

LA DELEGA PER LA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO di Marcello Bortolato (Magistrato di Sorveglianza)

La prima domanda è: c'è bisogno di riformare l'o.p. dopo quarant'anni dalla sua nascita?

La seconda domanda è: è pensabile la riforma del nostro sistema penitenziario al di fuori di una più vasta prospettiva riformatrice che, in primo luogo, riguardi il catalogo dei reati e quello delle pene?

Perché il problema è sempre quello: è il carcere che continua ad occupare il centro della scena.

Vedete, c'è un difetto genetico nell'ordinamento del 1975: la frattura fra codice penale e fase esecutiva.

Il legislatore del 1975 non aveva come obiettivo una modifica del sistema sanzionatorio quanto piuttosto la riforma del regime detentivo e il suo adeguamento alla finalità rieducativa della pena introdotto dalla Costituzione, tanto che le misure alternative, il frutto più prezioso di quella irripetibile stagione riformatrice, hanno di fatto svolto una funzione ancillare rispetto alla pena detentiva; si adopera ancora oggi il termine benefico riferendosi alle misure alternative quasi che non esistesse la possibilità di accedervi direttamente senza transitare dal carcere, come è dal 1998 grazie alla legge 27 maggio 1998 n. 165, c.d. 'legge Simeone'. Oggi le misure concesse ai 'liberi sospesi' ex art. 656 c.p.p. rappresentano invece più del 60 % circa del totale delle misure concesse. Tuttavia negli ultimi 2 anni, nonostante i decreti cc.dd 'svuotacarceri' le misure alternative sono cresciute solo di circa 4000 numeri (2000 l'affidamento e 2000 circa la detenzione domiciliare compresa però la l. 199/10)

I successivi interventi riformatori di questi 40 anni hanno avuto due sostanziali finalità: 1) da un lato la progressiva fuga dal carcere (legge Gozzini), a riprova di un' ovvietà: il carcere è il carcere e, per sfuggire alla sua logica, occorre il non-carcere (i permessi premio, l'ampliamento della liberazione anticipata); dall'altro lato 2) la deflazione : cioè allentare la tensione carceraria attraverso la riduzione del numero dei detenuti, prescindendo dalle finalità trattamentali (legge Simeone, l. 199/10, ultimi decreti del 2013 e 2014). Proviamo dunque a dare una risposta al primo quesito: sì, è necessario un intervento riformatore dell'ordinamento penitenziario per restituirgli una piena valenza rieducativa e dunque favorire la concessione delle misure alternative ma, nel contempo (rispondendo alla seconda domanda) solo dando razionalità al sistema, oggi ruotante intorno alla pena detentiva, costruendo cioè un sistema di pene alternative al carcere (ad esempio, con funzione di riparazione sociale nell'ottica della giustizia c.d. *riparativa*, futuro ormai prossimo del diritto penale) e prevedendo un ampio catalogo di pene interdittive.

Fatta questa premessa, veniamo dunque al progetto di legge presentato dal Governo (Disegno di legge n. 2798)

Vediamone in primo luogo gli aspetti positivi:

1)-finalmente un approccio costruttivo con l'abbandono di logiche meramente deflative e/o risarcitorie (troppe leggi negli ultimi anni che tentano di riparare ai danni del sistema giudiziario anziché provare a prevenirlo: legge Pinto, responsabilità civile dei magistrati, rimedio compensativo ex art. 35 ter o.p.);

2)-abbandono della mera logica della 'fuga dal carcere' (che ha ispirato i recenti interventi, eccezionali e necessariamente temporanei, in materia di liberazione anticipata 'speciale')

3)-ulteriore umanizzazione della pena (v. tema dell'affettività affrontato per la prima volta in una norma dello Stato)

4)-tentativi di semplificazione delle procedure e uso tecnologia (audiovisivi) cui tuttavia dovrebbe accompagnarsi un riordino delle competenze e dell'assetto della magistratura di sorveglianza oggi gravata da incombenze straordinarie a fronte di un organico ridottissimo, incombenze che stanno letteralmente soffocando gli uffici: basti pensare che a occuparsi di carcere e di esecuzione penale nel sistema giudiziario italiano vi sono poco più di 150 magistrati di sorveglianza, un numero infinitamente inferiore a quello che sarebbe necessario solo considerando il numero di sentenze penali emesse nel nostro Paese (1.434.189 gli affari penali definiti in I istanza nel 2012 per 'gravi reati' come da dati CEPEJ). Per questo proporrei il seguente ulteriore criterio da aggiungere all'art. 26 della legge delega: "c)-bis eliminazione delle competenze funzionali del magistrato di sorveglianza dopo la pronuncia della sentenza di primo grado fatta eccezione per i poteri di intervento in materia di tutela giurisdizionale dei diritti degli imputati."

Veniamo ora agli aspetti negativi:

1)-prima di tutto (caratteristica notata da tutti): la genericità dei criteri (v. parere ANM in Commissione Giustizia Camera 17.02.15). A questa genericità si cerca qui di rispondere proprio con i 'materiali per una

riforma' che il prof. Giostra ci ha richiesto, provando a riformulare i criteri per eventuali emendamenti in sede parlamentare.

2)-il limite intrinseco di ogni via normativa: senza sottovalutare l'importanza delle riforme legislative non va trascurato l'errore, di stampo illuministico, di credere che una legge possa, per virtù propria, trasformare realtà sociali e istituzionali e incidere sul destino di uomini. Il carcere infatti può cambiare solo nel senso delle linee generali di tendenza prevalenti nella società (purtroppo oggi ancora sfavorevoli al recupero del reo);

3)-non vi è alcun raccordo con i progetti di riforma del sistema sanzionatorio (recupero legge-delega 28 aprile 2014 n. 67 decaduta, commiss. Palazzo) e del processo penale;

4)-infine il limite insuperabile delle riforme a costo zero (vi sarebbero risorse solo per il lavoro in carcere). Bisogna infatti essere consapevoli che nessuna pena alternativa, nessuna forma di giustizia riparativa, nessun nuovo istituto di *probation*, per timido o coraggioso che possa essere, potrà dare buona prova se si sarà risolto nell'abbandono del soggetto a se stesso: senza risorse agli attori della rieducazione possono fin d'ora prevedersi crisi di rigetto in presenza di cattivo funzionamento di istituti giuridici nuovi (si pensi oggi all'istituto della 'messa alla prova' ben lontano dall'essere a regime dovendo scontare gravissime carenze da parte degli UEPE), anticamera di controriforme e di carceri destinate ben presto a riempirsi di nuovo. Vi è dunque la necessità, per produrre gli effetti sperati, di interventi radicali sull'intero settore dell'esecuzione della pena e della rieducazione in particolare approfondendo le necessarie risorse e valorizzando tutti gli attori: magistratura, *equipes* trattamentali, DAP, avvocatura e volontariato;

5)-quanto ai riflessi della riforma sugli aspetti essenziali della giurisdizione rieducativa affidata alla magistratura di sorveglianza esprimo forti dubbi sulla semplificazione generalizzata della procedura con contraddittorio "differito ed eventuale" : il procedimento giurisdizionale con contraddittorio pieno, nella forma collegiale e con l'ausilio dei giudici 'esperti', non è un intralcio alla celerità o efficienza delle decisioni, essendo già previsto comunque nella legislazione vigente un potere di intervento d'urgenza del Magistrato di sorveglianza nella concessione delle misure alternative (artt. 47 co. 4 e 47 ter co. 1 quater o.p.) mentre esso costituisce il modello pregnante della giurisdizione rieducativa in quanto costitutivamente discorsiva, dialettica e multidisciplinare, garanzia fondamentale della qualità dei giudizi prognostici. Un giudice delle misure alternative, vero e proprio fulcro della giurisdizione 'rieducativa', senza processo e senza parti, rischia tra l'altro di indurre oltre ad un incontrollato aumento della discrezionalità anche una giurisprudenza 'difensiva' con l'effetto di ottenere, anziché un incremento delle concessioni delle misure alternative - risultato che invece si intende favorire proprio con la delega - una loro riduzione. Particolarmente grave risulterebbe infine il prevedere una procedura semplificata nella materia di competenza del Magistrato di sorveglianza in tema di misure di sicurezza (art. 679 c.p.p.) e riesame della pericolosità (208 c.p.).

Venendo al dettaglio delle principali direttrici della riforma ed alle proposte emendative (e qui parlo a titolo personale):

1) ampliamento e razionalizzazione dell'ambito di operatività, soggettivo ed oggettivo, dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione, ispirati al principio di "progressività trattamentale". L'attuazione delle delega dovrebbe rispondere all'esigenza di una completa revisione del sistema del 'doppio binario' introdotto con il d.l. 306/92, con riferimento particolare all'art. 4 bis o.p., nell'ottica di una riaffermazione del principio di individualizzazione del trattamento la cui piena applicazione deve rimanere affidata, nel merito, alla magistratura di sorveglianza. Pur senza l'abolizione del tutto dell'art. 4 bis o.p. (nodo centrale di tutto il sistema delle preclusioni) la delega dovrebbe comportarne una rivisitazione secondo linee razionali che ne recuperino la coerenza e la compatibilità con il diritto penitenziario della rieducazione, ispirate a criteri di ragionevolezza ed uguaglianza (che ad esempio escluda dal catalogo dei reati alcune ipotesi, via via introdotte nel corso degli anni, che non hanno più alcuna ragione d'esservi). L'eliminazione di automatismi e preclusioni impone altresì una sostanziale abrogazione dell'art. 58 quater o.p. (divieto di concessione di benefici in caso di revoca di benefici precedentemente concessi o di commissione di alcuni reati), così come la definitiva abolizione della preclusione alla detenzione domiciliare per i condannati per i reati di cui all'art. 4 bis o.p. (art. 47 ter co. 1 bis o.p.), che già possono usufruire del ben più ampio beneficio dell'affidamento in prova. In materia di ergastolo la delega dovrebbe essere esercitata con l'eliminazione delle ipotesi di c.d. ergastolo "ostativo", anche attraverso l'affrancamento della liberazione condizionale dalle preclusioni penitenziarie nonché l'espunzione (anche per i condannati a pene temporanee) dall'ordinamento penitenziario della 'collaborazione' quale requisito per l'accesso ai benefici (art. 58 ter

o.p.) imponendo viceversa quale unica condizione di ammissibilità, oltre al fattore temporale, la prova positiva della dissociazione.

2) intensificazione degli istituti di giustizia riparativa sia in fase di cognizione (sulla linea della messa alla prova) sia in fase esecutiva. Va ricordato che la pena quasi mai ha capacità riparative nei confronti della vittima: la vittima dal fatto che il suo aggressore debba subire una pena non riceve nulla, non aiuta a superare il trauma subito dall'aggressione, la sua partecipazione si risolve soltanto nell'assistere all'elargizione del male per compensare il male. I paradigmi vendicativi 'soffocano i bisogni reali di giustizia delle vittime liquidandoli ancora una volta nel magico tutto-fare delle pene' (Mazzuccato). Un diverso concetto di responsabilità poggiante sulla riconciliazione (da non confondere né col perdono collocato nella sfera spirituale né col generico buonismo) andrebbe situato nell'ambito della c.d. "giustizia riparativa" che trova le sue fonti in ambito internazionale - v. la Raccomandazione n. 99/19 del Consiglio d'Europa sulla mediazione penale e la Decisione quadro 2001/220 GAI - (e in Italia era confinata normativamente solo nel settore minorile e in quello del Giudice di pace e oggi nella messa alla prova) e che consiste in una giustizia che debba riparare i danni arrecati con la partecipazione al processo riparativo di tutte le parti interessate, direttamente coinvolte nella risposta al crimine. Il modello riparativo, ove consegua il risultato positivo consistente per il reo nel cominciare ad elaborare il disvalore della sua azione senza essere sopraffatto dai sensi di colpa e, per la vittima, nel ricevere un atto di riparazione simbolica o materiale, consentirebbe al giudice, al quale viene trasmesso l'esito della mediazione, di applicare il perdono giudiziale, l'irrelevanza del fatto o infine ricorrere alla messa alla prova, soluzioni che consentono di non subire le conseguenze retributive della trasgressione.

3) il tema del lavoro in carcere come diritto/dovere e mai come obbligo/afflizione (contraddizione con altri progetti governativi). E' fin troppo ovvio affermare che la valenza rieducativa dello strumento del lavoro in carcere esige in primo luogo che esso non abbia carattere afflittivo e che sia remunerato (art. 20 co 2° ord. penit.). E questo basta per respingere in radice l'idea che si possano reintrodurre nell'ordinamento ipotesi più o meno mascherate di "lavoro forzato" Il lavoro gratuito e terapeutico in carcere non è altro in definitiva che un modo politicamente corretto di qualificare il lavoro forzato che aggiunge alla privazione della libertà una maggiore afflizione.

4) il tema dell'affettività in carcere (problema dei colloqui 'intimi'). In una prospettiva di valorizzazione degli istituti finalizzati ad incentivare i contatti con l'ambiente esterno e di agevolare il reinserimento sociale attraverso la valorizzazione dei legami personali e, nel contempo, attenuare la solitudine che accompagna i detenuti durante il periodo di espiazione della pena nonché prevedendo nuovi istituti volti a realizzare i diritti primari dei detenuti e degli internati, il criterio dovrebbe consentire in primo luogo l'introduzione di una maggiore flessibilità degli orari di accesso al carcere dei familiari, anche utilizzando i giorni festivi e le domeniche per i colloqui con i bambini, e il prolungamento della durata dei colloqui telefonici (oggi effettivamente troppo ridotta) nei casi in cui la particolare lontananza dei familiari non consenta l'effettuazione di regolari colloqui visivi; secondariamente, attraverso un adeguamento delle strutture penitenziarie si dovrebbero rimuovere quegli ostacoli, di natura logistica e regolamentare, che si frappongono ad una più completa fruizione della genitorialità e del diritto all'affettività (anche attraverso la realizzazione, all'interno degli edifici penitenziari, di locali idonei, o di apposite aree, ove i detenuti e gli internati possano intrattenere rapporti affettivi 'intimi' con i propri cari senza controllo visivo); in tal modo oltre ad umanizzare la pena si supera l'artificialità di un trattamento che, in istituto, si svolge su uno schema di vita innaturale in cui manca il tratto unificante tra l'uomo e l'ambiente sociale che lo circonda; molti Paesi riconoscono da tempo al detenuto il diritto all'affettività e la possibilità dei colloqui 'intimi'.

5) art. 26 lett. f): previsione di un più ampio ricorso al volontariato sia all'interno del carcere, sia in collaborazione gli Uffici di esecuzione penale esterna. Qui ci si è dimenticati della magistratura di sorveglianza: sulla scorta di quanto già previsto dall'art. 1 co.2 del d.l. 92/14, si reputa in particolare opportuno favorire la stipula di intese tra Tribunale di Sorveglianza, Università, associazioni ed enti locali per la corresponsione di borse di studio a giovani laureati per lavorare negli uffici di sorveglianza adottando gli opportuni accorgimenti necessari alla tutela dei dati personali e l'estensione dell'ufficio del giudice anche alla magistratura di sorveglianza.

Non si può opporre a tutto questo la mancanza di risorse: in primo luogo si dimentica che nel 2010 venne addirittura dichiarato lo stato di emergenza nazionale per la questione del sovraffollamento e si trovarono subito le risorse per il 'Piano carceri' (sostanzialmente fallito); secondariamente ricordo che ad un piano straordinario per l'esecuzione penale non si possono opporre motivi economici stante l'art. 3 della

Raccomandazione R2006 sulle regole penitenziarie europee, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006.

E qui aggiungo che una vera riforma dell'ordinamento penitenziario impone l'abbandono definitivo dell'approccio esclusivamente *edilizio* in materia carceraria: abbattere la recidiva agendo sulla rieducazione ha costi infinitamente meno elevati che costruire nuove carceri, peraltro in tempi lunghissimi. Né può essere l'aumento della capienza disponibile l'obiettivo di vecchi o nuovi piani carceri, ma il sollecito recupero della capienza già disponibile, troppo spesso ostacolato da interminabili ristrutturazioni e, soprattutto, nuovi modelli di ambienti detentivi nei quali sia possibile trascorrere la gran parte del tempo fuori delle camere di detenzione, svolgendo attività di formazione, studio e lavoro.

Non dobbiamo dimenticare che al di là delle giuste riforme normative le condizioni materiali di vita dei detenuti dipendono in primo luogo dalle scelte dell'Amministrazione penitenziaria che esigono un netto cambio di passo almeno nei seguenti settori: lavoro, studio, affettività e ristrutturazioni locali.

Ancora una volta siamo costretti a svolgere il nostro sguardo all'esterno: andiamo in Norvegia un paese in cui un detenuto (carcere modello di Halden) costa 232 euro al giorno perché quello Stato considera che cattive condizioni di vita dei detenuti sono la peggiore preparazione possibile alla riuscita del loro reinserimento nella società. Certo la Norvegia ha uno dei redditi *pro capite* tra i più alti del mondo e dunque può permettersi di garantire un welfare esteso ai suoi cittadini e di investire molto denaro nel suo sistema carcerario con effetti di risparmio enormi (si pensi che gli Stati Uniti hanno percentualmente – rapporto detenuti/popolazione – più di dieci volte dei ristretti in Norvegia e spendono molto meno, 78 euro al giorno per ciascuno di essi, con tassi elevatissimi di recidiva); ma se gli Stati Uniti d'America avessero un numero di carcerati proporzionalmente simile a quello norvegese (75 ogni 100.000 abitanti, contro i circa 700 degli USA), il governo americano potrebbe spendere per ciascun detenuto la stessa cifra della Norvegia e in più risparmierebbe 41,3 miliardi di euro ogni anno. Fino al 1998 le prigioni norvegesi peraltro funzionavano in maniera simile a quelle degli altri paesi democratici ma in quell'anno il Ministero della Giustizia riformò i metodi e gli obiettivi del sistema penitenziario nazionale, dando esplicita priorità alla riabilitazione dei prigionieri attraverso l'educazione, la formazione lavorativa e la terapia. Nel 2007 le riforme si concentrarono sulla reintegrazione, con particolare attenzione verso l'assistenza ai detenuti nella ricerca di una casa e di un lavoro stabile ancora prima della scarcerazione. Halden fu la prima prigione costruita dopo questa serie di riforme e la riabilitazione divenne il fondamento della sua progettazione. Ma la calma che regna nella vita di Halden non dipende dalla natura tranquilla dei norvegesi o dalla loro omogeneità come gruppo etnico: solo tre quinti dei detenuti del carcere, infatti, sono cittadini norvegesi, gli altri provengono da 30 nazioni (prevalentemente Europa dell'est, Africa e Medio Oriente) e parlano norvegese poco o per niente. Dei 251 detenuti di Halden, circa la metà sono stati imprigionati per crimini violenti come omicidio, aggressione o stupro, mentre un terzo è dentro per traffico o spaccio di droghe; nonostante ciò, incidenti violenti o minacce sono piuttosto rari e avvengono quasi tutti nella zona più restrittiva del carcere che ospita i detenuti che hanno bisogno di un'assistenza medica o psichiatrica stretta, oppure quelli che hanno commesso crimini che li metterebbero in pericolo nei contatti con gli altri (i nostri 'protetti').

Dunque le buone, soprattutto se radicali, riforme si accompagnano sempre ad un mutamento culturale: ma il tema della riforma è solo lo strumento di raccordo tra la teoria della pena detentiva e la pratica dell'istituzione carceraria: mentre tutto cambia, il carcere infatti è ancora il «capro espiatorio dei mali della società» (Zagrebelsky). Attenzione anche a non sottovalutare la prevalenza nella nostra cultura del tema retribuzionistico del libero arbitrio del reo: se la causa della delinquenza è esclusivamente nella libera volontà del delinquente, l'applicazione dello strumento repressivo non può che esprimere la responsabilità del colpevole verso la comunità; viceversa la dimensione assistenziale degli istituti del *probation* esprime l'idea che il reo debba essere sorretto nel reinserimento fornendogli quegli strumenti culturali e quell'aiuto materiale il cui difetto sono nel caso specifico riconosciuti alla base del comportamento delittuoso.

Anche noi abbiamo dunque le nostre colpe, la nostra società è in difetto e i moniti della Cedu sono lì a ricordarcelo, *felix culpa* si potrebbe dire se l'effetto è però quello di produrre buone riforme: troppo spesso, e noi magistrati per primi, rimproveriamo ai condannati l'incapacità di affrontare il tema della colpevolezza personale ma altrettanto spesso dimentichiamo che questo può derivare proprio da “una società incapace di vedere le proprie mancanze” (E. Wiesnet, 1987, p.168).

Relazione di Marcello Bortolato al convegno di Roma del 7.5.2015