



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

**IL CONTRIBUTO DELLA CRIMINOLOGIA AL SISTEMA PENALE:
ALLA RICERCA DEL NUOVO "VOLTO" DELLA PENA**

Atti dell'incontro di studio in ricordo del Prof. Ernesto Calvanese

a cura di Raffaele Bianchetti

Evento organizzato e promosso dal
Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria"
Università degli Studi di Milano

rientrante tra le iniziative



con il patrocinio di

Dipartimento di Scienze Giuridiche
"Cesare Beccaria"
Università degli Studi di Milano



Giovedì 4 dicembre 2014, 8.30-13.30
Università degli Studi di Milano
Sala Napoleonica, Palazzo Greppi – Via S. Antonio, 10

LE DECISIONI DELLA MAGISTRATURA DI SORVEGLIANZA TRA NORMA E PRASSI

di Francesco Maisto

1. Chi osservi in modo disincantato la *consistente "produzione" legislativa in materia penitenziaria* di questi ultimi anni, etichettata al contempo, ed inadeguatamente, come emergenziale e come svuota-carceri riporta una sensazione, prima che una valutazione, di mancata armonizzazione di istituti giuridici diversi, tipica del "fai da te", non ancorata ad una visione strategica di politica criminale elaborata, tanto in relazione all'evoluzione dei fenomeni della delittuosità, quanto dei tassi di carcerizzazione e di reincarcerizzazione.

Fin dal 2010, prima dell'emanazione della legge 199 del 2010¹, era chiara l'insufficienza e la timidezza della manovra legislativa, sia ai fini di deflazione penitenziaria, sia ai fini del contrasto della criminalità. E la storia successiva, contrassegnata da una *alluvione normativa*, dal rincorrersi di decreti legge, poi parzialmente convertiti, ha confermato l'originaria profezia.

Dopo i reiterati palliativi dell'Esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a 12 mesi, poi aumentate a 18, presentata, anche a livello istituzionale, come misura alternativa automatica (come un indulto mascherato), prima ancora della consolidata giurisprudenza che, fin dall'inizio, evidenziò la necessità della "meritevolezza", come presupposto comune a tutte le misure, si sono resi necessari tre decreti legge, dal dicembre 2011 al dicembre 2013.

La constatazione dei modesti risultati prodotti dal d.l. n. 211 del 2011, poi stigmatizzati anche dalla sentenza "Torreggiani", per la parte in cui, all'art. 3, si limitava ad aumentare da dodici a 18 mesi la durata della pena residua per l'accesso alla nuova, temporanea (in allora, ma poi stabilizzata nel sistema in forza dell'art. 5 del d.l. n. 146/2013), *extrasistemica della "Esecuzione presso il domicilio delle pene detentive..."*, prima introdotta dalla legge 26 novembre 2010, n. 199, ha reso, di volta in volta, avvertiti della necessità di altre riforme deflative.

E così, si sono succeduti nel tempo, quasi come una rincorsa contro il tempo:

- il d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, conv. l. 17 febbraio 2012, n. 9 (*"Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri"*),

- il d.l. 1 luglio 2013, n. 78, conv. l. 8 agosto 2013, n. 94 (*"Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena"*),

- il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. l. 21 febbraio 2014, n. 10 (*"Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria"*),

¹ Ci si riferisce alla vigente l. 26 novembre 2010, n. 199, recante *"Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi"*.

- il d.l. 31 marzo 2014, n. 52, conv. l. 30 maggio 2014, n. 81 (*"Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari"*)

- il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, conv. l. 11 agosto 2014, n. 117 (*"Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali..."*).

Un rammarico si insinua nella constatazione, per niente celebrativa, della proficuità, per converso, delle elaborazioni delle Commissioni di studio in materia penitenziaria del C.S.M. (Consiglio Superiore della Magistratura) e del Ministero di Giustizia: l'eccessiva cautela e timidezza nell'accogliere, a tempo opportuno, quelle proposte che avrebbero consentito non soltanto razionalizzazione ed efficienza delle funzioni della Magistratura di Sorveglianza, ma anche la deistituzionalizzazione, mediante misure alternative, di condannati detenuti in carcere.

Uno sguardo sincronico dei tempi di formulazione delle proposte degli di diritto penitenziario ed al contempo, dei provvedimenti normativi ed amministrativi evidenzia infatti, che il cammino delle riforme, verso il progresso e l'umanizzazione delle pene è sempre più faticoso di quello di altri settori, e per giunta, inversamente proporzionale alla velocità delle controriforme.

L'accettazione delle proposte, dunque, è apparsa tardiva e parziale, nonostante la "scudisciata etica" (Giostra), prima ancora che giuridica, della famosa sentenza "Torreggiani contro Italia" e della Raccomandazione (99) 22 del Comitato del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla necessità di un'ampia implementazione delle misure alternative e di depenalizzazione, nonché, in casi di emergenza, ai provvedimenti di indulto.

Certamente ha influenzato il ritardo di provvedimenti normativi necessari per rendere accettabile, secondo l'autorevole auspicio del Presidente della Repubblica e secondo le richieste e la messa in mora della C.EDU., quella visione, poi malamente utilizzata, anche nella nomenclatura, di "svuotacarceri". Qualifica giornalistica questa, per vero, ma anche ripresa dalle rubricazioni dei decreti legge. L'etichettamento giornalistico dei provvedimenti che hanno cercato di evitare la permanenza o l'ingresso in carcere di chi non avrebbe dovuto, in base alla Costituzione ed al principio costituzionale di razionalità (come poi verificato alla luce di successive sentenze della Corte Costituzionale), ha veicolato nell'opinione pubblica l'idea di una sorta di "sversamento" nella società di una massa di soggetti pericolosi "contenuti" nei penitenziari.

L'impegno degli studiosi invece, è stato sempre ispirato dall'esigenza di riaffermare il primato della finalità rieducativa della pena, codificata all'art. 27, terzo comma, Cost. che ripudia un sistema di esecuzione penale incentrato su percorsi differenziati, sotto il profilo trattamentale, e di accessibilità alle forme di espiazione della pena alternative al carcere, distinti in ragione del "tipo di autore", identificato unicamente sulla base del reato oggetto della condanna.

La riaffermazione della funzione rieducativa della pena e della connessa, necessaria flessibilizzazione della stessa, riaffermata periodicamente dalla Corte Costituzionale, e quindi, anche per altro verso, costituzionalizzata, si accompagnava ad

un'ottica di riaffidamento alle prudenti valutazioni della magistratura di sorveglianza della possibilità di concedere le misure alternative previste, ove ne ricorrano i presupposti.

Resta l'amarezza dell'insufficienza delle argomentazioni proposte a corredo di una modifica dell'art. 4 *bis*, l. 354/1975, intesa a ricondurre la norma alla sua *ratio* originaria di prevenzione, relativa ai (soli) condannati per delitti di matrice mafiosa o di terrorismo, sulla base di una ragionevole presunzione di rilevante pericolosità di tali soggetti correlata al perdurare dei collegamenti con le organizzazioni criminali di riferimento. La proposta di circoscrivere ai soli condannati per tali particolari delitti l'area di applicazione delle gravi preclusioni di accesso alle misure alternative, secondo l'impostazione voluta dal legislatore del 1991-92, si fondava su convergenti valutazioni, tra le quali principalmente il rilievo della tensione con i principi costituzionali, *in primis*, quelli di ragionevolezza, uguaglianza e finalizzazione rieducativa della pena (cfr. Corte cost., sentenze nn. 306/1993 e 361/1994).

Eppure la giurisprudenza costituzionale ha da tempo insegnato che, nella materia delle misure alternative, è criterio «*costituzionalmente vincolante*» quello che esclude «rigidi automatismi e richiede sia resa, invece, possibile *una valutazione individualizzata caso per caso*» (Corte cost., sentenze nn. 436/1999; 257/2006; 79/2007), che eviti un automatismo «sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena» (Corte cost., sentenza n. 255/2006).

Ci si compiace invece, della quasi totale rimozione di ogni automatismo ostativo con la eliminazione delle preclusioni alla concessione delle misure, introdotte nei confronti dei condannati recidivi "qualificati" di cui all'art. 99, comma 4, c.p., dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. "legge *ex Cirielli*"), operata con il d.l. 78/2013, art. 2, di abrogazione del comma 1 *bis* dell'art. 47 *ter* o.p. e dell'art. 50 *bis* o.p.

Alla stessa finalità, ancorché con effetti per così dire "anticipati", obbedisce la previsione della "Liberazione anticipata c.d. virtuale", in forza dell'art. 1 d.l. cit. con l'aggiunta del comma 4 *bis* all'art. 656 c.p.p.

E, partendo dalla constatazione della Commissione Parlamentare di Inchiesta c.d. "Marino", sulla maggiore oscenità trattamentale degli internati negli O.P.G., e nelle Case di lavoro è stato riconosciuto il rimedio risarcitorio non solo per il detenuto, ma anche per l'internato e quindi, per il soggetto sottoposto all'esecuzione di una misura di sicurezza detentiva, sia della specie della Casa di lavoro che della Colonia agricola, sia dell'O.P.G. che della Casa di cura e custodia (peraltro, queste ultime due, destinate al superamento entro il 31.3.2015, e quindi *anche* alla trasformazione in R.E.M.S. – Residenze sanitarie per l'esecuzione delle misure di sicurezza – in forza dell'art. 3 *ter*, rubricato "Definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e della case di cura e custodia", inserito dalla l. 17.2.2012, n. 9 di conv. del d.l. 22.12.2011, n. 211, cosiddetto "Decreto-svuota-carceri 2". Per altro verso, il comma 1 *quater* dell'art. 3 *ter*, come modif. dall'art. 1 l. 30.5.2014, n. 81, innovando radicalmente il carattere indeterminato nel tempo delle misure di sicurezza detentive, provvisorie o definitive, ne limita la durata al tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima *ex art.* 278 c.p.p., ad eccezione dell'ergastolo.

Concludendo sul punto: «*Il quadro attuale di queste misure è molto diverso da quello originario*», sostiene esattamente P. Comucci, ed aggiungo che quel quadro è segnato dalla mancanza di una visione di sistema, tale da far interagire le norme, le risorse personali, le risorse organizzative, la magistratura di sorveglianza, le carceri. Insomma, la disintegrazione del sistema sanzionatorio.

2. Altro tratto tipico delle novelle è rappresentato dallo *slittamento delle competenze alla concessione delle misure alternative verso il Magistrato di Sorveglianza*, quindi un aumento di competenze di carattere monocratico a "svantaggio" del giudizio collegiale, di magistrati "togati" e di Esperti.

Infatti, il d.l. n. 78 del 2013, all'art. 2 ha modificato l'art. 47 *ter*, comma 1 *quater* o.p. con la previsione dell'*applicazione provvisoria della detenzione domiciliare* da parte del magistrato di sorveglianza nei casi di grave pregiudizio derivante dalla protrazione della detenzione.

Ergo: preferenza del monocratico al collegiale per una legittima decisione interinale urgente.

Nella stessa linea è il d.l. n. 146 del 2013, art. 3 che ha modificato l'art. 47, comma 4 o.p. prevedendo l'*applicazione provvisoria dell'affidamento in prova al servizio sociale* nei casi di grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione e di mancanza di pericolo di fuga, ad opera del magistrato di sorveglianza competente in relazione al luogo di detenzione. L'ordinanza concessiva è efficace fino alla decisione del Tribunale di Sorveglianza che decide entro 60 giorni dalla trasmissione degli atti.

La motivazione delle modifiche data dalla Commissione di studio del C.S.M., cioè, di evitare la lunga attesa della fissazione dei procedimenti di sorveglianza avanti il Tribunale di Sorveglianza, appare poco convincente in quanto *sarebbe stata sufficiente una normativa secondaria per sancire la priorità di trattazione di procedimenti*.

È evidente che, ponendosi il giudizio interinale come una prima pietra da parte del giudice, difficilmente il Collegio riuscirà a travolgerlo, così consentendo la carcerazione, allorquando già la misura in libertà sia stata concessa.

L'altra conseguenza di tale opzione è la *vanificazione degli apporti degli Esperti componenti il collegio del Tribunale di Sorveglianza*, sia nel corso dell'udienza, sia nella camera di consiglio, con conseguente *rarefazione della multidisciplinarietà del giudizio*. Non a caso, negli anni '70, nel corso dei lavori preparatori della Riforma, alla tesi della sola composizione togata del collegio, si obiettò che si sarebbe verificata una "vanificazione" della Riforma medesima.

Pertanto, nello stesso senso si caratterizza, sempre nel d.l. 146/2013 citato, l'art. 51 *bis* con la sostituzione della competenza del solo magistrato di sorveglianza sulla prosecuzione o sulla cessazione delle misure, nei casi di *sopravvenienza di nuovi titoli di privazione della libertà personale*. Quindi, senza la previsione di un passaggio al Collegio.

Ma le premesse di tale inversione di tendenza già erano nella l. 199 del 2010, stabilizzata nel sistema dall' art. 5 del detto d.l. 146/2013.

Ed a maggior chiarezza della tesi della *tendenza all'amplificazione delle competenze monocratiche ed alla oggettivizzazione decisionale*, conviene precisare che questa non attinge invece il procedimento finalizzato alla riduzione di pena o alla liquidazione dell'equivalente, vertendo sul "fatto" e non sulla persona, essendo del tutto irrelato al parametro della "meritevolezza", e correlato alle condizioni del trattamento oggettivo conforme alla legalità. Non trattandosi di un giudizio sulla progressione rieducativa del condannato, correlato al Magistero rieducativo della magistratura di sorveglianza, non trova applicazione il comma 2 dell'art. 678 c.p.p. con conseguente valutazione della relazione di osservazione scientifica della personalità, della documentazione penitenziaria e della consulenza dei tecnici del trattamento in senso soggettivo, ma, al contrario, il comma 5 dell'art. 666 c.p.p. nella più ampia accezione che consente al giudice di chiedere, secondo le formule rituali ordinarie o esibitorie, alle autorità competenti, e non solo all'amministrazione penitenziaria, ancorché parte in causa, tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno, nonché di procedere in udienza ad assumere le prove necessarie nel rispetto del contraddittorio, salvo poi stabilire il mezzo di prova, caratterizzato dalla officiosità dell'istruttoria.

3. *Al giudizio sulla persona condannata ed all'analisi della sua personalità hanno sempre contribuito a pieno titolo gli Esperti, i c.d. Giudici onorari.* Diversamente dalla vulgata secondo la quale il ricorso alla collegialità si giustificerebbe solo con l'esigenza di sollevare il giudice monocratico da decisioni più responsabilizzanti, l'obiettivo importante della composizione promiscua è la *specializzazione dell'organo giudicante*, rappresentata dalla presenza di due cittadini esperti in determinate materie (art. 70 o.p.): due togati e due "laici", giusta l'icastica terminologia comunemente impiegata per indicare i giudici professionali e quelli onorari.

La scelta del legislatore del 1975 a favore del *collegio a struttura composita* – in coerente applicazione dell'art. 102, comma 2, Cost. che prevede la partecipazione alle "sezioni specializzate" degli organi giudiziari ordinari di "cittadini idonei estranei alla magistratura" – si fonda sulla necessità di affiancare (diversamente dai tecnici del trattamento e diversamente dai C.T.U.) ai giudici ordinari gli *Esperti dotati di specifiche cognizioni scientifiche finalizzate ad un giudizio sulla personalità del condannato. Un apporto cioè, che non opera a livello consultivo, ma di "decisività"* (e si pensi alla formazione della maggioranza nel collegio composto da quattro giudici) nella formazione della decisione.

Il contributo decisionale degli Esperti appare poi di *particolare importanza per l'esatta valutazione dei risultati dell'osservazione della personalità, degli sviluppi e degli esiti del trattamento praticato*, nei casi di condannati detenuti, e *per la diversa valutazione della documentazione socio-familiare, medica, psichiatrica*, all'esito dell'esame del richiedente, in udienza, nei casi dei condannati c.d. "liberi sospesi", in quanto gli Esperti medesimi hanno un ruolo attivo e coinvolgente, improntato ad affidabili criteri diagnostici di natura psicologica, pedagogica, criminologica che permettono di andare oltre la stessa esteriorità del comportamento.

Al riguardo, è particolarmente significativo che l'art. 70 o.p. faccia riferimento, per la determinazione delle categorie di professionisti tra cui scegliere i due Esperti, al quarto comma dell'art. 80 o.p.

Tranne alcune particolarità, peraltro non del tutto marginali, la composizione del Tribunale di Sorveglianza riecheggia quella del Tribunale per i minorenni.

L'evidenziazione di questa affinità strutturale indica peraltro, che ogni qual volta, o in ragione dell'età o per il concorso di sintomatici elementi comportamentali, si profilano concrete prospettive di recupero sociale del condannato e ci si allontana da una logica meramente retribuzionistica, *emerge l'esigenza di una diversa preparazione professionale dei giudici*. Muta, infatti, il tipo di giudizio che essi sono chiamati a dare: non tanto un giudizio storico-retrospettivo, quanto una valutazione di prognosi comportamentale.

Nel solco di questa cultura, nel primo quinquennio degli anni '80, caratterizzato da una tempesta di violenza nel nostro Paese, paradossalmente cresceva nella stessa Università di Milano, segnata da sangue e morte, una generazione di studiosi (Calvanese, Fiorentini, Merzagora e Ceretti, allievi di Gianluigi Ponti) con la schiena dritta che ragionava sulle strategie diversificate di contrasto della criminalità.

Il nostro Ernesto Calvanese fu giudice onorario del Tribunale di Sorveglianza di Milano dal 1980 al 1986: gli anni della massima espansione della collaborazione e della comune ricerca tra magistrati e studiosi di scienze dell'uomo e di apporti della criminologia alle misure alternative, poi continuata con la legge c.d. Gozzini del 1986, prima della Controriforma del 1992 e delle ostatività e delle preclusioni, divenute poi debordanti, dell'art. 4 bis o.p.

Anni di fecondo scambio scientifico e culturale.

Ricordo le prime discussioni sulla *sindrome di Ganser* e sui criteri praticabili e comprensibili, anche da noi togati, per discernere i confini tra la simulazione conscia e la riproduzione inconscia di sindromi mentali.

Calvanese esordiva con: «Ma perché frode è de l'uom proprio male» dal canto XI dell'Inferno e si ragionava poi sui sintomi del soggetto modificati dalla congiunturale azione di vantaggi diretti o indiretti, o più genericamente di quella che Jaspers definisce "volontà di malattia" quando afferma che «l'uomo vuole diventare trasparente a se stesso oppure vuole nascondersi, ingannare se stesso e velare la realtà – nella sfera del patologico esiste una volontà, un impulso istintivo verso la malattia ed uno opposto: la coscienza della salute. La volontà può intervenire nella sfera psichica, può oscurarla e può illuminarla, può inibirla o abbandonarsi ad essa, può elevarsi in qualche cosa e può reprimerla»². Tema attualissimo di discussione, rinverdito dagli apporti delle neuroscienze.

Erano anche gli anni delle prime pubblicazioni di una giurisprudenza "inesistente", quella della Sorveglianza, sul Foro italiano (con la "note" di G. La Greca) e sulla Rassegna penitenziaria e criminologica (con le "note" di G. Zappa).

² JASPERS K., *Psicopatologia generale*, Roma, 1964, p. 38 ss.

Ricordo il disappunto della gran parte della magistratura di sorveglianza e dell'amministrazione penitenziaria rispetto alla nostra prima ordinanza – anche a livello nazionale – di ammissione della perizia criminologica, vigente il tabù dell'art. 314 c.p.p. del codice Rocco. Decisioni stereotipate, tutte a rime bacciate, reagirono criticamente additando l'eresia di uno scollamento tra Giurisdizione ed Amministrazione. E pensare che l'*incipit* di quella ordinanza è lo stesso di altra emessa di recente in un caso (ricordato da Comucci) di risonanza mediatica: «Questo Collegio ritenendo pertanto, insufficiente, per un verso, l'espletata osservazione della personalità, e, per altro verso, inutile un prosieguito di osservazione in dette forme, alla luce degli elementi esposti, reputa necessario, al fine della decisione, disporre un accertamento tecnico di ufficio sulla personalità dell'istante, ai sensi dell'art. 220, 2° co., c.p.p.», a mente del quale: «Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche». Quel che merita oggi evidenziare è il continuo scambio di opinioni tra i giudici e gli studiosi citati per la preparazione del famigerato e nuovo quesito peritale.

I critici di quella scelta la indicavano come una deviazione rispetto alla classica, condizionante, e talora ipocrita, cultura dell'osservazione scientifica della personalità condotta in *captivitate*, ed al contempo, intuivano esattamente che quello strumento di sapere poteva rappresentare uno "sganciamento", l'indipendenza dai tecnici del trattamento in carcere, ma anche la fine della protrazione della carcerazione ed i continui rinvii di udienze, per un verso condizionati dalle risorse e dalle direttive dell'amministrazione, e, per altro verso, tali da rasentare un condizionamento della giurisdizione.

La sensibilità di Calvanese per la *diversificazione delle strategie di contrasto della delittuosità* venne in evidenza nel corso della lunga marcia di elaborazione dell'affidamento al servizio sociale per i tossicodipendenti e gli alcooldipendenti. È noto che l'affidamento terapeutico per tossicodipendenti, come misura *ad hoc* di *probation*, non era prevista dalla l. 354 del 1975 e tuttavia, la prima elaborazione giurisprudenziale a leggi ferme, in considerazione della opportunità di un trattamento finalizzato alla prevalenza della cura della salute rispetto alla pena carceraria innanzitutto, ed in secondo luogo, ad evitare la detenzione per ottenere l'affidamento fu fornita da quel gruppo di studiosi. I passaggi normativi successivi furono la previsione dell'art. 47 bis L. 354 cit., introdotto dall'art. 4 ter del d.l. 22 aprile 1985, n. 144, conv. con l. 21 giugno 1985, n. 297 fino al transito nel d.P.R. n. 309 del 1990 all'art. 94.

Calvanese ha scritto bene, ma credo che il suo contributo più prezioso resta l'apporto discreto alla *reformulazione di norme più umane partendo dalla persona in carne ed ossa e del caso concreto*.