

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

La riforma spezzata.
Come cambia
l'ordinamento penitenziario

2018



La riforma spezzata. Come cambia l'Ordinamento penitenziario

Introduzione. La fine era nota: storia di una riforma diminuita

di *Riccardo De Vito*

” 113

Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018

di *Marcello Bortolato*

” 119

Quel che poteva essere (e la necessità di perseverare)

di *Glauco Giostra e Fabio Gianfilippi*

” 129

Salute mentale e carcere: una necessità dimenticata

di *Marco Pelissero*

” 133

Persone dietro i numeri.

Un'analisi del rapporto tra sistemi penitenziari e recidiva

di *Daniele Terlizzese*

” 136

Cultura giuridica ed esecuzione della pena: processi decisionali in tema di misure alternative alla detenzione

di *Francesca Vianello*

” 141

Introduzione

La fine era nota: storia di una riforma minima

di Riccardo De Vito

I decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018 condensano la riforma penitenziaria. Il legislatore delegato ha svilito il contenuto di ampio respiro della legge delega e dei primi schemi elaborati dalla Commissione Giostra. A fronte di poche disposizioni sulla vita intramuraria, la riforma tace sulle misure alternative. È un silenzio imposto da parole d'ordine delle politiche penali repressive, a partire da una malintesa “certezza della pena”.

1. Un destino annunciato

Questo obiettivo avremmo voluto dedicarlo a una riforma penitenziaria.

Il complesso disposto della legge delega 103/2017 – a sua volta scaturito dalla più ampia esperienza degli Stati generali dell'esecuzione penale –, al contrario, è stato svilito dai decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018, pubblicati in Gazzetta Ufficiale il 26 ottobre ed entrati in vigore il 10 novembre 2018 (a questi si accompagna il decreto n. 121, interamente dedicato all'esecuzione della pena nei confronti dei minori).

I due decreti recano l'insegna *riforma* nel titolo, ma di questa non hanno la sostanza e il respiro. Al più, come ha scritto Marcello Bortolato nel suo commento analitico – che proponiamo come brano di apertura –, si tratta di una riforma a metà, con qualche luce e con molte ombre e carenze.

Gli spiragli positivi che magistratura, avvocatura e operatori del penitenziario dovranno valorizzare sono legati ai pochi lasciti del lavoro della Commissione Giostra e riguardano una migliore organizzazione dei presidi di tutela della salute dei detenuti (in termini di responsabilizzazione del servizio sanitario nazionale, di tempestività delle cure e di continuità rispetto ai trattamenti ricevuti all'esterno), una normativa antidiscriminatoria più cogente, l'irrobustimento del principio di prossimità geografica della pena al luogo nel quale si svolge la vita relazionale e affettiva del condannato, la ridefinizione del trattamento in termini di partecipazione attiva e responsabilizzante

del detenuto. Compare poi tutta una serie di analitiche disposizioni che riguardano la vita detentiva e che, salvo il non trascurabile rilievo che alcune di esse entreranno in vigore nel 2021, appaiono idonee a favorire una miglior qualità della vita dei ristretti.

Sono proprio le omissioni, però, a stravolgere il senso dell'originario impianto legislativo e a delineare la curvatura ideologica regressiva di questa novella.

Non vi è dubbio che i decreti rispondano agli obiettivi dello schieramento politico che attualmente dirige il Paese e al tenore del *Contratto per il governo del cambiamento*, nel quale si legge, al paragrafo 12, che «per garantire il principio della certezza della pena è essenziale riformare i provvedimenti emanati nel corso della legislatura precedente tesi unicamente a conseguire effetti deflattivi in termini processuali e carcerari, a totale discapito della sicurezza della collettività».

Che la fine fosse nota, per ricalcare il titolo del romanzo di Holiday Hall, tuttavia, era chiaro a tutti fin dal momento in cui il più esteso progetto di aggiornamento dell'Ordinamento penitenziario – dopo la legge Gozzini del 1986 – fu colpevolmente abbandonato dalla stessa maggioranza politica che lo aveva coltivato per motivi di (errati) calcoli elettorali. In prossimità dell'appuntamento elettorale del 4 marzo 2018, infatti, il Consiglio dei ministri presieduto dall'onorevole Gentiloni (era il 22 febbraio) congelò lo schema di decreto che ridisegnava l'Ordinamento penitenziario.

Si trattava di un testo già depotenziato da alcune rivisitazioni al ribasso e dall'estromissione di ogni

profilo inerente alla tutela dell'affettività dei detenuti, ma da quel momento in poi il processo di attuazione della legge delega, come naturale e fisiologico, si è dovuto confrontare con l'ideologia penale della nuova maggioranza. È iniziata, così, un'ulteriore storia di sottrazioni, amputazioni e rimescolamenti, fino ad arrivare ai testi dei decreti sopra citati.

Sia chiaro: il giudizio sulla stessa legge 103/2017 non può non essere influenzato in negativo dalla rinuncia di quest'ultima ad intervenire, se non in maniera molto limitata e parziale, sull'ergastolo ostativo. Allo stesso modo, nella valutazione complessiva, pesa l'abdicazione totale a ricomprendere i detenuti sottoposti al regime differenziato previsto dall'art. 41-bis nella riforma delle condizioni dell'esecuzione penale intramuraria.

Nonostante questi aspetti, la matrice culturale che animava il tessuto normativo della delega e dei primi schemi di decreto avrebbe potuto imprimere un'inversione di rotta a una stagione di interventi sulla penalità penitenziaria caratterizzati da scelte puntiformi ed estemporanee, tutte nella scia dell'alternativa secca tra *tolleranza zero* e deflazione del sovraffollamento. Avremmo avuto, come usa dire in economia, una riforma anticiclica.

Quello che ora rimane sul tappeto, invece, è davvero poco.

Per l'ennesima volta hanno vinto le parole d'ordine delle politiche penali repressive. Arrivano direttamente – anche se in ritardo, come si avrà modo di dire – dagli Stati Uniti d'America: *Tough on crime and its causes, Prison works*. Il carcere funziona.

Alle nostre latitudini abbiamo un altro ritornello, frutto di un fraintendimento rimosso anche da alcuni settori della magistratura: certezza della pena. Sono nette le parole di Glauco Giostra, presidente della Commissione per la riforma penitenziaria nel suo complesso, nel vivace dialogo con Fabio Gianfilippi, magistrato di sorveglianza: «La parte qualificante della riforma è stata ufficialmente sacrificata sull'altare della *certezza della pena*»¹.

Da qui occorre partire per capire la misura del fallimento.

2. Pena uguale carcere

Il vero punto di forza della prospettiva di cambiamento delineata dalla legge 103/2017, recepita dagli schemi elaborati dalla Commissione Giostra, era strettamente connesso ai principi e criteri direttivi volti a rimodulare le modalità e i presupposti di

accesso alle misure alternative, al fine di facilitare il ricorso alle stesse ed eliminare – con le eccezioni della criminalità organizzata, del terrorismo e dei casi di eccezionale gravità e pericolosità – quegli automatismi che impediscono o ritardano l'individualizzazione del trattamento, la valutazione del concreto recupero sociale del condannato da parte di un giudice e, all'esito, l'accesso a percorsi di effettivo reinserimento sociale extramurari.

Non è possibile (né utile) affrontare in questa sede il tema della mancanza di coraggio dimostrata dal legislatore delegante nel farsi carico solo parzialmente del problema degli automatismi e nel lasciare senza risposta la questione gravissima dell'ergastolo ostativo (più in generale delle pene ostative). Altre e più approfondite riflessioni dovranno essere svolte su questo tema e la frase non vuole essere di circostanza per rinviare un dibattito che, ormai, è ineludibile, come testimoniato dal fatto che la Corte europea dei diritti dell'uomo dovrà pronunciarsi per la prima volta sulla compatibilità convenzionale della previsione italiana in punto di ergastolo senza *right to hope* (caso *Viola c. Italia*).

Quel che preoccupa è che gli attuali decreti legislativi, pur nella certezza di non dover intaccare le presunzioni di pericolosità in materia di mafia e terrorismo, hanno spazzato via ogni aspetto riguardante il potenziamento delle misure alternative e hanno riproposto la più pericolosa delle equazioni: pena uguale carcere.

Il vento che è spirato è quello della certezza della pena, intesa nel suo aspetto deteriore di inflessibilità della stessa e di inalterabilità della sanzione irrogata in sentenza, da espiare in carcere dal primo all'ultimo giorno. Una *formula ultimativa* – come la definisce Fabio Gianfilippi – che non lascia spazio a riflessioni sul contenuto costituzionale delle pene.

Sorprende che questa formula riprenda vigore nel dibattito pubblico italiano (anche in quello degli *specialisti*) nello stesso momento in cui la sua efficacia viene messa in crisi, almeno sotto il profilo dei rapporti costi/benefici, persino negli Stati Uniti, Paese apripista delle politiche basate sulla dottrina *prison works*. Uno studio recente della *Rand Corporation* (di certo non un'associazione con finalità di tutela dei diritti dei detenuti) ha calcolato che investire centocinquantamila dollari in programmi di lavoro e misure alternative per cento ipotetici detenuti comporta un risparmio di un milione di dollari in tre anni sui costi legati alla recidiva e alla re-incarcerazione. Sull'onda di queste analisi – nonché di ulteriori valutazioni legate all'effetto criminogeno della penalizzazione dei

1. F. Gianfilippi - G. Giostra, *Quel che poteva essere (e la necessità di perseverare)*, in questo numero di questa Rivista trimestrale, pp. 129-132.

reati di droga non violenti – il Presidente Trump ha più volte manifestato l'intenzione di approvare una mini-riforma penitenziaria che si ponga l'obiettivo di aumentare le alternative al carcere².

In Italia, al contrario, l'idea vincente è ancora quella che considera pena autentica solo quella espiata in carcere e reputa la misura alternativa, il famoso *beneficio*, un premio da elargire a una ristretta schiera di eletti.

Si tratta, tuttavia, di un'idea contraria alla Costituzione, come ripeteva Alessandro Margara, lungimirante anche nel profetizzare che *repetita non iuvant*³. La riforma del 1975 nasceva dal rifiuto del modello di esecuzione penale rigido e quel rifiuto era, per così dire, costituzionalmente obbligato, in quanto scaturiva dalle disposizioni dell'art. 27, comma terzo, della Carta.

È da tale precetto, come ha chiarito la celebre sentenza 204/1974 della Corte costituzionale, che «sorge il diritto per il condannato a che, verificatesi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto al suo fine rieducativo» e che nasce, di pari passo, la necessità che tale diritto trovi «una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale».

Pena flessibile e decisione discrezionale della magistratura di sorveglianza, di conseguenza, sono le due facce di un'unica medaglia: quella del finalismo rieducativo della pena. L'originaria impostazione della riforma, pur con i limiti sopra evidenziati, avrebbe dovuto incidere sull'ampliamento di questi due lati simmetrici dell'esecuzione, ridando linfa a un sistema penale sfigurato da una serie di interventi normativi introduttivi di automatismi, preclusioni assolute e sbarramenti alle misure alternative. Si tratta di novelle che, troppo spesso senza una ragione criminologica, hanno minato man mano la parità dei condannati nell'accesso alle misure alternative, hanno impedito l'individualizzazione del trattamento e hanno umiliato la discrezionalità della magistratura.

Automatismi e preclusione di legge privano il giudice della possibilità di valutare il merito delle istanze e il contenuto dei percorsi di reinserimento; di pronunciare, anche, un «no» in grado di orientare la condotta e la progettualità dei condannati.

I decreti legislativi che ci troviamo a commentare non si discostano da quest'ottica riduzionista, nono-

stante la Corte costituzionale – con la pronuncia 149 del 21 giugno 2018, emessa mentre il Parlamento si apprestava a disarticolare l'impianto riformatore – abbia anche di recente ribadito il volto costituzionale della pena: «la particolare gravità del reato commesso» ovvero «l'esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti delle generalità dei consociati [...] nemmeno possono, nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società (sentenza 450 del 1998), e da declinarsi nella fase esecutiva come necessità di costante valorizzazione, da parte del legislatore prima e del giudice poi, dei progressi compiuti dal singolo condannato durante l'intero arco dell'espiazione della pena».

Quello che occorre chiedersi, comunque, è perché l'equazione pena uguale carcere, oltre ad essere incostituzionale, neppure funzioni dal punto di vista della prevenzione del crimine.

La risposta più chiara l'ha fornita Andrea Pugiotto, citando Gustav Rabruch: la ricetta di rendere sociale il soggetto antisociale inserendolo in contesti asociali è efficace quanto quella di insegnare a nuotare fuori dall'acqua⁴. Il carcere, da solo, non è luogo adatto a munire il condannato di quel patrimonio di risorse personali e sociali che soltanto in ambiente possono essere utilmente acquisite. Confinare tutta l'esecuzione all'interno della galera, anche nei casi di gravità non eccezionale, significa rinunciare a serie prospettive di reinserimento e, dunque, a una positiva trasformazione della società nel suo complesso.

Queste conclusioni, peraltro, non si muovono in un vuoto di esperienze e non possono essere decontestualizzate. Nascono anche dal confronto con il carcere come lo conosciamo. In altri termini, bisogna fare i conti con *questa galera*.

3. Una questione di numeri...

La perdurante rinuncia a una seria politica del carcere, nel nostro Paese, è testimoniata anche dai numeri.

2. Una panoramica approfondita e suggestiva su queste tematiche in L. Marini, *Carcere, droga e intervento penale in Usa. Un dibattito aperto*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 3/2015, www.questionegiustizia.it/rivista/2015/3/carcere_droga-e-intervento-penale-in-usa-un-dibattito-aperto_271.php.

3. S. Margara, *Quale giustizia? Repetita non iuvant: ancora sulla pena e sul carcere*, in questa *Rivista trimestrale* (edizioni Franco Angeli), Milano, n. 5/2002 e ancora su questa *Rivista trimestrale*, n.2/2015, www.questionegiustizia.it/rivista/2015/2/quale-giustizia-repetita-non-iuvant-ancora-sulla-pena-e-sul-carcere_243.php.

4. A. Pugiotto, *Preferirei di no. Il piano pericolosamente inclinato della giustizia riparativa*, in F. Corleone - A. Pugiotto, *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Ediesse, Roma, 2013, p. 257.

Non si intende riproporre la ormai consueta rilevazione sull'efficacia delle misure alternative rispetto al carcere in termini di abbattimento del tasso di recidiva.

Appare più appropriato porre l'attenzione su altri dati, di per sé concludenti e che scaturiscono dall'indagine sulla realtà della pena penitenziaria. Per esplorare la concretezza del penitenziario si possono utilizzare in modo proficuo le preziose e aggiornate informazioni del Quattordicesimo rapporto sulle condizioni di detenzione, curato dall'associazione Antigone e pubblicato nel 2018⁵.

Un primo esempio può essere tratto dall'analisi delle risorse destinate all'azione rieducativa.

Come è noto, all'interno del carcere l'osservazione della personalità e la formulazione del programma di trattamento individualizzato sono compiti affidati ai funzionari dell'area giuridico-pedagogica, meglio noti come educatori. Occorre vedere da vicino, tuttavia, in quali condizioni sono costretti a lavorare.

Nel 2016 e nel 2017 le piante organiche del personale non in divisa dell'Amministrazione penitenziaria sono state ulteriormente ridotte e allo stato – tolto il personale dislocato presso l'Amministrazione centrale – sono circa 931 gli educatori che si dovrebbero occupare di una popolazione detenuta che, al 31 ottobre 2018, è tornata a registrare 59.803 persone ristrette.

Tradotto in cifre ancora più stringenti questo vuol dire: una media di 62/63 detenuti per educatore e otto giorni lavorativi per *parlare* (semplicemente parlare) con tutti i detenuti, ammettendo un'ora di tempo dedicato al colloquio con ciascun detenuto e il contemporaneo servizio di tutti i funzionari.

Le cose, tuttavia, stanno persino peggio di così: l'organico pieno è un miraggio in quasi tutti gli Istituti e il rapporto effettivo detenuti/educatori si attesta sulla soglia di 100 a 1. La stessa Amministrazione penitenziaria ha messo nero su bianco questi numeri, trasformandoli in qualcosa di auspicabile: un educatore per cento detenuti nelle Case circondariali; uno per cinquanta nelle Case di reclusione, quelle che dovrebbero funzionare a maggiore *intensità trattamentale*.

Le cose non cambiano se guardiamo ad altri indicatori.

Colpisce il fatto che, a fronte della presenza di circa 21.000 detenuti stranieri, il numero dei mediatori culturali sia di appena 66, organico incrementato soltanto grazie all'impegno di quello che Margara definì *il carcere della resistenza*, ovvero volontari o professionisti che lavorano grazie a Convenzioni con Enti pubblici e privati.

Non gode di miglior salute il ruolo dei direttori. A febbraio 2018 – i dati sono tratti sempre dall'accu-

to rapporto di Antigone – i direttori sono 151 a fronte di 189 istituti. Circa ventiquattro direttori sono responsabili di due istituti, alcuni di tre. Difficoltà oggettive che parlano da sole. Parlano, soprattutto, di una delega *di fatto* della direzione degli Istituti ai Comandanti di polizia – che devono svolgere altri e delicati compiti – e questo, laddove i direttori devono dividersi tra più carceri, senza attendere gli effetti di un'accreditata (ma deleteria) prospettiva di riforma che vuole confinare la dirigenza civile in ruoli ad esaurimento per canalizzare la funzioni di direzione degli Istituti all'interno dei ruoli della Polizia penitenziaria.

Questa breve rassegna di cifre ci restituisce un'immagine del penitenziario come istituzione in sofferenza. Una sofferenza che, a dispetto dei proclami, non è alleviata dai decreti in questione, che sui problemi strutturali appena accennati non intervengono. Al contrario, alcune previsioni sembrano aggravare i difetti dell'istituzione, ma qui il ragionamento deve spostarsi dai numeri ai sistemi.

4. ...e di sistemi

Le disposizioni in tema di sorveglianza, lavoro e salute mentale in carcere si rivelano particolarmente utili per capire a quale modello di prigionie il legislatore ha fatto riferimento nel portare a termine l'attuazione della delega.

Gli schemi dei primi decreti legislativi, abbandonati dall'attuale maggioranza politica, contenevano una previsione che incideva a fondo sul trattamento penitenziario e stabiliva che «la sorveglianza delle persone detenute avviene nel rispetto dei principi indicati nelle regole del Consiglio d'Europa e con modalità tali da consentire ai detenuti e agli internati di trascorrere parte della giornata fuori dalle aree destinate al pernottamento anche al fine di favorire i rapporti interpersonali e l'osservazione del comportamento e della personalità». Sarebbe stato il nuovo comma 6 dell'art. 1 dell'Ordinamento penitenziario e (art. 1, comma 6, ord. penit.) e avrebbe concretato il parametro della lett. *r* della delega, avente ad oggetto la «previsione di norme volte al rispetto della dignità umana attraverso la responsabilizzazione dei detenuti, la massima conformità della vita penitenziaria a quella esterna, la sorveglianza dinamica».

Non era una previsione nata dal nulla, poiché scaturiva – oltre che dalle Regole penitenziarie europee – da riflessioni approfondite sulla comparazione, in termini di efficacia risocializzante e di prevenzione del rischio di recidiva, tra regimi penitenziari “a

5. *Un anno in carcere. XIV Rapporto sulle condizioni di detenzione*, reperibile su www.antigone.it.

celle aperte” e regimi chiusi. L’indiscutibile vantaggio dell’adozione di sistemi aperti emerge in modo nitido dallo studio – proposto in questo obiettivo – che Daniele Terlizze e Giovanni Mastrobuoni hanno condotto confrontando l’espiazione della pena a Bollate, carcere aperto per eccellenza, con quella effettuata in altri Istituti. Dall’applicazione di un metodo statistico rigoroso, tale da eliminare tutte le possibili fallacie e distorsioni di cui sono accusate le proiezioni in materia di recidiva, emerge un risultato univoco: «la sostituzione di un anno in un carcere “chiuso e duro” con un anno in un carcere “aperto e umano” riduce la recidiva di 6-10 punti percentuali»⁶.

Nonostante queste conclusioni, i decreti legislativi in commento eliminano la previsione della sorveglianza dinamica e del regime aperto, muovendosi così in direzione contraria rispetto all’obiettivo di garantire più sicurezza sociale.

È un’omissione che tratteggia l’ideologia afflittiva che ha animato coloro che hanno tradotto in legge il percorso riformatore e che non offre alla prigione neppure la possibilità di munirsi di regimi e moduli organizzativi efficaci anche in caso di carenze di organico.

Altro intervento sintomatico dell’insufficienza della riforma è quello che attiene alle disposizioni attinenti al lavoro.

Non vi è dubbio che l’eliminazione della qualifica di obbligatorietà del lavoro penitenziario cancella gli aspetti di odiosa afflittività da sempre collegati al lavoro in carcere (salva la verifica della compatibilità con le disposizioni del codice penale rimaste intatte sul punto, come ben messo in rilievo dal commento di Marcello Bortolato).

Deve essere evidenziato, tuttavia, che l’approdo di questa riforma scommette in gran parte sul lavoro di pubblica utilità, al quale è dedicato il nuovo art. 20-ter. Si tratta del nuovo articolo che implementa le attività “a titolo volontario e gratuito” svolte in favore di “Amministrazioni dello Stato, Regioni, Province, Comuni” ed altri Enti di assistenza sociale e volontariato, ovvero in favore della stessa Amministrazione penitenziaria.

Ora, sebbene ogni esperienza lavorativa e dinamica sia preferibile all’inerzia nelle camere detentive, deve essere sottolineato che l’implementazione degli spazi del lavoro gratuito e volontario appare in conflitto con l’impostazione sottesa alla riforma del 1975, che intravedeva nel lavoro penitenziario lo strumento principale di reinserimento e riscatto so-

ciale. Appare fin troppo evidente, anche alla luce del complessivo disegno costituzionale, che tale compito può essere assolto soltanto da un lavoro remunerato, contrattualizzato e tale da favorire il più possibile la continuità del rapporto o la spendita delle abilità e delle competenze dopo la fuoriuscita dal circuito detentivo.

Il risalto al lavoro di pubblica utilità – in questo caso ascrivibile anche all’impostazione originaria della riforma – sembra il tributo a una retorica del lavoro gratuito del detenuto come passaporto per ritrovare riconoscenza sociale e liberarsi dallo stigma della colpevolezza.

Insomma, siamo ben lungi dal colmare quello scarto tra *lavorante* e *lavoratore* che, a livello sostanziale e terminologico, segna la distanza enorme tra lavoro ristretto e lavoro libero⁷.

Dai decreti, dunque, esce il quadro di un sistema penitenziario che continua a mantenersi chiuso e ripiegato su stesso.

Esemplare di questa introflessione è l’amputazione – ben raccontata in questo approfondimento da Marco Pelissero, presidente della Commissione dedicata a questa tematica – subita dal processo riformatore in materia di tutela della salute mentale.

La deformazione delle proposte originarie è passata attraverso l’esclusione della possibilità di disporre il rinvio facoltativo della pena nei confronti di persone affette da gravi infermità psichiche, la mancata recezione di misure alternative terapeutiche per i sofferenti psichici, sul modello di quelle previste per tossicodipendente e alcol dipendenti (sarebbe stato il nuovo art. 47-septies), l’obliterazione dell’innovazione riguardante la costituzione di Sezioni a prevalente o esclusiva gestione sanitaria per i detenuti con seminfermità mentale o infermità sopravvenuta. E così – in un carcere devastato dal problema del disagio psichico, come dimostrano i numeri dei suicidi e i recenti fatti di cronaca – si è persa l’occasione di superare gli *istituti per infermi e minorati* (art. 65 ord. penit.). Appare significativo denunciarlo in questo numero della *Rivista*, che contiene un obiettivo interamente dedicato al problema del rapporto tra disabilità e diritto.

In conclusione, gli esiti della riforma potrebbero essere massimati così: tutto dentro e niente (o poco) fuori.

Si tratta di un passo indietro che segna un fallimento soprattutto sul terreno del discorso pubblico e della cultura giuridica.

6. D. Terlizze, *Persone dietro i numeri. Un’analisi del rapporto tra sistemi penitenziari e recidiva*, in questo numero di questa *Rivista trimestrale*, pp. 136-140.

7. M. Miravalle, A. Scandurra, *Il carcere che non cambia. Tendenze e numeri del sistema penitenziario italiano alla vigilia di un’importante stagione, mancata, di riforma*, in *Un anno in carcere. XIV Rapporto sulle condizioni di detenzione*, in www.antigone.it.

5. Cultura giuridica e giurisdizione

In fondo, il risultato primario che gli Stati generali dell'esecuzione penale si erano proposti era quello dichiarato dal ministro Orlando a Roma, il 18 maggio 2015, in occasione della presentazione: «gli Stati generali devono diventare l'occasione per mettere al centro del dibattito pubblico il tema (dell'esecuzione penale, *n.d.r.*) e le sue implicazioni, sia sul piano della sicurezza collettiva sia su quello delle possibilità di chi ha sbagliato di reinserirsi nel contesto sociale, senza commettere nuovi reati».

Il dibattito pubblico, come inevitabile, refluisce sulla cultura giuridica e, a cascata, sulla giurisdizione, quanto meno caricandola di responsabilità.

L'ultimo articolo di questo approfondimento è curato da Francesca Vianello e, prendendo le mosse dall'analisi dei processi decisionali in tema di misure alternative, attiene proprio al rapporto tra cultura giuridica ed esecuzione della pena.

Non si tratta di un ragionamento strettamente inerente alla riforma dell'Ordinamento penitenziario, ma tocca il cuore dei problemi che scivolano sotto i testi di legge: chi sono i destinatari delle misure alternative? Chi esce dal carcere per finire la pena fuori? Come e perché vengono concessi quelli che, nel linguaggio comune, vengono ancora definiti premi?

Abbiamo scelto il punto di vista di una sociologa del diritto convinta del fatto che, come è tradizione di questa *Rivista*, la *giustizia* sia una *questione* che va discussa, indagata e di continuo rimeditata nell'interlocuzione permanente con il punto di vista esterno.

L'analisi delle decisioni dei magistrati contenuta nel saggio passa da una condivisibile (anche se non da tutti condivisa) ipotesi di lavoro, che sembrerebbe trovare conferma nella lettura delle ordinanze. L'idea di fondo è che l'agire degli operatori del diritto sia guidato, oltre che dalla coscienza giuridica formale, anche da un'*ideologia normativa* che si costruisce e ricostruisce continuamente anche sulla base dell'influenza, più o meno consapevole, di riferimenti di senso comune, *ragioni mondane*, narrazioni dei media.

Il ragionamento vale a tutte le latitudini giudiziarie: basti pensare, ad esempio, alla complessa tematica dei *delitti di soccorso o di solidarietà*, dove è quasi inevitabile che i provvedimenti giudiziari muovano da scelte di valore – non da scelte di diritto libero,

sia chiaro – che a posteriori trovano giustificazione e copertura nella legge.

Di sicuro, comunque, la giurisdizione della sorveglianza è destinata continuamente a confrontarsi con il clima esterno. Di volta in volta, pertanto, ogni decisione potrà *apparire* adagiata sull'opinione corrente o severamente in contrasto con essa; potrà *favorire* un meccanismo di selezione basato sul possesso di risorse economiche significative o rivelarsi antagonista a tale meccanismo; *premierà* chi ha già conseguito la risocializzazione o utilizzerà la misura come strumento rieducativo.

Quel che qui preme sottolineare, comunque, è che l'approdo riduzionista delle riforme – il *tutto dentro e niente fuori* di cui si è detto – contribuirà a definire quel clima esterno, a produrre nuove *ragioni mondane* e a costruire un senso della pena destinato a influenzare (il termine è utilizzato in senso descrittivo) le scelte giurisdizionali non solo sul piano del dialogo normativo, ma anche su quello del dialogo culturale.

Occorrerà verificare, in questo inevitabile confronto, quale posto in concreto verrà assegnato alla narrazione e al senso della pena stabilito dall'art. 27 della Costituzione.

6. Postilla: Stefano e il carcere trasparente

All'esito di queste veloci riflessioni, una conclusione pare doveroso dedicarla a un passaggio specifico della riforma.

L'art. 11 dell'Ordinamento penitenziario, nell'impostazione dei primi schemi di decreto, conteneva un passaggio decisivo: il dovere per il medico, durante la visita di primo ingresso, di annotare nella cartella clinica, *anche mediante documentazione fotografica*, ogni informazione relativa a segni o indicazioni che facciano apparire che la persona possa aver subito violenze o maltrattamenti, con obbligo di darne comunicazione al magistrato di sorveglianza e al direttore dell'istituto.

Nel testo dell'ultimo decreto, tuttavia, scompare ogni riferimento alla documentazione fotografica.

Non è un dettaglio: è il sigillo su un carcere meno trasparente. Si tratta, infine, di un'occasione persa per chiedere scusa in modo politico e progettuale a Stefano Cucchi. Scegliamo il suo nome, in questo momento, per rappresentare tutte le vittime di tortura.

Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018

di *Marcello Bortolato*

Un'analisi approfondita dei decreti legislativi che hanno coagulato il vasto programma di riforma dell'Ordinamento penitenziario avviato dall'esperienza degli Stati generali dell'esecuzione penale. Punti di forza (pochi) e punti di debolezza (tanti) di un testo legislativo con cui gli interpreti (magistrati, avvocati, operatori del penitenziario) dovranno confrontarsi.

Con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, il 26 ottobre 2018, dei tre decreti legislativi datati 2 ottobre 2018, n. 121, 123 e 124, il Governo attualmente in carica ha posto la parola fine al vasto programma di riforma dell'Ordinamento penitenziario avviato dalla felice esperienza degli *Stati generali dell'esecuzione penale* voluta dall'ex ministro Andrea Orlando.

Si trattava del più ampio ed organico progetto di riforma in materia, dall'entrata in vigore, ormai nel lontano 1975, della Legge 26 luglio 1975 n. 354, la storica riforma delle carceri, quella che voleva fare del "buon detenuto" un "buon cittadino".

La Legge delega 23 giugno 2017 n. 103, pur nella sua genericità (il più grave difetto che le veniva riconosciuto, unitamente al fatto di non aver voluto affrontare il nodo cruciale dell'ergastolo cd "ostativo") aveva il merito di inaugurare un diverso approccio all'esecuzione della pena, caratterizzato dal rifiuto di considerare il periodo della detenzione unicamente come una parentesi afflittiva: un'esecuzione penale orientata al rispetto della dignità umana, informata ai valori costituzionali e in linea con le risoluzioni internazionali.

Di quella grande "consultazione sociale", che ha coinvolto oltre 200 esperti di carcere e di esecuzione penale, l'attuazione della legge delega costituiva la logica conclusione e un'occasione unica per contrastare la manipolazione delle paure e la creazione artificiosa di fobie di insicurezza, tornate oggi molto in voga.

La riforma che molti attendevano, prima di tutto i detenuti, tentava di realizzare, certamente in maniera imperfetta ed incompiuta, i due principi del finalismo

rieducativo e dell'umanizzazione delle pena, così ben scolpiti nell'articolo 27 Cost. tanto che in un'unica disposizione vengono racchiuse le due principali anime della nostra Carta: l'istanza personalistica (principio di umanità) e quella solidaristica (principio rieducativo).

A tre anni e mezzo dall'inizio di quell'esperienza (gli Stati generali erano stati inaugurati il 19 maggio 2015 nel carcere di Bollate, luogo divenuto di per sé simbolo di una rieducazione sempre "possibile") mai come oggi la verità è espressa dal celebre verso oraziano: *parturient montes, nascetur ridiculus mus* (le montagne avranno le doglie del parto, nascerà un ridicolo topo). L'evento è stato di gran lunga inferiore alle attese: lo Stato non ha saputo mantenere la sua promessa.

Molte e di molti sono le responsabilità ma è forse inutile oggi indagarle e non resta che procedere all'esame delle norme che saranno legge dal 10 novembre, giorno della loro effettiva entrata in vigore alla scadenza della *vacatio legis*.

V'è da dire subito che pur nel rimpianto per le amputazioni del testo del Governo Gentiloni, adottato proprio allo scadere della precedente legislatura (il primo schema di decreto legislativo, che già vedeva rimossa la parte relativa alla dimensione "affettiva" – sebbene questa fosse oggetto di un espresso criterio di delega, la lettera n dell'articolo 85 della legge 103/2017 – porta la data del 22 dicembre 2017 ed un'ulteriore versione revisionata del testo, che accoglieva alcuni rilievi delle Commissioni parlamentari e della Conferenza unificata, veniva trasmessa dall'Uffi-

cio legislativo del Ministero della giustizia al Consiglio dei ministri in data 15 marzo 2018), i nuovi decreti nelle parti mantenute contengono delle significative novità, anche importanti, che si andrà ad illustrare. Molte di esse inoltre discendono proprio dall'esperienza degli Stati generali e sono la realizzazione di proposte nascenti dai Tavoli tematici, in particolare da quello su «Vita detentiva e responsabilizzazione». Altre innovazioni sono frutto dei lavori delle tre Commissioni istituite presso il Ministero nel luglio 2017, i cui lavori si sono conclusi nel marzo 2018, sulla riforma dell'Ordinamento penitenziario nel suo complesso (Commissione Giostra), sulla sanità penitenziaria, misure di sicurezza e pene accessorie (Commissione Pelissero) e sull'ordinamento penitenziario per i soggetti minorenni e giustizia riparativa (Commissione Cascini), e nel commento ai singoli articoli novellati si trarrà espressamente spunto, nell'illustrarne la *ratio* e le finalità, dalla stessa relazione elaborata dalla Commissione di studio che accompagnava quel complesso ed articolato progetto di riforma.

V'è da dire peraltro che la rimozione integrale della parte relativa alle misure alternative ed ai requisiti per l'accesso alle stesse (con l'eliminazione delle preclusioni e degli automatismi), ivi compresa la nuova disciplina della liberazione condizionale, resta la ferita più grave che, per giunta, rende molte delle novità introdotte comunque “monche” o di difficile attuazione in concreto.

Gravissima inoltre la mancanza di quelle parti della riforma che affrontavano il tema dell'infermità psichica: l'estensione prima di tutto dell'istituto del differimento della pena *ex* articolo 147 cp anche alla salute «psichica» e non solo «fisica»; la previsione di apposite «sezioni per detenuti con infermità» a prevalente (o esclusiva) gestione sanitaria; la previsione di una nuova misura terapeutica per l'affidamento in prova dei condannati affetti da infermità psichica (articolo 47 *septies* previsto dal decreto del 22.12.2017).

Dal mondo della sorveglianza il rammarico più grande di questa riforma mancata è che se fosse stata attuata anche la parte relativa alle misure alternative, il lavoro del magistrato di sorveglianza avrebbe riacquisito una dignità che in parte ha nel tempo perduto (dai tempi della riemersione di un esplicito discorso securitario che ha anche prodotto un sostanziale disinteresse del mondo politico e dell'opinione pubblica per il carcere), riappropriandosi, attraverso la sostanziale abrogazione di buona parte del sistema delle preclusioni e degli automatismi, della discrezionalità propria nella valutazione dei percorsi individuali di recupero. Perché nessuno possa essere indifferente all'evoluzione personale del condannato, perché la declinazione della pena che si vuole “certa” sia solo quella tra la pena “giusta” applicata dal giudice della cognizione e quella “necessaria” affidata

alla magistratura di sorveglianza, perché si potessero realizzare entrambi questi obiettivi, l'attuazione della riforma doveva essere completa.

Vediamo dunque le principali novità introdotte.

I decreti sono tre ma in questa sede ci occuperemo solo dei due decreti riguardanti l'esecuzione penale degli adulti.

La riforma ha infatti interessato, per la prima volta dal 1975, l'Ordinamento penitenziario dei soggetti minorenni che la legge penitenziaria di allora aveva espressamente rimesso (articolo 79 ord. pen.) ad altro successivo intervento normativo mai attuato: il decreto legislativo n. 121 ne fornisce oggi la prima disciplina organica.

I rimanenti decreti nn. 123 e 124 attengono viceversa al campo dell'esecuzione penale degli adulti.

L'*iter* legislativo è stato molto complesso ed è impossibile in questa sede riassumerlo ma v'è subito da dire che la delega è stata di fatto esercitata dopo la sua scadenza, fissata – a un anno dall'entrata in vigore della legge 103/2017 – il 4 agosto 2018. I primi decreti attuativi, adottati dal Governo precedente, sono infatti stati presentati alle Camere per i prescritti pareri tutti in tempo utile (entro cioè l'anno) ma, dopo l'insediamento del nuovo Parlamento, il Governo neocostituito ha presentato dei testi che riteneva essere, nelle opzioni di fondo, radicalmente diversi da quelli precedenti e che pertanto sono stati nuovamente sottoposti all'esame della Commissioni permanenti di Camera e Senato, riavviando l'*iter* legislativo con conseguente superamento dell'assetto complessivo della riforma reso oggetto dei pareri precedenti. Il Governo ha inteso dunque elaborare un nuovo testo del decreto legislativo avviando un nuovo procedimento di esercizio della delega, con conseguente attivazione, per la prima volta, della proroga di sessanta giorni previsto dall'articolo 1, comma 83, della legge delega. Resi nuovamente i pareri (tutti contrari) la deliberazione definitiva da parte del Consiglio dei ministri è intervenuta il 27 settembre 2018, ben oltre la scadenza della delega ma entro i 60 gg. di “proroga”. Tutto ciò suscita non poche perplessità sulla regolarità della sua attuazione posto che comunque, per le parti mantenute, il testo dei decreti non è radicalmente difforme da quello originario presentato dal precedente Governo in due momenti successivi (dicembre 2017 e marzo 2018) ed anzi, per molti articoli, meramente riproduttivo.

Ciò detto, ed esaminando partitamente alcune delle più importanti novità (per mancanza di spazio non è possibile esaminare tutte le modifiche introdotte dai decreti), si nota che l'intera materia dell'esecuzione penale nei confronti dei condannati adulti è stata suddivisa in due parti: da un lato (decreto 123) l'attuazione dei criteri di delega riguardanti la semplificazione delle procedure e l'utilizzo dei collegamenti

audiovisivi a fini processuali (lettere *a* e *i*, articolo 85 della legge delega), la medicina penitenziaria (lett. *l*), l'osservazione scientifica della personalità e il coinvolgimento della polizia penitenziaria nel sistema di controlli (lett. *d*), la vita penitenziaria e il trattamento (lett. *r*), le donne detenute (lett. *t*) e gli stranieri (lett. *o*). Dall'altro lato (decreto 124) ancora il trattamento penitenziario (modifiche agli articoli 5, 6 e 8 Ordinamento penitenziario sui locali di soggiorno e sui servizi igienici, in gran parte con differimento della loro entrata in vigore al 31 dicembre 2021) e il lavoro penitenziario (in attuazione del criterio *g*).

Il decreto legislativo n. 123/2018

1) La semplificazione delle procedure e l'utilizzo dei collegamenti audiovisivi a fini processuali

La novità più significativa del rinnovato comma 1 dell'articolo 678 cpp riguarda la rimozione, dalle competenze del magistrato di sorveglianza, della materia attinente i ricoveri previsti dall'articolo 148 cp, che sembra essere in totale conformità con la più recente giurisprudenza di legittimità che ritiene l'articolo 148 cp implicitamente abrogato (Cass., Sez. I, ord. 23.11.17, *Montenero*). Non sappiamo se l'omissione dell'articolo 148 cp nel testo del primo comma dell'articolo 678 cpp sia frutto di una scelta consapevole ovvero di una svista (posto che la versione del decreto del precedente Governo, non più riprodotta, conteneva l'abrogazione esplicita dell'articolo 148 coerentemente con la modifica dell'articolo 147 cp sul differimento della pena anche per infermità di natura psichica e con l'istituzione delle 'sezioni per detenuti con infermità ex articolo 65, Ordinamento penitenziario, che portava con sé naturalmente la modifica dell'articolo 678, comma 1, cpp.) ma sta di fatto che oggi non esiste più "il rito" per il procedimento riguardante il ricovero dei detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta (pur permanendo la sua previsione tra le attribuzioni del magistrato di sorveglianza ai sensi del comma 8 dell'articolo 69, Ordinamento penitenziario, non toccato dagli interventi legislativi). Si deve ipotizzare dunque che tali soggetti possano essere allocati nelle "articolazioni per la salute mentale" presenti negli Istituti penitenziari con provvedimento (ordinanza?) del magistrato di sorveglianza resa tuttavia non nel contraddittorio secondo il rito ordinario. Quel che è certo è che essi non potranno essere ricoverati – in mancanza di una formale procedura giurisdizionalizzata, non più prevista – nelle Rems (che è misura detentiva *tout court* riservata alla misurazione di sicurezza).

Altra significativa novità riguarda il comma 1 bis dell'articolo 678 cpp.

Si tratta del comma, in cui – per soddisfare esigenze di economia processuale – a partire dal dl 21 dicembre 2013, n. 146 conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 10 – sono state indicate talune materie rispetto alle quali la procedura da seguire è quella semplificata, risultante dal 4° comma dell'articolo 667 cpp. Mantenendosi su quella falsariga, il decreto amplia il perimetro applicativo del rito semplificato con l'inserimento della dichiarazione di estinzione del reato conseguente alla liberazione condizionale. Si tratta, infatti, di una fattispecie omogenea a quella – già contemplata – in cui lo stesso organo collegiale valuta l'esito dell'affidamento in prova al servizio sociale. È stata inoltre aggiunta l'ipotesi in cui il Tribunale di sorveglianza si pronunci sul differimento dell'esecuzione della pena nei casi previsti dal comma 1, numeri 1 e 2, dell'articolo 146 cp nei quali il provvedimento è, per così dire, obbligato, qualora sussistano i presupposti normativi della «donna incinta» e della «madre di prole di età inferiore ad un anno», presupposti verificabili per il semplice tramite della documentazione medica e, rispettivamente, di quella anagrafica.

Ma la novità più significativa riguarda il nuovo comma 1 *ter*.

La modifica affronta la questione relativa al ridimensionamento dell'ambito di operatività del procedimento di sorveglianza laddove si discuta della concessione di una misura alternativa. Qualora la pena ancora da scontare per i soggetti cd "liberi sospesi" (articolo 656, comma 5, cpp) non sia superiore a diciotto mesi, pur rimanendo nell'ambito delle attribuzioni funzionali del Tribunale di sorveglianza, è stata attribuita al magistrato "relatore" (designato secondo le procedure tabellari) il potere di decidere in via provvisoria sulle istanze inviate al Tribunale di misura alternativa, con ordinanza emessa "senza formalità" entro un termine assegnato dal Presidente. Se l'ordinanza viene emessa, la sua esecutività resta sospesa per il termine di 10 giorni entro i quali gli interessati (condannato, suo difensore o pubblico ministero, da individuarsi nel procuratore generale ex articolo 678, co. 3, cpp) possono fare opposizione, nel qual caso si procede, previa fissazione dell'udienza, col rito ordinario. Analogamente si procede con il rito ordinario se il magistrato designato non emette l'ordinanza (necessariamente concessiva). In caso di emissione dell'ordinanza e dunque di concessione della misura richiesta, decorso il termine per l'opposizione, il Tribunale si riunisce in Camera di consiglio e "senza formalità" (da intendersi senza la presenza delle parti e, presumibilmente, con decreto non motivato ai sensi dell'articolo 125, co. 3, cpp) procede alla conferma del provvedimento provvisorio. Se il Tribunale decide di non confermare l'ordinanza del magistrato, non emette alcun provvedimento motivato ma si limita a fissare l'u-

dienza (partecipata) affinché si proceda con il rito ordinario.

Il paradigma di riferimento è sempre di natura *bi-fasica*, ma con alcune differenze rispetto alla soluzione basata sull'estensione del modulo *ex* articolo 667, comma 4, cpp: la scansione in fasi avviene sul piano dei rapporti tra il magistrato designato e l'organo collegiale nel suo complesso e, in assenza di contraddittorio, può essere adottata solo una decisione favorevole all'interessato (nel caso di non accoglimento dell'istanza il magistrato relatore non deve adottare alcun provvedimento formalmente reiettivo). Il Tribunale di sorveglianza resta in ogni caso l'organo giudiziario titolare del potere di conoscere delle domande di concessione delle misure alternative, ed in via esclusiva di rigettarle. Per esigenze di accelerazione e semplificazione, si è riconosciuto in capo ad un componente del Collegio giudicante il potere di accogliere, con ordinanza provvisoria, la domanda, salva la ratifica del Collegio e, in ogni caso, la decisione dello stesso in esito all'opposizione.

Ciò detto, va subito osservato che tale semplificazione (esigenza imposta dalla legge delega) avrebbe avuto un senso nel caso in cui, come in origine previsto dallo schema di decreto emesso dal precedente Governo e tanto più dalle proposte della *Commissione Giostra*, si fosse determinato un aumento delle richieste meritevoli di essere deliberate nel merito (venuto meno l'ostacolo rappresentato dai meccanismi preclusivi in ragione del titolo di reato ovvero della qualifica soggettiva del condannato, come ulteriormente richiesto dalla delega). Detta valutazione prognostica giustificava la previsione di una procedura semplificata per la concessione delle misure alternative, in un'ottica compensativa che era volta a bilanciare l'aumento del carico di lavoro dovuto ad un'ampia contrazione del regime di preclusioni. In luogo oggi, nel testo approvato, di una rinuncia – sia pure in prima battuta – alle garanzie della procedura giurisdizionalizzata nel settore della concessione delle misure alternative, sarebbe stato meglio estendere la procedura dell'articolo 667, comma 4, cpp pur con il rischio – in aperto conflitto con la *ratio* della semplificazione – di dover prevedere, nell'eventuale opposizione, che il Tribunale fosse composto da magistrati diversi da quelli che si erano pronunciati *de plano* in prima battuta.

Altre modifiche di rilievo attengono al potere del Tribunale, nell'ambito del procedimento di revoca delle misure alternative, di decidere anche in ordine all'eventuale sostituzione della misura con un'altra di diversa natura (articolo 51 *ter* novellato) o il potere dello stesso magistrato di sorveglianza di eseguire (e non solo adottare) il provvedimento di cessazione della misura alternativa divenuta non più ammissibile, con il conseguente accompagnamento in Istituto

direttamente disposto dal giudice (articolo 51 *bis* novellato).

Si segnala ancora l'obbligo di trasmettere all'Amministrazione interessata il reclamo *ex* articolo 35 *bis*, Ordinamento penitenziario, e la facoltà di quest'ultima di comparire con un proprio dipendente, sembra intendersi dunque senza la necessità di una formale delega e senza la necessità di farsi assistere dalla "difesa tecnica", alleggerendo il gravoso contenzioso dell'Avvocatura dello Stato; non è stata riprodotta l'abolizione del secondo grado di merito nel rimedio giurisdizionale (reclamo al Tribunale di sorveglianza *ex* articolo 35 *bis*, comma 4, Ordinamento penitenziario) prevista dal decreto del 22.12.2017 nell'ottica di una semplificazione dei riti della sorveglianza.

La modifica dell'articolo 57 Ordinamento penitenziario è funzionale a favorire l'accesso alle misure: per i condannati che possono accedere alle misure alternative dallo stato di detenzione, la previsione consente l'avvio della procedura in tutti i casi in cui il detenuto non sia dotato degli strumenti culturali e giuridici per tutelare personalmente i propri interessi (si pensi, ad esempio, ai detenuti stranieri). L'istanza può essere presentata anche dal difensore del condannato o dell'internato, sebbene fosse già evincibile dal sistema. Pur restando impregiudicata la facoltà di iniziativa, quale forma di ricompensa, rimessa al Consiglio di disciplina dall'articolo 76, comma 2, lettere b) e c) del Regolamento di esecuzione, è oggi prevista la proposta anche del Gruppo di osservazione e trattamento, destinata ad esplicarsi fisiologicamente anche nell'ammissione ai permessi premio e "di necessità": essa ha il pregio di velocizzare la concessione di permessi legati ad eventi familiari, la cui notizia spesso proviene dai prossimi congiunti di detenuti ed internati, fino ad oggi però sforniti del potere di iniziativa.

Sulle pene accessorie (il nuovo articolo 51 *quater*) è prevista la loro esecuzione anche in pendenza di una misura alternativa, e non solo all'esito della stessa, salvo che il giudice ne disponga la sospensione per prevalenti esigenze di reinserimento. In caso di revoca della misura il Tribunale dovrà poi decidere anche sulle pene accessorie, se in corso di esecuzione, ed eventualmente computarne il periodo già espiato. La norma è volta ad incidere su quella prassi secondo la quale l'organo dell'esecuzione dispone il differimento delle pene accessorie al termine dell'espiazione della misura alternativa, così da rendere più agevole la predisposizione del programma connesso alla misura, conformemente a quell'orientamento giurisprudenziale di legittimità secondo cui l'esecuzione delle pene accessorie deve essere posticipata all'esito dell'espiazione delle misure.

Il novellato articolo 58, Ordinamento penitenziario, prevede l'attività di controllo sulle misure al-

ternative affidata, su richiesta dell'Uepe, alla Polizia penitenziaria che dovrà seguirne le indicazioni previo coordinamento con le Forze dell'ordine, ma i controlli potranno riguardare solo alcuni limitati settori della vita del condannato (dimora, libertà di locomozione, divieti di frequentare luoghi o persone, detenzione di armi) e sempre con modalità non "invasive". L'attuazione del criterio direttivo è volto a realizzare congiuntamente diversi obiettivi: superare il disagio degli assistenti sociali nell'espletamento dei compiti di controllo che la legge assegna loro, avvertiti come del tutto estranei alle competenze e alla vocazione di queste figure professionali; soddisfare l'insopprimibile esigenza – insita nella natura penale delle misure – di vigilare sul rispetto delle prescrizioni che contengono restrizioni della libertà legate a parametri spazio-temporali e necessitano perciò di qualche verifica per non degradare a precetti astratti; valorizzare il ruolo della Polizia penitenziaria arricchendo lo spettro delle sue competenze; alleggerire i compiti della Polizia di sicurezza che non sempre assicura controlli effettivi sui condannati in esecuzione penale esterna. Il coinvolgimento della Polizia penitenziaria nel controllo delle misure alternative (imposto dal criterio *d* della legge delega) rischia tuttavia di coinvolgere le misure alternative nell'ascesa della sicurezza sociale a valore assoluto: un modello caratterizzato soltanto da obblighi ed imposizioni rischia di incrementare infatti la componente del controllo, declassando la logica dell'inclusione e della risocializzazione. Nei confronti dei soggetti collocati nell'area penale esterna si deve esprimere qualche perplessità circa l'obiettivo di realizzare un sistema che mira alla dilatazione di un controllo sociale invasivo e incapacitante sia con il carcere che senza il carcere.

Anche in questo caso, nell'ottica di un aumento delle possibilità di accesso alle misure alternative (auspicato e reso possibile dall'originario impianto della riforma) avrebbe avuto un senso favorire il coinvolgimento della Polizia penitenziaria, incidendo in particolare sul settore ove le statistiche rivelano una minore percentuale di concessione, quello delle richieste provenienti dalla popolazione detenuta, posto che la magistratura spesso si trova a dover scegliere fra lo stato di reclusione totale e spazi di libertà talora avvertiti come eccessivi, anche per la consapevolezza di un non sempre efficace sistema di controlli. Ci si augura che l'incremento della vigilanza esterna possa effettivamente essere adeguatamente temperato con l'esigenza di non ostacolare, con pratiche stigmatizzanti, un efficace reinserimento sociale del condannato, senza interferire – come previsto dal testo novellato – con le attività risocializzative e in particolare con lo svolgimento del lavoro.

Quanto all'utilizzo dei collegamenti audiovisivi a fini processuali il decreto contiene rilevanti novi-

tà, che vanno tuttavia coordinate da un lato con le modifiche introdotte già con gli articoli 77, 78 e 81 della legge delega e, dall'altro, con il dl 25.07.2018 convertito in l. 21.09.2018 n. 108 (decreto cd *milleproroghe*) che ha posticipato l'entrata in vigore delle nuove disposizioni in materia di videoconferenze al 15 febbraio 2019, fatta salva l'eccezione di cui al comma 81, dell'articolo 1, della legge delega n. 103/2017 (detenuti riconosciuti come capi e promotori delle associazioni a delinquere ex articolo 416 *bis* cp e 270 *bis* cp e 74 dPR n. 309/1990).

Riservando ad altra sede l'approfondita analisi della non facile questione, qui ci si limita ad osservare che il nuovo comma 3.2 dell'articolo 678 cpp prevede in via "ordinaria" la partecipazione a distanza del detenuto alle udienze di sorveglianza in tre casi: 1) se l'interessato ne fa richiesta; 2) se egli è detenuto in un luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice; 3) se ricorrono i casi previsti dall'articolo 45 *bis*, disp. att. Cpp, (la cui attuazione è tuttavia differita, come detto, al 15.02.2019). In tutti i casi il giudice può tuttavia disporre la traduzione ove lo ritenga opportuno. Dal complesso di queste disposizioni si ricava l'abrogazione implicita del sistema delle rogatorie cd "interne" (tra Tribunali ed Uffici di sorveglianza) ex articolo 666, comma 4, cpp (laddove la rogatoria si risolve, per forza di cose, in un adempimento che non può andare al di là di un'audizione dal sapore "burocratico") e la facoltà di disporre sempre la traduzione (anche di detenuti posti al di fuori della circoscrizione) se ritenuto opportuno (salvo, è da intendersi, prevalenti ragioni di sicurezza e di ordine pubblico di cui all'articolo 146 *bis*, disp. att.). Resta da capire se nei casi "obbligatorie" previsti dall'articolo 146 *bis* cit. (in base al titolo di reato in espiazione) sia comunque consentito disporre la traduzione quando "opportuno" ovvero non vi sia alcuna possibilità di deroga della partecipazione a distanza.

2) Modifiche in tema di assistenza sanitaria

L'articolo 11, Ordinamento penitenziario, è stato profondamente modificato per adeguare le disposizioni dell'Ordinamento penitenziario al riordino della medicina penitenziaria disposto dal d.lgs 22 giugno 1999 n. 230. Nell'impossibilità, per ragioni di spazio, di esaminare analiticamente la complessa modifica si evidenziano solo alcune significative novità.

La prima consiste nel diverso riparto di competenze a disporre il ricovero nelle strutture sanitarie esterne dei detenuti: essa razionalizza la complessiva disciplina della competenza per il rilascio delle autorizzazioni la cui attuale regolamentazione, ripartita tra le disposizioni di matrice penitenziaria e quelle del codice di procedura penale (articolo 240 norme

coord. cpp), ha originato dubbi interpretativi, non di rado causa di disservizi e ritardi applicativi. Dal punto di vista sistematico, si valorizza il principio per cui la competenza, ai fini dell'intervento nei confronti dei soggetti detenuti, si distribuisce con riferimento alla loro posizione giuridica, con attivazione del giudice procedente nei confronti degli imputati e – una volta concluso il processo – del magistrato di sorveglianza. Rispetto all'originaria previsione del decreto del dicembre 2017 è stata eliminata la facoltà per il magistrato di sorveglianza di delegare il direttore dell'Istituto, in un'ottica di semplificazione e sgravio di competenze degli Uffici di sorveglianza per procedure molto spesso prive di reale contenuto decisorio (analogamente il controllo della corrispondenza di cui all'articolo 18 *ter* Ordinamento penitenziario è stato più razionalmente ripartito tra giudice che procede, per gli imputati, e magistrato di sorveglianza, per i condannati).

Per il resto la norma, pur con alcune singolari variazioni (in senso nettamente regressivo), riproduce il testo del decreto originario del 22.12.2017 e dello "schema" trasmesso il 15.03.2018 (che accoglieva alcuni rilievi mossi dalle Commissioni parlamentari e dalla Conferenza unificata), confermando in particolare l'operatività del Servizio sanitario nazionale negli Istituti penitenziari e ampliando le garanzie dei reclusi attraverso la modifica della disciplina della visita medica generale all'ingresso in Istituto (il medico deve, in particolare, annotare nella cartella clinica tutte le informazioni riguardo a eventuali maltrattamenti o a violenze subite ma, contrariamente a quanto previsto dall'originario testo, non più "anche mediante documentazione fotografica", singolare rimozione pur dopo le deflagranti polemiche in relazione al noto "caso Cucchi"); estende la gamma dei trattamenti sanitari che i reclusi possono richiedere in carcere a proprie spese, in particolare includendo gli interventi chirurgici nei reparti clinici interni al Carcere, previ accordi con la Asl competente; prevede controlli sanitari in Carcere con periodici (non più "frequenti") riscontri; prevede che il medico garantisca quotidianamente la visita del recluso ammalato ma solo «quando risulta necessaria in base a criteri di appropriatezza clinica»(!); assicura la continuità del piano terapeutico in caso di trasferimento di Istituto.

3) Modifiche in tema di vita penitenziaria

Significative le modifiche agli artt. 1, 9, 10, 13, 14, 15, 18, 19, 27, 31, 33, 36, 40, 42, 43, 45 e 80 Ordinamento penitenziario

Si segnalano qui le più rilevanti.

La novella dell'articolo 1 della legge penitenziaria (da sempre la "Carta fondamentale" dell'Ordinamen-

to) tende a riportare al centro della definizione normativa di «trattamento e rieducazione» le indicazioni costituzionali sulla legalità e sulla finalizzazione della pena, quali consegnate dal terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione. Tuttavia nella nuova formulazione mancano, sia rispetto al testo originario del decreto della precedente legislatura sia rispetto alle proposte della *Commissione Giostra*, alcuni tra i più importanti riferimenti: primo fra tutti quello ai principi fondamentali delle Regole penitenziarie europee (Raccomandazione R (2006)2 del Consiglio di Europa) ed alla "sorveglianza dinamica", pur oggetto specificamente di un criterio di delega (lett. r) e, secondariamente, al principio (contenuto nella proposta della Commissione) che la mancanza di risorse non può mai giustificare la compressione di tali diritti (Parte I, par. 4, Reg. pen. eur.) e, infine, al principio (par. 5, Reg. pen. eur.) della "massima conformità" della vita penitenziaria a quella "esterna" (pure imposto dalla delega).

Ciononostante, l'articolo 1 mantiene l'intento di tracciare gli indirizzi di una politica penitenziaria fondata sulla figura del detenuto come persona, posta al centro dell'esecuzione e titolare di tutti quei diritti il cui esercizio non sia strettamente incompatibile con la restrizione della libertà personale.

Quale corollario a questa affermazione è più che opportuno il richiamo esplicito al principio affermato nell'articolo 13, comma 4, della Costituzione sul divieto di ogni violenza fisica e morale sulle persone ristrette.

Importanti affermazioni sono contenute circa il divieto di discriminazione (in ragione del sesso, dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale, non previsti dal vigente testo dell'articolo 1) mentre è stato omissso il riferimento alla "priorità" dell'accesso alle misure alternative quale obiettivo del reinserimento, conformemente, par di capire, ad un'ideologia – del resto pacificamente espressa da alcuni autorevoli rappresentanti della maggioranza di Governo – orientata maggiormente verso le misure rieducative "intramurarie" (lavoro, istruzione) laddove la legge delega era viceversa volta ad orientare il trattamento verso l'esterno.

Molto positivo d'altro canto il richiamo ai concetti di "responsabilità", "autonomia", "socializzazione" e "integrazione" con cui si è voluto – riprendendo un'indicazione emersa dai lavori conclusivi del Tavolo II degli Stati generali – caratterizzare il trattamento verso modelli di partecipazione attiva e "responsabilizzante" del detenuto a tutte quelle attività che favoriscono il suo processo di reintegrazione, da un lato, tramite l'abbandono definitivo dei processi di "infantilizzazione" (che purtroppo ancora caratterizzano l'approccio trattamentale in ambito intramurario) e, dall'altro, mediante forme di integrazione tra

ristretti (e tra gruppi) e forme di socializzazione (non imposta ma proposta) che possano favorirne il reinserimento. Alla stregua di tali caratteri assegnati al trattamento intramurario il detenuto dovrebbe essere invitato, anche attraverso una plurale e variegata offerta trattamentale, a condividere con gli altri gli spazi di socialità, le attività comuni, lo studio, il lavoro ed anche lo svago, e deve poter organizzare la propria vita quotidiana in istituto con il massimo di autonomia consentita dal mantenimento della sicurezza.

Novità importanti anche in tema di alimentazione (si riconosce la possibilità di un'alimentazione rispettosa del credo religioso, norma già contenuta nel regolamento del 2000 ma oggi elevata a dignità di legge, seppure attenuata nella sua imperatività dalla formula "ove possibile"); in tema di permanenza all'aperto: le ore d'aria sono state portate obbligatoriamente da 2 a 4 salvo "giustificati" motivi contrari ("eccezionali" nell'originaria formulazione del decreto del dicembre 2017) con obbligo di comunicazione al magistrato di sorveglianza; in tema di assegnazioni: viene affermato un vero e proprio diritto del detenuto di essere assegnato ad un Istituto prossimo alla residenza della famiglia al fine di assicurare l'effettivo esercizio dell'affettività (criterio di cui alla lettera *n*) della delega, ovvero ad un Istituto prossimo a quello che per il detenuto rappresenta il principale centro di riferimento (la precedente residenza, il luogo in cui aveva instaurato rapporti amicali o aveva ricevuto assistenza economica o sociale), fatta salva l'esistenza di specifici e dimostrati motivi contrari (che per lo più potranno consistere nel mantenimento o nella ripresa di rapporti con la criminalità comune o organizzata, nella natura del reato commesso ovvero nelle esigenze logistiche degli Istituti); particolarmente importante l'inserimento nel V comma dell'articolo 14 di una norma volta al superamento delle cd "sezioni protette": la disposizione mira, insieme alla modifica inserita nell'articolo 1 in materia di non discriminazione per identità di genere ed orientamento sessuale, a rendere effettive le misure di tutela nei confronti di chi, a causa delle predette condizioni, possa temere di subire sopraffazioni o aggressioni da parte della restante popolazione detenuta, prevedendo che l'inserimento in sezioni separate avvenga presso reparti adibiti alle sole categorie omogenee, opportunamente distribuite su tutto il territorio nazionale, in modo da evitare una promiscuità all'interno delle cd sezioni protette foriera di nuove possibili discriminazioni ed in modo da garantire, anche per dimensioni, uguali opportunità nel trattamento; inoltre l'inserimento nei predetti raggruppamenti "omogenei" dovrebbe avvenire soltanto con il consenso dell'interessato che, in tal modo, può essere chiamato a rinunciare alla maggiore prossimità al luogo dove si concentrano i propri affetti familiari.

L'articolo 13 ha pure subito rilevanti modifiche.

Si segnala in particolare l'ablazione di ogni riferimento alla connotazione stigmatizzante relativa al "disadattamento sociale" stabilendosi che l'osservazione scientifica della personalità, alla stregua delle più attuali conoscenze criminologiche e scientifiche, è tesa esclusivamente alla rilevazione delle cause che hanno condotto la persona a commettere il reato ivi comprese, se esistenti, le "carenze psicofisiche". In tal modo non viene ignorata, secondo un approccio più "moderno", una realtà che presenta molteplici forme criminali (*white collar crimes*, tossicodipendenti, criminalità politica) e che deve essere valutata al fine di proporre un programma di reinserimento volto al superamento degli eventuali ostacoli che si frappongano al recupero sociale. Il reato non è sempre l'effetto di disadattamento sociale od opera di carenze fisiche o psichiche della persona e il delinquente non è sempre un "marginale" o "disadattato" secondo il canone, che ispirava il modello penitenziario del 1975, della privazione sociale quale principale causa del reato. Con la novella dell'articolo 13 si abbandona definitivamente l'approccio deterministico che caratterizzava il modello di delinquente della legge del 1975 e che, tra l'altro, si affida ad un'ingenua fiducia nelle capacità della scienza e della criminologia. Di particolare importanza riteniamo sia la trasposizione (con modifiche ed adattamenti) di quanto già contenuto nell'articolo 27 del Regolamento e cioè il riferimento esplicito alla «riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione». Vi è l'aggiunta di un richiamo espresso alla vittima (non esistente nella formulazione dell'articolo 27 cit.) e ciò rappresenta il frutto della maturata sensibilità anche in materia di tutela dei diritti delle vittime, di acquisizione dei principi della giustizia riparativa e della moderna vittimologia e trova riconoscimento e collocazione a livello di normativa primaria proprio in attuazione del criterio di delega sub *f* limitato all'ambito intramurario («previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative»). In tale prospettiva, si prescrive all'amministrazione di offrire al ristretto la possibilità di una riflessione approfondita in merito alle condotte antigiuridiche realizzate ed alle conseguenze negative anche per la vittima, con l'obiettivo di integrare lo sviluppo del trattamento individualizzato con eventuali azioni di riparazione.

Va notato infine l'obbligo (oggi inserito nella legge e non più nel regolamento) di effettuare la prima formulazione del programma di trattamento nel termine di mesi 6 (nel regolamento del 2000 era previsto un termine di mesi 9).

In tema di colloqui, definitivamente accantonata (già nello schema di decreto del precedente Governo) ogni proposta di introdurre nel nostro Ordinamento l'istituto dei colloqui cd "intimi" (sottratti al controllo visivo), si è inteso affermare prima di tutto a tutela del diritto di difesa, la facoltà del condannato di effettuare colloqui con il proprio difensore senza limiti fin dall'inizio dell'esecuzione della pena o della custodia cautelare, in quest'ultimo caso fatte salve le limitazioni stabilite dall'articolo 104 cpp. Per quanto riguarda i condannati la novella ha inteso esplicitare tale diritto, pur essendo la questione già risolta con la sentenza "additiva" della Corte costituzionale n. 212 del 9 aprile 1997. Analoga facoltà, senza le limitazioni di cui all'articolo 104 cpp, che riguardano esclusivamente i rapporti con l'Ufficio difensivo, è stata concessa in relazione al diritto di conferire con i Garanti dei diritti dei detenuti, comunque denominati (e dunque a tutti i livelli: nazionale, regionale e comunale), in vista della complessiva tutela dei diritti primari della persona detenuta che non può subire alcuna limitazione di natura temporale. La norma dovrebbe necessariamente essere accompagnata, al fine di consentire l'effettivo esercizio del diritto all'affettività, dalla modifica dell'articolo 37 del Regolamento stabilendo che detti colloqui (con il difensore e con i Garanti) non incidano in alcun modo sul numero degli stessi e delle telefonate con i propri familiari.

Nel secondo comma dell'articolo 18 viene poi inserita una disposizione volta a favorire un più pieno esercizio del diritto all'affettività con l'esplicito richiamo alla "dimensione riservata" del colloquio, da intendersi come obbligo per l'Amministrazione di articolare i locali destinati ai colloqui in modo tale da limitarne il carattere rumoroso e l'eccessiva visibilità fra i diversi gruppi familiari ed avendo cura di prescegliere spazi il più possibile prossimi agli ingressi per evitare ai visitatori, specialmente minori, un penoso ed inutile attraversamento interno della struttura penitenziaria. La norma va salutata con estremo favore in quanto apre in qualche modo ad una maggiore considerazione dell'esercizio, tutto "privato", del diritto all'affettività in ambito carcerario ed apre scenari imprevedibili implicando una possibile sottrazione, seppur limitata, al controllo permanentemente visivo dei colloqui familiari.

Infine anche qui un opportuno nuovo riparto di competenza prevede l'abrogazione della competenza del magistrato di sorveglianza per l'autorizzazione ai colloqui telefonici per gli imputati dopo la sentenza di I grado (attribuita *in toto* al giudice che procede).

Novità anche in tema di parità di trattamento per donne e stranieri (artt. 19, 27, 31 e 80, comma 4, Ordinamento penitenziario).

L'articolo 33 sulla disciplina dell'isolamento prevede che siano assicurate le "normali condizioni di

vita", ad eccezione di quelle assolutamente incompatibili con le ragioni (sanitarie, disciplinari o cautelari) che lo hanno determinato. Si deve precisare che, a norma del comma 6 dell'articolo 73 del Regolamento, è comunque rimesso all'Autorità giudiziaria procedente, nel caso di isolamento giudiziario, il potere-dovere di stabilire le limitazioni indispensabili a garantire lo scopo per il quale l'isolamento è stato disposto. Deve inoltre essere sempre garantito al detenuto – fatte salve le eventuali limitazioni disposte dall'Autorità giudiziaria, in caso di isolamento giudiziario, ai sensi dell'articolo 18 – il diritto di effettuare i colloqui con le persone autorizzate all'ingresso.

L'articolo 40, in ottemperanza al criterio *m* della legge delega prevede la sostituzione della figura professionale del sanitario, estromessa dal consiglio di disciplina, con una figura esterna all'organizzazione dell'Istituto penitenziario (il professionista ex articolo 80 Ordinamento penitenziario) nel presumibile duplice intento di accrescere il tasso di imparzialità dell'organo disciplinare e di contribuire a ridurre la tendenziale separatezza del carcere dalla società esterna. Non poche saranno le implicazioni pratiche di questa modifica, augurandosi che il maggior impegno richiesto ai professionisti ex articolo 80 Ordinamento penitenziario non sottragga costoro alle funzioni proprie di osservazione della personalità.

Significativamente rilevante infine la disposizione dell'articolo 42 che supera l'attuale struttura normativa che contempla un mero "favore" di destinazione negli Istituti prossimi alla famiglia. Com'è noto, i trasferimenti in luoghi lontani costituiscono spesso uno dei principali elementi di ostacolo ai contatti con la famiglia e, dunque, all'esercizio del diritto all'affettività. Spesso i trasferimenti interrompono percorsi intrapresi e sono anche una delle cause ricorrenti dei tentativi di suicidio. Viene dunque espressamente riconosciuto il "diritto" (tutelabile in via giurisdizionale ex articolo 35 *bis* Ordinamento penitenziario) del detenuto ad essere assegnato ad un Istituto più prossimo alla residenza della sua famiglia o al proprio Centro di riferimento sociale, salve le controindicazioni che dovranno essere specificamente motivate dall'Amministrazione. Il "centro di riferimento sociale" – come già detto più sopra – dovrebbe individuare per il detenuto il luogo (la precedente residenza, la località in cui aveva instaurato consistenti rapporti amicali o aveva ricevuto assistenza economica o sociale) in cui egli aveva i principali legami affettivi e/o assistenziali. La fissazione di un termine entro cui l'Amministrazione deve fornire una motivata risposta in caso di istanza di trasferimento per motivi familiari, di formazione, di studio, di lavoro o di salute intende conferire effettività al potere di richiesta del detenuto.

L'articolo 45 Ordinamento penitenziario introduce importanti disposizioni in tema di residenza ana-

grafica del detenuto: esse non interferiscono con le norme sull'assistenza sociale territoriale ai detenuti e alle loro famiglie (cui già si riferisce, in particolare, l'articolo 3 della legge n. 328 del 2000), ma intervengono per garantire una più sicura attuazione degli adempimenti anagrafici all'interno degli Istituti penitenziari, dato che il presupposto necessario di tutte le prestazioni sociali a competenza territoriale – e di alcune importanti prestazioni socio-sanitarie erogabili alle persone detenute – è costituito dal requisito di residenza dichiarata. La norma stabilisce anche un'opportuna 'opzione di residenza' per i condannati.

Circa le gravi omissioni del decreto, va qui ricordata la norma dell'articolo 34 Ordinamento penitenziario sulle perquisizioni che nel decreto del precedente Governo, in attuazione del criterio delle deleghe sul rispetto della dignità (lett r), prevedeva il divieto assoluto – salvo specifici e giustificati motivi – della pratica del “denudamento” ed imponeva la presenza del personale sanitario per le ispezioni delle parti intime.

La perquisizione personale ha infatti un'indubbia rilevanza costituzionale in quanto attiene all'inviolabilità della persona, sotto il particolare punto di vista dell'intangibilità del corpo e della tutela del pudore, e può essere giustificata solo da ragioni comprovate di sicurezza (prevenzione dell'auto o etero-lesionismo) o per prevenire disordini all'interno del carcere, ma non deve mai tendere a provocare, umiliare o “inferiorizzare” il soggetto passivo. Le ispezioni delle cavità corporee, anche per i rischi sanitari e igienici connessi, dovrebbero sempre essere condotte da personale sanitario qualificato, edotto in tema di norme di igiene, salute e sicurezza, ma su questo la novella legislativa tace.

Il Decreto legislativo n. 124/18

1) Modifiche in tema di trattamento penitenziario

Il secondo decreto legislativo incide su alcune norme contenute nel capo II del Titolo I che riguarda le condizioni generali del trattamento con riferimento alle caratteristiche degli edifici penitenziari, ai locali di soggiorno e pernottamento ed all'igiene personale.

Se va salutata con favore la previsione in via obbligatoria di docce “con acqua calda” in tutti gli Istituti (articolo 8, comma 1) va viceversa censurata la previsione di locali comuni solo per lo svolgimento di attività “lavorative e formative” e, solo “ove possibile”, “culturali, sportive e religiose” (articolo 5), un evidente arretramento rispetto alla normativa vigente che non prevede affatto questo limite. Tale insensata limitazione è anch'essa espressione di quella ideolo-

gia culturale di cui si è fatto cenno sopra che vede solo nel lavoro intramurario e nella formazione al lavoro il principale se non esclusivo strumento rieducativo, a scapito della cultura, dell'istruzione, della religione e delle attività ricreative (ivi comprese quelle sportive), per le quali gli spazi comuni si troveranno d'ora in poi negli Istituti solo ove concretamente possibile in relazione alle specifiche condizioni del singolo carcere.

È ben vero infine che la novella prevede per la prima volta l'obbligo di tenere i servizi igienici separati dalla camera di pernottamento e la dotazione di “spazi comuni” nelle aree residenziali per favorire una gestione cooperativa della vita quotidiana “nella sfera domestica” (articoli 6 e 8) ma nel contempo la previsione della loro entrata in vigore fra tre anni rende tali riforme troppo dilatare nel tempo, senza considerare che la gestione “comune” della vita quotidiana in Sezione dovrebbe accompagnarsi ad una previsione esplicita del principio della “sorveglianza dinamica”, viceversa, come ricordato, del tutto omessa nei nuovi decreti.

Infine, il diritto dell'ergastolano a vivere in camera ad un posto (articolo 6, comma 5) viene degradato ad una mera indicazione di preferenza che l'interessato, come già peraltro accade oggi, può liberamente esprimere. Sarebbe stato viceversa razionale adeguare la previsione dell'Ordinamento penitenziario all'articolo 22 del codice penale, che prevede l'isolamento “notturno” quale modalità esecutiva della pena dell'ergastolo, assicurando nel contempo la tendenziale “umanizzazione” della pena massima, maggiormente corrispondente al principio costituzionale.

2) Nuove disposizioni in tema di lavoro penitenziario

La premessa dell'intervento riformatore è che il lavoro penitenziario, pur essendo uno degli elementi principali del trattamento, soffre di un cronico e gravissimo problema di effettività, determinato principalmente dallo scarso sviluppo del mercato del lavoro penitenziario, sia in termini di numero di posti lavorativi che di qualità dell'offerta.

Senza entrare troppo nel dettaglio della nuova disciplina, tributaria di alcune riflessioni svolte in seno al Tavolo VIII (Lavoro e formazione) degli Stati generali dell'esecuzione penale e di altre sviluppate dal Gruppo di lavoro istituito nel 2015 presso il Dap, giova sottolineare in primo luogo l'eliminazione della previsione del lavoro come “obbligo”, posto che essa stride sia con la “non afflittività” del lavoro penitenziario, sia – più in generale – con il principio del libero consenso al trattamento, principio che si fonda, tra l'altro, sull'ovvia considerazione che le *chances* di successo del percorso di reinserimento, quali che siano gli strumenti,

dipendono dall'adesione del condannato alle offerte trattamentali. Peraltro va notato che, contrariamente a quanto proposto dalla Commissione di studio per la riforma, non vi è stata l'analoga abrogazione dell'obbligatorietà del lavoro negli articoli del codice penale che la prevedono (artt. 22, 23 e 25) come coesistente all'esecuzione delle pene detentive dell'ergastolo, della reclusione e dell'arresto, di talché la modifica attuale sembrerebbe del tutto inutile.

Le più significative novità riguardano la disciplina della Commissione prevista dal vigente comma 4 dell'articolo 20, Ordinamento penitenziario, la previsione della produzione di beni da destinare all'"autoconsumo" e la valorizzazione del lavoro di pubblica utilità. Quest'istituto – pur ormai dal 2013 previsto quale modalità di trattamento penitenziario (articolo 21, comma 4 *ter*, Ordinamento penitenziario introdotto dal dl n. 78 del 2013) – ha fatto registrare finora una scarsa attuazione pratica: se infatti il lavoro di pubblica utilità è sempre più presente nel nostro sistema penale (si pensi alle figure connesse alle violazioni del codice stradale; al testo unico sugli stupefacenti, alla messa alla prova degli adulti, alla sospensione condizionale) esso continua ad essere generalmente poco praticato in ambito esecutivo. Va evidenziata l'eliminazione del lavoro a sostegno delle vittime e delle loro famiglie dei reati commessi, eliminazione opportuna, posto che tale attività andrebbe viceversa collocata nel più ampio spazio assegnato alle pratiche di giustizia riparativa.

Infine, fermo restando il divieto di concessione del lavoro all'esterno ex articolo 21, Ordinamento penitenziario, per i condannati per i reati di mafia (già vigente), viene oggi previsto l'obbligo per il magistrato di sorveglianza (e stranamente non per l'Autorità giudiziaria con riguardo agli imputati) di tenere "prioritariamente" conto delle esigenze di sicurezza nonché della natura del reato e della pena residua (analogamente a quanto previsto in forma generale dall'articolo 48 del Regolamento) per i soli condannati per i reati previsti dall'articolo 4 *bis* Ordinamento penitenziario.

Infine degna di nota è l'estensione (articolo 46, ult. co.) dell'ambito di applicazione dell'assegno di ricollocazione (articolo 23 d.lgs 14 settembre 2015 n. 150) anche ai detenuti e agli internati dopo la dimissione, ossia al momento della scarcerazione in ragione dell'avvenuta espiazione della pena, cioè quando essi versano, di norma, in una condizione di maggiore fragilità ed esposizione. La misura sembra destinata solo ai detenuti ed internati dimessi per espiazione

della pena, con esclusione dei detenuti scarcerati in quanto avviati verso percorsi di espiazioni extra-muraria (misure alternative)

Per concludere – con una nota di inevitabile pessimismo – si può dire che le norme recuperate dal progetto originario della riforma sono poca cosa rispetto a quello che la riforma rappresentava, tanto da poter dire che il sistema che cambia è al momento quello che rimane sostanzialmente uguale a se stesso. Dobbiamo tutti essere consapevoli di quali siano le torsioni culturali e anche istituzionali che questo sostanziale fallimento comporterà.

Alla fine degli anni 70 e nel decennio successivo (gli anni della Gozzini) la legittimazione dell'istituzione carceraria era stata incanalata dal riformismo penitenziario in un consenso al modello rieducativo; negli anni '90 e nei primi anni 2000 quella legittimazione poggiava invece su una situazione di crisi del modello rieducativo e sulla riemersione di un esplicito discorso securitario: le carceri erano "hotel a 5 stelle", da esse i condannati uscivano con grande facilità per via della non garantita "certezza della pena", i pochi casi di evasione e di mancato rientro dai permessi erano volutamente enfatizzati e i magistrati di sorveglianza continuamente posti sotto accusa.

È un ritornello che sentiamo ripetere anche oggi, pur dopo la stagione degli Stati generali.

Ciò produce un progressivo scollamento tra la rappresentazione ufficiale del Carcere e la realtà di esso: il Carcere rischia di tornare a chiudersi in se stesso, questo è il pericolo più grande. Si preannunciano derive platealmente repressive: il Daspo, nuovi "pacchetti sicurezza", un aumento delle pene, strumenti di "tortura" nelle carceri come il "Taser" (strumento impensabile nelle prigioni per vari motivi, prima di tutto per il pericolo che il detenuto – come ogni altro tipo di arma, vietata in carcere – possa indebitamente appropriarsene); scure nubi si addensano nel cielo del diritto.

Il carcere dovrebbe invece servire a farci cambiare idea sul condannato e quindi a produrre scenari diversi, esperienze di rottura rispetto alle precedenti scelte criminali, allo scopo di interrompere la reiterazione di quelle scelte.

Il Carcere dovrebbe essere un luogo di mediazione e di pacificazione affinché si possa uscire dalla logica secondo cui al negativo si risponde solo schiacciando e vincendo perché questa, in fondo, è l'idea giustificativa della guerra.

Quel che poteva essere (e la necessità di perseverare)

di *Glauco Giostra* e *Fabio Gianfilippi*

Sette domande di un magistrato di sorveglianza, Fabio Gianfilippi, a Glauco Giostra, presidente della Commissione per la riforma dell'Ordinamento penitenziario nel suo complesso nominata con decreto ministeriale 19 luglio 2017.

Un dialogo per capire da dove e come, dopo la disillusione, è possibile ripartire, anche controvento.

Gianfilippi: *Il sovraffollamento, i deficit di risorse umane e materiali, le molteplici marginalità sociali presenti nelle strutture penitenziarie fanno del carcere un luogo di speciale sofferenza. Le note condanne in sede europea in questo senso hanno solo evidenziato quanto chi frequenta gli Istituti penitenziari già segnalava da tempo. Anche il legislatore si è mosso negli scorsi anni a più riprese con interventi però sempre settoriali, e caratterizzati soprattutto da un intento deflattivo, che sono stati facilmente bollati come “svuotacarceri”. Il progetto immaginato dalla Commissione per la riforma dell'Ordinamento penitenziario nel suo complesso, invece, si distingueva nettamente, secondo me, da questo modo di procedere. Tuttavia ha ricevuto le stesse critiche, tanto che i decreti legislativi 121, 123 e 124 del 2 ottobre 2018 esercitano soltanto in modo limitato la delega consegnata al Governo con la legge 103/2017 e lasciano cadere tutto il resto.*

Giostra: A parte che bollare con il rozzo neologismo “svuotacarceri” la novellistica successiva alla sentenza Torreggiani è quanto meno approssimativo e ingeneroso: basti pensare che con quei provvedimenti sono state introdotte norme fondamentali per la tutela dei diritti dei detenuti, quali il reclamo giurisdizionale di cui all'art.35-bis e il rimedio risarcitorio di cui all'art.35-ter. Rivolgere, poi, la stessa accusa alla riforma penitenziaria voluta dalla Delega è una imbarazzante insulsaggine: chi l'ha qualificata uno “svuotacarceri”, nella migliore delle ipotesi non l'ha

letta. Ed a questa, pur non edificante spiegazione, è bene fermarsi, perché le altre due – l'ha letta e non l'ha capita; l'ha capita, ma ha voluto mistificarne il segno – anziché deprimenti come la prima, sarebbero inquietanti. Sempreché alle parole – pur di pessimo gusto come questa – si voglia dare un senso. Se, come credo, per “svuotacarceri” si vuole intendere un provvedimento di automatica fuoriuscita dai penitenziari di numerosi detenuti in base a meri parametri sanzionatori, mi piacerebbe che si indicasse una sola disposizione del progetto di riforma cui possa essere ascrivito un intento “svuotacarceri”. Al contrario, il progetto di riforma mirava ad abrogare l'unica normativa che poteva rientrare in questa accezione: la legge 199 del 2000. Se poi al termine si vuole dare, invece, il significato di graduale sottrazione al rigido regime detentivo del soggetto che ha manifestato oggettivi e rassicuranti progressi nel programma di ri-socializzazione, allora sarà bene ricordare che questa “cosa” la Costituzione la chiama “rieducazione”.

Gianfilippi: *Tra gli addetti ai lavori, e tra gli stessi detenuti, l'aspettativa circa il successo del percorso integrale di riforma era indubbiamente molto alta. Anche per questo è accaduto spesso, negli ultimi mesi, che alla proposta della Commissione e agli schemi di decreto legislativo che ne sono derivati, accogliendone parzialmente i lavori, siano stati a torto collegati, da parti contrapposte, tanto presagi di pericolo per la sicurezza collettiva quanto capacità di palingenesi di ogni stortura del sistema.*

Giostra: Dei pericoli per la sicurezza derivanti dall'approvazione della riforma mi consenta di non parlare: tutte le esperienze nazionali e internazionali dimostrano che l'apertura dell'esecuzione della pena alla possibilità di un graduale e responsabilizzante reinserimento sociale riduce sensibilmente il tasso di recidiva. Per negarlo si contesta la validità di statistiche e testimonianze: chi muove tali apodittiche obiezioni avrebbe l'onere di produrre almeno un'indagine o una esperienza che le suffraghi. Con l'inevitabile approssimazione di una sintesi estrema potremmo dire che la riforma, se approvata nel suo articolato complessivo, avrebbe davvero costituito una palingenesi normativa dell'attuale assetto legislativo. Affinché ne seguisse una anche della realtà penitenziaria, però, sarebbe stato necessario, tra l'altro, provvedere alla professionalizzazione della Polizia penitenziaria, al significativo incremento organico degli psicologi, degli educatori, degli operatori sociali e dei mediatori culturali all'interno del carcere, al potenziamento degli Uepe e delle loro prerogative per accompagnare il condannato nella delicatissima fase della "convalescenza sociale" una volta progressivamente riammesso alla libertà, alla rimodulazione delle strutture penitenziarie. La riforma, per così dire, avrebbe costituito il *software* cui bisognava far seguire gli interventi sull'*hardware* per fare in modo che l'articolo 27, comma 3, Costituzione trovasse finalmente reale attuazione.

Gianfilippi: *Ora che il percorso della riforma si è definitivamente arrestato ai contenuti dei decreti legislativi del 2 ottobre 2018, non sembra inutile guardare indietro a ciò che la legge delega chiedeva e a quel che la Commissione di riforma proponeva per il suo pieno esercizio, proprio perché le molteplici urgenze del mondo penitenziario attendono ancora risposte che, al di là del serio esame che occorre fare sulle novità normative che comunque sono intervenute, non saranno soddisfatte. Dovendo comprimere la risposta in poche battute, non è facile tracciare almeno le linee di fondo della riforma.*

Giostra: Non è certo possibile, neppure volendole "*liefilizzare*", illustrare le connotazioni principali della riforma. In poche battute possiamo soltanto dire che la sua bussola era già nella relazione accompagnatoria della legge delega: «restituire effettività alla funzione rieducativa della pena». Questo significava che punto ideale di fuga di tutte le norme elaborate è stato quello di fare del condannato, non già un buon detenuto, ma un buon cittadino, responsabilizzandolo e dandogli la possibilità di esprimere le sue potenzialità di riscatto. Questo significava che lo Stato può naturalmente privare il cittadino che ha

commesso gravi reati della libertà personale, ma mai della dignità e della speranza. In tale cornice si inscriveva il progetto di riforma varato dalla Commissione da me presieduta, pur con gli inevitabili errori dovuti al ristrettissimo tempo a disposizione per la sua elaborazione, alla complessità della materia e ai limiti del sottoscritto.

Gianfilippi: *Mi occupo da molti anni di sorveglianza ed esecuzione penale e, periodicamente, ho sentito parlare del rischio dello sgretolarsi della "certezza della pena", formula ultimativa che sembra non richiedere spiegazioni e di fatto chiude ad ogni riflessione sui contenuti costituzionali delle pene (da ultimo, sentenza Corte costituzionale n. 149/2018). Questo ostacolo di principio è stato opposto ora anche alla integrale approvazione della riforma che, appunto, si afferma avrebbe recato un vulnus al principio della certezza della pena. Una tale obiezione aveva un suo fondamento?*

Giostra: In effetti, la parte qualificante della riforma è stata ufficialmente sacrificata sull'altare della "certezza della pena". Una giuridicolaggine strettamente imparentata, almeno quanto al messaggio che è chiamata a veicolare, all'altra dello "*svuotacarceri*", di cui abbiamo appena parlato: «attenzione – diceva questo mistificante neologismo – vogliono sversare nella collettività il liquame sociale che eravamo riusciti a rinchiudere tra quelle solide mura»; «attenzione – ribadiva con maggiore *aplomb* il sedicente principio di certezza della pena – se la pena non viene eseguita sino all'ultimo giorno tanti delinquenti vengono immessi nuovamente, impuniti, nelle vene della società sana». Ma, a parte che questa è evenienza inevitabile prima o poi, a meno di non voler punire ogni reato con l'ergastolo. A parte che realizzare la funzione rieducativa della pena non significa che questa non debba conservare anche una funzione retributiva: per i reati più gravi non saranno comunque evitabili lunghi periodi di detenzione, quand'anche il condannato sin dall'inizio s'adoperi in un serio e fattivo percorso di riabilitazione. A parte che il soggetto insensibile ad ogni prospettiva di riabilitazione sociale esprirebbe la pena detentiva per intero. Modulare l'esecuzione penale sul percorso riabilitativo del condannato non vuol certo dire, come si ripete con logoro cliché, determinare un'incertezza della pena, ma soltanto che questa – in base a determinati presupposti legali e a seguito dell'accertamento giurisdizionale della loro sussistenza – va calibrata in itinere sull'evoluzione psico-comportamentale della persona che la esple. Diciamo forse che la pena non è certa per il fatto che il giudice di cognizione possa infliggere al rapinatore una pena da quattro a dieci anni

di reclusione? Se a nessuno è mai venuto in mente di sostenerlo è perché tutti comprendono che la discrezionalità concessa al giudice serve per meglio commisurare la pena alla gravità del fatto in concreto. Perché, allora, quando le modalità di esecuzione e talvolta la durata della pena sono calibrate dal giudice sulla base dell'evoluzione comportamentale del soggetto, si parla di incertezza della pena? Come non si pretende che tutti i rapinatori siano puniti con x anni a prescindere dal fatto di cui si sono resi protagonisti, non si dovrebbe pretendere che tutti i condannati a x anni scontino la stessa pena a prescindere dal loro comportamento nel corso dell'espiazione. Tener conto dell'avvenuta, profonda rielaborazione del male commesso e del conseguente impegno per un operativo riscatto non significa rendere incerta la pena, ma individualizzarne i contenuti per il recupero sociale del condannato, come la nostra Costituzione prescrive. I replicanti della "pena certa" dovrebbero almeno avere l'avvertenza di precisare che ciò che invocano è in realtà la pena fissa, immutabile: cioè qualcosa di costituzionalmente e convenzionalmente inammissibile.

Gianfilippi: *L'equazione per la quale la pena, vera ed efficace, è solo quella del carcere sembra difficile da scardinare, anche tra chi dovrebbe conoscere bene il significato dell'articolo 27 della Costituzione, a partire da quel plurale «le pene non possono consistere...» che già si apre a qualcosa che carcere non sia. Sembra servire a poco la constatazione circa l'elevatissimo tasso di recidiva nel reato di chi trascorra tutta la sua pena all'interno degli Istituti penitenziari senza accedere a misure alternative alla detenzione. Con quale percorso si può provare, nuovamente, a spiegare che meno carcere può significare, a determinate condizioni, più sicurezza?*

Giostra: Un tale percorso, sempre molto difficile, è tanto più impervio nell'attuale stagione politica che ha nell'ansia collettiva la più redditizia e irrinunciabile fonte di procacciamento di consensi. Di certo molto dipenderà dai mezzi di informazione; dalla loro capacità di abbandonare l'attuale tendenza a relegare la realtà penitenziaria in un cono d'ombra mediatico per scaraventarla sotto la luce dei riflettori soltanto in presenza di episodi violenti, evasioni, mancati rientri. Ed anche in tali casi sarebbe molto importante che i giornalisti avessero la competenza e l'onestà professionale di inquadrare l'episodio nei suoi reali termini, anche statistici.

Gianfilippi: *La magistratura di sorveglianza è stata chiamata nel corso degli ultimi anni a compiti*

sempre più gravosi, con significativi incrementi di competenze soprattutto sotto il versante della tutela giurisdizionale dei diritti delle persone detenute. Il progetto di riforma elaborato dalla Commissione Giostra attribuiva un ruolo particolarmente importante alla discrezionalità prudente ed informata della magistratura di sorveglianza. Quando nei commenti avversi alla riforma si dice che si sarebbe trattato di una "svuotacarceri" non si finisce per dimostrare sfiducia nei confronti dell'operato di questo comparto della giurisdizione?

Giostra: Quando il Parlamento ricorre ad automatismi e a presunzioni assolute sia nel processo che nell'esecuzione della pena mostra certamente sfiducia nella magistratura e preferisce sostituire al prudente apprezzamento discrezionale di questa rispetto al singolo caso, una propria scelta per categorie di situazioni o di soggetti, scontando il fatto che vi siano soggetti che restano in carcere indebitamente, in quanto la loro vicenda individuale deroga alla presunzione assoluta stabilita per legge. Il costante insegnamento della Corte costituzionale in tema di obbligatorietà della custodia cautelare in carcere non potrebbe essere più eloquente.

Gianfilippi: Igino Cappelli, magistrato di sorveglianza degli anni a cavallo della riforma del '75, mai abbastanza rimpianto, scriveva nel suo Gli avanzi della giustizia, a proposito dei tempi difficili che seguirono, che: «*puoi aver perso il senso di ogni motivazione interiore, ma finché la speranza o la disperazione di un uomo in carne e ossa ti chiama al tuo mestiere, non ti è permesso di abbandonare*». Il carcere è pieno di umanità dolente che chiede oggi, come ieri, attenzione e ascolto. Nonostante la disillusione del mancato completamento del percorso della riforma, come si può andare avanti? Da dove si ricomincia? Perché guardare avanti, per le ragioni che descriveva Cappelli, è necessario.

Giostra: Possiamo continuare, ciascuno nel proprio ambito, a batterci e ad adoperarci per un'esecuzione penale meno indegna di un uomo; possiamo mantenere con fermezza e coerenza la direzione, ma non dobbiamo neppure coltivare illusioni: la corrente contraria si è fatta impetuosa e la direzione anadroma sempre più faticosa, nonostante la nostra determinazione e la nostra resistenza. L'importante è non smarrire la mèta così da poter applicare la tecnica dei velisti che, quando soffia un vento avverso rispetto al traguardo da raggiungere procedono di bolina, cioè bordeggiano per avvicinarsi zigzagando alla mèta. Io

credo che le pronunce della Corte costituzionale, le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, la giurisprudenza della magistratura di sorveglianza, gli insegnamenti della dottrina, le prese di posizioni del mondo forense soffieranno ancora per sospingere la mai ammainata vela del recupero sociale del condannato e potranno contribuire a rimuovere le più inac-

cettabili espressioni di gratuita disumanità del nostro sistema. Ma l'occasione per una riforma complessiva (Ordinamento penitenziario adulti e minori, giustizia riparativa, misure di sicurezza, sanità penitenziaria), organica e coerente è andata irrimediabilmente perduta. Almeno nel breve e medio periodo, potremmo aggiungere per consolarci.

Salute mentale e carcere: una necessità dimenticata

di Marco Pelissero

La sanità penitenziaria in tema di infermità mentale è l'oggetto di questo brano. Si tratta di un angolo visuale strategico per leggere la cifra complessiva della riforma. Tutto dentro il carcere e niente fuori, potrebbe essere la sintesi. Sulla base questo *leitmotiv* scompaiono percorsi terapeutici alternativi al carcere per i sofferenti psichici, in linea con un impianto legislativo che tace sulle misure alternative.

In data 2 ottobre sono stati pubblicati in Gazzetta Ufficiale i decreti legislativi sulla riforma dell'Ordinamento penitenziario (numeri 121, 123 e 124). In particolare il d.lgs n. 123 contiene alcune disposizioni in tema di sanità penitenziaria presenti nello schema di decreto legislativo approvato dal Governo Gentiloni ad inizio anno, senza che si concludesse l'*iter* di approvazione definitiva a causa del volgere a termine della legislatura e del timore delle forze politiche di Governo dello scarso *appeal* elettorale del tema carcere, fortemente condizionato dai più moderni venti securitari.

Il testo approvato costituisce una versione alquanto falcidiata del precedente: e nel falcidiare, ha deformato il senso complessivo delle proposte di revisione dell'Ordinamento penitenziario avanzate dalle Commissioni che avevano lavorato per dare attuazione alla legge delega. Era prevedibile, perché le scelte di politica penitenziaria che sono alla base della riforma sono perfettamente in linea con le preoccupanti indicazioni di politica penitenziaria contenute nel «Contratto per il governo del cambiamento», con il quale è stato siglato il patto di coalizione delle nuove forze politiche di maggioranza e di Governo. Avendo presieduto la Commissione, a suo tempo incaricata dal ministro Orlando di dare attuazione alla riforma della sanità penitenziaria e delle misure di sicurezza personali, mi sento in dover esprimere pubblicamente alcune riflessioni sulla profonda difformità tra le scelte in tema di sanità penitenziaria che stavano alla base della proposta della Commissione e l'esito finale dell'*iter* legislativo.

La sanità penitenziaria costituisce oggi un nervo scoperto del mondo carcerario, come confermano i suicidi, anche recenti, che costituiscono la punta drammatica di un *iceberg*: il carcere deforma sempre, in modo più o meno significativo, i diritti individuali fondamentali, e tra questi il diritto alla salute che dovrebbe avere valore preminente, perché la privazione della libertà personale non può comportare anche privazione del diritto alla salute. In particolare, è la salute mentale a risultare fortemente compromessa dalle condizioni di vita detentiva, specie in contesti – come l'attuale – connotati da sovraffollamento carcerario. Così il carcere diventa collettore, amplificatore e produttore di forme più o meno gravi di disagio psichico.

La Commissione aveva proposto di operare su due fronti: sulla sanità penitenziaria in senso stretto e su percorsi terapeutici alternativi al carcere.

Sul primo versante, la Commissione, in linea con la riforma del 1999 che aveva affidato la gestione della sanità in carcere direttamente al Servizio sanitario nazionale, aveva dato alcune indicazioni: garantire il diritto a prestazioni sanitarie efficaci e tempestive; assicurare interventi di prevenzione, cura e sostegno del disagio psichico e della marginalità sociale; prevedere procedure più snelle per garantire cure e accertamenti sanitari esterni, in caso di impossibilità di prestazioni negli istituti; introdurre il dovere del medico, all'atto della visita di ingresso, di annotare nella cartella clinica del detenuto, anche mediante documentazione fotografica, ogni informazione relativa a segni o indicazioni che facciano apparire che la

persona possa aver subito violenze o maltrattamenti, con obbligo di darne comunicazione al direttore dell'Istituto e al magistrato di sorveglianza; garantire la necessaria continuità terapeutica rispetto a trattamenti in corso all'esterno o all'interno dell'Istituto da cui il detenuto sia stato trasferito; assicurare la prosecuzione del programma di rettificazione di attribuzione di sesso di cui alla legge 164/1982, garantendo il necessario supporto psicologico; prevedere il diritto di effettuare, a proprie spese, trattamenti terapeutici con un sanitario di fiducia. Alcune di queste indicazioni sono state recepite dalla riforma e, se effettivamente attuate (questo sarà il vero banco di prova), contribuiranno a migliorare la sanità all'interno degli Istituti penitenziari. Scompaiono, tuttavia, nel novellato articolo 11 dell'Ordinamento penitenziario alcuni elementi che, ad avviso della Commissione erano importanti: anzitutto, viene meno il richiamo alla necessità che il servizio sanitario nazionale assicuri idonei interventi di prevenzione, cura e sostegno del disagio psichico e della marginalità sociale; la Commissione aveva previsto che fosse garantito un presidio del dipartimento di salute mentale adeguato alle dimensioni e alle esigenze di ogni istituto e nulla di tutto ciò è presente nel nuovo testo approvato, che rappresenta tra l'altro anche una regressione rispetto alla disciplina attuale che richiede che ogni Istituto disponga dell'opera di almeno uno specialista in psichiatria; viene meno il riferimento alla necessità in capo al medico, all'atto della visita di ingresso in Istituto, di documentare, anche mediante documentazione fotografica, ogni informazione relativa a segni che facciano apparire che la persona possa aver subito violenze o maltrattamenti, con obbligo di darne comunicazione al direttore di Istituto ed al magistrato di sorveglianza (pur in presenza di un obbligo di referto, infatti, la previsione della documentazione fotografica appariva quanto mai opportuna).

Non è stata altresì recepita l'indicazione in favore della costituzione di specifiche sezioni per detenuti con infermità psichica ad esclusiva gestione sanitaria alla quale affidare i detenuti con semiinfermità mentale o con infermità psichica sopravvenuta: l'idea di fondo della Commissione era garantire ai detenuti, per i quali non fossero possibili percorsi di cura fuori dal carcere per imprescindibili esigenze di sicurezza, spazi che, pur all'interno del carcere, garantissero la prevalenza del supporto terapeutico su quello meramente custodiale. Oggi quelli che la legge di Ordinamento penitenziario qualifica, con terminologia oramai antiquata, «istituti per infermi e minorati» (conosciute oggi come «Articolazioni per la tutela della salute mentale in carcere»), sono del tutto inadeguati alle esigenze poste dall'urgenza di far fronte alla salute mentale in carcere. Scompaiono, altresì, dal testo approvato in via definitiva i riferimenti al disagio psichico e agli interventi

a supporto della salute mentale che la Commissione aveva suggerito: in particolare la necessità di garantire un presidio del dipartimento di salute mentale adeguato alle dimensioni ed alle esigenze di ciascun Istituto, nonché l'attenzione alle infermità psichiche durante la visita di ingresso in istituto.

Il secondo versante di intervento proposto dalla Commissione prevedeva percorsi terapeutici alternativi al carcere, al fine di garantire cure adeguate, quando non vi si oppongono imprescindibili esigenze di sicurezza collettiva: il rinvio facoltativo della esecuzione della pena anche per i condannati in condizioni di grave infermità psichica (oggi tale rinvio è possibile solo in caso di gravi infermità fisiche); il potenziamento della detenzione domiciliare da eseguire presso specifiche strutture di cura; la previsione di una forma di affidamento in prova a contenuto terapeutico, modellato sulla disciplina vigente dell'affidamento in prova dei condannati tossicodipendenti ed affidato alla gestione dei Servizi sociali e del Servizio sanitario.

A queste proposte di riforma, la Commissione aveva affiancato, in conformità alle indicazioni della legge delega, un'ampia revisione della disciplina che, attraverso un lungo e tormentato percorso, aveva portato al superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e alla istituzione delle Rems (residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza) per gli autori di reati con vizio totale o parziale di mente: il progetto potenziava il profilo terapeutico, senza compromettere le esigenze di sicurezza collettiva. Tuttavia, di questa parte del progetto già il precedente Governo non aveva tenuto conto, alterando il senso complessivo della riforma delle norme che interessano la sanità mentale in ambito penitenziario.

L'idea di fondo che aveva ispirato il lavoro della Commissione era nel segno del potenziamento dei percorsi extracarcerari a contenuto terapeutico, rimessi pur sempre alla valutazione della magistratura di sorveglianza, a cui sarebbe spettato temperare la tutela della salute con le esigenze di sicurezza.

Il decreto legislativo approvato, invece, guarda in modo asfittico alla tutela della salute dei detenuti solo attraverso interventi all'interno del carcere, senza concepire la possibilità di percorsi alternativi al carcere. L'intervento si prospetta del tutto in linea con la scelta di approvare una riforma dell'Ordinamento penitenziario che tace sulle misure alternative alla detenzione, in diffidenza rispetto a quanto stabilito dalla legge delega e non accogliendo le soluzioni, equilibrate e sempre lasciate al vaglio dell'autorità giudiziaria, proposte dalla Commissione Giostra nella consapevolezza indiscussa che i tassi di recidiva si abbassano quanto più sono garantiti percorsi extracarcerari.

Il Governo ha chiaramente fatto una scelta di depotenziamento della sanità penitenziaria in tema di infermità mentali, concepita solo in termini intracarcerari e senza valorizzare gli interventi di supporto in favore dei detenuti con infermità psichica: non considera che i percorsi terapeutici al di fuori delle mura del carcere non solo garantiscono in modo più efficace ed effettivo il diritto fondamentale alla salute, anche mentale, dei detenuti (e questo già basterebbe a giustificare il loro potenziamento), ma contribuiscono in modo determinante anche alla prevenzione del rischio di recidiva.

Nel frattempo pende innanzi alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale finalizzata ad estendere la misura alternativa della detenzione domiciliare, da eseguire presso idonee strutture terapeutiche e applicabile ai soggetti con grave infermità fisica, anche ai detenuti affetti da una grave infermità psichica. Vedremo come si pronuncerà la Consulta, ma intanto il legislatore ha perso l'occasione per rendere più civile l'esecuzione della pena. Nella stagione in cui la politica invoca costantemente la parola sicurezza, spetta alla magistratura costruire argini a tutela dei diritti fondamentali della persona.

Persone dietro i numeri. Un'analisi del rapporto tra sistemi penitenziari e recidiva

di *Daniele Terlizzese*

Un'analisi statistica di come i modelli penitenziari influiscano sui tassi di recidiva. Per dimostrare, sul piano empirico e non ideologico, che un carcere aperto, responsabilizzante e rispettoso dei diritti dei detenuti abbatta la recidiva e riduce il tasso di criminalità.

In Italia, come in molti altri Paesi, una frazione rilevante degli arrestati in un anno – tra il 40 e il 60 per cento, a seconda del modo di definire il fenomeno – ha alle spalle una precedente condanna: si tratta cioè di detenuti recidivi. Se riuscissimo a ridurre il tasso di recidiva, quindi, avremmo una riduzione del tasso di criminalità, con benefici sociali e meno pressione sulle carceri.

Ma che cosa riduce la recidiva? Condizioni carcerarie dure e punitive, che lascino un segno indelebile nella coscienza del carcerato e scoraggino la ripetizione del crimine, o un carcere che miri a riabilitare il detenuto, responsabilizzandolo e dandogli strumenti per reinserirsi nella convivenza civile? Il confronto tra queste due posizioni alternative è spesso ideologico, condotto in un vuoto empirico; parti politiche diverse sostengono l'una o l'altra, paesi diversi scelgono l'una o l'altra strada, senza preoccuparsi di guardare con serietà e in modo rigoroso ai dati.

La nostra Costituzione dà un'indicazione chiara: vieta condizioni nelle carceri contrarie al senso di umanità e chiede opportunità di rieducazione; privilegia quindi la seconda tra le due alternative. È il riflesso di una scelta ideale, di civiltà giuridica, o ha anche una giustificazione utilitaristica, nel senso che così facendo si ridurrebbe la recidiva?

Questa è la domanda che affrontiamo nella ricerca, condotta con Giovanni Mastrobuoni (università di Essex e Collegio Carlo Alberto) e riassunta in questo articolo.

In modo più specifico, ci chiediamo se condizioni carcerarie che assicurino la dignità del detenuto e offrano occasioni di rieducazione abbiano un effetto causale nel ridurre la recidiva.

Prima di esporre la risposta a questa domanda e di indicare il modo con cui la otteniamo, è opportuna una digressione metodologica che chiarisca quali sono le difficoltà da affrontare per rispondere (e il perché ho messo l'enfasi sull'aggettivo causale).

Si potrebbe pensare che trovare una risposta non sia difficile: basterebbe confrontare la recidiva di detenuti che hanno scontato la propria pena in un carcere che offre condizioni dignitose, responsabilizzanti e rieducative – come il carcere di Bollate, su cui baseremo la nostra analisi – con la recidiva di detenuti che hanno scontato la propria pena in un carcere tradizionale, più duro e punitivo. Questo confronto però non sarebbe in grado di dirci quasi nulla dell'effetto causale sulla recidiva dello scontare la pena a Bollate.

Per capire perché, consideriamo un esempio apparentemente scollegato. Supponiamo di confrontare il tasso di mortalità di due gruppi: coloro che lo scorso anno sono stati ricoverati in ospedale e coloro che non lo sono stati. Osserviamo che la mortalità dei primi è notevolmente superiore. Ne potremmo concludere che è l'ospedale a causare la morte dei pazienti? L'intuizione ci porta ovviamente a negare questa conclusione, ma cerchiamo di capire meglio perché essa sarebbe infondata. Il problema sta nel fatto che la differenza tra il tasso di mortalità di coloro che sono stati in ospedale e quello di coloro che non ci sono stati assomma e confonde due aspetti: la differenza, per coloro che sono andati in ospedale, tra il tasso effettivo di mortalità e quello che avrebbero avuto se non ci fossero andati – questo, e solo questo, è l'effetto causale dell'ospedale, poiché confronta gli stessi soggetti, con e senza il trattamento di cui ci interessa

misurare l'effetto — e la differenza tra la mortalità di coloro che sono andati in ospedale, se non ci fossero andati, e la mortalità di coloro che non ci sono andati — e questa differenza non è in genere zero, perché va in ospedale chi già sta male! Essa riflette il cosiddetto l'effetto *selezione*: andare o meno in ospedale è il risultato di una scelta, e chi la fa è in genere diverso da chi non la fa.

Per verificare che la commistione tra l'effetto causale e quello della selezione può essere realmente fuorviante, supponiamo che il tasso di mortalità di coloro che sono andati in ospedale sia del 20%, e che quello di coloro che non ci sono andati sia del 5%; supponiamo anche che la mortalità dei primi, se non ci fossero andati, sarebbe stata del 40%. Abbiamo quindi che la differenza tra la mortalità dei due gruppi, 20% e 5%, cioè 15%, può essere scomposta nella somma di due differenze: la differenza tra 20% e 40%, che è un numero negativo, -20%, e la differenza tra 40% e 5%, che è un numero positivo, +35% (e infatti, $-20\% + 35\% = +15\%$). La prima differenza, una riduzione di 20 punti percentuali del tasso di mortalità, è l'effetto *causale* dell'essere andati in ospedale: andare in ospedale riduce il tasso di mortalità. La seconda è l'effetto della *selezione*: sceglie di andare in ospedale chi è già malato, ed è quindi naturale che la sua mortalità, se non ci fosse andato, sarebbe stata superiore a quella di chi ha scelto di non andarci perché non è malato. La conclusione che trarremmo dal confronto tra 20% e 5% sarebbe quindi del tutto fuorviante: ci porterebbe a ritenere che l'effetto dell'ospedale è di aumentare il tasso di mortalità di 15 punti percentuali, mentre in realtà è quello di ridurla di 20!

Si noti però che tanto il 20% quanto il 5% sono numeri facilmente osservabili: il primo è la mortalità media di coloro che sono andati in ospedale, il secondo la mortalità media di coloro che non ci sono andati. Il 40%, e cioè la mortalità media di coloro che sono andati in ospedale se non ci fossero andati, non è invece osservabile: poiché quelle persone sono andate in ospedale, non sapremo mai quale sarebbe stata la loro mortalità nel caso che non ci fossero andati. Siamo di fronte a quello che si chiama un *controfattuale*: un'osservazione che potremmo fare solo se potessimo tornare indietro nel tempo e far prendere ai soggetti in questione una decisione diversa.

In modo simile, il confronto della recidiva tra i detenuti di Bollate e gli altri non sarebbe appropriato, perché, come nell'esempio, assomma e confonde tra loro due aspetti: l'effetto causale sulla recidiva dell'andare a Bollate (per coloro che vanno a Bollate, qual è la differenza tra la loro recidiva effettiva e quella che avrebbero avuto se non ci fossero andati) e l'effetto della selezione, derivante dal fatto che i detenuti che vanno a Bollate non sono scelti a caso; sono invece

selezionati attraverso un processo di valutazione abbastanza complesso, che mira a identificare detenuti che con maggiore probabilità risponderebbero positivamente alle sollecitazioni riabilitative che verranno loro offerte. Per questo, la recidiva che i detenuti che vanno a Bollate avrebbero avuto, se non ci fossero andati, non è in genere la stessa (ed è presumibilmente inferiore) di quelli che non sono scelti per andare a Bollate. La difficoltà, come nel caso dell'ospedale, sta nel fatto che entra in gioco un controfattuale: la recidiva che i detenuti "trattati" da Bollate avrebbero avuto se non fossero stati trattati; poiché sono stati trattati, non potremo mai realmente osservare che cosa sarebbe successo se non lo fossero stati.

La soluzione ideale a questo problema sarebbe quella di considerare un gruppo sufficientemente numeroso di detenuti, sceglierne a caso una parte e inviarla a Bollate (e la parte restante lasciarla in un carcere tradizionale) e poi confrontare la recidiva di questi due sottogruppi; il vantaggio di scegliere a caso i detenuti inviati a Bollate sta nel fatto che così facendo tra i due sottogruppi non ci sarebbero differenze sistematiche, cioè differenze derivanti da qualche aspetto specifico che caratterizza l'uno o l'altro gruppo: e poiché differenze non sistematiche in media si compensano (purché il gruppo sia sufficientemente numeroso), il detenuto "medio" nell'uno e nell'altro gruppo sarebbe sostanzialmente lo stesso, salvo che in un caso avrebbe scontato la pena a Bollate e nell'altro l'avrebbe fatto in un carcere tradizionale. Avremo cioè riprodotto la condizione ideale (ma controfattuale) di osservare lo stesso soggetto allo stesso momento in due condizioni diverse.

L'assegnazione casuale del carcere, però, porrebbe problemi di natura giuridica ed etica (sebbene, io credo, non insormontabili; problemi analoghi sono spesso efficacemente risolti in campo medico). Comunque non abbiamo dati che corrispondono a tale situazione, e dobbiamo in alternativa utilizzare tecniche statistiche che ci avvicinino alla condizione ideale di "trattamento casuale".

La soluzione che noi diamo a questo problema si compone di due parti.

Innanzitutto, spostiamo l'attenzione dal confronto tra detenuti che vanno a Bollate e detenuti che non ci vanno al confronto, per i detenuti che vanno a Bollate, tra coloro che, a parità di pena complessiva, ne scontano a Bollate una parte maggiore e coloro che ne scontano una parte minore; stimiamo quindi l'effetto sulla recidiva del rimpiazzare un periodo scontato in un carcere tradizionale con un periodo di uguale durata scontato in un carcere aperto, come il carcere di Bollate. È un po' come se, nello studiare l'efficacia di un farmaco, invece di confrontare il tasso di guarigione dei soggetti a cui il farmaco è stato dato con quello di coloro a cui non è stato dato, confrontassimo il tas-

so di guarigione di soggetti a cui sono state date dosi diverse del farmaco.

Anche la lunghezza del periodo passato a Bollate, però, potrebbe essere il risultato di una scelta, e quindi quel confronto continuerebbe a risentire dell'effetto selezione. In particolare, è verosimile pensare che il processo di selezione possa concludersi più rapidamente, e quindi il trasferimento a Bollate avvenga prima e la pena residua da scontare a Bollate sia più lunga, per detenuti che mostrano con maggiore evidenza segnali di suscettibilità agli interventi riabilitativi; detenuti, cioè, che possiamo *a priori* pensare avrebbero comunque una minore propensione a recidivare. Se così fosse, non sapremmo quanta parte della loro minore recidiva sia l'effetto causale dell'aver scontato una parte maggiore della loro pena a Bollate e quanta parte derivi da loro caratteristiche intrinseche e indipendenti dal "trattamento Bollate".

Fortunatamente però – e questa è la seconda parte, più innovativa, della nostra soluzione – possiamo sfruttare per l'analisi quei detenuti che, inizialmente carcerati in istituzioni tradizionali, tipicamente sovraffollate, sono stati successivamente sfollati a Bollate per ridurre l'affollamento nelle carceri di provenienza, senza passare per il processo di selezione che identifica i detenuti intenzionalmente trasferiti a Bollate; in particolare confrontiamo la recidiva futura di detenuti sfollati a Bollate che scontano la stessa pena totale e che però differiscono per la rapidità con cui è avvenuto il loro sfollamento (quelli sfollati più rapidamente scontano dunque una parte maggiore della loro condanna a Bollate). L'aspetto cruciale per la validità della nostra analisi è che le differenze nella rapidità di sfollamento siano casuali, o più esattamente che non siano correlate con le caratteristiche individuali dei detenuti sfollati (caratteristiche che possono essere a loro volta correlate con la loro "propensione a recidivare" intrinseca). Questa casualità è garantita dalle modalità amministrative con cui avviene lo sfollamento.

Infatti, una volta ricevuta la sentenza, i detenuti ospitati in un carcere sovraffollato entrano, in ordine cronologico, in una lista di potenziali sfollabili, da cui il carcere pesca, seguendone l'ordine¹, ogni volta che riceve dal Provveditorato regionale un'autorizzazione a sfollare un certo numero di detenuti. Le differenze nella rapidità di sfollamento dipendono dunque dalle differenze nella lunghezza della coda d'attesa di de-

tenuti "sfollabili" che diversi detenuti si trovano di fronte quando ricevono la propria sentenza e dalla frequenza con cui il Provveditorato regionale consente ai vari carceri di provenienza di sfollare verso Bollate. Entrambe queste differenze sono evidentemente incorrelate con le caratteristiche individuali dei detenuti sfollati. Ciò che invece potrebbe dipendere da queste caratteristiche è il ritardo con cui ricevono la sentenza (cioè il momento in cui entrano nella lista). Questa però è un'informazione che abbiamo potuto raccogliere e di cui teniamo conto nella stima (la stima cioè confronta la recidiva di detenuti sfollati a parità di ritardo nel ricevere la sentenza).

Prima di esporre i risultati dell'analisi, riassumo brevemente il tipo di dati utilizzati e richiamo alcune caratteristiche del carcere di Bollate.

Per quel che riguarda i dati, abbiamo considerato tutti i detenuti (maschi, italiani, a esclusione di quelli incarcerati per crimini di natura sessuale, i cosiddetti *sex-offenders*) passati per Bollate dal 2001 al 2009; abbiamo ricostruito la loro storia carceraria precedente e l'eventuale nuovo ingresso in carcere nei 3 anni successivi alla scarcerazione da Bollate²; ne conosciamo la lunghezza della pena residua all'arrivo a Bollate e l'effettiva permanenza; abbiamo informazioni sui crimini commessi, su aspetti demografici e socioeconomici.

Abbiamo escluso gli immigrati perché è più difficile misurarne la recidiva, dal momento che una volta scarcerati possono più facilmente far perdere le proprie tracce. Abbiamo escluso le donne perché nel nostro campione sono molto poche, e i *sex-offender* perché le loro condizioni carcerarie sono particolari, e questo li rende più difficilmente confrontabili con gli altri.

Per quel che riguarda Bollate, si tratta del principale esempio italiano di «carcere aperto», una tipologia di carcere soprattutto diffusa in alcuni Paesi nordici. A Bollate le celle sono aperte tutto il giorno, i detenuti possono muoversi liberamente entro le mura del carcere, non c'è sovraffollamento, le giornate sono operose, fatte di lavoro, studio, formazione professionale, attività ricreative e sportive, in occasione delle visite di familiari è garantita l'intimità con il *partner* e i bambini hanno sale per giocare ben attrezzate; i detenuti sono chiamati alla responsabilità e all'autodeterminazione, firmano un "patto di responsabilità" che li impegna a comportamenti non violenti e

1. Ci possono essere delle limitate eccezioni all'ordine cronologico, di cui però teniamo conto. Per i dettagli rinvio al lavoro *Rehabilitation and recidivism: Evidence from an open prison* (G. Mastrobuoni-D. Terlizze, 2014), in questa Rivista on line, www.questionegiustizia.it/doc/Rehabilitation_and_Recidivism_Evidence_from_an_Open_Prison_G_Mastrobuoni_D_Terlizze_September_2014.pdf.

2. Questa è la nostra definizione di recidiva; sul piano giuridico avremmo dovuto attendere una nuova sentenza definitiva, piuttosto che il semplice nuovo ingresso in carcere, ma sul piano operativo questo ci avrebbe costretto a tenere una finestra di osservazione dopo la prima scarcerazione troppo lunga.

rispettosi delle regole, possono dire la loro su molti aspetti della vita carceraria; c'è un'attenzione particolare a favorire un progressivo reinserimento nella società, e una frazione non trascurabile dei detenuti è, nel tempo, destinataria di benefici carcerari e fruisce di misure alternative alla detenzione. La sorveglianza è condivisa tra tutti gli operatori (non solo le guardie carcerarie): a fronte di circa 1.200 detenuti, si contano solo circa 450 guardie carcerarie, meno di una guardia per ogni due detenuti, mentre la media nazionale è di due guardie per ogni tre detenuti. Ciò implica che i costi sono molto inferiori: nel 2012, 65 euro al giorno per detenuto, contro una media di circa 115 euro al giorno³.

Confrontando Bollate con San Vittore (da cui provengono molti dei detenuti che finiscono a Bollate) oppure Opera (un altro carcere vicino) abbiamo che il sovraffollamento è mediamente del 30-40% a San Vittore e Opera, è un sotto-affollamento del 20% a Bollate, le lesioni autoinflitte riguardano circa il 10% dei detenuti a San Vittore, sono meno dell'1% a Bollate, lavorano fuori dal carcere o per datori di lavoro diversi dall'Amministrazione carceraria meno dell'1% per cento dei detenuti di San Vittore, poco più del 5% quelli di Opera, quasi il 30% quelli di Bollate.

Si tratta, in buona sostanza, di due modi di vivere il carcere radicalmente diversi. Che cosa implicano per la recidiva?

A seconda del metodo di stima statistico adottato, otteniamo che la sostituzione di un anno in un carcere "chiuso e duro" con un anno in un carcere "aperto e umano" riduce la recidiva di 6-10 punti percentuali (tra il 15 e il 25 per cento della recidiva media dei detenuti sfollati a Bollate); l'effetto è maggiore per detenuti con più bassi livelli di istruzione e per detenuti alla loro prima esperienza carceraria. Ricordo che i detenuti sfollati a Bollate non sono passati per il processo di selezione con cui invece vengono scelti i detenuti "regolari" di Bollate; sono quindi molto più simili al detenuto medio nelle carceri italiane e questo rafforza la cosiddetta "validità esterna" dei nostri risultati.

Nella ricerca ripetiamo l'analisi sui detenuti "regolari" (e cioè selezionati); in questo caso, va riconosciuto, è opinabile che la rapidità con cui avviene la selezione (che a sua volta determina la lunghezza della parte di pena scontata a Bollate) sia incorrelata con le caratteristiche individuali dei detenuti, il che rende i risultati per i detenuti "regolari" più soggetti alla distorsione dovuta alla selezione e suggerisce maggiore cautela nel farvi affidamento. Poiché però la distorsione porta verosimilmente a sovrastimare l'effetto

causale del passare più tempo nel carcere aperto, e poiché la stima numerica che otteniamo per i detenuti selezionati è analoga a quella ottenuta per gli sfollati, possiamo ragionevolmente concludere che l'effetto sui secondi non è inferiore all'effetto sui primi.

Questo è interessante, perché i detenuti sfollati sono meno coinvolti nelle fasi più esplicitamente rivolte alla riabilitazione e al reinserimento offerte da Bollate (per esempio, sono meno frequentemente offerte loro opportunità di lavoro o di formazione); si tratta quindi di detenuti per i quali l'esperienza di Bollate è, fondamentalmente, l'esperienza di un carcere che, pur limitandone la libertà, non li umilia, li responsabilizza, lascia loro spazi di autodeterminazione. I risultati suggeriscono che questo basti per innescare un processo di riabilitazione. Il rispetto della dignità del detenuto finisce dunque per produrre sicurezza.

I dati che abbiamo potuto utilizzare non ci consentono di identificare in modo chiaro il meccanismo o, più verosimilmente, i meccanismi, sottostanti il risultato che troviamo. È importante capirlo, per orientare gli interventi di politica carceraria.

Qualche indicazione sui meccanismi ci viene dalle differenze di risposta al trattamento.

Il fatto che l'effetto sia maggiore per i detenuti con minore istruzione suggerisce che possa essere particolarmente efficace, tra gli aspetti del trattamento Bollate, l'offerta ai detenuti di occasioni di formazione professionale e di lavoro esterno al carcere, che meglio li attrezza a rientrare nella società. La maggiore efficacia sui detenuti alla loro prima esperienza in carcere segnala l'importanza di agire per tempo.

Che l'offerta di opportunità di lavoro riduca la recidiva è una cosa ragionevole e prevedibile. Non sembra però che sia l'unico canale attraverso il quale il trattamento Bollate influenza la recidiva. Come già ricordato, la riduzione della recidiva è almeno altrettanto grande per i detenuti sfollati, a cui però sono con molta minore frequenza offerte occasioni di lavoro.

La riduzione della recidiva misurata dalla nostra analisi suggerisce l'opportunità di estendere le modalità di espiazione della pena incarnate da un carcere come Bollate, sia aumentando le carceri con quelle caratteristiche sia rendendo meno selettivo il processo di ammissione in quelle carceri. C'è però una possibile obiezione a tale estensione: se la riduzione della recidiva derivasse da un meccanismo imitativo, dall'influenza benefica esercitata da compagni di carcere "migliori" (con una minore propensione intrinseca a recidivare), riducendo la selettività del proces-

3. Il dato nazionale è una stima che corregge, sia pure grossolanamente, per i costi attribuibili all'amministrazione centrale, in modo da aumentare la confrontabilità del dato di Bollate, che esclude tali costi.

so di ammissione e comunque estendendo la quota di popolazione carceraria ammessa a quelle condizioni, potrebbe indebolirsi l'effetto positivo dei migliori (il cosiddetto *peer effect*).

Per capire se questo meccanismo è all'opera possiamo verificare se la recidiva degli sfollati è influenzata dalla presenza di altri sfollati nel periodo in cui si trovano a Bollate. Poiché gli sfollati non sono selezionati, possiamo usare la loro presenza a Bollate come misura della "qualità" dei *peers*: se il meccanismo sottostante la riduzione della recidiva fosse quello di *peer effect*, confrontando due detenuti che hanno passato lo stesso tempo a Bollate ma interagendo (nel carcere, nella sezione, nella cella) con un maggiore o minore

numero di sfollati, rispettivamente, la riduzione della recidiva dovrebbe essere minore per il primo. Troviamo però che l'effetto sulla recidiva non è influenzato dalla maggiore o minore presenza di sfollati.

In conclusione: non è vero che, nel ridurre la recidiva, niente funzioni. Un'analisi rigorosa dell'esperienza di Bollate conferma che si può fare. Il meccanismo è ancora da chiarire: il lavoro all'esterno certamente facilita il reingresso nella società; ma il lavoro non si crea per legge. È interessante osservare che anche solo condizioni dignitose, in un contesto responsabilizzante e operoso, sembrano efficaci. E queste condizioni sono certamente realizzabili dalla politica carceraria.

Cultura giuridica ed esecuzione della pena: processi decisionali in tema di misure alternative alla detenzione ¹

di *Francesca Vianello*

I meccanismi decisionali nella concessione delle misure alternative visti attraverso il punto di vista della sociologia del diritto. L'obiettivo è l'analisi della cultura giuridica (coscienza giuridica formale, ma anche ideologia normativa) che regola l'esecuzione della pena e la discrezionalità della magistratura di sorveglianza. Emerge un preoccupante svuotamento del significato delle misure alternative, ridotte da risorsa trattamentale a premio.

Cultura giuridica ed esecuzione della pena

In introduzione vorrei spiegare qual è il genere di contributo che la sottoscritta, che evidentemente non è una professionista del diritto, un'operatrice giuridica – non sono un avvocato, non sono un magistrato, non sono un operatore del sistema penale – può offrire al tema oggetto di discussione: i meccanismi decisionali nella concessione (o meno) delle misure alternative. Come studiosi e sociologi del diritto affrontiamo lo studio del diritto non tanto nella sua forma scritta, nella sua definizione normativa, quanto come pratica sociale – la dicitura che ricorre negli studi di sociologia del diritto è “il diritto come cultura giuridica”. Cosa vuol dire studiare il diritto come pratica sociale? Significa studiare il diritto come quell'insieme di operazioni concettuali che gli attori del diritto – quindi gli operatori, i magistrati, gli avvocati – praticano concretamente nel momento in cui devono prendere una decisione: nel momento in cui devono tradurre la legge, generale ed astratta, in uno strumento utilizzabile in un caso – al contrario – specifico e concreto. L'idea sottesa alle nostre ricerche è

che, accanto a quella che conosciamo come coscienza giuridica formale (la normativa scritta, appunto, ma anche la teoria del diritto attorno a quelle che sono le predisposizioni normative), in realtà esista anche una “ideologia normativa”², un'ideologia che guida l'agire degli operatori del diritto, che ne influenza i processi interpretativi e decisionali, in quel momento cruciale in cui devono attuare questo passaggio, questa sorta di “traduzione”: trasformare la norma in qualcosa di concreto, che guidi effettivamente l'agire degli individui. Questa ideologia normativa crea a sua volta, potremmo dire così, uno “stile di pensiero” condiviso, ovvero il tipo di pensiero che gli operatori danno per scontato, quella che i sociologi chiamano la “ragione mondana”, ovvero «le pratiche di ragionamento attraverso le quali gli attori mondani riescono a ricomporre la loro credenza nella realtà sociale in presenza di definizioni contraddittorie»³.

In una prospettiva di questo tipo, che riguarda tutti gli operatori del diritto, il tema che riguarda il perché si decide, come si decide, su che criteri si decide, ovvero il tema della decisione giudiziaria, assume evidentemente un ruolo fondamentale – proprio in questa traduzione della previsione normativa nel co-

1. Relazione alla Summer School di Alta formazione sulla privazione della libertà e sui diritti fondamentali, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino e Associazione Antigone, Saluzzo 26.09.2018.

2. E. Santoro, *Diritto come questione sociale: la prospettiva della sociologia del diritto*. In E. Santoro (a cura di) *Diritto come questione sociale*, Giappichelli, Torino, 2010, IX-XVI.

3. M. Pollner, *La ragione mondana. La realtà nella vita quotidiana e nel discorso sociologico*, Il Mulino, Bologna, 1995.

siddetto “diritto vivente”⁴. Potremmo affermare che il modo in cui il magistrato argomenta si presenta come un discorso che, messo per iscritto nelle ordinanze, composto nei testi di spiegazione delle leggi, riportato nelle discussioni informali che riguardano un caso concreto, si presenta come un discorso che pretende di “persuadere un uditorio”⁵, che vuole convincere.

Il nostro intento è provare ad analizzare questo discorso: attraverso l'analisi delle ordinanze, le interviste ai magistrati e agli operatori giuridici, le osservazioni delle udienze - o, nel nostro caso, parlando di meccanismi di accesso alle misure alternative - l'osservazione partecipante delle riunioni dei Gruppi di osservazione e di trattamento (Got) in cui si definiscono le cosiddette sintesi sullo stato del trattamento che poi vengono inviate alla sorveglianza. L'analisi di questo “discorso” è molto interessante principalmente per due ordini di motivi: da una parte esso ci può illuminare su quelli che sono i valori e le consuetudini proprie, condivise, tipiche dell'ambiente in cui questi operatori si muovono, e quindi anche dare un'idea di quali sono i limiti di interpretabilità di una norma, cioè fino a che punto si può rendere flessibile l'interpretazione di una norma in una direzione o in un'altra (possiamo chiamare questa “cultura giuridica interna”); dall'altra l'analisi delle ordinanze e dei testi di legge e delle pratiche della loro interpretazione può dirci anche molto su quelle che sono le influenze che gli esterni, i cosiddetti “profani del diritto” (i media per esempio, la carta stampata, ma anche i professionisti di altre discipline quali gli psicologi, i pedagogisti, gli operatori del sociale) più o meno direttamente esercitano sulla decisione giudiziaria, giustificandone o criticandone le argomentazioni, orientandone le interpretazioni, offrendo – potremmo dire - riconoscimento pubblico al discorso esperto (la cosiddetta “cultura giuridica esterna”). A volte queste influenze esterne sono previste dalla legge stessa, come nel caso degli esperti *ex art. 80* o del giudice onorario nel minorile.

L'insieme di queste brevi osservazioni può ovviamente essere riportato al tema in discussione: «i

processi decisionali in tema di misure alternative». Il nostro obiettivo diventa allora l'analisi della cultura giuridica che regola l'esecuzione della pena. In Italia sono pochissime le ricerche scientifiche sui processi decisionali che investono l'esecuzione della sanzione penale. Si tratta di un ambito poco investigato dalla stessa sociologia del diritto: sia in generale, nella sua forma di diritto penitenziario (con le significative eccezioni delle interessanti ricerche del collega Sarzotti⁶, sia più specificatamente come pratica del giudizio relativo all'esecuzione della pena.

È un peccato perché – dal punto di vista “socio giuridico” – questi due ambiti sono davvero molto interessanti: il primo, quello del diritto penitenziario, perché illumina il fatto che anche in un ambiente apparentemente saturo di normatività qual è il carcere (leggi, regolamenti di esecuzione, circolari), in realtà le decisioni vengono assunte in maniera piuttosto indipendente dalle previsioni normative. Come la sociologia carceraria insegna, sono altri i meccanismi che regolano il funzionamento di un carcere⁷: non è certo la circolare di turno, magari arrivata dall'Amministrazione centrale senza alcuno specifico adattamento alla realtà locale, non è certo la previsione contenuta nell'Ordinamento penitenziario: la normativa viene, al limite, utilizzata a posteriori per legittimare decisioni che in realtà sono assunte sul campo per - a seconda dei casi - ridurre i rischi, garantire la sicurezza, mantenere l'ordine, legittimarsi verso l'esterno (che sia chiaro, questo accade in ogni istituzione sociale, ma nel penitenziario l'ambivalenza è particolarmente evidente perché esso si presenta come il regno della legge e dell'ordine⁸.

Il secondo ambito, quello dell'esecuzione della pena di cui discutiamo, è interessante perché illumina, anche in questo caso, i limiti della legge: ovvero i limiti del riferimento normativo in quella che è stata definita l'attività di “resocontabilità”⁹ delle scelte operate dagli operatori del diritto positivo. Che cosa si intende per resocontabilità? Il concetto fa riferimento appunto a quella necessità di convincere, di persua-

4. E. Ehrlich - H. Felsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.

5. C. Perelman, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1958.

6. C. Sarzotti, *Codice paterno e codice materno nella cultura giuridica degli operatori penitenziari*, in A. R. Favretto - C. Sarzotti (a cura di), *Le carceri dell'AIDS. Indagine su tre realtà italiane*, L'Harmattan Italia, Torino, 1999, pp. 9-84. C. Sarzotti, *Carcere e cultura giuridica: l'ambivalenza dell'istituzione totale*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, VII, 1-2: pp. 77-126. C. Sarzotti, *Il campo giuridico del penitenziario: appunti per una ricostruzione*, in E. Santoro (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 181-238.

7. A. Sbraccia - F. Vianello (a cura di), *La ricerca qualitativa in carcere in Italia*, numero monografico di *Etnografia e ricerca qualitativa*, 2/2016.

8. F. Vianello, *Nella colonia penale. Un approccio sociologico al diritto nel penitenziario*, in M. Ghezzi - G. Mosconi - C. Pennisi - F. Prina - M. Reiteri (a cura di), *Processo penale, cultura giuridica e ricerca empirica*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, pp. 139-155.

9. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965; Sarzotti, 2010, *cit.*

dere della bontà del proprio giudizio, di aver utilizzato bene lo spazio di discrezionalità concesso, di “aver fatto la cosa giusta”. Le nostre ricerche ci dicono che quando il magistrato deve applicare la normativa ad un soggetto specifico, ad un contesto specifico, i riferimenti che utilizza in questo tentativo di “convincere” sono spesso riferimenti di senso comune, appartengono alla “ragione mondana”, sottendono discorsi dei profani, strizzano l'occhio a concetti e narrazioni del tutto estranei al diritto. In questo l'operatore giuridico è spinto dalla necessità di giustificazione che lo investe nel momento in cui deve tradurre la previsione normativa relativa all'azione posta in essere ed emettere un provvedimento concreto o – come nel nostro caso – nel momento in cui deve “premiare” concedendo l'accesso ai cosiddetti benefici penitenziari o magari rimettendo un individuo in libertà. In altre parole, l'operatore dovrà giustificare le ragioni che stanno alla base della sua decisione affinché essa venga riconosciuta come legittima. Come ha deciso che un determinato soggetto può avere accesso ad una misura alternativa? Perché ha negato, ad un altro che (come si dice in gergo) era “nei termini”, ovvero nella condizione formale di potervi accedere, questa possibilità? Esiste una norma, esistono dei soggetti in carne ed ossa, esistono delle situazioni sociali in cui evidentemente questi soggetti sono collocati.

Esiste lo spazio di discrezionalità – o di valutazione – del magistrato che è ciò di cui stiamo discutendo: lo spazio riconosciuto alla magistratura di sorveglianza, con specifico riferimento all'ambito della concessione delle misure alternative alla detenzione. Anche in questo caso ci confrontiamo con una carenza generale di ricerca empirica qualitativa sulle pratiche giudiziarie¹⁰: bisognerebbe recarsi nei tribunali, bisognerebbe assistere alle discussioni dei casi, bisognerebbe leggere ed analizzare i fascicoli enormi che descrivono casi e dibattimenti. Ma direi che nel caso della magistratura di sorveglianza, siamo di fronte ad una particolare marginalizzazione: questa specifica branca del giudiziario si è sempre trovata in posizione del tutto defilata rispetto ai riflettori che spesso invece hanno investito – almeno negli ultimi anni – il resto della categoria giurisdizionale¹¹.

Qualcosa però recentemente è cambiato, e non è un caso se l'attenzione si è concentrata maggiormente sui meccanismi decisionali che la riguardano. Sicura-

mente quest'attenzione è dovuta al *focus* istituzionale e mediatico che negli anni più recenti ha investito il carcere italiano. In un contesto di eccezionale sovrappioppamento degli Istituti penitenziari (quello che come è noto ha regalato all'Italia la condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo) i poco più di 200 magistrati di sorveglianza attivi nell'anno 2017 sul territorio italiano (per i dati cfr. B. Perego¹²) sono diventati gli attori centrali dei provvedimenti legislativi emergenziali pensati per contenere il fenomeno, attraverso il ricorso, in funzione deflattiva, alle misure alternative al carcere (affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà e, più in generale, le varie tipologie di esecuzione alternativa della condanna che negli ultimi anni sono andate affermandosi).

Processi decisionali in tema di misure alternative alla detenzione

Quello di cui intendiamo discutere sulla base delle ricerche che come sociologi del diritto stiamo conducendo sono le argomentazioni che il giudice della pena, ovvero il magistrato di sorveglianza, utilizza per legittimare le proprie decisioni in merito alla concessione o meno delle misure alternative ai condannati alla pena detentiva. Che metodo utilizziamo per questa analisi? Procediamo con un'analisi documentale delle ordinanze della magistratura di sorveglianza che giustificano la decisione di concedere o rifiutare l'accesso ai benefici e ci accorgiamo che queste ordinanze spesso restituiscono delle motivazioni (che poi vengono confermate dalle interviste rivolte a magistrati ed avvocati) che, ad un occhio esterno al diritto, risultano particolarmente problematiche. Perché?

A fini espositivi provo a proporre una lettura schematica del processo in questione: siamo di fronte a quel momento in cui ci si chiede se questa persona – che dal punto di vista normativo è “nei termini”, può avere accesso ai benefici – ma questa persona concreta, specifica, con questa particolare situazione, può effettivamente avere accesso alle misure alternative; perché va ricordato che non c'è un automatismo, è il magistrato che deve decidere se – come si dice con un linguaggio piuttosto moraleggiante – “se le merita”.

10. F. Quassoli, *Il sapere dei magistrati: un approccio etnografico allo studio delle pratiche giudiziarie* in A. Dal Lago - R. De Biasi, *Un certo sguardo. Introduzione all'etnografia sociale*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 196-217.

11. L. Scomparin, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/2012, pp. 1402-1424.

12. B. Perego, *Magistratura di sorveglianza, questa sconosciuta. I giudici della pena tra oblio e tutela dei diritti*, in Associazione Antigone, *Torna il carcere. XIII rapporto sulle condizioni di detenzione*, 2017, in www.antigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione.

Ebbene, le motivazioni addotte a giustificare la decisione appaiono, ad un occhio esterno, problematiche per due ordini di motivi, molto diversi tra loro, a cui si aggiunge un terzo elemento trasversale.

Il primo aspetto problematico riguarda il fatto che la prima tipologia di motivazioni presenti nelle ordinanze a giustificazione delle decisioni assunte in merito alla concessione o al diniego dei benefici appare riconducibile molto spesso ad una dimensione introspettiva, una dimensione molto difficile da indagare. Faccio riferimento a valutazioni che riguardano l'effettività del pentimento, la revisione critica del comportamento delinquenziale (o come si dice "della condotta antiggiuridica"), la volontà *reale* di adoperarsi a favore della vittima, il bisogno di cercare il perdono (sto parafrasando affermazioni che abbiamo rinvenuto nelle ordinanze che motivano le decisioni della sorveglianza)... tutti elementi che rimandano ad una dimensione psicologica profonda, che pretendono di indagare l'anima del condannato.

Il secondo aspetto problematico rinvia alla seconda tipologia di elementi di valutazione che tende a riguardare invece situazioni di mero fatto: la prospettiva di avere un lavoro una volta uscito, l'effettiva esistenza di un sostegno esterno, la disponibilità di un alloggio... elementi – questo mi sembra particolarmente interessante dal punto di vista della retorica che circonda la concessione della misura alternativa – che sono solitamente preesistenti al reato e indipendenti da esso, ma soprattutto del tutto indipendenti dalla presunta efficacia rieducativa della pena.

Riprendiamo questi due ordini di elementi di valutazione: da una parte introspettivi, psicologici; dall'altra parte meramente fattuali.

Il primo tipo di elementi di valutazione è problematico prima di tutto perché sembra avere particolari assonanze con il principio della redenzione, quindi richiama drammaticamente quell'idea di "carcere morale" di ispirazione cattolica e di rieducazione come "trasformazione dell'anima travolta" che la riforma del '75 aveva inteso chiaramente superare, insistendo e costruendosi invece attorno ad un'idea di rieducazione come reinserimento sociale. In secondo luogo è problematico per la concettualizzazione e la narrazione che utilizza: il perdono, il pentimento, la revisione critica... l'interrogativo che sorge spontaneo leggendo i contenuti delle ordinanze è: ma che competenze può avere il professionista del diritto per indagare questo tipo di motivazione? È possibile ribattere che il magistrato deve assumere la presenza di questi elementi

attraverso il ricorso alla competenza di altri operatori, quelli previsti per esempio dall'articolo 80, comma 4, della legge n. 354/1975: professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria, criminologia clinica...; quelli che partecipano alle sedute di osservazione e trattamento. Ma chi sono normalmente questi operatori? Sono lo psicologo che in un anno è riuscito a vedere il tal soggetto forse due volte, sono l'educatore – che oggi si chiama funzionario giuridico-pedagogico – che magari è laureato in scienze politiche, sono i volontari che più o meno estemporaneamente visitano il carcere, potrebbe essere il maestro di teatro o l'insegnante di turno, sono il poliziotto che dice se il tal detenuto si sta comportando in maniera adeguata (ma adeguata a cosa? Adeguata alle regole della disciplina, alle regole della cultura carceraria) (sul tema cfr. F. Vianello¹³). Insomma sono tutti operatori a cui vengono richiesti giudizi su elementi di natura molto introspettiva, profonda, senza avere, alternativamente, alcuna competenza in materia o alcuna possibilità di svolgere un'indagine accurata.

Il secondo tipo di motivazioni, invece, legate ad elementi puramente fattuali, è problematico perché si tratta della considerazione di elementi che sono molto spesso preesistenti al reato: l'estrazione sociale, la condizione sociale del soggetto, la composizione della sua famiglia, le risorse che ha a disposizione normalmente preesistono alla commissione del reato e sono del tutto indipendenti dal reato stesso, ma soprattutto sono indipendenti dall'esito di qualsivoglia trattamento rieducativo e risocializzante. Dove finisce in questo caso la pena rieducativa? Questo tipo di valutazioni chi finisce per premiare? La risposta è nota – e lo è da molto tempo¹⁴ – coloro che hanno a disposizione delle risorse significative e quindi, tendenzialmente: niente misure alternative agli indigenti, niente misure alternative agli immigrati, niente misure alternative a chi non ha o non può dimostrare quella risorsa personale che mette insieme tutti questi elementi (di mero fatto e in particolare di disponibilità socio-economica) e che si chiama in due parole "affidabilità sociale".

Due tipologie diverse di valutazioni quindi (introspettive e materiali) che sono per motivi diversi molto problematiche ma che finiscono per tradurre la discrezionalità normativa in ragionevolezza mondana. In fondo come si può rimproverare il magistrato che non concede la misura alternativa all'indigente, a chi non ha di che mantenersi, a chi non ha la prospettiva realistica di un lavoro all'esterno? Chi può condanna-

13. F. Vianello, *Norme, codici e condotte: la cultura del penitenziario. Gli attori sociali di fronte alla criticità dell'ambiente carcerario*, in *Sociologia del diritto*, 3/2018.

14. G. Mosconi - M. Pavarini, *Discrezionalità e sentencing penitenziario, la flessibilità della pena in fase esecutiva nell'attività dei tribunali di sorveglianza (1987-1990)* in *Dei delitti e delle pene*, 3/1993, pp. 149-189.

re il magistrato che non concede la misura alternativa alla madre senza fissa dimora? O al minore straniero non accompagnato, o a quello a cui è stata riconosciuta una (cosiddetta) “famiglia disfunzionale”?

Ma veniamo infine al terzo elemento di problematicità, più generale se vogliamo e per questo credo meritevole di una particolare attenzione.

A risultare davvero problematico, rispetto a questo tipo di motivazioni, è il loro rapporto con quella che dovrebbe essere la ragione stessa delle misure alternative, che senz'altro la legge interpreta, come noto, in un'ottica premiale, ma che sono normativamente previste anche come strumenti in se stessi pedagogici e trattamentali, utili a configurare *la prospettiva* di un reinserimento sociale compiuto e duraturo. Il fatto che si ritenga opportuno concedere la misura alternativa solo a chi consideriamo abbia praticamente già espiato la sua pena, a chi consideriamo sia già stato rieducato, è una distorsione del senso, della natura, della misura alternativa che invece la legge definisce a tutti gli effetti come *una pena* o la continuazione di una pena e – proprio in quanto tale – come uno strumento *in se stesso* rieducativo e risocializzante. È vero che si prevede una premialità insita nel percorso, ma questa premialità non può spingersi fino a far dimenticare quella che è l'essenza della misura stessa: uno strumento di per sé trattamentale che accompagna verso l'esterno qualcuno che *non* ha ancora concluso la sua pena, *né* raggiunto ancora una completa rieducazione, in un percorso di accompagnamento verso la libertà che non può richiedere un percorso di rieducazione già compiuto, ma solo una progressione nella consapevolezza e nella responsabilizzazione. Potremmo spingerci fino a dire che se quel percorso fosse già compiuto la pena (detentiva o alternativa che sia) non avrebbe più ragione d'essere.

Mi permetto di concludere affermando che lo stesso livello di attenzione dovremmo riservarlo all'utilizzo di costrutti quali la “revisione critica delle condotte antiggiuridiche” o “l'adoperarsi a favore della vittima di reato”, che sempre di più si presentano e sembra-

no avere peso nelle decisioni giudiziali che motivano l'accesso o il diniego alla misura alternativa. Sono concetti che affascinano, che tendono a sedurre, ma bisogna prestare molta attenzione. A fronte dell'impraticabilità di un reale trattamento penitenziario, questo tipo di costrutti, veicoli di una grande retorica introspettiva, vengono in realtà poi appiattiti sulla considerazione dell'esternazione di comportamenti concreti, quali l'avvicinare la vittima, l'offrire un risarcimento, lo scrivere una lettera... Essi rischiano così di fungere da copertura rispetto alla sostanziale inesistenza del trattamento penitenziario (per mancanza di risorse umane e materiali, per le condizioni del sovraffollamento carcerario, per l'estemporaneità del sostegno psicologico e delle attività messe a disposizione dei detenuti... per quella che è la situazione generalizzata del nostro carcere).

Ma soprattutto, anche in questo caso, invece di presentarsi come elementi di una valutazione *in progress* importata dai documenti di sintesi degli operatori o come evoluzioni da perseguire nell'accompagnamento verso e durante l'esecuzione penale esterna, questi costrutti tendono a presentarsi come elementi di cui il detenuto deve dare prova al magistrato di sorveglianza per poter *sperare* di accedere all'esecuzione penale esterna. Essi si trasformano così da strumenti pedagogici e trattamentali in requisiti – peraltro spesso non normativamente previsti – per l'accesso alle misure alternative alla detenzione.

Nel contesto di un sostanziale vuoto trattamentale, e nello svuotamento del significato della misura alternativa come mero “premio” invece che come risorsa trattamentale, la decisione del giudice circa l'accesso di un soggetto all'esecuzione penale esterna non può che basarsi su considerazioni altre, del tutto indipendenti dal percorso trattamentale intramurario che dovrebbe esserci ma non c'è, quali la tipologia del reato, l'ampiezza del beneficio richiesto, l'estrazione sociale del condannato e il contesto in cui è maturato il reato o in cui il soggetto deve rientrare. Ed è questo – al di là di ogni retorica – quello che effettivamente spesso sembra accadere.