

### Una pena clemente. Qualche riflessione in materia di umanità penitenziaria\*



di **Davide Galliani**  
associato di Diritto pubblico, Università degli Studi di Milano

Una pena che distrugge e annienta una persona non è pensabile. E ciò che non è pensabile non è nemmeno giuridico. A questo serve la clemenza: a togliere di mezzo dal mondo del diritto l'inimmaginabile, il non pensabile, che ancora accade nei nostri penitenziari.

7 marzo 2018

1. Non sono un grande estimatore della clemenza, né generale né individuale. Stimolo però ancora meno (molto meno) una cella costruita per dormire in due, usata invece per vivere in tre, quattro o cinque.

Perché cautela rispetto agli istituti della clemenza? Sintetizzo: se non ci fossero, pazienza; ma se davvero non ci fossero, dovremmo inventarli. Un detenuto con il Parkinson o in stato quasi vegetativo – per fare due esempi reali – non deve essere graziato “dall’alto”, ma deve avere differita la pena da un giudice. Lo stesso un depresso cronico con rischio suicidio, poiché esiste (costituzionale) correlazione tra salute fisica e psichica. E, se tra le pene principali davvero diventassero principali quelle alternative alla detenzione, anche la clemenza generale potrebbe non servire. Ci vorrebbe anche altro, ovvio: ma se questo altro ci fosse (penso ai reati in materia di stupefacenti, agli stranieri detenuti, ai braccialetti elettronici, ad un Parlamento che non depenalizza e “carcerizza” nello stesso giorno), se quindi il carcere fosse davvero l'*extrema ratio*, non ci sarebbe bisogno di clemenza generale.

Da qui la cautela verso la clemenza, che somma istituti caratterizzati da questa anomalia. Non esprimo però una *radicale* opinione dissidente, ci mancherebbe. Solo una *mite* opinione concorrente.

2. L'anomalia della clemenza si registra a livello internazionale. Da una parte, esiste un vero e proprio diritto internazionale di domandare la grazia, nel caso di condanna a morte. Così dispone lo storico paragrafo 4 dell'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966. Dall'altra parte, è discussa l'esistenza di una consuetudine internazionale, secondo la quale non si potrebbe fare clemenza a fronte di determinati crimini, come il genocidio. Il diritto internazionale ci restituisce gli istituti della clemenza, allo stesso tempo, potenziati e depotenziati.

3. Lo stesso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Il Governo turco nel caso *Öcalan n. 2* (18 marzo 2014) ha sostenuto che l'ergastolo senza condizionale non viola la dignità umana perché regolarmente in Turchia si approvano amnistie. La Corte, unanime, pensa diversamente: non esistevano progetti in corso di amnistia e, soprattutto, la clemenza generale non considera, individualmente, pericolosità e rieducazione. Tolleranza zero verso la clemenza anche nel caso *Abu Omar* contro l'Italia (23 febbraio 2016). Dice la Corte, sempre unanime: tanto l'amnistia quanto la grazia non dovrebbero essere “tolerate” in casi di tortura e di pene e trattamenti inumani e degradanti.

È la definitiva resa della clemenza? No. Dato che in Bulgaria la grazia è procedimentalizzata e la sua concessione è prevedibile – per effetto di una pronuncia della Corte costituzionale, che ne ha chiarito meglio i confini – ecco che l'ergastolo senza condizionale non viola l'art. 3 della Convenzione, la dignità umana (*Harachiev e Tulomov*, 8 luglio 2014).

Per sostenere che la Corte nel caso bulgaro sbaglia dobbiamo convenire almeno su un presupposto. Che quella Corte smetta di guardare alla grazia come strumento in grado di rendere umana una pena, non solo in fase esecutiva, ma sin dal momento della sua previsione legislativa. Verissimo: una cosa è la *sola grazia* e un'altra è la clemenza come strumento *ulteriore* (non unico) per umanizzare una pena. Tuttavia, il punto merita attenzione: costringe a ripensare alla clemenza in chiave *unicamente* umanitaria.

4. Qualche spunto comparatistico. Ho ri-letto le 52 pagine della *Opinion of the Court* nel caso *Brown vs Plata* della Corte suprema degli Stati Uniti (5 vs 4, 3 maggio 2011). Due suggestioni per metterle a valore nel seminario odierno.

In primo luogo, come il “bisogna aver visto” di Calamandrei è universale (si allegano tre foto delle carceri californiane!), anche la dignità umana è universale.

Dice la maggioranza:

- 1) il sovraffollamento ha causato sofferenza e morte e quindi ha violato i diritti costituzionali dei detenuti;
- 2) il tasso di suicidi nelle carceri californiane è doppio rispetto alla media degli altri *States*;
- 3) il 70% dei suicidi erano prevedibili e pertanto evitabili. Una tripla per costruire il cuore della motivazione (p. 13): «I detenuti conservano, non formalmente ma sostanzialmente, la dignità umana, connotata in ogni persona. Il rispetto di questa dignità anima il divieto di pene crudeli e inusuali (...) Il concetto basilare alla radice dell'ottavo emendamento altro non è che la dignità di una persona».

Un linguaggio da giudice costituzionale italiano, da giudice convenzionale. Un linguaggio chiaro, che pure si occupa di un concetto come quello di dignità umana. Dice la Corte: se le carceri non forniscono il necessario sostegno ai detenuti, questi sono “torturati”, andando incontro ad una “morte procrastinata”. Muoiono tutti i giorni un po', fino a quando moriranno del tutto.

E aggiunge:

«Un carcere che nega ai detenuti l'assistenza di base, incluse adeguate cure mediche, è incompatibile con il concetto di dignità umana e non ha posto in una società civile».

Primo insegnamento. Parlare di clemenza è parlare di detenuti e di carceri, e significa discutere di dignità umana: in Italia, in Europa, negli Stati Uniti. Riprendiamo quindi a discutere di pene non contrarie al senso di umanità, inumane, come auspica da tempo Marco Ruotolo. Potrebbe essere utile per risvegliare l'attenzione sulla clemenza, come si augura Andrea Pugiotto: discutere di rieducazione è ostico, di esseri umani meno. È più comprensibile per tutti.

In secondo luogo, in *Brown vs Plata* si sostiene che, a fronte di una violazione costituzionale, è impensabile che nessuno intervenga. Non possono consentirsi violazioni costituzionali solo perché altrimenti si invaderebbe il “regno” del legislatore e dell'amministrazione penitenziaria.

Questa risoluta affermazione – che conduce a confermare la fuoriuscita dalle carceri di un detenuto ogni quattro, 37.000 su 150.000 – fa venire in mente la sentenza n. 279 del 2013 della Corte costituzionale, che accerta ma non dichiara l'illegittimità costituzionale del differimento della pena basata sulla sola infermità fisica, non arrivando all'additiva richiesta che voleva ricomprendere anche il sovraffollamento.

Ecco un ulteriore spunto. Riflettere sul ripensamento della clemenza significa assumersi ciascuno le proprie responsabilità: Parlamento *in primis*, ma anche Capo dello Stato e Corte costituzionale.

Il monito contenuto nella sentenza n. 279 è purtroppo attualissimo. Rispetto al 2013, non abbiamo più 67.000 ma 57.000 detenuti, a fronte di 50.000 posti cosiddetti regolamentari. Tuttavia, nel 2013 ci sono stati 55 suicidi in carcere, che sono solo tre in più di quelli del 2017, ossia 52. Non vi è alternativa: l'unico modo per diminuire il numero agghiacciante di suicidi in carcere è diminuire le persone in carcere. Anche noi, come i giudici di maggioranza della Corte suprema, non possiamo tollerare nemmeno un suicidio in carcere. Se questo può essere un monito che la “buona” politica rivolge alla “cattiva” politica (e penso esistano entrambe, non solo la seconda...), diverso il discorso in riferimento alla Consulta: il monito è già stato speso, ora è il momento per il passo successivo, esattamente perché non è più costituzionalmente tollerabile che nelle carceri italiane si registri quasi lo stesso numero di suicidi della California (da noi uno a settimana, là uno ogni cinque giorni). Non è tollerabile rimandare a domani quello che si deve fare oggi: vale per ripensare la clemenza, ma vale anche per differire sin da oggi una pena contraria al senso di umanità.

Al politico ostile e al giudice dubbioso, valga la risposta della Corte suprema: certo, potrebbero anche uscire dal carcere persone in buone condizioni di salute, tuttavia poco importa, poiché queste sono tutte vittime potenziali; se non escono subito, domani inizieranno a soffrire, dopodomani a morire, suicidandosi. Il tempo della deferenza verso il legislatore è finito, bisogna essere deferenti ad una sola cosa: alla Costituzione italiana.

5. Due considerazioni sul nostro ordinamento. Una *de jure condendo* e una di conclusione.

Una premessa: o la Costituzione si interpreta ed eventualmente si riforma pensandola come un sistema unitario, oppure cade a pezzi interpretazione dopo interpretazione e riforma dopo riforma.

*De jure condendo* allora un interrogativo: se si vuole rinvigorire un istituto certamente desueto, l'amnistia, perché non pensare alla maggioranza relativa per approvarla, invece di proporre quella assoluta? Non ho mai compreso (per colpa mie) il motivo per il quale la maggioranza qualificata dovrebbe servire per diminuire i problemi dell'amnistia in riferimento ad esempio al principio di eguaglianza, alla legalità e alla separazione dei poteri.

Ma, in ogni caso, a mali estremi, estremi rimedi. I problemi da risolvere, *in primis* sovraffollamento e salute in carcere, sono talmente gravi che serve uno scossone, tornare alla maggioranza prevista dall'art. 79 Cost. prima del 1992, la stessa per la fiducia al Governo. Del resto, atipicizzare e rinforzare la fonte (la legge di amnistia) è possibile anche se approvata dalla sola maggioranza relativa: esclusione dal referendum abrogativo, già prevista e indicazione in Costituzione dei presupposti per approvarla, obbligo di motivazione, un rinnovato ruolo del Capo dello Stato, ma anche nel caso della Corte costituzionale, a seconda delle ipotesi *de jure condendo* che certo non mancano, come ha dimostrato il seminario odierno.

In conclusione. Leggo *fortemente* il tema della clemenza a quello del carcere poiché oggi 40.000 detenuti hanno problemi di salute mentale (due su tre). A questo proposito, condivido quanto disse Oscar Luigi Scalfaro nel suo ultimo messaggio di fine anno da Presidente della Repubblica, nel 1998, a reti unificate, visto e sentito da dieci milioni di persone. Ecco le sue parole:

«A proposito di giustizia, consentitemi una parola molto responsabile. È un impegno grande, faticoso e doloroso, quello del Capo dello Stato, di dire sì o no a una domanda di grazia. Non è facile. C'è una strada facile: è quella di non rispondere, mettere gli atti, sciacquarsi le mani. Spero di non seguirla mai, con l'aiuto di Dio! Occorre rispondere. È duro dire sì alla grazia. Non pensate che non si abbiano chiaramente dinanzi i delitti compiuti, anche se sono passati anni. Non pensate che non sia primo il pensiero del male fatto, delle sofferenze delle vittime e dei familiari. Non pensate che si trascuri in qualche modo questo umano pensiero, che è giustizia. Ma pensate anche che non è pensabile che la pena finisca per distruggere e annientare una persona. Non è pensabile! Allora, è inutile dire no alla pena di morte... È inutile!»

Parole precise: una pena che distrugge e annienta una persona non è pensabile. E ciò che non è pensabile non è nemmeno giuridico. A questo serve la clemenza: a togliere di mezzo dal mondo del diritto l'inimmaginabile, il non pensabile, che ancora accade nei nostri penitenziari.

In conclusione. Nel 1988 i detenuti minorenni erano 5.000. Oggi sono 500, diminuiti del 90%. Folle sarebbe chiedere altrettanto per i maggiorenni. Solo una cosa allora: se smettiamo di sperare e di avere coraggio, ci svestiamo dell'abito costituzionale, che impone di pensare e immaginare un mondo migliore. Non questo, nel quale usiamo il metro e i numeri (e non la Costituzione) per valutare l'umanità penitenziaria, il cui destino passa inevitabilmente anche per un rinnovato ruolo della clemenza, al quale la giornata di oggi contribuisce e sicuramente contribuirà.

\*Intervento tenuto al Seminario “Costituzione e clemenza collettiva. Per un rinnovato statuto dei provvedimenti di amnistia e indulto”, Senato della Repubblica, Sala di Santa Maria in Aquiro, Roma, 12 gennaio 2018.

In copertina un fotogramma del film *Cesare deve morire* (Paolo e Vittorio Taviani, 2012)