controllo penale, all'interno e all'esterno del carcere.

In sintesi l'idea che l'estensione dell'intervento penale "soft" segni una decisa tendenza nella prevedibile riduzione dei massimi di pena, all'insegna di una nuova, più contenuta retributività, appare del tutto infondata, inserendosi il fenomeno in una più ampia ridefinizione del sistema di controllo sociale.

Una spiegazione può essere ipotizzata a due livelli:

a) Il carcere resta costantemente al centro della struttura e della natura delle cosiddette misure alternative. Infatti, sia che le stesse siano pensate come strumento di reintegrazione graduale del soggetto nella normalità dei rapporti sociali, sia che vengano concepite come strumento di controllo interno all'istituzione, in quanto l'aspettativa della loro concessione induce il detenuto a comportamenti più disciplinati e a spirito di sopportazione, il carcere resta al centro del discorso. Nel primo caso come costante minaccia in caso di violazione delle regole trattamentali o di recidiva; mezzo perciò di azione preventiva. Nel secondo come oggetto e centro della funzione disciplinare che la potenziale concessione di benefici riveste.

b) A un livello di maggiore profondità si può pensare che, al di là delle estemporanee variazioni legislative, si annidino, nel sommerso del rapporto che connette il carcere all'organizzazione sociale, molti fattori e processi, cui già abbiamo accennato nel corso del par. 2, i quali fanno del carcere un indicatore particolarmente significativo della crisi della società, del suo sistema di controllo, dei processi di destabilizzazione e di disgregazione sociale che l'attraversano, delle culture variamente emergenziali che si diffondono, tanto all'interno delle

istituzioni preposte all'applicazione del diritto (magistratura, polizia, amministrazione penitenziaria) (MELOSSI, 1988), quanto più in generale, anche se in termini, come si è visto, assai più complessi e distonici rispetto alle retoriche del controllo sociale, dell'opinione pubblica nel suo complesso.

B) Crisi del principio preventivo. È altamente controverso il fatto che la minaccia rappresentata dalla sanzione penale svolga un'efficace opera di deterrenza verso i comportamenti illegali. Basti considerare, sul piano della prevenzione speciale, cioè rivolta ai singoli soggetti, l'elevato tasso di recidività, all'interno dell'area di soggetti che hanno sperimentato gli effetti afflittivi della violazione della legge. Sul piano della prevenzione generale non possiamo non trascurare il fatto che molto spesso, proprio nelle realtà in cui si adottano inasprimenti di pene, si registrano tendenze all'incremento della criminalità e di aggravamento delle sue manifestazioni. Così come non è difficile, quando si riscontra una simultaneità tra indurimento dell'intervento repressivo e diminuzione della criminalità, come nella recente realtà nord-americana, associare quest'ultimo aspetto a variabili diverse dal primo.

Del resto non è difficile intuire come un indurimento dell'intervento repressivo non appare linearmente destinato a rafforzare sentimenti di sicurezza. Anzi esso appare destinato a rafforzare un circolo vizioso in base a cui quanto più cresce il numero dei denunciati, dei condannati e dei detenuti, tanto più si enfatizza l'immagine del pericolo criminalità, che, in via repressiva, si vorrebbe combattere, e tanto più possono crescere i sentimenti di insicurezza. Questi, a loro volta, possono incrementare l'attitudine denunciatoria diffusa, un ulteriore inasprimento delle pene, come risposta alle istanze sottese alla stessa, con conseguente rappresentazione di un più elevato livello di criminalità e l'induzione di un più intenso allarme sociale; e via di seguito, in una spirale repressiva potenzialmente senza limiti. Per non dire, d'altra parte, degli effetti destabilizzanti della crescita della popolazione detenuta, possibile fonte di conflitti e tensioni, nonché condizione ottimale per il radicarsi e il diffondersi di futuri comportamenti devianti.

C) Crisi della funzione rieducativa. Questo è l'aspetto forse più significativo della crisi della pena, perché intacca la

sua immagine più progressista e avanzata. Eppure anch'essa appare appartenere ad una fase ormai superata dell'evolversi della cultura istituzionale, e più in generale, sociale. Il quadro di sfondo è costituito da quella crisi delle motivazioni valoriali, che abbiamo più sopra descritto. Se non esiste una corrispondenza univoca tra valori tutelati dalla norma penale e valori diffusi, è da chiedersi a quali valori debbano essere rieducati i condannati, che senso abbia pretendere dagli stessi un modello di normalità che nella cultura diffusa appare sempre più precario. In secondo luogo la stessa crisi del Welfare State, la riduzione delle spese per interventi sociali, l'enfasi attribuita alla libera iniziativa individuale tolgono spazio economico e culturale alle tematiche assistenzialistiche, quindi anche agli interventi di tipo rieducativo e pedagogico; tanto più che, nella nuova logica di distribuzione della spesa pubblica, essi, se efficacemente attuati, appaiono eccessivamente costosi.

Ciò è aggravato dal fatto che lo stato di sovraffollamento del carcere rende assolutamente ingestibile la disparità tra risorse disponibili, in termini di operatori ed attività trattamentali, e numero di "utenti". Per non dire del fatto che elementari concetti pedagogici fanno dubitare dell'efficacia di un trattamento educativo cui il discepolo è forzatamente e autoritativamente sottoposto, quindi contro sua voglia; tanto più in un ambiente deteriore e deteriorato, artificiale ed estraneo rispetto al contesto in cui si dovrebbe venire reintegrati (MOSCONI, 1991).

Ma soprattutto è il tipo di composizione che caratterizza oggi la popolazione detenuta a dimostrare lo scarso fondamento che può oggi presentare l'idea di rieducazione. Essa è infatti costituita, per oltre il 70%, da soggetti imputati o condannati per più o meno piccoli reati contro il patrimonio; per oltre il 30% da soggetti il cui comportamento deviante è connesso allo stato di tossicodipendente; per una percentuale ormai superiore al 25% da immigrati extracomunitari.

Con riferimento ai primi, si possono dare due situazioni opposte. Soggetti alle prime esperienze, per i quali il comportamento illegale ha carattere sostanzialmente occasionale; che quindi non richiedono interventi rieducativi in

senso pieno; mentre, al contrario, l'esperienza del carcere può costituire causa di rottura traumatica del proprio sistema di relazioni e del proprio equilibrio esistenziale, nonché di socializzazione reattiva a valori socialmente negativi, imperanti nella cultura carceraria. Cosicché il carcere, lungi dal rieducare, tende a radicalizzare le tendenze criminogene.

Oppure soggetti da tempo dediti ad attività delinquenziali, elette a sistema di vita. Per questi, un episodio detentivo in più o in meno non fa molta differenza, rispetto a un modello esistenziale che ormai fa del carcere un elemento di routine. La stessa offerta di un lavoro dignitoso e consistentemente retribuito, ammesso che sia ottenibile, nell'attuale struttura del mercato del lavoro, difficilmente distoglierebbe questi soggetti dalle loro attività decisamente più redditizie, quantomeno in termini brevi. Solo i "raggiunti limiti di età" li indurranno a cambiare sistema di vita, per salvare il salvabile di una vita totalmente dissestata, tra disordini comportamentali e affezioni penali.

Se poi l'attività delinquenziale contro il patrimonio si connette all'affiliazione ad un'organizzazione criminale, si può ritenere che essa sia espressione di una "scelta di criminalità", volontaria e motivata, tale da non essere facilmente destrutturabile, tanto più se si tiene conto delle precarie risorse trattamentali dell'istituzione. Anche in questi casi, a far cambiare atteggiamento da parte del soggetto sono più le dinamiche interne all'orfanizzazione di appartenenza che la possibile influenza dell'intervento rieducativo.

Per quanto riguarda i tossicodipendenti, lo stesso legislatore, con la normativa orientata a sostituire l'intervento terapeutico all'esperienza detentiva, ha evidenziato la inadeguatezza della sanzione detentiva a carico degli stessi. È evidente che il carcere, nel quale peraltro, come noto, circola tranquillamente ogni tipo di droga, non può rappresentare un valido strumento per la disintossicazione di questi soggetti, né tantomeno un mezzo efficace per ricostruire in modo adeguato il loro sistema di relazioni, tanto che si potrebbe dubitare che per gli stessi siano rispettati (e rispettabili) i principi dell'art. 27 della Costituzione.

Quanto agli immigrati, è la stessa normativa che ne prevede l'espulsione in caso di imputazione o che ne incentiva la scelta di ritorno in patria, a testimoniare quanto la detenzione a carico degli stessi non venga concepita in chiave rieducativa, ma puramente incapacitativa; per non dire di quanto più difficile sia attivare per gli stessi risorse trattamentali, in termini di opportunità di lavoro o di adeguati riferimenti sociali di relazione.

A riscontro dell'inconsistenza della funzione rieducativa della pena rileviamo altri due elementi: a) l'alto numero di recidivi presenti in carcere (mediamente circa il 70% della popolazione detenuta), per i quali l'iterazione della "terapia penitenziaria" assume i tratti di una ossessiva, quanto improduttiva "coazione a ripetere". b) Il fatto che, nella concessione delle misure alternative si tiene molto più conto del carattere rassicurante delle condizioni esterne di cui l'ex-detenuo potrà fruire, che del suo comportamento e dei progressi trattamentali in carcere, cosa di cui i giudici non sembrano, a buon diritto, particolarmente fidarsi, rivelando così la cattiva coscienza del diritto e dell'istituzione (MOSCONI-PAVARINI, 1993).

La crisi evidente dei tre principi di legittimazione della pena, resa irreversibile dal logorarsi delle condizioni storiche, economiche e culturali, che ne erano all'origine, si inserisce a buon diritto nella recente più generale trasformazione culturale più sopra richiamata: dalle ideologie e le teorie, come spiegazioni generali ed astratte della realtà e grandi narrazioni sui mezzi necessari alla soluzione dei problemi dalla stessa sollevati, alla adozione di saperi tecnologici e di mezzi pragmatici per la gestione degli stessi. Così anche la pena detentiva risulta legittimarsi oggi principalmente in base a criteri di efficienza, di razionalità tecnica, di progressismo laico e pragmatico-operativo. Ma la questione della criminalità, della violazione della sfera di integrità soggettiva, patrimoniale e fisica, della minaccia alla sicurezza, costruita ed enfatizzata come bene collettivo messo in pericolo da vari stereotipi di "straniero", non è questione facilmente risolvibile con meri espedienti tecnici. L'irrazionalità, l'emotività che permeano questa sfera dell'esperienza, insieme alla crisi definitiva delle ideologie e

delle filosofie, lasciano il campo al pragmatismo di processi regressivi informali, che sembrano avanzare in direzione opposta ai raggiunti standard di civiltà e di tutela dei diritti soggettivi. D'altro canto l'inevitabile deteriorarsi delle condizioni interne, connesso al rafforzarsi delle istanze disciplinari, fondate sulla premialità, e soprattutto al sempre più elevato sovraffollamento, rimanda a criteri di legittimazione assai più generici e primitivi dei tre, classici, sopra riportati: quelli dell'inevitabilità del carcere in ogni forma di società, della necessità della vendetta sociale, come ritorsione giusta e necessaria contro chi mette in pericolo la convivenza civile, dell'imposizione coattiva di un modello di normalità sopra chi ha manifestato il proprio disadattamento, senza attenzione alla qualità ed all'adeguatezza dei mezzi usati.

In questo contesto prevenzione, rieducazione, retribuzione, se perdono, ripetiamo, la loro fondatezza storica e teorica, possono continuamente riemergere, tradotti in chiave strumentale-simbolica, sacrificati tra molte contraddittorietà, prodotti episodicamente per assicurare, giustificare, decidere, sperimentare, reprimere, promettere, in un caleidoscopio di messaggi e di simboli tanto incoerente quanto proteso a conservare una realtà sempre più cupa, quanto tendenzialmente inamovibile.

Ciò può determinare, nei rapporti tra i tre principi, dinamiche particolari, con particolare riguardo alle funzioni della pena, Pavarini sottolinea come la crisi di uno o più di essi, causata da limiti strutturali o da mutamenti culturali, determini la sua sostituzione con una maggior enfasi attribuita a uno o più degli altri (PAVARINI, 1996).

Ad es. l'evidente crisi della funzione rieducativa, causata dalle inadeguatezze strutturali e da una nuova enfasi posta sugli elementi di controllo, viene compensata dall'assunzione di maggiore importanza delle funzioni di prevenzione generale. Ma, in realtà tutte le funzioni e i criteri di legittimazione della pena restano in astratto possibili, e si conservano come intercambiabili. Una volta che rimanga come irrinunciabile la necessità di punire, come dato di fatto istituzionale e culturale inevitabile, avulso da ogni verifica di realtà, tutte le giustificazioni sono plausibili,

necessarie e intercambiabili, al di là dell'evidente inapplicabilità e incongruenza dei principi su cui si reggono. Emerge qui un evidente paradosso, per cui, ancora una volta è il livello di astrazione e di schematizzazione predefinito, che caratterizza i fondamenti del diritto penale e della pena, a consentire, insieme all'irrilevanza degli elementi di realtà, l'intercambiabilità/coesistenza di tutte le giustificazioni della stessa, in quanto tutte, in linea di principio, ritenute necessarie, fondate ed operanti. Una volta acquisita stabilmente la dimensione della necessità fondante dell'astrazione nel diritto penale, diviene paradossalmente impossibile fondarne la coerenza teorica, in termini di funzioni e di valori. È d'altra parte quella stessa astrazione a produrre effetti contrari ai principi che dovrebbero legittimarla. Essa infatti consente l'applicazione della pena a masse di soggetti rispetto ai quali, se considerati nella loro concreta dimensione di vita, la pena stessa risulta misura del tutto estranea e inadeguata, cosicché, oltre ad apparire strutturalmente sproporzionata alla loro dimensione motivazionale, non può che risultare incapace tanto di rieducare, quanto di prevenire, quantomeno nel senso della prevenzione speciale.

Per altro verso, il conflitto tra funzioni dichiarate e funzioni latenti del diritto penale, coincidenti con la sua operatività di fatto, determina da parte del diritto penale stesso, insieme alla incapacità di prendere concretamente in considerazione i soggetti cui si rivolge e il contesto culturale cui intende riferirsi e che dà per acquisito, anche la violazione di diritti soggettivi, il disconoscimento di bisogni sostanziali, l'incapacità di tutelare gli interessi dei più deboli, la selettività, a loro svantaggio, tanto delle fattispecie di delitto, quanto dell'operatività concreta delle stesse.

5. Funzioni attuali del carcere. Altri paradossi

Cosa si annida nel sommerso del rapporto tra diritto penale, carcere e società, tale da dar luogo alle contraddizioni e agli ingovernabili deflussi più sopra descritti? Una via di ricerca può essere tracciata dalle rilevazioni di altri paradossi che

caratterizzano l'istituzione carceraria e il suo rapporto con la realtà sociale. Consideriamo i seguenti:

- Il carcere è un residuo marginale, anonimo e poco considerato della società, ma, al tempo stesso, ne è lo specchio più fedele e significativo, apparendo al suo interno rappresentate, per quanto spesso in modo mostruosamente deformato, molte delle caratteristiche e delle tendenze che la contrassegnano. Così esso rappresenta un sintomo pregnante della continua tensione tra cambiamento e conservazione, tra progresso e regresso delle istanze democratiche.
- È significativo rilevare come questi conflitti, che riguardano i fondamenti dell'organizzazione sociale e la sua continua evoluzione, si sviluppano in realtà attorno a una questione primitiva e ancestrale, quale quella della violenza, della vendetta, per quanto legalizzata, della sofferenza, per quanto legalmente irrogata.
- Il carcere concretizza uno degli effetti più significativi, quanto drammatici, del rapporto tra diritto e società. Esso rappresenta certamente, da un lato, un impatto fisico delle norme scritte sui rapporti sociali, una materializzazione del diritto penale e penitenziario in strutture, organizzazioni, rapporti, gerarchie; eppure esso rappresenta il dominio del non diritto, dove tutto accade per rigidità fisica delle strutture, dei processi, delle connessioni; dove su tutto regna l'arbitrio, l'inerzia, la ragione ferrea del controllo e della sicurezza, la non giustiziabilità delle norme e dei diritti pur affermati in linea di principio.
- Il carcere se da un lato sfugge, è ignorato e rimosso, dall'altro riassume in sé un enorme e variegato potenziale di produzione simbolica. Ad esso si riferiscono infatti le immagini del pericolo, della sicurezza, del castigo, del nemico, dell'autorità e dell'autorevolezza del diritto e dello stato, dell'onestà, della giustizia, ed altro ancora. Una specie di rimosso collettivo, che proprio perché tenuto nascosto e dimenticato, può emergere all'improvviso, destando le suggestioni e le emozioni più disperate e incontrollabili.
- Nonostante l'analisi e la denuncia degli aspetti più retrivi e meno accettabili dell'istituzione carceraria, e il deli-

nearsi di una serie di proposte riformatrici, volte al loro superamento, il processo di sovraffollamento ha raggiunto limiti senza precedenti, quantomeno negli ultimi decenni, con un deciso deterioramento delle condizioni di vita interne. Nonostante, dalla legge Gozzini in poi, grande enfasi sia stata attribuita alle funzioni e ai possibili effetti delle misure alternative, si sono radicate, sia sul piano normativo che applicativo, tendenze restrittive, che ne hanno determinato il sostanziale svuotamento.

- La nuova importanza attribuita, a partire dalle misure alternative stesse, alla funzione rieducativa della pena, con relativo approfondimento degli aspetti assistenzialistici e tecnico-pedagogici ad essa connessi, ha coinciso con una maggiore enfasi ai meri aspetti custodialistici, repressivi, incapacitanti, dell'istituzione carceraria.
- In senso ancora più deciso il contrasto tra il fatto che, mentre si legittima l'estensione delle misure alternative al carcere con il fatto che è necessario fare sempre più a meno dello stesso, in quanto criminogeno, poi nuova enfasi viene data alla reclusione, in quanto necessaria a assicurare la popolazione dal diffondersi sempre più preoccupante della micro-criminalità, affrontabile solo con le politiche della "tolleranza zero"

Se, come si è sottolineato più sopra, crisi e sovraffollamento dell'istituzione, da un lato, e disposizioni legislative, dall'altro, non sono particolarmente correlate, entrambe sono piuttosto il sintomo dei legami strutturali che connettono il carcere alla società, del clima culturale in cui questo rapporto si colloca, dell'ambivalenza che caratterizza questi aspetti. Il continuo bisogno di produrre nuove figure di nemico, di controllare fasce emergenti di marginalità, non è che un aspetto della complessità e dell'oscurità di queste relazioni.

Ma è proprio riferendoci a questa dimensione del rapporto sommerso tra carcere e società che è possibile indagare più a fondo sui motivi della non riformabilità del carcere, del progressivo deteriorarsi dell'istituzione, così come delle ambivalenze e delle contraddittorietà che hanno caratterizzato la legislazione penitenziaria nell'arco degli ultimi vent'anni.

In sintesi, nella prospettiva di questa ricerca, potremmo rilevare che, quanto più il carcere appare attraversare una crisi di legittimità, che ne pone i fondamenti al centro di ricerche e dibattiti, tanto più la sua realtà tende ad indurirsi e a deteriorarsi. Così assistiamo al paradosso che, tanto più il carcere si deteriora e rivela la sua irrazionalità ed inutilità, tanto più appare come legittimato ed accettabile, in base a criteri sempre più estranei alla razionalità classica dei fondamenti dell'istituzione. È in questo contrasto che la coerenza della fondatezza della pena si infrange; nello scontro di queste opposte tensioni, essa si frammenta in una miriade di funzioni e di aspetti, che ne definiscono non solo la polifunzionalità, ma anche la crisi di credibilità.

Attorno alla pena detentiva si agitano e si esprimono luoghi comuni della vecchia e della nuova cultura, necessità ancestrali, residui ideologico-istituzionali, inamovibili concrezioni burocratico-amministrative, conflitti tra settori amministrativi per il controllo delle rispettive aree di influenza, sperimentazioni operative e innovative, processi di ristrutturazione tecnico-organizzativa, di ridefinizione dei problemi d'intervento, aperture e innovazioni, frammenti di proposte di riforma in senso progressista, aspettative di reale cambiamento. Il tutto circolante in una caotica mescolanza.

È in questo contesto che si aprono tensioni e dialettiche tutte da verificare, comunque non riducibili alla banalità del dato di fatto acquisito, per cui si pretenderebbe che a maggiore repressione penale debba corrispondere maggiore sicurezza, all'insegna di un ottimismo funzionale e ideologico. Qui i principi di prevenzione, rieducazione, retribuzione possono continuamente riemergere, tradotti in chiave strumentale-simbolica, sacrificati tra molte contraddittorietà, prodotti episodicamente per assicurare, giustificare, decidere, sperimentare, reprimere, promettere, in un caleidoscopio di messaggi e di simboli tanto incoerente quanto proteso a proteggere una realtà sempre più cupa e tendenzialmente inamovibile.

In sintesi potremmo dire che, nell'incertezza di riferimenti teorici e dottrinali, di linguaggi, nel guazzabuglio contrastante di orientamenti normativi, di tentativi e di discorsi, di modelli

e metodi di intervento che caratterizzano oggi il sapere sulla pena e sul carcere, prevalgono di fatto i seguenti aspetti:

- Un atavico, malcelato bisogno di vendetta, che induce a ritenere il carcere come strumento inevitabile e necessario per infliggere sofferenza a chi ha violato le leggi della società.
- La convinzione che il carcere costituisca lo strumento più efficace per garantire la sicurezza nei rapporti sociali, per prevenire il dilagare della criminalità e per rispondere in modo rassicurante alle paure e ai bisogni di reazione al crimine diffusi nella popolazione.
- Il bisogno di proteggersi da determinate figure sociali considerate come particolarmente pericolose, quali gli immigrati clandestini o irregolari, i tossicodipendenti, la manovalanza della criminalità organizzata.
- La necessità di garantire, nel carcere, condizioni ordinate e disciplinate di convivenza, come essenziali a prevenire più estesi disordini e il compimento di nuovi reati dopo l'uscita dall'istituzione.
- Il concetto di normalità come affidabilità sociale, intesa come disponibilità di mezzi materiali, culturali e di status che facciano ritenere il soggetto come autosufficiente e incapace di azioni imprevedibili ed antisociali.
- La difficoltà economica e organizzativa di attivare, attraverso le misure alternative, interventi assistenziali e risorse abitative, lavorative, relazionali, in termini adeguati ad un reale reinserimento.
- Il tentativo, a tratti sussultorio ed esasperato, di ricucire un consenso tra le istituzioni e il sentire collettivo, per cui quanto più lo stesso appare indecifrabile, imprevedibile, astinente e disaffezionato, tanto più si crede comunque, da parte delle forze politiche, di rispecchiarne le aspettative, promuovendo scelte definitivamente repressive.
- L'uso del carcere per gestire le relazioni problematiche che si determinano nel quadro complessivo della globalizzazione del mercato del lavoro tra occupazione e disoccupazione, inclusione ed esclusione, riqualificazione e dequalificazione dei ruoli produttivi.
- Il probabile riemergere, in un certo senso, delle funzioni del carcere come strumento di controllo del mercato del

lavoro della forza lavoro immigrata, ai fini di garantirne la disponibilità dell'offerta.

È questo concorrere di elementi che può dare ragione delle inadeguatezze e delle contraddittorietà più sopra rilevate.

6. L'uscita dal penale: contrasti e mutamento

Se nel panorama ora delineato ci chiediamo quali prospettive si aprano per il diritto penale, appare evidente un progressivo ridimensionamento dell'attenzione data all'interpretazione della lettera della norma, alla coerenza della sua applicazione, per gestire di fatto, in modo ondivago tra la dimensione simbolica e quella pragmatico-funzionale, i sistemi di relazione che si svolgono e si sviluppano attorno allo strumento penale, nel rapporto tra istituzioni e società. Questi vanno letti tanto nella loro dimensione funzionale, rispondente all'insieme contrastante di elementi che abbiamo appena più sopra richiamato, quanto in quella più propriamente relazionale, come contesto di rapporti tra soggetti e tra ruoli.

In questo quadro caotico e contraddittorio il carcere, nonostante abbia toccato, ancora una volta paradossalmente, i massimi livelli storici di sovraffollamento, pur restando un elemento fondamentale, sotto il profilo simbolico, dell'enfasi attribuite ai temi della sicurezza e della lotta alla criminalità, vede in parte ridimensionata, su questo terreno, la propria egemonia, per l'emergere, al suo fianco, di altre dimensioni. Se dovessimo definire quali prospettive, da questo punto di vista si stanno effettivamente delineando, sembrano oggi contrapporsi due diversi modelli di gestione della devianza penale e di attuazione di politiche di sicurezza:

a) Le politiche attuariali (zero tolerance), già più sopra considerate, consistono in una serie di interventi di controllo, di sorveglianza e di repressione dislocati nel territorio, in base ai quali non è più tanto l'illegalità come comportamento e responsabilità soggettiva ad essere oggetto del controllo, quanto un calcolo del rischio, rappresentato dalla presenza di gruppi, categorie di soggetti, fenomeni pericolosi o inquietanti, condizioni di insicurezza, ad ispirare il tipo di interventi. Gli stes-

si vengono perciò differenziati per diversi livelli e contesti di pericolosità, orientandosi perciò verso particolari zone o categorie di persone. Tutto ciò si traduce in operazioni di valutazione delle probabilità del verificarsi di fenomeni criminali o insicurizzanti, di selezione delle aree di rischio da sottoporsi a particolare sorveglianza, di intervento selettivo, contenitivo o incapacitante, verso determinate categorie di soggetti, a prescindere dal loro effettivo comportamento e da eventuali responsabilità, di differenziazione delle forme di controllo e repressive, a seconda dei gruppi di soggetti, delle aree, delle situazioni, delle condizioni, nell'ottica della prevenzione e della neutralizzazione.

Tali politiche si dispiegano tra una prassi tecnico-informale e la rappresentazione di interventi di elevato carattere simbolico, con il fine di eliminare dal territorio tutto ciò (e tutti coloro) che può rappresentare insicurezza, disordine, alterazione della normalità quotidiana e dei modelli di comportamento acquisiti e socialmente adeguati.

È ovvio che l'arresto, la custodia, la punizione assumono in questo metodo un ruolo cruciale, ma passano in secondo ordine i fondamenti teorici e le garanzie cui dovrebbero ispirarsi, e anche l'evidenza della loro utilizzazione e dei suoi effetti sui reclusi, mentre assumono un ruolo centrale selettività e differenziazione, nell'organizzazione di diverse forme di contenimento, sostenute da un uso spregiudicato di qualsiasi vecchio o nuovo criterio di giustificazione, all'insegna della massima fungibilità (WILSON, 1983; FEELEY, 1994; DE GIORGI, 2000; WACQUANT, 2000).

b) le politiche di nuova prevenzione.

Esse appaiono ispirarsi, in linea di principio, a una prospettiva di ridimensionamento progressivo della materia penalmente rilevante e dell'uso del carcere, per dare spazio ad altre forme di intervento, che prevengano appunto il determinarsi e il diffondersi di comportamenti criminosi. Ciò dovrebbe in primo luogo comportare l'intervento preventivo sopra le cause socioeconomiche e i processi culturali che determinano il diffondersi della criminalità, ma anche la sua stigmatizzazione sociale, oltre che istituzionale. Tale prospettiva comporta preliminarmente, da un lato, l'analisi empirica del determinarsi

dei fenomeni devianti nei processi di trasformazione socioeconomica e del diffondersi delle economie illegali. Dall'altro l'analisi empirica dei fenomeni di vittimizzazione, dei sentimenti di insicurezza, delle reazioni diffuse verso la criminalità e degli atteggiamenti verso gli strumenti istituzionali di gestione della stessa (attitudini punitive), a partire dalla pena e dal carcere. Nel quadro analitico così ricostruito varie misure potranno essere attuate. A livello generale, varie forme di sostegno e assistenza verso le aree sociali più deboli, attenuazione delle differenze sociali, riduzione della disoccupazione, attività di mediazione culturale tra gruppi socialmente o etnicamente diversi, tutela delle garanzie e soddisfazione dei diritti e delle esigenze fondamentali di aree di soggetti marginali o a vario titolo svantaggiate, con particolare riferimento agli immigrati.

A livello territoriale gli interventi possono comportare il risanamento strutturale e relazionale di intere aree territoriali, l'attivazione di centri di aggregazione e di partecipazione sociale, a diversi livelli, l'attivazione di vigili di quartiere, di operatori di strada, di tecniche e strategie di riduzione del danno verso aree di soggetti problematici (tossicodipendenti, prostitute, giovani disoccupati, anziani soli, ecc...), attraverso strutture di servizio sociale mirate, centri di assistenza per le vittime, case di giustizia di prossimità e di mediazione. Nell'ottica più specifica di ridurre l'intervento del diritto penale e l'applicazione di misure detentive, nelle politiche di nuova prevenzione possono rientrare provvedimenti di depenalizzazione, che riducano perciò la quantità di fattispecie penalmente rilevanti, di abbassamento dei massimali di pena, per accelerare l'attivazione di processi di reinserimento sociale, lo sviluppo di misure alternative al carcere, di sanzioni diverse dalla detenzione, applicate già da parte del giudice del processo di merito, mantenendo il carcere come "extrema ratio"; lo sviluppo di esperienze di privatizzazione del conflitto, di mediazione, di riparazione del danno; la tutela degli interessi materiali della vittima.

Non è questa la sede per approfondire le questioni teoriche e applicative implicate dallo sviluppo e dall'attuazione di questa strategia, i cui risultati, per diversi aspetti positivi, potrebbero essere verificati alla luce di diverse esperienze. Ma la questione di fondo è quella che si pone oggi nel contrasto tra i due

modelli, cioè nel rapporto tra il diffondersi di un atteggiamento in linea di principio favorevole a questi metodi preventivi, e l'affermarsi, d'altro lato, delle sopra descritte politiche attuariali, insieme all'intensificarsi dell'uso del carcere, che di esse costituisce la naturale conseguenza, come testimonia l'attuale sovraffollamento.

Si assiste infatti oggi all'affermarsi di una serie di luoghi comuni di carattere progressista attorno alla questione della pena e del carcere. L'introduzione di riforme del diritto penale ispirate ai principi del diritto penale minimo; l'affermazione di forme di depenalizzazione e di sanzioni alternative, tali da riservare al carcere la funzione di "extrema ratio"; l'applicazione diffusa di forme di prevenzione e di interventi di carattere extra-penale; lo sviluppo di esperienze di mediazione per la soluzione dei conflitti impliciti a varie forme di criminalità; il rafforzamento della tutela dei diritti umani in carcere, anche attraverso figure specializzate, quali il difensore civico dei diritti dei detenuti. Tutto ciò appare, quantomeno recentemente, essere entrato a far parte di ogni dibattito e di ogni proposta che abbia a che fare con la questione carceraria e penale, dalle più diverse fonti. Eppure non vengono introdotte neppure le misure più tradizionali di attenuazione dell'intervento penale, quali l'amnistia e l'indulto; il sovraffollamento e il deterioramento delle condizioni interne appaiono senza limite, anziché alla riduzione efficace e reale della popolazione detenuta, si pensa alla costruzione di nuove carceri e all'espulsione dei detenuti extracomunitari. Questa ennesima ambivalenza del linguaggio carcerario rischia di attribuire alle parole d'ordine progressiste il ruolo di semplice copertura e di rinnovamento del lessico istituzionale, a fronte del radicalizzarsi delle rigidità più tradizionali.

Per cercare di uscire dalle ambivalenze di questa empasse è necessario riprendere le questioni sostanziali che stanno alla base del persistere dell'afflizione penale e della costruzione sociale della sua necessità. In quest'ottica, superare le ambiguità e i paradossi che mantengono il carcere saldamente ancorato ad un processo di progressivo deterioramento, senza logica e prospettive, vorrebbe dire sviluppare una politica che operi la sintesi dei seguenti aspetti:

- l’attuazione di interventi concreti verso gli episodi di devianza che, abbandonando le astrazioni penalistiche, elaborino delle misure adeguate alla specificità dei casi.
- La ridefinizione delle categorie scientifiche e giuridiche idonee ad un’analisi della devianza più vicina alla concretezza e alla complessità dei fatti, per proporre nuove forme di conoscenza e di percezione degli stessi, e, più in generale, di nuovi significati e riferimenti di senso.
- Il rispetto e la tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte in essi, certo, e in primo luogo, delle vittime, ma anche degli autori, considerati nelle specificità delle loro esperienze, personalità ed umanità.
- Lo sviluppo di una comunicazione congruente tra istituzioni e opinione pubblica, che dia il senso della razionalità ed adeguatezza degli interventi.
- L’affermazione di un modello di sicurezza come sicurezza complessiva, che ponga al centro l’esigenza del miglioramento della qualità della vita, della qualità delle relazioni e della comunicazione tra i soggetti, della tutela dei soggetti più deboli.
- In quest’ottica, la prevenzione e la persecuzione dei crimini più gravi e socialmente più dannosi (contro la persona, la natura, l’onestà istituzionale, i beni fondamentali) deve avvenire nelle forme insieme più efficaci e più equilibrate.

La sintesi di queste esigenze, che di per sé, singolarmente e nel loro insieme, potrebbero trovare riscontro nell’opinione pubblica, almeno a livello di ipotesi, appare nei fatti particolarmente difficile e distante dalle logiche prevalenti che abbiamo più sopra sintetizzato. Il fatto è che la coesistenza di sfere contrastanti di senso rappresenta non solo il segno di un empatie all’interno delle istituzioni e dei potenziali processi innovativi, di una incapacità comunicativa all’interno dello spazio pubblico, ma è anche il riflesso delle ambiguità e ambivalenze che attraversano l’opinione pubblica. Tra le ambivalenze della stessa, più sopra illustrate, e i paradossi della pena, di cui ci siamo occupati poco sopra, esiste un’evidente sintonia, che se ne rafforza i termini rispettivi, rende la situazione del

rapporto pubblico-istituzioni attorno al carcere particolarmente torbida, confusa e indecifrabile.

7. Proposte e prospettive

Di fronte ad un quadro così complesso e incerto, si pone l'esigenza di trovare una via d'uscita che, abbandonando le suggestioni allarmistiche e falsamente rassicuranti delle politiche attuariali, ed evitando di perdersi in utopistiche prospettive di rapido superamento dell'afflizione penale e penitenziaria, individui forme concrete e realistiche d'intervento, idonee a sviluppare un concreto processo di trasformazione.

Si tratta cioè di entrare più decisamente nell'ordine di idee che il problema della criminalità e delle devianze si può gestire in altro modo, cercando di chiudere, per quanto possibile, le vie di accesso al carcere. Prendendo a riferimento le misure già accennate a proposito del modello di nuova prevenzione, si può pensare di avvicinarci a questo risultato nei seguenti modi:

- Ridimensionare drasticamente la materia oggetto di tutela penale, definendo i valori e i beni fondamentali meritevoli di tale protezione, secondo i principi del diritto penale minimo e della riserva di codice.
- Procedere corrispondentemente ad ampie forme di depenalizzazione, che non si limitino, come nella legge recentemente approvata, ad abrogare le fattispecie desuete, ma rispondano ad una diversa filosofia dell'intervento penale, partendo dalle fattispecie cui si associa il maggior numero di detenzioni.
- Limitare la durata delle pene entro limiti massimi tali da non pregiudicare un adeguato reinserimento sociale del reo come soggetto attivo nei rapporti sociali.
- Introdurre una vasta gamma di misure alternative e sostitutive della reclusione, come già applicabili in sede di patteggiamento o di giudizio di merito: oltre alle attuali, pene pecuniarie, ridefinizione delle attuali pene accessorie come principali, lavoro socialmente utile, detenzione di fine settimana, attività riparatorie, assegnando effettivamente alla pena detentiva il ruolo residuale di "extrema ratio". È evi-

dente che il ruolo della stessa è tale solo se rappresenta effettivamente il limite estremo dell'intervento sanzionatorio; se si riferisce cioè ai casi più gravi e risulta applicabile solo dopo una vasta gamma di misure alternative.

- Sviluppare quelle esperienze di privatizzazione del conflitto, di risarcimento del danno, di mediazione, di attività risarcitorie che, oltre ad evitare all'attore l'esperienza distruttiva e traumatica del carcere, vadano nel senso di una tutela più sostanziale degli interessi della vittima, muovendosi però in un ambito di estraneità strutturale alla competenza penale.
- Attuare in senso ampio politiche di nuova prevenzione orientate a ridefinire le condizioni sociali della produzione della devianza. Si tratta cioè di intervenire sulle cause socio-economiche, sui processi di etichettamento, sulle norme culturali repressive, sul degrado delle città e del territorio, sulle definizioni sociali negative, sulle rappresentazioni reciproche tra aree socioculturali diverse, sul sistema di relazioni che tra di esse si sviluppa.
- Decodificare, con gli strumenti dell'indagine empirica, i sentimenti di insicurezza e le richieste d'intervento da parte dell'opinione pubblica, così da individuare, in modo differenziato ed articolato, le risposte più adeguate
- In particolare, di fronte al nodo cruciale del rapporto tra immigrazione, mercato del lavoro e carcere, si tratta di dare a queste dinamiche una nuova visibilità, di organizzare nuove forme di sindacalizzazione, di definire nuovi diritti e nuovi status, di eliminare e prevenire ogni discriminazione legislativa, o interna alle prassi di controllo.

Più in generale si tratta di approfondire l'idea che la questione della devianza e del carcere è una questione di cultura, di mentalità, di riorganizzazione di un sapere e di categorie diverse nella costruzione e nella rappresentazione sociale del problema, di destrutturazione di pregiudizi, di analisi di processi economici e di dinamiche sociali.

Alcune cose si stanno muovendo in tale direzione: il progetto di legge Grosso per la riforma dei codici penali, i progetti e le politiche di nuova prevenzione ed in materia di sicurezza attiva-

te da molte amministrazioni locali, i centri e le esperienze pilota in materia di mediazione penale e sociale, che si stanno diffondendo (FAGET, 1997; PISAPIA, 1997, 2000). La scommessa è se tutto ciò è destinato a rimanere un rumore, al di sotto del quale, come diverse esperienze all'estero hanno dimostrato, il rapporto strutturale tra carcere e società continua a sviluppare le sue oscure e irriducibili dinamiche; o se si trova il modo di intaccare una buona volta fattivamente quelle concrezioni e quei sotterranei processi, individuandone i punti più vulnerabili.

RIASSUNTO

Questo articolo si propone di cogliere il rapporto che intercorre tra la crisi che caratterizza oggi il diritto penale, come effetto della più generale trasformazione postmoderna del diritto, e la crisi dell'istituzione penitenziaria, come principale strumento contro la devianza penale.

Inizialmente viene focalizzato il nesso che collega i vari livelli di astrazione del diritto penale. Tra le astrazioni dogmatiche (principi, categorie, fattispecie), astrazioni contestuali (valori penalmente tutelati come interiorizzati dalla collettività; reazione vendicativa potenzialmente distruttiva alla violazione degli stessi) e astrazioni fondativo funzionali (le tre classiche funzioni della pena, retributiva, preventiva, rieducativa) esiste un rapporto originario di sostanziale coerenza, che dà ragione della profonda distanza del diritto penale dalla realtà, della sua incapacità di dialogare con essa. La complessità della realtà sociale contemporanea e il coinvolgimento del diritto penale nei processi di trasformazione e complessificazione del diritto danno ragione degli effetti problematici che quelle astrazioni producono all'interno del diritto penale e nel suo campo applicativo. Essi consistono in una serie di ambivalenze, di distonie, di paradossi, di contraddizioni, tra cui spiccano quelle tra linguaggio simbolico e funzioni pragmatiche del diritto penale, tra tendenze alla dissipazione e alla riorganizzazione, tra impotente iperproduzione ed esigenze di legittimazione, tra pretese di rassicurazione e produzione di maggiore insicurizzazione. Coinvolto in queste tensioni, il diritto penale non può che essere interessato da una crisi profonda, che lo spinge ad essere mero strumento di repressione e di riorganizzazione del controllo sociale, concentrato verso le aree marginali e "a rischio di criminalità come emerge dalle teorie attuariali e dalle pratiche della zero tolerance".

Idea centrale di questo scritto è l'invito a rileggere l'attuale crisi dell'istituzione carceraria come effetto diretto della crisi che caratterizza il diritto penale. Si assiste infatti, in ambito carcerario, allo stesso processo appena ora riscontrato in ambito penalistico. Da un lato non solo la crisi ormai da tempo rilevata, ma oggi con caratteri nuovi e più complessi, dei tre prin-

cipi fondativi astratti della pena detentiva, ma anche il determinarsi di una serie di contraddizioni e di paradossi; dall'altro il riaffermarsi del carcere in quanto tale, come necessità irrinunciabile per l'ordine sociale. Sotto il primo profilo si pone, tra gli altri, con particolare evidenza, il paradosso tra un carcere sempre più in crisi di efficacia, e però usato in modo sempre più massivo e afflittivo. Sotto il secondo, il carcere rischia di legittimarsi in via residua come semplice vendetta sociale e forma di incapacitazione di aree di soggetti definiti come pericolosi. In questo quadro complessivo, è comprensibile come si facciano strada approcci estranei allo strumento penale: da un lato le politiche attuariali di controllo territoriale; dall'altro le politiche di nuova prevenzione, in particolare quelle orientate al risanamento sociale. Ma può anche accadere che nuove categorie e proposte (diritto penale minimo, carcere come *extrema ratio*, ecc...) vengano minimizzate e strumentalizzate per la conservazione dell'esistente. In questo quadro si delinea come irrinunciabile la necessità di sperimentare nuovi metodi e misure di risposta al fenomeno criminale, come forma di progressivo ridimensionamento dello strumento penale.

SUMMARY

This article is intended to seize the relation between the crisis characterising nowadays criminal law, as a result of the most general post-modern changing of law, and the crisis of the prison institution, as the main instrument against criminal deviance.

It is focused at first the connection between the different levels of abstraction of criminal law. Among the dogmatic abstractions (principles, categories, legal paradigm), contextual abstractions (values, criminally protected as interiorized by the community; a vindictive potentially destructive reaction against the breach of such) and grounding functional abstractions (the penalty three classical functions, retributive, preventive (precautionary), re-educational) there exist a substantial coherence primary relation, that gives reasons for the profound distance of criminal law from reality, for its incapacity to dialogue with it. The complexity of the contemporary social reality as well as the criminal law implication in the process of law transformation and complexification give reasons for the abstractions problematic effects on criminal law; on its inside and on its implementation field.. They consist of a series of ambivalences, of distonias, of paradoxes, of contradictions, within which there stand out those ranging from symbolic language and pragmatic functions of criminal law, from tendencies to dissipation and reorganisation, from powerless hyperproduction and legitimisation exigencies, from claims of assurance and production of a greater insecurity. Being involved in these pressures, the criminal law may only be affected by a profound crisis driving it to be a mere instrument of repression and reorganisation of social control, concentrated towards the marginal and "at risk of criminality" areas as it appears from actuarial theories and zero tolerance practices.

The core idea of this contribution is constituted by the invitation to see the existing crisis of the prison institution as a straight result of the crisis characterising criminal law. It is assisting, as a matter of fact, in prison ambit, at the same process just now noticed in criminal ambit. On the one hand not only the long since noticed crisis, but today with new and more complicated features of the three abstract promoting principles of the penalty to imprisonment, but also the determination of a series of contradictions and paradoxes, on the other hand the reaffirmation of prison as such, as an inalienable need for social order. From the first profile, it is stressed in particular, among others, the paradox of a prison, still in a serious efficiency crisis, yet used in a more and more massive and afflicting way. From the second, prison runs the risk to legitimise itself in a residual way as a simple social revenge and a form of incapacitation of areas of individuals defined as dangerous. In this comprehensive picture, one can understand how approaches from outside the criminal instrument make (find) their way: on the one hand the actuarial policies for territorial control, on the other the new prevention policies, in particular those social recovery oriented. Yet it may occur that new characteristics and proposals (minimum criminal law, imprisonment as “*extrema ratio*”, etc.) are minimised and exploited for the existing conservation. In this picture the need to try out new methods and measures for answering the criminal phenomenon, as a form of a progressive streamlining of the criminal instrument, it is delineated as inalienable.

RÉSUMÉ

Cet article se propose de toucher le rapport entre la crise qui caractérise aujourd'hui le droit pénal, comme effect de la plus générale transformation post-moderne du droit, et la crise de l'institution pénitentiaire, en tant que principal instrument contre la déviance pénale.

Initialement on focalise le rapport entre les différents niveaux d'abstraction du droit pénal. Entre les abstractions dogmatiques (principes, catégories, cas d'espèce), abstractions contextuelles (valeurs pénalement sauvegardées comme intériorisées par la communauté ; réaction vindicative en puissance destructive à la violation des mêmes) et abstractions fondatives et fonctionnelles (les trois classiques fonctions de la peine, rétributive, préventive, rééducative) il existe un rapport originaire de substantielle cohérence, qui donne raison de la profonde distance du droit pénal de la réalité. de son incapacité de dialoguer avec elle ; La complexité de la réalité sociale contemporaine et son implication du droit pénal dans les procès de transformation et de complexification du droit donnent raison des effets problématiques que les abstractions produisent en dedans du droit pénal et dans son milieu applicatif ; ils consistent dans une série d'ambivalences, de dystonies, de paradoxes, de contradictions, parmi lesquelles on distingue celles entre le langage symbolique et les fonctions pragmatiques du droit pénal, entre tendances à la dissipation et à la réorganisation, entre impuis-

sante hyperproduction et exigences de légitimation, entre prétentions de sécurisation et production d'une plus grande insécurisation. Impliqué dans ces tensions, le droit pénal peut seulement être concerné par une crise profonde, qui le rend un pur instrument de répression et de réorganisation du contrôle social, concentré vers les aires marginales et "à risque de criminalité", comme il émerge des théories actuarielles et des pratiques de la zéro tolérance.

L'idée centrale de cette contribution est l'invitation à relire l'actuelle crise de l'institution carcérale comme effect direct de la crise qui caractérise le droit pénal. On assiste, en effet, dans le milieu carcéral, au même procès qui vient d'être relevé dans le domaine pénal. D'un côté pas seulement la crise désormais depuis longtemps relevée, mais aujourd'hui avec des caractères nouveaux et plus complexes des trois principes fondateurs abstraits de la peine détentive, mais aussi la détermination d'une série de contradictions et de paradoxes; de l'autre la réaffirmation de la prison en tant que telle, comme nécessité incessible pour l'ordre social. Sous le premier profil, on pose, parmi les autres, avec particulière évidence, le paradoxe entre une prison de plus en plus en crise d'efficacité, mais utilisée de façon de plus en plus massive et affligeante. Sous le deuxième, la prison risque de se légitimer à titre résiduel, comme simple vengeance sociale et forme d'incapacitation d'aires de sujets définis dangereux. Dans ce tableau compléssif, c'est compréhensible comme des approches étrangées à l'instrument pénal font leur chemin : d'un côté les politiques actuarielles de contrôle territorial; de l'autre les politiques de nouvelle prévention, en particulier, celles orientées au redressement social. Mais il peut encore arriver que de nouvelles catégories et propositions (droit pénal minimum, prison comme extrema ratio, etc.) viennent minimisées et exploitées pour la conservation de l'existant. Dans ce tableau on délinée comme incessible la nécessité d'exploiter de nouvelles méthodes et mesures de réponse au phénomène criminel, comme forme de progressive réorganisation de l'instrument pénal.