

**3
2003**

***rassegna
penitenziaria
e criminologica***

Fondata da GIUSEPPE ALTAVISTA

DIRETTORE RESPONSABILE

GIOVANNI TINEBRA – *Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria*

VICE DIRETTORE

EMILIO DI SOMMA – *Vice Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria*

PRESIDENTE COMITATO SCIENTIFICO

GIOVANNI CONSO

COMITATO SCIENTIFICO

SALVATORE ALEO – AUGUSTO BALLONI – RENATO BREDI – LUIGI CANCRINI
– ADOLFO CERETTI – FRANCESCO DE FAZIO – GAETANO DE LEO – FRANCO
DELLA CASA – GIUSEPPE DI GENNARO – EMILIO DOLCINI – LUCIANO
EUSEBI – PAOLO GIORDANO – VITTORIO GREVI – GIUSEPPE LA GRECA
– FRANCESCO MAISTO – ALESSANDRO MARGARA – TULLIO PADOVANI –
MASSIMO PAVARINI – EMILIO SANTORO – ERNESTO SAVONA

REDATTORE CAPO

GIOVANNI TAMBURINO – *Direttore dell'Ufficio Studi, Ricerche,
Legislazione e Rapporti internazionali del Dipartimento
dell'Amministrazione Penitenziaria.*

COMITATO DI REDAZIONE

ASSUNTA BORZACCHIELLO – PAOLO CANEVELLI – LAURA CESARIS – SALVATORE
CIRIGNOTTA – FRANCESCO SAVERIO FORTUNA – MARIA GRAZIA GRAZIOSO
– PAOLO IORIO – MARCELLO MARINARI – LUIGIA MARIOTTI CULLA – GEMMA
MAROTTA – RITA MONTANARI – ANTONIO PARENTE – PATRIZIA PATRIZI
– MASSIMO REALI – GIOVANNI ROSSI – FRANCO SALVI – ERMENEGILDA
SCARDACCIONE – RICCARDO TURRINI VITA

SEGRETERIA DI REDAZIONE

ASSUNTA BORZACCHIELLO – LUCIA MARZO

PREZZI DI VENDITA 2003

	ITALIA	ESTERO
- un fascicolo:	€ 15,00	€ 26,00
- abbonamento	€ 39,00	€ 57,00

Prezzi doppi, tripli per tutti quei volumi che sostituiscono altrettanti numeri della prevista periodicità annuale.

Le annate ed i fascicoli arretrati vengono ceduti al prezzo dell'anno di edizione in corso.

L'importo dell'abbonamento va versato sul c.c. postale n° 387001 intestato all'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

Per gli abbonamenti richiesti dai Paesi esteri, l'ammontare va versato – per coloro che non possono servirsi del conto corrente postale – a mezzo ASSEGNO BANCARIO oppure tramite VAGLIA POSTALE INTERNAZIONALE intestati, in ambedue i casi, all'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

Gli abbonamenti non disdetti entro il 30 novembre si intendono rinnovati per l'anno successivo.

Per abbonamenti e acquisti rivolgersi a: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. - Funzione Editoria - P.zza Verdi, 10 - 00198 Roma - Tel. 06 85082207 - 06 85084124 - Fax 06 85084117 - E-mail: venditeperiodici@ipzs.it

La direzione e la redazione della *Rassegna penitenziaria e criminologica* hanno sede presso il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria – Ministero della Giustizia – Largo Luigi Daga, 2 – Roma – Tel. +39 06 6659 1714 – Fax +39 06 6615 3599 e-mail: rassegna.dap@libero.it.

AVVERTENZE PER GLI AUTORI

La *Rassegna penitenziaria e criminologica* è pubblicata quadrimestralmente.

La collaborazione è aperta agli studiosi ed esperti di ogni indirizzo e di ogni Paese. Sulla pubblicazione di scritti e contributi originali (forniti su floppy disk formato Word e in copia cartacea conforme) che, anche se non pubblicati, non sono restituiti, decide il Comitato di redazione. I contributi dovranno contenere nell'ordine: titolo; nome (per esteso) e cognome degli Autori; Ente di appartenenza; riassunto in italiano, inglese e francese; testo; bibliografia; note.

Agli Autori degli articoli saranno inviati gratuitamente 25 estratti dei loro scritti. Un numero di estratti superiore dovrà essere chiesto all'atto del licenziamento delle bozze e sarà fornito, per la parte eccedente i 25, a prezzo di costo.

I libri inviati per recensione o segnalazione dovranno pervenire in doppio esemplare al Comitato di redazione e non verranno restituiti.

N.B. – Per la compilazione degli articoli, delle note e dei riassunti si consiglia di attenersi alle seguenti norme:

a) I riferimenti bibliografici nel testo, tra parentesi, conterranno soltanto il cognome degli Autori in maiuscoletto e l'anno di pubblicazione, seguirà l'eventuale riferimento alla pagina del preceduto dal segno di due punti (:) Es. (DI PAOLO-FIUME, 1989: 115). Si useranno le indicazioni a, b, c, etc., per opere dello stesso Autore con lo stesso anno di pubblicazione, Es. (LAMBERTI 1988a; LAMBERTI 1988b). Qualora gli Autori siano più di due, la prima volta si citeranno tutti; nelle citazioni successive si può usare l'abbreviazione *et al.* Si eviterà la dizione AA.VV.

b) Nella bibliografia finale si seguirà l'ordine alfabetico degli Autori, citando cognomi e iniziali dei nomi in maiuscoletto; le diverse opere di uno stesso autore saranno in ordine cronologico, con l'indicazione a, b, c, etc. già usata nel testo, per opere pubblicate nello stesso anno.

I titoli di articoli e saggi citati, di libri e testate di riviste saranno in corsivo. L'indicazione delle riviste comprenderà il volume o annata in numeri romani e il fascicolo in numeri arabi. I quotidiani si citeranno con riferimento alla data.

Esempi:

DI PAOLO M.C. – FIUME S. (1989), *Il tatuaggio*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, XI, 1-3, pp. 115-139);

SALES I. (1983), *Relazione introduttiva*, in *Che cos'è la camorra*, Ed. Sintesi, Salerno;

(1998), *La camorra, le camorre*, Editori Riuniti, Roma;

LAMBERTI A. (1988a), *Il modello mafia*, in *Il Manifesto*, 1/4/1988;

(1988b), *L'economia criminale*, in TAMBURINO L. – VILLARI M.

(a cura di), *Questioni del mezzogiorno*, Editori Riuniti, Roma;

c) le parole in lingua straniera saranno in corsivo; per le citazioni letterali da altri Autori si userà il segno « » (caporali); per termini usati in accezione metaforica o in particolare evidenza si userà il segno " " (doppi apici);

d) i riferimenti bibliografici saranno riuniti alla fine dell'articolo o saggio, eventuali note esplicative e/o discorsive potranno essere poste a piè di pagina.

SOMMARIO

DOTTRINA E RICERCHE

S. ALEO - <i>Crisi del sistema penale e riforma dello Stato</i>	Pag.	1
M.G. MAFFEI - <i>Lo sciopero della fame della persona detenuta</i>	»	15

DIBATTITI

C. MARCHETTI - A. MORANDINI - <i>La crisi d'identità del collaboratore di giustizia</i>	»	45
P. CIARDIELLO - <i>Verso un diverso approccio al trattamento delle persone in esecuzione penale. Il ruolo del Provveditorato Regionale</i>	»	61
I. GIANNINI - <i>Il dibattito sulla ammissibilità della perizia e della consulenza criminologica nel processo penale</i>	»	87

GIURISPRUDENZA

R. TUCCI - <i>Riflessioni sulla natura dell'affidamento in prova ai servizi sociali a seguito di una recente sentenza delle sezioni unite</i>	»	101
---	---	-----

NOTIZIARIO INTERNAZIONALE

C. MINNELLA - <i>Il prezioso contributo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di diritti del detenuto e tutela giurisdizionale</i>	»	137
--	---	-----

DOCUMENTAZIONE

- S. ARDITA - B. BRUNETTI - G. STARNINI - S. BABUDIERI - *Incompatibilità con lo stato di detenzione dei pazienti con infezione da HIV* Pag. 165
- M. P. GIUFFRIDA - *Gli assistenti sociali e l'Amministrazione penitenziaria* » 171

CRISI DEL SISTEMA PENALE E RIFORMA DELLO STATO⁽¹⁾

SALVATORE ALEO *

Il riferimento alla crisi del sistema penale, ricorrente nel nostro linguaggio di questo periodo, ha bisogno di due precisazioni. La prima è che la crisi riguarda nel complesso il sistema dell'amministrazione della giustizia. La seconda precisazione è che crisi non vuol dire che la giustizia prima c'era e adesso no, prima c'era di più e adesso di meno: anzi, si può ben dire che prima in galera ci andavano per lo più solo i poveracci e adesso ci può andare più facilmente chiunque. Crisi della giustizia, e quindi del sistema penale, è la crisi del modello istituzionale e culturale – e direi anche logico e intellettuale – dell'amministrazione della giustizia, nel senso che esso appare inadeguato e distonico rispetto alle condizioni della cultura, della politica e della società in generale. Se così non fosse, cioè se il problema non fosse di tipo radicale, lo stesso potrebbe essere affrontato con la destinazione di maggiori risorse, in sede amministrativa; e tutti sappiamo che tale rimedio, comunque opportuno, non costituirebbe una soluzione.

Mi prefiggo, perciò, il compito di definire, in tali termini, e in modo necessariamente sintetico, un terreno possibile di discussione e di confronto sul tema della giustizia penale, a partire dalla crisi attuale.

La rappresentazione del modello istituzionale e culturale dell'amministrazione della giustizia presuppone, malgrado tutto, lo schema di Montesquieu: il parlamento fa le leggi; il governo esegue le leggi; i giudici applicano le leggi, e sono «null'altro che la bocca che pronuncia le parole della legge, enti senz'anima». La Codificazione è stata realizzata con lo stesso spirito con cui si costruivano le cattedrali, per la cui edificazione lavoravano diverse generazioni di mastri costruttori e di ope-

* Professore straordinario di diritto penale - Università di Catania.

⁽¹⁾ Mi permetto di riprodurre il titolo di un convegno organizzato a Modica nei giorni 22-23 marzo 2003 dall'Ordine Forense e dalla Camera Penale, introducendo i lavori del quale ho posto i problemi che affronto in questa sede.

rai: queste opere erano protese verso la divinità, e la perfezione, ed erano destinate a durare per sempre. La perfezione non è di questo mondo, ma gli uomini devono tendervi: l'idea della perfettibilità delle cose umane. Newton rappresentava l'universo caratterizzato da un ordine che la scienza ha il compito di scoprire. Carrara sosteneva che il giure penale dovesse uniformarsi ai principi assoluti e universali della ragione, espressione in ultima analisi della volontà divina, e dovesse tendere a una dimensione «matematica», dopo le fasi ch'egli definiva «teologica» e «metafisica». Questa concezione, essenziale nella codificazione, può essere considerata il risultato dell'incontro fra la cultura razionalistica, soprattutto seicentesca e soprattutto tedesca, l'illuminismo e la cultura cattolica. La cultura cattolica è caratterizzata dal concetto del limite, che separa il peccato dalla virtù. La concezione tradizionale sia del delitto che della garanzia è caratterizzata dal concetto del limite, predefinito dalla legge: il delitto, dal limite che non deve essere superato dal cittadino; la garanzia, dal limite che non deve essere superato dall'operatore, il poliziotto e il giudice. Oggi questa concezione appare complessivamente in difficoltà.

Le ragioni della crisi delle forme di legge e di codice, e della destrutturazione del modello istituzionale e culturale dello stato di diritto, mi sembrano ragioni nobili. La prima parola-chiave è la *democrazia*.

La società della codificazione era caratterizzata da divisioni nette, e stabili, fra governanti e governati, da ceti dirigenti di dimensioni ristrette e fortemente omogenei, dal punto di vista culturale e delle abitudini. I codici ottocenteschi sono scritti dal punto di vista dei detentori del potere politico e dei proprietari di beni. La nostra società è caratterizzata da una pluralità di centri di rappresentazione politica di interessi e di interessi rappresentati, diversi e anche contraddittori. In queste condizioni, fare la legge è più difficile, il risultato è frutto di un compromesso ed è destinato a durare finché non cambiano gli equilibri fra le forze.

Più in generale, tendiamo ad analizzare i problemi nella loro dimensione sociale generale e storicamente contingente. Le leggi tendono a coinvolgere tutti i profili e gli interessi secondo cui può essere definito un problema sociale. Le nozioni sia di organizzazione che di emergenza sono categorie generali della nostra conoscenza, dell'analisi della complessità e dei flussi, e la decodificazione riguarda tutti i settori del diritto: come proliferazione legislativa fuori dalla forma del codice, quindi perdita

di unitarietà e coerenza dei codici, e crisi del diritto a soggetto unico (per la diversità appunto dei soggetti portatori degli interessi fatti valere e rappresentati). Nell'analisi di Kant la società era un insieme di individui, i cui rapporti erano regolati dallo Stato; oggi analizziamo la società come una collettività organizzata ed in termini anche di rapporti e di conflitti fra gruppi, e allo Stato, e al diritto, sono attribuite molte più funzioni e molto più complesse. Si potrebbe indicare perciò una parola-chiave nella *sociologia*: a tal proposito sarebbe utile riesaminare la contraddizione costituita per la scienza penalistica classica dalle riflessioni della scuola positiva. Non è un'opinione originale che il codice Rocco sia assai ben costruito dal punto di vista metodologico.

Parola-chiave strettamente connessa con la democrazia è lo *Stato sociale*. La funzione definitoria della concezione dello Stato illuministica e liberale era essenzialmente regolativa, dei rapporti e dei conflitti fra gli individui, e prevalentemente inibitoria. Questa funzione era non solo ampiamente formalizzabile, ma rispetto ad essa la forma della legge aveva una dimensione esaustiva ed autosufficiente: la funzione di prevenzione generale è svolta dalla stessa previsione penale, di cui sono poi corollari l'applicazione ed esecuzione della pena.

Il libro di Beccaria è diventato il più famoso della cultura illuministica, a dispetto del maggior pregio di Voltaire, Diderot, D'Alambert, oltre che per la sua semplicità, perché il diritto penale – che stabilisce le sanzioni principali a tutela dei beni fondamentali – costituisce il pilastro centrale di quella teoria dello Stato. La crisi di quella concezione dello Stato ha sia maggior rilevanza che maggiore evidenza proprio per ciò che riguarda il sistema penale.

Le funzioni definitorie dello Stato sociale non sono facilmente ed esaurientemente formalizzabili nella legge, al pari di quelle regolativa ed inibitoria. La legge dello Stato-sociale tende ad essere cornice e criterio di esercizio di una discrezionalità di tipo direttamente operativo: definisce la funzione da realizzare, che attribuisce quindi direttamente all'operatore, e stabilisce il procedimento. Queste leggi sono rivolte molto più direttamente ed in maggior misura all'operatore che al cittadino.

La funzione di rieducazione del condannato non è formalizzabile al pari di quella inibitoria. Lo stesso tipo di analisi vale ad esempio per il nuovo diritto di famiglia. Il giudice non deve stabilire chi ha ragione e chi ha torto: deve tutelare innanzitutto la prole, e svolge una funzione di tipo amministrativo, della vita

degli altri. Come si fa a dire che questo giudice è, o dev'essere, la bocca della legge? La funzione del processo penale a carico di imputati minorenni è formalmente di agevolare e sostenere il percorso educativo e rieducativo del minore, rispetto al quale il processo ordinario costituirebbe un disvalore e questo processo deve costituire invece un'occasione.

Lo Stato ottocentesco svolgeva anche funzioni diverse da quelle di fare le leggi e garantirne l'esecuzione ed applicazione. Tuttavia, tali funzioni diverse non erano oggetto, comunque, di regolamentazione peculiare legislativa. Oggi, lo Stato svolge più funzioni e funzioni più complesse (di segno positivo e propulsivo, come tali molto più difficilmente formalizzabili), ma anche le funzioni pubbliche sono oggetto di una maggior regolamentazione normativa; da avere, quindi, il diritto ed il giudice una oggettività ed una sfera di competenza di dimensioni incomparabilmente superiori.

Il modello istituzionale e culturale della certezza del diritto, nel senso della predefinizione legislativa dei problemi e delle soluzioni, era corrispondente al processo di formazione del sistema della proprietà privata e del contratto, e funzionale alla logica del mercato, della libertà di iniziativa economica e di commercio: per l'assicurazione ai cittadini e quindi ai soggetti economici della conoscibilità preventiva delle conseguenze dei propri comportamenti. La dimensione monopolistica dell'economia è una condizione relevantissima di crisi dell'astrattezza e generalità del diritto, per la maggior forza – e anzi la prevalenza – di alcuni soggetti economici rispetto alla stessa definizione della funzione pubblica, alla produzione legislativa ed in confronto all'attività giurisdizionale.

Un'altra parola-chiave del processo di deformalizzazione del sistema penale è l'*organizzazione*: con riferimento ad un problema sia reale che culturale. L'organizzazione costituisce una tendenza generale crescente di tutte le attività umane, e quindi anche di quelle delittuose. È opinione ad esempio di Ferrajoli che la legislazione speciale, emergenziale, contro le forme di criminalità organizzata di tipo terroristico, mafioso e comune abbia avuto un ruolo determinante nella decodificazione del sistema; e che la ricodificazione presupponga comunque l'espulsione sia di tutte le formule elastiche e polisense, sia le tecniche di tipo speciale, adottate nella lotta alla criminalità organizzata.

Io credo che questa prospettiva metodologica possa essere addirittura rovesciata.

In primo luogo, occorre osservare, e muovere anzi dalla premessa, che il processo di deformalizzazione e destrutturazione ha riguardato e riguarda in generale il sistema del diritto. La definizione di questa come *L'età della decodificazione* costituisce il titolo di un famoso lavoro del 1979 di Irti, che è un civilista. È cambiato il modo di fare legislazione, per ragioni sociali, politiche, economiche e culturali generali.

Per ciò che riguarda le tecniche di repressione delle forme di criminalità organizzata, va sottolineato come la peculiarità riguardi la complessità di queste forme, oltre ovviamente alla particolare pericolosità. La rilevanza della dimensione organizzativa non solo non può essere misconosciuta dalla tecnica giuridica, ma anzi dev'essere estesa, come vedremo, alla stessa problematica della risposta istituzionale.

Le figure delittuose autonome associative hanno avuto giustificazione assolutamente prevalente nella funzione di anticipazione della soglia della risposta e responsabilità penale, in confronto a quella delittuosa ordinaria, in considerazione della particolare pericolosità costituita dall'associazione diretta verso finalità delittuose. Questa giustificazione è contraddetta tuttavia nella realtà dal fatto che le associazioni delittuose vengono desunte dall'attività delittuosa realizzata, e dal collegamento di questa con una struttura personale che ne è organizzativa. La contraddizione è formale nella previsione dell'associazione di tipo mafioso, la cui definizione presuppone e anzi qualifica l'attività delittuosa realizzata: con caratteristiche e diffusione tali da aver determinato la situazione di condizionamento e di controllo ambientale di cui appunto gli associati "si avvalgono".

La funzione peculiare delle figure delittuose associative può essere definita di *generalizzazione*: di determinazione della responsabilità per il contributo alla dimensione organizzativa e quindi all'attività delittuosa dell'associazione considerate in generale; distintamente dalla responsabilità dei singoli delitti. Tale funzione può essere definita altresì di *interdizione*, dell'esistenza e dell'attività dell'associazione, considerate in generale, nella fase stessa del loro svolgimento. Questa funzione è certo peculiare in confronto alla funzione penale ordinaria, di prevenzione astratta e generale del tipo di fatto attraverso la previsione della pena, confermata e rafforzata poi dall'applicazione ed esecuzione, che sono corollari della previsione e dell'avvenuta violazione. Di questa funzione sono sinonimi i termini della lotta e del contrasto, che sono stati ritenuti incompatibili con la funzione del diritto, e che sono stati invece recepiti dalla stessa

forma legislativa. Di questa funzione sono fondamentali sia le misure di premialità della collaborazione con la giustizia che le misure di prevenzione, soprattutto patrimoniali: queste tecniche servono infatti a disarticolare la dimensione organizzativa negli aspetti che ne sono essenziali della solidarietà interpersonale e dei mezzi finanziari.

La difformità, rispetto ai principi definiti generali, delle previsioni legislative peculiari delle forme di criminalità organizzata riguarda soprattutto la carenza di determinatezza, e la conseguente ampiezza della discrezionalità valutativa. La carenza di determinatezza può essere indicata in effetti come corollario della *complessità* dei dati oggetto della considerazione, e della rappresentazione formale. Ma il problema va affrontato e risolto attraversando la teoria generale dell'organizzazione, come contributo alla argomentazione.

Il problema della carenza di determinatezza riguarda già la problematica del concorso di persone nel reato. La storia della codificazione e della cultura penalistica moderna è attraversata dai tentativi, rimasti infruttuosi, di tipizzare la disciplina del concorso di persone, cioè il contributo costitutivo della responsabilità.

La definizione del contributo concorsuale può avvenire in termini di criterio (di valutazione, di orientamento e di esercizio della valutazione), non di modello (di comportamento), per una ragione epistemologica. Perché la rilevanza del contributo può essere definita solo nella relazione concreta con gli altri contributi e con l'intero. Ciò è vero nell'analisi della complessità in generale, cioè di qualsiasi sistema complesso; è maggiormente vero in un modello collettivo ovvero organizzato, perché i singoli contributi sono arrecati da soggetti liberi di scelte, e quindi solo approssimativamente preventivabili dall'esterno, inoltre perché i singoli contributi sono valorizzati (anzi valorati) dall'uso concreto che ne fanno gli altri.

Questi problemi sono ovviamente molto più rilevanti nella dimensione organizzativa stabile, per la maggiore complessità del modello e delle relazioni che concorrono a costituirlo.

Nell'analisi del modello collettivo ovvero organizzato, risulta dunque particolarmente evidente l'insufficienza epistemologica sia della definizione formale, del modello astratto e generale, sia del concetto di limite o di soglia. Dal punto di vista teorico, per quello che si è detto: il contributo non vale in sé e per sé, ma per la rilevanza concreta che ha nel modello generale. Dal punto di vista pratico, perché è possibile contribuire alla

realizzazione di un fatto di dimensioni pure ingenti con un apporto che considerato singolarmente è piccolissimo e tuttavia è rilevante, cioè assume rilevanza, nel contesto concreto e secondo l'uso che ne vien fatto, dipendentemente dalle scelte libere dei soggetti che costituiscono la condotta o il modello collettivi ovvero organizzati.

In effetti, il problema dell'insufficienza degli stessi concetti sia di modello che di limite esprime la crisi della logica formale binaria, e riguarda tutto l'ambito conoscitivo. Anche nel diritto e nelle scienze sociali, dipende innanzitutto dal fatto che noi contestualizziamo. Ogni definizione è valida – relativa – alle condizioni del contesto di riferimento. Il contesto, d'altro canto, e le variabili prese in considerazione, sono definiti unicamente dall'osservatore, dal soggetto del giudizio. Quella così indicata può essere definita l'eredità epistemologica della teoria della relatività. A proposito di certezza del diritto, come valore fondante della storia della codificazione, non può non essere ricordato come il principio fondamentale della meccanica quantistica sia il *principio d'indeterminazione*. Secondo questo principio, non è possibile calcolare insieme la posizione e l'impulso di una particella subatomica, perché l'atto della misurazione perturba il campo, e quindi il calcolo della posizione modifica l'impulso e viceversa. L'eredità epistemologica dei quanti è che l'osservatore deve considerare anche se stesso e l'atto della propria osservazione come variabili dell'oggetto dell'osservazione. La conoscenza equivale alla consapevolezza delle condizioni di validità, dei limiti e della approssimazione delle proprie acquisizioni.

Ne *Il disagio della civiltà*, Freud ha sostenuto che gli uomini della condizione di civiltà hanno rinunciato ad una parte rilevante della loro libertà per una maggiore sicurezza. Un'analisi che potremmo sovrapporre a quelle di Kant e di Rousseau. Bauman, ridefinendo la civiltà come «modernità», ha sostenuto, ne *La società dell'incertezza* e ne *Il disagio della post-modernità*, che nella società contemporanea, e io aggiungerei nella società del benessere, gli uomini sono disposti a rinunciare ad una porzione sempre minore della loro libertà anche a costo di perdere una parte di sicurezza. Così ha spiegato la tendenza generale alla de-regolazione.

Io credo, così, che l'incremento progressivo del potere discrezionale del giudice abbia ragioni profonde, e radicali, nella nostra cultura e nella nostra società. Credo, altresì, che questa direzione non sia rovesciabile, né d'altronde ciò mi parrebbe auspicabile, da doverci porre dunque necessariamente il pro-

blema dei rimedi di natura istituzionale, della ridefinizione, come vedremo, della problematica, e dei termini di realizzazione, delle garanzie. A partire dalla metà degli anni Settanta, gli interventi in materia penale, di ogni tipo, hanno comportato comunque un incremento del potere discrezionale del giudice: la generalizzazione del bilanciamento delle circostanze, e quindi l'estensione alle attenuanti generiche; l'allargamento dei termini della sospensione condizionale della pena; le riforme dell'ordinamento penitenziario, con le alternative alla detenzione e la disciplina dell'affidamento in prova; la legislazione antimafia e antiterrorismo, con le figure precipue di responsabilità, le misure di prevenzione e le tecniche di premialità della dissociazione e collaborazione con la giustizia; la disciplina del nuovo processo penale, con i patteggiamenti sulla pena e sul rito.

A quest'ultimo proposito, sembra ragionevole far rilevare la contraddizione costituita dall'introduzione del modello processuale accusatorio rispetto a un sistema penale sostanziale comunque fortemente formalizzato, basato sul principio di tassatività. La contraddizione sembra di fondo, fra il processo di parti e il sistema della tassatività formale; una contraddizione particolare sembra quella fra il modello accusatorio e il principio di obbligatorietà dell'azione penale, che è un corollario del principio di tassatività formale. Occorre peraltro riconoscere, da un canto, la non effettività del principio dichiarato di obbligatorietà dell'azione penale, d'altro canto, la limitazione formale di questo costituita dalle discipline del patteggiamento e della premialità della collaborazione. Nel frattempo, va fatto rilevare, la metodica del patteggiamento si è molto allargata, di fatto, rispetto alle forme previste dalla legge. Io credo che il cuore del problema della crisi della concezione formale del diritto riguardi proprio, in generale, la non effettività di quanto dichiarato, e che le metodiche ipotizzabili per affrontarlo siano comunque di approfondimento delle condizioni di effettività.

Così, ad esempio, al valore della certezza del diritto, e della sanzione, dovrebbe essere conferita la dimensione di effettività costituita dalla applicazione ed esecuzione di una sanzione all'autore riconosciuto di una violazione; più che quella formale della predefinizione legislativa del fatto e della sanzione, cui poi può anche non corrispondere appunto l'effettività della sanzione e quindi della funzione di protezione del diritto.

Va fatto rilevare altresì come nel nuovo codice penale francese non siano stati previsti in generale i minimi edittali e conseguentemente neppure le circostanze attenuanti del reato.

In effetti, la definizione formale della fattispecie appare insufficiente rispetto al problema del minimo di significato. Non sono definibili (in astratto e in generale) il minimo economico di consistenza del furto e della truffa, il minimo della colpa ovvero del dolo, della capacità d'intendere e di volere, della pericolosità del fatto e del soggetto, del concorso e della partecipazione.

Con il riferimento alla mancanza di lesività in concreto (della concezione c. d. realistica del reato) ovvero al problema della minima lesività, il problema della insufficienza del modello formale della previsione legislativa è posto appunto limitatamente al profilo della lesività; così (se questo almeno non è inteso in modo tautologico e quindi inadatto all'argomentazione) non riguarda gli altri aspetti, ad esempio appena indicati, del reato e del giudizio. Inoltre, con il criterio della minima lesività il problema della soglia (cioè della insufficienza epistemologica del concetto di soglia, della inadeguatezza del concetto di limite) è solo spostato in avanti, fra la lesività minima e la non minima, appunto. Il problema è quello della semplicità dell'alternativa fra sì e no, fra vero e falso.

Verso la fine degli anni Sessanta, in Italia, è stato posto il problema della politicità del diritto, della non neutralità rispetto ai valori e agli interessi, individuali e dei gruppi, sia delle norme che delle decisioni e delle scelte del giudice.

La distinzione del diritto dalla morale e dalla politica costituisce una connotazione fondamentale della cultura moderna, invero della *modernità*, che oggi appare in crisi. La concezione formale del diritto, dell'autosufficienza delle forme di legge e di codice, e della tecnicità delle operazioni giuridiche, è definitoria appunto di quella distinzione. Le ragioni della crisi, come si è visto, sono diverse e profonde, di grande rilevanza generale. Un termine sintetico può essere la complessità, nel senso della consapevolezza culturale della complessità.

La carenza di tassatività e determinatezza costituisce una caratteristica della categoria del delitto politico, per la complessità della nozione (dell'oggetto) della tutela e dell'offesa, la stabilità dell'assetto sociale e istituzionale, cui corrisponde in concreto la complessità della dimensione soggettiva, l'organizzazione, che va considerata appunto nozione indispensabile per compromettere la stabilità dell'assetto sociale e istituzionale.

Nel diritto romano, i *delicta*, a struttura semplice, erano oggetto del processo civile, formulare, quand'anche comportassero la sanzione penale; i *crimina*, lesivi dei valori fundamenta-

li della società, parimenti il parricidio e la *perduellio*, il crimine di tradimento, erano oggetto del processo comiziale.

Nella *Riforma della legislazione penale toscana* del 1786 il Granduca Pietro Leopoldo stabilì l'abolizione della categoria dei *crimina laesae majestatis*, che non coincidessero con delitti comuni, per la mancanza di tassatività e determinatezza di quella nozione. Tale esperienza è rimasta unica.

Il problema della carenza di determinatezza delle nozioni penalistiche complesse può essere affrontato attraversando la problematica, e la teoria, dell'organizzazione, come terreno di definizione di criteri di argomentazione e quindi di controllo dell'argomentazione.

La nozione e quindi la teoria dell'organizzazione costituisce, in generale, una risposta al problema della complessità: un modo di riduzione della complessità, per usare il linguaggio di Luhmann.

Va detto qui incidentalmente come le nozioni di banditismo, di mafia, di terrorismo, cui sono corrispondenti precipue figure delittuose associative, costituiscono dei modi di riduzione della complessità: che in confronto ai modi possibili mediante la teoria dell'organizzazione possono essere giudicati insufficienti (generici).

Nozione fondamentale della teoria dell'organizzazione è quella di funzione, che definisce una relazione meno impegnativa di quella causale, ma valutata entro un contesto, e che quindi è nozione più ricca: espressione di un'analisi multifattoriale e appunto contestuale.

La problematica della criminalità organizzata può essere affrontata in modo generale e sistematico applicando la teoria dell'organizzazione, e la nozione di relazione funzionale, alle comuni nozioni delittuose: le cui tipologie possono essere considerate sufficientemente definitorie del modello generale organizzativo di un'attività delittuosa: in relazione a cui si possono stabilire poi il tipo e la consistenza delle relazioni personali. Non è questo, ovviamente, il luogo per affrontare questo tema. Basti dire che la problematica della criminalità organizzata può essere articolata secondo una disciplina di carattere generale, concernente le categorie, le nozioni, i criteri di argomentazione, della teoria dell'organizzazione, ed il riferimento alle comuni nozioni delittuose di parte speciale, in relazione a cui può essere stabilita e parametrata la misura della pena per il contributo personale alla dimensione generale organizzativa. Proprio in questa direzione si muove, mi

sembra, la *Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale* firmata a Palermo nei giorni 12-15 dicembre 2000.

La problematica del delitto politico può essere sovrapposta a quella dell'organizzazione di un'attività delittuosa. Infatti, da un canto, come si è accennato, la dimensione organizzativa stabile di una pluralità di persone appare indispensabile a costituire la contraddizione della stabilità dell'assetto sociale e istituzionale, che è definitoria della categoria del delitto politico. D'altro canto, tale contraddizione dipende dalla realizzazione di delitti comuni. Così, la categoria del delitto politico perde specificità, con il riferimento della teoria dell'organizzazione, e della nozione di relazione funzionale, alle comuni nozioni delittuose.

Proprio allo stesso modo, in una dimensione sistematica della problematica della criminalità organizzata, perde specificità, ad esempio, la nozione di mafia.

Nei termini precedenti, l'approccio finisce per essere addirittura capovolto rispetto a quello tradizionale. Dal punto di vista politico criminale, non c'è dubbio che le problematiche della criminalità organizzata e del terrorismo costituiscono i settori di maggior rilevanza, oltre che di maggiore complessità, nel campo penalistico. Non può essere considerata in alcun modo ragionevole la prospettiva di sottrarre specificità a queste problematiche; anzi, è ragionevolmente prevedibile l'incremento futuro di tale specificità: per ragioni sia reali, attinenti alla dimensione dei fenomeni, sia culturali, relative cioè al tipo di considerazione che vien fatta dei fenomeni medesimi. Se d'altra parte ritagliamo tutti gli aspetti sopra indicati di difformità rispetto alla concezione formale tradizionale del diritto penale, concernenti sia la rieducazione ed il trattamento, che le forme di patteggiamento, di diritto penale classico rimane davvero ben poco, nella realtà concreta dell'amministrazione della giustizia. Ciò pone ovviamente il problema indicato della ridefinizione della problematica stessa delle garanzie.

L'ultima parola-chiave della mia analisi della destrutturazione del sistema codicistico si chiama *globalizzazione*. La codificazione ha corrisposto storicamente – nonché, mi viene di dire, fisicamente – al processo di formazione dello stato nazionale. La crisi della dimensione dello stato nazionale riguarda il carattere vieppiù internazionale e sovranazionale di tutte le attività umane, quindi di quelle delittuose, e delle risposte politiche e istituzionali, queste per ragioni tanto reali quanto culturali, ovvero insieme reali e culturali.

Globalizzazione del diritto equivale sia alla correlazione, che al superamento delle differenze, fra i sistemi giuridici e istituzionali dei vari Stati. Questa problematica sottolinea l'importanza e l'opportunità dei principi generali, come punti d'incontro e di mediazione delle differenze: basti pensare alla rilevanza culturale assunta dalla nozione di diritti dell'uomo. Nell'analisi della globalizzazione vengono confermate inoltre la problematicità della distinzione del giuridico dal politico e la rilevanza della flessibilità delle forme, dei criteri e delle tecniche del diritto: proprio quali strutture e strumenti di mediazione. La *flessibilità* appare anzi una caratteristica precipua del diritto della globalizzazione. Va ribadito anche a questo proposito come la flessibilità possa essere considerata corollario della *complessità*, dell'oggetto e del metodo, cioè del dato e dell'osservazione, o – se si preferisce – viceversa.

Sotto un profilo diverso, per quanto collegato, sembra ragionevole, poi, la previsione che nel confronto e nell'incontro fra i sistemi diversi, nella globalizzazione, i sistemi flessibili prevalgano su quelli rigidi, per la maggiore adattabilità; con tutte le ricadute, di carattere istituzionale, culturale e professionale che è possibile prefigurare: cioè la prevalenza delle relative culture, ad esempio degli studi professionali di quei paesi, e così via.

Nella riflessione sulla complessità, riferita al diritto, sembra indispensabile sottolineare come la complessità stessa del sistema costituisca un elemento di garanzia, per la molteplicità sia dei punti che degli oggetti di osservazione e quindi di controllo. Si pensi, dal punto di vista politico, alla dimensione della democrazia e a quella della globalizzazione, dal punto di vista empirico e scientifico, alle analisi multifattoriali, dal punto di vista logico, ai modelli e ai procedimenti complessi di argomentazione.

Così, nella prospettiva della complessità e della teoria dell'organizzazione, la problematica delle garanzie del cittadino può essere integrata e anche ridefinita in termini funzionalistici: garanzie sono pure quelle di collegialità dei giudici, di professionalità, formazione e aggiornamento, di controllo e responsabilità, di validità dei criteri di valutazione e di controllabilità empirica delle valutazioni.

Se un aspetto della responsabilità è definito attraverso un criterio di valutazione (la colpa, oppure il contributo costitutivo del concorso nel reato), e non è definibile nei termini astratti e generali del modello di comportamento, la garanzia è costituita

dalla cultura sottostante alla valutazione, dal modello – piuttosto – dell'argomentazione, e dalla controllabilità empirica e sociale di queste. Il problema così indicato non è contemplato nella concezione formalistica del diritto.

Da tutta l'analisi condotta in questa sede mi sembra emerga l'opportunità per la formazione dei giuristi degli studi sociologici, storici, di scienza della politica.

In generale, la problematica dell'organizzazione, come del rapporto fra costi e benefici, deve essere attraversata scientificamente con riferimento parimenti alla giurisdizione e all'amministrazione della giustizia, cioè alle strutture ed al funzionamento degli uffici, ai rapporti fra le strutture istituzionali, fra queste e i cittadini, fra le stesse e le persone oggetto delle indagini e dei giudizi.

In conclusione, l'attraversamento della problematica della complessità, per l'analisi dei profili e delle ragioni della crisi attuale del sistema giuridico e penale, sollecita perciò, inevitabilmente, la riflessione intorno alla necessità di revisione ed aggiustamenti di tipo costituzionale, che esula però dalle mie competenze.

RIASSUNTO

La crisi del sistema penale va intesa soprattutto nei termini dell'insufficienza del modello teorico e istituzionale presupposto dalla codificazione in confronto alle ragioni della complessità della fase storica, della società e della cultura attuali. Gli aspetti e le spiegazioni fondamentali della destrutturazione del modello istituzionale e culturale dello stato di diritto riguardano così la democrazia, cioè il carattere pluralistico della società e del potere, le funzioni dello stato sociale, la problematica dell'organizzazione, la globalizzazione, ovvero la dimensione internazionale delle attività umane, delle risposte istituzionali e della politica. Queste ragioni suggeriscono l'adozione di diversi approcci culturali, metodologici, costituzionali.

SUMMARY

The existing crisis of penal system must be considered, above all, in terms of insufficiency of the theoretical and institutional pattern that codification assumes in comparison with the complexity of the current historical period, of the present society and culture. The de-structuring of institutional and cultural pattern of constitutional state has fundamental explanations in democracy, that is the pluralistic aspect of society and power, in the functions of welfare state, in the organization problem, in globalization, that can be defined as international dimension of human activities, institutional reactions and politics. These reasons suggest the adoption of cultural, methodological and constitutional approaches different from the existing ones.

RÉSUMÉ

La crise du système pénal doit s'entendre surtout dans les termes de l'insuffisance du modèle théorique et institutionnel impliqué de la codification en relation aux raisons de la complexité de la phase historique, de la société et de la culture actuelles. Les aspects et les explications fondamentales de la destruction du modèle institutionnel et culturel de l'État de droit regardent ainsi la démocratie, c'est-à-dire le caractère pluraliste de la société et du pouvoir, les fonctions de l'État social, la problématique de l'organisation, la globalisation, ou bien la dimension internationale des activités humaines, des réponses institutionnelles et de la politique. Ces raisons conseillent l'adoption de plusieurs approches culturelles, méthodologiques, constitutionnelles.

LO SCIOPERO DELLA FAME DELLA PERSONA DETENUTA

MASSIMILIANO GIUSEPPE MAFFEI *

SOMMARIO: 1. Fenomenologia dello sciopero della fame della persona detenuta – 2. *Status* detentivo e tutela della salute – 3. I trattamenti sanitari. Volontari, obbligatori e coattivi – 4. Ordinamento penitenziario ed interventi possibili – 5. Il risvolto negativo del diritto alla salute – 6. Conclusioni.

1. *Fenomenologia dello sciopero della fame della persona detenuta*

Il fenomeno dello sciopero della fame della persona detenuta – quale comportamento volontario di rifiuto dell'alimentazione a carattere totale, privo di giustificato motivo medico⁽¹⁾ – costituisce, nel suo complesso, uno dei particolari aspetti che può assumere la comunicazione nella istituzione penitenziaria; sostituisce il linguaggio in quelle condizioni o circostanze in cui risulta difficoltoso o inutile comunicare verbalmente, fornendo canali simbolici, profondi ed alternativi al fine di inviare un messaggio o di ricevere una risposta.

Assurge a forma di esternazione del proprio disagio, tra le meno rischiose e le più economiche nel senso dei costi istituzionali che essa comporta; infatti, non è giuridicamente sanzionabile, non prevede denuncia all'autorità giudiziaria, né provvedimenti disciplinari da parte dell'amministrazione penitenziaria.

Ogni essere umano attraverso la comunicazione acquista la consapevolezza di sé, ed interagendo con gli altri individui riceve la conferma od il rifiuto della propria immagine. Il disagio nasce, allora, quando non c'è congruità tra l'immagine trasmessa e quella che si riceve, non tanto nei termini di un rifiuto di essa quanto in quelli di una sua negazione, tanto che – al fine di annullare un tale messaggio e conseguentemente riaffermare la propria esistenza – gli individui non possono far

* Specialista in diritto e procedura penale.

⁽¹⁾ ALLEGRANTI-GIUSTI, *Lo sciopero della fame del detenuto. Aspetti medico-legali e deontologici*, Cedam, Padova, 1983;

altro che tentare di destare l'attenzione intorno a sé attraverso comportamenti sempre più *patologici* e paradossali⁽²⁾.

Nell'istituzione penitenziaria – luogo di residenza e di lavoro di gruppi di persone che, tagliate fuori dalla società per un considerevole periodo di tempo, si trovano a dividere una situazione comune, trascorrendo parte della loro vita in un regime chiuso e formalmente amministrato⁽³⁾ – accade che l'individuo riceva una visione del sé quale oggetto gestito da forze sconosciute e sulle quali non può influire; la propria auto-immagine, qualunque fosse, è implacabilmente ridefinita attraverso il riflesso del proprio ruolo di delinquente da custodire e controllare e lo spazio di iniziativa che gli rimane, se non è appiattimento strumentale alle regole, o sfruttamento clandestino delle piccole illegalità possibili, diviene auto-implosivo, autodistruttivo o fantasmatico⁽⁴⁾.

Finisce così che quando i livelli della propria ansia superano i confini del contenimento e dell'autocontrollo, il ricorso del soggetto allo sciopero della fame al fine di provocare effetti di cambiamento nella condizione detentiva, riveli tutta la sua dimensione simbolica e strumentale di mezzo per raggiungere uno scopo.

Più che il desiderio di morire, il soggetto rivela il desiderio di vivere: trasmettere alla società esterna, al mondo giudiziario, politico e legislativo dei messaggi su problemi singoli o, anche, collettivi che possono riguardare la situazione processuale, il miglioramento della vita quotidiana del carcere, l'ammissione al lavoro, la mera presa in carico da parte degli operatori penitenziari o più in generale la riforma dell'intero sistema penitenziario.

Attraverso il rifiuto alla nutrizione, la persona si riappropria di spazi di autodeterminazione e l'atto, in quanto tale, finisce esso stesso per essere di per sé ed in sé appagante; un liberatorio sfogo fisico alla sopraffazione ed al conseguente adattamento istituzionale; vero e proprio paradosso conservativo della propria identità personale e culturale.

Il suo scopo è, allora, "quello di permettere la messa a repentaglio della propria vita" per fini che possono essere discu-

(2) MASTRONARDI, *Le strategie della comunicazione umana*, Franco Angeli, Milano, 2000; WATZLAWICK, *La pragmatica della comunicazione umana*, Astrolabio, Roma, 1971.

(3) GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino, 1968.

(4) MOSCONI, *Tempo sociale e tempo del carcere*, in *Sociologia del diritto* n. 2, 1996, pp. 89-106

tibili ma che non sono rivolti verso la morte; il perseguimento di un tale fine ci dice allora come il tema dello sciopero della fame non sia semplicisticamente sovrapponibile a quello del suicidio, con tutte le implicazioni che ne derivano.

Lo sciopero della fame, classificato dal dipartimento dell'amministrazione penitenziaria tra gli eventi critici posti in essere dai detenuti, è una forma di protesta di frequente riscontrata negli istituti penitenziari italiani. A partire dall'anno 1992 di tale manifestazione di protesta è possibile registrare fino ad oggi (5.435 manifestazioni nell'anno 2002) la tendenza al decremento progressivo con alcune, però, significative ed interessanti eccezioni. Infatti nel 1993 si registra una triplicazione dei casi da 8.385 a 25.502 quale effetto sia della L. 12 luglio 1991 n. 203 di conversione del D.L. 13 maggio 1991, n. 152 e della L. 7 agosto 1992 n. 356 di conversione del D.L. 8 giugno 1992 n. 306 emanate per una risposta più efficace alla criminalità ma che hanno fortemente derogato al principio dell'eguaglianza di tutti i condannati nella fase dell'esecuzione della pena, sia della particolare stagione giudiziaria che seguì al disvelamento di gravi episodi di corruzione della vita politica ed istituzionale italiana, la quale determinò, da una parte, l'ingresso negli istituti penitenziari di una nuova tipologia di detenuto dal livello sociale e culturale medio-alto e dall'altra, un profondo dibattito sugli strumenti e gli istituti del processo penale.

Incremento che andò progressivamente a scemare per attestarsi tra le 5.000 e le 6.000 manifestazioni, fino ad un ulteriore picco nel 2000, anno in cui si registrano 9.560 scioperi della fame, conseguenza delle frustrate aspettative della popolazione detenuta italiana in occasione dell'Anno giubilare e della tanto propagandata "amnistia" in sede politica che poi non si tradusse in alcun provvedimento di fatto.

L'amministrazione penitenziaria una volta ricevuta la dichiarazione del detenuto di voler iniziare lo sciopero della fame, attiva tutta una serie di interventi che trovano la loro disciplina in diverse circolari⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Circolare D.A.P. 24.02.1984, n. 605202/9. Servizio sanitario penitenziario;

Circolare D.A.P. 12.09.1985, n. 3132/5582. Assistenza sanitaria ai detenuti;
Circolare D.A.P. 19.03.1996, n. 566285. Procedure per l'invio delle comunicazioni concernenti la tutela della salute e della vita dei detenuti;

Circolare D.A.P. 21.04.1998, n. 148.339/4-1. Sciopero della fame;
Circolare D.A.P. 12.05.2000, n. 3524/5974. Atti di autolesionismo e suicidi in ambiente penitenziario.

Il detenuto viene così sottoposto a costante osservazione e controllo medico per meglio monitorare le sue condizioni psico-fisiche. Viene visitato due volte al giorno con particolare attenzione al peso. Sarà, così, anche possibile verificare se si tratta di un vero e proprio sciopero della fame oppure di una simulazione; infatti, non sono infrequenti i casi in cui il detenuto dichiara di iniziare e di voler fare lo sciopero, per cui rifiuta il vitto dell'istituto, ma alle visite mediche e ai controlli sul peso non risulta alcun dimagrimento in atto.

Il soggetto non viene isolato dagli altri compagni di detenzione e diviene destinatario di una adeguata attività di sostegno psicologico; con il protrarsi dell'astinenza, potrà essere trasferito al reparto infermeria o nei centri diagnostici terapeutici (CDT) dell'amministrazione penitenziaria.

Se il detenuto persevera nella sua decisione di non mangiare e prosegue tale digiuno per lungo tempo, si possono verificare delle conseguenze dannose per il suo corpo, autointossicazione, rallentamento della produzione di calore, fino al sopraggiungere di lesioni neurologiche e come tali irreversibili.

Rifiutare gli alimenti necessari a reintegrare le perdite quotidiane, non assumendo tutti quei materiali indispensabili a produrre energia per l'attività respiratoria, cardiaca, motoria ed ogni altra funzione organica, costringe l'organismo, al fine di sopravvivere, ad utilizzare le sue riserve, andando incontro ad un processo di autodistruzione, ponendosi nella condizione di vivere consumando se stesso.

Il quadro clinico di uno sciopero della fame diventa, così, presto drammatico; superati i primi tre o quattro giorni, dominati dalla sensazione di fame, subentra uno stato d'indifferenza verso il cibo e di astenia crescente, con rapido dimagrimento.

Diversi, poi, sono i fattori che possono condizionare, in tempo più o meno brevi, il sopraggiungere dell'esito letale, l'età e la costituzione del soggetto, il suo stato di salute, la sua reattività e naturalmente l'assunzione o meno dell'acqua, e comunque è difficile che una persona normale possa sopravvivere oltre i sessanta giorni.

Per scongiurare i danni alla salute e la morte del digiunatore occorre, allora, interrompere lo sciopero, sottoponendo il soggetto ad adeguata terapia di supporto alimentare: transitorio ricovero in ambiente intensivo; sedazione profonda continua; protezione delle vie aeree mediante intubazione o ventilazione meccanica; incannulazione venosa centrale per monitoraggio volemico e cauta, graduale reidratazione e sup-

porto nutrizionale; posizionamento di sonda naso-gastrica per cauta, graduale rialimentazione enterale; monitoraggio continuo dei parametri vitali; assidua valutazione dei parametri metabolici in laboratorio⁽⁶⁾.

Tutto ciò richiede la necessaria adesione e disponibilità della persona, per cui se questa è dissenziente è inevitabile il ricorso all'uso di mezzi coercitivi e la sottoposizione del soggetto ad interventi invasivi del suo corpo.

A questo punto il problema che si pone, in capo all'amministrazione penitenziaria e al medico incaricato del caso, è legato al fatto che il soggetto, oltre gli alimenti, sia solidi che liquidi, può arrivare a rifiutare anche ogni intervento sanitario sia a scopo diagnostico che terapeutico.

Si apre, così, la questione della liceità o meno di un trattamento imposto d'autorità dal sanitario e dall'amministrazione e, quindi, quello più generale del se alla libertà dell'individuo di autodeterminarsi in ordine ad atti che coinvolgono il proprio corpo possano essere posti dei limiti, dipendenti o meno dallo stato di detenzione e più in generale, se nel conflitto fra il diritto alla libertà personale ed il diritto alla vita, quest'ultimo – matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona – appartenga all'individuo stesso o alla società.

2. Status detentivo e tutela della salute

A ciascun soggetto dell'ordinamento giuridico è riconosciuta la libertà, anche morale, di disporre della propria persona.

Questa libertà si traduce nel potere di disporre di sé, senza sottostare a coercizioni, e ad obblighi che sottopongano la persona all'altrui potere. L'art. 2 della Costituzione stabilisce, infatti, il primato della persona umana e dei suoi diritti rispetto ad ogni istituzione politica e ad ogni potere costituito, compreso il legislatore, sia ordinario che costituzionale.

Se l'art. 13 Cost. afferma l'inviolabilità della persona, come libertà nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere di disporre del proprio corpo e di autodeterminarsi in rela-

⁽⁶⁾ Buzzi, *L'alimentazione coatta nei confronti dei detenuti*, Rivista italiana di medicina legale, 1982, p. 282; PARZIALE-PONTI, *Il medico e l'alimentazione forzata del detenuto*, Rassegna penitenziaria e criminologica, anno IV, Gen-Apr., 1983, p. 147.

zione alla propria coscienza, l'art. 32 Cost. ribadisce tale principio con particolare riferimento al rispetto della persona umana in relazione al trattamento sanitario.

La salute abbraccia l'individuo e in rapporto agli artt. 2 e 3 Cost., rivela la sua natura sia di diritto inviolabile fondamentale, in quanto esplicazione della personalità umana protetta contro ogni aggressione, sia di diritto "sociale" che attua nel settore sanitario il principio di eguaglianza fra i cittadini.

Ne discende che la tutela della salute non può che essere una funzione specificamente pubblica e che lo Stato ha un preciso dovere di intervento in questo settore, al fine di prevenire e reprimere quelle situazioni che, causando la malattia, impediscono al soggetto una vita piena e dignitosa, ricomprendendo la salute "all'interno dei propri fini istituzionali"⁽⁷⁾.

Nemmeno le condizioni economiche del singolo possono costituire un ostacolo alla realizzazione di una piena tutela; difatti, la seconda parte del primo comma dell'art. 32 prevede, in forza dei principi di solidarietà e di partecipazione, la gratuità delle prestazioni sanitarie a favore di chi versi in stato di indigenza.

La giurisprudenza costituzionale⁽⁸⁾ ha chiarito che, pur essendo il diritto alla salute ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente garantite dalla Costituzione, la tutela riconosciuta può incontrare limiti oggettivi sia nella stessa organizzazione dei servizi sanitari sia nelle esigenze di concomitante tutela di altri interessi.

Questo significa che le connaturali esigenze di sicurezza e di controllo che sottendono alla detenzione possono portare ad un affievolimento della tutela della salute in quegli aspetti che, limitando fortemente la volizione dell'individuo, non consentono una normale fruizione dell'assistenza sanitaria al pari degli altri soggetti dell'ordinamento.

Il "diritto alla salute" è un concetto, infatti, che esprime la garanzia di una pluralità di situazioni soggettive assai differenziate che vanno dal diritto alla propria integrità psico-fisi-

⁽⁷⁾ FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Cedam, Padova, 2002; COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova, 1998; LUCIANI, *Diritto alla salute*, Enciclopedia giuridica, vol. XXVII, Treccani, Roma, 1991; RAMACCI-RIZ-BARNI, *Libertà individuale e tutela della salute*, Rivista italiana di medicina legale, 1983, p. 848.

⁽⁸⁾ Corte Costituzionale, sentenza n. 218 del 1994, in Foro italiano, 1995, I, c. 46.

ca al diritto alla salubrità dell'ambiente, dal diritto all'informazione sul proprio stato di salute e sui trattamenti che il medico vuole effettuare al diritto alla partecipazione alla cura, dal diritto di accesso alle strutture al diritto del malato di comunicare con i propri congiunti e così via.

Profili, che se non tutti afferiscono direttamente allo stato di malattia si pongono, comunque, in una posizione strumentale alla conservazione del bene salute, riguardando la condizione soggettiva che si produce al momento dell'insorgenza della patologia e che va sotto l'espressione "diritto del malato".

Lo stato di detenzione crea esigenze e limiti peculiari, che da un lato costituiscono una limitazione dello *status* generale di cittadino e dall'altro sono il presupposto per la operatività di un sottosistema particolare, in cui si pongono speciali doveri e diritti dell'individuo e dell'autorità. La restrizione della libertà finisce col limitare le scelte di vita individuale e rende il soggetto assolutamente dipendente dall'amministrazione penitenziaria per l'appagamento di molte esigenze fondamentali. È, allora, responsabilità della "amministrazione-custode" provvedere alle esigenze del "custodito", in maniera rispondente alla situazione e ai suoi bisogni, anche di fronte alla società.

Invero, la caratteristica che distingue nello specifico la posizione del recluso dalla totalità dei cittadini, consiste nella mancanza di autodeterminazione alle prestazioni mediche che trova la sua giustificazione nell'assetto comunitario del carcere, dove è più forte l'esigenza di tutela degli interessi collettivi⁽⁹⁾.

La scelta del luogo di cura, per il detenuto, è effettuata dall'amministrazione penitenziaria e dall'autorità giudiziaria sulla base delle prevalenti esigenze di sicurezza e dell'adequatezza del servizio sanitario penitenziario.

Il detenuto fruisce obbligatoriamente dell'opera dei medici penitenziari e la possibilità di avere un proprio medico di fiducia è subordinata alla sua disponibilità economica; è sottoposto a visita medica, indipendentemente da una sua richiesta, all'atto dell'ingresso e nel corso della sua permanenza nell'istituto penitenziario: ad esempio per accertare l'idoneità al lavoro cui è addetto od in occasione di un suo trasferimento,

⁽⁹⁾ PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli Ed., Torino, 2002.

al fine di verificare l'esistenza delle condizioni che rendono possibile sopportare il viaggio oppure, durante l'esclusione – determinata in via disciplinare – dalle attività in comune, per accertare la sopportabilità dello stato di isolamento che ne deriva. Ed ancora, se sospettato o riconosciuto affetto da malattie contagiose, il soggetto è immediatamente isolato e così nel caso di sospetto di malattia psichica, sono adottati nei suoi confronti, senza indugio, i provvedimenti necessari col rispetto delle norme concernenti l'assistenza psichiatrica e la sanità mentale (art. 11 della Legge 26 luglio 1975, n. 354 recante norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, artt. 17, 23, 73, 83, 112 del regolamento di esecuzione D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230).

Prima facie queste limitazioni motivate da ragioni di sicurezza appaiono ragionevoli.

Ma vi è di più, la tutela della salute della persona reclusa assume, altresì, una valenza positiva in relazione a quella che è la concezione della pena riconosciuta nella nostra Costituzione all'art. 27, terzo comma, che recita: *"Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato"*.

La norma costituzionale sancendo il principio della umanizzazione e della funzione rieducativa della sanzione penale, impone una concezione della pena non meramente retributiva ma attenta ai bisogni umani del condannato in vista del suo possibile reinserimento sociale⁽¹⁰⁾. È, allora, naturale osservare come la umanizzazione della pena e la rieducazione del detenuto postulino necessariamente la tutela del suo diritto alla salute. La condizione di benessere psico-fisico diviene, infatti, strumentale all'attività volta al recupero sociale dell'individuo, a quello che viene definito il "trattamento penitenziario". La stessa esecuzione della pena nei suoi caratteri sanzionatori e disciplinari deve cedere il passo di fronte alla malattia; la stessa disciplina sui ricoveri, sull'incompatibilità con la stato detentivo e sull'applicazione di misure verso il recluso-malato si muovono proprio in tale direzione⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, Cedam, Padova 2000; PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in *Introduzione al sistema penale*, AA.VV., G. Giappichelli Ed., Torino, 1997, pp. 291-313.

⁽¹¹⁾ Ne costituiscono un esempio gli artt. 275 C.P.P., 146, 147, 148 C.P., 47-ter e quater L. 26 luglio 1975, n. 354.

Appare, così, di tutta evidenza come la tutela della salute del detenuto, l'organizzazione sanitaria e i compiti della medicina penitenziaria⁽¹²⁾, non possano essere pienamente compresi al di fuori del binomio sicurezza-trattamento che caratterizza tutta la fase esecutiva e accompagna, con tutte le ambiguità e le difficoltà insite nel reciproco rapporto, l'espletamento di tali funzioni, espressioni diverse della unica finalità della pena con valenza rieducativa. La grande complessità del sistema penitenziario odierno, nel suo insieme e in rapporto ai suoi molteplici compiti, risiede proprio in questa singolarità funzionale.

3. *I trattamenti sanitari. Volontari, obbligatori e coattivi*

Il secondo comma dell'art. 32 della Costituzione contiene due rilevanti disposizioni che, a difesa della dignità umana, garantiscono il fondamentale diritto di libertà individuale sotto l'aspetto della salute: *"nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizioni di legge"*, legge che *"non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana"*.

Solo una legge dello Stato, ossia un provvedimento generale ed astratto, che determini in maniera puntuale a quale *trattamento* – e per esso intendiamo fare riferimento alla pre-

⁽¹²⁾ In questo scenario si inserisce il D.L.vo 22.06.1999, n. 230 in attuazione dell'art. 5 della legge 30.11.1998, n. 419, che ha dato inizio all'opera di riforma della medicina penitenziaria che prevede il passaggio di quest'ultima dal Ministero della Giustizia al Servizio sanitario nazionale. Al Ministero della Sanità spetterà la programmazione ed il coordinamento generale del servizio sanitario negli istituti penitenziari della Repubblica; alle Regioni l'organizzazione, la programmazione ed il controllo del servizio nei rispettivi ambiti territoriali; alle Aziende sanitarie locali la gestione operativa ed il controllo del servizio nel singolo istituto di pertinenza. Sarà, così, l'ASL ad erogare le prestazioni sanitarie alla popolazione detenuta, mentre l'amministrazione penitenziaria, attraverso il suo contingente medico interno, provvederà alla sicurezza, al trasferimento in ospedale ed alle certificazioni rilevanti ai fini di giustizia come le scarcerazioni e l'incompatibilità con lo stato detentivo.

Tale passaggio è, tuttora, in fase di sperimentazione e solo in alcune Regioni e con particolare riferimento ai soli detenuti tossicodipendenti.

Occorre, in questa sede, sottolineare come all'art. 1, primo comma, venga affermato esplicitamente e per la prima volta il diritto dei detenuti e degli internati *"al pari dei cittadini in stato di libertà, alla erogazione delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, efficaci ed appropriate"*.

stazione professionale del medico destinata a produrre un miglioramento nelle condizioni di vita della persona cui detta prestazione è riferita – deve sottoporsi il consociato, può autorizzare il medico a ignorare il dissenso del paziente validamente espresso.

Viene posta così una riserva di legge che fissa un preciso vincolo allo stesso legislatore e alla pubblica amministrazione nel consentire determinati trattamenti in vista di superiori interessi pubblici, i soli che possono giustificare la compressione del diritto di libertà individuale. Trattamenti che devono essere eseguiti nel pieno rispetto della dignità della persona umana, salvaguardando ogni convinzione etica religiosa e personale del singolo. Sarebbero insomma vietati, dallo stesso legislatore, trattamenti umilianti e degradanti la persona umana nonché quelli rivolti unicamente al benessere della collettività⁽¹³⁾.

I principi contenuti nella norma costituzionale sono stati trasfusi nell'art. 33 della Legge 23 dicembre 1978, n. 833 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale che stabilisce: *"Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari. Nei casi di cui alla presente legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato, possono essere disposti dall'autorità accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, secondo l'art. 32 della Costituzione, nel rispetto della dignità della persona e di diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura."*

Da ciò deriva che nessun medico potrà eseguire un trattamento sanitario senza il consenso del paziente o senza una legge che lo imponga, salvo nei casi e nei limiti consentiti dallo stato di necessità previsto dall'art. 54 del codice penale⁽¹⁴⁾, ossia quando una persona versi in pericolo attuale di vita o di un danno grave alla salute e non sia possibile acquisire un qualche consenso o dissenso del paziente perché, ad esempio, in stato di coma.

⁽¹³⁾ Corte Costituzionale, sentenza 14.06.1990 n. 37, pubb. in Gazz. Uff. del 27.06.1990; MEZZETTI-ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, Digesto, 1996, p. 336; VALENTINI, *I trattamenti e gli accertamenti sanitari obbligatori in Italia*, Cedam, Padova, 1996.

⁽¹⁴⁾ Art. 54 c.p., primo comma: *"Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona. Pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo."*

È solo il consenso⁽¹⁵⁾ che segna con certezza il limite iniziale, e in caso di revoca, anche quello finale della liceità costituzionale del trattamento.

Il consenso per essere valido deve qualificarsi come informato, esplicito, libero, autentico ed immune da vizi.

L'informazione, che deve essere resa dal medico al paziente, deve riguardare le condizioni di salute dello stesso, l'insorgere di una malattia e i rischi ad essa legati, nonché la natura della prestazione che si intende effettuare e le aspettative che, volta per volta, è lecito attendersi nel singolo caso. Il paziente deve essere messo in grado di rendersi conto della situazione attinente al suo stato di salute e quindi di decidere di conseguenza.

Se, allora, il consenso costituisce la regola, posto che "nessuno" può essere obbligato ad un determinato trattamento se non per disposizione di legge, l'eccezione sarà data dai trattamenti sanitari obbligatori, che quando sono previsti da una legge e devono esserlo per forza, occorre che lo siano in maniera determinata.

L'obbligatorietà è pensabile ogniqualvolta ricorre la contemporanea presenza, da una parte, di una necessità di cura della persona che lo subisce e, dall'altra, di un interesse per la salute della collettività, oppure quando sia in gioco la vita di un terzo. Questo interesse della collettività – intesa quale somma dei singoli cittadini, apolidi, stranieri che costituiscono un certo contesto sociale – si identifica con l'interesse-diritto di ciascuno alla *propria* salute. Requisito senz'altro soddisfatto quando si tratta di imporre il trattamento di malattie infettive ad alta diffusione, tale è il caso di alcune vaccinazioni ad esempio per la cura di malattie veneree contagiose, della lebbra e della tubercolosi, o le analisi ematologiche previste per gli addetti alla manipolazione ed al confezionamento degli alimenti, meno soddisfatto quando si passa a considerare i trattamenti sanitari obbligatori psichiatrici ove l'interesse per la collettività è più sfumato, salvo far rientrare nel concetto di salute pubblica quello di sicurezza pubblica dove il soggetto è visto, o meglio vissuto, come minaccia e pericolo potenziale⁽¹⁶⁾.

(15) In dottrina: MACCHIARELLI-ALBARELLO AA.VV., *Trattato di medicina legale*, Edizioni Minerva Medica, Torino, 2002; RAMACCI-RUIZ-BARNI, op. cit..

(16) MASTRONARDI, *Manuale per operatori criminologici e psicopatologici forensi*, Giuffrè, Milano, 2001.

Il contenuto della legge che disciplina il trattamento sanitario obbligatorio deve, a sua volta, determinare puntualmente il trattamento imposto. La riserva di legge è, allora, soddisfatta solo se ad essere previsto in essa è un determinato trattamento, le prestazioni imposte, i presupposti, l'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione, e non una generica previsione di cura. La stessa disposizione di cui all'art. 33 della Legge 833/78, si rivela norma generica che non corre in aiuto in tale direzione, non operando alcuno specifico riferimento ad un determinato tipo di patologia, limitandosi a rinviare alla legislazione vigente e, così via, le leggi tipo l'autorizzazione alla professione o le scriminanti previste nel codice penale, non sarebbero sufficienti a dare legittimità a trattamenti sanitari imposti. Non basterebbe, ad esempio, dire che essendo la norma di cui all'art. 54 del c.p. prevista da legge, tanto basta a rendere legittimo il trattamento eventualmente imposto, avendone invocato l'applicazione al di fuori dei casi di impossibilità di prestare un valido consenso; in tal modo si verrebbe a creare la situazione del paziente dissenziente, a cui sulla base di una valutazione scientifica viene imposto un trattamento eludendo il dettato costituzionale che invece richiede una legge per un determinato trattamento. Tale disposto di legge, al più, rende possibile l'intervento, lo consente, ma non ne implica l'obbligo a carico né di qualsiasi cittadino né di un medico. Né si può tacere che "l'ampliare in nome dello stato di necessità i poteri-doveri d'intervento dell'autorità" non rappresenti "un'impostazione gravida d'incognite, che finisce per affievolire il principio di legalità dell'azione amministrativa in una clausola generale il cui unico scopo è risolvere situazioni conflittuali eccezionali, e non già influire sul rapporto autorità-libertà"⁽¹⁷⁾.

Il medico, in particolare, nello svolgere una professione il cui fine principale consiste nel preservare la salute e la vita del malato, non ha il dovere né il diritto indiscriminato di curare ma, bensì, è titolare di una potestà di cura vincolata dal consenso valido ed informato di chi alle prestazioni mediche si sottopone; recita, infatti, l'art. 51 del nuovo codice di deontologia medica che allorquando un recluso rifiuta di nutrirsi, il medico ha il dovere di informarlo sulle conseguenze che tale decisione può comportare sulle sue condizioni di salute e se

⁽¹⁷⁾ PULITANÒ, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, in *Questioni giuridiche*, 1982.

questi è consapevole delle possibili conseguenze della propria decisione, il medico non deve assumere iniziative costrittive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale, ma deve continuare ad assisterlo.

Nel rapporto individuale, medico paziente-recluso, diviene indispensabile il ricorso ad una approfondita e costante opera di convincimento e di dissuasione del soggetto dal compimento di tali azioni. Il medico deve, allora, sì adempiere ad un obbligo, professionale e morale, di mettere in grado il paziente di compiere una scelta e di verificare la libertà della scelta medesima, ma di fronte ad un atteggiamento esplicito e deciso dell'interessato, "in presenza di una determinazione autentica e genuina non può che fermarsi, ancorché l'omissione dell'intervento terapeutico possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte"⁽¹⁸⁾.

Il ricorso ad interventi implicanti l'uso della coazione, in quanto vietati da altri principi dell'ordinamento, non può non esigere altro che principi giustificativi *ad hoc*.

Tantomeno si può sorvolare sulla reale applicazione ed efficacia della scriminante di cui all'art. 54 c.p., laddove, inteso il "pericolo attuale" come in atto o comunque presente, l'intervento medico può rivelarsi del tutto inutile perché oramai tardivo; basta pensare come nel caso specifico dello sciopero della fame la perdita della metà del peso corporeo iniziale sia considerato dalla scienza medica già condizione di *non ritorno* e non sempre la ripresa dell'alimentazione si rivela sufficiente per salvare la vita del paziente.

Distinzione ulteriore è, infine, operata tra i trattamenti sanitari che possono qualificarsi come solo obbligatori e quelli che possono essere anche coattivi⁽¹⁹⁾.

I primi si definiscono tali per la previsione, da parte della legge, di sanzioni di vario genere in caso di una loro inosservanza od elusione.

I secondi possono essere imposti facendo uso della forza fisica per vincere una resistenza. In tal caso c'è da chiedersi se nella loro esecuzione abbisognano di ulteriori rinforzi costituzionali – richiedendo l'art. 13 Cost. per gli atti privativi della

⁽¹⁸⁾ Corte di Cassazione: Sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, in Cassazione Penale, 2003, 542.

⁽¹⁹⁾ PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto sociale*, 1979, 875.

libertà posti in essere da organi dello Stato, oltre alla riserva di legge anche la riserva giurisdizionale dell'atto motivato del giudice – o se basti la sola previsione di legge del trattamento medesimo.

La risposta ruota attorno all'esatto significato del concetto di privazione di libertà, ossia se essa venga chiamata in causa anche solo dalle sanzioni indirette previste per l'omissione dell'obbligo a sottomettersi al trattamento o se sia necessaria una esecuzione in forma specifica del trattamento anche vincendo le resistenze fisiche opposte.

Indubbiamente poiché tutte le imposizioni che contemplano l'uso della forza riguardano il diritto di libertà della persona, ecco che possono essere legittimamente attuate solo nel rispetto dell'art. 13 Cost., le cui garanzie opererebbero non solo per quegli atti privativi della libertà che contengono un giudizio di disvalore rispetto alla persona che li subisce, ma anche per quelli, per così dire, posti in essere a fin di bene!

Doppia riserva, dunque, di legge ex art. 32 Cost. e giudiziaria ex art. 13 Cost., anche nei casi di alimentazione forzata nei confronti di soggetti dissenzienti.

La norma costituzionale, riconoscendo la inviolabilità della libertà personale, non consentendo restrizione alcuna della stessa se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge, implica la necessaria "tipizzazione" delle possibilità di restrizione della libertà personale.

4. Ordinamento penitenziario ed interventi possibili

Abbiamo visto come qualunque trattamento sanitario debba essere di norma preceduto dal consenso del soggetto che ne è destinatario ed un eventuale dissenso sia superabile solo laddove un'esplicita norma di legge lo renda possibile, prevedendo in quel caso non la mera possibilità, bensì il preciso dovere di intervenire anche coattivamente, ancorando a criteri obiettivamente riconoscibili la restrizione della libertà personale.

Ora per fronteggiare lo sciopero della fame del detenuto la normativa penitenziaria non pare prevedere un chiaro intervento in tale direzione.

Infatti, l'art. 41 dell'ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975, n. 354) e l'art. 82 del nuovo regolamento

recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230)²⁰, si limitano a consentire l'impiego della forza fisica per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti, e ad autorizzare il ricorso a mezzi di coercizione diversi dalla forza fisica, espressamente previsti dal regolamento al fine di evitare danni a persone o di garantire l'incolumità dello stesso soggetto, introducendo così una incomprensibile eccezione al principio di stretta legalità; infatti, una fonte di diritto di rango subordinato viene demandata di individuare detti mezzi, i quali non vengono identificati se non attraverso un generico richiamo ai mezzi impiegati, sotto controllo sanitario, per le medesime finalità presso le istituzioni ospedaliere pubbliche, che altro non sono che tutti quegli strumenti adoperati per l'immobilizzazione dell'individuo (es. le fasce di contenzione ai polsi e alle caviglie).

Ma non è pacifico che lo sciopero della fame sia un atto autolesionistico che possiede i caratteri della violenza e che, pertanto, possa rientrare a pieno titolo tra quegli atti che la norma mira ad impedire; norma, tra l'altro, collocata ben al di là della sede in cui sono trattati i problemi sanitari, tanto da farla ritenere finalizzata a interventi protettivi di diversa

⁽²⁰⁾ Art. 41 O.P. (*Impiego della forza fisica e uso dei mezzi di coercizione*). Non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti.

Il personale che, per qualsiasi motivo, abbia fatto uso della forza fisica nei confronti dei detenuti o degli internati, deve immediatamente riferirne al direttore dell'istituto il quale dispone, senza indugio, accertamenti sanitari e procede alle altre indagini del caso.

Non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica che non sia espressamente previsto dal regolamento e, comunque, non vi si può far ricorso a fini disciplinari ma solo al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire la incolumità dello stesso soggetto.

L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario.

Gli agenti in servizio nell'interno degli istituti non possono portare armi se non nei casi eccezionali in cui ciò venga ordinato dal direttore.

Art. 82 Reg. esec. (*Mezzi di coercizione fisica*). 1. La coercizione fisica, consentita per le finalità indicate nel terzo comma dell'articolo 41 della legge, si effettua sotto il controllo sanitario con l'uso dei mezzi impiegati per le medesime finalità presso le istituzioni ospedaliere pubbliche.

natura⁽²¹⁾. Tra i quali, se rientrano a pieno titolo gli interventi coattivi per impedire un'impiccagione o per eliminare gli effetti di atti auto-soppressivi in corso (es. il taglio delle vene), sicuramente non vi possono far parte imposizioni di *facere* a fronte di condotte puramente omissive.

L'amministrazione penitenziaria, d'altra parte, può ben essere considerata e a ragione, titolare di una vera e propria posizione di garanzia penalmente rilevante nei confronti della persona detenuta. Graverebbe su di essa un obbligo giuridico, desunto dall'ordinamento penitenziario nel suo complesso, di tutelare la vita e l'incolumità degli individui affidati alla sua custodia e il cui inadempimento configurerebbe un'ipotesi di reato ai sensi del combinato disposto della clausola generale di equivalenza di cui all'art. 40, cpv, c.p. con gli articoli di parte speciale 589 (Omicidio colposo) o 590 (Lesioni personali colpose) c.p., o ancora gli artt. 328, comma 1, (Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione) e 586 (Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto)⁽²²⁾ c.p.

Il detenuto si trova sotto la responsabilità dell'amministrazione penitenziaria, a cui è affidato il compito di assicurare che egli rimanga in carcere evitando che evada, di controllare il rispetto da parte sua delle regole della disciplina carceraria, ma anche di garantirne l'incolumità. L'amministrazione è, quindi, garante dell'impedimento, non avveramento dell'evento concreto di danno o di pericolo. Su di essa graverebbe l'obbligo giuridico di attivarsi, anche e soprattutto, contro la volontà del detenuto.

Partendo da questo assunto, competente a disporre il ricovero coattivo in ospedale, nonché l'osservazione, il controllo e il trattamento sanitario ai sensi dell'art. 11 o.p. e dell'art. 240 disp. att. c.p.p., sarà, prima della pronuncia della sentenza di primo grado, l'autorità giudiziaria procedente, dopo la pro-

(21) La Corte di cassazione ha valutato tali forme di costrizione come atti di coercizione leciti in ambito carcerario e non come atti medici (Cass. Penale Sez. IV sentenza del 19.12.1979).

(22) L'art. 40, primo comma, C.P. recita: *"non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo"*.

In dottrina sulla posizione di garanzia: GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Diritto pen. proc.*, 1999, 629; TERRAGNI, *Illecito omissivo improprio e posizione di garanzia*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, V, 1081; FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro italiano*, 1983, II, 235, con una significativa rassegna giurisprudenziale.

nuncia, il magistrato di sorveglianza competente. In tutti i casi, il giudice non rimuoverà l'ostacolo del dissenso sostituendo la propria volontà a quella del paziente, cosa che non potrebbe fare, bensì autorizzerà l'intervento del medico richiamandosi ai suesposti principi generali del diritto.

Occorre osservare, però, che se la limitazione della libertà comporta inevitabilmente una limitazione delle scelte di vita individuali, tale da rendere il soggetto assolutamente dipendente dall'amministrazione per l'appagamento di molte esigenze fondamentali e questa obbligata a provvedervi in maniera rispondente, non può sostenersi che lo Stato possa arrivare a svuotare di contenuto il diritto del soggetto di disporre liberamente della propria persona e della propria coscienza. Questo perché non può procedersi all'uso della forza fisica per vincere una resistenza posta a tutela di un proprio diritto, senza che questa rechi pregiudizio alla salute collettiva, a meno di vedere nello sciopero della fame una certa "potenzialità epidemica", una minaccia per la microsocietà penitenziaria più esposta, per la sua intrinseca natura di gruppo sociale ristretto, a subire effetti di condizionamento ed imitazione dell'agire.

Pertanto, se non esiste un dovere giuridico d'intervento in detti termini, non solo non risulta l'elemento soggettivo, ma viene ad essere escluso *tout court* lo stesso nesso di causalità tra la condotta e l'evento di cui all'art. 40, cpv, c.p.

Lo Stato ha il potere di limitare la libertà personale dei singoli ed ha il dovere di provvedere alla loro risocializzazione all'interno di un sottosistema particolare – l'ordinamento penitenziario – fonte di speciali doveri e diritti in capo all'individuo e all'autorità, ma non può procedere a trattamenti coattivi in presenza di un valido dissenso da parte del destinatario. Né si può pensare che la nutrizione coatta trovi la sua giustificazione in un obbligo a carico del detenuto di espiare tutta la pena inflitta, impedendogli così di sottrarsi all'esecuzione "quasi fossimo nel medioevo in cui si cercava ad ogni costo di portare il condannato ancora vivo al supplizio"⁽²³⁾.

Vi è di più, infatti, lo stesso trattamento rieducativo non ha carattere impositivo, è assolutamente imparziale e presuppone l'adesione volontaria del destinatario. Da ciò discende che in capo all'amministrazione penitenziaria insiste un obbligo di attivarsi, di fare, di dare indicazioni e consigli circa il modo per poter influenzare un cambiamento desiderato nel

(23) RAMACCI-RUIZ-BARNI, op. cit.

presente e nel futuro, al quale corrisponde un correlativo diritto al trattamento in capo al singolo detenuto, che presenta il carattere della rinunciabilità.

Ora se vero è che la restrizione della libertà personale, in cui si sostanzia lo stato di detenzione, dà luogo all'applicazione di un regime al quale sono intrinseche le ragioni di ordine e di sicurezza che consentono o impongono un controllo della persona da parte degli agenti amministrativi, è altrettanto vero che in capo al detenuto sopravvivono diritti costituzionalmente protetti, e in particolare un "residuo" impregiudicato di libertà personale, ultimo ambito in cui può espandersi la sua personalità.

Diversamente verrebbe operata una ulteriore restrizione di libertà personale non giustificata e in eccesso rispetto al *quantum* di privazione imposto con la sentenza di condanna. L'alimentazione forzata costituirebbe una misura incidente su uno spazio di libertà non pregiudicato dallo stato di detenzione, per cui la persona in regime carcerario in nulla differisce e in nulla si distingue dalla persona libera, pena una irragionevole disparità di trattamento tra soggetti.

A questo punto in assenza di una norma di legge che preveda espressamente il trattamento, i problemi, giuridici e deontologici, che si pongono all'attenzione, finiscono col riguardare essenzialmente la validità del personale, motivato, manifesto e liberamente espresso dissenso del detenuto ai trattamenti, anche se rivolti a beneficio della propria salute, finanche del bene vita.

L'orientamento favorevole all'intervento coatto dell'amministrazione rafforza la propria tesi sviluppando alternativamente due considerazioni⁽²⁴⁾.

La prima ritiene che la scelta di lasciarsi morire in carcere per fame, sia libera solo in apparenza. Il comportamento del soggetto risulterebbe influenzato dallo stato detentivo, ossia da una condizione ambientale in cui, costretto a vivere contro la sua volontà, sarebbe portato a distorcere a livello essen-

(24) In dottrina: CANEPA-MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2002; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, Torino, 1964, vol. VIII; PALAZZO, *Sciopero della fame di detenuti e omissione di soccorso*, Rivista penale, VI, 1, 1935.

In giurisprudenza: Tribunale di Milano, Sez. II Penale - 10 aprile 1989 - Pres. Est. Cappelli, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, anno XI, 1989; Tribunale di Padova, Ordinanza - 21 dicembre 1982 - Pres. Aliprandi, Imp. Cerica, in *Foro italiano*, II, 1983, 236; Tribunale di Milano, Ordinanza - 13 novembre 1981 - Giud. Istr. Forno, Imp. Pironi, in *Foro italiano*, II, 1983, 240.

ziale la percezione della realtà. La condizione di "prigioniero" renderebbe incapace il soggetto di valutare in maniera adeguata il reale, tanto da risultare bisognoso di una tutela differenziata che però così finisce con il distinguerlo e con il discriminarlo rispetto agli altri soggetti in libertà.

La seconda considerazione fa leva, invece, sullo stadio terminale del digiuno, per cui le sue conseguenze a livello di apparato digerente, con possibile insorgenza di una anoressia secondaria, determinano una condizione somato-psichica tale dove "è il digiuno che prende la mano al digiunatore", dove l'organismo non vuole o non può più ricevere il cibo a causa delle modificazioni anatomiche della mucosa gastroenterica e delle ghiandole annesse, per cui non ci si troverebbe più di fronte ad una libera volontà del digiunatore ma ad un non volere derivato da un rifiuto somatico. E ancora, il dissenso alla nutrizione artificiale risulterebbe invalidato dall'instaurarsi – come ulteriore complicazione del digiuno protratto – della sindrome di encefalopatia di Gayet-Wernicke, tale da grandemente scemare ogni capacità di intendere e volere del digiunante.

In tutti questi casi, dove il soggetto perde conoscenza, ovvero versa in condizioni psichiche assimilabili allo stato di infermità mentale, verrebbe a mancare quell'attualità del dissenso che impediva il trattamento medico, a meno di considerare – attraverso un mero artificio logico – attuale il dissenso in precedenza liberamente manifestato dal detenuto ed ora solo presunto. In tale circostanza lo sconfinare del rifiuto di alimentarsi in disturbo psicologico assimilabile alla malattia mentale autorizzerebbe il ricorso agli artt. 34 e 35 della Legge 833/78, competente a disporre il trattamento sanitario obbligatorio sarebbe così il sindaco del comune in cui si trova l'istituto penitenziario ove è ristretto il detenuto, il quale nella sua qualità di autorità sanitaria rilascerà, previa proposta motivata del sanitario, apposita ordinanza di ricovero – immediatamente esecutiva – presso il servizio psichiatrico di un ospedale civile del territorio e contestualmente comunicherà il provvedimento al Giudice tutelare. Ma proprio ad una soluzione di questo tipo, un diverso orientamento⁽²⁵⁾ pone alcune obiezioni di fondo.

⁽²⁵⁾ In dottrina: ONIDA, *Dignità della persona e diritto di essere ammalati*, in *Questioni giuridiche*, 1982.

In giurisprudenza: Tribunale di Padova, Ordinanza – 2 dicembre 1982 - Giud. Istr. Palombarini, Imp. Cerica, in *Foro italiano*, 1983, II, 238.

Da una parte, si osserva che chiamare malattia mentale lo stato di incoscienza, di ottundimento della volontà e della capacità di reazione e decisione che può accompagnare, come sintomo concomitante, uno specifico quadro nosologico, significa confondere le cause con gli effetti, fino ad arrivare alla conclusione che l'influenza, capace di provocare deliri febbrili, è essa stessa una malattia mentale.

Dall'altra, col richiedere la necessità della costanza di dissenso cosciente al trattamento, si fa finta di non sapere che il dissenso è stato espresso da chi ha già rifiutato le cure una volta, e una volta per tutte, scontando il rischio della perdita di conoscenza e quindi quello dell'impossibilità del suo ritiro, a fronte di una concreta presa di posizione rispetto ad un reale problema ed ai rischi che esso comporta.

Infine, non può non destare perplessità l'incoerenza sistematica di una previsione che consente l'intervento di un'autorità amministrativa, quale il sindaco, in una fase quella dell'esecuzione penale in cui il giudice è investito dell'esercizio del potere-dovere di controllo e di garanzia delle modalità dell'esecuzione e solo lui è chiamato a modificare il giudicato.

Sotto quest'ultimo aspetto si impone, infine, un'ulteriore considerazione in relazione al fatto che lo sciopero della fame può costituire lo strumento attraverso il quale un soggetto volontariamente procura a se stesso una condizione patologica sempre più grave, tale da determinare uno stato d'incompatibilità con il regime carcerario, eludendo o condizionando l'applicazione e le modalità di esecuzione delle misure restrittive della libertà.

Il dare volontariamente causa alla precarietà delle proprie condizioni di salute, ricalcherebbe il modello dell'*actio libera in causa* e, quindi, precluderebbe l'esibizione dello stato di malattia al fine di ottenere benefici sostanziali e processuali.

In realtà le cose non stanno così, difatti la legge considera lo stato di malattia in sé, alla stregua di un dato obiettivo, acriticamente riconoscibile, indipendentemente dal fatto che sia stato autodeterminato dal soggetto. La ricerca di una responsabilità del soggetto non ha significato, posto che da ciò non deve mai discendere o disinteresse o, peggio, punizione da parte dello Stato. D'altra parte il legislatore tutela le detenute madri, prendendo in massima considerazione la gravidanza, prescindendo da ogni intento utilitaristico od elusivo sottostante.

Gli artt. 275, comma 4-bis, c.p.p., 146 e 147 c.p., 47-ter e quater o.p.²⁶, esprimono già a monte un bilanciamento tipizzato di interessi tutti egualmente meritevoli di tutela, una comparazione che non tiene conto delle cause prime dell'aggravarsi dello stato di salute. Prevarrà così, quello che nelle date circostanze risulterà essere l'interesse preponderante da salvaguardare, secondo l'equilibrato esercizio di quel potere discrezionale cui è chiamato il giudice nella sua funzione istituzionale.

Il giudice è, allora, chiamato a disporre o la revoca della custodia cautelare in carcere, se il soggetto interessato sia un imputato, o il differimento dell'esecuzione della pena, se condannato; e lo farà perché l'espiazione di una pena in tale contesto appare contraria al senso di umanità per le eccessive sofferenze, in spregio del diritto alla salute, che da esse derivano.

(26) Art. 275 c.p.p. (*Criteri di scelta delle misure*).

4 bis. Non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere quando l'imputato è persona affetta da malattia particolarmente grave, per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere.

Art. 146 c.p. (*Rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena*).

L'esecuzione di una pena, che non sia pecuniaria, è differita ... se deve aver luogo nei confronti di persona affetta da malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione, quando la persona si trova in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative.

Art. 147 c.p. (*Rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena*).

L'esecuzione di una pena può essere differita ... se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita contro chi si trova in condizioni di grave infermità fisica...

Art. 47-ter o.p. (*Detenzione domiciliare*).

1 La pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, quando trattasi di c) persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti, con i presidi sanitari territoriali.

1-ter. Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato. L'esecuzione della pena prosegue durante la esecuzione della detenzione domiciliare.

Art. 47-quater o.p. (*Misure alternative alla detenzione dei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria*).

A questo punto si impongono alcune considerazioni di merito circa la scelta della misura rispondente al caso concreto da parte del giudice.

Innanzitutto, ci troviamo di fronte ad un soggetto che rifiuta ogni cura, ogni prestazione sanitaria offerta *in vinculis*; ossia nell'infermeria del carcere, così come in un centro clinico attrezzato dell'amministrazione, o ancora, in luogo esterno di cura ai sensi dell'art. 11 L. 354/75, trattandosi soltanto di modalità diverse di detenzione che non incidono sulla propria sfera di libertà personale.

Se l'infermità è conseguenza dello stato detentivo, in quanto tale, non apparirà trattabile in carcere e le terapie offerte per la sua risoluzione e controllo, in costanza di dissenso alla terapia, risulteranno impraticabili *ab origine*.

Il giudice, costretto a cercare altrove la risoluzione al compromesso stato di salute, si troverà impegnato in un braccio di ferro per non cedere al "ricatto" morale e strumentale – consapevole o no – del singolo e, prima di dichiarare l'intervenuta incompatibilità con lo *status detentionis*, sarà chiamato ad una difficile e delicata opera di valutazione della capacità di controllo della situazione da parte del soggetto; capacità che essa sola lo autorizzerà a non modificare e a non rinviare l'esecuzione della pena fintanto l'infermità, conseguente alla volontaria astensione dall'alimentazione, sia suscettibile di un rapido miglioramento con la ripresa della normale assunzione di cibo ed un'adequata terapia farmacologica.

Superata questa fase, non tutte le soluzioni alternative previste dall'ordinamento giuridico potrebbero poi trovare sicura applicazione nel caso di specie. Infatti, già il regime restrittivo domiciliare previsto per gli imputati e per i condannati, richiedendo, per i primi la residenza in un luogo di cura, assistenza o accoglienza (art. 275, comma 4-ter, c.p.p.) e per i secondi costanti contatti con i presidi sanitari territoriali, sembrano presupporre un consenso al trattamento che all'atto di applicazione della misura non può certo dirsi esistente.

La strada elettiva è, allora, per i condannati quella del deferimento della pena, che peraltro non ne estingue l'esecuzione non scalfendo la durata della pena, ai sensi dell'art. 147 c.p. (Rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena) e dell'art. 146 c.p. (Rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena); norma, quest'ultima, che fungerà da chiusura, punto di equilibrio tra "umanità" ed esigenze di sicurezza reclamate dalla comunità sociale.

Rimesso in libertà o in un "regime" domiciliare, nulla impedirà, comunque, al soggetto di proseguire lo sciopero della fame fino all'esito letale finale, così come il ricorso alle terapie curative potrà rivelarsi tardivo, laddove l'incompatibilità che legittima l'uscita dalla detenzione finisca col coincidere con un giudizio di prognosi infausta *quoad vitam*, ossia con lo scemare della pericolosità sociale del soggetto in maniera inversamente proporzionale alla irreversibilità della malattia, ossia in una fase terminale della malattia in cui è da presumersi abolita ogni pericolosità sociale o comunque laddove la nuova soglia della pericolosità diventa inferiore al costo della carcerazione, preventiva e definitiva, divenuta illegittima in quanto infligge sofferenze superiori al senso di umanità.

5. *Il risvolto negativo del diritto alla salute*

Opinione⁽²⁷⁾ ritiene che la tutela della salute abbracci anche un risvolto negativo costituito dal diritto di non essere curato, di disporre del proprio residuo di vita nel modo ritenuto più opportuno, rifiutando le cure mediche e lasciando che la malattia segua il suo corso, anche fino alle estreme conseguenze, trattandosi di una scelta che riguarda la qualità della vita.

È esercizio di libertà pretendere che altri si astengano da impedimenti al proprio fare quando quest'ultimo non impedisce a sua volta un fare altrui.

Né tale esercizio di libertà può essere ricondotto alla questione della illiceità del suicidio, laddove non esiste nessuna norma che incrimini non solo il suicidio, ovviamente, ma neanche il tentato suicidio. Gli articoli 579 (Omicidio del consenziente) e 580 (Istigazione al suicidio) del codice penale, non sono decisivi per stabilire se esista il dovere giuridico di continuare a vivere. L'atto di disposizione della propria vita e la condotta suicida hanno soltanto una rilevanza di fatto, ma sono fatti non regolamentati e dunque non qualificabili, giuridicamente, né leciti né illeciti. La punibilità, infatti, scatta in presenza di una *relatio ad alteros* ossia allorché viene superata la sfera individuale di chi si uccide o tenta di uccidersi.

²⁷ PORTIGLIATTI BARBOS, voci *Diritto a morire* e *Diritto di rifiutare le cure*, in *Digesto discipline penalistiche*, Utet, Torino, 1990, IV; MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Cedam, Padova, 1974.

Detto diritto a non farsi curare, ad essere malato come espressione di libertà, viene ad essere escluso nel momento in cui la situazione patologica del singolo mette in pericolo la salute della collettività. Nell'ipotesi in cui si trovi in gioco il solo interesse del singolo, il *favor libertatis* implicitamente contenuto nella Costituzione consentirebbe, invece, di attribuire all'individuo la possibilità di scegliere se sottoporsi o meno ad una terapia, senza che questa venga imposta dall'esterno.

Orbene a fronte di ciò è stato osservato che se esiste il principio della tutela della salute come interesse della collettività allora deve esistere un dovere generico di curarsi, che così come esiste il dovere di lavorare esiste pure un dovere di mantenersi integri ed in salute come presupposto per poter successivamente lavorare, per il dovere di difendere la patria e così via.

Inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale comporterebbero il necessario corollario di impostare anche eticamente la propria vita in ordine a scelte importanti, aprendo così la via ad intrusioni da parte dello Stato in sfere ad esso oggi interdette, con conseguente "funzionalizzazione" di un primario ed essenziale diritto della persona.

Lo stesso art. 5 del codice civile affermerebbe l'esistenza in capo all'individuo di un dovere a mantenere l'integrità fisica. Per cui posto che sono vietati gli atti di disposizione del proprio corpo che diminuiscono in maniera permanente l'integrità fisica, devono anche essere vietate le omissioni di cure che conducono allo stesso risultato⁽²⁸⁾.

A tale indirizzo c.d. *funzionalista*⁽²⁹⁾ si è replicato che l'ispirazione personalistica del testo costituzionale – che pone al primo posto della gerarchia dei valori la persona in antitesi con qualsiasi concezione utilitaristica dell'essere umano come mezzo – vuole che il diritto alla salute dell'individuo prevalga sempre sugli interessi della collettività, quando il rifiuto alle cure non esponga a pericolo la salute altrui; ed è infatti vero che il legislatore, quando ha previsto trattamenti obbligatori, lo ha fatto

⁽²⁸⁾ Art. 5 codice civile. *Atti di disposizione del proprio corpo.*

Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

⁽²⁹⁾ In dottrina: MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in Raccolta di scritti, III, Milano, 1972, p. 437; PERLINGERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in Rassegna di Diritto civile, 1982, p. 1045.

In giurisprudenza: Pretura di Modica, 13 agosto 1990, in Foro italiano, 1991, I, 271.

determinando un certo trattamento che i portatori, potenziali o attuali di certe patologie, sono chiamati a subire nell'interesse della propria salute e di quella della collettività, "in necessitata correlazione con l'esigenza di tutelare la salute dei terzi"⁽³⁰⁾. Riserva che non può dirsi assicurata dall'art. 5 c.c., norma sì di legge, con la quale il legislatore mirava ad escludere essenzialmente gli atti di lesione per mano altrui, ma non certo di quella legge che legittima l'obbligo a sottoporsi ad un determinato trattamento. Anche la norma civile non sfugge alla "legge di interpretazione costituzionalizzante" e quindi deve essere letta alla luce della regola di rango superiore.

6. Conclusioni

Come si vede ampio è l'arco delle possibili soluzioni che, stante la normativa vigente o *rectius* l'assenza di regolamentazione della materia, risultano essere praticate o appaiono praticabili, nell'incertezza e nell'insicurezza generale sia dei medici che degli operatori penitenziari⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ Corte Costituzionale, Sent. 1994, n. 218, cit.

⁽³¹⁾ Non è un caso che per superare tale situazione fu presentato nel 1982 un disegno di legge che così recitava:

"Quando un detenuto o un internato rifiuta di nutrirsi, si deve procedere alla sua alimentazione forzata, allorché egli versi in imminente pericolo di vita.

La decisione è adottata dal ministro di grazia e giustizia, sentito l'ispettore sanitario generale dell'amministrazione penitenziaria.

L'alimentazione forzata è attuata sotto continuo controllo medico"

Il tentativo non ebbe fortuna, la disposizione, estremamente generica ed imprecisa, fu recisamente avversata sia dalla scienza medica sia dai giuristi.

De iure condendo occorre segnalare come nel Progetto di riforma del codice penale "Pagliaro" (1992), fosse prevista all'art. 70, primo comma, lett. d), un'autonoma fattispecie di reato, a tutela della libertà morale, di attività medica o chirurgica su persona non consenziente, perseguibile a querela della persona offesa e con esclusione della punibilità quando il fatto comporti vantaggi senza alcun effettivo pregiudizio alla persona.

Nel successivo Progetto "Grosso" del 1999, si è, invece, sottolineata con forza la necessità che il fondamento delle posizioni di garanzia sia dato da una espressa norma penale di parte speciale. Si afferma che "Il modello vigente che comporta un rinvio del diritto penale ad altri settori dell'ordinamento mediante una disposizione costruita come clausola generale tende ad assicurare coerenza e completezza del sistema di tutela, a prezzo però di un deficit di determinatezza e di rinuncia a selezionare le posizioni di garanzia rilevanti secondo valutazioni specificatamente penalistiche". Oggi il problema di individuare gli obblighi giuridici d'intervento demandato, di volta in volta, alla dottrina e alla giurisprudenza, fa sì che il settore dei reati omissivi impropri oscilli inevitabilmente tra limiti incerti.

La sensazione è allora quella di essere di fronte ad una situazione-limite dell'ordinamento giuridico, caratterizzata dal conflitto tra valori e diritti fondamentali tutti ugualmente meritevoli di salvaguardia, che non agevola l'individuazione della soluzione "giuridicamente" più corretta.

Il problema è, allora, quello di individuare un metodo per il bilanciamento e l'armonizzazione. La collisione tra valori rende implicitamente dubbia la coerenza dell'ordinamento giuridico.

Ma a tale incertezza è possibile ovviare, se possiamo lo sguardo sull'esistenza di un conflitto tra norme, come tale risolvibile all'interno dell'ordinamento attraverso la *reductio ad unitatem* assicurata dalle tecniche logiche tipiche della risoluzione delle antinomie. Allora, a nulla vale discutere di imputazione di omissione di soccorso ex art. 593 c.p. o di omicidio colposo ex art. 589 c.p. qualora si ometta d'intervenire, ovvero di violenza privata ex art. 610 c.p. o di lesioni volontarie ex art. 582 c.p. in caso d'intervento, in quanto così facendo non si tiene conto che la legge ordinaria va sempre interpretata nella prospettiva della legge costituzionale e non viceversa, con il rischio di dare all'art. 32 Cost., norma immediatamente precettiva, un contenuto riduttivo in aperto contrasto con quanto la gerarchia delle fonti ci impone di fare.

Dalla norma costituzionale deriva che al di là dei trattamenti obbligatori è sempre richiesto il consenso dell'interessato, in sua mancanza i medesimi sono sempre illegittimi, tanto che un intervento sanitario che prescinde dal consenso – anche se ha prodotto un miglioramento delle condizioni di salute del digiunatore – è da qualificare arbitrario.

Se il medico deve rispettare la decisione del paziente che sia in grado di autodeterminarsi, non spettando a lui stabilire se la persona assistita faccia o sappia fare buon uso della sua libertà, né potendo tantomeno imporre il suo parere contrario, sostituendo la sua volontà alla volontà del titolare di un diritto personalissimo; se il medico deve osservare il principio per cui nessuno può essere obbligato a subire l'alimentazione forzata, se questa non è prevista dalla legge per quel caso specifico; a maggior ragione non sarà consentito l'intervento dell'amministrazione penitenziaria che in assenza della doppia riserva, di legge e di giurisdizione, non potrà arrogarsi alcun potere di disporre, in contrasto con la volontà dell'avente diritto e della Costituzione, una procedura di nutrizione forzata, tanto più se la condizione di malattia del sin-

golo sia insuscettibile di pregiudicare lo stesso diritto alla salute degli altri componenti la collettività.

Tale conclusione discende dalla configurazione del consenso in termini di atto di volontà, espressione della libertà di autodeterminazione. Si tratta di un atto di esercizio del diritto di libertà individuale di cui ogni persona è titolare e che può essere sacrificato solo a certe condizioni, ossia – lo ripetiamo – laddove sia configurabile un interesse di natura pubblicistica prevalente rispetto al diritto della persona di rifiutare interventi invasivi, e solo da una norma espressa di legge, conforme alla Costituzione, previa adozione di un atto motivato da parte dell'autorità giudiziaria.

È di tutta evidenza, allora, che allo stato la soluzione del problema deve partire dall'adozione di tutta una serie di provvedimenti preventivi – politici e giudiziari – capaci di eliminare sin dall'origine le condizioni, oggettive e soggettive, che possono dare luogo a questo tipo di protesta.

Prima di tutto l'umanizzazione dei penitenziari, la sollecitudine del corso della giustizia, nonché un più ampio dialogo e una più puntuale risposta alle esigenze di rispetto dei diritti delle persone detenute.

BIBLIOGRAFIA

ALLEGRIANTI-GIUSTI, *Lo sciopero della fame del detenuto. Aspetti medico-legali e deontologici*, Cedam, Padova, 1983.

BUZZI, *L'alimentazione coatta nei confronti dei detenuti*, Rivista italiana di medicina legale, 1982, 282.

CANEPA-MERLO, *Manuale di Diritto Penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2002;

COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova, 1998.

FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, Foro italiano, 1983, II, 235.

FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Cedam, Padova, 2002.

GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Diritto penale e processuale*, 1999.

GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino, 1968.

GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, *Commento Ordinamento Penitenziario*, Cedam, Padova, 2000.

LUCIANI, *Diritto alla salute – dir. Cost.*, Enciclopedia giuridica, vol. XXVII, Treccani, Roma, 1991, 7.

MACCHIARELLI-ALBARELLO-AA.VV., *Trattato di medicina legale*, Minerva Medica, Torino, 2002.

MASTRONARDI, *Manuale per operatori criminologici e psicopatologici forensi*, Giuffrè, Milano, 2001.

MASTRONARDI, *Le strategie della Comunicazione umana*, Franco Angeli, Milano, 2000.

MEZZETTI-ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, Digesto, Utet, Torino, 1996, 336.

MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in Raccolta di scritti III, Milano, 1972.

MOSCONI, *Tempo sociale e tempo del carcere*, in Sociologia del diritto n. 2, 1996.

ONIDA, *Dignità della persona e diritto di essere ammalati*, in Questioni giuridiche, 1982.

PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in Diritto sociale, 1979, 875.

PARZIALE-PONTI, *Il medico e l'alimentazione forzata del detenuto*, Rassegna penitenziaria e criminologica, anno IV, gen.-apr. 1983, 147.

PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in Introduzione al sistema penale di Inso-lera, Mazzacupa, Pavarini, Zanotti (a cura di), G. Giappichelli Ed., Torino, 1997.

PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2002.

PERLINGERI, *Il diritto alla salute quale diritto alla personalità*, in Rassegna di diritto civile, 1982.

PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, in Digesto discipline penalistiche, Utet, Torino, 1990.

PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto di rifiutare le cure*, in Digesto discipline penalistiche, UTET, Torino, 1990.

PULITANÒ, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, in Questioni giuridiche, 1982.

RAMACCI, *I delitti di omicidio*, II ed., Giappichelli, Torino, 1997.

RAMACCI-RIZ-BARNI, *Libertà individuale e tutela della salute*, Rivista italiana di medicina legale, 1983, 847.

TERRAGNI, *Illecito omissivo improprio e posizione di garanzia*, in Giurisprudenza italiana, 1998.

VALENTINI, *I trattamenti e gli accertamenti sanitari obbligatori in Italia*, Cedam, Padova, 1996.

WATZLAWICH, *La pragmatica della comunicazione umana*, Astrolabio, Roma, 1971.

RIASSUNTO

Lo sciopero della fame del detenuto solleva problemi di particolare complessità e delicatezza che investono al contempo questioni di diversa natura: giuridica, politico-istituzionale, etica.

L'articolo affronta in particolare il fenomeno del comportamento volontario di rifiuto dell'alimentazione a carattere totale, privo di giustificato motivo medico, portato sino alle sue estreme conseguenze e delle possibili soluzioni in astratto applicabili alla luce della normativa vigente.

La vicenda rivela la sua natura di situazione-limite, caratterizzata dal conflitto tra valori fondamentali tutti meritevoli di salvaguardia il cui bilanciamento si trova inevitabilmente ad essere esposto ad un incerto equilibrio. La questione è, allora, se sia lecito o meno un trattamento sanitario imposto d'autorità dal medico e dall'amministrazione penitenziaria e quindi se alla libertà dell'individuo di autodeterminarsi in ordine ad atti che coinvolgono il proprio corpo possano essere posti dei limiti, dipendenti o meno dallo stato di detenzione e più in generale, se nel conflitto fra il diritto alla

libertà personale ed il diritto alla vita, quest'ultimo fonte di ogni altro diritto della persona costituzionalmente protetto, appartenga all'individuo stesso o alla società.

SUMMARY

Hunger strikes in prisons give rise to particularly complex and delicate problems, which can be juridical, political, institutional and ethical at the same time.

This article focuses on the voluntary total rejection of nourishment, with no medical justification, brought to its extreme consequences. It also concentrates on the possible solutions that could be theoretically enforceable in the light of existing laws.

It is a borderline situation defined by the conflict between fundamental values, all worthy of consideration, whose balancing is inevitably exposed to a shaky equilibrium. The main questions are then whether or not it is legitimate for the doctor and for the penitentiary administration to impose medical treatment; whether, considering the state of detention, it is permissible to limit the individual's freedom of self-determination in acts that concern his/her own body; whether, more generally speaking, in the conflict between the right to personal freedom and the right to live, this last – root of every other constitutionally guaranteed right – belongs to the individual or to society.

RÉSUMÉ

La grève de la faim du détenu soulève des problèmes complexes et particuliers qui posent des questions de nature diverse: juridique, politico-institutionnelle, éthique.

L'article affronte d'une part le phénomène du comportement volontaire de refus de s'alimenter de façon totale, sans motif médicalement justifié, porté jusqu'à des conséquences extrêmes; et d'autre part les solutions possibles applicables dans l'abstrait à la lumière de la loi en vigueur.

Le problème révèle sa nature de situation-limite, caractérisée par le conflit entre les valeurs fondamentales toutes à sauvegarder, mais dont la stabilité se voit inévitablement exposée à un équilibre incertain. La question est donc de savoir s'il est licite ou non d'entreprendre un traitement sanitaire imposé d'autorité par le médecin et par l'administration pénitentiaire et donc si l'on peut poser des limites à la liberté de l'individu de déterminer lui même des actes qui regardent son propre corps, limites dépendants ou non de l'état de détention et plus généralement, si dans le conflit entre le droit à la liberté personnelle et le droit à la vie, source – ce dernier – de tout autre droit de la personne et protégé constitutionnellement, appartient à l'individu ou à la société.

LA CRISI D'IDENTITÀ DEL COLLABORATORE DI GIUSTIZIA

Gli effetti della scelta di collaborazione sulla struttura della personalità

CATERINA MARCHETTI * - ALESSANDRA MORANDINI **

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Considerazioni preliminari - 2.1. La crisi di identità. - 2.2. Il vissuto depressivo. - 2.3. Il vissuto persecutorio. - 3. L'esperienza del gruppo psicoterapeutico. - 3.1. Nascita ed evoluzione del gruppo. - 3.2. Il falso cambiamento. - 4. Conclusioni.

1. - *Introduzione*

L'Ordinamento penitenziario, all'art. 80, co. 4, prevede che l'amministrazione penitenziaria, nell'attività di osservazione e trattamento dei detenuti, possa avvalersi delle prestazioni di professionisti esperti. A tale stregua, gli psicologi operano nei G.O.T. (gruppo osservazione e trattamento) di ogni istituto, apportandovi la propria specifica e peculiare professionalità.

Nel caso della prestazione professionale richiesta allo psicologo, si tratta di conoscere i detenuti ai fini di formulare la diagnosi psicologica e definire le forme di trattamento individualizzato, sia intramurario che extramurario, in funzione del reinserimento sociale.

Oltre all'attività psicodiagnostica lo psicologo penitenziario interviene con colloqui terapeutici di sostegno nelle situazioni di crisi provocate dal trauma della carcerazione.

L'idea di organizzare un gruppo psicologico destinato a detenuti "collaboratori di giustizia" è nata dalla conoscenza dei detenuti collaboratori nei colloqui psicodiagnostici finalizzati al percorso di osservazione e trattamento, e nei colloqui di sostegno.

* Psicologa C.C. Vercelli.

** Psicologa C.C. Vercelli.

2. - *Considerazioni preliminari*

Nel corso dei colloqui individuali emergevano elementi che sembravano accomunare alcuni soggetti: crisi di identità, vissuti depressivi, fantasie persecutorie.

2.1 - *La crisi di identità*

In psicologia si intende per "Identità" "il senso del proprio essere continuo attraverso il tempo e distinto, come entità, da tutte le altre. Per J. Locke e D. Hume l'identità è un meccanismo psicologico che ha il suo fondamento non in un'entità sostanziale che noi chiameremmo Io, ma nella relazione che la memoria instaura tra le impressioni continuamente mutevoli, e tra il presente e il passato. Da questo punto di vista l'identità non è un dato, ma una costruzione della memoria. Questa riflessione filosofica è stata sostanzialmente accolta dalla psicologia. (GALIMBERTI, 1999: 459).

L'Identità è intesa come senso del proprio essere continuo attraverso il tempo e diverso da tutti gli altri; ne segue che ogni individuo ha una storia unica e mutevole nel corso del tempo. Nel momento dell'arresto, la persona viene letteralmente e metaforicamente spogliata di tutto ciò che era: è come se venisse passata al setaccio, di lei rimangono soltanto i dati anagrafici, il reato commesso e un numero di matricola.

L'individuo viene sostanzialmente sradicato dagli affetti e privato di tutto ciò che era nella realtà sociale esterna: è come se fosse un'altra persona. Quanto più l'identità individuale è definita da una pluralità di aspetti, legati all'interiorizzazione ed all'identificazione con ruoli sociali complessi, tanto più il soggetto soffre nel vedersene privato: chi all'esterno possedeva molto in termini di identità personale, corre maggiormente il rischio di agire tentativi anticonservativi in quanto sviluppa reazioni depressive imponenti e attiva difese del Sé inadeguate.

Una reazione analoga accade a chi ha attivato un cambiamento e si trova a scontare reati commessi molti anni prima: l'ingresso in carcere costituisce una "rottura" con tutto ciò che l'individuo è stato fino al momento dell'arresto, tanto più drammatica quanto più è lontana dalla realtà quotidiana e dall'esperienza del soggetto.

L'appartenente ad un'organizzazione criminale come la mafia, si identifica con i codici propri dell'organizzazione, con il "codice d'onore della famiglia": non si identifica necessariamente con i reati.

Il maggior contributo all'identità lo dà il codice, non il reato. Rinunciare al reato perché si è in carcere, non mette in crisi l'identità (ad esempio i detenuti con reati di associazione a delinquere di stampo mafioso, sono in genere fieri di non aver ceduto ai codici della "Giustizia"); rinunciare al codice, accettando di collaborare con la "Giustizia" significa creare una spaccatura insanabile all'interno della propria identità.

La crisi di identità che si osserva al momento dell'arresto, viene amplificata dalla decisione di collaborare e sembra strettamente legata all'uscita dall'organizzazione criminale che soddisfa bisogni di appartenenza e di riconoscimento profondo del Sé.

«*Nuddu ammiscatu cu nenti* è una espressione tipica del dialetto siciliano che, nella somma rafforzativa di due negazioni – nessuno e niente – viene utilizzata per indicare colui che non conta nulla, "che esiste come realtà fisica, come corpo, ma non come soggetto". Colui quindi che non ha visibilità sociale perché privo di una identità. Colui che viene dal nulla e tornerà nel nulla lasciando dietro di sé il nulla. [...] Dal nulla [...] si esce solo attraverso la costruzione personale di una identità che passa attraverso processi di identificazione sempre più complessa. [...]

Cosa Nostra ha offerto a molti una spiegazione totale del mondo, una regola, un *logos* che garantisce forma al caos di una realtà altrimenti vissuta come incomprensibile, che dà forma ad una vita informe e anomica, offrendo un progetto di vita, un finalismo esistenziale». (LO VERSO, 1998).

2.2 - Il vissuto depressivo

La difficoltà di riconoscere dentro di sé risorse che permettano di affrontare il problema della "colpa" genera vissuti depressivi; la colpa è in un primo momento la scelta di collaborare e solo successivamente, nel corso delle sedute di gruppo, viene associata ai reati commessi.

Il tema della colpa e della risonanza emotiva che questa genera, richiama il concetto di coscienza morale o, adottando la terminologia freudiana, di Super-Io: in un'ottica psi-

coanalitica la devianza è spiegata alla luce della incompleta o mancata strutturazione dell'istanza morale dell'individuo con conseguente mancanza di rimozione delle richieste pulsionali dell'Es.

L'evoluzione della personalità deviante è determinata dal rapporto fra le istanze psichiche, in particolare dal livello di debolezza dell'Io e dalla presenza o assenza del senso di colpa.

La riabilitazione psichica, che precede quella sociale, avviene soltanto se vengono attivati processi di "riparazione" del vissuto della colpa; tali processi necessariamente comprendono l'espiazione come parte integrante del processo riabilitativo.

Secondo la teoria psicoanalitica, la colpa è intesa come conflitto tra le istanze egoiche e superegoiche; il "senso di colpa" è il vissuto emotivo che segue la violazione di un precetto. Freud a tale proposito scrive: «Se qualcuno volesse sostenere la tesi paradossale che l'uomo normale non soltanto è più immorale di quanto egli creda, ma anche molto più morale di quanto egli sappia, la psicoanalisi, sulle cui scoperte poggia la prima parte dell'affermazione, non avrebbe nulla da obiettare neppure sulla seconda parte. È stata per noi una sorpresa lo scoprire che un'accentuazione di questo senso di colpa inconscio può trasformare gli uomini in delinquenti. [...]

Si può individuare in delinquenti, specialmente quando si tratta di giovani, un potente senso di colpa che preesisteva all'atto criminoso, e che quindi di questo atto non è l'effetto bensì la causa: come se il poter collegare il senso di colpa inconscio a qualcosa di reale e attuale fosse avvertito da costoro come un sollievo». (FREUD, 1922).

Sulla base di queste considerazioni nel gruppo si intendeva lavorare proprio sul significato della "colpa" e sulla possibile rielaborazione. Questo ovviamente in quei casi dove non si riscontravano psicopatie o patologie caratterizzate dall'assenza di "senso di colpa".

2.3 - *I vissuti persecutori*

L'emergere di intense fantasie persecutorie è legato al dato di realtà costituito dalla precarietà della sicurezza personale, non solo propria ma anche dei familiari. Su tale dato di realtà si costruisce un'ideazione persecutoria, ingigantita dalla proiezione della rabbia e, a seconda della strutturazione dell'Io, dalla svalutazione di Sé, negata e proiettata. Tali

vissuti fanno riferimento a meccanismi di difesa primitivi: scissione, proiezione, negazione, attivati in alcuni casi da un Io debole ed immaturo, fissato a fasi di sviluppo primitive, non integrato; in altri casi la frustrazione rappresentata dall'arresto genera vissuti di rabbia narcisistica e desiderio di ritorsione. Per Io debole e immaturo si intende un Io ancorato a modalità di pensiero onnipotente infantile che in un normale sviluppo psico-affettivo avrebbe dovuto ridursi grazie al giusto equilibrio tra esperienze di gratificazione ed esperienze di frustrazione. La persecutorietà rilevata è proporzionale al livello di onnipotenza.

3. - *L'esperienza del gruppo psicoterapeutico*

Dire che l'idea del gruppo è quella di un luogo dove ciascuno abbia l'occasione di recuperare un senso di identità personale può fare sembrare il progetto troppo ambizioso, con pretese terapeutiche onnipotenti che non tengono conto dei limiti posti dal contesto e soprattutto dalla gravità della patologia. A tale proposito, in un suo scritto, Girolamo Lo Verso si esprime in questi termini: «mi sento di affermare in un senso particolarissimo che la mafia è psicopatologia [...]. La mafia, come ogni cultura fondamentalista, produce sofferenza ed asservimento psichico negli oggetti del suo potere (che perdono le caratteristiche di soggetti) e nei suoi stessi membri [...]. Un altro punto che ci autorizza a parlare di psicopatologia è legato al fatto che l'organizzazione mafiosa impedisce lo sviluppo e non mi riferisco soltanto a quello economico e sociale o della convivenza civile, ma alla stessa maturazione psichica di molte persone della Sicilia, infantilizzate dalla paura, dall'umiliazione, dall'identificazione con l'aggressore, dall'impossibilità di progettare ed intraprendere. Ma il blocco della maturazione psichica riguarda ancora più direttamente i mafiosi stessi a cui viene data identità, successo, denaro, illusioni di onnipotenza, cui però corrisponde una impossibilità di autonomia soggettivazione, individuazione. La mafia sembra essere una madre divorante (Di Lorenzo, 1996) che domina anche psichicamente, internamente ed inconsciamente, i suoi membri e chiunque in qualche modo conviva o colluda con essa». (Lo Verso, 1998).

L'idea del gruppo dei collaboratori è nata semplicemente con l'intenzione di offrire un luogo nel quale i sentimenti emer-

si durante i colloqui individuali, potessero trovare accoglimento, costituendo nello stesso tempo un campo di osservazione ed analisi del fenomeno. Date le premesse, si può definire il tipo di intervento attuato in questi termini: si trattava di un "gruppo" all'interno del quale si osservavano modalità di interazione reciproca e di relazione con i conduttori alla luce della teoria psicoanalitica.

Le regole di un setting terapeutico strutturato sono applicabili nella realtà carceraria solo parzialmente, per due ordini di fattori, legati al tipo di struttura ed al tipo di utenza:

- per quanto riguarda la struttura, essa pone dei limiti alla regola dell'inviolabilità del setting terapeutico: le sedute possono essere interrotte dall'ingresso di agenti di Polizia penitenziaria, da chiamate a colloqui per i detenuti, da telefonate, ecc.;
- per quanto riguarda l'utenza, non si aveva a che fare con pazienti motivati alla terapia, ma con persone in situazione di crisi acuta, caratterizzata dalla parziale destrutturazione dell'Io e del senso di identità personale, con vissuti acuti di tipo persecutorio e depressivo, bassa autostima, sentimenti d'indegnità oppure all'opposto reazioni difensive in senso rivendicativo, rabbia e ostilità proiettate sulle istituzioni.

Tale contesto ha richiesto un approccio flessibile, che prevedesse la possibilità di modificare gli strumenti classici della terapia psicodinamica per adattarli alla particolare realtà operativa.

L'elasticità di alcune regole ha fatto sì che alle prime sedute partecipassero tutti coloro che ne facevano richiesta scritta, creando una sorta di "spazio aperto" all'interno della sezione; in seguito si è deciso di non accogliere altri elementi, dal momento che l'aggiungersi di partecipanti nuovi avrebbe rappresentato un elemento disturbante nel momento in cui emergeva il bisogno di garantire al gruppo, ormai avviato, una sua identità e stabilità.

3.1 - Nascita ed evoluzione del gruppo

La storia del gruppo si configura come un percorso di crescita e di consapevolezza progressiva.

Il primo passo è stato quello di effettuare colloqui individuali con ciascuno dei futuri partecipanti; tali colloqui servivano a stabilire un primo contatto personale e "personalizza-

to" con le psicologhe, fornendo la possibilità di chiarire il significato di "gruppo psicologico" a chi considerava quest'ultimo come un'attività in più, paragonabile a quelle già esistenti (ad esempio il corso di lingua inglese o di educazione fisica). I soggetti contattati erano di estrazione culturale di basso livello, con una scolarizzazione elementare ed appartenenti ad una subcultura rigidamente ancorata al pensiero concreto.

Fin dalle prime sedute si era manifestato un intenso coinvolgimento emotivo: sul piano di realtà i discorsi erano legati alla scelta di collaborazione ed ai vissuti di ciascuno in relazione a tale scelta; da alcuni la decisione di collaborare veniva negata e proiettata su altri, generando sentimenti di sfiducia e la paura che la regola della riservatezza potesse essere violata; ciò che ciascuno si chiedeva in maniera più o meno esplicita era: «Che uso potrà essere fatto contro di me di ciò che io dico?»; in un'ottica transferale la paura era di "svuotarsi" e non trovare un "contenente" (le psicologhe) in grado di accogliere, gestire e restituire.

Il senso di vuoto, di mancanza, legato a carenze affettive sperimentate nei primi anni di vita, che emergerà successivamente, viene in un primo momento negato, e i bisogni espressi sono legati alla situazione detentiva; il discorso rimane sul piano di realtà e i tentativi di lettura dei contenuti in una chiave diversa sono respinti. Nella seconda seduta emergono temi legati alla "fiducia", al rischio che si può correre fidandosi di chi ha "tradito", al bisogno di affidarsi a qualcuno in grado di offrire una "protezione": «Ora non abbiamo più un avvocato che ci difende ma abbiamo un magistrato che ci protegge».

Il riferimento latente è alla perdita delle difese in senso psicologico e alla vulnerabilità che ne consegue. Il magistrato è la figura connotata in modo ambivalente come colui che concede la tutela del "programma di protezione" ed ha il potere di revocarlo in qualsiasi momento, mettendo in pericolo la propria "famiglia", intesa come famiglia reale, quella che subisce le vendette trasversali, ma anche come "famiglia interna", ovvero il mondo affettivo, scatenando angosce primitive che vengono verbalizzate: «Ora sei in balia di un magistrato che decide per te. C'è l'angoscia per i tuoi familiari, per la loro incolumità».

La figura del "magistrato che dà e toglie protezione" a suo arbitrio rimanda ad un oggetto interno instabile ed imprevedibile, che concede e sottrae il proprio amore senza dare la possibilità di anticipare in fantasia, di "prevedere", quindi di costruire un "senso della continuità dell'esistere": «Grazie alle

cure che riceve dalla madre, ogni infante è in grado di avere un'esistenza personale; comincia così a costruirsi quella che si può chiamare una continuità dell'essere. [...] I processi in atto nella madre (e nel padre) portano, nella situazione di salute, ad uno stato particolare in cui il genitore si orienta verso il figlio ed è quindi in una posizione tale da rispondere alla sua dipendenza. Esiste una patologia di questi processi». (WINNICOTT, 1983).

Nel gruppo, all'interno della relazione terapeutica, non è il magistrato l'oggetto che "dà" e "toglie", ma le psicologhe: da qui deriva la paura dell'irrompere di sentimenti ed emozioni, mostrando la propria fragilità a chi potrebbe non essere in grado di gestirla, a chi potrebbe danneggiarli.

Emerge la paura di perdere le proprie difese e restare così esposti al dilagare dell'angoscia, già fortemente presente e legata allo *status* di collaboratori e alla condizione esistenziale. Infatti, nelle sedute successive, in relazione alle interpretazioni delle difese, prendono corpo i primi attacchi alle psicologhe e gli atteggiamenti seduttivi da parte di alcuni; al graduale crescere dell'importanza che il gruppo assume per ciascuno, corrisponde il venir meno delle difese ed il manifestarsi più diretto di sentimenti di rabbia, che per un lungo periodo sono espressi attraverso la svalutazione delle psicologhe nonché del gruppo stesso: «Questo è un luogo di pettegolezzo» (seduta del 22 maggio 1997), «Si cerca il pelo nell'uovo per avvalorare un'ipotesi» (seduta del 5 giugno 1997), «Questo discorso mi annoia. Non penso che queste cose mi interessino» (seduta del 5 giugno 1997).

In questa fase avviene un importante fenomeno di autoselezione, per cui alcuni membri del gruppo decidono di ritirarsi. Tenendo conto del contesto istituzionale e dei limiti di questo, le psicologhe decidono di lasciare ai soggetti che abbandonano il gruppo la possibilità di effettuare colloqui psicologici individuali, qualora lo richiedano. Tale decisione è anche motivata dalla natura delle problematiche dei detenuti: in alcune situazioni di grave disturbo della personalità un gruppo psicoterapeutico esplorativo può determinare scompensi psicotici che non possono essere gestiti terapeuticamente in questo tipo d'istituzione.

Va sottolineato peraltro che nessuno tra coloro che lasciano il gruppo in questa fase richiederà di essere seguito individualmente.

La seduta del 5 giugno 1997 è seguita da un'interruzione degli incontri in occasione delle vacanze estive; tale interru-

zione suscita nei partecipanti al gruppo angosce di abbandono legate alla precarietà degli oggetti interni, alla dipendenza affettiva dalle psicologhe e alla carenza di un senso di «fiducia di base» (ERIKSON, 1950) che impedisce di anticipare in fantasia il loro ritorno: la sospensione degli incontri viene vissuta come la "morte" del gruppo.

La seduta finale viene aperta dall'osservazione di un paziente: «Pare che stiamo partecipando ad una veglia funebre». L'ipotesi formulata dalla conduttrice, che l'osservazione potesse riferirsi alla necessità di elaborare il lutto per la sospensione degli incontri, trova forti resistenze iniziali.

Ben presto però i membri del gruppo associano liberamente il lutto presente a precedenti esperienze di perdita ed alle angosce relative, dove la perdita fa riferimento sia alla morte, sia alla perdita di una parte di sé, quella negata in seguito alla decisione di collaborare.

L'interruzione degli incontri costituisce un momento doloroso ma importante per sperimentare un tipo di relazione in cui l'assenza non equivale alla perdita: nonostante l'allontanamento dell'oggetto amato si può avere fiducia nel suo ritorno.

A tale proposito vale la pena ricordare come la psicoterapia possa costituire una forma di "esperienza emotiva correttiva", nel senso inteso da Alexander di opportunità di vivere, nel transfert con il terapeuta, una nuova modalità di relazione. «È importante rendersi conto che in questa relazione diventa possibile padroneggiare un conflitto irrisolto [...] perché l'analista assume un atteggiamento diverso da quello che il genitore aveva assunto verso il bambino nella situazione conflittuale originaria [...] [il terapeuta] dà al paziente un'opportunità di far fronte ripetute volte, sotto circostanze più favorevoli, a quelle situazioni emotive che erano precedentemente intollerabili e di gestirle in modo diverso da quello precedente». (ALEXANDER, FRENCH et al., 1946).

L'interruzione per le ferie estive, programmate per i mesi di luglio e agosto del 1997, è seguita da pochi incontri e da un'ulteriore interruzione a causa di un infortunio occorso ad una delle conduttrici. La ripresa del gruppo conferma la fiducia nel ritorno delle psicologhe e permette l'attenuarsi delle difese e l'emergere dei bisogni. Seduta del 16 gennaio 1998: «Le psicologhe a volte non possono fare niente, ma ci sono». «Qui c'è qualcuno che s'interessa a noi; ogni essere umano nella realtà ha bisogno di coccole». I bisogni che le psicologhe devono soddisfare cominciano ad emergere nel transfert,

in particolare il vissuto che il gruppo ha delle psicologhe come figure onnipotenti che, in quanto tali, possono e debbono soddisfare "l'avidità". Emergono carenze affettive determinate da fattori costituzionali di "avidità" e da relazioni materno-infantili deficitarie. «I fattori biologici possono contribuire a precoci problematiche nella relazione madre-bambino. I pazienti antisociali frequentemente hanno alle spalle una storia infantile di privazioni o abusi da parte delle figure genitoriali. La combinazione di fattori costituzionali ed ambientali impedisce di raggiungere il livello evolutivo della "costanza d'oggetto" (Mahler, 1975); come risultato ad essi manca un introietto materno confortante». (GABBARD, 1995).

La rabbia è legata alla frustrazione di bisogni primari: si viene abbandonati, non ci si può fidare di un oggetto che non è totalmente disponibile e che non si può totalmente controllare.

I riferimenti ad un oggetto non interiorizzato, emersi sporadicamente nelle sedute precedenti, sono ora più espliciti e riferiti direttamente alle psicologhe: «Si cerca aiuto all'interno del carcere ma tutti hanno lo stesso problema. Andare dagli operatori significa illudersi perché non ti dicono le cose chiaramente».

La conduttrice riporta il discorso alle psicologhe, chiedendo in cosa queste ultime "illudano": «Io so perché vengo qua; se lei mi fa star bene e dopo un'ora un altro operatore mi fa star male portandomi una brutta notizia, lei non c'è a farmi star bene» (seduta del 27 marzo 1998).

Il riconoscimento dei propri bisogni fa emergere anche quelli legati alla sessualità, all'esibizione della propria virilità: in occasione del primo permesso premio di un membro del gruppo, iniziano a manifestarsi in modo evidente, anche se non esplicito, contenuti a sfondo sessuale: «Mi piacciono i documentari, se vedo la foresta pluviale mi piacerebbe essere là, se vedo una bella donna, penso a cosa mi piacerebbe fare con quella donna. Mi piace guardare la dottoressa M. dalla finestra, vedere le persone ... vedere la dottoressa M. che finisce il suo turno e se ne va».

«In Sicilia non si può morire di fame, non come qui al Nord (ricordo dell'infanzia e della raccolta della frutta sugli alberi) ... Qui i frutteti sono tutti recintati, qui se uno tocca qualcosa chiamano la Polizia».

Alle fantasie sui "frutteti" i membri del gruppo associano i ricordi dell'infanzia passata in collegio e i rimpianti sulle occasioni perdute: «Ci sono persone che hanno rubato una volta sola, poi si sono sposati, ora hanno dei figli e lavorano».

«[...] Ho quarant'anni e a sessanta non servo più».

Emerge la consapevolezza di aver sprecato la propria sessualità e di essere costretti a pratiche sessuali regressive di tipo masturbatorio pre-genitale: «più tardi lo puoi fare ma sei adulto e non è più lo stesso». Emergono vissuti conflittuali in relazione a sentimenti erotici nei confronti delle psicologhe che non ci si può permettere di riconoscere e che pertanto vengono rimosi. Oltre ad essere inaccessibili come oggetto sessuale le psicologhe si appropriano del "potere" che come tale è prerogativa maschile: decidere, dare delle valutazioni, condurre il gruppo. «La valutazione è una potenza in mano alla persona. Il meccanismo di valutare una persona ed essere convinti di essere potenti per me non esiste». «È come sentirsi impotenti. Me ne capivano tante». «È come avere un conflitto a fuoco dentro».

Va rilevato che i vissuti di impotenza si legano alla condizione oggettiva di deprivazione sessuale vissuta dai detenuti, alla necessità dell'Io di rimuovere e negare tale condizione e gli affetti penosi ad essa legati ma anche al significato che la "potenza" sessuale assume nell'immagine di sé.

3.2 - *Il falso cambiamento*

Le psicologhe come previsto dall'Ordinamento penitenziario (L. 354/75 e successive modificazioni) partecipano alla valutazione delle opportunità di concedere benefici premiali ai detenuti. La valutazione si basa sulla psicodiagnosi e in particolare sul rischio di recidiva. Ne segue per il detenuto il bisogno di dimostrare di essere realmente cambiato. Il tema del cambiamento emerge in modo inaspettato in seguito all'evasione di un detenuto della sezione durante un permesso premio. In tale circostanza emergono i vissuti legati a due aspetti del cambiamento:

- fingere consapevolmente un cambiamento per ingannare gli operatori. In questo caso l'identità deviante è mantenuta nonostante la scelta di "collaborazione".

- convincere se stessi di essere cambiati con meccanismi di negazione del passato deviante e mancata elaborazione del cambiamento. In questo caso il soggetto inganna prima di tutto se stesso costruendo una falsa immagine di sé.

In realtà cambiare significa intraprendere un percorso lungo e faticoso, che implica prima di tutto l'accettazione del passato deviante come qualcosa che appartiene alla persona e che non si cancella magicamente.

Nella seduta del 10 luglio 1998 un membro del gruppo dice: «Una lotta interna per far venire fuori il meglio di sé può far tornare il vecchio sé. Qua è come ammazzare la persona psicologicamente».

Emerge la difficoltà di tollerare la frustrazione di fare i conti con il proprio passato e confrontarsi con quegli aspetti di sé che si vorrebbero negare. Il venir meno della negazione determina uno stato di sofferenza psichica così acuto da provocare una sensazione di annientamento: la morte psicologica. Meglio costruirsi una falsa identità piuttosto che rischiare di non averne nessuna.

Nel corso delle ultime sedute, in risposta al dato reale rappresentato dall'evasione di cui si è accennato la "falsa identità" che ognuno, in diversa misura, si porta dentro viene smascherata in un processo di identificazione col detenuto evaso.

Il timore della punizione, rappresentato dal rischio di un irrigidimento cautelativo da parte della Magistratura di sorveglianza si lega alla consapevolezza che affrontare un cambiamento reale e profondo implica il riconoscimento della colpa e della sanzione.

Il processo di riconoscimento è l'ostacolo che si poteva aggirare perversamente "facendo finta" di essere cambiati. Di fronte all'esame di realtà la finzione non regge più. La costruzione perversa del falso cambiamento per aggirare l'ostacolo costituito dal cambiamento reale entra in crisi nel momento in cui prende sostanza nella figura del detenuto evaso.

Il tema della perversione e della falsità rimane purtroppo in sospeso: una serie di trasferimenti dei detenuti in altri istituti ha decimato il gruppo riducendolo a tre partecipanti, di cui uno in attesa di provvedimento di semilibertà.

Venendo a mancare i presupposti per continuare l'intervento si decide di chiudere l'esperienza e proporre psicoterapie individuali ai membri del gruppo.

4. - Conclusioni

Volendo riassumere ciò che si è potuto fare nel corso di due anni e mezzo circa di vita del gruppo, si può dire che, al momento della sua interruzione si fossero raggiunti tre risultati:

- la costruzione di un rapporto di fiducia con le psicologhe, presupposto per creare quell'"alleanza di lavoro" indispensabile in ogni rapporto psicoterapeuta-paziente orientato all'esplorazione e al cambiamento;

- l'avvio di processi di interazione reciproca fra i membri del gruppo basati sul confronto e sull'empatia: ciascuno comincia a limitare i processi di proiezione delle parti negative di sé man mano che cresce la consapevolezza dei meccanismi di difesa; l'aumento dell'autostima favorisce l'identificazione reciproca, rende meno difficile per molti il "mettersi in gioco" di fronte agli altri, aumenta i vissuti di empatia;

- il riconoscimento di alcuni bisogni, l'aumentata capacità di introspezione, la consapevolezza che il cambiamento è possibile soltanto attraverso il confronto con il proprio passato deviante e la rinuncia agli abituali meccanismi di negazione.

La prosecuzione del gruppo e quindi del lavoro terapeutico è stata resa impossibile da limiti del contesto istituzionale, in particolare dai trasferimenti improvvisi di detenuti ad altra sede. In questo senso paradossalmente, anche la possibilità di usufruire di benefici di legge diventa un limite, in quanto ostacola la prosecuzione del lavoro terapeutico. Il dato di realtà, rappresentato dalla possibilità di uscire dal carcere, anche solo in semilibertà, o per svolgere un'attività lavorativa all'esterno, entra in conflitto anche con la motivazione più forte alla prosecuzione di una terapia.

I risultati del processo terapeutico intrapreso si sono conservati a medio termine durante la fase di reinserimento sociale, là dove il detenuto ha potuto usufruire di una rete, costituita di operatori e servizi che accogliessero e sostenessero i soggetti sul piano di realtà. Manca purtroppo la possibilità di aggancio diretto alle strutture presenti sul territorio che garantiscano la prosecuzione del percorso terapeutico.

L'uscita dal carcere rappresenta il momento in cui la persona mette in gioco se stessa, si sperimenta nel rapporto con una realtà completamente diversa da quella che ha lasciato. Il rischio che corre è il ritorno a vecchi schemi di comportamento di fronte all'angoscia di dover dimostrare a se stesso e agli altri un cambiamento che all'interno del carcere è iniziato ma non ha avuto la possibilità di consolidarsi.

In questo contesto, possiamo dire che un trattamento terapeutico sia idealmente concluso qualora il soggetto abbia rielaborato dentro di sé le tematiche legate alla colpa e alla riparazione ed abbia acquisito un senso stabile di identità e di autostima; in tali condizioni sarebbe possibile esprimere delle valutazioni positive sulla riduzione del rischio di recidiva.

«Sul piano pratico [...] l'analisi è terminata quando si siano all'incirca determinate due condizioni: la prima che il paziente non soffra più dei suoi sintomi e abbia superato sia le sue angosce, sia le sue inibizioni; la seconda che l'analista giudichi sia stato reso cosciente al malato tanto materiale rimosso, e siano state chiarite tante cose inesplicabili, e debellate tante resistenze interne, che non c'è da temere il rinnovarsi di processi patologici in questione.» (FREUD, 1937).

Questo lavoro da un lato ha concluso un ciclo di indagini, dall'altro ha posto le premesse per un nuovo inizio: occuparsi di un programma riabilitativo significa comprendere non solo le dinamiche del paziente ma anche le relazioni che intercorrono tra lui e la struttura dell'ambiente circostante.

Già nel 1968, Basaglia, a proposito di un altro contesto istituzionale, quello psichiatrico, prima della Legge n. 180, si esprimeva in questi termini: «vuole poi essa [riferito alla comunità terapeutica dell'ospedale psichiatrico di allora] veramente guarire nel senso tradizionale del termine [...] o non è piuttosto necessaria a tutti: pazienti, medici, infermieri che siano?». (BASAGLIA, 1968).

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDER F., FRENCH T., et al. (1946), *Psychoanalytic Therapy: Principles and Application*. Trad. it. Parziale in *Psicoterapia e scienze umane* n. 2, 1993.

BASAGLIA F. (1968), *L'istituzione negata*, Einaudi, Torino.

ERIKSON E.H. (1950), *Infanzia e società*, trad. it., Armando, Roma, 1973.

FREUD S., *L'Io e l'Es*, (1922), in *Opere*, vol. 9, Bollati Boringhieri, Torino, 1990.

FREUD S., *Analisi terminabile e interminabile*, (1937), in *Opere*, vol. 11, Bollati Boringhieri, Torino, 1990.

GABBARD G.O. (1995), *Psichiatria psicodinamica*, Raffaello Cortina Editore, Milano.

GALIMBERTI U. (1999), *Dizionario di psicologia*, UTET, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino.

LO VERSO G., (a cura di) (1998), *La mafia dentro*, Franco Angeli, Milano.

WINNICOTT D. (1983), *The Maturation Processes and the Facilitating Environment*, trad. it. *Sviluppo affettivo e ambiente*, Armando editore, Roma.

RIASSUNTO

Questo lavoro nasce dall'idea di avviare una riflessione sulla "crisi di identità" che avviene in conseguenza di particolari sconvolgimenti e modifiche repentine e radicali nella vita degli individui.

In particolare, è descritta l'esperienza di conduzione di un gruppo psicologico all'interno del carcere, con detenuti collaboratori di giustizia. L'idea del gruppo nacque dalla conoscenza di tali detenuti nei colloqui psicodiagnostici finalizzati al percorso di osservazione e trattamento e nei colloqui individuali di sostegno. Durante tale attività clinica emersero elementi che sembravano accomunare molti soggetti: la crisi di identità, scatenata dall'uscita dall'organizzazione criminale; i vissuti depressivi, in relazione alla decisione di collaborare con la giustizia; le fantasie persecutorie, rinforzate dal dato di realtà costituito dalla precarietà della sicurezza personale.

Il gruppo è nato con l'intento di offrire un luogo nel quale i sentimenti emersi durante i colloqui individuali potessero trovare accoglimento, costituendo al tempo stesso un campo di osservazione ed analisi dei fenomeni rilevati. Tale esperienza, della durata di circa due anni e mezzo, consisteva in incontri di gruppo a cadenza settimanale, della durata di circa due ore, con una psicologa in funzione di conduttore ed un'altra in funzione di osservatore. Le modalità di interazione reciproca e di relazione con le conduttrici erano analizzate seguendo i criteri della teoria psicoanalitica freudiana. L'esperienza ha subito un'interruzione causata da una serie di trasferimenti di detenuti in altri istituti e dall'ottenimento di misure alternative alla detenzione.

Al momento della chiusura del gruppo, erano stati raggiunti alcuni risultati: la costruzione di un rapporto di fiducia con le psicologhe, presupposto per lo stabilirsi di un'alleanza di lavoro; l'avvio di interazioni reciproche basate sul confronto e sull'empatia, col venir meno di alcuni meccanismi di difesa di tipo paranoide; l'aumento dell'autostima e dell'identificazione reciproca; il riconoscimento di alcuni bisogni emotivi; l'acquisizione della capacità di introspezione.

SUMMARY

The original idea for this paper stems from the reflection on the "identity crisis" which occurs as a consequence of particular upsets and sudden, radical modifications in the life of an individual.

In particular, it describes the experience of running a psychological group of justice collaborators inside a prison. The idea of the group came from getting to know these inmates during psycho-diagnostic conversations for observation and treatment purposes as well as during individual support sessions. During this clinical activity, certain elements emerged which appeared to be common to many subjects: an identity crisis triggered by the exit from the criminal organisation, depressive experiences related to the decision of collaborating with the justice system, persecutory fantasies, reinforced by the real facts represented by the precariousness of their personal security.

The group was set up with the intent of offering a refuge in which the sentiments which emerged during the personal conversations could find reception while, at the same time, representing a forum for the observation and analysis of the phenomena encountered.

This experience, which lasted about 2 and a half years consisted of weekly meetings of approximately 2 hours with one psychologist acting as leader and the other as observer. The means of reciprocal interaction and with the group leader were analysed following the Freudian theory of psychoanalysis. The project came to an end when some of the prisoners were transferred to other prisons and some were granted alternatives to detention.

When the group closed some results had been obtained: the construction of a trusting relationship with the psychologists, an essential presupposition for the creation of a working alliance, the initiation of reciprocal interactions based on confrontation and empathy, with the disappearance of some paranoid defence mechanisms, the increase in self-esteem the recognition of some emotive needs and the acquisition of capacity for introspection.

RÉSUMÉ

Ce travail est issu de l'idée d'entamer une réflexion sur la "crise d'identité" qui se produit suite à certaines implications particulières et aux modifications soudaines et radicales de la vie des individus.

Il y a, notamment, la description de l'expérience de conduction d'un groupe psychologique à l'intérieur de la prison, avec des détenus collaborateurs de justice. L'idée du groupe a été lancée après avoir connu ces détenus au cours d'entretiens psycho-diagnostic finalisés au parcours d'observation et traitement et dans les entretiens individuels de soutien. Durant cette activité clinique, il est apparu des éléments qui semblaient rapprocher bon nombre de sujets: la crise d'identité, déclenchée par leur sortie de l'organisation criminelle; les vécus dépressifs, en relation à la décision de collaborer avec la justice; les fantasmes de persécution, renforcés par la donnée de réalité constituée par la précarité de la sécurité personnelle.

Le groupe est né avec l'intention d'offrir un lieu dans lequel les sentiments émergés lors d'entretiens individuels puissent être reçus, constituant parallèlement un terrain d'observation et d'analyse des phénomènes relevés. Cette expérience, de la durée de deux ans et demi environ, avec une psychologue en tant que conducteur et une autre en tant qu'observateur. Les modalités d'interaction réciproque et de relation avec les conducteurs étaient analysées en suivant les critères de la théorie psycho-analytique freudienne. L'expérience a subi une interruption provoquée par une série de transferts de détenus dans d'autres instituts et par l'obtention de mesures alternatives à la détention.

Au moment de la clôture du groupe, quelques résultats avaient été atteints: la construction d'un rapport de confiance avec les psychologues, base pour l'établissement d'une alliance de travail; le départ d'interactions réciproques basées sur la comparaison et l'empathie, avec une légère apparition de certains mécanismes de défense de type paranoïde; l'accroissement de l'auto-estimation et de l'identification réciproque; la reconnaissance de besoins émotionnels; l'acquisition de la capacité d'introspection.

**VERSO UN DIVERSO APPROCCIO AL TRATTAMENTO
DELLE PERSONE IN ESECUZIONE PENALE.
IL RUOLO DEL PROVVEDITORATO REGIONALE**

Riflessioni su un'esperienza in corso

PATRIZIA CIARDIELLO *

Sommario: Premessa. - Introduzione. - 1. La cornice normativa. - 2. L'esperienza in corso. - 2.1. Il contesto organizzativo. Un'analisi dei nodi critici. - 2.2. Le direttrici dell'intervento. - 3. I passi ulteriori. - Conclusioni.

Premessa

Allo scopo di anticipare (una parte de)i limiti del mio lavoro, è importante precisare che prescindere dall'entrare nel merito della *«caotica mescolanza di luoghi comuni della vecchia e nuova cultura che caratterizza quanto ruota attorno alla pena detentiva...e che è anche il riflesso delle ambiguità e ambivalenze che attraversano l'opinione pubblica»* (MOSCONI 2001a: 23-29); che darò per note gran parte delle questioni, ormai ampiamente dibattute, che caratterizzano il sistema dei delitti e delle pene nel nostro paese: la perdurante centralità della pena detentiva; la separazione fra politiche penitenziarie e orientamenti in materia di politiche criminali; la tendenza all'espansione del controllo penale interno ed esterno al carcere nella scia di quanto caratterizza l'evoluzione del sistema penale negli Stati Uniti e in Europa; la reale praticabilità delle trasformazioni richieste dal nuovo regolamento di esecuzione connessa alla crisi del *welfare state*; la connessa, alta probabilità che continui a rimanere ingestibile, a causa della mutata composizione della popolazione detenuta, ma anche del sovraffollamento che da tempo connota stabilmente le carceri del paese, *«la disparità tra risorse disponibili, in termini di operatori ed attività trattamentali, e numero di "utenti"»* (MOSCONI 2001b: 16), oggi accresciuta in considerazione del

* Responsabile Unità Organizzativa per la formazione del personale - Provveditorato Regionale Amm.ne Penitenziaria, Lombardia.

recente passaggio a mansioni di coordinamento di una non irrilevante quota degli operatori dell'area sociale e pedagogica e della mancata previsione di un connesso *turn-over*; il nodo della effettiva ricaduta di pur qualificate iniziative di formazione del personale poiché «*la formazione funziona solo se vi sono, sullo sfondo, scelte politiche convergenti e risorse umane ed economiche destinate alla soluzione dei problemi. Là dove questo non esiste come minimo comune denominatore di partenza, le eventuali "buone intenzioni" individuali sono destinate alla deriva, alla frustrazione e – come ultima sponda – al disimpegno*» (PEPA 1992a: 31).

Sono, peraltro, consapevole del rischio di concorrere a un mero rinnovamento del lessico istituzionale (MOSCONI 2001c: 28) come chiunque, all'interno o all'esterno dell'istituzione penitenziaria, punti a dare corpo a qualcuna delle citate "buone intenzioni", sia pure da una posizione, come la mia, che definirei come caratterizzata da un *disincanto attivo*. Il disincanto di chi appartiene tuttora alla schiera di quelli che Foucault definì "piccoli funzionari dell'ortopedia morale" e che, da tempo, nella consapevolezza di quanto possa essere attraente «*perdersi in utopistiche prospettive di rapido superamento dell'afflizione penale e penitenziaria*» (MOSCONI 2001c: 30), pur conservando come stella fissa la graduale riduzione del ricorso al diritto penale ed al carcere, si confronta, fra mille defatiganti dubbi, con i paradossi che caratterizzano il sistema dell'esecuzione penale in carcere e con la necessità di testimoniare nella quotidianità il desiderio di rintracciare, ovunque essi siano, compagni di strada che vogliano, come me e con me, «*operare nel senso favorevole ad una diversa rappresentazione sociale della problematicità oggi criminalizzata*» (PAVARINI 1992: 47).

Introduzione

Di recente, Giovanni Tamburino ha scritto che il sistema carcerario italiano è caratterizzato da una serie di paradossi ed è all'enunciazione di due di tali paradossi che desidero affidare l'*incipit* del presente lavoro: quello della *pianificazione impossibile*, connessa, secondo l'autore, alla breve e spesso «*imprevedibile durata della permanenza in carcere che comporta l'estrema difficoltà di pianificare la scuola, i corsi di qualificazione professionale, il lavoro e qualunque altro progetto*»;

quello del buon funzionamento che significa «che...il carcere che funziona bene rende socialmente irresistibile la richiesta di farvi ricorso. Il cattivo funzionamento può essere l'estrema difesa contro l'esplosione da sovraccarico. Soltanto il sovraffollamento, che comporta com'è ovvio il deteriorarsi del funzionamento, funge da calmiera rispetto all'invocazione "più carcere!" che viene dalla società» (TAMBURINO 2000a: 172-173).

Come Tamburino «Non riesco più a credere che dipenda dal caso o dalla cattiva volontà se in luoghi e tempi diversi, sotto regimi politici agli antipodi, il carcere ripete gli stessi errori» e, ciononostante, credo, come l'autore, che il disincanto non possa tramutarsi in un invito alla rassegnazione, ma in «un invito a prendere bene le misure» (TAMBURINO 2000b: 170).

Accolgo tale invito e, nel segno del "prendere bene le misure", svilupperò, anche attingendo ad un'esperienza in corso, una riflessione concernente il ruolo che i Provveditorati Regionali dell'Amministrazione Penitenziaria – strutture amministrative di rango intermedio non adeguatamente valorizzate dal finora timido decentramento delle attribuzioni (DI SOMMA 1999: 44) – è possibile assumano nel supportare, all'interno del distretto di competenza, attraverso adeguati programmi di formazione del personale e la metodologia della consulenza di processo, la declinazione in termini operativi delle «indicazioni offerte dai nuovi paradigmi affermatasi in ambito criminologico e psicologico-giuridico» (PATRIZI 1997a: 89) nella ridefinizione dei parametri di trattamento delle persone in esecuzione penale. Un trattamento che, pertanto, sia «finalizzato non tanto all'obiettivo di modificare gli atteggiamenti personali, secondo un modello che, per la sua ambizione ed astrattezza e per non essere accompagnato da più concrete indicazioni quanto ai percorsi da seguire, può generare inerzia... quanto a quello di incidere sulla trama delle relazioni personali e sociali degli interessati e, così, favorirne il reinserimento sociale» (GIANFROTTA 1999b: 31-32). Un trattamento che, tenendo conto del nucleo positivo comune a tutti i filoni in cui storicamente si è articolata la critica all'ideologia "classica", deposta ogni *ingenua fiducia* nelle capacità della scienza di formulare diagnosi circa le cause della devianza e prognosi circa il rischio di recidiva (cfr. DAGA 1990a: 1321), sia finalizzato alla promozione di comportamenti non lesivi dell'ordine sociale, con stretto riferimento ai precetti della legge penale. Un trattamento che si avvalga, pertanto, di «metodologie che dovranno prescindere da ogni approccio coattivo diretto o indi-

retto (realtà peraltro tanto più difficile da realizzare quanto più, attraverso l'introduzione di fatto di un sistema premiale, in molte situazioni si è in presenza di una trasposizione della antica finalità correzionale nella più realistica finalità disciplinare interna al sistema) e dovrebbero invece ridefinirsi nell'ottica del "servizio"» (DAGA 1990b: 1310).

È noto, in proposito, come il più recente dialogo fra mondo scientifico e operatività interna al sistema dell'esecuzione penale vada dipanandosi intorno alla dialettica fra l'ottica premiale, imperniata sull'attenzione specialistica al reo, ed un ottica che privilegia le dimensioni interattive e di contesto.

Se il riferimento al binomio premio-punizione appare tuttora prevalente fra i criteri ispiratori del *sentencing* della Magistratura di Sorveglianza (anche se autorevoli autori sostengono che da tempo l'apertura ai percorsi di alternatività, nei fatti, si fonda, piuttosto che sulla valutazione della progressione nel trattamento o sulla gravità degli illeciti che hanno determinato la situazione stessa, sulla valutazione delle risorse/opportunità – economiche, sociali, culturali – degli attori coinvolti nella situazione problematica: MOSCONI (2001d: 18), è pur vero che hanno fatto la loro comparsa, anche all'interno della novellazione di settore, alcuni dispositivi che possono, a mio parere, confortare nella ricerca di approcci operativi in grado di farsi carico dell'aumento di complessità che investe, a diversi livelli, il sistema della giustizia.

Va prospettandosi, infatti, l'emergere di una nuova operatività coerente con un'accezione di *«trattamento come intervento costruito con l'individuo in interazione, sulla base delle esigenze individuate nel corso dell'incontro operativo e non di ipotetiche cause del comportamento delinquenziale»* (PATRIZI 1997b: 91). Si tratta di un'operatività che abbisogna – ed è in qualche modo l'esito – di uno spostamento del *focus* dell'agire di ruolo *«dalla specializzazione tecnica verso competenze relazionali articolate, capaci di integrare la specificità delle proprie funzioni nelle varietà dei ruoli interagenti»*, nella direzione di una competenza sovrafunzionale in grado di sostenere l'operatore nell'interrogarsi *«sulle funzionalità del proprio agire non solo, né principalmente, rispetto all'evoluzione del singolo caso, ma in un'ottica più complessa che comprenda l'organizzazione, i ruoli in essa inseriti, gli altri sistemi di interazione»* (PATRIZI 1997c: 92).

Concordo con quanti, nell'ambito di una riflessione sulle nuove prospettive della psicologia in rapporto al trattamento

penitenziario, hanno indicato un'alternativa concettuale nell'assunzione del vincolo normativo come fonte di informazione e come strumento per un intervento che valorizzi le risorse individuali e di contesto, sollecitando l'attuazione di programmi operativi ad esse più pertinenti (PATRIZI 1997d: 91).

In tal senso, l'intera riflessione che segue intende prendere spunto dagli elementi germinativi, a mio parere di una certa pregnanza, contenuti, *in nuce*, nel quinto comma dell'art. 115 del nuovo Regolamento di esecuzione: «*L'idoneità dei programmi di trattamento a perseguire le finalità della rieducazione è verificata attraverso appropriati metodi di ricerca qualitativa*».

Non entrerà, in questa sede, nel merito della scelta del legislatore di collocare tale asserzione, nell'ambito del Titolo II della legge, avente per oggetto le "Disposizioni relative all'organizzazione penitenziaria", all'interno di un articolo intitolato "Distribuzione dei detenuti e degli internati negli istituti". Né sottolineerò che, in ogni caso, il lessico utilizzato rinvia, pur sempre, alla rieducazione e alla connessa costellazione semantica.⁽¹⁾

Quel che mi preme qui rilevare attiene ad un profilo più squisitamente filosofico-giuridico, rispetto al quale la norma in questione mi pare introduca in forma esplicita e, credo, del tutto inedita nell'ambito del discorso sul *come* punire l'affermazione che è necessario accertare la congruità fra il *fine* (perseguire la finalità rieducativa) ed i *mezzi* utilizzati (i programmi individualizzati di trattamento, inclusivi delle scelte concernenti l'assegnazione dei condannati ad un determinato circuito differenziato).

Introdurre nella norma un richiamo alla necessità (di più, all'obbligo) di riconoscere la relazione di consanguineità fra i mezzi e i fini («*Fra i mezzi e i fini c'è la stessa inviolabile relazione che esiste fra il seme e l'albero*» - Gandhi) in abbinamento all'accentuazione, contenuta nel secondo comma del primo articolo del Regolamento stesso e precedentemente richiamata, della proiezione che gli interventi devono assumere verso la trama delle relazioni personali e sociali delle persone condannate risulta, a mio parere, gravido di implicazioni di significativo spessore.

⁽¹⁾ Del resto, è del tutto comprensibile che «*Un sistema così tenacemente attraversato dalla retorica correzionale-riabilitativa... sia portato a declinare ogni cosa, anche "il nuovo", attraverso l'unico vocabolario che conosce, ovvero attraverso quello che conosce meglio*» (PAVARINI 2001: 129).

Penso al riverbero di tali implicazioni, oltre che sulla qualità dell'azione amministrativa in senso ampio, sulla direzione strategica degli interventi finalizzati al cambiamento delle condizioni personali e sociali che ostacolano «*la costruttiva partecipazione sociale*» delle persone condannate. Penso all'opportunità di avvalersi delle suggestioni offerte da tali riferimenti normativi, «*mantenendosi entro i confini di cambiamento definiti dal vincolo giuridico*» (PATRIZI 1997e: 90) per concepire come attraversati dal medesimo *filo rosso* sia l'impegno di contrastare attivamente gli effetti negativi indotti dalla privazione della libertà sia quello di promuovere la modificazione dei contesti delle organizzazioni che tale impegno devono supportare: l'assunzione del sistema dell'esecuzione penale come sistema complesso, in cui le persone e le organizzazioni sono parti in relazione e appartengono a più ampi sistemi interagenti, in cui le comunicazioni e le interazioni «*si estendono oltre il problema rappresentato dal singolo caso*» (PATRIZI 1997f: 90).

È in questo orizzonte di senso che credo possa iscriversi la trama di progettualità oggetto della presente trattazione.

Entrando nel merito delle premesse concettuali e metodologiche che ne costituiscono il fondamento, credo necessario dichiarare la mia adesione al paradigma costruzionista, caratterizzato dalla concezione della realtà come strettamente connessa ai nomi, ai concetti e ai costrutti analitici che gli uomini impiegano per descriverla, ma anche dal ritenere che i significati «*hanno origine e rilevanza nella cultura in cui sono stati creati*» (BRUNER 2001: 17). In tal senso, sono molto attenta da tempo – nell'alveo di una riflessione sulla centralità delle risorse umane nel processo di miglioramento della qualità del servizio reso – alle Teorie dell'azione organizzativa che collegano l'organizzazione nella sua dimensione processuale. Secondo tali Teorie struttura organizzativa e agire organizzativo non sono due entità separate da mettere in una sequenza causale gerarchica, ma due aspetti inscindibili dell'organizzazione; l'organizzazione non è uno strumento docile nelle mani di agenti capaci di massimizzarne l'utilità e non è un sistema dotato di razionalità oggettiva; l'azione presuppone delle decisioni che vanno decifrate nel contesto delle "premesse decisionali" entro il quale l'azione prende forma (ALBANO 2000).

Nell'approccio alla questione del cambiamento degli individui, dei gruppi e delle organizzazioni tale paradigma comporta il concepire il cambiamento stesso come agganciato ad

una molteplicità di principi regolativi, che sono al contempo condizione, ma anche conseguenza dell'agire degli individui.

Accogliendo una suggestione di Prigogine e Stengers utilizzata, di recente, da un autore che se ne è avvalso per una riflessione sulla progettazione nelle organizzazioni, ritengo che *«i sistemi complessi, quali sono anche le organizzazioni, evolvono secondo schemi che potremmo definire "ad albero". I punti di biforcazione corrispondono a modalità equivalenti di sviluppo. In questi sistemi non è possibile prevedere la direzione di crescita né è possibile una reversibilità del cambiamento. Come in un albero non possiamo sapere quale specifica direzione prenderà una gemma – ciò dipende da tutta una serie di variabili ambientali – così nei sistemi complessi nuove piccole iniziative (i piccoli rami) o segni di novità (le gemme) non sappiamo se e quanto potranno svilupparsi e in che direzione. ... Se vogliamo sviluppare la parte destra di un albero nel nostro giardino dovremo intervenire sui nuovi rami e sulle gemme per "assistere" il suo cambiamento, ma non potremo farlo se non presenta biforcazioni. Far cambiare direzione a un treno mentre viaggia sui binari è assai difficile, richiede grandi energie e può avere effetti disastrosi, come nel deragliamento. Salvo che in occasione di uno scambio (biforcazione): potremo allora, con l'immissione di piccole dosi di energia, intervenire per farlo procedere in una direzione altra»* (ORSENIGO 1999a: 49).

Considerata la possibilità che grandi sforzi suscitino grandi resistenze e, di conseguenza, non siano in grado di fornire i risultati attesi, da tempo mi ispiro a tale metafora per tentare di porre in essere, di concerto con altre componenti dell'ufficio, un sostegno al cambiamento che passi attraverso il presidio delle criticità rappresentate dalle "biforcazioni".

Tale sostegno tenta di esprimersi attraverso una strategia calibrata sulle incertezze e le turbolenze che attraversano incessantemente i contesti operativi interessati, modulata sulle informazioni altrettanto incessantemente raccolte e verificate, modificando l'azione in funzione delle informazioni raccolte e dei casi incontrati strada facendo. Una strategia attenta alla complessità etica del sistema giustizia e alla difficoltà, per i professionisti e le istituzioni che interagiscono nei diversi ruoli, di rintracciare linearità e coerenza fra norme penali, processuali, penitenziarie e aspettative socio-culturali e al loro confrontarsi con il fatto che la propria legittimazione ad operare nella giustizia ha caratteristiche contraddittorie e conflittuali, soprattutto sul piano etico (DE LEO 1990). Una strategia che fa perno su una

formazione che, sulle orme di Bateson, si configura, *«come processo nel quale colui che apprende si possa imbattere nei più svariati facilitatori di connessioni... e possa trarre giovamento da tutto ciò che incontra stabilendo nessi»* (DEMETRIO 1994: 237), costituendosi, per tale via, come fondamento dell'azione volta al cambiamento organizzativo (VERDE 1989: 26).

In tal senso, sono del parere che i Provveditorati regionali possano assumere un ruolo più significativo che in passato nel sostenere l'avvio di un processo di apprendimento organizzativo diffuso, un processo finalizzato all'innesto in tutte le realtà operative dei rispettivi territori di competenza di nuclei germinativi di innovazione in grado di favorire la riflessione, all'interno di contesti dominati da un'emergenza da tempo non più congiunturale, sull'esistenza di una irriducibile molteplicità di angolazioni, di punti di vista, di posizionamenti che i diversi attori in interazione intrattengono e sulla generazione di un incessante processo di mutuo adattamento di individui e contesti (CALLARI GALLI-HARRISON: 1992).

Ne consegue che la progettualità connessa si caratterizza per alcuni assunti: le organizzazioni si configurano come contesti di apprendimento continuo; formare, di conseguenza, significa favorire il riorientamento dei comportamenti delle persone e delle organizzazioni attraverso la fusione tra apprendimento e lavoro, un lavorare apprendendo in cui gli interventi formativi *off-the-job* sono soltanto punti di sostegno, rafforzamento o accelerazione di un processo ininterrotto; in tal senso, è opportuno puntare sul rinforzo della capacità di lavorare per progetti, dell'autoformazione individuale e di gruppo attraverso interventi che si collochino a cavallo tra la formazione e lo sviluppo organizzativo (TOMASSINI 1995); il cambiamento delle persone e delle organizzazioni è solo in parte prevedibile e governabile e la razionalità dell'agire sociale in un ambiente complesso è assolutamente limitata (Luhmann); la connessa opportunità di evitare *«ogni tentativo diretto di influenzare l'azione altrui puntando, piuttosto, all'allestimento di situazioni o contesti nei quali qualche cambiamento possa avvenire»* (BATESON 1997: 386).

1. La cornice normativa

Credo che uno dei principali ostacoli sulla via dell'innovazione sia rappresentato, per l'amministrazione penitenziaria, dalla difficoltà a concepire l'organizzazione come rete di pro-

cessi, come esito della mutua assunzione di impegni tra attori che intendono raggiungere un obiettivo attraverso forme di cooperazione, come rete di relazioni tra persone (e istituzioni) che producono flussi di transazioni costruttori di significati affatto influenti sulla realizzazione dei fini posti a fondamento dell'istituzione stessa.

Il rilancio dei valori fondativi dell'azione dell'amministrazione penitenziaria – concorrere al reinserimento sociale delle persone che hanno trasgredito il patto sociale o, almeno, non ostacolarlo – non può non passare, a mio parere, attraverso il diffondersi e il consolidarsi di competenze orientate allo sviluppo di una progettualità diffusa connotata dalla cifra dell'integrazione interprofessionale e interistituzionale, richiamata esplicitamente in più punti del nuovo Regolamento di esecuzione.

Anche la circolare avente per oggetto «Accordi di programma con le Regioni e i Comuni per lo sviluppo di azioni comuni, progetti, opere e servizi» (12 febbraio 2001), ricordando quanto previsto in materia dalla legge di bilancio per il triennio 2000-2003, sottolineava che:

«... l'evoluzione dei rapporti con le Regioni... per il coordinamento di iniziative e progetti condivisi ... richiedono lo sviluppo di un quadro di più intensa cooperazione istituzionale con l'amministrazione statale dal quale, in prospettiva, non sarà più possibile prescindere».

Ancora, la Relazione di programma acclusa al provvedimento di ripartizione dei fondi assegnati dal Ministro della Giustizia al Dipartimento e ai Provveditori regionali per il 2001 precisava:

«L'esigenza di attivare tutte le risorse e le opportunità del settore in un quadro di azioni sinergiche (concordate già dalla fase dell'ideazione e fino a quella della esecuzione e della verifica dei risultati) suggerisce di privilegiare gli interventi per obiettivi predeterminati e per progetti operativi sulla base di intese e di accordi di programma che coinvolgano tutti i soggetti istituzionali e a cui partecipino gli operatori privati o dell'associazionismo con proprie proposte o in adesione all'offerta di partenariato. Per la realizzazione di un sistema penitenziario gestibile e corrispondente a quello normativo, continuerà l'impegno per il rilancio delle iniziative in tema di attività di osservazione e trattamento, attraverso il potenziamento qualitativo dei servizi destinati al sostegno dei detenuti».

2. *L'esperienza in corso*

Credo che l'attività citata nell'introduzione possa aspirare a collocarsi nell'alveo dell'appena delineato *frame* normativo e culturale poiché ascrivibile al perseguimento contestuale di più obiettivi profondamente interconnessi, a partire dall'allargamento della base del consenso circa l'obiettivo di dare concretezza a quel mutamento culturale che deve rendere possibile una nuova attenzione ai risultati del servizio reso.

È in tale direzione, infatti, che procede l'impegno che da qualche tempo mi vede attiva, con altri, nella tessitura di una trama di progettualità interne ed esterne all'amministrazione penitenziaria finalizzata alla graduale sollecitazione di una diversa attenzione alla qualità dell'offerta di istruzione e formazione professionale alle persone detenute.

Ho cominciato col cogliere l'opportunità di affiancare l'Istituto Regionale per la Ricerca Educativa della Lombardia nella costruzione di un progetto nazionale scaturito dall'intenzione del Ministero dell'Istruzione di far uscire dal cono d'ombra la formazione degli adulti in esecuzione penale e di promuovere una riflessione in grado di favorirne il rilancio. Il progetto – conclusosi all'inizio del 2002 – si prefiggeva di realizzare l'analisi dei fattori di successo all'origine delle "buone pratiche" diffuse sul territorio nazionale e, per converso, di comprendere, fatte salve le specificità locali, gli elementi culturali e organizzativi in grado di dar conto delle criticità diffusamente riscontrabili.

Come anticipato, mi avvarrò, di seguito, operata un'analisi dei nodi culturali e organizzativi che caratterizzano il campo, dell'esperienza concretamente agita per sviluppare alcune riflessioni sulla progettazione, sull'integrazione tra progetti e sul ruolo che i Provveditorati regionali possono assumere nel supporto alla diffusione e al consolidamento di competenze utili per costruire strumenti ontologicamente coerenti con i richiamati nuovi paradigmi criminologici. Alludo, nella fattispecie, ad una progettazione che si caratterizzi per il riferimento all'**integrazione sia come metodologia che come finalità**. Un'integrazione da concepirsi non come tendenziale assimilazione dei diversi attori e dei diversi sistemi o, peggio, come avallo ad una surrettizia riaffermazione da parte del sistema penal-penitenziario del proprio monopolio assoluto su tutto quanto concerne "dare sofferenza legale" (PAVARINI 1992: 40) quanto, piuttosto, come esito naturale della constatazione delle interdipendenze, come produzione di sintesi

più pertinenti in grado di promuovere la trasformazione degli assetti autoreferenziali precedenti (PEPA 1992: 29).

In tal senso, il riferimento d'obbligo è ad una progettazione che parte dal presupposto che il cambiamento non è controllabile, è individuabile più come un processo che come un risultato, è il prodotto di interazioni non sempre prevedibili e avviene dentro ambiguità non eliminabili. Una progettazione che non è pianificazione, attenta alla ricerca delle generalizzazioni e delle uniformità. Una progettazione che va oltre il *problem solving*, focalizzato sulla ricerca delle migliori soluzioni possibili ai problemi che via via si pongono. Una progettazione che non è qualcosa di staccato dalla gestione organizzativa, ma ad essa è strettamente collegata, in quanto interna ad una prospettiva che mette in discussione la linearità del modello "progetto-azione-cambiamento" tipica del mito aziendale. Una progettazione, che si avvale dell'idea, derivata dall'osservazione di ciò che accade nelle organizzazioni (MINTZBERG 1991), *«di una diversa sequenza, circolare o intrecciata, in cui le azioni possono anticipare e determinare progetti, in cui i cambiamenti, a volte anche accidentali e spesso dalle origini assai complesse, possono a posteriori essere giustificati e inquadrati, per essere rappresentati come chiari e lineari. Ciò perché i cambiamenti si sviluppano attraverso forme di autorganizzazione, secondo traiettorie non lineari, caratterizzate da oscillazioni, incidenti, ambiguità, oltre che da progetti ben studiati»* (ORSENIGO 1999b: 21). Una progettazione, infine, che non contempla la suddivisione tra pensiero e azione perché *«l'azione stessa permette di conoscere»* (OLIVETTI MANOUKIAN 1999a: 8). Una progettazione in grado di favorire il riconoscimento e l'attivazione dell'intrinseco collegamento fra il livello individuale, il livello organizzativo e il livello sociale (OLIVETTI MANOUKIAN 1999b: 117).

È opportuno, peraltro, precisare che penso ad un supporto alla progettazione inquadrabile nella prospettiva della **consulenza di processo** intesa come una pratica nella quale *«chi interviene (consulente o manager) mette in atto una pratica di ricerca e azione volta all'implicazione dell'insieme delle persone coinvolte che fanno tutte parte del campo di intervento»* (KANEKLIN 1992: XI).

2.1. Il contesto organizzativo. Un'analisi di alcuni nodi critici

Il contesto organizzativo dell'amministrazione penitenziaria è caratterizzato dall'incessante quanto obbligato riferimento per

gli attori al metacontesto costituito dalle norme del diritto sostanziale, processuale e penale e ad una *mission* polisemica in cui coesistono costrutti antinomici (sicurezza/trattamento, aiuto/controllo, promozione di *empowerment*/incapacitazione) che agli attori compete far dialogare e temperare.

La complessità di tale mandato grava in diversa forma e con diverse sfumature su tutti gli operatori, istituzionali e non, chiamati a farsene carico: i direttori degli istituti di pena e dei Centri di Servizio Sociale, il personale responsabile della sicurezza, il personale socio-pedagogico, i consulenti, gli insegnanti dei corsi di istruzione e formazione professionale, gli operatori dei servizi sociali e sanitari territoriali, i cittadini che volontariamente impiegano parte del proprio tempo per mantenere il collegamento fra tempi e luoghi della pena e tempi e luoghi della libertà, il privato sociale, i rappresentanti di enti locali cointeressati alla gestione dell'esecuzione penale.

Si tratta di una congerie di soggetti e di linguaggi, di mandati istituzionali, professionali e sociali portatori di specificità di rilevante spessore e variamente articolate, specificità cariche delle storie delle persone che le incarnano, dei servizi, delle associazioni e delle istituzioni di provenienza, dei territori in cui vivono e operano. L'incontro fra queste persone (e organizzazioni, storie, mandati, linguaggi...), potenzialmente assai fertile, viene più spesso percepito come una fatica al limite della sostenibilità, una fatica connessa prevalentemente, mi pare, alla simmetria dei ruoli e delle aspettative e alla diffusa presenza di rappresentazioni del cambiamento che diventano il principale ostacolo al cambiamento stesso.

Entrando nel merito e operando qualche semplificazione, è frequente che si confrontino *teorie in uso* (WEICK 1997) che portano gli appartenenti all'amministrazione penitenziaria ad esercitare forme di intervento sbilanciate sul versante del controllo penale e gli appartenenti ad altri servizi e/o istituzioni a mettere fra parentesi l'obbligato (quanto ingombrante) riferimento al metacontesto giuridico. E ciò nonostante le *teorie dichiarate* implicino il comune fare riferimento alla cd. prevenzione speciale come a un complesso di interventi unitariamente volto al reinserimento sociale delle persone condannate attraverso il temperamento delle esigenze di difesa sociale e la promozione di offerte mirate a rendere possibile quel reinserimento. In questo senso, ancora semplificando, accade di frequente che gli appartenenti all'amministrazione penitenziaria tendano a leggere alcuni interventi degli altri soggetti

come velleitari e che, per converso, gli operatori *altri* non sfuggano alla tentazione di vedere ovunque resistenze connesse al malcelato desiderio di conservare il fattuale monopolio della gestione dell'esecuzione penale. L'una e l'altra parte tendono a chiedersi simmetriche rinunce e avvicinamenti ai territori di rispettiva competenza attraverso processi di fronteggiamento che si risolvono spesso in una fattuale *impasse* se non in aperte conflittualità.

Rispetto al cambiamento, prevalgono rappresentazioni semplificate che identificano quest'ultimo con un risultato piuttosto che con un processo, come l'esito di un atto sostanzialmente volitivo che può essere soddisfacente solo se realizza per intero i suoi obiettivi, come frutto di connessioni lineari fra persone/eventi che imprimono l'*input* e il cambiamento desiderato. In ogni caso, è soprattutto agli altri che si chiede di cambiare e, nell'attesa di cambiamenti drammatici, si rinuncia a perseguire i cambiamenti possibili.

In questa situazione, è comprensibile come la pur prescritta apertura alla progettazione integrata sia destinata ad incontrare una diffusa resistenza. Peraltro, non è possibile sot tacere che la polisemia della *mission* affidata agli organi istituzionalmente deputati ad amministrare l'esecuzione penale comporta una perdurante difficoltà a far assurgere la predisposizione dell'offerta di opportunità di reinserimento sociale al rango di *core business* dell'azione organizzativa e istituzionale. Ne consegue, sul fronte dell'amministrazione penitenziaria, l'inclinazione a mantenere comportamenti autoreferenziali e, in qualche misura, a marginalizzare le attività connesse a quell'offerta e gli operatori, interni o esterni all'amministrazione, chiamati a cogestire l'offerta stessa. Sicché non è infrequente che negli istituti di pena si moltiplichino le aree di progettazione e che ciascuna delle aree provi un interesse assai modesto per i progetti altrui investendo prevalentemente sui propri. In questo caso, *«l'integrazione avviene per affiancamento, senza un disegno d'insieme, essendo per contro comune il progetto di fare ognuno ciò che vuole nel suo spazio organizzativo»* (ORSENIGO 1999c: 141).

Nonostante tali difficoltà, in alcune realtà, grazie ad alcune congiunture favorevoli, va emergendo la consapevolezza che lavorare nell'area dell'esecuzione penale deve comportare la conquista di un diverso senso di appartenenza, l'acquisizione di competenze interfunzionali e interistituzionali che consentano alle persone e ai progetti di liberare le proprie poten-

zialità generatrici lavorando in quello spazio *ecologico* in cui tutti gli attori si implicano nella ricerca di un lessico proprio di quello spazio, diverso da quelli dei contesti professionali e istituzionali di provenienza.

È proprio nella promozione e nella diffusione di questa nuova, diversa sensibilità che credo che i Provveditorati regionali possano assumere un ruolo di rilevante significato poiché sono persuasa che

«il riuscire a integrare progetti, a collegare persone, a costruire significati condivisi, a dare un senso alle diversità che convivono nell'organizzazione, oltre che produttivo per il servizio o l'azienda, è colto dai singoli come segno di capacità generativa. Per contro, la frammentazione è sentita come il prodotto non solo dell'incapacità, dei limiti nel riuscire a coniugare i diversi desideri e progetti, ma anche come il risultato della distruttività attiva nell'organizzazione e in noi stessi. L'essere parte di un'organizzazione in grado di integrare progetti differenti protegge sia la sua capacità produttiva sia le persone che ne fanno parte» (ORSENIGO 1999d: 134).

2.2. Le direttrici dell'intervento

È all'interno di questo orizzonte di senso che da tempo lavoro per favorire una progettazione capace di tener conto compiutamente del fatto che nelle organizzazioni e, a maggior ragione, nel dialogo fra diverse organizzazioni ciascuno dei soggetti in campo attribuisce significati agli eventi e alle azioni a seconda dei processi mentali attivati e che, pertanto, è necessario pensare alla progettazione come a *«un processo che volta per volta costruisce, con i diversi attori del progetto, il significato e il senso delle azioni da intraprendere»*, in un'ottica di ricerca e di esplorazione in cui il *manager* assume il ruolo di "consulente di processo".

Si tratta di un ruolo fondato su un modello secondo il quale *«il cliente possiede il problema all'inizio e per tutta la durata del processo di consulenza»* (SCHEIN 1992: 28) e il *manager/consulente* di processo può essere determinante nel portare le persone e i gruppi ad affinare le proprie capacità di identificare e risolvere i problemi, suggerire idee e alternative alle quali le persone e i gruppi non hanno pensato al contempo incoraggiandoli ad assumersi la responsabilità finale della decisione operativa e delle azioni da intraprendere. Nella

consulenza di processo **diagnosi e intervento sono inscindibili**. Il solo fatto di porre domande o sollevare questioni costituisce di per sé un intervento poiché rende evidente la percezione di un problema meritevole di attenzione.

Nel progetto concernente il miglioramento della qualità dell'offerta di istruzione alle persone detenute (implicante il miglioramento dei processi organizzativi che quell'offerta devono supportare) sono da qualche tempo impegnata nello sforzo di partecipare con gli altri attori (i referenti dell'IRRE, quelli dell'Ufficio Scolastico Regionale, quelli del Coordinamento regionale delle iniziative in materia di Educazione degli Adulti, alcuni docenti già impegnati negli istituti di pena, quelli del competente Assessorato regionale) alla costruzione di un processo caratterizzato *«da un investimento accentuato sulla condivisione non solo del progetto, ma del processo stesso di costruzione concepito come parte integrante della progettazione»* (ORSENIGO 1999e: 147).

Tale processo di costruzione ha preso avvio dalla ricerca di condivisione circa la natura dei requisiti di un'offerta formativa in grado di sostenere effettivamente le persone detenute nel loro percorso di reinserimento sociale.

Siamo giunti, nel tempo, a convenire, in tal senso, che le persone iscritte ai corsi di istruzione/formazione: devono poter portare a termine i corsi e, nel caso di trasferimenti, devono poter proseguire i medesimi in un altro istituto di pena; devono poter coniugare la frequenza delle attività formative con l'espletamento di un'attività lavorativa; devono poter accedere all'aula senza ritardi; devono potersi avvalere del maggior numero possibile di sussidi, a partire dalla consultazione dei libri disponibili presso la biblioteca dell'istituto; devono poter fruire di un'offerta qualitativamente adeguata al loro *status* di adulti e, dunque, adatta a favorire il recupero dei crediti formativi e a consentire loro di formarsi tenendo conto anche della necessità di reinserimento nel mondo del lavoro; devono poter avvalersi di una programmazione didattica coerente con gli obiettivi sopra citati.

Ci siamo, peraltro, avvalsi, in tale indagine, di quanto sancito in materia dal nuovo Regolamento di esecuzione il cui varo ha conferito, attraverso gli artt. 41/46, una più decisa enfasi ai processi che devono supportare l'attuazione di quegli elementi positivi del *trattamento* identificati con l'istruzione e la formazione professionale.

Abbiamo proceduto nella costruzione di significati condivisi e nell'integrazione fra le diverse progettualità consapevol-

mente e inconsapevolmente all'opera allestendo una serie di occasioni di confronto con e fra i diversi attori⁽²⁾.

Ne è emersa la conferma che: le persone detenute iscritte ai corsi di istruzione/formazione vengono di frequente trasferite – contrariamente a quanto sancito dal dell'art. 41 del Regolamento di esecuzione (co. 4) – prima del termine dei corsi medesimi; i trasferimenti avvengono, con altrettanta frequenza, senza che si attivino le procedure previste dal medesimo articolo per valutarne l'opportunità; salvo che in alcune realtà d'eccellenza, il Piano dell'Offerta Formativa non viene predisposto; non sono ancora state istituite le Commissioni didattiche previste, ancora ai sensi dell'art. 41 (co. 6) del Regolamento, per supportare la programmazione e l'implementazione delle relative attività.

2. I passi ulteriori

Superata la fase di impegno prevalentemente esterno, conseguito il risultato di essere identificata dai soggetti a vario titolo attivi sulla scena quale *partner* a pieno titolo coinvolta nel perseguimento di obiettivi di miglioramento ormai percepiti come comuni, la tappa successiva del percorso ha comportato l'affrontare, sul fronte interno all'amministrazione penitenziaria, il problema della "creazione dei clienti interni". Tale

⁽²⁾ L'organizzazione di un seminario regionale volto a costruire una prima ricognizione dello stato dell'arte rivolto ai soli docenti impegnati nelle carceri lombarde (*aprile 2000*);

l'organizzazione di un intervento tutto lombardo ad un seminario nazionale rivolto ai referenti di tutti gli IRRE del paese in cui ho sostenuto i protagonisti di alcune "buone pratiche" (docenti e operatori penitenziari) nello sforzo di definire e raccontare congiuntamente le proprie esperienze (*settembre 2000*);

la co-costruzione di un modulo formativo per insegnanti interessati ad approfondire la conoscenza del settore dell'esecuzione penale cui hanno partecipato operatori istituzionali e non (*novembre 2000*);

l'allestimento di un nuovo seminario nazionale rivolto ai referenti di tutti gli IRRE del paese concepito come ricognizione delle iniziative germinate a partire dall'*input* offerto nell'anno precedente (*aprile 2001*);

l'organizzazione del primo incontro fra il Provveditore regionale e il neo-Direttore dell'Ufficio Scolastico Regionale (*maggio 2001*) e la conseguente programmazione di iniziative in grado di costituire presupposto per la realizzazione, secondo tempi da convenirsi, della prima Conferenza regionale dei Servizi relativa alle attività di istruzione e formazione negli istituti di pena lombardi per adulti.

problema è direttamente connesso al fatto che, allo stato, le citate criticità – a mio parere, in qualche misura, connesse all'ontologica resistenza del carcere al cambiamento – sono state rappresentate dai soggetti istituzionali deputati (fra i quali ci sono presidi e docenti da poco entrati in contatto col settore penitenziario, per intuibili ragioni molto sensibili alle difficoltà connesse a climi organizzativi non particolarmente accoglienti) e non dagli *staff* degli istituti di pena (all'interno dei quali prevalgono operatori con una anzianità di servizio medio-lunga che, verosimilmente, talora incoraggia a concepire tali climi come parte integrante delle *routines* operative). In tal senso, affrontare, il problema della "creazione dei clienti interni", come definito da Schein, si palesa come particolarmente importante per indurre la visibilizzazione dei problemi in campo, per mitigare le resistenze che possono avere origine dalla necessità delle persone di proteggere la propria identità sociale, per esprimere attenzione circa la capacità delle persone e dei gruppi cui appartengono di lavorare costruttivamente alla risoluzione del problema e circa il sostegno che in tal senso il Provveditorato regionale è disposto a fornire.

Sempre nell'alveo dell'utilizzazione della metodologia della consulenza di processo, di recente è stata trasmessa agli operatori in servizio nelle realtà operative locali la richiesta di sostenere il Provveditorato regionale – nell'ambito delle attività che devono concorrere alla graduale applicazione delle novità introdotte dal D.P.R. 230/2000 – nella ricerca intorno alle condizioni che possono portare, entro la fine dell'anno in corso, all'istituzione presso ciascun istituto di pena delle Commissioni didattiche, organismi concepiti dal citato Regolamento come strumenti al servizio della programmazione congiunta delle attività didattiche e, dunque, del miglioramento della qualità dell'offerta di formazione alle persone detenute e della stabilità della relativa fruizione ponendo l'obiettivo di una sensibile riduzione della percentuale dei trasferimenti di persone iscritte a corsi scolastici o professionali.

È stata evidenziata l'opportunità di realizzare tale esplorazione preliminare insieme a rappresentanze di dirigenti scolastici e del corpo docente, nel corso di una o più riunioni *ad hoc*, perseguendo, per tale via, l'obiettivo di sollecitare forme di lavoro congiunto che, in quanto finalizzate all'integrazione, appaiono idonee a favorire l'integrazione. «*L'integrazione nella progettazione risulta tanto più profonda e articolata quanto più sono condivisi i valori di fondo; quando cioè in un ser-*

vizio i membri ... sono impegnati nella costruzione di sistemi di riferimento circa ciò che "è giusto fare" sul lavoro» (ORSE-NIGO 1999f: 149).

La condivisione del senso dell'impegnarsi può, peraltro, costituire una prospettiva comune entro cui diventano più accettabili la differenziazione, la negoziazione, il compromesso, il conflitto e alimenta un circolo virtuoso in cui lo sperimentare la capacità organizzativa alimenta a sua volta la fiducia nella possibilità di costruire sistemi condivisi di senso. In tal modo, *«gli attori organizzativi possono vedersi in un ruolo di soggetti non solo protetti e orientati da valori dati, ma anche come coautori del senso dell'esistenza del proprio servizio»*(ORSE-NIGO 1999g: 149).

Completata la fase esplorativa, è prevista la restituzione agli operatori delle informazioni ricevute dal Provveditorato allo scopo di favorire il loro coinvolgimento nel processo di diagnosi dei problemi in campo. Tale processo di feedback *"dovrebbe stimolarli a mantenere il possesso del problema"* e consentirà di verificare insieme a loro l'accuratezza dei dati forniti/ricevuti; di chiedere ai gruppi di suddividere i problemi identificati indicando quelli sui quali possono intervenire direttamente e quali invece ritengono debbano essere affrontati diversamente, favorendo l'identificazione del livello migliore per affrontare ogni problema dato (SCHEIN 1992b: 166).

L'obiettivo perseguito, in questo caso, è quello di favorire **l'identificazione congiunta sia dei nodi critici che degli obiettivi di miglioramento** in vista della promozione, attraverso la costituzione delle Commissioni didattiche, *a)* di un ampliamento delle opportunità di accesso delle persone detenute all'istruzione/formazione; *b)* di una apprezzabile riduzione del tasso dei trasferimenti di iscritti ai relativi corsi; *c)* di un ampliamento delle capacità di progettazione integrata e degli ambiti di integrazione operativa; *d)* dell'apertura di stabili canali di comunicazione e della costituzione di poli di coordinamento fra docenti dei sistemi deputati all'erogazione di interventi in materia e *staff* degli istituti di pena chiamati ad allestire le condizioni più favorevoli all'implementazione di tali interventi.

In questa direzione, il Provveditorato regionale, nel farsi carico dei problemi di propria competenza (quali i trasferimenti in ambito distrettuale), potrà procedere, d'intesa con gli altri soggetti istituzionali, alla programmazione della prima Conferenza regionale dei Servizi implicati nell'offerta alle persone

detenute di opportunità di istruzione e formazione professionale. Quest'ultima potrà, auspicabilmente, favorire la concertazione fra i vari attori di iniziative da realizzare a supporto delle Commissioni didattiche e, più in generale, dell'integrazione progettuale ed operativa quali, ad esempio, l'implementazione di canali comunicativi e poli di coordinamento orizzontali e verticali e momenti di formazione congiunta, molto utili, in genere, per consentire l'elaborazione informale di questioni che le regole culturali d'interazione spesso non consentono di ammettere e/o affrontare. La Conferenza sarà, peraltro, concepita come tappa di avvicinamento alla realizzazione di *accordi di programma* fra i diversi attori coinvolti finalizzati alla definizione dei rispettivi impegni, delle linee caratterizzanti la comune progettualità, delle modalità di interazione e di valutazione della operatività posta in essere.

Invertendo una procedura da tempo invalsa e dimostratamente poco feconda, gli accordi in questione dovrebbero diventare non la pre-condizione dell'integrazione, ma l'esito di una sperimentazione sul campo di modelli di co-funzionamento, mera formalizzazione di uno sforzo di sistematizzazione da tempo in corso e, dunque, suggello di una progettualità già condivisa sia nel merito che nel metodo.

Altro importante tassello della progettualità *in progress* è l'**intenso programma di formazione congiunta** varato allo scopo di supportare anche per tale via la graduale costruzione di significati il più possibile affini:

il progetto "Il sistema in-formazione" – cofinanziato dalla Regione Lombardia e dal Fondo Sociale Europeo – si prefigge, attraverso nove azioni formative che investiranno l'intero distretto, di sostenere e **orientare i processi di servizio** posti in essere dai terminali locali dei sistemi cointeressati nell'offerta in argomento (coincidenti, in parte, con i componenti delle Commissioni didattiche e con i referenti locali delle medesime);

il progetto "Per il sistema in-formazione" – ammesso a finanziamento dall'Istituto Superiore di Studi Penitenziari – integrerà e affiancherà il progetto sopra citato attraverso una formazione/consulenza che coinvolgerà il *management* di supporto ai responsabili regionali dei sistemi coinvolti nell'offerta di istruzione e formazione professionale alle persone in esecuzione di pena. Attraverso tale progetto si intende perseguire la finalità di sostenere e **orientare i processi di direzione e controllo** posti in essere dalle componenti dei siste-

mi, formali e non, che, ad un livello strategico regionale, concorrono, ai sensi della normativa vigente in materia, alla definizione, alla gestione e allo sviluppo degli interventi nel campo in esame.

Entrambi i progetti hanno a proprio fondamento l'attenzione alla necessità, su cui sempre più convengono gli esperti della formazione, di perseguire, al di là della considerazione delle differenze dei ruoli professionali e istituzionali, una «*competenza sovralfunzionale capace di includere l'altro nel proprio ragionamento specialistico... e di interrelare le funzioni di pertinenza del ruolo con le competenze di altre figure professionali e con le politiche con cui l'organizzazione di appartenenza affronta il dialogo con l'esterno*» (PATRIZI 1995: 16-17). Il che significa porre al centro dell'azione formativa, oltre ai contenuti, le dimensioni processuali e la produzione di acquisizioni applicabili anche ad altri contenuti e contesti (PATRIZI 1995: 17-18). Tali opzioni consentono, peraltro, di assumere un *focus* contestuale, teso, cioè, ad includere nello stesso orizzonte visuale sia gli attori dell'offerta formativa ai condannati che i condannati interlocutori dell'offerta stessa (CIARDIELLO 2001: 23). Il che, a mio parere, è suscettibile, secondo un modello di circolarità ricorsiva, di implicazioni rispetto ad una molteplicità di profili.

In primo luogo, rispetto ad una sollecitazione dei protagonisti alla riconcettualizzazione delle prassi operative, dei modelli che ispirano l'assunzione del ruolo e forniscono i criteri di interpretazione della legge (PATRIZI 1995: 14) nella (auspicata) direzione di un riorientamento dei medesimi verso nuovi approcci alla funzione trattamentale e formativa; approcci che progressivamente si distolgano dal *paradigma del deficit*, «*espressione sintetica che intende lumeggiare l'aspetto sociologico della **mancanza** come causa cui attribuire la condizione della "devianza": mancanza di opportunità, di educazione, di risorse, di cultura; forse anche mancanza di intelligenza, di carattere, di volontà*» (MARCHIORO 2000: 6) e, dunque, maggiormente attenti alle dimensioni interattive e di contesto.

In secondo luogo, a favorire la sperimentazione di capacità di metacognizione che possano essere trasferite, oltre che nell'attuazione di pratiche di progettazione congiunta e integrata, nella relazione educativo-formativa con le persone condannate. In fondo, come scrive Morin, la prima finalità dell'insegnamento, già definita a suo tempo da Montaigne, con-

siste nel prefiggersi l'obiettivo di promuovere la formazione di "una testa ben fatta": più che l'accumulo del sapere è molto più importante disporre di un'attitudine generale a porre e a trattare i problemi, ma anche di principi organizzatori che permettano di collegare i saperi e di dare loro senso (MORIN 2000: 16).

Ancora, sollecitare l'attenzione alle dimensioni processuali, contestuali e interattive dell'azione dovrebbe favorire l'aumento della sensibilità a cogliere la dimensione processuale della qualità dei servizi alla persona, caratterizzati in modo peculiare dalla dimensione relazionale e dialogica del processo di produzione (FAZZI 2001: 21).

Conclusioni

Mi piace l'idea secondo la quale chi intenda « *la progettazione come ricerca-azione deve accompagnare il processo di costruzione degli obiettivi attraverso la costituzione di "luoghi di conversazione" tra i diversi attori del progetto, al fine di facilitare la costruzione di significati delle azioni-visioni sufficientemente condivisi e comuni da mobilitare le risorse emotive e cognitive di ciascun attore* » (D'ANGELLA-ORSENIGO 1999: 65). « *Il ruolo di catalizzatore può servire come canale di comunicazione fra due parti dell'organizzazione che per una ragione o per l'altra non possono parlarsi direttamente. Nell'ottica della consulenza di processo, l'obiettivo in situazioni simili è di svolgere quel ruolo solo finché ciò è necessario per aiutare l'organizzazione a sviluppare i propri canali di comunicazione e di feedback per il futuro* » (SCHEIN 1992c: 179).

È proprio in questi termini che penso al mio lavoro e al ruolo del Provveditorato regionale e mi piace quella "capacità negativa" che Lanzara ritiene debba essere appannaggio di colui che progetta secondo l'approccio dell'indagine esplorativa: la capacità, in altri termini, (...) « *di essere vulnerabile al dubbio... senza volere a tutti i costi e rapidamente pervenire a fatti e a motivi certi ... essere capaci di accontentarsi di mezze conoscenze e di mantenere le cose in una sorta di animazione sospesa* » (LANZARA 1993: 13).

Mi pare che tale capacità sia l'indispensabile premessa di una *imprenditività* che torni ad aver voglia di esprimersi, nonostante la molteplicità, la contraddittorietà, il disordine, a sostegno degli orientamenti di valore che devono costituire l'oriz-

zonte di senso in cui inscrivere le incertezze, i rischi, la fatica del lavoro al servizio della collettività. Una fatica che – rispetto al sistema dell'esecuzione penale – concepisco strettamente connessa alla finalità di affrontare il problema del *se*, del *come* e del *quanto* punire secondo un approccio che punti a restituire il diritto ad una dimensione ecologica. Un approccio capace di farsi carico compiutamente della corresponsabilità sociale nella genesi della devianza (EUSEBI 1994) e della correlata necessità che la comunità assuma come impegno non delegabile il reinserimento sociale dei trasgressori della norma penale.

«Bisogna ricominciare a fare un lavoro a ritroso non per riaffermare, come si diceva in maniera assolutoria anni fa, che il crimine è prodotto **dalla** società, ma per restituire una dimensione ecologica al problema della trasgressione, della devianza. La qual cosa consiste esattamente in questo: che il crimine si produce **dentro** la società e che sempre dentro la società bisogna trovare i rimedi» (RESTA 1996: 7).

BIBLIOGRAFIA

ALBANO R. (2000), *La razionalità del processo organizzativo*, in ALBANO R.-MARZANO M. (a cura di), *L'organizzazione del servizio sociale*, Franco Angeli, Milano.

BATESON G. (1997), *Una sacra unità. Altri passi verso un'ecologia della mente*, Adelphi, Milano.

BRUNER J.S. (2001), *La cultura dell'educazione. Nuovi orizzonti per la scuola*, Feltrinelli, Milano.

CALLARI GALLI M.-HARRISON G. (1992), *La cultura nascosta: questioni formative in una prospettiva antropologico-culturale*, in L. PEPA (a cura di) *"La nostra Bastiglia. La sfida della formazione fra repressione e presa in carico della devianza"*, Edizioni Gruppo Abele, Torino.

CIARDIELLO P. (2001), *L'integrazione, fondamento dell'offerta formativa per gli adulti in esecuzione penale*, in "Informazioni CISEM. Scuola e territorio", anno XVII, n. 7-8.

DAGA L. (1990), lemma "Trattamento penitenziario", in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore, Milano.

D'ANGELLA F.-ORSENIGO A. (1999), *Tre approcci alla progettazione*, in *"La progettazione sociale"*, Quaderni di animazione e formazione, Edizioni Gruppo Abele, Torino.

DE LEO G. (1990), *Aspetti etici del lavoro sociale nella giustizia*, in *Bollettino dell'Association Europeenne des Travailleurs Sociaux dans la Justice*.

DEMETRIO D. (1991), *Bateson e la formazione. Due dialoghi immaginari*, in MANGHI S. (a cura di) *"Attraverso Bateson". Ecologia della mente e relazioni sociali*, Anabasi, Milano.

EUSEBI L. (1989), *La pena in crisi*, Morcelliana, Brescia.

FAZZI L. (2001), *Tre connotazioni della qualità nei servizi sociali*, in *"Animazione Sociale"*, n. 5, Edizioni Gruppo Abele, Torino.

- GIANFROTTA F. (1999), *Gli obiettivi dell'amministrazione penitenziaria*, in *Atti del Convegno "L'amministrazione penitenziaria del 2000: un nuovo modello organizzativo"*, in "Rassegna penitenziaria e criminologica", n. 1, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma.
- KANEKLIN C. (1992), *Prefazione all'edizione italiana*, in Schein E., *Lezioni di consulenza*, Raffaello Cortina, Milano.
- LANZARA G.F. (1993), *Capacità negativa. Competenza progettuale e modelli di intervento nelle organizzazioni*, Il Mulino, Bologna.
- MARCHIORO S. (2000), *Bisogni formativi di adulti in situazione di detenzione*, in "Innovazione educativa", n. 5/2000, IRRE Emilia-Romagna.
- MINTZBERG H.I. (1991), *Management mito e realtà*, Garzanti, Milano.
- MORIN E. (2000), *La testa ben fatta. Riforma dell'insegnamento e riforma del pensiero*, Raffaello Cortina Editore, Milano.
- MOSCONI G. (2001), *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in "Rassegna penitenziaria e criminologica", n. 1-3, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma.
- OLIVETTI MANOUKIAN F. (1999), in "La progettazione sociale", Quaderni di animazione e formazione, Edizioni Gruppo Abele, Torino.
- ORSENGIO A. (1999a), *Cambiamenti organizzativi*, in "La progettazione sociale", Quaderni di animazione e formazione, Edizioni Gruppo Abele, Torino.
- ORSENGIO A. (1999b), *Il cambiamento nei servizi pubblici tra mito e realtà*, in "La progettazione sociale", Quaderni di animazione e formazione, Edizioni Gruppo Abele, Torino.
- ORSENGIO A. (1999c, d, e, f, g, h), *L'interazione tra progetti*, in "La progettazione sociale", Quaderni di animazione e formazione, Edizioni Gruppo Abele, Torino.
- PATRIZI P. (1997), *Psicologia e contesto penitenziario*, in "Rassegna penitenziaria e criminologica", n. 1-2, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma.
- PAVARINI M. (2001), *Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessioni su una "recherche"*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 1-3, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma.
- PEPA L. (1992), *La risorsa umana nei servizi*, in L. PEPA (a cura di) "La nostra Bastiglia. La sfida della formazione fra repressione e presa in carico della devianza", Edizioni Gruppo Abele, Torino.
- RESTA E. (1996), *Atti I Seminario Ciclo sulla Riforma del Codice Penale "L'ingombro del penale"*, Roma 13 maggio 1996, Agenzia dei Servizi Interparlamentari.
- SCHEIN E. (1992a, b, c), *Lezioni di consulenza*, Raffaello Cortina, Milano.
- TAMBURINO G., *Conoscere il carcere*, in "Micromega", n. 1-2000, Gruppo Editoriale "L'Espresso", Roma.
- WEICK K.E. (1997), *Senso e significato nell'organizzazione*, Raffaello Cortina Editore, Milano.

RIASSUNTO

Attraverso la riflessione sulla propria esperienza professionale, l'Autrice affronta il tema del ruolo che i Provveditorati Regionali dell'Amministrazione Penitenziaria possono assumere nel supportare gli istituti di pena e dei Centri di Servizio Sociale per Adulti nell'avvio di processi in grado di favorire l'implementazione e il consolidamento di modelli operativi fondati sulla progettazione integrata. Quest'ultima viene concepita come strumento di elezione per

la sollecitazione di innovazione delle politiche concernenti l'esecuzione penale, con particolare riferimento alla promozione dell'integrazione degli interventi in materia di istruzione, formazione professionale e politiche attive del lavoro in una prospettiva attenta alla teoria e alla pratica del *lifelong learning* come supporto del diritto alla cittadinanza e alla valorizzazione delle marginalità.

L'integrazione fra professioni, ruoli e istituzioni, infatti, va progressivamente affermandosi come chiave di volta delle azioni volte al perseguimento dei fini propri dell'intera amministrazione pubblica e all'innovazione della medesima in termini di orientamento alla qualità, al risultato e alla valutazione dell'azione amministrativa.

In tal senso, l'Autrice è del parere che sia di fondamentale importanza che le competenze presenti nelle realtà operative locali vengano gestite strategicamente attraverso l'implicazione diretta delle persone e delle organizzazioni. Tale implicazione appare favorita dal porre in essere interventi attenti al potenziamento delle risorse presenti attraverso forme di consulenza che supportino l'affinamento delle capacità di identificazione e soluzione dei problemi.

La progettazione, pertanto, viene concepita in un'ottica di ricerca ed esplorazione ed è caratterizzata da un forte investimento sul processo stesso di costruzione in quanto parte integrante della progettazione medesima.

Sullo sfondo, la persuasione dell'Autrice circa l'opportunità di avvalersi delle suggestioni offerte da alcune delle innovazioni introdotte dal nuovo Regolamento di esecuzione per concepire come attraversati dal medesimo filo rosso (un'ottica che privilegi le dimensioni interattive e di contesto) sia l'impegno di contrastare attivamente gli effetti negativi indotti dalla privazione della libertà sia quello di promuovere la modificazione dei contesti delle organizzazioni che tale impegno devono supportare. In tal senso, è importante considerare che struttura organizzativa e agire organizzativo sono inseparabili; che il cambiamento può solo essere favorito; che facilitare la costruzione di significati condivisi tra i diversi attori a vario titolo coinvolti può contribuire al rilancio di un'imprenditorialità attenta al sostegno degli orientamenti di valore che devono caratterizzare l'impegno collettivo rispetto al reinserimento sociale dei trasgressori della norma penale.

SUMMARY

Reflecting on her own professional experience, the author deals with the theme of the role of Regional Penitentiary Administration Office to support the Penal Institutes and the Social Centres for adults to implement and consolidate operative models founded on the integrated plan.

In particular, this last one is thought like principal instrument for the innovation of the policy of penal execution with particular reference to the promotion and integration of interventions related to instruction, vocational training and active work policy, based on the theory and the practice of the "lifelong learning" to support the citizenship rights and to revalue the marginality.

The integration between professional, rules and institutions is always more important to pursue the aims of the whole public administration and to innovate it in terms of quality orientation, result and valuation of the administrative action.

The author thinks that is very important that the competences of the local operative reality are managed with the direct implication of the persons and the organizations.

This is favourite by the development of the present resources with consultation activity that improve the capacity to identify and solve the problems.

So, the plan is thought like research and exploration and it is characterized by a strong investment on the construction process, because integral part of the plan.

The author is persuaded of the opportunity to use the innovations introduced by the new execution regulation to conceive the commitment to oppose actively the negative effects of detention.

It is important to consider that the change can be favourite and that is allowed to contribute to support the collective commitment to the social reintegration of the transgressor of the penal law.

RÉSUMÉ

À travers la réflexion sur sa propre expérience professionnelle, l'auteur affronte le thème du rôle que les Directions Régionales de l'Administration Penitentiaire peuvent assumer dans le support des établissements penitentiaires et des services de probation (CSSA) dans la mise en marche des processus que favorisent le consolidation de modèles operatifs fondés sur la projection intégrée. Cette dernière est conçue comme instrument d'élection pour la sollicitation de l'innovation des politiques concernant l'exécution penale, en rapport, en particulier, avec la promotion de l'intégration des interventions d'instruction, formation professionnelle et politiques actives du travail dans une prospective qui prête attention à la théorie et à la pratique du *lifelong learning* comme support du droit de cité et de la valorisation des situations marginales.

L'intégration entre les professions, les rôles et les institutions, en effet, va s'affirmer progressivement comme clef de voûte des actions qui ont l'objectif de poursuivre les buts de l'administration publique entière et d'innover la même à l'égard de l'orientation à la qualité et à la valuation de l'action administrative.

À l'avis de l'auteur il est très important que les competences dans les realités operatives locales soient gerées stratégiquement à travers l'implication directe des personnes et des organisations. Cette implication est favorisée par l'activation d'interventions qui prêtent attention au développement des ressources présents par le moyen de formes de consulence que supportent l'affinement des capacités d'identification et de solution des problèmes.

La projection, par conséquent, est conçue dans une optique de recherche et d'exploration et est caracterisée par un fort engagement dans le processus même de construction comme partie intégrant de la projection même.

Au fond, la persuasion de l'auteur à l'égard de l'opportunité de se servir des suggestions offertes par quelques-unes des innovations introduites par le neuf Règlement d'Exécution pour concevoir que l'engagement de contraster activement les effets négatifs de la privation de la liberté et celui de favoriser la modification des contextes des organisations soient traversés par le même fil rouge (une optique que privilégiait les dimensions interactives et de contexte). De façon que il est important considérer que la structure organisationnelle et l'action organisationnelle sont inséparables; que le changement peut être favorisé seulement; que favoriser la construction de significations copartagés peut contribuer au relancement d'une initiative qui prête attention au soutien des orientations de valeur qui doivent caracteriser l'engagement collectif à l'égard de la réinsertion sociale des transgresseurs de la règle pénale.

IL DIBATTITO SULLA AMMISSIBILITÀ DELLA PERIZIA E DELLA CONSULENZA CRIMINOLOGICA NEL PROCESSO PENALE

ILARIO GIANNINI *

È noto come nella vigente disciplina del processo penale, l'uso della perizia criminologica è consentito solo nella fase dell'esecuzione, in forza del dettato dell'art. 220 comma 2 c.p.p. che dispone: «salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche». La norma costituisce riproposizione di quanto in termini analoghi aveva già disposto l'art. 314 c.p.p. previgente.

Il codice penale del 1930 ha posto in notevole rilievo la valutazione della personalità dell'autore del reato, dedicando un intero titolo al reo e soprattutto indicando la capacità a delinquere del colpevole (desunta dal carattere del reo, dai suoi precedenti penali e giudiziari, dalla sua condotta antecedente, contemporanea e susseguente al reato ed infine dalle condizioni di vita individuale) tra i parametri di cui il giudice deve tener conto ai sensi dell'art. 133 nella determinazione della pena ed altresì, in forza del richiamo effettuato dall'art. 203, nell'accertamento della pericolosità sociale.

Tuttavia il codice di procedura dell'epoca, in apparente contrasto con tale impostazione, ha posto un grave limite all'esame della personalità dell'imputato, sotto il profilo dell'impossibilità di ricorrere per tale indagine allo strumento della perizia (PISAPIA, 1980).

La rigida posizione di sfavore verso l'istituto della perizia criminologica ha poi subito, nel corso del tempo, una serie di ripensamenti.

* Dottore in giurisprudenza - Università di Firenze, iscritto nel registro degli avvocati praticanti abilitati al patrocinio dell'Ordine degli Avvocati di Firenze.

La prima timida apertura verso l'utilizzazione della perizia psicologica sull'imputato si ha con il R.D.L. 20/7/34 n. 1404, istitutivo del Tribunale per i Minorenni, che all'art. 11 prevedeva la possibilità di «assumere informazioni e sentire pareri di tecnici senza alcuna formalità di procedura, quando si tratta di determinare la personalità del minore e le cause della sua irregolare condotta»; in tal caso è stata la particolare situazione di soggetto in età evolutiva e la natura più accentuatamente rieducativa della pena per il minore che hanno indotto il legislatore a rimuovere ogni divieto oggettivo di perizia. Con l'Ord. Penit. del 1975 poi è stata introdotta, nella fase dell'esecuzione, un'indagine psicologica sulla personalità in via generalizzata, prevedendo un'osservazione scientifica della personalità dei condannati e degli internati finalizzata alla realizzazione di un trattamento individualizzato (CARNEVALE-MENNA-COLAGRECO, 1995).

La giurisprudenza di merito ha cercato di estromettere dall'ordinamento il divieto di perizia criminologica, sollevando più volte questioni di legittimità costituzionale. In primo luogo nei confronti dell'art. 27 comma 2 Cost., prospettando tale divieto come contrastante con il principio della finalità rieducativa della pena in quanto, vietando all'autorità giudiziaria di avvalersi dell'apporto conoscitivo di esperti, non consentirebbe al giudice di espletare il compito che gli è sollecitato dalla norma costituzionale, precisando che, essendo menzionato il carattere del reo tra gli indici di cui all'art. 133 c.p., una tale valutazione, se lasciata al giudice, non potrebbe che essere frutto di intuizioni personali dello stesso. In secondo luogo è stato prospettato un contrasto con gli art. 24 e 3 Cost. per violazione dei diritti di inviolabilità della difesa e di uguaglianza, dal momento che il divieto in questione può finire col negare all'imputato il diritto di difendersi dimostrando fatti a lui favorevoli, mentre un trattamento irragionevolmente differenziato veniva ravvisato tra imputati minorenni e maggiorenni, dal momento che in base al R.D.L. 1404/1934 era permessa un'indagine peritale avente ad oggetto la personalità biopsichica dell'imputato minorenne, preclusa invece per i maggiorenni, a fronte di una finalità rieducativa della pena prevista dalla Costituzione senza discriminazione alcuna per motivi di età.

La Corte Costituzionale tuttavia si è sempre espressa per la legittimità del divieto posto dall'art. 220 comma 2 c.p.p. Tuttavia, recependo il disagio degli operatori giudiziari, ha più

volte invitato il legislatore a superare la diffidenza verso la perizia psicologica⁽¹⁾.

L'invito espresso dalla Corte, assieme ai timori per le conseguenze derivanti da troppo facili intuizioni dei giudici in tema di valutazioni personologiche sull'imputato ed alla constatazione che, comunque, la perizia psicologica rischia di entrare nel processo penale attraverso quella psichiatrica (BISIO, 1977: 524)⁽²⁾, nonché il proliferare di studi e scuole criminologiche che reclamavano un loro spazio nel processo penale sono stati indicati tra i fattori che spinsero il legislatore ad aprire le porte del processo penale anche alla perizia criminologica nelle leggi-delega al Governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale (CARNEVALE-MENNA-COLAGRECO, 1995).

Nella prima legge-delega (l. n. 108/1974), alla direttiva 9 si prevedeva la necessità di un «effettivo giudizio sulla personalità dell'imputato ed acquisizione in ogni stato e grado del giudizio di merito ed in contraddittorio di elementi che consentono una compiuta conoscenza del soggetto con esclusione di informazioni generiche e di voci correnti», mentre nella direttiva 19 si prevedeva il «riordinamento dell'istituto peritale, con particolare riferimento alla perizia medico-legale, psichiatrica e criminologica, assicurando la massima competenza tecnica e scientifica dei periti, nonché, nei congrui casi, l'interdisciplinarietà della ricerca peritale e la collegialità dell'organo a cui è affidata la perizia»; tale orientamento veniva ribadito dalla direttiva 79 che prevedeva la «giurisdizionalizzazione dei procedimenti concernenti la modificazione e l'esecuzione della pena e l'applicazione delle misure di sicurezza, con la garanzia del contraddittorio», insistendo sull'esigenza di un «effettivo giudizio sulla pericolosità» dell'imputato o del condannato. Così il progetto preliminare del nuovo codice di procedura del 1978 ribaltava totalmente la disposizione del-

(1) C. Cost. 124/1970 e 179/1973: la Corte non mancò infatti di rilevare come la disposizione dell'art. 314 comma 2 c.p.p. era stata dettata «da criteri di sospetto sulla scienza psicologica» e sollevava qualche dubbio sulla sufficiente preparazione dei giudici a risolvere i problemi posti dall'art. 133 c.p. «soprattutto se realisticamente si consideri che né la formazione universitaria, né il modo di reclutamento del giudice italiano richiedono l'accertamento della benché minima conoscenza di una scienza ... quale la psicologia».

(2) L'Autore citato fa notare come «la perizia psichiatrica non può dissociarsi dalla perizia psicologica dal momento che in ogni perizia psichiatrica ad esito negativo deve pur sempre farsi capo ad una semplice perizia psicologica».

l'art. 314 comma 2 c.p.p. previgente, stabilendo all'art. 209 comma 2 che «ai fini del giudizio sulla personalità e pericolosità, la perizia può avere per oggetto la personalità dell'imputato anche in ordine alle qualità psichiche indipendenti da cause patologiche» e all'art. 212 che «le perizie relative a quesiti medico-legali sono affidate a medici specialisti ovvero a sanitari che svolgono in modo continuativo attività medico-legali in istituti universitari o ospedalieri o nei centri penitenziari di osservazione. Le perizie relative a quesiti di natura psichiatrica sono affidate ad un medico specialista in psichiatria, congiuntamente, se necessario, ad uno specialista in medicina legale o ad un medico specialista in psicologia o criminologia. Le perizie relative ai quesiti sulla personalità sono affidate a specialisti in criminologia ovvero ad un medico specialista in psichiatria o psicologia» (DE FAZIO, 1981)⁽³⁾.

All'art. 518 si prevedeva poi che «quando esistono prove sufficienti per dichiarare l'imputato autore del fatto, ed è necessario approfondire l'indagine sulla sua personalità, il giudice può ordinare che il dibattimento sia riaperto al fine di procedere a perizia criminologica», disposizione con cui sembrava volersi delimitare l'ambito di applicazione dell'istituto, per evitarne l'uso generalizzato, ad un momento successivo alla raggiunta prova della commissione del fatto.

Tale disposizione non impediva che una perizia criminologica dell'imputato venisse disposta prima di tale momento, ma esprimeva la preoccupazione di evitare un ricorso generalizzato a tale strumento di indagine (PISAPIA, 1980; CORSARO-PIRONE, 1980).

Alla fine della fase dibattimentale infatti i risultati dell'indagine potrebbero essere utilizzati solo per la commisurazione della pena e per l'eventuale dichiarazione di pericolosità sociale con relativa applicazione della misura di sicurezza. «La perizia criminologica viene così ad affiancarsi a quella psichiatrica

⁽³⁾ L'Autore citato, alla proposta di sostituire le parole «medico specialista in criminologia» con «criminologo clinico», osservava come ciò fosse da evitare perché avrebbe potuto rivelarsi fonte di equivoci, dato che lo statuto unificato e conforme alle norme della C.E. sulle scuole di specializzazione in criminologia prevede due corsi entrambi di durata triennale che confluiscono entrambi nella qualifica unitaria di specialista in criminologia clinica, pertanto suddetta qualifica comprenderebbe anche specialisti non medici, in particolare: un indirizzo medico-psicologico e psichiatrico forense per i laureati in medicina e chirurgia; un indirizzo socio-psicologico per i laureati in giurisprudenza, scienze politiche, pedagogia, psicologia, lettere e filosofia.

onde consentire, in aggiunta alle valutazioni proprie di quest'ultima concernenti l'imputabilità e la pericolosità in campo psicopatologico, l'accertamento e la valutazione della personalità e della pericolosità» (DE FAZIO-LUBERTO-GALLIANI, 1982).

Un punto di tale progetto che è stato oggetto di molte critiche è quello dell'individuazione del perito professionalmente idoneo ad espletare la perizia criminologica: «il progetto parla di "specialisti in criminologia" senza precisare se possano essere medici, giuristi, psicologi, sociologi, assistenti sociali, ovvero di specialisti in psichiatria o psicologia», in proposito si sono avute perplessità «giacché quell'«ovvero» starebbe ad indicare che i ruoli di specialista in psichiatria o in psicologia sono intercambiabili col ruolo di specialista in criminologia», cosa che ci sembra molto diversa (PARADISO, 1982).

Gian Domenico Pisapia, che ha presieduto la commissione che ha dato vita al progetto preliminare di codice di procedura del 1978, rileva come vi sia un «singolare conflitto positivo di competenza» tra psicologi e criminologi che rivendicano il diritto-dovere di occuparsi della perizia criminologica, conflitto ancora più complesso ove si considerino i diversi indirizzi che caratterizzano gli studi criminologici: clinico, psicologico, sociologico, etc. (PISAPIA, 1980).

La seconda legge-delega (l. n. 81/1987) segna invece una regressione rispetto al precedente progetto: la direttiva n. 10 prevedeva infatti il «riordinamento dell'istituto della perizia, assicurando la più idonea competenza tecnica e scientifica dei periti nonché, nei congrui casi, l'interdisciplinarietà della ricerca peritale e la collegialità dell'organo cui è affidata la perizia», senza fare cenno al giudizio sulla personalità, ai vari tipi di perizia ed alle qualità psichiche indipendenti da condizioni patologiche cui si accennava nella precedente legge-delega.

Il risultato è stato una disciplina della perizia, nel codice attualmente vigente, sostanzialmente non differente da quella contenuta nel codice del 1930: nell'art. 220 comma 2 viene così riproposto il divieto contemplato dall'art. 314 comma 2 c.p.p. abrogato con l'unica apertura costituita dall'ammissibilità della perizia sulla personalità del reo ai soli fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza. Le ragioni di una tale inversione di tendenza sembrano potersi ricondurre ad un «ripensamento sull'opportunità dell'introduzione di un'indagine sulla personalità biopsichica dell'imputato nella fase della cognizione» dovuta alla considerazione che in questa fase il giudice procede all'accertamento di un'ipotizzata responsabilità

e quindi «l'anticipazione del giudizio sulla personalità rispetto a quello sulla responsabilità potrebbe favorire il prevalere di veri e propri pregiudizi *contra rerum* dell'autorità giudiziaria» (CARNEVALE-MENNA-COLAGRECO, 1995).

Con la migliore dottrina deve concludersi che il divieto ex art. 220 comma 2 c.p.p. vada inteso non tanto «come frutto di un diffuso pregiudizio nei riguardi della psicologia, ma piuttosto come il risultato di un'impostazione culturale che vede nell'indagine criminologica un pericolo per i diritti costituzionali dell'accusato», essendo la perizia criminologica ammessa con riguardo alle eventuali esigenze dell'esecuzione della pena e della misura di sicurezza (FORTUNA, 1991).

Di regola nell'espletamento di una perizia il soggetto viene intrattenuto in un "colloquio clinico" e sottoposto a varie forme di test che, mentre da un lato aiutano a misurare il quoziente intellettivo, dall'altro lato portano a conoscenza del perito fatti e circostanze che possono influire, sia pure indirettamente, ma talora in modo determinante, sul giudizio di colpevolezza dell'imputato; ciò soprattutto quando tra perito ed imputato si stabilisce quel rapporto di fiducia che sotto il profilo clinico è certamente utile, ma diventa difficile da gestire quando il rapporto si inserisce in una vicenda processuale. Può sorgere il pericolo che il perito riferisca o, anche indirettamente, tenga conto nella sua relazione, di fatti o circostanze che possono involontariamente influenzare il giudice nella valutazione della responsabilità dell'imputato (CALABRIA, 1990)⁽⁴⁾.

Per evitare tale inconveniente nell'art. 221 del progetto del 1978 si prevedeva che gli elementi acquisiti dal perito in base al colloquio con l'imputato «non possono essere utilizzati ai fini della decisione sull'esistenza del reato o sulla sua commissione ad opera dell'imputato». Ma è facile capire come tale cautela, non sempre può essere sufficiente ad evitare l'inconveniente lamentato.

Deve darsi atto che non sono mancate in dottrina opinioni favorevoli al mantenimento del divieto posto dall'art. 220 com-

⁽⁴⁾ L'autrice citata fa presente che l'utilizzazione della perizia criminologica prima dell'accertamento della colpevolezza comporta «la creazione di una sorta di pregiudizio nei confronti dell'imputato, il rischio di attribuire eccessiva rilevanza alla personalità del reo e di servirsi nell'indagine peronologica di parametri giuridici, anticipando così la decisione del magistrato, la possibile formulazione di un giudizio di valore nei confronti dell'individuo».

ma 2 c.p.p. (CORDERO, 1986: 347)⁽⁵⁾ (PANNAIM-ALBINO-PANNAIM, 1989: 851)⁽⁶⁾. Deve però rilevarsi che ben più numerosi in dottrina sembrano essere gli autori che, riconosciuta ormai piena dignità di scienza comportamentale alla criminologia, ritengono opportuno estendere l'utilizzabilità dello strumento della perizia criminologica anche in fase di cognizione (PISAPIA, 1980; CORSARO-PIRRONE, 1980; CANEPA, 1981; GALLIANI-CIPOLLI-LUBERTO, 1982; MANTOVANI, 1984: 518)⁽⁷⁾. Ciò anche in considerazione del fatto che i diritti processuali dell'imputato potrebbero ritenersi sufficientemente tutelati raccomandando al giudice e al perito le opportune cautele per prevenire ed impedire l'utilizzazione delle indagini peritali contro l'imputato ai fini del giudizio sulla commissione del fatto, con le dovute cautele nella nomina del perito e le concrete garanzie di professionalità dei singoli esperti, attraverso un'accorta disciplina della tenuta degli albi dai quali attingere periti e consulenti (FORTUNA, 1991).

Secondo attenta dottrina la perizia criminologica è in effetti necessaria «perché la personalità manifestata nel delitto è il risultato delle condizioni morfologiche, funzionali, psichiche ed ambientali del delinquente e, pertanto, il concetto di "personalità criminale" richiede un bagaglio di conoscenze biologiche, psicologiche e sociologiche strettamente compenetrato che solo un perito può possedere» (CORSARO-PIRRONE, 1980)⁽⁸⁾.

Del resto l'importanza dell'indagine psicologica nel processo penale emerge già in sede di valutazioni ex art. 133

⁽⁵⁾ L'Autore citato osserva: «Qualcuno depreca tali limiti (ex art. 314 comma 2) imputandoli a fobie antiscentiste, nonché alla mitologia del giudice onnisciente, ma, tutto sommato, risultano alquanto ragionevoli; più che in una gratuita avversione curialesca alla scienza il pericolo sta nel bacchanale dei soidisanti scienziati; pullulano psicoterapeuti, maghi dell'anima, giurie e simili caldei, Dio sa cosa capiterebbe quando fosse ammessa una expertise criminologica».

⁽⁶⁾ Gli Autori citati prospettano il timore che la perizia criminologica finisca per introdurre una giustizia non "del fatto", ma dell'"essere stato", sulla base dell'accertamento della capacità a delinquere, o del "poter essere", sulla base dell'accertamento della pericolosità sociale.

⁽⁷⁾ L'ultimo Autore citato si mostra possibilista nei confronti della perizia criminologica sull'imputato, purché l'adozione di essa venga accompagnata dalla formulazione di parametri di riferimento comuni ai diversi cultori delle scienze criminologiche.

⁽⁸⁾ Gli Autori citati sostengono che «ormai gran parte della dottrina ritiene indispensabile l'indagine della personalità per la commisurazione della pena, per determinare la prognosi di pericolosità, per l'applicazione dei benefici di legge, per l'individualizzazione del trattamento penitenziario e post-penitenziario».

c.p. che sottolinea la peculiare importanza di caratteristiche individuali quali il carattere del reo, la condotta abituale e le condizioni vita individuale, familiare e sociale in cui egli versa. L'affiancare una perizia criminologica alla perizia psichiatrica consentirebbe di trarre maggiori informazioni circa la personalità e la pericolosità del soggetto, informazioni che, sommandosi alle valutazioni proprie della perizia psichiatrica riguardanti l'imputabilità ed il comportamento antisociale psicopatologico, permetterebbero una migliore valutazione del reato commesso e della pena da assegnare per l'imputato, cosa che allo stato della normativa è concesso solo ai fini dell'esecuzione in concreto della pena e della misura di sicurezza.

A proposito dell'art. 220 comma 2 c.p.p. è stato osservato, fin dal momento dell'entrata in vigore del nuovo codice, che l'inciso «salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione», aprendo le porte dell'utilizzabilità della perizia sulla pericolosità del soggetto in sede esecutiva, conferisce al magistrato di sorveglianza un insostituibile strumento tecnico di verifica; «ciò non toglie che persistendo il divieto di perizia di cui all'art. 314 comma 2 c.p.p. abrogato il giudice di cognizione si trovi, anche nel nuovo codice, sfornito degli strumenti idonei ad indagare sulla pericolosità del soggetto. Le conseguenze non sono di poco conto: è più che probabile che il magistrato di sorveglianza si troverà in futuro a dover essere "giudice di appello" (peraltro più attendibile) rispetto alla pronuncia sulla pericolosità da parte del giudice di cognizione; il tutto con inevitabili spese di tempo e di energie ed a scapito della filosofia del nuovo c.p.p. improntata sulla dinamicità ed economicità del processo in tutte le sue fasi e dunque anche in quella di applicazione ed esecuzione della misura di sicurezza» (TADDEUCCI SASSOLINI, 1989).

Autorevole dottrina afferma l'utilità della perizia psicologica «per non lasciare il giudizio di pericolosità dei soggetti imputabili all'intuizionismo e soggettivismo del giudice», pur evidenziando il pericolo di «persistenti carenze e limiti delle scienze dell'uomo nei giudizi criminogenetici e predittivi, l'impreparazione di certe nuove leve di cultori e la non disponibilità di strutture e mezzi necessari per tali giudizi» (MANTOVANI, 1992: 670).

Per superare gli inconvenienti sopra esaminati in tema di perizia sulla personalità dell'imputato è stata proposta l'adozione di un sistema processuale "bifasico" nel quale la prima fase dovrebbe essere riservata all'accertamento della commissione del fatto reato e della responsabilità dell'imputato,

mentre nella seconda si dovrebbe procedere a tutti gli accertamenti funzionali alla scelta del trattamento sanzionatorio individualizzato da applicare all'autore del fatto. La perizia criminologica potrebbe essere effettuata in questa seconda fase, nella quale potrebbe legittimamente prevedersi che l'imputato non sia più coperto dalla presunzione di innocenza (PISAPIA, 1980; GIANNITI, 1976; BANDINI, 1988).

Qualcosa di simile era stato tentato nel progetto di codice di procedura penale del 1978, ove tale processo bifasico non poteva essere attuato pienamente in quanto una tale bipartizione del giudizio non era prevista dalla legge-delega, ma in cui si prevedeva la possibilità di sospendere la decisione finale con ordinanza in attesa dell'esito della perizia criminologica.

Gian Domenico Pisapia auspicava, *de jure condito*, un rinvio della valutazione della personalità dell'imputato ad un momento successivo all'accertamento del fatto, della sua obiettiva illiceità penale e della sua attribuzione all'imputato. Auspicava altresì che tale collocazione venisse riservata anche all'esame psichiatrico del soggetto, non vedendosi la ragione per cui si dovrebbe pervenire ad un proscioglimento per infermità mentale dell'imputato se questi non abbia commesso il fatto che gli è attribuito: «l'accertamento preventivo che il fatto sia pienamente rilevante e che sia stato commesso dall'imputato si impone, a nostro giudizio, prima di procedere ad un esame approfondito della pericolosità, non solo sotto il profilo criminologico, ma anche sotto quello psicologico e psichiatrico: proprio per non sottoporre ad una inutile e grave violazione della libertà fisica e morale una persona non colpevole» (PISAPIA, 1980; CORSARO-PIRRONE, 1980)⁽⁹⁾.

Si eviterebbero così non solo l'espletamento di perizie che potrebbero poi dimostrarsi superflue, ma soprattutto quelle introspezioni lesive della personalità morale che potrebbero essere viziate perfino da illegittimità costituzionale se condotte nei confronti di una persona di cui non sia ancora stata accertata la colpevolezza: «solo così l'esame della personalità potrebbe diventare veramente unitario e globale, prendendo realisticamente atto della stretta interdipendenza tra i vari

⁽⁹⁾ Gli Autori citati affermano: «a nostro avviso il momento dell'indagine sulla personalità deve essere sempre successivo a quello dell'accertamento della responsabilità penale. Il giudizio sulla personalità, infatti, richiede tempo e cognizioni specialistiche e deve essere successivo al giudizio sulla reità, onde evitare che i precedenti influiscano sul riconoscimento o il disconoscimento della responsabilità per il fatto imputato».

aspetti della personalità e della difficoltà, per non dire dell'impossibilità, di stabilire dei precisi confini tra aspetti psicologici, psichiatrici e criminologici» (PISAPIA, 1980)⁽¹⁰⁾.

Infine ulteriori difficoltà riscontrate nella prassi relativa all'esecuzione della perizia criminologica sono inerenti all'esercizio del diritto alla difesa ed alla necessaria assistenza di consulenti di parte che dovrebbero confrontarsi su elementi di difficile oggettivazione: «i criteri di valutazione della personalità sono infatti estremamente soggettivi, i risultati sono difficilmente interpretabili e non appare chiaro come possa essere organizzata una difesa tecnica in questo settore» (BANDINI-GATTI, 1988).

Il vigente codice di procedura penale prevede all'art. 233 l'ammissibilità di una «consulenza tecnica fuori dai casi di perizia». In dottrina ci si è posti il problema se il divieto stabilito dall'art. 220 comma 2 c.p.p. debba essere riferito anche all'ipotesi di consulenza tecnica di parte o se invece sia ammissibile una consulenza tecnica criminologica sempre a fini diversi dal giudizio sulla responsabilità.

Per il previgente codice di procedura infatti la consulenza tecnica era accessoria alla perizia, con la conseguenza che era sempre negato accesso al procedimento penale «a consulenze tecniche di parte ed elaborati tecnici stragiudiziali quando non sia stata disposta perizia» (Cassaz. 15/02/73) e che il giudice non doveva «acquisire agli atti o tenere conto di elaborati stragiudiziali preparati dalle parti» (Cassaz. 11/12/69, 08/03/71, 10/05/73, 17/12/73).

Anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di rito la giurisprudenza di merito sembra aver continuato a negare l'ammissibilità delle consulenze tecniche criminologiche (Trib. Teramo 30/4/90, Trib. Milano 5/11/90) facendone derivare l'inammissibilità dal divieto previsto ex art. 220 comma 2 c.p.p. Tuttavia tale argomentazione, in forza della quale alla consulenza tecnica dovrebbero estendersi in via analogica gli stessi limiti e divieti posti alla perizia, non convince. Dalla lettera dell'art. 233 c.p.p. «quando non è stata disposta una perizia» non sembra possa desumersi che la consulenza tecnica sia ammissibile solo nei casi in cui alla perizia, pur astrattamente possibile, non si

⁽¹⁰⁾ L'Autore citato afferma anche che è da considerare improprio l'uso dell'etichetta di "perizia" nei confronti dell'indagine sulla pericolosità, in quanto si tratterebbe di «esami che non sono e non devono diventare né mezzi di prova, né mezzi di valutazione della prova, come invece è per le valutazioni medico-legali ai fini del giudizio sulla responsabilità».

sia dato corso o perché le parti non l'hanno richiesta o perché il giudice non la ha ammessa (PONTI, 1992)⁽¹¹⁾.

Deve rilevarsi che nella legge-delega del 1987 n. 81 non vi era direttiva alcuna dalla quale potessero dedursi particolari limiti al riguardo, tanto che nel progetto preliminare di codice di procedura penale del 1988 non era previsto nemmeno il divieto di cui all'attuale art. 220 comma 2 c.p.p.⁽¹²⁾.

D'altra parte la possibilità per le parti di procedere allo svolgimento di una consulenza tecnica criminologica rientra nell'ambito dell'oggetto del diritto alla prova così come delineato dagli artt. 187 e 190 c.p.p. infatti con essa le parti tendono a fornire al giudice elementi utili per l'accertamento dei fatti indicati nell'art. 187 (per esempio la pericolosità dell'imputato o la determinazione della pena secondo i criteri di cui all'art. 133 c.p.). È invece l'art. 220 comma 2 c.p.p. che, ponendo «una limitazione al generale diritto alla prova ... risulta essere, di conseguenza, una norma "eccezionale" ... ne consegue che l'inammissibilità, a norma dell'art. 14 preleggi, di una interpretazione analogica del divieto posto dall'art. 220 comma 2 c.p.p. alla consulenza tecnica criminologica», dovendosi quindi concludere per l'ammissibilità della stessa (PONTI, 1992).

Non convince nemmeno l'argomento, usato da chi ritiene inammissibile la consulenza tecnica criminologica fuori dei casi di perizia, secondo il quale il giudice, stante il divieto posto dall'art. 220 comma 2 c.p.p., non potrebbe approfondire o verificare con una perizia disposta d'ufficio il contenuto della consulenza stessa o delle dichiarazioni rese in sede di esame dal consulente: tale argomento «sembra il frutto di una visione ancora interdipendente tra perizia e consulenza tecnica, quando invece è proprio una peculiarità del nuovo codice l'aver valorizzato la consulenza tecnica quale autonomo mezzo di prova rispetto alla perizia» (PONTI, 1992).

(11) L'Autore citato fa notare come la lettera della norma ed anche la rubrica sembrano indicare proprio che la consulenza tecnica è ammissibile anche nei casi in cui non lo è la perizia: «appare azzardato far discendere un divieto probatorio da un inciso di per sé equivoco ed il cui unico scopo è di rendere ammissibile una consulenza tecnica a prescindere dallo svolgimento di una perizia».

(12) Parere della Corte di Cassazione al Progetto Preliminare di codice di procedura penale, pag. 30: «In difetto di una norma analoga al vigente art. 314 comma 2 tale perizia sarà ammissibile e ad essa, probabilmente, sarà fatto frequente ricorso al fine di verificare la pericolosità sociale del soggetto, il cui accertamento è presupposto indispensabile per ordinare, nei casi consentiti, una misura di sicurezza personale».

Non sembra quindi che le ragioni che hanno indotto a vietare la perizia criminologica sull'imputato debbano valere anche nei confronti della consulenza tecnica criminologica: del resto lo svolgimento di quest'ultima, diversamente dalla perizia, presuppone necessariamente il consenso dell'imputato, anche ove venga richiesta da una parte diversa.

Anche il problema dell'individuazione dei soggetti ai quali affidare lo svolgimento dell'indagine tecnica non si pone in relazione a tale mezzo di prova, essendo evidente che sarà onere del difensore affidare l'incarico a persone professionalmente qualificate, pena la scarsa attendibilità di quanto esposto dal consulente tecnico.

Ma l'argomento di maggior rilievo in favore della tesi dell'ammissibilità della consulenza tecnica criminologica è dato dal fatto che, in molti casi, essa potrebbe costituire l'unico strumento a disposizione delle parti per vagliare ed eventualmente confutare, con l'apporto di un contributo tecnico, le risultanze emerse dall'eventuale acquisizione e valutazione della documentazione di provenienza extraprocessuale ai sensi dell'art. 236 c.p.p., quali i certificati del casellario giudiziale, le sentenze irrevocabili, la documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale, presso gli enti pubblici, presso gli uffici di sorveglianza, etc. Tale norma rende infatti possibile l'acquisizione al processo, senza realizzare un effettivo contraddittorio, di tutta una serie di accertamenti molto meno rigorosi di quelli che si sarebbero potuti svolgere mediante consulenza criminologica e che comunque ineriscono al delicato tema della valutazione della personalità dell'imputato.

BIBLIOGRAFIA

BANDINI T. (1988): «*Il contributo del clinico al dibattito sulla psichiatria e sull'O.P.G.*», in DE LEONARDIS O. (A cura di) «*Curare e punire*», Unicopli.

BANDINI T., GATTI U. (1988): «*Perizia psichiatrica e perizia criminologica: riflessioni sul ruolo del perito nell'ambito del processo penale*», in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 321.

BISIO B. (1997) «*Psiche e diritto penale*», Bulzoni.

CALABRIA A. (1990): «*Sul problema dell'accertamento della pericolosità sociale*», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 762.

CANEPA G. (1981): «*La perizia sulla personalità dell'imputato, problemi criminologici e medico-legali*», in *Rassegna di Criminologia*, 23.

CARNEVALE A., MENNA R., COLAGRECO A. (1995): «*La perizia criminologica nel processo penale: dal codice del '30 ai giorni nostri*», in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 371.

- CORDERO F. (1986): «Guida alla procedura penale», UTET.
- CORSARO D., PIRRONE V. (1980): «L'indagine della personalità nel nuovo processo penale», in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 67.
- DE FAZIO F. (1981): «Medicina legale, psichiatria forense e criminologia clinica in rapporto agli sviluppi del processo penale», in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 363.
- DE FAZIO F., LUBERTO S., GALLIANI I. (1982): «La perizia criminologica e la valutazione della pericolosità: l'approccio medico-legale», in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 56.
- FORTUNA E. (1991): «La pericolosità sociale del malato di mente nella prospettiva del nuovo processo penale», in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 411.
- GALLIANI I., CIPOLLI C., LUBERTO S. (1982): «La perizia criminologica e la valutazione della pericolosità: l'approccio medico-legale», in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 902.
- GIANNITI F. (1976): «Il problema della divisione del processo penale in due fasi», in *Giustizia Penale*, I, 161.
- MANTOVANI F. (1984): «Il problema della criminalità», Cedam.
- MANTOVANI F. (1992): «Diritto penale», Cedam.
- PANNAIM B., ALBINO M., PANNAIM M. (1989): «La perizia sulla personalità del reo: evoluzione dottrinarie e normativa: prospettive nel c.p.p. 1988», in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 851.
- PARADISO P. (1980): «Spunti per una riflessione sulla perizia criminologica», in *Rivista di Polizia*, 824.
- PISAPIA G. D. (1980): «La perizia criminologica e le sue prospettive di realizzazione», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1015.
- PONTI G. (1992): «La consulenza tecnica criminologica», in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 857.
- TADDEUCCI SASSOLINI M. (1989): «L'art. 31 L. n. 663/1986 e la pericolosità sociale: brevi note sull'abolizione del sistema presuntivo», in *Cassazione Penale*, II, 1473.

RIASSUNTO

L'Autore ripercorre il dibattito sviluppatosi in Italia circa l'atteggiamento assunto dal legislatore in tema di ammissibilità della perizia criminologica nelle varie fasi del processo penale, analizzando in particolare le soluzioni prospettate nei progetti di riforma del codice di procedura penale nonché sulla ammissibilità della consulenza tecnica criminologica sull'imputato fuori dai casi di perizia.

SUMMARY

The Author recalls the debate developed in Italy about attitudes that legislator assumed about admissibility of criminological expertise in different phases of the criminal trial and he analyses solutions proposed into the reform projects of code of criminal procedure and about the admissibility of criminological expertise asked by defendant without expertise asked by judge.

RÉSUMÉ

L'Auteur reparcourt le débat qui a été développé en Italie sur l'attitude tenue par le législateur sur le thème de l'admissibilité de l'expertise criminologique dans les différentes phases du procès criminel, en analysant en particulier les solutions proposées dans les projets de réforme du code de procédure criminelle et sur l'admissibilité aussi du conseil technique criminologique sur l'accusé lorsque le juge n'a pas disposé l'expertise.

**RIFLESSIONI SULLA NATURA DELL’AFFIDAMENTO IN PROVA
AI SERVIZI SOCIALI A SEGUITO DI UNA RECENTE SENTENZA
DELLE SEZIONI UNITE**

RAFFAELLA TUCCI *

Cassazione Penale, Sez. Un., 13 marzo 2002 (c.c. 27 febbraio 2002),
n. 5 - Pres. Vessia - Rel. Canzio - P.m. Iadecola (parz. diff.) - Mar-
tola, ricorrente.

**Misure alternative alla detenzione - Affidamento in prova
al servizio sociale - Esito della prova - Comportamenti del
condannato successivi all’espletamento della misura - Varia-
bilità - Condizioni.**

*In tema di affidamento in prova al servizio sociale, ai fini della
valutazione dell’esito della prova, è possibile prendere in considera-
zione anche comportamenti posti in essere dal condannato dopo che
sia cessata l’esecuzione della misura alternativa, ma prima che sia
formulato il giudizio sul relativo esito, giacché essi, quantunque di
per sé inidonei a giustificarne la revoca, possono, tuttavia, costitui-
re indici sintomatici, per qualità e gravità, del mancato conseguimen-
to di quell’obiettivo di recupero sociale del condannato, cui la
misura stessa è preordinata.*

* * *

I problemi posti dalla sentenza pronunciata dalle sezioni unite
della Corte di Cassazione il 13 marzo 2002⁽¹⁾, in materia di affida-
mento in prova ai servizi sociali, riguardano sia la possibilità di tener
conto, ai fini della valutazione all’esito della prova, anche dei com-
portamenti del condannato successivi all’espletamento della misura
stessa, sia la possibilità di tener conto, per la rideterminazione del
quantum di pena ancora da espiare, del periodo di prova conclusosi
negativamente⁽²⁾.

* Diplomata presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali di Firenze.

⁽¹⁾ Cass., sez. Un., 13 marzo 2002 ric. Martola, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pp. 1225-30.

⁽²⁾ Le sezioni unite sono intervenute a risolvere un contrasto giurisprudenziale e han-
no deciso per l’ammissibilità sia di una valutazione finale dell’affidamento che tenga in con-
siderazione anche dei comportamenti posti in essere dal condannato nel periodo compreso
tra la cessazione dell’esecuzione della misura alternativa e la formulazione del giudizio sul
relativo esito, sia per la possibilità del Tribunale di Sorveglianza di «rideterminare» la pena,
nell’ipotesi in cui valuti negativamente il periodo trascorso in prova dall’affidato.

Per l'esame di entrambi i punti problematici è fondamentale capire la distinzione tra il giudizio di revoca (in senso proprio) e il giudizio di valutazione. Per quanto riguarda il primo punto il confronto tra i due istituti ci consente di mettere a fuoco l'incidenza di un singolo episodio sull'esito dell'affidamento. Riguardo al secondo punto, il raffronto è utile per capire le ragioni che hanno portato le sezioni unite a sostenere l'estensione della giurisprudenza costituzionale, in materia di giudizio di revoca, al giudizio di valutazione ai fini della rideterminazione della pena.

In questo contesto è quindi importante definire quali sono i presupposti di un'ordinanza di revoca della misura alternativa e quali, invece, quelli dell'ordinanza che dichiara positiva la prova espletata.

È giurisprudenza consolidata che «il mero decorso del periodo di prova senza che sia intervenuta una revoca non produce automaticamente un effetto estintivo, per il quale è, invece, necessario l'accertamento di elementi di comportamento positivi tali da far supporre essere avvenuta la rieducazione inequivocabile del reo»⁽³⁾.

La Corte di Cassazione⁽⁴⁾, in diverse pronunce, ha chiarito che affinché si verifichi l'effetto estintivo della pena è necessario che il Tribunale valuti la misura espletata in modo globale, per accertare che abbia svolto lo scopo cui è preordinata, cioè la risocializzazione del reo ed il suo reinserimento. Proprio nel diverso contenuto del giudizio affidato al Tribunale di sorveglianza deve ricercarsi la differenza tra la revoca e la valutazione: infatti, nell'ipotesi di revoca, si valuta la gravità di singoli episodi, per verificarne l'incompatibilità con la prosecuzione della prova.

Dal confronto tra i due tipi di giudizio emerge che la giurisprudenza è orientata nel senso di rigettare le teorie contrattualistiche, secondo cui l'affidamento è un contratto stipulato tra il condannato e lo Stato che, in cambio del trattamento extra-murario, deve rispettare delle regole la cui violazione conduce alla risoluzione del contratto. Resta il problema di capire che cosa si deve intendere per rieducazione. Infatti, in un'ottica retributiva dovremo affermare che esiste un automatismo: il Tribunale, a fronte di un affidamento scontato nel rispetto di tutte le prescrizioni imposte e nell'assenza di violazioni di legge, avrebbe il dovere di dichiarare l'estinzione della pena in sede di giudizio sulla valutazione all'esito dell'affidamento.

Per non cadere nell'equivoco di pensare che rieducato significhi pentito, vale a dire che la rieducazione comporti necessariamente un ravvedimento critico interiore, è utile riprendere il dibattito sul sen-

⁽³⁾ Cass., sez. I, 26 giugno 1981, Milito, sez. I, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1631.

⁽⁴⁾ Cass., sez. I, 17 febbraio 2000, ric. Cornero, in *Riv. pen.*, 2000, p. 842; *Id.* Sez. I, 25 ottobre 1984, ric. Fracassini, in *Cass. pen.*, 1986, pp. 1004-05; *Id.* sez. I, 21 febbraio 1983, ric. Didona, in *Cass. pen.*, 1984, pp. 2054-57.

⁽⁵⁾ Corte Costituzionale, 14 dicembre 1995, n. 504, in *Giur. cost.*, 1995, fasc. 6, p. 4272.

so della rieducazione, che ha coinvolto la dottrina e la giurisprudenza, con riferimento all'interpretazione dell'art. 27 Cost. che sancisce il principio del finalismo rieducativo della pena.

La questione è fondamentale perché il giudizio positivo di valutazione sull'esito dell'affidamento dipende proprio dal significato che si dà al concetto di rieducazione. Il campo è conteso da due teorie: una intende la rieducazione come un risultato, l'altra come un percorso. A me sembra che l'unica teoria che trovi legittimità costituzionale sia quella che ritiene la rieducazione un percorso: ciò si desume dalle sentenze che la consulta ha pronunciato con riferimento all'art. 4-*bis* ord. pen.

Con sentenza n. 504/1995⁽⁵⁾ la Corte Costituzionale dichiara illegittimo l'art. 4-*bis* comma 1 per violazione degli artt. 3 e 27 comma 3 Cost., nella parte in cui prevede che la concessione di ulteriori permessi premio sia negata nei confronti di condannanti per i delitti indicati nel primo periodo del comma 1, dell'art. 4-*bis*, che non si trovino nelle condizioni per l'applicazione dell'art. 58-*ter*, anche quando essi ne abbiano già fruito in precedenza e non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali della criminalità organizzata. Successivamente con sentenza n. 445/1997⁽⁶⁾ la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 4-*bis* comma 1 nella parte in cui non prevede che il beneficio della semilibertà possa essere concesso nei confronti di condannati che prima della data dell'entrata in vigore dell'art. 15 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata. Infine con la sentenza n. 137/1999⁽⁷⁾ la Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 4-*bis*, comma 1, nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso ai condannati che, prima dell'entrata in vigore dell'art. 15, comma 1, della legge 356/1992, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio chiesto e per i quali non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

In sintesi, sembra potersi affermare che, da queste sentenze emerge un concetto di rieducazione come percorso e non come risultato; ciò è avallato sia dalla lettera dell'art. 27 Cost., che usa il termine tendere e non ottenere, sia dalle pronunce della Corte Costituzionale che dichiarano la parziale illegittimità dell'art. 4-*bis* ord. pen.

Qualificare la rieducazione come un percorso rende problematica la valutazione di un comportamento successivo al termine della misura, quale indice rivelatore di una mancata rieducazione. Questo

⁽⁵⁾ Corte Costituzionale, 30 dicembre 1997, n. 445 in *Cass. pen.*, 1998, p. 1310.

⁽⁷⁾ Corte Costituzionale, 22 aprile 1999, n. 137, in *Foro. it.*, 1999, I, p. 1727.

⁽⁸⁾ Cit. nota 1.

problema si è posto all'attenzione delle sezioni unite nella sentenza Martola⁽⁸⁾ che hanno, infatti, subordinato la possibilità di valutare i comportamenti successivi al termine della misura ad alcune condizioni: il Tribunale deve evitare ogni automatismo e quindi procedere ad una valutazione caso per caso, con un apprezzamento globale, che tenga conto, da un lato, della condotta tenuta dal soggetto durante l'esecuzione della misura e, dall'altro, dell'effettiva entità del fatto successivo, della distanza cronologica dalla scadenza dell'affidamento e del collegamento di questo con le modalità di espletamento della prova. La Corte ha aggiunto, inoltre, che il Tribunale deve procedere alla rideterminazione della pena residua da scontare, usando i criteri forniti in materia di revoca dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 343/1987.

La Corte Costituzionale⁽⁹⁾ elaborando la teoria del *rebus sic stantibus* si è pronunciata nel senso della revocabilità di queste ordinanze che ritiene insuscettibili di giudicato.

1. Il giudizio di revoca dell'affidamento in prova ai servizi sociali

Una volta che il condannato ha concluso il periodo di affidamento in prova ai servizi sociali, il Tribunale di sorveglianza si riunisce in camera di consiglio per valutare l'esito della prova. Dalla lettera dei commi 11 e 12 dell'art. 47 ord. pen. sembra che il Tribunale di sorveglianza possa intervenire, eventualmente, durante l'espletamento della misura, revocandola nei casi di violazione di leggi o delle prescrizioni o di mutamento di situazioni di fatto, per comportamenti del condannato, incompatibili con la prosecuzione della misura e che, invece, debba intervenire al termine dell'esecuzione della stessa dichiarando o meno l'estinzione della pena.

Quando interviene con un provvedimento di revoca, il Tribunale deve rideterminare il *quantum* di pena che il condannato dovrà scontare in carcere. Sul punto sono opportune alcune precisazioni, stante il disposto di alcune sentenze della Corte Costituzionale e il recente intervento delle sezioni unite.

Come detto, è necessario distinguere il giudizio sulla revoca, che interviene, eventualmente, durante l'esecuzione della misura, dal giudizio di valutazione dell'affidamento, che, invece, interviene sempre una volta eseguita la misura.

Il giudizio di revoca dell'affidamento accerta che l'affidato ha violato una delle prescrizioni della misura previste nell'ordinanza di concessione della prova o che lo stesso ha violato una legge. È bene precisare che, in nessun caso, una violazione di prescrizione o di leg-

⁽⁹⁾ Corte Costituzionale, 31 maggio 1996, n. 181, in *Sent. Ord. C. Cost.*, 1996, p. 1685 ss.

ge porta con sé la conseguenza di una revoca automatica della misura. La giurisprudenza, nega l'automatismo sia nelle ipotesi di violazioni di prescrizioni che nei casi di violazioni di leggi, ritenendo necessario in entrambi i casi l'accertamento, da parte del Tribunale di sorveglianza, che il comportamento tenuto dall'affidato sia sintomatico del fatto che la misura alternativa non è più lo strumento migliore per la rieducazione del reo.

L'automatismo della revoca, di per sé, è previsto solo nell'ipotesi in cui sopravvenga un titolo di privazione della libertà che superi i limiti di pena.

Secondo la Corte di Cassazione⁽¹⁰⁾ la presentazione di denunce e querele nei confronti di soggetti sottoposti all'affidamento in prova al servizio sociale non legittima l'adozione del provvedimento di cessazione delle misure alternative alla detenzione. La giurisprudenza della Corte di Cassazione, in riferimento alla discussione su quanto un carico pendente può incidere sull'emissione di un'ordinanza di revoca, ha a lungo oscillato tra i due estremi⁽¹¹⁾, per poi approdare ad una tesi intermedia⁽¹²⁾ in base alla quale la magistratura di sorveglianza ha il compito di esprimere una valutazione, non tanto sul fatto reato in sé, quanto sul fatto storico che è all'origine del fatto reato. Tale valutazione risponde all'esigenza di accertare la rilevanza che il fatto può assumere sul piano della rieducazione. La Corte di Cassazione ha detto chiaramente che il giudizio sulla revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale è rimesso alla discrezionalità dell'organo di sorveglianza. Il giudice può fondare il suo convincimento su qualsiasi elemento probatorio, purché fornisca una motivazione logica, adeguata e non viziata⁽¹³⁾.

Alcuni⁽¹⁴⁾ hanno sostenuto che in tal modo si chiede al Tribunale di sorveglianza di esprimere una prognosi riguardo alla colpevolezza, in perfetta violazione dell'art. 27 comma 2 Cost., perché in pratica il giudizio della magistratura di sorveglianza si baserebbe su accuse che sono ancora da provare. Per cercare di comporre il contrasto tra la dottrina e la giurisprudenza, altri⁽¹⁵⁾ hanno suggerito di fare una distinzione tra i casi in cui la magistratura di sorveglianza

⁽¹⁰⁾ Cass., sez. I, 8 febbraio 2002, n. 5283 ric. Di Massa, CED rv 221339.

⁽¹¹⁾ A favore della tesi secondo cui il giudice di sorveglianza non deve tener conto dei carichi pendenti: Cass., sez. I, 2 aprile 1986, ric. Luzzi, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1237 e *Id.*, 18 dicembre 1981, Telusich, *ivi* 1983, p. 1434. *Contra* Cass., sez. I, 4 febbraio 1992, ric. Primerano, in *Cass. pen.*, 1993, p. 936.

⁽¹²⁾ Cass., sez. I, 8 maggio 1989, ric. Toniolo, in *Cass. pen.*, 1990, I, p. 1382; *Id.*, 20 ottobre 1993, ric. Cianfrotta, *ivi* 1994, p. 3115; *Id.*, 30 novembre 1993, ric. Lo Cascio, *ivi* 1995, p. 174; *Id.*, 31 marzo 1995, ric. Satanassi, *ivi* 1996, p. 1287; *Id.*, 12 maggio 1995, ric. Tenca, in *Giust. Pen.*, 1996, III, p. 191.

⁽¹³⁾ Cass., sez. I, 3 aprile 1985, Gattuso, in *Cass. pen.* 1986, pp. 1177-78.

⁽¹⁴⁾ GIOSTRA G., *Prognosi rieducativa e pendenze penali nell'affidamento al servizio sociale*, in *Cass. pen.* 1983, p. 1437 ss.

⁽¹⁵⁾ DELLA CASA F., *L'incidenza della pronuncia assolutoria sulla pregressa revoca di una misura rieducativa*, in *Sent. ord. c. cost.*, 1996, pp. 1693-1701.

è in grado di ricostruire il fatto, e quelli in cui ciò non è possibile. Per fatto deve intendersi il dato storico, da cui derivare la prognosi, che l'istituto dell'affidamento non è più uno strumento adeguato per la rieducazione e il reinserimento del reo. Ciò, indipendentemente dal fatto che il comportamento tenuto sia o no un elemento della fattispecie incriminatrice.

Si potrà arrivare alla revoca del beneficio, solo ove si accerti che il comportamento dell'affidato contrario alla legge o alle prescrizioni dettate è incompatibile con le finalità del trattamento.

Questa linea interpretativa oramai consolidata, relega a mera speculazione dottrinale le teorie contrattualistiche secondo cui l'affidamento è un contratto stipulato tra il condannato e lo Stato. Il condannato in cambio del trattamento extra-murario, quindi meno afflittivo, deve rispettare delle regole, e ogni minima violazione è ritenuta un grave inadempimento degli obblighi contrattuali che conduce alla risoluzione del contratto.

Merita di essere sottolineato che secondo la giurisprudenza⁽¹⁶⁾ più convincente per conformità ai principi costituzionali, la condotta del soggetto affidato al servizio sociale contraria alle prescrizioni non configura reato; ciò appare confermato dalla lettera dell'art. 47 comma 11 ord. pen. che prescrive per tale ipotesi solo la sanzione della revoca del beneficio, mentre altri casi come quelli ex art. 47-ter commi 8, 9 e ex art. 51 commi 2, 3, 4, prevedono, oltre che la revoca del beneficio, la consumazione del delitto di evasione di cui all'art. 385 c.p.. Il condannato che sta scontando la sua pena in affidamento non può commettere il delitto di evasione, stante il fatto che egli non è detenuto ed essendo l'evasione un reato proprio. Per la giurisprudenza in esame non è qui applicabile l'art. 650 c.p., perché tale norma in bianco si riferisce solo alle ipotesi per le quali non è prescritta un'apposita sanzione che può anche avere natura amministrativa o processuale. Per revocare la misura è necessario che il Tribunale di sorveglianza si convinca che la condotta tenuta dall'affidato non è compatibile con la *ratio* dell'istituto, che non risulta più essere uno strumento adeguato per la rieducazione e il reinserimento del reo, perché non è in grado di assicurare la prevenzione del pericolo che egli commetta nuovi reati. Sicché nella valutazione, da compiere caso per caso, non può prescindersi dall'apprezzamento complessivo del comportamento dell'affidato⁽¹⁷⁾.

Il Tribunale deve emettere l'ordinanza, in cui motiva la revoca dell'affidamento e ridetermina la pena, entro 30 giorni dal decreto di

⁽¹⁶⁾ Cass., sez. VI, 10 marzo 1995, D'Amico, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1604.

⁽¹⁷⁾ Cass., sez. I, 7 ottobre 1997, ric. Marzano, CED rv 208511. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto illegittima una revoca dell'affidamento in prova motivata esclusivamente con riferimento ad una denuncia dell'affidato per guida senza patente. Nello stesso senso Cass., sez. I, 14 maggio 1990, Doro, in *Cass. pen.*, 1991, pp. 1619-20.

sospensione adottato dal magistrato di sorveglianza⁽¹⁸⁾. Nel rideterminare la pena il Tribunale può stabilire che la revoca produca effetti *ex nunc* o *ex tunc*, a seconda che decida di non considerare come pena espiata tutto o parte del periodo trascorso in affidamento. Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 343/1987⁽¹⁹⁾ in cui ha accolto la doglianza del giudice *a quo* sull'illegittimità Costituzionale dell'art. 47 comma 10, ord. pen., con riferimento agli artt. 3 e 13 Cost., nella parte in cui non consentiva al Tribunale di sorveglianza di determinare la residua pena detentiva da espiare, nell'ipotesi di revoca della misura alternativa. La Consulta ha statuito che nella rideterminazione della pena, a seguito di una revoca per colpa del condannato, il Tribunale deve tenere conto di diversi fattori. Questi sono: il periodo di prova trascorso dall'affidato nell'osservanza delle prescrizioni imposte ed il concreto carico di queste, la gravità oggettiva e soggettiva del comportamento che ha dato luogo alla revoca. Tali elementi sono tutti indispensabili per una corretta valutazione a proposito della rideterminazione della pena. Il riferimento alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto ha, secondo alcuni⁽²⁰⁾, tutto l'aspetto di un richiamo ai criteri dettati dall'art. 133 comma 1 c.p. per la commisurazione della pena alla gravità del reato. Dettando i criteri da seguire per rideterminare la pena, la Corte si è preoccupata di ricondurre nei limiti della c.d. discrezionalità vincolata i poteri del Tribunale di sorveglianza. Tuttavia alcuni autori⁽²¹⁾ hanno rilevato come sia inutile fornire dei criteri di valutazione quando non è chiara la finalità verso cui deve essere esercitato il potere discrezionale che si vuole guidare.

Il problema nasce dall'assenza tra i parametri indicati dalla Corte, nella sentenza di censura, di qualsiasi riferimento al grado di risocializzazione raggiunto o alle prospettive future di rieducazione. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 13 Cost., ma non all'art. 27 Cost.; questa pronuncia, se mette bene in chiaro che l'affidamento limita il bene giuridico della libertà

⁽¹⁸⁾ Se questo termine non viene rispettato, secondo parte della dottrina (GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA, a cura di, *Ordinamento penitenziario*, Cedam, Padova, 1997 p. 436), il soggetto è riammesso all'affidamento, perché l'art. 51 *bis* ord. pen. fissa appunto in 30 giorni il termine massimo di carcerazione che un affidato può soffrire nel tempo compreso tra il decreto di sospensione e l'ordinanza a seguito del giudizio di revoca. La riammissione all'affidamento non caduca la potestà del Tribunale che potrà, infatti, intervenire in ogni momento con un'ordinanza di revoca.

⁽¹⁹⁾ Il giudice remittente nella sua ordinanza richiama due pronunce della Consulta che hanno dichiarato l'illegittimità del medesimo articolo nella parte in cui non prevede che valga come pena espiata il periodo trascorso in affidamento nell'ipotesi di annullamento del provvedimento di ammissione alla misura per cause originarie o sopravvenute (n.185/1985) o nel caso di revoca per ragioni indipendenti dall'esito negativo della prova (n. 312/1985).

⁽²⁰⁾ VERRINA D., *Corte Costituzionale e revoca dell'affidamento in prova: la rieducazione dal mito al realismo*, Riv. it. dir. proc. pen., 1988, p. 1170.

⁽²¹⁾ Cfr., DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, Milano, 1985, in *Diritto penale in trasformazione* (a cura di), MARINUCCI-DOLCINI, cit. in VERRINA D., op. cit. p. 1173, nota 38.

individuale in maniera significativa, lascia nell'ombra la specifica finalità dell'istituto e quindi i criteri che devono guidare il giudice nella rideterminazione della pena.

La sentenza n. 343/1987 della Corte Costituzionale è l'ovvio corollario di un orientamento, oggi consolidato, che ritiene che l'affidamento abbia la natura giuridica di vera e propria pena alternativa alla detenzione e, come tale, sia caratterizzata da un'afflittività di cui non può non tenersi conto al momento della determinazione della pena in sede di revoca⁽²²⁾. La Corte, constatato il carattere afflittivo delle prescrizioni concernenti l'affidamento dice che «qualunque sia la nozione di pena che si ritenga di accogliere, non è dubbio che le prescrizioni rientrino a pieno titolo tra quelle restrizioni della libertà personale la cui imposizione l'art. 13 Cost. circonda di particolari cautele, [...] il non tenere in alcun conto, in caso di revoca, il già patito assoggettamento a tali restrizioni nel pregresso periodo di affidamento costituisce un risultato contrastante con quel disposto costituzionale».

Nello stesso senso si è poi espressa la Corte di Cassazione⁽²³⁾ sostenendo che la natura dell'affidamento in prova al servizio sociale, implica l'osservanza di prescrizioni limitative della libertà, perciò nell'ipotesi di revoca del provvedimento ammissivo del beneficio, indipendentemente dalla causa che la ha determinata, il periodo positivamente trascorso non deve essere valutato come se si fosse inutilmente consumato, altrimenti la misura da alternativa alla detenzione si trasformerebbe in misura aggiuntiva alla stessa. Il *quantum* di pena da scontare in carcere dovrà quindi essere determinato tenendo conto delle prescrizioni imposte e della durata di queste⁽²⁴⁾.

Alla luce di queste argomentazioni appare costituzionalmente dubbia la proposta di chi, in dottrina⁽²⁵⁾, ha sostenuto, per meglio contemperare le esigenze preventive con quelle di legalità, la necessità che la misura dell'affidamento abbia una durata maggiore della pena. Secondo l'autore solo così possono soddisfarsi le esigenze di pre-

⁽²²⁾ La natura giuridica dell'affidamento è stata per molto tempo oggetto di discussione. In materia si opponevano due orientamenti: da un lato si sosteneva la sua natura di alternativa integrale alla pena, cioè di misura sostitutiva di un'esecuzione; dall'altro si riteneva che fosse una vera e propria pena alternativa alla detenzione. Cfr. Cass. sez. I, 21 febbraio 1983 ric. Didona in *Cass. pen.*, 1984, p. 2054; Cass. sez. I, 25 ottobre 1984 ric. Fracassini in *Cass. pen.*, 1986, p. 1004. In quest'ultimo senso si è poi pronunciata la Corte Costituzionale con la sentenza n. 185/1985.

⁽²³⁾ Cass., sez. I, 20 aprile 1994, Baracchetti, in *Cass. pen.*, 1995, II, pp. 1972-73.

⁽²⁴⁾ La stessa sezione della Cassazione, pochi mesi prima che la Corte Costituzionale decretasse con la sentenza n. 185/1985 l'illegittimità dell'art. 47 ord. pen. (nella parte in cui non consente che valga come espiazione di pena il periodo di affidamento in prova al servizio sociale, in caso di annullamento del provvedimento di ammissione), si era però espressa in senso contrario: «in caso di revoca, così come in caso di esito negativo della prova, il tempo trascorso in regime di affidamento non si considera come pena espia, e l'espiazione della pena residua deve riprendere a decorrere dal giorno dell'affidamento»; Cass., sez. I, 6 maggio 1985, Falcetelli, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1383.

⁽²⁵⁾ BARTOLI R., *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia*, in *Riv. It. dir. pen. proc.*, 2002, p. 1238.

venzione generale perché, considerato che il contenuto dell'affidamento è meno afflittivo della pena detentiva, la maggiore durata consentirebbe di recuperare la perdita dell'afflittività (soddisfacendo l'esigenza di prevenzione generale⁽²⁶⁾).

Nella prassi al momento del giudizio sulla revoca si dà grande rilievo all'entità del fatto: in questo senso si è espressa anche la Corte di Cassazione ritenendo che nel caso in cui il Tribunale decida di disporre una revoca con effetti *ex tunc* dell'affidamento, che ha come corollario la non computazione del periodo trascorso in affidamento come pena espiata, gravi sul Tribunale un particolare onere di fornire «una molto puntuale e approfondita motivazione⁽²⁷⁾».

1.1. Le ordinanze impropriamente definite di revoca

Dalla revoca dobbiamo distinguere altre ordinanze che solo impropriamente sono definite di revoca. Anche se dalla lettera dell'art. 47 ord. pen. sembra si possano adottare solo le pronunce di revoca o di declaratoria di estinzione, in realtà i tribunali adottano ordinanze sulla base di presupposti diversi e utilizzano, erroneamente secondo parte della dottrina⁽²⁸⁾, il termine revoca per indicare declaratorie di

(26) Il legislatore ha previsto un solo caso in cui la pena può essere maggiorata, in virtù della sua modalità di esecuzione: si tratta dell'ipotesi in cui la pena detentiva è sostituita dalla libertà controllata, dove un giorno di pena detentiva equivale a 2 giorni di libertà controllata. Esiste un accordo pressoché unanime in dottrina (E. DOLCINI, C.E. PALIERO, «Sanzioni sostitutive», *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 491-2; E. DOLCINI, «La sanzioni sostitutive applicate in sede di condanna. Profili interpretativi, sistematici e politico criminali», del capo III, sezione I della legge 689 del 1981», *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1982, pp. 1400-1; TRAPANI, *Le sanzioni penali sostitutive*, Padova, Cedam, 1985, p. 74; G. ZAPPA, «Le misure sostitutive», in Consiglio superiore della magistratura (a cura di), *La legge 24 novembre 1981, n. 689: «Modifiche al sistema penale: problemi interpretativi»*, Roma, 1984, p. 456) sul fatto che le sanzioni sostitutive sono misure non clemenziali, aventi precisi contenuti afflittivi, orientate verso la prevenzione generale, nel momento della minaccia, e la prevenzione speciale mediante l'intimidazione-ammonimento, la neutralizzazione e la non desocializzazione, nei momenti commisurativo ed esecutivo. Contrariamente alle misure alternative, le sanzioni sostitutive perseguono in misura marginale la finalità del recupero sociale del reo; esse sono, infatti, caratterizzate da prescrizioni limitative della libertà personale e dall'assoluta mancanza di prescrizioni positive, indirizzate al recupero del soggetto (Palazzo, Trapani). È difficile comprendere perché una misura che, seppure restrittiva della libertà personale, trova il proprio fulcro nelle prescrizioni abilitanti, dovrebbe essere più lunga della pena detentiva che sostituisce. La maggiore lunghezza può essere giustificata per una misura a carattere neutralizzante e general-preventivo, non in una a carattere risocializzante. Questa tesi sembra essere stata fatta propria dal legislatore che con la recente legge 19 dicembre 2002, n. 277, recante «Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di liberazione anticipata» ha ammesso la liberazione anticipata anche per l'affidato in prova ai servizi sociali.

(27) Cass., sez. I, 13 gennaio 1999, Rodi, CED rv 212712.

(28) PRESUTTI A., in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di) *Ordinamento Penitenziario*, 1997, Cedam, Padova.

annullamento di ordinanze concessive della misura o di cessazione della stessa, per fatti non imputabili al condannato, o declaratorie di inefficacia.

Distinguere tra revoca e declaratoria di annullamento è fondamentale, perché quest'ultima segue ad un comportamento incolpevole del condannato, per cui non porta con sé le conseguenze negative di una revoca come l'operatività dell'art. 58-*quater* ord. pen.⁽²⁹⁾.

Da una recente pronuncia della Cassazione⁽³⁰⁾ emerge che: può ritenersi corretta un'ordinanza di cessazione della misura solo nell'ipotesi in cui sopravvenga una nuova condanna che cumulata alla precedente ecceda il limite dei tre anni. Va da sé che, ovviamente la nuova condanna deve riferirsi a reati commessi in tempi precedenti alla concessione dell'affidamento in prova, infatti, solo in questi casi possiamo parlare di comportamento "incolpevole" del condannato. In realtà è bene specificare che la dottrina e la giurisprudenza di merito usano la locuzione ordinanza di cessazione, prendendo in prestito il termine dall'art. 51-*bis* ord. pen., mentre la giurisprudenza costituzionale con la sentenza n. 312/1985 la ha definita revoca incolpevole. In questa sentenza la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 47 ord. pen. nella parte in cui non prevede che valga come espiatione di pena il periodo di affidamento al servizio sociale, nel caso di revoca del provvedimento di ammissione per motivi non dipendenti dall'esito negativo della prova. Anche in questo caso il Tribunale dovrà procedere alla rideterminazione del periodo di pena residuo da scontare in carcere.

Riguardo al limite di pena dei tre anni è opportuno dare alcuni chiarimenti, in quanto ai fini del computo della pena inflitta, quella irrogata con la sentenza di condanna va depurata sia della parte non espiabile per l'intervento di cause estintive, sia di quella già sofferta a titolo di custodia cautelare o di parziale esecuzione della pena, anche se scontata nella forma di affidamento in prova. Ad una tale interpretazione, oramai pacifica, si è giunti a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 386/1989 ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 47 ord. pen. nella parte in cui

(29) L'art. 58-*quater* ord. pen. prescrive ai primi tre commi (che sono quelli che qui rilevano):

«L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'art. 47 ord. pen., la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi al condannato per uno dei delitti previsti nel comma 1 dell'art. 4-*bis* che ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'art. 385 del codice penale.

La disposizione del comma 1 si applica anche al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell'art. 47, comma 11, dell'art. 47-*ter*, comma 6, o dell'art. 51 primo comma.

Il divieto di concessione dei benefici opera per un periodo di tre anni dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della custodia o della pena o è stato emesso il provvedimento di revoca indicato nel comma 2».

(30) Cass., sez. I, 8 febbraio 2002, CED rv 221339 ric. Di Massa.

non prevede che nel computo delle pene, ai fini della determinazione del limite dei tre anni, non si debba tener conto anche delle pene espiate. A distanza di pochi mesi la Corte di Cassazione a sezioni unite⁽³¹⁾ si è adeguata alla pronuncia della Consulta, specificando che ai fini della determinazione del limite minimo di pena da scontare per ottenere l'affidamento in prova al servizio sociale si deve tenere conto sia delle pene espiate che di quelle altrimenti estinte. Con questa sentenza le sezioni unite rivedono e superano un loro precedente orientamento secondo cui per pena inflitta deve ritenersi solo la pena irrogata dal giudice con la sentenza di condanna, per cui è irrilevante ai fini della concessione delle misure alternative, fare calcoli per decurtare eventuali periodi estinti⁽³²⁾.

Infine la Corte di Cassazione⁽³³⁾ ha affermato che la locuzione contenuta nell'art. 47 e 47-bis ord. pen. e nell'art. 94 D.P.R. 309/1990 equivale a pena che residua da espiare in concreto, perciò quando la pena residua, relativa al titolo da cui è scaturita l'applicazione della misura alternativa dell'affidamento in prova, sommata all'ammontare della pena concernente il titolo sopravvenuto, non supera il limite dei tre anni stabilito dalla legge, il magistrato di sorveglianza deve disporre, *de plano*, con decreto non motivato ed inoppugnabile, la prosecuzione della misura ex art. 51-bis ord. pen. in corso; sarà poi il Tribunale di sorveglianza a decidere definitivamente sulle sorti del beneficio. Questo meccanismo risponde alla *ratio* di non interrompere bruscamente il percorso di reinserimento che il condannato segue durante l'espletamento della misura alternativa. Il rientro in carcere comporta, infatti, la perdita del lavoro, lo sradicamento da un ambiente positivo nonché l'interruzione dei rapporti con il centro dei servizi sociali.

Nell'ipotesi in cui il nuovo titolo esecutivo sommato al residuo pena relativo al titolo da cui è derivata la concessione della misura superi il limite dei tre anni il magistrato dispone con le stesse modalità la sospensione della misura. Tale decreto significa per l'affidato l'ingresso in carcere. Tale provvedimento è adottato in assenza di qualunque garanzia giurisdizionale, vale a dire nella totale mancanza di contraddittorio, pur incidendo sulla libertà personale. Ciò è comprensibile, laddove si consideri che, in concreto, il giudice si limita a fare un mero calcolo. Tuttavia, non è mancato, in dottrina⁽³⁴⁾, chi ha espresso perplessità per questo meccanismo. Alcuni autori

(31) Cass., sez. un., 16 novembre 1989, ric. Turelli, in *Cass. pen.*, 1990, p. 591.

(32) Cass., sez. un., 26 aprile 1989, ric. Russo, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1443; Cfr VITELLO F. S., *L'affidamento in prova al servizio sociale ed il limite della pena detentiva inflitta*, in *Cass. pen.* 1990, pp. 193-98.

(33) Cass., sez. I, 10 dicembre 1996, ric. Galante, CED rv 206244.

(34) Cfr PRESUTTI A., *Commento all'articolo 47 ord. pen.* in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento Penitenziario*, 1997 p. 340; *Id.* p. 380-81; *Ibid.* BERNASCONI, A., *commento all'art. 51-bis ord. pen.*, pp. 429-30; CORBI F., *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1992 p. 396.

hanno, infatti, ritenuto illogica la previsione di un meccanismo privo di garanzie destinato a produrre un provvedimento inoppugnabile che incide sulla libertà della persona. Secondo la dottrina citata le perplessità aumentano laddove si consideri che l'art. 51-ter ord. pen. prescrive l'obbligo di motivare il decreto che dispone la sospensione cautelativa della misura⁽³⁵⁾. Anche se i dubbi di questa dottrina sono poco comprensibili, laddove si noti che l'art. 51-ter ord. pen. prevede la sospensione cautelativa della misura, adottabile in base ad un ampio spettro di ragioni, mentre la revoca consegue ad un mero calcolo, nella prassi potrebbero verificarsi situazioni che sono solo apparentemente di mero calcolo e che quindi richiederebbero la garanzia del contraddittorio. Si pensi al caso in cui ad un soggetto sia notificato un titolo di esecuzione definitivo che cumulato con la precedente condanna supera il tetto limite dei 3 anni solo in apparenza, perché il reo ha già scontato una parte della pena a titolo di custodia cautelare.

La declaratoria di inefficacia concerne, invece, un'ipotesi specifica che la dottrina ritrova nella mancata sottoscrizione del verbale di prescrizioni e l'assunzione di impegno a rispettarle, come disposto dall'art. 97 co., 3, 4 del regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario⁽³⁶⁾, da parte del condannato a cui è concessa la misura alternativa dell'affidamento in prova ai servizi sociali. In questo caso, secondo parte della dottrina, non si può parlare di revoca, perché la misura non è mai iniziata ed è quindi più corretto sostenere che il Tribunale pronunci una declaratoria di inefficacia della misura. Alla luce di queste considerazioni «appare dissonante la dizione del comma 2 dell'art. 97 D.P.R. 230/2000, nella parte in cui definisce invece revoca il provvedimento da adottare nel caso di mancata presentazione dell'affidato al CSSA per la sottoscrizione»⁽³⁷⁾.

Nella categoria delle pronunce di annullamento rientrano tutte quelle adottate nel corso della misura e relative a situazioni incompatibili con la misura verificatesi senza l'ausilio di una condotta dolosa da parte del condannato, ad esempio: richiesta di cessazione della misura da parte dell'interessato, intervenuta infermità mentale o tutti i casi in cui il Tribunale, valutando che l'ambiente che circonda l'affidato non sia più adeguato ad una prognosi di reinserimento sociale, in mancanza di alternative, provvede a disporre la carcerazione. La giurisprudenza di legittimità⁽³⁸⁾, in una delle ipotesi appena descritte, ha censurato l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza che disponeva la cessazione della misura a seguito di un mutamento delle

(35) Si ricorda, inoltre, che l'art. 125 c.p.p. prevede l'obbligo di motivare i decreti a pena di nullità solo ove la motivazione sia espressamente richiesta dalla legge.

(36) D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

(37) MARCHESELLI A., *La declaratoria di inefficacia in Diritto & Diritti*, www.diritto.it

(38) Cass., sez. I, 8 febbraio 2002, CED rv 221339 ric. Di Massa.

condizioni ambientali, in assenza di specifiche condotte trasgressive ascrivibili all'affidato. Secondo la dottrina⁽³⁹⁾, la pronuncia della Corte di cassazione è stata una decisione corretta, perché consente un'altra distinzione tra annullamento e cessazione della misura alternativa, nel senso che l'annullamento segue a tutte quelle situazioni in cui al condannato «non può rimproverarsi nulla»⁽⁴⁰⁾. Anche in caso di annullamento si deve naturalmente procedere alla rideterminazione della pena residua tenendo conto della parte di pena espiata e della riduzione spettante, eventualmente, al condannato a titolo di liberazione anticipata.

2. Il giudizio di valutazione all'esito dell'affidamento in prova ai servizi sociali

La valutazione è un giudizio che interviene quando la misura alternativa è stata interamente eseguita. Il Tribunale di sorveglianza finito il periodo di affidamento si riunisce in camera di consiglio e valuta se è il periodo trascorso in affidamento ha avuto o meno esito positivo. La valutazione positiva produce, ex art. 47 comma 12, ord. pen. l'effetto di estinguere la pena e ogni altro effetto penale. L'estinzione deve essere dichiarata dal Tribunale di sorveglianza competente per territorio, così come accade per la revoca. In base all'art. 236 norme Att. Coord. C.p.p., il Tribunale competente è quello del luogo in cui è eseguita la misura, quindi è possibile che a decidere dell'esito dell'affidamento sia un Tribunale diverso rispetto a quello che ha concesso la misura. La procedura che il Tribunale deve seguire per la valutazione all'esito dell'affidamento non è oggetto di una disciplina specifica, per cui poiché la previsione dell'art. 678 comma 1, c.p.p. collega l'operatività del procedimento di sorveglianza genericamente alle materie di competenza del Tribunale di sorveglianza, si ritiene che anche per la declaratoria di estinzione della pena si debbano seguire le forme tipiche di questo rito⁽⁴¹⁾.

Prima di affrontare il problema di capire: cosa debba prendere in considerazione il Tribunale nel giudizio di valutazione e se esso debba determinare la pena anche nell'ipotesi di valutazione negativa dell'affidamento con gli stessi parametri che utilizza in caso di revoca, cerchiamo di comprendere cosa debba intendersi per effetto estintivo.

⁽³⁹⁾ MARCHESELLI A., *Mutamento delle condizioni personali e sociali e revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale*, in *www.Diritto & Diritti.it*, rivista giuridica on line.

⁽⁴⁰⁾ Nel senso che la sua condotta è stata corretta durante l'esecuzione della misura alternativa.

⁽⁴¹⁾ PRESUTTI A., *Commento all'articolo 47 ord. pen.*, in GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., (a cura di), *Ordinamento Penitenziario*, Cedam, Padova, 2000, p. 411.

Per chiarire cosa debba intendersi per esito positivo è utile far riferimento ad alcune sentenze della Corte di Cassazione che negli anni sono intervenute sul punto.

Affinché si verifichi l'effetto estintivo della pena è necessario che il Tribunale valuti la misura espletata in modo globale, per accertare che abbia svolto lo scopo cui è preordinata, cioè la risocializzazione del reo ed il suo reinserimento. Proprio nel diverso contenuto del giudizio affidato al Tribunale di sorveglianza va ricercata la differenza tra la revoca e la valutazione: infatti, nell'ipotesi di revoca, si valuta la gravità di singoli episodi, per verificarne l'incompatibilità con la prosecuzione della prova. In questo senso si è pronunciata in modo molto chiaro la Corte di Cassazione⁽⁴²⁾.

Ciò non esclude, come la giurisprudenza ha affermato, che l'esito negativo dell'affidamento possa essere dichiarato finanche per comportamenti del condannato, tenuti nel corso della misura, che avrebbero potuto dar luogo alla revoca, indipendentemente dal fatto che questa sia stata disposta⁽⁴³⁾.

Il Tribunale di sorveglianza di Brescia nel 1993⁽⁴⁴⁾ con ordinanza di rinvio alla Corte Costituzionale ha sollevato questione di legittimità dell'art. 47 ultimo comma dell'ord. pen., affrontando il problema della natura dell'esito positivo della prova, ravvisando due tesi sul punto. Secondo una prima tesi valutare positivamente una prova significa accertare l'avvenuta risocializzazione del condannato; secondo altra interpretazione, che si ricollega alla già ricordata teoria contrattualista, esito positivo significa aver trascorso il periodo di prova rispettando tutte le prescrizioni imposte dall'ordinanza che ha disposto la misura. In ogni caso ogni volta che il Tribunale giudica positiva una prova accerta in modo definitivo l'avvenuto recupero del condannato.

2.1. *Gli effetti dell'estinzione della pena*

Riguardo al problema degli effetti della declaratoria di estinzione i dati da cui partire sono due: il primo è che la giurisprudenza è oramai consolidata nel ritenere l'affidamento una misura alternativa alla pena; l'altro che la lettera della norma (art. 47 ord. pen., co. 12) recita «l'esito positivo del periodo di prova estingue la pena e ogni altro effetto penale», senza specificare altro. All'individuazione delle conseguenze estintive, stante l'incertezza della formulazione normativa, si è provveduto in sede interpretativa. Oggi si ritie-

⁽⁴²⁾ Cass., sez. I, 17 febbraio 2000 ric. Cornero, in *Riv. pen.*, 2000, p. 842; *Id.* sez. I, 25 ottobre 1984, ric. Fracassini, in *Cass. pen.*, 1986, pp. 1004-05; *Id.* sez. I, 21 febbraio 1983 ric. Didona, in *Cass. pen.*, 1984, pp. 2054-57.

⁽⁴³⁾ Cass., sez. I, 13 novembre 1997, ric. Renda, in *Riv. pen.*, 1998, p. 198.

⁽⁴⁴⁾ Trib. Sorv. di Brescia 2 dicembre 1993, ric. Cervati, *Riv. pen.* 1994, p. 772;

ne pacificamente che l'esito positivo estingua anche le pene accessorie, poiché rientrano, ex art. 20 c.p., nell'ambito degli effetti penali⁽⁴⁵⁾, mentre è discusso se sia compresa nell'estinzione anche la pena pecuniaria⁽⁴⁶⁾.

La dottrina⁽⁴⁷⁾ e la giurisprudenza maggioritaria⁽⁴⁸⁾ ritengono sulla base del raffronto tra l'art. 20 c.p. e l'art. 178 c.p. che l'estinzione riguardi la sola pena detentiva. In senso contrario si è espresso il Tribunale di sorveglianza di Brescia nel 1993 nella già ricordata ordinanza di rinvio⁽⁴⁹⁾ alla Corte Costituzionale in cui ha sollevato la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 47 ultimo comma dell'ord. pen., per contrasto con l'art. 27 comma 3 Cost. e con il principio di ragionevolezza, nella parte in cui la norma è interpretata nel senso che l'esito positivo della prova nell'affidamento estingue solo la pena detentiva e non anche quella pecuniaria. Guardando al significato che assume la valutazione positiva del Tribunale di sorveglianza al giudice *a quo* sembra irragionevole la sopravvivenza di una pena pecuniaria, che può non essere pagata a causa dell'insolubilità incolpevole del reo. Inoltre la pena pecuniaria, se non pagata rischia di trasformarsi in una misura aggiuntiva alla misura alternativa, stante il meccanismo di conversione in libertà controllata nell'ipotesi di insol-

⁽⁴⁵⁾ In dottrina (CANEPÀ M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario: le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Milano 2002), alcuni hanno sostenuto che la declaratoria positiva dell'esito dell'affidamento estingue anche le misure di sicurezza, in quanto non può definirsi positivo un percorso rieducativo che si conclude con la persistenza della pericolosità del condannato. Secondo queste argomentazioni la valutazione positiva dell'esito della prova estinguerebbe anche le misure di sicurezza, fatta eccezione per la confisca, dato il combinato disposto degli artt. 210 co. 2, e 236 c.p. Cfr. Cass., sez. I, 18 luglio 1987, ric. P.G. Potenza; Cass., sez. un., 23 aprile 1993, n. 5, ric. Carlea, entrambe in *I codici commentati 2002, Il codice penale* (a cura di L. ALIBRANDI), La Tribuna, Piacenza, 2002, pp. 741-42.

⁽⁴⁶⁾ PRESUTTI A., *Commento all'articolo 47 ord. pen.* in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento Penitenziario*, cit.

Si ricorda che l'iscrizione della condanna nel casellario giudiziale non è compresa nell'effetto estintivo, perché la sua eliminazione è prevista solo per le ipotesi tassative elencate dall'art. 687 c.p.p., per questo ai fini della recidiva e dell'applicazione di provvedimenti di clemenza la sentenza di condanna produrrà tutti i suoi effetti. Quest'interpretazione è rafforzata dalla lettera dell'art. 58-bis ord. pen. «Nel casellario giudiziale sono iscritti i provvedimenti del Tribunale di sorveglianza concernente l'irrogazione e alla revoca delle misure alternative alla pena detentiva». Queste annotazioni hanno la funzione di documentare i precedenti penali del condannato e quindi risultano utili per l'applicazione di istituti come il 58-quater. Proprio per questa ragione parte della dottrina ritiene che sia uno specifico onere quello di annotare accanto all'indicazione revoca, le ragioni per cui la stessa è intervenuta. Come già detto nelle ipotesi di c.d. revoca incolpevole non opera l'istituto sanzionatorio ex 58-quater.

⁽⁴⁷⁾ GRASSO G., *Misure alternative alla detenzione*, in Vassalli (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 679.

⁽⁴⁸⁾ Cass., sez. I, 20 aprile 1995, Marchi, CED rv 201478; 11 gennaio 1995, Bellucci, Cass. pen., 1995, pp. 3528; 24 settembre 1993, Lodigiani, CED rv 198973.

⁽⁴⁹⁾ Trib. Sorv. di Brescia 2 dicembre 1993, ric. Cervati, *Riv. pen.* 1994, p. 772; Cfr. paragrafo 2, nota 44.

vibilità⁽⁵⁰⁾. La Corte di Cassazione nel 1994⁽⁵¹⁾ si è espressa inizialmente sostenendo che l'esito positivo della prova estingue ogni genere di pena, e quindi anche quella pecuniaria, per poi smentirsi a distanza di poche settimane, argomentando che la natura della pena è diversa e che l'affidamento in prova è una misura alternativa alla sola detenzione, avendo come scopo la rieducazione del condannato. Secondo la Corte, l'affidamento non colpisce altro che la persona e non il suo patrimonio che è invece l'oggetto della pena pecuniaria. Questa sentenza è stata criticata da parte della dottrina⁽⁵²⁾ che rileva come la pena pecuniaria sia comminata dal giudice alla luce degli stessi criteri di quella detentiva (art. 133 c.p.) oltre ad averne la stessa funzione. Lasciando sopravvivere la pena pecuniaria si fa sì che la stessa possa essere sempre e solo afflittiva, in contrasto, dunque con la natura polifunzionale della pena. In sostanza la sopravvivenza della pena pecuniaria a fronte di una valutazione positiva dell'affidamento, si risolverebbe in un contrasto con il principio di proporzionalità e di individualizzazione della pena quale si desume dall'art. 27 commi 1 e 3 della Cost., il cui criterio garantistico vale non solo ai fini dell'irrogazione, ma anche dell'esecuzione della pena.

La Corte Costituzionale ha affermato che la pena ha una tripla finalità, nella sentenza 313/1990, [...] la finalità rieducativa è prioritaria sulle altre, nonostante che afflittività e retributività siano contenuti ineliminabili di ogni pena, finalità che però, sottolinea la Corte, non hanno rango costituzionale. Queste caratteristiche implicano che la pena debba avere una certa flessibilità, proprio in funzione degli scopi cui è preordinata, primo tra tutti la risocializzazione del reo. Escludendo la possibilità dell'estinzione della pena pecuniaria di fronte ad una valutazione positiva dell'esito dell'affidamento in prova, si finisce con il privilegiare l'aspetto afflittivo della pena, creando una gerarchia, non prevista dalla Costituzione, delle funzioni cui la pena deve tendere.

A solo un anno di distanza dalla, già citata, pronuncia del 30 novembre del 1994⁽⁵³⁾, la sez. I della Corte di Cassazione⁽⁵⁴⁾ conferma il suo orientamento restrittivo, affermando che l'affidamento in prova al servizio sociale sostituisce la sola pena detentiva; a sostegno della tesi la Corte fa un confronto con gli effetti della riabilitazione (art. 178 c.p.) e fa notare che l'ultimo comma dell'art. 47 ord. pen. recita genericamente che l'esito positivo della prova estingue la

⁽⁵⁰⁾ La Corte Costituzionale non è mai entrata nel merito della questione giudicando manifestamente infondata la questione di legittimità con ordinanza del 28 novembre 1994 n. 410.

⁽⁵¹⁾ A favore dell'estinzione vedi Cass., sez. I, 9 novembre 1994, Maraio, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3528; *contra* Cass., sez. I, 30 novembre 1994, ric. Cardosi, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 586.

⁽⁵²⁾ VITELLO, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 586.

⁽⁵³⁾ Cass., sez. I, 9 novembre 1994, Maraio, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3528.

⁽⁵⁴⁾ Cass., sez. I, 11 gennaio 1995, Bellucci, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3528.

pena e «ogni altro effetto penale» senza specificare della condanna. Un ulteriore argomento è tratto dall'art. 76, comma 3, c.p. secondo il quale se una pena pecuniaria concorre con un'altra pena di specie diversa, le pene si considerano distinte per qualsiasi effetto giuridico. A distanza di pochi mesi le sezioni unite confermano questo orientamento⁽⁵⁵⁾. Le sezioni unite approfittano di questa sentenza per ribadire che la disciplina dell'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale è totalmente estranea alla pena pecuniaria, tanto che ai fini della concessione della misura appare del tutto irrilevante che ad un condannato sia stata o meno comminata una pena pecuniaria. Nella stessa sentenza la Corte specifica che la misura dell'affidamento non deve inquadarsi tra i benefici penitenziari, bensì tra i trattamenti penitenziari, essendo dette misure modi meno afflittivi di espiare le pene detentive che, in caso di esito positivo, determinano solo l'estinzione di queste pene. Per tali ragioni non può ritenersi irragionevole la sopravvivenza della pena pecuniaria, in quanto la stessa tende alla rieducazione del condannato, è idonea a dissuaderlo dal commettere in avvenire nuovi reati e contribuisce, pertanto, al recupero sociale del condannato⁽⁵⁶⁾.

Nonostante questa pronuncia il Tribunale di sorveglianza di Roma⁽⁵⁷⁾ nel 2001 e nel 2002, si è pronunciato a favore dell'estinzione, con l'esito positivo dell'affidamento, anche della pena pecuniaria. Al momento queste pronunce restano isolate. Questa giurisprudenza muove dalla constatazione che le pene pecuniarie colpiscono solitamente soggetti privi di risorse economiche e quindi impossibilitati al pagamento. Il sistema messo in moto dal mancato pagamento è particolarmente dannoso. In primo luogo, perché spesso sfocia nell'esecuzione forzata (preetto e pignoramento di quanto sia pignorabile) in danno generalmente della famiglia del condannato. In secondo luogo, perché, quando il condannato non possiede beni sottoponibili ad esecuzione, opera la conversione della pena pecuniaria in libertà controllata, sanzione sostitutiva particolarmente pesante e di durata notevole, data l'entità delle pene. Dal punto di vista del reinserimento sociale il dato paradossale è che la libertà controllata deve essere eseguita dopo che l'affidamento si è concluso ed è stato valutato positivamente. Ancora più paradossale è che, in caso di violazione delle prescrizioni della libertà vigilata, il condannato torna a scontare una pena deten-

⁽⁵⁵⁾ Cass., sez. un., 16 ottobre 1995, n. 27, in *Riv. pen.* 1995, p. 733.

⁽⁵⁶⁾ La pronuncia delle sezioni unite si presta ad un'obiezione, anche se parte della dottrina la ha salutata con favore, laddove considera l'affidamento un trattamento penitenziario, quasi a dimenticare che l'affidato non è un soggetto detenuto, tanto che se si allontana dal luogo presso cui sconta l'affidamento non commette il delitto di evasione e, che la misura in discorso si esegue fuori dal penitenziario. In dottrina Cfr. LI VECCHI R., *L'affidamento in prova al servizio sociale con esito positivo estingue o meno la sola pena detentiva?* In *Riv. pen.*, 1995, p. 1047 ss.

⁽⁵⁷⁾ Trib. Sorv. di Roma 5 luglio 2001, Gualà e Mozzi e 14 marzo 2002, ric. Silvestri in www.villamaraini.it

tiva che, per esplicita previsione normativa, può essere trasformata nuovamente in affidamento.

2.2. *Il concetto di rieducazione*

A questo punto, capire quali siano i criteri per arrivare a decidere che un affidamento ha raggiunto lo scopo e che un altro no, è fondamentale, ma niente affatto semplice, soprattutto se si pensa che il fine della misura in discorso è di risocializzare una persona.

Per giungere ad una valutazione positiva del periodo trascorso in affidamento è necessario che il Tribunale ritenga che il percorso seguito dal condannato durante l'espletamento della misura è servito alla sua rieducazione. È quindi una scelta obbligata capire che cosa significa rieducazione e quali sono i parametri di riferimento che consentono al giudice di affermare che un soggetto è stato rieducato ed un altro no.

Il principio del finalismo rieducativo della pena è sancito nella Costituzione all'art. 27 comma 3 «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Come possiamo agevolmente notare, la Costituzione si limita a descrivere le finalità della pena, ma non fornisce al giudice alcun criterio di valutazione per determinare se tale scopo è stato o no soddisfatto.

Il fine cui la pena deve tendere, per soddisfare il dettato costituzionale, implica necessariamente una forte individualizzazione della stessa ed è proprio a questa *ratio* che rispondono le misure alternative. Infatti, queste sono concesse perché si pensa che il trattamento extra-murario meglio si adatti, in alcuni casi, a soddisfare le finalità della pena. Le misure alternative sono dunque accompagnate da prescrizioni, cioè da regole che il condannato deve rispettare durante l'esecuzione delle stesse. L'idea alla base di tali meccanismi è che imponendo al reo regole precise si riesce ad influenzarne il comportamento, cioè a rieducarlo. Da ciò dovremo desumere che se il condannato segue le prescrizioni e non viola le leggi durante l'esecuzione della misura egli è rieducato. Tuttavia la giurisprudenza afferma, come abbiamo già ricordato, che «il mero decorso del periodo di prova senza che sia intervenuta una revoca non produce automaticamente un effetto estintivo, per il quale è, invece, necessario l'accertamento di elementi di comportamento positivi tali da far supporre essere avvenuta la rieducazione inequivocabile del reo»⁽⁵⁸⁾.

È bene non cadere nell'equivoco di pensare che rieducato significhi pentito, vale a dire che la rieducazione comporti necessariamente un ravvedimento critico interiore. L'esigenza di una completa

⁽⁵⁸⁾ Cass., sez. I, 26 giugno 1981, Milito, in *Cass. pen.* 1982, p. 1631.

revisione critica del passato non risponde alla logica delle misure alternative. La mancanza di senso critico, secondo parte della giurisprudenza,⁽⁵⁹⁾ può valutarsi negativamente, quale indice sintomatico di una mancata risposta positiva al trattamento, solo qualora sia espressione dell'atteggiamento mentale del condannato giustificativo del proprio comportamento antidoveroso, ma certamente non quando è frutto di una protesta di innocenza che è diritto incontestabile di ciascuno, non solo in pendenza di un processo, ma anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

Pur condividendo l'ultima affermazione citata della Corte di Cassazione, si rimane un po' interdetti leggendo che la suprema Corte ritiene legittima una valutazione sull'atteggiamento mentale di un soggetto⁽⁶⁰⁾. L'affermazione stuzzica la curiosità, e ci fa chiedere quale strumento ha avuto in mente la Corte per accertare l'avvenuto ravvedimento del condannato o al contrario l'atteggiamento mentale antidoveroso⁽⁶¹⁾. La decisione della Cassazione porta nuovamente alla ribalta un dibattito, mai sopito, sul senso della rieducazione: cosa significa essere rieducato, quali sono gli strumenti per accertare se il trattamento è riuscito a trasformare l'animo di una persona e soprattutto cosa uno stato liberal-democratico può esigere dai condannati?

A queste domande ha cercato di rispondere nella prima metà dell'ottocento Alexis De Tocqueville. Nei suoi scritti penitenziari possiamo leggere a proposito di quella che chiama «la riforma radicale dell'uomo» delle riflessioni ancora oggi attuali:

[...] non vi è alcun sistema umano per provare questa riforma: come dimostrare con delle cifre la purezza dell'anima, la delicatezza dei sentimenti e l'innocenza delle intenzioni? La società, inca-

⁽⁵⁹⁾ Cass., sez. I, n. 766, 25 febbraio 2003, rel. Gianfranco, in www.gulottavaislex.it

⁽⁶⁰⁾ *Ibid.*

⁽⁶¹⁾ È vero che in diritto penale l'accertamento dell'intenzione del soggetto non è sicuramente una novità, e che anzi tale accertamento è il presupposto di ogni condanna penale, ma i modi di accertamento del dolo si basano su un procedimento che prende le mosse dalla realtà fattuale. Infatti, il procedimento del conoscere e del ricostruire storico, consiste, sostiene Mantovani, nelle seguenti operazioni: nel considerare tutte le circostanze esteriori, che in qualche modo possono essere espressione degli atteggiamenti psichici o comunque accompagnarli o essere ad essi collegate; nell'inferire dall'esistenza di tali circostanze, certe e precise, l'esistenza di una rappresentazione, sulla base delle comuni regole di esperienza: procedendo cioè ad un'estensione analogica al caso individuale dell'*id quod plerumque accidit*, secondo lo schema logico della *prae-sumptio hominis*. Pertanto il fatto che il soggetto abbia agito in conformità a tali regole di esperienza basta, normalmente, per ritenersi dimostrato il dolo; nel valutare le eventuali circostanze che lascino ragionevolmente supporre una deviazione dal modo in cui vanno normalmente le cose. Quando si deve accertare, se un soggetto che ha rispettato tutte le prescrizioni è rieducato qual è il procedimento che il giudice deve seguire? Presumibilmente egli adotterà lo schema previsto per l'accertamento del dolo, ma sarà una grave forzatura, mancando il presupposto iniziale, cioè il fatto. Cfr. MANTOVANI, F., *Diritto Penale*, parte generale, Cedam, Padova, 1992 pp. 328-29; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale*, parte generale, Zanichelli, Bologna, 2001 pp. 334-35.

pace di operare questa rigenerazione radicale, è altrettanto sprovvista del potere di constatarla quando essa esista. È in entrambi i casi una faccenda fortemente interiore: nel primo caso, solo Dio può agire, nel secondo, solo Dio può giudicare;

[...] Se il sistema penitenziario non potesse proporsi altro scopo che la riforma radicale di cui abbiamo appena parlato, il legislatore forse dovrebbe abbandonare questo sistema [...] la riforma radicale dell'uomo depravato non è che un risultato accidentale del sistema penitenziario, invece di esserne una conseguenza logica.

[...] Le abitudini d'ordine alle quali è sottomesso il detenuto per molti anni influiscono sulla sua condotta morale al momento del rientro nella società: la necessità del lavoro, che doma la sua inclinazione all'ozio, l'obbligo del silenzio, che fa riflettere, l'isolamento che lo mette solo in presenza del suo crimine e della sua pena, l'istruzione religiosa, che lo illumina e lo consola, l'obbedienza di ogni istante a delle regole inflessibili, la regolarità di una vita uniforme sono tali da produrre sul suo spirito un'impressione profonda, [...] forse uscendo dalla prigione egli non è un uomo onesto, ma ha contratto delle abitudini oneste⁽⁶²⁾.

In sostanza dalle parole di Tocqueville emerge che il sistema penitenziario assolve il compito di assicurare la difesa della società. Esso deve trasmettere ai detenuti delle «abitudini d'ordine», affinché questi, una volta usciti dal carcere, tengano un comportamento onesto. La società ha il diritto di esigere dai suoi membri il rispetto delle sue leggi, ma non può domandare loro di divenire uomini onesti. Il sistema penitenziario non può e non *deve* cambiare gli uomini, ma i loro atti⁽⁶³⁾. Tocqueville ci pone il problema se sia davvero ammissibile e/o possibile che uno stato liberal-democratico imponga ad un soggetto di ritenere giusta una regola o se, invece, esso debba limitarsi a chiedere ad un condannato solo il rispetto di questa. Una persona deve senz'altro rispettare le regole della comunità in cui vive, ma non deve necessariamente pensare che esse siano giuste, per essere ritenuta una persona ben inserita nella società: non si capisce per quale ragione i condannati dovrebbero avere un obbligo diverso e più gravoso di aderire alle leggi.

A duecento anni di distanza credo che si dovrebbe essere giunti alla conclusione che in materia di rieducazione, gli unici elementi oggettivi che possono assurgere a punti di riferimento sono proprio i comportamenti del condannato durante l'esecuzione della prova. Pertanto la stretta osservanza delle prescrizioni e delle leggi vigenti dovrebbe bastare a ritenere rieducato un soggetto, non potendosi

⁽⁶²⁾ TOCQUEVILLE A. DE, *Scritti penitenziari*, (a cura di) L., Re, Edizioni di storia e letteratura, Roma 2002, pp. 59-62.

⁽⁶³⁾ *Ivi* p. XLVII.

pretendere da lui altro che il rispetto delle regole imposte e non certo che egli le condivida e le ritenga giuste⁽⁶⁴⁾.

La Corte Costituzionale, per molto tempo, ha interpretato in modo restrittivo la funzione rieducativa, sostenendo una concezione poli-funzionale della pena: così accanto alla rieducazione del condannato, la pena avrebbe anche altre finalità, quali la dissuasione, la prevenzione e la difesa sociale. Con la sentenza 12 febbraio 1966⁽⁶⁵⁾, la Consulta ha ritenuto il fine rieducativo come «marginale o addirittura eventuale» e comunque sempre ridotto «entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario». Negli anni '80 la Corte⁽⁶⁶⁾ rivede e ammorbidisce le sue posizioni, affermando che «non può essere forzata fino a condurre alle estreme conseguenze la tesi che il fine rieducativo inerisce ad ogni pena, dovendo esso necessariamente temperarsi con altre funzioni di retribuzione e di difesa sociale». Successivamente, nel 1988, la Corte Costituzionale afferma che [...] «i principi di cui al comma 3 dell'art. 27 cost. non riguardano il processo di cognizione e l'applicazione della pena da parte del giudice del dibattimento; [...] questi principi si riferiscono all'esecuzione della pena, come sarebbe dimostrato dalla menzione del trattamento, che è espressione tecnica della materia penitenziaria». Da questo ragionamento può dedursi che le pene configurate dal legislatore, nel momento editale, in modo da escludere a priori qualunque idoneità rieducativa, sarebbero perfettamente legittime rimanendo la sola fase editale estranea ad ogni preoccupazione rieducativa⁽⁶⁷⁾.

Con la sentenza n. 313 del 1990⁽⁶⁸⁾ la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha un'inversione di tendenza rispetto al passato: la funzione rieducativa non è più qualcosa da riferire al solo ambito dell'esecuzione. La Corte ha affermato che «in uno stato evoluto, la finalità rieducativa non può ritenersi estranea alla legittimazione e alla funzione stessa della pena; [...] la necessità che la pena deve tendere a rieducare è una qualità essenziale della stessa che l'accompagna da quando nasce fino a quando, in concreto, si estingue». La sentenza in discorso afferma che la finalità rieducativa è prioritaria sulle altre, nonostante che afflittività e retributività siano contenuti ineliminabili di ogni pena, finalità che però, sottolinea la Corte, non hanno rango costituzionale.

⁽⁶⁴⁾ Se questo è vero non si capisce bene cosa intenda chi (BARTOLI R., *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia*, cit.) sostiene che una durata dell'affidamento maggiore della pena detentiva che sostituisce aumenterebbe la possibilità di «smascherare» eventuali comportamenti che aderiscono alle prescrizioni solo in apparenza (soddisfacendo le esigenze di prevenzione speciale). Chi osserva le prescrizioni è rieducato, non *maschera* la sua devianza, così come chi osserva le leggi è onesto e non *maschera* la sua disonestà.

⁽⁶⁵⁾ Corte Costituzionale, 12 febbraio 1966, n. 12, in *Giur. cost.*, 1966, vol. I, p. 143.

⁽⁶⁶⁾ Corte Costituzionale, n. 107/1980, in www.giurcost.it

⁽⁶⁷⁾ PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 88.

⁽⁶⁸⁾ Corte Costituzionale, n. 313/1990, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1981 ss.

La Corte, successivamente, nel corso degli anni '90, è tornata a confinare la finalità della rieducazione della pena alla fase esecutiva, nondimeno la sentenza n. 313/1990 ha segnato un punto importante nel dibattito sulla rieducazione. La Corte di Cassazione sembra, infatti, oggi dare per assodato il principio della finalità rieducativa della pena come condizionante tutto il sistema penale e non solo la fase dell'esecuzione, sostenendo che esso si riflette sul meccanismo delineato dall'art. 133 c.p.. Ciò ha come corollario che «la commisurazione della pena non può prescindere dalle necessità rieducative da determinare in base alla gravità del reato e alla personalità dell'imputato⁽⁶⁹⁾». La Corte di Cassazione aveva del resto già ritenuto che in materia di valutazione della gravità del reato agli effetti della pena, l'individuazione della pena stessa non ha senso senza la considerazione della finalità rieducativa⁽⁷⁰⁾. Sulla base di queste considerazioni aveva affermato che tra i criteri per la determinazione della pena, il giudice deve tener conto della necessità della rieducazione. Conformemente a queste tesi ha poi sostenuto che è indispensabile valutare la personalità dell'imputato e le sue inclinazioni con riferimento alla capacità a delinquere intesa come attitudine a commettere nuovi reati⁽⁷¹⁾.

2.3. *La rilevanza dei comportamenti successivi al termine della misura, in sede di giudizio di valutazione*

Con la sentenza Martola le sezioni unite intervengono a risolvere un contrasto giurisprudenziale che vedeva schierati due opposti orientamenti.

Da un lato⁽⁷²⁾ c'è chi sostiene che il Tribunale deve valutare esclusivamente il periodo trascorso in prova, non potendo i comportamenti successivi alla scadenza della misura esplicare alcuna influenza sul giudizio da esprimere in ordine all'esito di essa. Secondo questa giurisprudenza i comportamenti successivi al termine della misura non possono influenzare l'esito, anche quando avvengono nelle more dell'invio, da parte del servizio sociale, della relazione conclusiva sui risultati dell'affidamento. Da queste pronunce sembra emergere che il fine della misura è di dare al condannato un'opportunità di reinserimento, quindi, può inquadrarsi all'interno di quel filone che ritiene la rieducazione un percorso che la pena deve favorire e che non si conclude necessariamente con essa.

⁽⁶⁹⁾ Cass., sez. II, 18 febbraio 1991, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 1604.

⁽⁷⁰⁾ Cass., sez. I, 3 ottobre 1985, in *Giust. Pen.*, 1986, III, p. 724.

⁽⁷¹⁾ Cass., sez. III, 28 gennaio 1993, *Mass. Pen. Cass.*, 1993, fasc. 6, p. 63.

⁽⁷²⁾ Cass., sez. I, 22 maggio 2000 ric. Bertini, in *Cass. pen.* 2001, p. 1605; *Id.*, sez. I, 15 maggio 1998 ric. Milan, *ivi*, p. 2676; *Id.*, sez. I, 15 maggio 1998 ric. Allegri, *Ibid.*, sez. I, 17 gennaio 1997, ric. Motta, CED rv 206514.

Dall'altro lato⁽⁷³⁾, invece, c'è chi sostiene che per esito positivo della prova, ai fini dell'estinzione della pena, deve intendersi l'integrale emenda del reo. È quindi il totale recupero del condannato che viene a costituire il parametro di valutazione e, al tempo stesso, la causa giustificatrice del rapporto punitivo, essendo questo giunto al completo soddisfacimento dell'ineludibile funzione rieducativa assegnata alla pena dall'art. 27 comma 3 Cost.. In tale contesto, ammettere la valutazione di comportamenti successivi al periodo di prova è una conseguenza naturale: esito positivo significa che il Tribunale ha valutato, in concreto, non i comportamenti tenuti dall'affidato durante l'esecuzione della misura, ma i risultati che lo stesso ha raggiunto nel processo di ravvedimento.

In quest'ultimo caso il Tribunale deve evitare ogni automatismo e quindi procedere ad una valutazione caso per caso, con un apprezzamento globale, all'interno del quale deve tenersi conto, da un lato della condotta tenuta dal soggetto durante l'esecuzione della misura e, dall'altro, dell'effettiva entità del fatto successivo, della distanza cronologica dalla scadenza dell'affidamento e dell'eventuale collegamento di questo con le modalità di espletamento della prova. Qualora tale fatto integri reato per il quale non sia ancora intervenuta una condanna irrevocabile, deve delibarlo autonomamente per accertare sia la sua reale ascrivibilità al condannato, sia la consistenza di elementi idonei a ricondurne la matrice al pregresso espletamento della prova e, conseguentemente, la sua concreta incidenza sul giudizio di recupero sociale.

Le più volte citate sezioni unite del marzo 2002, hanno ritenuto di accogliere quest'ultimo orientamento⁽⁷⁴⁾, facendo proprie le medesime precisazioni in ordine alla necessità di escludere gli automatismi e di procedere ad una valutazione casistica. Rispetto alla giurisprudenza precedente, però, le sezioni unite sono più precise ed innovano su un aspetto non marginale. Nella motivazione si specifica a chiare lettere che i comportamenti successivi alla scadenza della misura che il Tribunale può valutare sono quelli posti in essere dal condannato, nel periodo tra il termine della prova e la formulazione del giudizio sull'esito della stessa. Questi comportamenti, ancorché inidonei a giustificare una revoca possono costituire indici sintomatici, per qualità e gravità, del mancato conseguimento dell'obiettivo di recupero sociale cui l'affidamento in prova ai servizi sociali è preordinato.

Le sezioni unite ritengono possibile valutare comportamenti successivi alla scadenza della prova, purché tra la prova ed il nuovo fatto vi sia uno stretto collegamento. In pratica si richiede che il

⁽⁷³⁾ Cass., sez. I, 19 giugno 1998 ric. Quaranta, in *cass. . pen.*, 1999, p. 2676; *Id.*, sez. I, 22 giugno 1999 ric. Berlingeri CED rv 213924; *Id.*, sez. I, 31 ottobre 2000 ric. Li Mandri, in *Giust. pen.*, 2002, II, pp. 108-110; *Id.*, sez. I, 3 ottobre 2000 ric. La Perna, CED rv 217606.

⁽⁷⁴⁾ In pratica le sezioni unite riportano, in modo quasi integrale, una parte della motivazione della sentenza del 31 ottobre 2002 (Li Mandri) cit.

proposito di agire in modo antidoveroso sia maturato nel corso dell'esecuzione della misura. In tal modo si può sostenere che il trattamento rieducativo ha fallito.

Il caso di specie riguarda un affidato che a pochi giorni di distanza dal termine della misura dell'affidamento in prova ha commesso una rapina ai danni del datore di lavoro presso cui aveva scontato il periodo di prova. Date le modalità del fatto la Corte ha ritenuto che il condannato avesse premeditato e organizzato il crimine durante l'espletamento della prova e che dunque questa non sia stata idonea a svolgere quella funzione rieducativa cui deve tendere. Per tutte queste ragioni ha ritenuto legittima la decisione del Tribunale di sorveglianza che aveva deciso, con un'adeguata motivazione, a favore di una revoca *ex tunc*.

La Corte ha ritenuto che il Tribunale deve procedere, anche nell'ipotesi di esito negativo, alla rideterminazione della pena residua da scontare, usando i criteri forniti in materia di revoca dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 343/1987.

Può, quindi, ben affermarsi che la violazione di una prescrizione può indubbiamente essere motivo della revoca durante l'espletamento della misura, ma di per sé non è un elemento da cui far derivare automaticamente una valutazione negativa della prova.

Il problema della legittimità o meno della valutazione di comportamenti successivi al termine della misura deve essere inquadrato all'interno della discussione sulle finalità della pena. Se si intende la rieducazione come un percorso, sorgono dubbi sull'ammissibilità di considerare negativamente, in sede di giudizio di valutazione all'esito dell'affidamento in prova ai servizi sociali, i comportamenti tenuti dall'affidato al termine del periodo di prova. Proprio su questo punto la sentenza Martola appare contraddittoria sotto due aspetti: da un lato, richiama, a sostegno della sua soluzione, una giurisprudenza⁽⁷⁵⁾ che intende la rieducazione come un risultato in contrasto con l'interpretazione data dalla Corte Costituzionale dell'art. 27 comma 3, Cost.; dall'altro, facendo riferimento al disegno di legge 568/S che al momento della pronuncia era stato approvato al senato (oggi invece è divenuto la legge n. 277/2002), afferma che devono ritenersi superate le teorie contrattualistiche elaborate in materia di affidamento, dal momento che anche gli affidati che abbiano, durante l'espletamento dell'esperimento dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione, hanno diritto alla riduzione di pena prevista dall'art. 54 ord. pen.. Da quest'affermazione sembra, invece, che le sezioni unite avallino l'interpretazione della Corte Costituzionale che considera la rieducazione un percorso.

Le sezioni unite collegano l'effetto estintivo della prova ai risultati che, sul piano dell'emenda, il percorso trattamentale e l'espe-

⁽⁷⁵⁾ Cass., sez. I, Berlingeri cit.

rienza della misura hanno consentito al condannato di conseguire: in questa prospettiva anche i comportamenti successivi possono essere valutati, sempre che «tali comportamenti presentino caratteristiche tali da saldarsi alla condotta serbata ed all'esperienza maturata nel corso della prova, in un unico alveo finalisticamente orientato all'integrale recupero del condannato, reale obiettivo della misura e, più in generale, dell'intero percorso esecutivo». Le sezioni unite riprendono in motivazione un passo della pronuncia Berlingeri (citata in nota n. 73) e dichiarano quindi di aderire ad un orientamento che vede la rieducazione non come un percorso, ma come un risultato. Il correttivo fornito dalle sezioni unite, vale a dire che possono essere valutati solo i comportamenti successivi al termine della misura che «pur se non riconducibili storicamente nel perimetro temporale della prova, si palesino tuttavia, avuto riguardo alla loro qualità e gravità, significativi e in grado di illuminare retrospettivamente il processo rieducativo del condannato ai fini del reinserimento sociale e dell'auspicata prognosi di non recidivanza», non appare un'idonea garanzia, stante l'approssimazione con cui si può giudicare degli atteggiamenti interiori. Nella pratica sarà infatti molto difficile ricostruire con chiarezza quando è sorto nel condannato il proposito di delinquere o comunque di tenere un atteggiamento che il Tribunale reputa sintomatico di mancata rieducazione⁽⁷⁶⁾.

I problemi aumentano laddove si consideri che la recente legge 19 dicembre 2002, n. 277, recante «Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di liberazione anticipata» ha ammesso la liberazione anticipata anche per l'affidato in prova ai servizi sociali, superando così un orientamento oscillante sulla possibilità di concedere la liberazione anticipata a chi non si trovasse in stato di detenzione. Va detto che anche nella nuova legge si usa una terminologia imprecisa, ammettendo la detrazione di pena per la liberazione anticipata all'affidato che nel periodo di espletamento della misura abbia dato prova di un suo concreto recupero sociale, desumibile da «comportamenti rivelatori del positivo evolversi della sua personalità». A questo punto, è spontaneo chiedersi il senso di un giudizio di valutazione finale della misura, laddove ad un soggetto sia stata già concessa la detrazione dei giorni di pena per la liberazione anticipata. Infatti, l'avvenuta concessione dei giorni presuppone un corretto comportamento del condannato ed una sua partecipazione attiva al trattamento. Ciò è vero, tanto che, spesso, nelle motivazioni delle ordinanze del Tribunale di Firenze, che rigettano la liberazione anticipata, possiamo leggere «ai fini della concessione del beneficio

⁽⁷⁶⁾ Nel dubbio, quando non vi sono elementi di fatto che consentono di collocare in modo certo nel tempo l'ideazione del fatto, se dovesse divenire prassi l'applicazione del principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, dovrebbe operare, secondo me, il principio del *favor rei* e quindi ritenere positivo l'esito dell'affidamento, anche alla presenza di un reato commesso successivamente.

non è sufficiente un corretto comportamento, ma si richiede un'effettiva partecipazione al programma rieducativo». Naturalmente, resta il problema di stabilire che cosa debba intendersi per partecipazione effettiva al trattamento.

Infine, vale la pena sottolineare che, ammettere la valutazione di comportamenti successivi al termine della misura può comportare delle disparità di trattamento, stante il carico di lavoro dei Tribunali di sorveglianza. Ritenere legittimo valutare, come sintomatico del fallimento della prova, un fatto commesso in tempi successivi al termine della misura, crea una disparità di trattamento tra condannati. Infatti, secondo il carico di lavoro di un Tribunale al condannato sarà fissata una camera di consiglio in tempi più o meno distanti dal termine della prova. In tal modo varia, per ragioni casuali, il periodo che il Tribunale può valutare e aumentano i rischi per l'affidato.

Si è detto che in dottrina e in giurisprudenza si discute se il giudizio di valutazione positivo sull'esito dell'affidamento estingua anche la pena pecuniaria e che la giurisprudenza di legittimità si è orientata, dopo una breve oscillazione, nel senso di escludere l'estinzione della pena pecuniaria, mentre, di recente la giurisprudenza di merito si è pronunciata in senso opposto. Le ragioni alla base di questa seconda tendenza si ritrovano nella *ratio* della misura alternativa dell'affidamento in prova: se l'affidamento è una misura abilitante, dato che deve tendere alla rieducazione e al reinserimento, deve dirsi che l'esito positivo estingue tutte le pene, a maggior ragione quelle che possono ostacolare il reinserimento cui la misura stessa tende. Adesso, prescindendo da questa disputa si può osservare che la presenza di una pena pecuniaria da estinguere potrebbe conferire un orizzonte temporale non casuale ai comportamenti successivi all'affidamento rilevanti per la sua valutazione: il Tribunale di sorveglianza potrebbe tener conto solo di quei comportamenti tenuti in fase di esecuzione pena e quindi mai di quelli successivi all'estinzione anche della pena pecuniaria.

Una delle prime applicazioni, da parte dei Tribunali ordinari, del principio di diritto enunciato nella sentenza Martola si deve al Tribunale di sorveglianza di Torino che afferma la necessità del rigore nella valutazione dei comportamenti successivi all'espletamento della misura alternativa in una ordinanza⁽⁷⁷⁾ in cui dichiara l'estinzione della pena in relazione all'affidamento in prova al servizio sociale. Tale decisione segue ad una sentenza di annullamento con rinvio resa dalla Corte di Cassazione a seguito del ricorso proposto da una condannata cui era stato revocato *ex tunc* l'affidamento all'esito della prova, in quanto non aveva, secondo il Tribunale, adempiuto la prescrizione risarcitoria imposta con una successiva ordinanza emessa dallo stesso Tribunale che aveva concesso l'affidamento.

⁽⁷⁷⁾ Trib. Sorv., Torino ord., n. 4912/2002.

La condannata sosteneva di aver saputo di una tale prescrizione solo quando era al termine della prova, perché solo allora le era stata notificata l'ordinanza in discorso. Il Tribunale aveva invece sostenuto, e per questo revocato l'affidamento e valutato negativamente tutto il periodo trascorso dalla condannata in esecuzione della misura e, che la stessa era a conoscenza della prescrizione anche prima che le fosse notificata l'ordinanza e che, in ogni modo, anche dopo la cessazione della misura non si era minimamente adoperata a favore delle vittime del suo reato.

Il giudice del rinvio dichiara l'estinzione della pena, sostenendo che il mancato adempimento della prescrizione risarcitoria non costituisce una ragione valida per valutare negativamente l'espletamento della prova. Questa decisione è resa nel pieno rispetto del principio di diritto, enunciato dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza di rinvio, secondo cui la valutazione da compiere nel caso concreto non concerneva una revoca della misura alternativa dell'affidamento, perché questo è possibile solo durante l'esecuzione della misura, bensì riguarda la valutazione dell'eventuale esito negativo dell'affidamento.

Prescindendo dalla discussione se sia legittima una prescrizione che impone di adoperarsi per riparare il danno causato dal reato durante l'espletamento dell'affidamento in prova, va rilevato che l'ordinanza del Tribunale di Torino è ragionevole e risponde pienamente ai principi enunciati dalle sezioni unite, che, come abbiamo già detto, ritengono valutabile ai fini della dichiarazione di estinzione della pena determinati comportamenti commessi successivamente all'esito della prova. È bene chiarire che le condotte successive al termine della misura devono consistere in delitti gravi. Tale affermazione è ricavabile dalle parole della Corte che, in più passi della motivazione alla sentenza Martola, afferma che il comportamento successivo al termine dell'affidamento deve essere sintomatico del fatto che il condannato «non ha in alcun modo partecipato all'opera di rieducazione, avendo posto in essere un comportamento delittuoso di estrema gravità, del tutto incompatibile con l'accertamento del buon esito dell'esperimento».

3. La rideterminazione della pena

L'assenza del recupero sociale ha, fino a poco tempo fa, comportato la risoluzione *ex tunc* del beneficio. Una soluzione così drastica è stata criticata da parte della dottrina⁽⁷⁸⁾ che la ritiene una soluzione contrastante con quanto sancito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 343/1987. Con la sentenza⁽⁷⁹⁾ in esame la Corte

⁽⁷⁸⁾ GRASSO G., *Misure alternative alla detenzione* in VASSALLI (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, p. 679.

⁽⁷⁹⁾ Cass., sez. Un., 13 marzo 2002 ric. Martola, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pp. 1225-30.

di Cassazione ha accolto le doglianze della dottrina sostenendo che anche nell'ipotesi di esito negativo dell'affidamento, il giudice, debba rideterminare la pena utilizzando gli stessi criteri previsti per il giudizio di revoca. Tuttavia alcuni,⁽⁸⁰⁾ pur condividendo *la ratio* della pronuncia, ritengono che non sia possibile arrivare in via interpretativa a sostenere quanto appena detto e che sarebbe necessaria una pronuncia esplicita della Corte Costituzionale sul punto.

Questa posizione appare eccessiva, perché in più occasioni la Corte Costituzionale ha affermato⁽⁸¹⁾ che è compito dell'interprete, «ricostruire il sistema normativo e di prescegliere, nella misura del possibile e con gli strumenti interpretativi di cui dispone, la lettura che eviti la contraddizione tra la norma interpretata e la Costituzione».

Nella recente sentenza Martola, la Cassazione afferma che ritenere, nell'ipotesi di esito negativo della prova, che il Tribunale non debba procedere alla rideterminazione della pena, tenendo conto delle restrizioni subite dal condannato, durante l'espletamento della misura e che quindi l'ordinanza produca un automatico effetto *ex tunc* dell'efficacia della prova con la conseguenza che il tempo trascorso in affidamento non si considera come pena espiata, non appare coerente con le soluzioni dettate dalla Corte Costituzionale sulla parziale illegittimità dell'art. 47 ord. pen. (312/1985; 185/1985; 343/1987). Le sezioni unite ricordano come la Consulta ha, in passato, chiarito che spesso la "colpa" dell'esito negativo dell'affidamento non è imputabile esclusivamente al condannato, in considerazione del fatto che molte volte i servizi sociali che dovrebbero seguirlo non possono, per carenze strutturali, sufficientemente supportarlo nel suo percorso e che le prescrizioni cui è assoggettato il condannato durante l'espiazione della misura alternativa hanno natura afflittiva. Alla luce di queste osservazioni la Cassazione sostiene che, così come avviene per la revoca, nell'ipotesi di esito negativo dell'affidamento il Tribunale di sorveglianza debba procedere alla rideterminazione della pena residua da scontare in carcere, analizzando in modo globale il periodo trascorso in esecuzione della misura, e tenendo conto delle limitazioni della libertà sofferte dal reo durante la prova. Con queste argomentazioni le sezioni unite accolgono un orientamento finora minoritario⁽⁸²⁾ in giurisprudenza, contraddicendo quello maggioritario e tra-

(80) MARCHESELLI A., *Diritto&Diritti.it*

(81) Corte Costituzionale, n. 174/1999, in *Sent. ord. c. cost.*, 1999, pp. 1737-38.

(82) Cass., sez. I, 5 marzo 2001, ric. Bavagnoli, CED rv 218223 «in tema di affidamento in prova ai servizi sociali, non solo in caso di revoca della misura, ma anche in caso di valutazione negativa della prova, il Tribunale di sorveglianza deve determinare la durata della residua pena da scontare, prendendo in considerazione in maniera puntuale, l'entità dell'incidenza temporale delle specifiche circostanze poste a fondamento del giudizio sfavorevole, in quanto l'irrogazione di sanzioni che si aggiungono a quelle ritenute originariamente proporzionate al grado di responsabilità del soggetto non può avvenire senza una valutazione dell'ulteriore condotta deviante posta a giustificazione dell'accertato esito negativo della prova».

dizionale⁽⁸³⁾ che, invece, riteneva automatico l'effetto *ex tunc* dell'efficacia della prova di fronte ad un esito negativo dell'affidamento, sostenendo l'impossibilità, trattandosi di due giudizi con oggetto differente, di estendere le pronunce della Corte Costituzionale in materia di revoca al giudizio di valutazione.

La giurisprudenza che ho appena definito tradizionale è influenzata da una dottrina risalente⁽⁸⁴⁾ contraria alla possibilità di rideterminare la pena tenendo conto delle restrizioni subite nel corso della misura sia nell'ipotesi revoca-sanzione che di esito negativo. Tale dottrina è precedente alla sentenza della Corte Costituzionale n. 343/1987. In questa sentenza la Consulta ha affermato che il Tribunale deve valutare, se il periodo trascorso in affidamento, prima che sia intervenuta una revoca-sanzione, possa essere ritenuto, in tutto o in parte, come pena espiata. Tuttavia, le argomentazioni a sostegno dell'impossibilità dello scomputo sono quelle che la giurisprudenza ha usato per negare che quanto detto valga per il caso in cui la valutazione dell'esito della prova sia negativa. In pratica si sostiene che la tesi favorevole allo scomputo sia contro la lettera della legge, perché fa derivare effetti parzialmente estintivi da una prova interrotta o mal eseguita. Ciò è ritenuto contrario alla *ratio* dell'affidamento che ha senso se è, in quanto ritenuto un istituto sostitutivo al trattamento intra-murario, caratterizzato da prescrizioni sufficienti per tendere alla rieducazione del reo. Consentire lo scomputo significherebbe attribuire valore educativo ad una prova fallita, svuotando di qualunque significato la funzione general preventiva della pena valorizzando, fuori misura, il principio del *favor rei*. A tutto ciò — si sottolinea — deve poi aggiungersi che la magistratura ha un potere discrezionale vincolato dai parametri normativi e dalla finalità che, secondo il legislatore, deve avere un istituto. Nell'ipotesi in discorso, vi è la totale assenza di parametri e rimettendo la valutazione al giudice si corre il rischio di trasformare una discrezionalità vincolata in un arbitrio.

In dottrina non sono mancate voci contrarie che hanno posto l'accento sul fatto che nella realtà non si verificano solo situazioni estreme, in cui facilmente può dirsi che il periodo trascorso in affidamento è valutabile positivamente o negativamente senza ombra di dubbio. Infatti, nella realtà «esiste tra i due estremi una vasta zona

⁽⁸³⁾ Cass., sez. un., 7 febbraio, 1981, ric. Talluto, in *Cass. pen.*, 1981, p. 1760, in cui la Corte solleva questione di legittimità costituzionale circa la possibilità di far valere come pena espiata il periodo trascorso in affidamento, a seguito di annullamento dell'ordinanza che ha concesso la misura. La Consulta risponde con la sentenza 185/1985; Cass., sez. I, 21 febbraio 1984, Didona, cit.; 18 settembre 1997, Renda, cit.; 18 novembre 1996, Galante, cit.; 17 febbraio 2000, Cornero, cit.; Falcetelli 6 maggio 1985, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1383; 31 ottobre 2000, Li Mandri, cit.; 16 gennaio 2001, Ruggero, CED rv 218457.

⁽⁸⁴⁾ BALZAROTTI M.L., *Orientamenti e sbandamenti intorno alla revoca dell'affidamento in prova*, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1008-10.

grigia di comportamenti non soddisfacenti, sebbene non totalmente censurabili»⁽⁸⁵⁾. Proprio per questa ragione è necessario sganciare le decisioni da ogni automatismo e rimettere la valutazione al giudice che esercita la «giurisdizione rieducativa»⁽⁸⁶⁾; è stato infatti il legislatore a volere che la magistratura di sorveglianza fosse dotata di forti poteri discrezionali. Non si capisce quindi come mai il potere discrezionale sia configurabile in sede di concessione della misura e rischi invece di divenire mero arbitrio in sede di valutazione. Tra l'altro gli stessi autori sostengono che il rischio di valutazioni arbitrarie potrebbe scongiurarsi dotando i provvedimenti in cui si decide dell'esito dell'affidamento di puntigliose motivazioni. Essi concludono che permettere al giudice di valutare caso per caso non farebbe altro che fornire all'istituto «un'armonica coerenza».

4. La natura delle ordinanze

L'ordinanza di revoca è un provvedimento reso *rebus sic stantibus*, ciò significa che è sempre revocabile nell'ipotesi in cui vengano meno i presupposti su cui esso è fondato. Quindi, ad un soggetto, cui sia stato revocato l'affidamento per la sopravvenienza di una grave imputazione, potrà essere revocata l'ordinanza che ha disposto la revoca, nell'ipotesi in cui sia assolto. A favore dell'ammissibilità di un'ordinanza che ha disposto della revoca si è implicitamente espressa anche la Corte Costituzionale nella sentenza n. 181 del 1996⁽⁸⁷⁾ con cui travalica il *petitum* del giudice remittente, rigettandolo e, chiarisce quale sia il regime delle ordinanze emesse dal magi-

⁽⁸⁵⁾ FASSONE E., *Affidamento in prova al servizio sociale e riforma penitenziaria: un bilancio tra luci e ombre*, in AA.VV., *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria* (a cura di) GREVI, Bologna, 1982, p. 59.

⁽⁸⁶⁾ GIOSTRA G., *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Milano 1983.

⁽⁸⁷⁾ Corte Costituzionale, sentenza del 31 maggio 1996 n. 181, in *Sent. ord. c. cost.*, 1996, p. 1685 ss. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto non fondata una questione di legittimità dell'art. 58-*quater* commi 1 e 2 della legge 354/1975, con riferimento agli articoli 3 e 27 comma 3 Cost.; la norma appena citata prevede una preclusione triennale alla possibilità di fruire delle misure quali: il lavoro all'esterno, permessi premio, affidamento in prova al servizio sociale, detenzione e semilibertà per il condannato che nel corso dell'esecuzione di una delle suddette misure abbia violato una prescrizione o una legge e per tale ragione abbia subito la revoca della misura stessa. La questione che è apparsa illegittima al giudice remittente concerne l'ipotesi in cui ad un soggetto, cui è revocata una misura, a seguito di gravi indizi di colpevolezza, sia in seguito assolto. L'ordinanza di revoca se non è impugnata in Cassazione, diviene irrevocabile e di conseguenza osta alla concessione dei benefici, aprendo la strada, appunto all'operatività dell'articolo 58-*quater* ord. pen. Questa situazione contrasta sia con la finalità rieducativa della pena sia con il principio di uguaglianza. Il giudice *a quo*, nella sua ordinanza di remissione, fa riferimento ad una pronuncia della Cass., sez., I, 9 marzo 1994, ric. Curti, in *Rep. giurispr.it.*, 1995, Carceri, n. 166, in cui si sostiene che il passaggio in giudicato dell'ordinanza di revoca impedisce che la stessa possa essere rimessa in discussione; da qui l'operatività obbligata dell'art. 58-*quater* ord. pen.

strato e dal Tribunale di sorveglianza, elaborando la teoria del giudicato *rebus sic stantibus*.

La Corte ritiene erroneo proprio il presupposto interpretativo da cui muove il giudice *a quo* e sostiene che l'ordinanza con cui si dispone la revoca di una misura alternativa ha una minore stabilità rispetto alle altre ordinanze che sono rese a seguito del procedimento di sorveglianza ex artt. 666 ss. c.p.p.. La differenza sarebbe da ravvivare nell'assenza di una cognizione piena all'interno del giudizio di sorveglianza che è, in realtà, una cognizione incidentale resa allo stato degli atti. Proprio per questa ragione, non è possibile escludere che le vicende processuali di una cognizione piena possano incidere sull'ordinanza di revoca. Infatti, se intervenisse un proscioglimento, il condannato potrebbe chiedere al Tribunale di sorveglianza la rimozione dell'ordinanza che ha disposto la revoca. In questo modo la Corte suggerisce un rimedio per una situazione che, altrimenti, costituirebbe una palese iniquità. Infatti, nell'ambito della giurisdizione esecutiva è esclusa, secondo la giurisprudenza, l'operatività dell'istituto della revisione⁽⁸⁸⁾.

La dottrina⁽⁸⁹⁾, pur apprezzando lo sforzo interpretativo della Consulta che elabora la teoria del giudicato *rebus sic stantibus* per riparare ad una palese ingiustizia, ha aspramente criticato la pronuncia della Consulta per due ragioni. La prima critica concerne l'atteggiamento, a maglie molto larghe, assunto riguardo all'utilizzabilità in chiave probatoria delle pendenze giudiziarie nell'ambito del procedimento di sorveglianza. Infatti, essi⁽⁹⁰⁾ sostengono che il procedimento in discorso è solo parzialmente, riequilibrato, ricorrendo all'attenuazione dell'effetto preclusivo del giudicato inerente all'ordinanza di revoca. La seconda critica, invece, riguarda gli argomenti a sostegno della teoria che «sono apparsi un po' deboli»⁽⁹¹⁾.

La Consulta accoglie, in sostanza, un orientamento della Corte di Cassazione sulla rilevanza dei carichi pendenti nell'ambito della giurisdizione esecutiva e poi elabora, come si è detto, la teoria del giudicato *rebus sic stantibus*. Questo giudizio può erroneamente essere confuso con il giudizio allo stato degli atti che si ritiene proprio delle ordinanze emesse dal Tribunale di sorveglianza allorché statuisca sui benefici penitenziari come ad esempio il permesso premio. In quest'ultimo tipo di decisioni il magistrato, dopo aver ritenuto ammissibile l'istanza del condannato perché sussistono i requisiti di legge, opera una valutazione della personalità dell'istante. Tale apprezz-

⁽⁸⁸⁾ Tale esclusione è dovuta al fatto che la giurisprudenza ritiene passibili di revisione solo le sentenze ed i decreti di condanna e non le ordinanze, indipendentemente dal giudice che le ha emesse, sia esso quindi di merito che di legittimità. Sul punto vedi Cass., sez. V, 8 novembre 1991, ric. De Fabritiis, in Cass. pen., 1993, p. 1794.

⁽⁸⁹⁾ DELLA CASA F., *L'incidenza della pronuncia assolutoria sulla pregressa revoca di una misura rieducativa*, in Sent. ord. c. cost., 1996, pp. 1693-1701.

⁽⁹⁰⁾ *Ibid.*

⁽⁹¹⁾ *Ibid.*

zamento verte su una realtà dinamica ed è proprio per questa ragione che, nonostante l'emissione di un'ordinanza di rigetto, il condannato può in tempi successivi proporre la medesima richiesta. In questi casi la particolarità dell'oggetto del giudizio impedisce che si formi il giudicato e che quindi costituisca un'ipotesi di *ne bis in idem* la successiva statuizione del magistrato sul medesimo fatto.

Nel momento in cui il Tribunale di sorveglianza è chiamato a decidere sulla revoca di una misura, anziché sulla sua concessione, la situazione, sostiene la Corte, cambia, perché muta l'oggetto del giudizio. In questo caso la questione da valutare sarebbe un fatto storico e non un profilo caratteriale. Avremo quindi un giudizio non molto diverso da quello che compie il Tribunale a cognizione piena, pertanto suscettibile di divenire irrevocabile e di coprire il dedotto ed il deducibile. La Corte avendo ben chiara tale distinzione sostiene però che il giudizio sul fatto che darà origine all'ordinanza di revoca sia espressione di una cognizione *incidenter tantum* sul fatto stesso e che ciò inciderebbe sulla stabilità del provvedimento. La natura di questa ordinanza consente al condannato, prosciolto dalle accuse che gli erano costate la revoca della misura, di adire il Tribunale di sorveglianza che ha emesso il provvedimento di revoca, chiedendone la rimozione⁽⁹²⁾.

A questa ricostruzione ha obiettato parte della dottrina⁽⁹³⁾, ritenendo che la risoluzione delle questioni pregiudiziali e incidentali non condiziona la stabilità del provvedimento, basti pensare al fatto che nei procedimenti a cognizione piena, le eventuali decisioni incidentali passano in giudicato assieme alla sentenza e sono poi suscettibili di revisione (sempre che si tratti di sentenze di condanna). A questo punto, alcuni autori⁽⁹⁴⁾ hanno sostenuto che la Consulta avrebbe commesso un errore non accogliendo la doglianza di parziale incostituzionalità dell'art. 58-*quater* come prospettata dal giudice *a quo*.

Da queste considerazioni, sembra potersi affermare che le ordinanze emesse dal Tribunale di sorveglianza sono sempre revocabili finché non sia intervenuta una sentenza della Corte di Cassazione o che non sia decorso il termine per impugnarle, in sede di legittimità. Infatti, in concreto, il Tribunale di sorveglianza esprime sempre valutazioni e mai accertamenti del fatto a cognizione piena. Da tale punto di vista è quindi apprezzabile il rimedio suggerito dalla Consulta, per "sanare" quelle ipotesi in cui l'irrevocabilità dell'ordinanza di revoca della misura, stante l'operatività dell'art. 58-*quater*, si concreti in una palese iniquità, perché ostativa alla concessione di una nuova misura.

⁽⁹²⁾ La procedura secondo la dottrina sarà quella ex artt. 665 e 666 c.p.p., pertanto anche l'ordinanza che dispone la revoca della revoca sarà ricorribile in Cassazione.

⁽⁹³⁾ DELLA CASA F., *L'incidenza della pronuncia assolutoria sulla pregressa revoca di una misura rieducativa*, cit.; GIOSTRA G., *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, cit.

⁽⁹⁴⁾ *Ibid.*

La sentenza della Corte Costituzionale, appena commentata, impone alcune riflessioni: innanzi tutto ci si può chiedere che cosa accada nell'ipotesi in cui ad un soggetto sia revocata l'ordinanza che ha disposto la revoca perché assolto dal reato che gli era costato appunto la revoca della misura. Avrà egli titolo per chiedere un risarcimento del danno per ingiusta detenzione? La domanda acquista senso, se si pensa da un lato che il condannato in affidamento non è considerato detenuto e dall'altro che tanto la concessione quanto la revoca dell'affidamento comportano un mutamento del titolo esecutivo. Quindi, laddove si accerti che il mutamento del secondo titolo sia dovuto ad un fatto che il condannato non ha commesso si potrebbe pensare che abbia diritto alla riparazione per il danno subito. L'obiezione che comunque il soggetto sconta la pena che gli stata comminata in sentenza non è accettabile, se si tiene conto che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 204 del 1974, ha affermato come ha osservato Alessandro Margara, che «sulla base dell'art. 27 della Costituzione sorge il diritto per il condannato a che, verificatesi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se, in effetti, la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo». In anni successivi la Corte è tornata sull'argomento (sentenze nn. 343/1987; 282/1989; 125/1992) e in tutte le sue pronunce «ha sviluppato e fatto proprio il sistema della flessibilità della pena che deve pertanto ritenersi costituzionalmente adottato e garantito»⁽⁹⁵⁾. Si può quindi affermare che esiste un diritto costituzionale del condannato a vedere riesaminata la sua posizione: se il soggetto ha i requisiti previsti dalle norme di diritto penale sostanziale ha diritto ad usufruire di tutte le misure alternative alla detenzione.

Fatte queste considerazioni emerge che, qualora intervenga una revoca della revoca, è chiaro che si ammette che un soggetto aveva prima ed ha ancora, non essendo questi mai venuti meno, i requisiti necessari per scontare la sua pena in affidamento e che il rientro in carcere ha costituito un danno, perché è venuta meno per lui la possibilità di usufruire del miglior trattamento rieducativo possibile per il suo caso.

Lo stesso ragionamento può traslarsi sull'ordinanza che ha valutato negativamente l'esito dell'affidamento, in quanto alla luce della teoria della Corte Costituzionale che ritiene questo tipo di ordinanze *rebus sic stantibus*, anche per questa ordinanza dovrebbe ammettersi la revoca, nel caso in cui l'affidato sia assolto dal delitto prodromico al giudizio di valutazione. In quest'ipotesi non si dovrebbero porre dubbi sull'ingiustizia della detenzione sofferta, perché verrebbe meno

⁽⁹⁵⁾ MARGARA A., *L'evoluzione della normativa e la situazione penitenziaria dopo la riforma del 1986*, *Incontro del CSM*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1995, n. 80, p. 94.

proprio il titolo esecutivo su cui fondarla. Infatti avremo un *ne bis in idem* in fase esecutiva, perché, a quel punto, un soggetto avrà scontato per la seconda volta in tutto o in parte la stessa pena.

Un'ulteriore considerazione cui si presta la sentenza della Corte Costituzionale concerne i reati commessi dopo il periodo di affidamento. Qualora per il delitto, consumato tra la fine della misura e la camera di consiglio per il giudizio di valutazione, non sia ancora intervenuta una condanna irrevocabile, il Tribunale deve deliberare autonomamente, per accertare la reale ascrivibilità del fatto al condannato, oltre la consistenza di elementi idonei a ricondurne la matrice al pregresso espletamento della prova e, conseguentemente, la sua concreta incidenza sul percorso di recupero sociale. Ci si chiede a questo punto che cosa accade se il condannato che, in sede di giudizio di valutazione dell'esito dell'affidamento, ha subito la revoca del periodo trascorso in affidamento, sulla base di una condotta tenuta nel periodo cronologicamente posteriore rispetto alla prova e solo "presuntivamente illecita", essendo ancora in corso la fase delle relative indagini, sia in seguito assolto dalle accuse.

In questo quadro sembra che possano verificarsi forti incongruenze e disparità di trattamento. Potremo avere che le ordinanze di revoca dell'ordinanza che ha disposto la revoca della misura o che ha dichiarato negativo non passano in giudicato trascorsi 15 giorni dalla loro emissione, qualora siano basate sulla commissione di un nuovo reato per il quale non vi sia ancora una sentenza di condanna irrevocabile, perché sono espressione di un giudizio *rebus sic stantibus*, mentre la revoca dell'ordinanza che ha dichiarato positivo l'esito dell'affidamento può essere revocata solo nel limite dei 15 giorni che servono per il passaggio in giudicato, in quanto è un giudizio allo stato degli atti. Ammettendo la valutazione dei comportamenti successivi al termine della misura, possono verificarsi, in pratica, esempi paradossali. Potrebbe, per esempio accadere che un soggetto che premedita e organizza il suo delitto durante l'espletamento della misura e conscio delle possibili conseguenze aspetti, per commetterlo, che l'ordinanza che dichiara l'esito positivo della sua prova passi in giudicato, vada esente da qualunque sanzione, mentre un altro, meno informato, che in presenza degli stessi presupposti, lo commette 14 giorni dopo l'emissione dell'ordinanza subisca la revoca della declaratoria di esito positivo.

È bene precisare che la formula assolutoria che deve intervenire per creare i problemi in discorso è che l'imputato non ha commesso il fatto, perché la valutazione del Tribunale di sorveglianza in sede di revoca dell'affidamento o di declaratoria del suo esito, nell'ipotesi in cui siano in corso indagini a carico dell'affidato, per una nuova ipotesi di reato, riguarda l'esistenza del fatto storico e la sua attribuibilità all'affidato e non la sua qualificazione giuridica. Le sezioni unite, Martola, alla doglianza presentata dalla difesa, che riteneva la condotta tenuta dal ricorrente solo presuntivamente illecita,

essendo ancora in corso la fase delle indagini, risponde: «il Tribunale di sorveglianza deve deliberare autonomamente il fatto per accerterne sia la reale attribuibilità al condannato che la consistenza degli elementi idonei a ricondurne la matrice al precedente espletamento della prova, e perciò la concreta incidenza sul giudizio di recupero sociale⁽⁹⁶⁾».

RIASSUNTO

Le Sezioni Unite in commento affrontano due nodi problematici che si pongono in sede di valutazione all'esito dell'affidamento in prova ai servizi sociali: il primo concerne la possibilità di tener conto del comportamento del condannato successivo all'espletamento della misura; il secondo riguarda la possibilità di tener conto del periodo di prova conclusosi negativamente ai fini della rideterminazione del *quantum* di pena ancora da espiare. Entrambi i punti presuppongono una chiara distinzione tra il giudizio di revoca (in senso proprio) e il giudizio di valutazione. Tali problematiche si intrecciano, inevitabilmente, con il dibattito sul significato che si dà al concetto di rieducazione oltre ad essere uno spunto di riflessione sugli effetti della declaratoria di estinzione della pena. L'applicazione del principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite comporta per l'affidato l'esposizione al rischio di revoca nell'intervallo temporale tra la fine della misura e la camera di consiglio in cui se ne valuterà l'esito; intervallo che sarà diverso a seconda del carico di lavoro del Tribunale di sorveglianza competente. Questi problemi sono discussi alla luce della teoria, elaborata dalla Corte Costituzionale, secondo cui le ordinanze sono provvedimenti *rebus sic stantibus*.

SUMMARY

The judgement of the Italian Corte di Cassazione being commented deals with two problems about assessing of the outcome of probation with the social service. The first is whether it is possible to take the convict's behaviour after probation into account; the second is whether probation with a negative outcome can be considered in order to determine the term still to be served. Both questions call for a sharp distinction between the judgment (strictly understood) revoking probation and the assessment. These problems are necessarily connected with the debate about the meaning of social rehabilitation, and suggest reflection about the consequences of the judgment cancelling the sentence. The legal principle established by the Corte di Cassazione entails that probation might be revoked after its duration has expired but before the judicial assessment of its outcome; the interval may vary depending on the workload of the Court for the Enforcement of Sentences. These problems are treated on the basis of the theory, worked out by the Italian Constitutional Court, that injunctions are *rebus sic stantibus* measures.

⁽⁹⁶⁾ Cass., sez. un., 13 marzo, 2002, ric. Martola, cit.

RÉSUMÉ

Les Sections Unies dans le commentaire abordent deux noeuds problématiques qui se posent à l'occasion de l'évaluation du résultat de la probation avec obligation de travail auprès des services sociaux. Le premier concerne la possibilité de tenir compte du comportement du condamné après le déroulement de la mesure; le second concerne la possibilité de tenir compte de la probation qui s'est conclue négativement pour redéfinir le *quantum* de peine qui doit encore être purgé. Les deux points supposent une distinction nette entre le jugement de révocation de la mesure (au sens propre), et le jugement concernant le déroulement de la mesure. Ces problématiques sont, inévitablement, liées au débat autour de la notion de rééducation; mais elles offrent également l'occasion de s'interroger sur les effets de la déclaratoire d'extinction de la peine. L'application du principe de droit, formulé par les Sections Unies, entraîne, pour le condamné mis à l'épreuve, le risque de se voir la mesure révoquée dans l'intervalle de temps qu'il y a entre la fin de la mesure et la réunion du Comité de probation qui doit en évaluer le résultat. Cet intervalle de temps sera plus ou moins long selon la charge de travail du Comité compétent. Ces problèmes sont discutés suivant la théorie qui a été élaborée par la Cour Constitutionnelle, selon laquelle les ordonnances sont des dispositions *rebus sic stantibus*.

**IL PREZIOSO CONTRIBUTO DELLA CORTE EUROPEA
DEI DIRITTI DELL'UOMO IN TEMA DI DIRITTI DEL DETENUTO
E TUTELA GIURISDIZIONALE ***

CARMELO MINNELLA **

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *Calogero Diana* e *Dominichini* contro Italia: a) la normativa interna sul visto di censura sulla corrispondenza dei detenuti. – 3. Segue: b) l'esame delle sentenze. – 4. Segue: c) il mancato adeguamento dello Stato italiano alle indicazioni della Corte europea. La schizofrenia del legislatore che va nella direzione opposta a quella indicata dai giudici di Strasburgo. – 5. Il diritto del detenuto di corrispondere liberamente con la Corte europea dei diritti dell'uomo e quello di partecipare all'udienza della Corte di Strasburgo. – 6. La giurisprudenza della Corte europea sul trattamento carcerario di rigore ex art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit.: il c.d. carcere duro è un trattamento inumano o degradante? – 7. Segue: b) la sentenza *Messina* contro Italia sul reclamo avverso il provvedimento che dispone o proroga il 41-*bis*. – 8. La recente legge n. 279 del 2002 e l'adeguamento alla sentenza *Messina* della Corte d Strasburgo.

1. Premessa.

La recente Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa 18 dicembre 2002, n. (2002) 13, sulla pubblicazione e la diffusione negli Stati membri del testo della Convenzione europea dei diritti umani e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani⁽¹⁾, ha manifestato la necessità di una più ampia conoscenza e divulgazione della giurisprudenza europea, affinché essa possa essere maggiormente applicata all'interno degli stessi Stati⁽²⁾.

* L'articolo riproduce, con l'aggiunta di alcuni §§ e delle note, l'intervento nell'incontro di studio su "*Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*", svoltosi a Catania il 20 giugno 2003 (relatore Dott. Giuseppe La Greca; ha introdotto il Prof. Angelo Pennisi).

** Socio del Centro di Diritto Penale Europeo di Catania.

⁽¹⁾ Il testo della Raccomandazione è pubblicato in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 258-259.

⁽²⁾ Nella Raccomandazione citata, si segnala l'importanza che i Governi degli Stati membri:

i. si assicurino che il testo della Convenzione, nella o nelle lingue del Paese, sia pubblicato e diffuso in maniera che possa essere effettivamente conosciuto e che le autorità nazionali, e specialmente gli organi giurisdizionali, la possano applicare;

ii. si assicurino che, attraverso iniziative statali o private, le sentenze e le decisioni che costituiscono degli importanti sviluppi della giurisprudenza o che richiedono delle misure di esecuzione specifiche da parte loro in quanto Stati convenuti, siano rapidamente e largamente pubblicate, in forma integrale o almeno in forma di riassunto o di estratti (con dei riferimenti appropriati ai testi originali) nella o nelle lingue del Paese, in particolare nelle gazzette ufficiali, nei bollettini di informazione del ministero competente, nelle riviste giuridiche o in altri mezzi di comunicazione correntemente utilizzati dalla comunità giuridica, ove del caso, i siti internet.

Occorre prendere atto, a tale proposito, che le norme della Convenzione europea e della loro interpretazione dinamica contenuta nelle sentenze della Corte di Strasburgo, non sempre hanno trovato in passato la dovuta attenzione nel nostro ordinamento (ciò è avvenuto, come vedremo più avanti, anche in tema di diritti del detenuto e della relativa tutela in sede giurisdizionale). E la disattenzione dello Stato italiano ha investito non solo i giudici nazionali nella fase applicativa, ma anche il legislatore che non ha adempiuto (o lo ha fatto con notevole ritardo) all'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea nelle quali veniva dichiarata la violazione di uno o più diritti della Convenzione⁽³⁾.

La conoscenza da parte degli Stati membri della giurisprudenza della Corte di Strasburgo si presenta di notevole importanza in quanto – come ha recentemente chiarito, una volta per tutte, la Grande Camera della Corte europea⁽⁴⁾ – vi è l'obbligo per le autorità nazionali (e quindi del legislatore e dei tribunali) di interpretare le disposizioni della Convenzione secondo la propria giurisprudenza⁽⁵⁾.

Questa premessa appare utile perché se è innegabile che la sentenza costituzionale n. 26 del 1999 abbia rappresentato la tappa cruciale per la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto e possa considerarsi la cartina di tornasole della tematica in esame, sia per la radicalità e onnicomprensività di alcuni passaggi motivazionali, sia per aver posto fine alla prolungata disattenzione dei diritti del detenuto, il contenuto di questa storica pronuncia della Corte costituzionale⁽⁶⁾ era stato preceduto, anche se relativamente al solo diritto di corrispondenza del ristretto, da due sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

⁽³⁾ Si tratta di un atteggiamento censurabile anche perché nella gerarchia delle fonti le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo hanno una forza di resistenza maggiore rispetto alla legge ordinaria successiva. Ciò è stato riconosciuto sia dalla Corte costituzionale (nella sentenza n. 10 del 19 gennaio 1993, in *Giur. cost.*, 1993, p. 61, secondo la quale si tratta di «norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria») che dalla Cassazione a partire dalla sentenza 12 maggio 1993, Sez. I, Medrano, in *Cass. pen.*, 1994, p. 439 s.

⁽⁴⁾ Corte eur. dir. umani, Grande Camera, 6 maggio 2003, *Perna* contro Italia. La massima e alcuni paragrafi della motivazione sono pubblicati in *Guida dir.*, 2003, n. 23, p. 88 s. Nel caso in esame, la *Grande Chambre* (alla quale il caso è stato rinviato, a richiesta sia del ricorrente che dello Stato italiano, in base all'art. 43 della Convenzione, per il quale il rinvio è possibile quando la controversia solleva «un problema di importante rilievo relativo all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione o dei suoi protocolli o di carattere generale») ha ritenuto che non vi fosse stata violazione della libertà di espressione, ai sensi dell'art. 10 Conv., da parte dello Stato italiano in ordine alla condanna per diffamazione a mezzo stampa di un giornalista.

⁽⁵⁾ M. CASTELLANETA, *Allo Stato il compito di rafforzare la tutela a difesa di chi svolge delicate funzioni pubbliche*, in *Guida dir.*, 2003, n. 23, p. 93.

⁽⁶⁾ Cfr., F. DELLA CASA, *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, *Il Commento*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 854.

2. *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi Calogero Diana e Dominichini contro Italia: a) la normativa interna sul visto di censura della corrispondenza dei detenuti.*

Il 15 novembre 1996, la Corte di Strasburgo ha pronunciato contro l'Italia due importanti sentenze nelle quali ha ritenuto in contrasto, con gli articoli 8 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti Conv.), la normativa italiana che disciplina l'ingerenza dell'autorità pubblica nell'esercizio del diritto della corrispondenza. In particolare i giudici europei, nei casi *Calogero Diana* e *Dominichini*⁽⁷⁾, hanno censurato l'art. 18, comma 7, l. n. 354 del 1975 (d'ora in avanti ord. penit.) laddove si disciplina il visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti. E lo hanno censurato sia per ciò che concerne l'aspetto sostanziale, sia quello della tutela giurisdizionale, vista la mancanza di un ricorso effettivo.

Queste sentenze hanno una particolare caratteristica perché normalmente la Corte europea decide su *casi concreti*, e non su norme, quindi quando leggiamo una sentenza della Corte europea e vogliamo trarne delle indicazioni per il nostro ordinamento, occorre operare un "*duplice salto ermeneutico*": il *primo salto ermeneutico* è quello di passare *dal caso alla norma*, verificando se la violazione riscontrata dalla Corte europea sia dovuta al comportamento illegittimo degli organi pubblici che hanno violato le norme di diritto interno conforme alle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁽⁸⁾, o se questi organi hanno agito senza violare le norme interne. In quest'ultimo caso, una volta individuata la norma di diritto interno che ha generato il comportamento illegittimo, occorrerà compiere il *secondo salto ermeneutico* che è quello volto a verificare gli eventuali profili di incompatibilità tra gli articoli della Convenzione violati e la norma interna per verificare se, ed in che misura,

⁽⁷⁾ La sentenza *Domenichini* si trova pubblicata per intero in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, p. 119 s.; una sintesi della sentenza *Calogero Diana* si trova in *Cass. pen.*, 1997, p. 2281. Su entrambe le pronunce vedi O. Mazza, *Due casi italiani di violata segretezza della corrispondenza tra detenuto e difensore*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 162 s.

⁽⁸⁾ Proprio con riferimento al diritto di corrispondenza del detenuto, un caso del genere è stato deciso da Corte europea dei diritti umani, Sez. II, 4 giugno 2002, *Faulkner* contro Regno Unito, in *Leg. pen.*, 2002, p. 986. Il ricorrente – detenuto in una prigione dell'Irlanda del Nord – adiva la Corte europea lamentando la violazione dell'art. 8 Conv. a causa del mancato invio, durante il periodo di detenzione, di una propria missiva sigillata indirizzata allo *Scottish Minister of State*. Il Governo, dal canto proprio, aveva informato la Corte che il *Prison Service* non era in grado di giustificare tale episodio. La Corte ha ritenuto che la violazione dell'art. 8 Conv. era dovuta al comportamento illegittimo delle autorità penitenziarie e a nulla varrebbe richiamare l'art. 67, commi 1 e 4 del *Prison and Young Offenders Centre Rules (Northern Ireland)* del 1995 – concernente il potere del direttore del carcere di bloccare l'invio della corrispondenza di un detenuto ove ciò si renda necessario per garantire la disciplina e l'ordine oppure per la prevenzione di un crimine ovvero per garantire la sicurezza dell'istituto penitenziario – poiché lo stesso Governo ha ammesso che, nel caso *de quo*, non ricorreva nessuna delle condizioni previste dalla citata legge.

la portata della disposizione interna divarichi da quella convenzionale. Nei due casi *Calogero Diana* e *Domenichini* questa struttura salta nel senso che la Corte europea passa direttamente al secondo salto ermeneutico, arrivando in sostanza a dichiarare illegittimo, in quando viola l'art. 8 della Convenzione, l'art. 18, comma 7, ord. penit., comportandosi come la nostra Corte costituzionale nel giudizio di costituzionalità.

L'art. 18, comma 7, ord. penit., con una disposizione vaga e generica in tema di visto di censura sulla corrispondenza dei detenuti, si limita a stabilire che «la corrispondenza dei singoli condannati o internati può essere sottoposta, con provvedimento motivato del magistrato di sorveglianza, a visto di controllo del direttore o di un appartenente dell'amministrazione penitenziaria designato dallo stesso direttore»⁽⁹⁾.

Si tratta di una disciplina lacunosa sotto molteplici aspetti: nulla si dice in ordine alle ragioni che debbono essere poste a fondamento del provvedimento restrittivo della corrispondenza; non viene indicato un limite temporale della durata del visto di censura; non è previsto alcun mezzo di impugnazione avverso il relativo provvedimento.

Nei casi *Calogero Diana* e *Domenichini*, il magistrato di sorveglianza aveva sottoposto la corrispondenza del detenuto a visto di controllo del direttore del carcere ai sensi dell'art. 18, comma 7, ord. penit.. Nella motivazione del provvedimento si evidenziava il pericolo che i detenuti potessero utilizzare la corrispondenza per commettere reati o comunque per turbare l'ordine e la sicurezza pubblica.

Contro i provvedimenti del magistrato di sorveglianza i ricorrenti, ritenuto leso il loro diritto di corrispondenza, non avevano potuto azionare nessun rimedio giurisdizionale. L'unico strumento previsto per far valere, in qualche modo, il suo diritto, era il reclamo previsto dall'art. 35 ord. penit. davanti al magistrato di sorveglianza.

Si tratta di un procedimento caratterizzato per l'assenza di particolari formalità e di specifiche garanzie proprie della giurisdizione, limitandosi a prevedere una generica possibilità di rivolgere istanze o reclami orali o scritti ad alcune autorità amministrative⁽¹⁰⁾ o al magistrato di sorveglianza. Nel caso in cui il destinatario del reclamo sia l'organo giurisdizionale da ultimo citato, questi decide *de pla-*

⁽⁹⁾ Per i detenuti imputati è competente l'autorità giudiziaria ai sensi di quanto stabilito dall'art. 11, comma 2, ord. penit.

⁽¹⁰⁾ Si tratta del direttore dell'istituto, degli ispettori, del direttore generale per gli istituti di prevenzione e di pena e del Ministro della giustizia; del presidente della giunta regionale; del Capo dello Stato. Secondo V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni della riforma*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni della riforma*, a cura di V. GREVI, Bologna, 1981, p. 23, «senza voler sopravvalutare l'efficacia garantistica di una simile previsione, si tratta pur sempre di uno strumento non trascurabile, in quanto idoneo a pubblicizzare anche all'esterno dell'istituzione penitenziaria il verificarsi di situazioni lesive dei diritti e degli interessi dei detenuti».

no, con provvedimento inoppugnabile e quand'anche ritiene fondata la rimostranza (quindi illegittimamente leso o compresso il diritto del detenuto) «possa soltanto rivolgere le opportune segnalazioni ai superiori gerarchici degli operanti»⁽¹¹⁾.

Qualora, invece, rigetti il ricorso o l'istanza, l'organo monocratico della magistratura di sorveglianza ha il dovere di informare nel più breve termine possibile il detenuto o l'internato che l'ha presentata, «dei provvedimenti adottati e dei motivi che ne hanno determinato il mancato accoglimento»⁽¹²⁾. Ma si tratta di una informativa alla quale non si accompagnava la possibilità per il detenuto di impugnare la decisione⁽¹³⁾.

I ricorrenti avevano provato a rivolgersi alla Suprema Corte, ma il ricorso per Cassazione contro il provvedimento che disponeva il visto di censura sulla corrispondenza veniva dichiarato inammissibile, sia per il principio di tassatività delle impugnazioni, sia perché detti provvedimenti non sono comunque annoverabili tra quelli concernenti la libertà personale, ricorribili ai sensi dell'art. 111 Cost.⁽¹⁴⁾.

In definitiva, anche a voler ritenere il canale epistolare un surrogato dei colloqui *vis à vis*⁽¹⁵⁾ la vaga disposizione dell'art. 18, comma 7, ord. penit., consentiva alle autorità carcerarie di comprimere facilmente l'esercizio del diritto di corrispondenza del detenuto. E poiché gli ampi margini di discrezionalità lasciati all'amministrazione penitenziaria non erano sindacabili davanti ad un giudice che decidesse nell'ambito di un procedimento giurisdizionale, si ci poteva trovare in una situazione nella quale il diritto del detenuto finiva per essere calpestato, realizzandosi così quella che è stata definita «l'illegalità ufficiale attraverso la non applicazione e la manipolazione amministrativa delle norme»⁽¹⁶⁾.

⁽¹¹⁾ M. CANEPA-S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 1999, p. 495. Per G. Zappa, *Trasferimenti dei detenuti, ordini di servizio e poteri del magistrato di sorveglianza*, in *Rass. pen. crim.*, 1982, p. 613, il diritto di reclamo, scritto od orale «che il detenuto può sempre inoltrare ai sensi dell'art. 35, è in effetti una segnalazione o istanza, cui seguono degli accertamenti amministrativi, all'infuori e con esclusione di ogni formalità processuale e di ogni contraddittorio necessario».

⁽¹²⁾ Così recitava l'art. 70, comma 4, reg. penit. (d.P.R. n. 431 del 1976). A seguito dell'entrata in vigore del nuovo regolamento penitenziario, emanato con d.P.R. n. 230 del 2000, la stessa disposizione è stata trasfusa nell'art. 75, comma 4.

⁽¹³⁾ Per un'applicazione concreta, avente ad oggetto il mancato rilascio al detenuto della sua cartella clinica, vedi Cass. pen., Sez. I, 14 novembre 1990, Forgione, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 404 s.

⁽¹⁴⁾ Cass. pen., Sez. I, 14 luglio 1994, Ilacqua, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3067. Nello stesso senso Cass. pen., Sez. I, 8 febbraio 1994, Calabrò, *ivi*, 1995, p. 708; Cass. pen., Sez. I, 27 febbraio 1993, Sena, *ivi*, 1994, p. 1358; Cass. pen., Sez. I, 5 dicembre 1991, Vallanzasca, *ivi*, 1993, p. 434; Cass. pen., Sez. I, 9 febbraio 1988, Tuti, in *Giust. pen.*, 1990, II, c. 248.

⁽¹⁵⁾ In questo senso, S. CIRIGNOTTA-R. TURRINI VITA, *Colloqui e corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 651.

⁽¹⁶⁾ F. BRICOLA, *Introduzione a Il carcere riformato*, a cura di F. BRICOLA, Bologna, 1977, p. 10.

3. *Segue: b) l'analisi delle sentenze.*

La Commissione europea dei diritti dell'uomo, adita dal *Calogero Diana* e dal *Domenichini*, ha giudicato violati gli artt. 8 e 13 Conv. e ha trasmesso gli atti alla Corte.

La Corte di Strasburgo ricorda che l'art. 8 Conv., dopo aver riconosciuto al § 1 che «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza», nel § 2 stabilisce che «non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge, e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui», indicando così, in maniera *tassativa*, gli scopi legittimi che possono comportare l'ingerenza dei diritti riconosciuti dalla norma convenzionale.

Nell'esaminare le questioni sottoposte alla sua attenzione, aventi ad oggetto i ricorsi che lamentano la violazione dell'art. 8 Conv. sotto il profilo dell'indebita ingerenza dello Stato sulla corrispondenza del detenuto, la Corte europea analizza, nel suo percorso argomentativo, se siano state rispettate nell'ordine queste tre condizioni, e cioè se la limitazione al diritto di corrispondenza: a) sia «*prevista dalla legge*»; b) persegua uno degli «*scopi legittimi*» indicati nel § 2; c) sia «*necessaria in una società democratica*». Quindi, laddove verifichi, ad esempio, che l'interferenza col il diritto del ricorrente al rispetto della sua corrispondenza non era «*prevista dalla legge*», dichiara la violazione dell'art. 8 Conv., senza esaminare le altre due condizioni. In caso contrario, passa a verificare se l'ingerenza persegua uno «scopo legittimo»; infine, in caso di verifica positiva, compie quello che è l'esame più difficile, cioè verificare se la restrizione della corrispondenza sia «*necessaria in una società democratica*» per tutelare uno degli interessi previsti nel § 2 dell'art. 8 Conv.

La Corte europea, seguendo nella verifica delle condizioni che possono giustificare l'ingerenza dell'autorità pubblica nel diritto al rispetto della corrispondenza l'ordine già descritto, verifica innanzitutto se l'ingerenza sia «*prevista dalla legge*».

A questo proposito, il Governo italiano sosteneva che l'art. 18 ord. penit., il quale prevede la possibilità di sottoporre a controllo la corrispondenza di un detenuto, è conforme alla giurisprudenza della Corte europea, essendo conferito all'autorità giudiziaria – indipendente e imparziale – il potere di ordinare siffatta misura, con preciso obbligo di motivare la decisione, il che escluderebbe l'arbitrio.

Attenendoci per il momento alla disciplina sostanziale delle limitazioni all'esercizio del diritto alla corrispondenza del detenuto, la risposta della Corte è di una *completa bocciatura* della disciplina italiana, prevista nel comma 7 dell'art. 18 ord. penit.

Richiamando la sua precedente giurisprudenza, la Corte ricorda che è vero che la legge attributiva di potere discrezionale, pur dovendone limitare la portata, lascia inevitabilmente un certo margine di manovra alle autorità statali. Ma «nella fattispecie, tuttavia, la legge lascia alle autorità una libertà *troppo ampia*: in particolare, si limita ad identificare la categoria di soggetti la cui corrispondenza può essere sottoposta a controllo e l'autorità giudiziaria competente, ma non disciplina la durata della misura né i motivi che possono giustificarla»⁽¹⁷⁾. Siffatte lacune portano a respingere le argomentazioni del Governo.

Pertanto, secondo la Corte europea la legge italiana non indica con sufficiente chiarezza l'estensione e le modalità di esercizio del potere discrezionale attribuito alle pubbliche autorità, cosicché il *Calogero Diana* e il *Domenichini* non hanno fruito «della soglia minima di protezione richiesta dalla preminenza del diritto in una società democratica», riscontrando la violazione dell'art. 8 Conv.

Preme sottolineare che il motivo di tali condanne risiede non nel visto di censura apposto sulla corrispondenza del detenuto in quanto tale, atteso che la Corte ha costantemente ritenuto ragionevole un certo controllo sulla corrispondenza dei detenuti⁽¹⁸⁾. Il problema deriva dal *carattere vago* delle disposizioni, il quale lede uno dei principi connessi alla fondamentale condizione della legalità di cui all'art. 8 § 2 Conv. (laddove si dice "prevista dalla legge"), condizione che presuppone sufficientemente chiarezza e precisione delle norme al fine di assicurarne la prevedibilità.

Passando al profilo processuale, i ricorrenti (nei due diversi casi) hanno denunciato la violazione dell'art. 13 Conv. vista l'assenza nel diritto italiano di un ricorso effettivo avverso le decisioni del magistrato di sorveglianza che disponevano il controllo della corrispondenza⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ In *Riv. int. dir. uomo*, 1997, p. 121.

⁽¹⁸⁾ Nella sentenza *Silver* e altri contro Regno Unito del 25 marzo 1983, in *Foro it.*, 1984, IV, c. 55, la Corte ha riconosciuto che «un certo controllo sulla corrispondenza dei detenuti è consigliabile e non è contrario in sé alla Convenzione, avendo riguardo alle esigenze normali e ragionevoli della detenzione» (§ 98 sentenza). Ma nella sentenza *Campbell* contro Regno Unito del 25 marzo 1992, in *Riv. int. dir. uomo*, 1992, p. 636, ha ammonito che «per misurare in modo generale il grado di tollerabilità di un simile controllo non bisogna tuttavia dimenticare che la possibilità di scrivere e ricevere lettere rappresenta, a volte, per il detenuto, il solo legame con il mondo esterno» (§ 45 della sentenza).

⁽¹⁹⁾ L'art. 13 della Convenzione risulta così formulato: «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

Secondo la Corte europea «il ricorso di volontaria giurisdizione al magistrato di sorveglianza non può essere considerato un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 13, poiché il suddetto magistrato è chiamato a riesaminare la fondatezza di un atto, che egli stesso ha adottato, in assenza di contraddittorio»⁽²⁰⁾. La Corte ha correttamente ritenuto che il reclamo (ex art. 35 ord. penit.) avente ad oggetto la richiesta di riesame del provvedimento allo stesso giudice (nella specie al magistrato di sorveglianza) che lo ha emesso, per di più in mancanza di un embrione di contraddittorio, non integra gli estremi del ricorso effettivo garantito dalla Convenzione⁽²¹⁾.

Com'è stato ben osservato in dottrina, la Corte di Strasburgo ha anticipato, con queste pronunce, «quel che sarà il filo conduttore della sent. cost. n. 26 del 1999»⁽²²⁾, nella quale sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi gli artt. 35 e 69 ord. penit. nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti dei detenuti. In particolare, si segnala «l'omogeneità argomentativa della pronuncia dell'organo di giustizia internazionale con la sent. cost. n. 26 del 1999 della Corte costituzionale si riscontra nel fatto che anche nel secondo caso è stata sottolineata, in linea generale, l'illegittimità di un contrasto (per violazione degli artt. 24 e 113 Cost.) tra il riconoscimento di una determinata posizione soggettiva e l'assenza di un procedimento giurisdizionale che ne renda effettiva la tutela»⁽²³⁾.

4. *Segue: c) il mancato adeguamento dello Stato italiano alle indicazioni della Corte europea. La schizofrenia del legislatore che va nella direzione opposta a quella indicata dai giudici di Strasburgo.*

L'art. 45 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dispone che «Le Alte Parti contraenti s'impegnano a *conformarsi* alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono Parti».

⁽²⁰⁾ In *Riv. int. dir. uomo*, 1997, p. 123.

⁽²¹⁾ Anche se le sentenze dei giudici europei hanno avuto ad oggetto la corrispondenza epistolare, le stesse conclusioni (quindi previsione di un ricorso effettivo) debbono estendersi alla corrispondenza telefonica e ai colloqui in quanto la Corte europea, nell'ottica di una corretta interpretazione della Convenzione, ha sottolineato come il termine "corrispondenza" si intenda non solo la comunicazione di notizie in forma epistolare, come potrebbe facilmente desumersi dal dato letterale, ma anche e soprattutto uno scambio di notizie tra privati in qualunque forma avvenga: epistolare, telefonica o *de visu*. I giudici di Strasburgo, infatti, hanno riconosciuto che all'interno della disciplina dell'art. 8 Conv. vanno tutelate anche le conversazioni telefoniche nella sentenza del 24 aprile 1990, sul caso *Kruslin* contro Francia, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, p. 580 s.

⁽²²⁾ A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, p. 144.

⁽²³⁾ Sempre A. PENNISI, *Diritti del detenuto*, cit., p. 144.

Ora, data la struttura di queste sentenze, l'impegno a conformarsi doveva tradursi, in sostanza, nella modifica degli artt. 18 e 35 ord. penit. nelle parti censurate dalla Corte europea. Ma alle sentenze della Corte di Strasburgo è seguita l'inerzia del Governo e del Parlamento italiano⁽²⁴⁾.

L'intervento del legislatore era assolutamente non procrastinabile per evitare una pioggia di nuove condanne che, visto il suo silenzio, è puntualmente arrivata⁽²⁵⁾. In verità tutte le pronunce si sono occupate della sola violazione della sola disciplina sostanziale delle limitazioni al diritto di corrispondenza del detenuto (art. 8 Conv.)⁽²⁶⁾ e non dell'assenza di un rimedio giurisdizionale; ciò non toglie che l'obbligo di conformarsi alle sentenze del 1996 della Corte europea si estende anche nella previsione un ricorso effettivo avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza che dispone il visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti⁽²⁷⁾.

Pende al Parlamento un disegno di legge presentato dal Ministro della giustizia avente ad oggetto «Nuove disposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti»⁽²⁸⁾ che, proprio al fine eliminare i profili di frizione della normativa italiana e quella degli artt. 8 e 13 Conv., ha ridisegnato *ab imis* la fisionomia dell'istituto, proponendo di introdurre l'art. 18-ter ord. penit.. Il testo del

⁽²⁴⁾ In attesa della riforma, al fine di evitare che l'Italia incorresse in ulteriori condanne in sede europea è stata emanata anche la "Circolare della Direzione generale degli affari penali, delle grazie e del casellario, 26 aprile 1999, n. 131-68-404/99 - Visto di censura della corrispondenza dei detenuti e degli internati" (Pubblicata in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1050), laddove si «rappresenta l'esigenza che le autorità giudiziarie competenti a provvedere sul controllo della corrispondenza dei detenuti a norma dell'art. 18 ord. penit. tengano conto dei principi autorevolmente enunciati dalla Corte europea» (§ 3 della circolare). In particolare, la circolare richiama l'attenzione sulla necessità che i provvedimenti che autorizzano il visto di controllo sulla corrispondenza siano "adeguatamente motivati", nonché sull'opportunità che i suddetti provvedimenti fissino un "termine di durata" del visto, tale da garantire l'effettiva permanenza delle esigenze che giustificano la compressione del fondamentale diritto. Ma la circolare non ha previsto (né poteva farlo) alcun rimedio giurisdizionale per apprestare tutela avverso i provvedimenti che dispongono il visto di censura sulla corrispondenza.

⁽²⁵⁾ F. BUONOMO, *Regime penitenziario differenziato: il punto della giurisprudenza Cedu*, in *Dir. giust.*, 2002, n. 42, p. 77 s., parla di «fenomeno della cosiddetta clonazione delle sentenze, stante il permanere dell'inadempimento italiano».

⁽²⁶⁾ Si tratta della sentenza *Labita*, pronunciata dalla Grande Camera della Corte europea il 6 aprile 2000, in *Guida dir.*, 2000, n. 18, p. 100 s.; Corte eur. dir. uomo, Sez. II, sentenza del 28 settembre 2000, caso *Messina* contro Italia, in *Guida dir.*, 2001, n. 6, p. 141; Id., Sez. II, 21 dicembre 2000, *Rinzivillo* contro Italia, in *Riv. int. dir. uomo*, 2001, p. 307 s.; Id., Sez. I, *Natoli* contro Italia, 9 gennaio 2001, *ivi*, p. 302 s.; Id., Sez. IV, 26 luglio 2001, *Di Giovine* contro Italia, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1440; Id., Sez. I, 24 ottobre 2002, *Messina* (n. 3) contro Italia, *ivi*, 2003, p. 123.

⁽²⁷⁾ Cfr., S. CIRIGNOTTA-R. TURRINI VITA, *Adeguamento alle indicazioni della Corte di Strasburgo per il visto di controllo della corrispondenza dei detenuti*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1154.

⁽²⁸⁾ Si tratta del disegno di legge n. 2675, presentato il 19 aprile 2002 dal Ministro Roberto Castelli, relatore On. Francesco Carboni.

d.d.l., migliorato in Commissione giustizia⁽²⁹⁾ disciplina le finalità, i limiti oggettivi e temporali⁽³⁰⁾, la competenza all'adozione dei provvedimenti limitativi della corrispondenza dei detenuti⁽³¹⁾ e dei relativi mezzi di impugnazione.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, avverso siffatti provvedimenti è previsto che può essere proposto reclamo, secondo la procedura prevista dall'art. 14-ter ord. penit., al Tribunale di sorveglianza; negli altri casi, al Tribunale nel cui circondario ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento⁽³²⁾.

Qualora la strada parlamentare partorisce questo progetto di legge, l'Italia, sia pure con colpevole ritardo, darebbe attuazione alle sentenze *Calogero Diana* e *Domenichini* e garantirebbe, quantomeno per le limitazioni al diritto di corrispondenza (epistolare e telegrafica) un rimedio di carattere giurisdizionale, sia pure non completo di tutte le relative garanzie, non essendo prevista la presenza dell'interessato nel procedimento per reclamo.

(29) Il contenuto del disegno di legge, come risultante dalle modifiche approvate il 29 gennaio 2003 presso la Commissione giustizia, ha ricevuto il 26 febbraio 2003 parere favorevole del Comitato permanente per i pareri. Lo stesso giorno la I Commissione permanente (affari costituzionali, della Presidenza del consiglio e interni) ritenuto che le disposizioni del d.d.l. «appaiono rispondere alle osservazioni contenute nella giurisprudenza costituzionale e alle diverse pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che hanno ritenuto costituzionalmente carente la vigente disciplina per quanto riguarda i presupposti normativi per applicare i controlli della corrispondenza nonché in tema di tutela giurisdizionale», ha espresso anch'essa parere favorevole.

(30) L'art. 18-ter ord. penit., nel testo modificato dalla Commissione giustizia, prevede che «Per esigenze investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, possono essere disposti, nei confronti dei singoli detenuti o internati, per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile per periodi non superiori a tre mesi: a) le limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica e nella ricezione della stampa; b) la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo; c) il controllo del detenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima». In quest'ultimo caso, «l'apertura delle buste che racchiudono la corrispondenza avviene alla presenza del detenuto o dell'internato». Questa precisazione recepisce *mutandis mutandis* quanto affermato nella sentenza *Campbell* contro Regno Unito del 25 marzo 1992, § 48, cit., p. 636, con riferimento alla corrispondenza tra il detenuto e il suo avvocato. Nella stessa pronuncia si veda, in un'ottica ancora più garantistica, l'*opinione separata* del giudice Pinheiro Farinha, *ivi*, p. 640, il quale non condivide il § 48 della sentenza perché «non dà alcuna garanzia per impedire la lettura delle lettere», ritenendo, invece, che «occorre fornire garanzie appropriate: in linea di principio l'apertura della lettera alla presenza del detenuto o, quando ciò non sia possibile, alla presenza del presidente dell'ordine degli avvocati o di un avvocato da esso designato».

(31) La competenza sarebbe del magistrato di sorveglianza quando il provvedimento limitativo della corrispondenza debba essere emesso nei confronti dei condannati e degli internati, nonché nei confronti degli imputati dopo la pronuncia della sentenza di primo grado; del giudice indicato nell'art. 279 c.p.p. nei confronti di imputati, fino alla pronuncia della sentenza di primo grado; se procede un giudice collegiale, il provvedimento è adottato dal Presidente del Tribunale o della Corte di assise.

(32) Viene specificato che del collegio non può far parte il giudice che ha emesso il provvedimento.

Di converso, però, non può farsi a meno di rilevare un atteggiamento schizofrenico del legislatore manifestatosi nella recente legge n. 279 del 2002⁽³³⁾, ove si è previsto che la sospensione dell'applicazione delle regole di trattamento concretizzanti il regime di rigore del c.d. carcere duro ex art. 41-bis, comma 2, ord. penit., disposta con provvedimento del Ministro della giustizia, possa comportare anche «la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia» (art. 41-bis, comma 2-quater, lett. e). I primi commentatori di siffatta previsione normativa hanno rilevato che la scelta di autorizzare il provvedimento limitativo del diritto alla corrispondenza del detenuto senza l'intervento dell'autorità giudiziaria «lascia sconcertati»⁽³⁴⁾, in considerazione del fatto che la disciplina contenuta nell'art. 18 ord. penit. è stata oggetto in più occasioni, come detto, di penetranti rilievi da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, tanto da spingere il ministro Castelli a presentare il disegno di legge prima citato che interveniva per colmare le lacune sostanziali e giurisdizionali evidenziate dai giudici di Strasburgo⁽³⁵⁾.

Si aggiunga che la disposizione in esame presenta forti dubbi di costituzionalità⁽³⁶⁾, sotto il profilo della violazione della riserva di giurisdizione prevista dall'art. 15 Cost.⁽³⁷⁾. La Consulta, infatti, in occasione della prima sentenza con la quale iniziò la sua opera di «ortopedia legislativa»⁽³⁸⁾ del trattamento di rigore – la n. 349 del 1993 – ritenne che dalla generica formulazione del disposto di cui all'art. 41-bis, comma 2,

(33) Pubblicata in *Guida dir.*, 2003, n. 1, p. 14 s.

(34) L. BRESCIANI, *Sulle istanze per revocare i provvedimenti l'ombra del «silenzio-diniego» ministeriale*, in *Guida dir.*, 2003, n. 1, p. 36.

(35) Ancora L. BRESCIANI, *Sulle istanze*, cit., p. 36.

(36) Per G. LA GRECA, *Una «stabilizzazione» per uscire dall'emergenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 420, «La previsione meriterebbe di essere considerata, perché può dar luogo a contrarie decisioni da parte della Corte costituzionale o della Corte europea dei diritti dell'uomo». Allora, come osserva L. BLASI, *L'ambito oggettivo di applicazione delle nuove norme penitenziarie*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 1, p. 17, «Sarebbe stato opportuno, per quel che concerne la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, subordinare questa alla preventiva autorizzazione dell'Autorità giudiziaria, in maniera tale da superare qualsiasi possibile contrasto con l'art. 15 Costituzione».

(37) Evidenzia un contrasto stridente dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. e) con l'art. 15 Cost., L. Filippi, *La «novella» penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle camere penali e una «controriforma che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 31. Cerca di dare una interpretazione della norma in esame conforme alla Costituzione, S. Ardita, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, ivi, p. 16, secondo il quale tale disposizione «è da intendersi condizionata alla autorizzazione che dovrà essere rilasciata dalla competente autorità giudiziaria, non potendosi ritenere tale norma come una deroga a quanto previsto dall'art. 18 ord. penit., poiché il controllo giurisdizionale costituisce una garanzia rispetto al sacrificio di un diritto costituzionalmente garantito, quale quello di inviolabilità delle comunicazioni sancito nell'art. 15 Cost.».

(38) T. Padovani, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di V. Grevi, Padova, 1994, p. 188.

ord. penit. nulla fosse rinvenibile circa l'attribuzione al ministro di una specifica competenza in ordine alla sottoposizione a visto di controllo della corrispondenza dei detenuti, in «elusione della garanzia d'inviolabilità delle comunicazioni sancita dall'art. 15 Cost.»⁽³⁹⁾.

5. *Il diritto del detenuto di corrispondere liberamente con la Corte europea dei diritti dell'uomo e quello di partecipare all'udienza della Corte di Strasburgo.*

Mentre in passato il visto di censura sulla corrispondenza del detenuto veniva apposto nelle lettere con la Commissione europea dei diritti dell'uomo (è avvenuto, ad esempio, nel caso *Calogero Diana*, analizzato nel § 3), ciò non potrà più avvenire a seguito dell'*Accordo riguardante le persone che partecipano alle procedure davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, firmato a Strasburgo il 5 marzo 1996, ratificato e reso esecutivo in Italia con legge n. 348 del 1997, ed entrato in vigore il 1° gennaio 1999 dopo la ratifica da parte di dieci Stati⁽⁴⁰⁾.

L'art. 3, § 2 a, dell'Accordo garantisce il diritto di corrispondere liberamente con la Corte europea, specificando che per la persona detenuta l'esercizio di questo diritto comporta che la corrispondenza con la Corte, in arrivo come in partenza, deve essere trasmessa senza ritardo e senza alterazioni⁽⁴¹⁾.

Il § 3 dell'art. 3 dell'Accordo non consente in materia alcuna ingerenza di autorità pubbliche⁽⁴²⁾, ad eccezione dei casi in cui la

⁽³⁹⁾ Corte cost., sentenza 28 luglio n. 349 del 1993, cit., in *Foro it.*, 1995, I, c. 493. Com'è noto, fino alla pronuncia in esame, tutti i provvedimenti ministeriali applicativi del trattamento di rigore prevedevano la sottoposizione a visto di controllo, da parte del direttore dell'istituto penitenziario o di un suo delegato, di tutta la corrispondenza epistolare o telegrafica, in partenza ed in arrivo. Dopo la sentenza della Consulta, il visto di censura è stato apposto solo dopo il provvedimento autorizzativo del magistrato di sorveglianza o della competente autorità giudiziaria.

⁽⁴⁰⁾ Su questo accordo vedi G. LA GRECA, *Persone detenute davanti alla Corte europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 114 s.

⁽⁴¹⁾ L'art. 3, § 2 b, dell'Accordo dispone che il detenuto non può essere destinatario di nessuna misura disciplinare per aver esercitato liberamente il proprio diritto di corrispondere liberamente con la Corte; l'art. 3 § 2 c prevede anche il diritto del detenuto di colloquiare, senza essere ascoltato da nessun altro, in relazione al ricorso alla Corte e ad ogni procedura che ne deriva. Come rilevato da G. LA GRECA, *Persone detenute davanti alla Corte europea*, cit., p. 114, «Merita indubbiamente risalto l'attenzione che si è avuta per le persone detenute, con l'evidente intento di far sì che gli strumenti di difesa giuridica non siano soltanto astrattamente riconosciuti a tali soggetti, ma vengano altresì resi fruibili, al di là degli ostacoli di diritto e di fatto derivanti dalla privazione della libertà personale».

⁽⁴²⁾ M. DE SALVIA, *Ristrutturazione della Corte europea: ragioni, contenuti e interrogativi*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1447, ha osservato che il nuovo accordo ha innovato rispetto al precedente perché «è stata omessa l'indicazione che la corrispondenza può fare oggetto di controllo da parte delle competenti autorità. Ciò si è reso necessario al fine di adeguare il testo dell'Accordo ai principi enunciati dalla Corte europea in materia di corrispondenza dei detenuti nella sentenza *Campbell* del 25 marzo 1992», sulla quale vedi nota successiva.

misura di controllo prevista dalla legge si rende necessaria per motivi di sicurezza nazionale, di perseguimento dei reati o di protezione della salute. Ma si tratta di eccezioni che vanno interpretate in senso restrittivo e la loro *necessità* deve essere valutata in modo rigoroso⁽⁴³⁾.

A seguito dell'Accordo, la Lettera circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, 31 marzo 1999, n. 549447⁽⁴⁴⁾, ha ribadito che la corrispondenza indirizzata alla Corte europea dei diritti dell'uomo e agli organi di questa debba ritenere esclusa dalla sottoposizione al visto di censura. Ed anche il nuovo regolamento penitenziario, introdotto col d.P.R. n. 230 del 2000, dispone, nell'ultimo comma dell'art. 37, che «Non può essere sottoposta a visto di controllo la corrispondenza epistolare dei detenuti e degli internati indirizzata ad organismi internazionali amministrativi o giudiziari, preposti alla tutela dei diritti dell'uomo, di cui l'Italia fa parte».

Preme sottolineare l'importanza della libertà di corrispondere liberamente con la Corte europea quale canale per denunciare eventuali maltrattamenti che il detenuto abbia subito. In questa materia importanti indicazioni garantiste ci provengono da alcune pronunce dei giudici europei. Si segnala, in particolare, la sentenza del 25 marzo 1992, sul caso *Campbell* contro Regno Unito, nella quale la Corte di Strasburgo «attribuisce importanza alla confidenzialità della posta inviata alla Commissione, perché può concernere allegazioni contro le autorità e gli agenti carcerari. D'altronde, la necessità di rispettare la confidenzialità a questo riguardo si riflette sulle norme relative alla posta destinata alla Commissione. Aprire le lettere della Commissione crea senza dubbio la possibilità di leggerle e può anche nel caso, esporre il detenuto in questione a rappresaglia da parte del personale carcerario»⁽⁴⁵⁾. In questa parte motiva la Corte è entrata nel cuore del problema, mettendo in rilievo la necessità di garantire la libertà di corrispondenza con gli organi di Strasburgo affinché possano venire alla luce dei fatti di violenza avvenuti all'interno della struttura carce-

⁽⁴³⁾ A. BULTRINI, voce *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Digesto Disc. pubb.*, Aggiornamento, Utet, 2000, p. 172. Del resto, è stata la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza del 25 marzo 1992, *Campbell* contro Regno Unito, in *Riv. int. dir. uomo*, 1992, p. 635, ad affermare che «la nozione di necessità implica l'esistenza di un bisogno sociale imperativo e, in particolare, la proporzionalità dell'ingerenza rispetto allo scopo legittimo perseguito».

⁽⁴⁴⁾ Pubblicata in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1051. In particolare, il § 3 della lettera circolare recita: «Tutte le richieste all'autorità giudiziaria di applicare il visto di censura sulla corrispondenza, sia essa in arrivo o in partenza, saranno formulate con l'inciso: *escludendo ai sensi dell'art. 35 della Convenzione europea dei diritti umani, la corrispondenza inviata o indirizzata al Consiglio d'Europa, Segretariato generale; alla Commissione dei diritti umani; alla Corte dei diritti umani sedenti in Strasburgo*».

⁽⁴⁵⁾ Così nel § 62 della sentenza *Campbell*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1992, p. 639.

riaria e non denunciati dal detenuto per paure di rappresaglie del personale penitenziario.

Su questa tematica si segnala anche la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 settembre 1998, nel caso *Pedra* contro Romania, ove il ricorrente ha affermato di essere stato minacciato dalle autorità penitenziarie per aver chiesto di scrivere alla Commissione europea. Le minacce non sono state smentite dal Governo rumeno. La Corte europea ha, quindi, constatato una forma di pressione illecita e inaccettabile⁽⁴⁶⁾ – con espressioni quali "Il Consiglio d'Europa è qui e non altrove" e "Te lo do io il Consiglio d'Europa!" contenute nelle lettere del ricorrente – che ha ostacolato il diritto di ricorso individuale, in violazione dell'(allora) art. 25 Conv.⁽⁴⁷⁾.

L'Accordo riguardante le persone che partecipano alle procedure innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'art. 4 prevede anche l'impegno delle Parti contraenti a non impedire che le persone di cui all'art. 1⁽⁴⁸⁾ di circolare e viaggiare liberamente per partecipare alla procedura di fronte alla Corte, ammettendo al tempo stesso delle eccezioni analoghe a quelle di cui all'art. 3⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁶⁾ La Corte ha ricordato che, perché il meccanismo del ricorso individuale sia efficace, è della massime importanza che sui ricorrenti le autorità statali non facciano pressioni su di loro affinché ritirino o modifichino le loro doglianze. «Con la locuzione "fare pressione" occorre intendere non solo la coercizione diretta e immediata e gli atti di palese intimidazione dei ricorrenti, dichiarati o potenziali, della loro famiglia o dei loro rappresentanti legali, ma anche gli atti e i contatti indiretti tenderli a dissuaderli o scoraggiarli dall'avvalersi del ricorso che la Convenzione offre» (§ 43 della sentenza *Pedra* contro Romania del 23 settembre 1998, in *Riv. int. dir. uomo*, 1999, p. 347).

⁽⁴⁷⁾ L'art. 25 recitava «La Commissione può essere investita di un ricorso presentato al Segretario generale del Consiglio d'Europa da ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati, che sostenga di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella presente Convenzione, nel caso in cui l'Alta Parte contraente chiamata in causa abbia dichiarato di riconoscere la competenza della Commissione in tale materia. Le Alte Parti contraenti che hanno sottoscritto una tale dichiarazione s'impegnano a non ostacolare in alcun modo l'effettivo esercizio di tale diritto». A seguito delle modifiche operate con il protocollo n. 11, con l'eliminazione della Commissione, e il mantenimento di un solo organo permanente – la Corte europea dei Diritti dell'Uomo – allo scopo di semplificare e rendere più efficace il sistema di protezione dei diritti umani, l'art. 34 ha previsto che sia la Corte destinataria del ricorso.

⁽⁴⁸⁾ Si tratta, in particolare: a) delle persone che partecipano alle procedure in corso davanti alla Corte, sia quali parti, sia quali rappresentanti o consulenti di una parte; b) i testimoni, gli esperti convocati dalla Corte, nonché le persone invitate dal Presidente della Corte a partecipare alla procedura.

⁽⁴⁹⁾ Le eccezioni che consentono deroghe all'esercizio del diritto di partecipare all'udienza davanti alla Corte europea sono quelle relative alla sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza e l'ordine pubblico, prevenzione dei reati, protezione della salute e della morale, protezione dei diritti e delle libertà altrui. Vedi, anche per altri interessanti profili della disciplina, A. BULTRINI, voce *Corte europea*, cit., p. 172.

Proprio sul delicato problema della partecipazione personale del detenuto si segnala una recente ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Pisa⁽⁵⁰⁾ che ha dichiarato inammissibile l'istanza avanzata da persona detenuta in Italia allo scopo di ottenere un permesso premio per assistere all'udienza di discussione di un proprio ricorso davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, dato che non sarebbe possibile far seguire il beneficio premiale da educatori e assistenti sociali in collaborazione con gli operatori sociali del territorio⁽⁵¹⁾. Tuttavia, il Magistrato di sorveglianza ha rilevato che il diritto del detenuto di assistere all'udienza può essere adeguatamente tutelato mediante traduzione all'estero dell'interessato. Ma nel caso di specie vi è stato il rifiuto di traduzione a Strasburgo da parte del Ministero della giustizia⁽⁵²⁾.

6. *La giurisprudenza della Corte europea sul trattamento carcerario di rigore ex art. 41-bis, comma 2, ord. penit.: a) il c.d. carcere duro è un trattamento inumano o degradante?*

Introdotta all'indomani delle c.d. stragi di Capaci e di Via d'A-melio, l'art. 41-bis, comma 2, ord. penit., nella sua originaria formulazione presentava molti aspetti di incostituzionalità che sono stati immediatamente sollevati dinanzi alla Corte costituzionale e alla Corte europea dei diritti dell'uomo. In particolare, da più parti si è ritenuto – e si continua a ritenere – che il carcere duro implichi un trattamento contrario al senso di umanità⁽⁵³⁾.

⁽⁵⁰⁾ Mag. sorv. Pisa, 17 febbraio 2003, Sofri, in *Foro it.*, 2003, II, c. 203 s., con *Nota* di G. La Greca.

⁽⁵¹⁾ Il relativo reclamo avverso l'ordinanza di inammissibilità dell'istanza di concessione di permesso premio, richiesto da persona detenuta in Italia per assistere all'udienza di discussione davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, è stato rigettato da Trib. sorv. Firenze, 27 febbraio 2003, Sofri, in *Foro it.*, 2003, c. 203. Come ha spiegato alla stampa il Presidente del Tribunale di sorveglianza di Firenze, Vincenzo Sapore, che non faceva comunque parte del collegio che ha respinto il ricorso, «nel caso Sofri c'erano probabilmente le condizioni perché gli venisse concesso un permesso premio che gli consentisse, senza scorta di spostarsi in Italia, ma non è consentito che un detenuto in carcere possa lasciare, anche temporaneamente il Paese» (*La Repubblica* del 28 febbraio 2003). Di diverso avviso, G. LA GRECA, *Nota*, cit., c. 204, per il quale è evidente «che nel caso come quello in discussione non rientra nella previsione definita dall'art. 30-ter ord. penit., sia per la portata testuale della norma, sia perché la medesima attiene agli "interessi affettivi, culturali o di lavoro" del detenuto, non certo dunque alla tutela di diritti processuali».

⁽⁵²⁾ In una lettera pubblicata ne *La Repubblica* del 2 marzo 2003, il difensore di Sofri, l'avv. Alessandro Gamberini, sostiene che il rifiuto di traduzione a Strasburgo da parte del ministero della giustizia «ha calpestato il diritto sancito da una Convenzione internazionale ratificata dall'Italia».

⁽⁵³⁾ È nota l'avversione dell'Unione delle Camere Penali verso il trattamento carcerario di rigore. Si veda, in merito, E. RANDAZZO, *Separazione delle carriere e carcere duro le riforme nel mirino delle Camere Penali*, in *Guida dir.*, 2002, n. 40, p. 11.

Sono note le sentenze nelle quali la Corte costituzionale ha compiuto una serie di interventi correttivi restringendo la portata interpretativa della norma o, comunque, ridisegnandone le modalità applicative per adeguare la disposizione in oggetto ai principi costituzionali⁽⁵⁴⁾. In particolare, nella sentenza n. 351 del 1996 la Consulta individua nell'art. 14-*quater*, comma 4, ord. penit. quel nucleo incompressibile di diritti minimi che devono, in ogni caso, essere garantiti affinché la pena non possa considerarsi contraria al senso di umanità, e, come tale, legittima costituzionalmente⁽⁵⁵⁾.

Vi sono stati alcuni detenuti a cui era stato applicato il 41-*bis* che si sono rivolti agli organi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, chiedendo di verificare se il regime carcerario particolarmente restrittivo a cui erano sottoposti configurasse un trattamento inumano o degradante e, come tale, si ponesse in contrasto con l'art. 3 della stessa Convenzione.

Sia la Commissione sia la Corte europea dei diritti dell'uomo, in sede di ricevibilità del ricorso, si sono più volte pronunciate con alcune decisioni che – giova ribadirlo – hanno avuto ad oggetto il singolo caso concreto e non la compatibilità della disciplina dell'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit. con l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che vieta le pene o i trattamenti inumani o degradanti.

La Commissione europea dei diritti dell'uomo, nella decisione del 18 maggio 1998 sul caso *Natoli* contro Italia⁽⁵⁶⁾, richiamando la giurisprudenza precedente, ha ritenuto che il regime carcerario di

⁽⁵⁴⁾ Si tratta delle sentenze costituzionali n. 349 del 1993; n. 410 del 1993; n. 351 del 1996; n. 376 del 1997.

⁽⁵⁵⁾ Afferma la Corte costituzionale «che non può mancare la indicazione di parametri normativi per la concretizzazione del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e che, da questo punto di vista, le indicazioni fornite dal legislatore con il comma 4 dell'art. 14-*quater* appaiono particolarmente pregnanti» (in *Giur. cost.*, 1996, p. 3054). Nell'art. 14-*quater*, comma 4, ord. penit. vengono specificati gli ambiti della vita carceraria che non possono essere incisi dalle restrizioni disposte con il regime di sorveglianza particolare disciplinato dall'art. 14-*bis* ord. penit. L'elencazione di queste restrizioni escluse riguarda innanzitutto un gruppo di norme (concernenti l'igiene, l'assistenza sanitaria, il vitto, il vestiario e il corredo) che possono essere definite di "civiltà carceraria". Non sono sottoponibili a restrizione, inoltre, la lettura di libri e periodici; le pratiche di culto; l'uso di apparecchi radio del tipo consentito; la permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno salva la possibilità di riduzione a non meno di un'ora per i motivi eccezionali di cui all'art. 10 ord. penit. Anche i colloqui con gli avvocati non possono essere negati, tutelandosi il diritto di difesa; né possono essere impediti i colloqui con i parenti più stretti e con le persone conviventi, in quanto una detenzione improntata al senso di umanità non può comportare il distacco totale della famiglia. In realtà i diritti definiti intangibili dall'art. 14-*quater* ord. penit. sono quegli stessi che devono essere oggetto incondizionato di rispetto prima di tutto ai sensi delle "Regole minime per il trattamento dei detenuti" fissate dall'ONU e dal Consiglio d'Europa: cfr., E. RUBIOLA, *Commento all'art. 3 della legge n. 663 del 1986*, in *Leg. pen.*, 1987, p. 119.

⁽⁵⁶⁾ In *Foro it.*, 1998, IV, c. 321 s., con il commento di G. LA GRECA, *Diritti dell'uomo e regime dell'art. 41 «bis» ord. penit.*

rigore applicato nel caso di specie non aveva raggiunto quel minimo di gravità necessario affinché si configuri un trattamento inumano o degradante e che le restrizioni cui era stato sottoposto il ricorrente «sono misure severe ma *proporzionate* alla gravità dei reati» commessi⁽⁵⁷⁾.

Per la Commissione non vi è stata violazione dell'art. 3 della Convenzione in quanto l'isolamento cui era stato sottoposto il Natoli, applicato per interrompere i rapporti col gruppo criminale di appartenenza, non era stato *totale*. Infatti il regime carcerario di cui all'art. 41-*bis*, cui era stato sottoposto il ricorrente, non aveva comportato né un isolamento sociale assoluto, né una totale impossibilità di lavorare di svolgere altre attività. Inoltre, la Commissione ha puntato la sua attenzione sulla durata del trattamento di rigore – due anni – ritenendola non eccessivamente ampia da configurare un trattamento inumano e degradante.

Nella stessa pronuncia, i giudici di Strasburgo hanno anche verificato la compatibilità del trattamento carcerario di rigore sotto i diversi profili del diritto alla inviolabilità della corrispondenza e il diritto al rispetto della vita privata previsti dall'art. 8 Conv..

Per quanto concerne il *diritto alla inviolabilità della corrispondenza*, la Commissione ha ritenuto ricevibile il ricorso, per violazione dell'art. 8 della Convenzione, in relazione alla sottoposizione della posta a censura (e al divieto di corrispondere con altri detenuti). Si tratta della violazione per la quale l'Italia (come detto nel § 4) è stata poi condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sia nel caso *Natoli*⁽⁵⁸⁾, sia in molte altre sentenze. Si vuole solo precisare che il mancato rispetto del diritto alla inviolabilità della corrispondenza ha riguardato tutti i detenuti e non solo quelli sottoposti al 41-*bis*, quindi questa violazione non può essere considerata come una censura al solo regime carcerario di rigore.

Con riferimento al *diritto al rispetto della vita privata*, la Commissione ha invece dichiarato irricevibile il ricorso del *Natoli* perché, tenuto conto delle gravi esigenze delle indagini di mafia, le restrizioni del diritto di visita da parte dei familiari (una visita al mese, ciascuna di un'ora, talvolta con la presenza di un vetro di separazione), inserendosi all'interno di una legislazione avente lo scopo di combattere una criminalità organizzata molto aggressiva, qual'è la mafia, non sono andate al di là di ciò che come previsto dal comma 2 dell'art. 8 della Convenzione, in una società democratica, è necessario per la difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica e per la prevenzione dei reati⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. M. RUOTOLO, *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Studium iuris*, 2003, p. 420.

⁽⁵⁸⁾ Corte eur. diritti umani, Sez. I, 9 gennaio 2001, cit.

⁽⁵⁹⁾ Come rilevato da F. DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 126, «Con tale pronuncia, la Commissione europea sembra voler sfuggire al rischio di ingiustificati unilateralismi nel settore dei diritti dell'uomo».

Questo orientamento della Commissione europea in materia di colloqui, confermato anche in una importante sentenza dalla Corte europea dei diritti umani⁽⁶⁰⁾ non appare condivisibile⁽⁶¹⁾. Autorevole dottrina ha segnalato il profilo inerente all'effettiva funzionalità di un ridotto numero di colloqui rispetto all'obiettivo della lotta alla criminalità: «si potrebbe infatti sostenere che, una volta ammesso per ragioni umanitarie il colloquio mensile, tanto basta per compromettere il raggiungimento dei risultati avuti di mira»⁽⁶²⁾. Nel qual caso, la drastica limitazione del numero di colloqui con i familiari sembra rispondente all'esigenza di una maggiore afflittività della pena, più difficile da giustificare nella limitazioni stabilite nell'art. 8, comma 2, Conv.⁽⁶³⁾. Dubbi sulla portata meramente afflittiva del trattamento di rigore che risultano rafforzati dalla nuova formulazione dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, ord. penit. (introdotto dalla legge n. 279 del 2002) che, se da un canto ha tassativamente determinato le deroghe all'ordinario regime detentivo⁽⁶⁴⁾, dall'altro

⁽⁶⁰⁾ Si fa riferimento alla sentenza della Corte eur. dir. umani, Sez. II, 28 settembre 2000, *Messina* contro Italia (della quale parleremo diffusamente nel prossimo §), pubblicata in *Guida dir.*, 2001, n. 6, p. 133 s., ove la Corte ha affermato che «ogni detenzione regolare sotto il profilo dell'art. 5 della Convenzione implica, per la sua stessa natura, una limitazione della vita privata e familiare. È tuttavia di capitale importanza per il rispetto della vita familiare che l'amministrazione penitenziaria aiuti il detenuto a mantenere i contatti con i prossimi congiunti» (§ 61). Comportando il regime di cui all'art. 41-*bis*, in rapporto al regime ordinario, ulteriori limitazioni al numero di visite familiari e imponendo misure di vigilanza di tali incontri, «siffatte ulteriori limitazioni costituiscono un'ingerenza della pubblica autorità nel diritto al rispetto della vita familiare, garantito dall'art. 8, § 1, della Convenzione» (§ 62). Simile ingerenza non viola la Convenzione, essendo «prevista dalla legge», perseguendo uno degli «scopi legittimi ai sensi del § 2 dell'art. 8» (la difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica nonché la prevenzione dei reati), ed essendo «necessaria in una società democratica», in quanto proporzionata allo scopo legittimo perseguito dal regime previsto dall'art. 41-*bis* della legge 354 del 1975 che è quello tendente a «recidere i legami esistenti tra la persona interessata e il suo ambiente criminale di origine, al fine di ridurre al minimo il rischio di utilizzazione dei contatti personali di tali detenuti con le strutture delle organizzazioni criminali di appartenenza» (§ 66).

⁽⁶¹⁾ Commentando la sentenza *Messina* contro Italia, cit., B. GIORDANO, *La restrizione può essere adottata dallo Stato solo con una legge che indichi durata e motivazioni*, in *Guida dir.*, 2001, n. 6, p. 144, ricorda che la motivazione giustifica la limitazione ai colloqui «ma trascura la spiegazione del *discrimen* tra limitazione giusta e ingiusta; i giudici di Strasburgo non si soffermano al fine di spiegarci quando tale limitazione sia necessaria, proporzionata, opportuna e quindi tollerabile; indicazione che invece sarebbe stata molto utile e opportuna sia per l'interprete che per il legislatore italiano».

⁽⁶²⁾ F. DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, cit., p. 127.

⁽⁶³⁾ Ancora, F. DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, cit., p. 127.

⁽⁶⁴⁾ La regolamentazione analitica del contenuto e dei limiti del provvedimento ministeriale ha «l'evidente intento di limitare per quanto possibile i margini di discrezionali dell'amministrazione nella gestione del regime speciale»: L. BRESCIANI, *Sulle istanze per revocare i provvedimenti*, cit., p. 36. Tuttavia, nell'elencazione delle misure restrittive adottabili, la nuova disposizione ricalca in modo pressoché conforme i contenuti del decreto di sottoposizione utilizzato dal Ministro già prima della entrata in vigore della legge n. 279 del 2002: cfr. S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 14.

queste limitazioni «formano un catalogo consistente, il cui uso è idoneo a condizionare fortemente la qualità della detenzione e può creare anche condizioni di difficile sopportabilità, specialmente se si pensa alla possibile applicazione pluriennale delle misure»⁽⁶⁵⁾.

A questo proposito molto critico verso il trattamento carcerario di rigore ex art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit. si è mostrato il Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (C.T.P.)⁽⁶⁶⁾ che nella seconda visita periodica effettuata nel 1995 in Italia ha preso atto che i detenuti ad esso sottoposti sono assoggettati per lunghi, talvolta lunghissimi periodi a un regime che per molti aspetti si avvicina all'isolamento e «senza dubbio il sistema è tale da provocare effetti dannosi concretatesi in alterazione delle facoltà sociali e mentali spesso irreversibili»⁽⁶⁷⁾. Non solo, ma il Comitato dubita che il regime di rigore possa essere funzionale all'obiettivo dichiarato di impedire il mantenimento o il consolidamento dei legami con il gruppo di appartenenza, avanzando il sospetto che il regime del 41-*bis* sia stato introdotto per costituire uno «strumento di pressione psicologica per provocare la dissociazione o la collaborazione dei detenuti. Obiettivo la cui legittimità è altamente discutibile».

Negli ultimi anni anche la Corte europea si è occupata, allo stadio della ricevibilità, delle deroghe all'ordinario regime detentivo previste dal decreto ministeriale che aveva disposto la sospensione e restrizione delle regole di trattamento. Con decisione 8 giugno 1999, la Corte europea dei diritti dell'uomo⁽⁶⁸⁾, ha dichiarato irricevibile il ricorso sotto il profilo dell'art. 3 della Convenzione, affermando che il divieto di contatti con altre persone per ragioni di sicurezza, disciplina o protezione non costituirebbe in sé un trattamento inumano o degradante. Nella specie, dati i legami del detenuto con la criminalità organizzata e le ripetute condanne subite, le misure restrittive adottate sono apparse giustificate alla Corte europea. D'altra parte, la Corte ricorda come il regime di massima sicurezza sia risultato attenuato da una pronuncia della Corte costituzionale (la n. 376 del

⁽⁶⁵⁾ G. LA GRECA, *Una "stabilizzazione" per uscire dall'emergenza*, cit., p. 420.

⁽⁶⁶⁾ Nella Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani o degradanti, aperta alla firma il 26 novembre 1987 nel quadro del Consiglio d'Europa, si è chiaramente affermato nel rapporto esplicativo alla stessa che l'intento dei redattori era quello di completare il sistema di protezione stabilito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo con la previsione di un «*meccanismo non giudiziario a carattere preventivo con il compito di esaminare il trattamento delle persone private della libertà in vista di rafforzare la loro protezione contro la tortura e le pene o i trattamenti disumani o degradanti*». È stato a tal fine istituito un Comitato con la funzione di visitare, previa notificazione allo Stato interessato, qualunque luogo di detenzione di uno Stato parte, pur in assenza di denuncia.

⁽⁶⁷⁾ *Rapporto al Governo italiano relativo alla visita effettuata dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti in Italia dal 22 ottobre al 6 novembre 1995*, pubblicato il 4 dicembre 1997.

⁽⁶⁸⁾ Corte eur. dir. umani, Sez. II, 8 giugno 1999, *Moni contro Italia*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 159.

1997), mentre il Governo italiano avrebbe fatto grossi sforzi (tesi a rendere la pena più umana e ad ammorbidire il c.d. carcere duro) per cercare di bilanciare il rispetto dei diritti dei detenuti sottoposti ad un regime differenziato con le difficoltà incontrate dalle autorità carcerarie per affrontare i cambiamenti di tale regime⁽⁶⁹⁾.

Da quest'ultima pronuncia sembra arrivare l'avallo della Corte europea circa la compatibilità del carcere duro (così come ridisegnato dalla Corte costituzionale e specificato nelle circolari del D.A.P.) con l'art. 3 Conv., anche se non bisogna dimenticare che i giudici europei nelle loro decisioni si sono limitati a dire che le restrizioni subite in concreto dai detenuti ricorrenti sottoposti al trattamento di rigore non avevano superato la soglia minima di gravità necessaria a dar luogo ad un trattamento inumano o degradante.

Non si trascurino, d'altro canto, i recenti ammonimenti del C.T.P.⁽⁷⁰⁾ il quale, pur rilevando come il regime del 41-bis sia stato reso in parte meno afflittivo, ha messo in luce come l'entrata in servizio nel 1999 dei membri del Gruppo Operativo Mobile (che hanno interamente rimpiazzato il personale penitenziario ordinario nei quartieri di detenzione), ha avuto in particolare come effetto un irrigidimento accresciuto del regime di detenzione, rendendo ancora più problematico il rispetto di un adeguato *standard* detentivo⁽⁷¹⁾ e l'attuazione di un efficace programma rieducativo.

⁽⁶⁹⁾ I grossi sforzi del Governo italiano ai quali allude la Corte europea dei diritti dell'uomo sono stati compiuti nella Circolare del D.A.P. n. 5391381-1 del 7 febbraio 1997, in cui sono state impartite disposizioni per l'organizzazione delle sezioni dove sono ristretti detenuti sottoposti a regime speciale. In particolare, si disciplinano espressamente le modalità di svolgimento delle attività sportive e della fruizione della biblioteca dei detenuti sottoposti al regime differenziato ex art. 41-bis, comma 2, ord. penit. Si dà incarico, infatti, alle direzioni dei singoli istituti di reperire «appositi locali che dovranno essere dotati di attrezzi ginnici e di altri attrezzi per lo svago ritenuti compatibili con le esigenze di sicurezza», e di approntare «una piccola biblioteca di sezione». L'accesso a tali locali è consentito singolarmente, con la precauzione di «evitare ulteriori canali di comunicazione interna, per una o più volte la settimana, per non meno di un'ora e per non più di due ogni volta»: vedi, G. LA GRECA, *L'applicazione "dell'art. 41-bis" sotto costante verifica*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 754. Inoltre, nella Circolare del D.A.P. n. 148885/4-1 del 20 febbraio 1998, pubblicata in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 780 s., con il commento di G. LA GRECA, *Nuove disposizioni sul regime dell'art. 41-bis ord. pen.*, *ivi*, p. 784, vengono specificate soprattutto il complesso delle attività trattamentali necessarie per consentire l'offerta di strumenti risocializzanti (che deve coinvolgere tutti i condannati e che presuppongono la partecipazione all'opera di rieducazione), per consentire anche ai sottoposti al trattamento di rigore di accedere ai benefici penitenziari, adempiendo le indicazioni della sentenza n. 376 del 1997. Tuttavia, questa circolare, costituendo una «specie di piccolo testo unico della materia» (così, G. LA GRECA, *ivi*, p. 785), disciplina alcuni aspetti della vita carceraria improntata all'umanità del trattamento, ad esempio consentire la permanenza all'aperto di 4 ore giornaliere, di cui due nelle sale di biblioteca, palestre, ecc.

⁽⁷⁰⁾ Rapporto del C.T.P. relativo alla visita effettuata in Italia dal 13 febbraio al 25 febbraio 2000, reso pubblico il 29 gennaio 2003. Ampi stralci del Rapporto sono riportati, a cura di A. SACCUCCI, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 389-391 e p. 518-519. La ricapitolazione e le conclusioni del Rapporto sono stati pubblicati in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 520 s.

⁽⁷¹⁾ Come si legge nelle conclusioni del Rapporto del C.T.P., reso pubblico il 29 gennaio 2003, «I membri della delegazione hanno constatato un aumento dei problemi ansiosi, nonché dei disturbi del sonno e del carattere» (§ 193, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 522).

7. *Segue: b) la sentenza Messina contro Italia sul reclamo avverso il provvedimento che dispone o proroga il 41-bis.*

La Corte di Strasburgo è intervenuta con una severa pronuncia nei confronti dell'Italia circa la tutela giurisdizionale dei diritti di un detenuto sottoposto al regime restrittivo dell'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit.. Si tratta della sentenza del 28 settembre 2000, sul caso *Messina contro Italia*⁽⁷²⁾.

Diamo un rapido sguardo ai fatti portati dinanzi alla Corte europea. Il ricorrente è stato sottoposto al regime carcerario di rigore per circa quattro anni e mezzo (dal 26 novembre 1993 al 21 maggio 1998), e ciò a motivo dei reati molto gravi per i quali era stato condannato e dei quali è imputato, segnatamente reati di stampo mafioso. In quest'arco temporale, a carico del Messina sono stati adottati nove provvedimenti che imponevano il regime di cui al 41-*bis*, ognuno avente una efficacia di sei mesi.

La sequenza sistematica che ha caratterizzato questa catena di decreti ministeriali è la seguente: i provvedimenti con i quali il Ministro di grazia e giustizia disponeva il trattamento di rigore erano particolarmente restrittivi. Il *Messina* proponeva reclamo avverso tale provvedimento al Tribunale di sorveglianza di volta in volta competente denunciando, in particolare, l'assenza di motivi concreti che giustificassero la proroga del regime di rigore e sosteneva che le limitazioni dei colloqui e della permanenza all'aria aperta nonché il divieto di acquistare cibi da cuocere erano contrarie all'art. 14-*quater*, comma 4, ord. penit. e allo scopo della rieducazione, ed erano anche vessatorie⁽⁷³⁾.

I Tribunali di sorveglianza si pronunciavano sempre dopo il termine di dieci giorni dalla ricezione del reclamo previsto dall'art. 14-*ter*, comma 2, ord. penit.. La giurisprudenza ha affermato che trattasi di un termine ordinatorio⁽⁷⁴⁾, (in genere si sono pronunciati dopo tre-quattro mesi) e, nel merito, respingevano il reclamo, ritenendo che l'applicazione al ricorrente del regime di cui all'art. 41-*bis* fosse giustificata e che il provvedimento impugnato fosse sufficientemente motivato. Tuttavia, il Tribunale revocava talune limitazioni imposte da provvedimento che disponeva il c.d. carcere duro, in particolare la sospensione del programma rieducativo, la limitazione dei colloqui con la famiglia, il divieto di ricevere pacchi consistenti in cose diverse dalla biancheria, il divieto di acquistare cibi da cuocere e il

⁽⁷²⁾ Corte eur. dir. umani, Sez. II, 28 settembre 2000, *Messina contro Italia*, cit.

⁽⁷³⁾ Peu una ricostruzione puntuale della vicenda, si vedano i §§ 8-41 del ritenuto in fatto della sentenza *Messina*, in *Guida dir.*, 2001, n. 6, p. 134-137.

⁽⁷⁴⁾ Secondo la Suprema Corte il termine di dieci giorni previsto dall'art. 14-*ter* ord. penit. è ordinatorio, non avendo la legge previsto alcuna sanzione per la sua inosservanza: vedi, Cass. pen., Sez. I, 15 dicembre 1995, Molinari, in *Cass. pen.*, 1997, p. 547, n. 363; Id., Sez. I, 9 dicembre 1994, Dallera, in *CED Cass.*, n. 200348.

divieto di permanere all'aria aperta per più di due ore. In particolare, i Tribunali di sorveglianza ritenevano che l'elenco delle condizioni minime di detenzione, fissato dall'art. 14-*quater*, comma 4, ord. penit., dovesse essere applicato ai colloqui con i membri della sua famiglia (di conseguenza il tribunale annullava il divieto di ricevere una sola visita familiare e riconosceva al ricorrente il diritto di averne quattro).

Avverso l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza, il *Messina* proponeva ricorso in Cassazione, sostenendo che le condizioni di detenzione alle quali veniva sottoposto erano contrarie al senso di umanità e che il trattamento carcerario restrittivo era stato prorogato da provvedimenti insufficientemente motivati (e motivati in modo identico ai precedenti). Il ricorso veniva sistematicamente dichiarato inammissibile per assenza di interesse ad agire delle parti, poiché i provvedimenti emanati (aventi efficacia di sei mesi) erano decaduti prima della pronuncia della Suprema Corte⁽⁷⁵⁾.

In definitiva, nei confronti del *Messina* sono stati ben nove decreti ministeriali che imponevano il regime detentivo restrittivo; li ha impugnati tutti, e – aspetto fondamentale in termini di tutela effettiva – nessuna delle decisioni su tali ricorsi è intervenuta nei termini di legge, cioè nel termine di dieci giorni dalla ricezione del reclamo. Ecco, allora, che lo stesso adiva la Corte europea denunciando la violazione dell'art. 13 Conv. perché assumeva di non avere potuto usufruire di un ricorso effettivo per tutelare i diritti riconosciuti dalla Convenzione.

La Corte di Strasburgo, dopo aver premesso che la semplice inosservanza di un termine di legge non implica una violazione del diritto ad un ricorso effettivo ex art. 13 Conv., ha ritenuto che al fine di valutare se i ritardi nelle decisioni sui reclami formulati dal ricorrente abbiano privato di efficacia il ricorso al Tribunale di sorveglianza, deve tener conto in particolare di due elementi: la durata limitata – sei mesi – di ciascun provvedimento che dispone o proroga il trattamento di rigore, e la circostanza che il Ministro di grazia e giustizia non è vincolato da un'eventuale decisione del Tribunale di sorveglianza che revoca parzialmente o integralmente le disposizioni

(75) Le Sezioni Unite della Cassazione, con sentenza 24 marzo 1995, *Meli*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 920 hanno ritenuto «inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso avverso l'ordinanza del tribunale di sorveglianza che abbia rigettato il reclamo contro il decreto ministeriale, quando nelle more del giudizio di cassazione il termine di durata del provvedimento sia interamente decorso». E ciò anche quando «la sospensione delle regole sia stata prorogata con altro decreto ministeriale, avverso il quale dovrà semmai essere proposto un nuovo ed autonomo reclamo» (Cass. pen., Sez. I, 17 ottobre 1994, *Sguera*, in *CED Cass.*, n. 199485). Ad avviso della Suprema Corte, infatti, l'interesse richiesto per l'ammissibilità delle impugnazioni «deve sussistere, oltre che nel momento della proposizione del gravame, anche in quello della sua decisione e deve configurarsi in maniera concreta ed attuale e non già come pretesa all'esattezza giuridica della decisione sotto il profilo unicamente teorico»: Cass. pen., Sez. I, *Bruzzi*, in *CED Cass.*, n. 199607.

disposte dal provvedimento precedente: egli può pertanto emettere, immediatamente dopo lo spirare del termine di validità di uno di tali provvedimenti, un nuovo provvedimento che ripristini le limitazioni revocate dal tribunale. Ora, i giudici europei affermano che «se la legge applicabile prevede un termine per la decisione di soli dieci giorni, tale circostanza, a giudizio della Corte, è giustificata dalla gravità della ripercussione di tale regime sui diritti del detenuto, e dall'altro dalla validità temporale della decisione impugnata»⁽⁷⁶⁾.

Dopodiché, la Corte prende atto che «l'inosservanza sistematica del termine legale di dieci giorni ha ridotto sensibilmente, perfino quasi vanificato, l'incidenza del controllo esercitato dai Tribunali di sorveglianza sui provvedimenti del Ministro di grazia e giustizia»⁽⁷⁷⁾. Per esempio, nel caso in esame, il Tribunale di sorveglianza ha revocato in tre occasioni le limitazioni delle visite familiari: ma a causa del ritardo nell'adozione di tali decisioni (in totale un ritardo di circa sette mesi) il *Messina* ha subito tali limitazioni per più tempo del necessario; inoltre le medesime limitazioni sono state reintrodotte solamente due o tre mesi dopo che erano state revocate.

In tali circostanze la Corte conclude nel senso che «il reclamo davanti al Tribunale di sorveglianza non costituisce un ricorso effettivo relativamente alla doglianza sostenibile del ricorrente di una violazione del diritto al rispetto della sua vita familiare garantito dall'art. 8 della Convenzione»⁽⁷⁸⁾.

Alla luce di tali argomentazioni, la Corte europea constata una violazione dell'art. 13 della Convenzione sotto il profilo della garanzia di un diritto a un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale nel caso di violazione di un diritto umano, in quanto nel caso concreto il diritto a ricorrere avverso il decreto di concessione o di proroga del regime di sorveglianza speciale ex art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit. è stato formalmente garantito (tant'è che il ricorrente se ne è sempre avvalso) ma sostanzialmente vanificato dalle decisioni tardive del Tribunale di sorveglianza, intervenute dopo parecchi mesi, anziché entro dieci giorni. Ciò perché il ritardo sistematico da parte del giudice di sorveglianza, la durata limitata della proroga del carcere duro e il potere del Ministro di grazia e giustizia di rimettere un provvedimento che ripristini le medesime limitazioni, svuota di effettività il ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento ministeriale che dispone il regime di rigore.

L'importanza della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo non abbisogna di essere sottolineata. Il monito della Corte è quello secondo il quale i diritti dell'uomo devono ricevere una tutela "effettiva", e non accontentarsi di una tutela formale prevista nella disposizione normativa.

⁽⁷⁶⁾ § 95 della sentenza, in *Guida dir.*, 2001, n. 6, p. 142.

⁽⁷⁷⁾ § 96, *ivi*, p. 142.

⁽⁷⁸⁾ Così, nel § 97, in *Guida dir.*, cit., p. 142. Questa conclusione ha dispensato la Corte dall'esaminare anche la questione del rigetto sistematico dei ricorsi in Cassazione.

Il ruolo della Corte di Strasburgo presenta allora un grande rilievo: giudicando sui singoli casi concreti (e non, come fa la Corte costituzionale, sulle disposizioni normative), la Corte verifica se il diritto ad un ricorso, ai fini di apprestare tutela giurisdizionale al diritto sostanziale, non sia rimasto solo sulla carta (pena la vanificazione del diritto sostanziale), ma sia stato esercitato, avendo ottenuto in tal modo il soggetto una tutela effettiva.

Si ricordi che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo rappresenta solo uno *zoccolo minimo* dei diritti fondamentali⁽⁷⁹⁾. Ed è proprio per questo motivo che le sentenze di condanna della Corte europea assumono una grande funzione di *stimolo* per il legislatore al fine di adeguarsi al *dictum* della Corte, non solo al fine di evitare nuove condanne, ma per garantire tutela effettiva a questo zoccolo minimo di diritti.

8. *La recente legge n. 279 del 2002 e l'adeguamento alla sentenza Messina della Corte di Strasburgo.*

Nel dichiarare la violazione dell'art. 13 Conv., per la mancanza di un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice nazionale contro il provvedimento che dispone o proroga il trattamento di rigore, ai sensi dell'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit., la sentenza *Messina* contro Italia del 28 settembre 2000 ha puntato la sua attenzione su tre elementi: 1) l'inosservanza sistematica del termine legale di dieci giorni dalla ricezione del reclamo per decidere sullo stesso; 2) la durata limitata del decreto ministeriale che applica o proroga il regime del 41-*bis* (sei mesi); 3) la non vincolatività per il Ministro di grazia e giustizia delle statuizioni del Tribunale di sorveglianza che abbiano revocato integralmente o parzialmente le limitazioni previste dal provvedimento restrittivo precedente.

Soprattutto su questi ultimi due elementi è intervenuta la legge n. 279 del 2002 che ha modificato e specificato la disciplina dell'art. 41-*bis* ord. penit., sia sotto il profilo sostanziale che su quello processuale.

Con riferimento alla durata dei provvedimenti di sospensione delle regole di trattamento e dagli istituti previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario (l. n. 354 del 1975), il comma 2-*bis* dell'art. 41-*bis* ord. penit. prevede che i provvedimenti medesimi hanno durata non inferiore ad un anno e non superiore a due e sono prorogabili per periodi successivi, ciascuno pari ad un anno. Tale modifica risulta essere importante perché – come abbiamo visto – il vecchio termine semestrale, unito al mancato rispetto del termine legale di dieci giorni per decidere il reclamo, comportava che le

⁽⁷⁹⁾ G. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, p. 623.

impugnazioni avverso il decreto applicativo del carcere duro «venissero vanificate poiché nelle more della decisione (del reclamo o del ricorso in Cassazione) il decreto impugnato era decaduto, data la decorrenza semestrale, ed era già stato sostituito dal nuovo decreto di proroga»⁽⁸⁰⁾. Ciò non dovrebbe più avvenire in considerazione del più ampio termine di durata della sospensione delle regole di trattamento.

Ma la modifica di più ampio rilievo, ai fini di eliminare gli elementi di frizione con l'art. 13 Conv. denunciati dalla Corte europea nella sentenza Messina, è quella introdotta nel comma 2-sexies dell'art. 41-bis ord. penit., in base al quale se il reclamo contro il provvedimento che dispone o proroga il trattamento di rigore sia stato accolto *in toto* o parzialmente, il Ministro della giustizia, ove intenda disporre un nuovo provvedimento o ripristinare le limitazioni revocate, «deve, tenendo conto della decisione del Tribunale di sorveglianza, evidenziare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo». Viene, dunque, ribaltato il principio di non vincolatività per il Ministro del *dictum* del Tribunale di sorveglianza per cui non potranno più aversi applicazioni del regime sospensivo, successive a revoca integrale o parziale del provvedimento ex art. 41-bis, basate sulle medesime argomentazioni censurate in sede di reclamo⁽⁸¹⁾ (il che – come rilevato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – finiva per svuotare di effettività il ricorso giurisdizionale in oggetto).

Rimane il profilo relativo al mancato rispetto del termine di dieci giorni per decidere sul reclamo proposto dal sottoposto al 41-bis⁽⁸²⁾. Su questo aspetto la recente legge n. 279 del 2002 ha stabilito che il Tribunale di sorveglianza entro dieci giorni dal ricevimento del reclamo decide in camera di consiglio «nelle forme previste dagli artt. 666 e 678 c.p.p.»⁽⁸³⁾. Ora, sarebbe impossibile rispettare detto termine se dovessimo applicare integralmente la disciplina del procedimento di sorveglianza stante il rispetto dei termini necessari per

⁽⁸⁰⁾ L. BLASI, *L'art. 41-bis comma 2° dell'ordinamento penitenziario: una rilettura alla luce della legge n. 279/02*, in *Questa rivista*, 2003, p. 279.

⁽⁸¹⁾ L. BLASI, *L'art. 41-bis comma 2° dell'ordinamento penitenziario: una rilettura alla luce della legge n. 279/02*, cit., p. 281.

⁽⁸²⁾ Si segnala che in un reclamo dinanzi al Tribunale di sorveglianza di Napoli avverso un decreto di proroga del regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit., il difensore del detenuto aveva richiesto al Tribunale di dichiarare la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 14-ter, comma 2, ord. penit. nella parte in cui non prevede la sanzione di inefficacia del provvedimento reclamato nell'ipotesi in cui non venga rispettato il termine previsto per la decisione, dieci giorni dalla presentazione del reclamo, per violazione dell'art. 111 Cost. Ma la questione non è stata affrontata da Trib. sorv. Napoli, perché con ordinanza 11-30 aprile 2002, n. 2846, in *Dir. giust.*, 2003, p. 75 s., ha accolto il reclamo e revocato il decreto ministeriale.

⁽⁸³⁾ Secondo L. Bresciani, *Sulle istanze per revocare i provvedimenti*, cit., p. 36, il fatto che il giudizio non è modellato sulle regole dell'art. 14-ter ord. penit., bensì sul procedimento di sorveglianza «dovrebbe assicurare una maggiore aderenza ai principi del contraddittorio fissati oggi nell'art. 111 della Costituzione».

la *vocatio in ius* previsti dall'art. 666, comma 3, c.p.p.⁽⁸⁴⁾. Sembra allora più corretto desumere l'autonomia del procedimento disciplinato dall'art. 41-bis, commi 2-*quinquies* e 2-*sexies*, rispetto al procedimento degli artt. 666 e 678 c.p.p.⁽⁸⁵⁾, con la conseguenza di applicare solo le forme del procedimento di sorveglianza non regolate nella disciplina processuale del trattamento di rigore, ed in particolare con la presenza dell'interessato ove faccia richiesta di essere sentito personalmente (art. 666, comma 4, c.p.p.)⁽⁸⁶⁾.

Il rispetto del termine di dieci giorni dalla ricezione del reclamo incontra tuttavia una grave difficoltà di ordine pratico data dal *sovraccarico di lavoro* lamentato dalla magistratura di sorveglianza. Sempre per rimanere in ambito di 41-bis, dopo l'entrata in vigore della legge n. 279 del 2002, nella quale è stata prevista anche la possibilità di impugnare il provvedimento ministeriale che nega la revoca anticipata del decreto applicativo del trattamento di rigore, si prevedono «paurosi e inutili ingolfamenti dell'attività della magistratura di sorveglianza»⁽⁸⁷⁾.

La problematica dell'enorme mole di lavoro della magistratura di sorveglianza rispetto agli organici attualmente esistenti è da prendere seriamente in considerazione perché – come acutamente osservato all'indomani della sentenza costituzionale n. 26 del 1999 – pur essendo sacrosanto il principio di garantire il controllo giurisdizionale riguardante tutti gli aspetti della vita carceraria lesivi dei diritti dei detenuti, occorre confrontare questo apprezzabile principio con la dura realtà dell'ordinamento penitenziario. In particolare, il progressivo ed enorme carico di lavoro giurisdizionale, tutto orientato verso il settore delle misure alternative e dei benefici penitenziari, «rende di fatto sempre più ipotetica una concreta attività di vigilanza sul-

⁽⁸⁴⁾ Cfr., A. DI GIOVANNI, *Ordinamento penitenziario la riforma non è solo 41bis*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 1, p. 12. L'art. 666, comma 3, c.p.p., prevede infatti che l'avviso della data dell'udienza alle parti e ai difensori «è comunicato o notificato almeno dieci giorni prima della data predetta».

⁽⁸⁵⁾ Così, S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 18. L'A. individua gli indici di tale autonomia: a) nella integrale disciplina dei termini processuali e delle parti legittimate all'impugnazione; b) nella individuazione specifica dell'oggetto della cognizione (basato tanto sulla sussistenza dei presupposti applicativi, quanto sulla congruità delle singole disposizioni); c) nel potere di annullamento parziale dei provvedimenti conferito alla magistratura di sorveglianza; d) dall'onere per il Ministro della giustizia di tener conto del *dictum* dei tribunali nell'ipotesi di nuova applicazione del regime a seguito di annullamenti parziali o totali.

⁽⁸⁶⁾ Lo stesso art. 666, comma 4, c.p.p. prevede che se l'interessato si trova detenuto in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice, è sentito prima del giorno dell'udienza dal magistrato di sorveglianza del luogo, salvo che il giudice non ritenga di disporre la traduzione. Questa ipotesi si potrà verificare laddove, successivamente alla proposizione del reclamo avverso il provvedimento che dispone o proroga il 41-bis, il detenuto venga trasferito in altro istituto penitenziario (circostanza, questa, che non modifica la competenza territoriale a decidere, così come previsto dal comma 2-*quinquies* dell'art. 41-bis ord. penit.).

⁽⁸⁷⁾ A. DI GIOVANNI, *Ordinamento penitenziario la riforma non è solo 41-bis*, cit., p. 11.

la vita carceraria da parte del magistrato di sorveglianza»⁽⁸⁸⁾. Ecco perché sarebbe auspicabile una riforma radicale di tutto il sistema della sanzione penale e dell'organizzazione della magistratura di cognizione e di esecuzione, altrimenti il principio della giustiziabilità dei diritti dei detenuti rischia essere «ipocrita, o peggio un modo per scaricare su di una magistratura di sorveglianza al limite della sopportazione per carico di lavoro, tensioni e speranze del mondo dei reclusi»⁽⁸⁹⁾, oltre che poter comportare ulteriori condanne della Corte europea dei diritti dell'uomo.

RIASSUNTO

L'articolo descrive il prezioso contributo dato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritti del detenuto e loro tutela giurisdizionale.

È stata la Corte di Strasburgo, a partire dalla sentenze *Calogero Diana* e *Dominichini* del 15 novembre 1996 (aventi ad oggetto la violazione della disciplina sostanziale e processuale del diritto di corrispondenza del detenuto), che per prima ha messo in luce le lacune dell'ordinamento italiano sui rimedi giurisdizionali per far valere le situazioni giuridiche di cui il detenuto è titolare.

Successivamente si analizzano le pronunce degli organi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sul trattamento carcerario di rigore previsto dall'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario. Sul versante sostanziale, è stato più volte escluso dai giudici europei che il c.d. carcere duro configuri un trattamento inumano o degradante. Sul versante processuale, invece, la Corte europea ha ritenuto che il mezzo di gravame avverso il decreto che dispone o proroga il trattamento di rigore si ponga in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Con la legge n. 279 del 2002 sono stati eliminati alcuni dei profili censurati in sede europea.

SUMMARY

The article considers the important contribution of European Court of Human Rights' jurisprudence concerning the rights of prisoner and respective jurisdictional protection.

The Court of Strasbourg, from the sentences *Calogero Diana* and *Dominichini* dated the 15th of November 1996 (concerning violation of substantial and trial regulation of prisoner's right of correspondence), first made clear the Italian legal gaps about jurisdictional measures in defence of prisoner's rights.

Then are considered the decisions of the European Convention of Human Rights' Organs about strict detention regulated by the art. 41-bis of the Italian penitentiary system. From a substantial point of view, European judges

⁽⁸⁸⁾ M. VADUANO, *Ribadito il ruolo di garante dei diritti affidato alla magistratura di sorveglianza*, in *Giuda dir.*, 1999, n. 11, p. 98.

⁽⁸⁹⁾ Sempre M. VADUANO, *Ribadito il ruolo di garante*, cit., p. 99.

often excluded that strict detention represent an inhuman or degrading treatment. From a jurisdictional point of view, on the other hand, the European Court considered that the appeal's system against decree inflicting or adjourning the strict detention was in contrast with the European Convention of Human Rights. The law n. 279/2002 eliminated some elements censured by European decisions.

RÉSUMÉ

L'article décrit le précieux contributif donné par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits du détenu et leur tutèle juridictionnelle.

À partir des sentences *Calogero Diana* et *Dominichini* du 15 novembre 1996 (qui ont pour objet le viole de la discipline substantielle et juridictionnelle du droit de correspondance du détenu), la Cour de Strasbourg a été la première à mettre en lumière les lacunes du système italien en ce qui concerne les remèdes juridictionnels afin de faire valoir les situations juridiques qui appartiennent au détenu.

Par la suite on analyse les arrêts des organes de la Convention européenne des droits de l'homme sur le traitement pénitentiaire de rigueur prévu par l'article 41 bis du système pénitentiaire. Du côté substantiel, les juges européens ont exclu plusieurs fois que la soi-disant prison dure représente un traitement inhumain ou dégradant. En revanche, du côté de la justice, la Cour européenne a retenu que le moyen d'opposition qui décide sur le décret qui prescrit ou prorogue le traitement de rigueur se met en contraste avec la Convention Européenne des droits de l'homme. Grace à la loi n. 279 de l'année 2002 certains des profils censurés par la siége européen ont été éliminés.

INCOMPATIBILITÀ CON LO STATO DI DETENZIONE DEI PAZIENTI CON INFEZIONE DA HIV

**SEBASTIANO ARDITA*, BRUNA BRUNETTI*, GIULIO STARNINI*,
SERGIO BABUDIERI****

La gestione della malattia da HIV in carcere è stata caratterizzata nella seconda metà degli anni '80 da due linee d'intervento: la prima, volta a determinare una serie di misure idonee a far emergere il fenomeno nelle sue reali dimensioni dopo che diversi studi avevano evidenziato percentuali di prevalenza notevolmente superiori alla popolazione generale⁽¹⁾; la seconda, orientata verso il contenimento dell'epidemia, ha fatto leva sulla diffusione di campagne di formazione per gli operatori sanitari e d'informazione alla popolazione detenuta.

Successivamente, a partire dagli anni '90, si è tentato di raggiungere altri obiettivi quale quello di potenziare l'assistenza specialistica alla popolazione detenuta (attraverso il convenzionamento degli istituti penitenziari con le Unità Operative di Malattie Infettive ospedaliere o universitarie)⁽²⁾ o l'adozione di strategie terapeutiche particolari (D.O.T - H.A.A.R.T e semplificazione)⁽³⁾.

Trasversalmente in tutto quest'arco temporale non ha perso di interesse il dibattito sull'incompatibilità con lo stato di detenzione delle persone con malattia da HIV.

In considerazione di una presunta inefficienza del Sistema Sanitario Penitenziario e di un supposto (quanto immotivato dal punto di vista tecnico) pregiudizio della salute di tutta la popolazione detenuta, costituito dal permanere in carcere dei malati di AIDS, nel 1993 veniva varata la Legge n. 222 del 14 luglio 1993 che disponeva, con un automatismo che non ammetteva eccezioni, il divieto della custodia cautelare in carcere (art. 286-*bis* codice di procedura penale) e il differimento obbligatorio della pena detentiva (art. 146 codice penale). Dopo una serie di pronunciamenti della Corte Costi-

* Dipartimento Amministrazione Penitenziaria.

** Clinica di Malattie Infettive dell'Università degli Studi di Sassari.

⁽¹⁾ STARNINI et al.: Carcere e Malattia da HIV. Atti XI Convegno Nazionale Aids e Sindromi Correlate, Pisa 13-15 Nov. 1997.

⁽²⁾ BABUDIERI S. et al. Directly observed therapy to treat HIV infectious in prisoners. *Jama* 2000, 284; 179-180.

⁽³⁾ Decreto Interministeriale 18 novembre 1998: Schemi di convenzione per prestazioni assistenziali, da parte di aziende sanitarie, ai casi di AIDS nei confronti dei detenuti.

tuzionale che aveva respinto le richieste di incostituzionalità della norma, nel 1995 con le sentenze n. 438 e 439 si sanciva l'irragionevolezza delle motivazioni addotte a causa dell'incompatibilità obbligatoria con il regime detentivo della persona affetta da AIDS, là dove si affermava di voler salvaguardare la salute collettiva nel particolare contesto carcerario, considerato che il presupposto del rischio di contagio non era (e non è) certamente il solo stadio di AIDS o di grave immunodeficienza, ma la presenza del virus in tutte le fasi della malattia nei pazienti infetti.

Contemporaneamente la storia naturale della malattia, nei Paesi Occidentali e quindi anche in Italia, veniva radicalmente modificata dall'avvento delle nuove terapie di associazione con antiretrovirali, configurandosi sempre più come una patologia cronica, come attestano i dati relativi alla netta diminuzione della mortalità, della frequenza e della gravità delle infezioni opportunistiche⁽⁴⁾.

Due successive Commissioni interministeriali di studio Sanità-Giustizia, (presiedute rispettivamente dai Consiglieri Lattanzi e La Greca), sulla base sia delle indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale che delle nuove conoscenze sulla malattia, hanno quindi lavorato ad una proposta di modifica della normativa in materia di incompatibilità con il regime penitenziario dei detenuti affetti da AIDS o da grave immunodeficienza, recepita poi nelle leggi 231/99 e 40/2001 che, pur nel rispetto primario del diritto alla tutela della salute della persona detenuta, hanno abolito il precedente automatismo tra affermata incompatibilità e sospensione della pena.

In particolare, con le correzioni apportate dalla legge 40/2001, in base all'art. 146 del codice penale, il «*rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena*» avviene quando il condannato è affetto da AIDS conclamata, o da grave deficienza immunitaria, o da altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione. L'incompatibilità si verifica quindi quando la persona è in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più (secondo le certificazioni del Servizio sanitario penitenziario o delle Unità Operative di Malattie Infettive) ai trattamenti terapeutici praticati in carcere.

È importante sottolineare come l'art. 146 c.p., estendendo il «*rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena*» a «*chi è affetto da altra malattia particolarmente grave*», chiuda la forbice creatasi con la precedente normativa per cui il malato di AIDS poteva godere del rinvio obbligatorio, al contrario dei detenuti affetti da patologie altrettanto gravi (neoplasie, cirrosi scompensate ecc).

Parimenti, le modifiche apportate dalla legge 231/99 all'art. 275 del codice di procedura penale prevedono al comma 4-*bis* «Non può

⁽⁴⁾ STARNINI et al.: Carcere e Malattia da HIV. Atti XI Convegno Nazionale Aids e Sindromi Correlate, Pisa 13-15 Nov. 1997.

essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere quando l'imputato è persona affetta da AIDS conclamata, o da grave deficienza immunitaria, accertate ai sensi dell'art. 286-bis, comma 2, ovvero da altra malattia particolarmente grave, per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere».

Merita di essere evidenziato però che ai sensi dell'art. 146 del c.p. e dell'art. 275 del c.p.p. :

1) non è sufficiente essere affetti da una malattia cronica irreversibile, bisogna che le condizioni fisiche del malato siano tali da poterne escludere la pericolosità;

2) la concessione del differimento pena o di misure alternative alla detenzione vengono subordinate alla possibilità della regressione della malattia quale possibile effetto di trattamenti terapeutici praticabili solo in stato di libertà presso le strutture di Malattie Infettive autorizzate.

Per meglio puntualizzare quest'ultimo aspetto, si evidenzia come la legge 231/99 abbia introdotto inoltre nell'Ordinamento Penitenziario l'articolo 47-*quater*, che stabilisce come nei confronti delle persone condannate che sono affette da AIDS conclamata, o da grave deficienza immunitaria, e hanno in corso o intendono intraprendere un programma di cura o assistenza all'esterno del carcere, «presso le Unità operative di malattie infettive ospedaliere, ed universitarie, o altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS» il Tribunale di sorveglianza possa disporre le misure previste dall'articolo 47 (affidamento in prova al servizio sociale) e 47-*ter* (detenzione domiciliare).

Si sottolinea quindi la grande rilevanza data dal legislatore alle finalità curativa-terapeutica (che non significa obbligo di assunzione delle terapie) adottate come criterio guida per la concessione dei benefici di legge.

A titolo esemplificativo di quanto appena esposto è interessante citare l'ordinanza del 6 giugno 2001 con la quale Tribunale di sorveglianza di Roma⁽⁵⁾ ha rigettato l'istanza di differimento obbligatorio della esecuzione della pena avanzata da A. M., già ristretto in regime di detenzione domiciliare, e nel contempo ammetteva lo stesso alla misura della detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-*ter*

⁽⁵⁾ Sentenza n. 24048 del 21 giugno 2002 DIFFERIMENTO DELL'ESECUZIONE DELLA PENA PER MALATO DI AIDS (Sezione Prima Penale - Presidente F. Gianvittore - Relatore S. Chieffi).

co. 1-*ter* ord. penit. per l'ulteriore durata di un anno a decorrere dal 10 giugno 2001.

In particolare il Tribunale ha osservato che - pur essendo il detenuto affetto da patologia HIV correlata con stadio attuale di malattia classificabile nella categoria B2 - non ricorreva nel caso di specie l'ipotesi di rinvio obbligatorio della esecuzione della pena di cui all'art. 146 co. 1 n. 3 c.p., sia in considerazione dello stadio della malattia, sia in considerazione della capacità del ricorrente di recepire positivamente il trattamento terapeutico a lui praticato. Pertanto, ricorrendo l'ipotesi di rinvio facoltativo della pena di cui all'art. 147 co. 1 n. 2 c.p., il Tribunale ha ritenuto opportuna la misura della detenzione domiciliare in considerazione del fatto che il detenuto aveva la necessità di mantenere costanti contatti con i presidi sanitari territoriali.

In virtù dell'art. 275 c.p.p. così come modificato dalla L. 231/99, gli arresti domiciliari possono essere disposti presso le «unità operative di malattie infettive ospedaliere, ed universitarie, o altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS, ovvero presso una residenza collettiva o casa alloggio di cui all'articolo 1 comma 2 della legge 5 giugno 1990, n. 135».

Si ricorda inoltre che è possibile essere ammessi alle misure alternative alla detenzione indipendentemente dalla durata della pena da espiare, e che le stesse possono essere revocate se il condannato risulti imputato per reati commessi dopo la concessione e, in tal caso, per un anno non potranno essere nuovamente concesse.

Nei casi in cui il Tribunale di sorveglianza ritenga di non applicare, o di revocare, le misure alternative ordina che la persona sia detenuta in un carcere dotato di un reparto attrezzato per la cura e l'assistenza necessarie.

Tali reparti attualmente sono operativi presso le C.C. di Napoli Secondigliano, Roma Rebibbia nuovo complesso, Milano Opera, Massa e Modena.

Da quanto sopra esposto emerge con evidenza sia la grande discrezione concessa alla Magistratura competente, in merito al giudizio sulla compatibilità tra condizioni di salute e stato di detenzione e sul tipo di misura alternativa da disporre, sia l'accresciuta responsabilità dei sanitari (Unità operative di malattie infettive e servizio sanitario penitenziario) i quali debbono certificare non solo l'esistenza di condizioni di salute incompatibili con il regime penitenziario, ma attestare l'attuabilità di un programma di cura e di assistenza presso strutture ospedaliere o altre strutture impegnate (secondo i piani regionali) nell'assistenza ai casi di AIDS.

Oltre i casi diagnosticati come AIDS il d.lvo 21 ottobre 1999⁽⁶⁾ fissa i criteri clinico-laboratoristici per definire l'incompatibilità con il regime penitenziario e nello specifico:

indice di Karnofsky = a 50

CD4 stabilmente > a 100 mm³.

La presenza di uno solo dei precedenti parametri determina, valutato lo stato della/e patologia/e presente/i, l'incompatibilità assoluta con lo stato di detenzione.

Al fine di una maggiore garanzia e dell'elevato grado di specializzazione degli accertamenti, è stato previsto che gli stessi si debbano svolgere presso unità operative autorizzate dal Ministero della Sanità o dalle Regioni.

È bene infine ricordare, in considerazione del fatto che la normativa sopra esposta prevede la revoca dei provvedimenti inerenti l'applicazione delle misure alternative alla detenzione anche in caso di ripetute e ingiustificate inosservanze del ricordato programma di cura e di assistenza, l'obbligo per la struttura sanitaria pubblica (U.O. di malattie infettive) di comunicare alla magistratura competente il verificarsi di tali casi.

⁽⁶⁾ Decreto del Ministero della Sanità del 21 ottobre 1999: *Definizione dei casi di AIDS conclamato o di grave deficienza immunitaria per i fini di cui alla legge 12 luglio 1999 n. 231.*

GLI ASSISTENTI SOCIALI E L'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA

MARIA PIA GIUFFRIDA *

La presenza dei primi assistenti sociali nell'Amministrazione penitenziaria viene già registrata verso la metà degli anni '50 presso l'Istituto Nazionale di osservazione di Roma Rebibbia, nonché, gradualmente, in un limitato numero di altri Istituti.

Tali assistenti sociali provenivano a volte dal settore minorile, altre volte erano inviati dai Consigli di patronato, portando, in questo ultimo caso, un bagaglio culturale e professionale piuttosto scarso e di taglio volontaristico-assistenziale, caratteristiche queste che hanno inevitabilmente connotato gli interventi dei primi operatori transitati nel ruolo degli assistenti sociali dell'allora Direzione generale degli Istituti di prevenzione e di pena.

I primi assistenti sociali di ruolo furono assunti nel 1978 nel meridione ai sensi della legge 1 giugno 1977 n. 285 «Provvedimenti per l'occupazione giovanile», cui seguirono i vincitori del primo concorso pubblico bandito dall'Amministrazione penitenziaria ed entrati in servizio il 1° settembre 1979.

Al crescere delle competenze attribuite dall'ordinamento penitenziario ai Centri di servizio sociale, all'evoluzione del sistema delle misure alternative che vede oggi oltre 46.000 condannati in esecuzione penale fuori dal carcere, alle dimensioni di maggiore complessità assunte da questo settore dell'Amministrazione penitenziaria, e maggiore visibilità con l'istituzione della Direzione generale dell'esecuzione penale esterna, ha fatto fronte il consolidamento progressivo degli organici del profilo professionale di assistente sociale, che ha trovato il suo punto di arrivo nell'aumento disposto dall'art. 6 della legge 27 maggio 1998, n. 165, ed una significativa valorizzazione nei percorsi di riqualificazione professionale e nella successiva ridistribuzione degli operatori nelle diverse posizioni economiche.

In tutti questi anni il servizio sociale per adulti ha acquisito, non solo attraverso momenti di formazione e aggiornamento ma soprattutto attraverso l'esperienza, un "sapere" operativo che permette di essere, consapevolmente, operatore di cambiamento ed interprete sia dei bisogni dell'utenza (aiuto), che di quelli della società (controllo sociale).

Partendo infatti dalla rivendicazione di un modello operativo che consentisse un approccio globale ai problemi sociali l'assistente sociale

* Dirigente generale - Dipartimento Amministrazione Penitenziaria.

ha vissuto nei primi anni con estremo disagio la necessità di aderire ad un mandato istituzionale che veniva a sovrapporsi al mandato professionale, e la conseguente esigenza di dare priorità sia agli adempimenti formali rispetto agli interventi tecnici, che al dovere dell'Istituzione penitenziaria nel suo insieme di garantire la sicurezza, rispetto al "diritto" del soggetto detenuto a ricevere risposte ai suoi bisogni.

La specificità del contesto operativo dell'assistente sociale in cui il compito del controllo e della vigilanza viene a coniugarsi con il mandato tecnico-professionale e la relazione di aiuto con l'utente al fine del suo reinserimento, si è arricchita negli ultimi anni con la prospettiva riparativa introdotta dall'art. 27 del reg. di esecuzione.

Il fatto "reato" e le sue ricadute, fino a pochi anni fa argomentato trascurato nell'approccio con l'utente, diventa oggi - nella prospettiva di azioni di giustizia riparativa - momento centrale di quel processo di riflessione critica che è propedeutica all'adesione "consapevole" del condannato ad un progetto di recupero, che non traslasci l'importanza di rinsaldare il patto di cittadinanza rotto con il reato e di agire un'azione riparativa nei confronti della vittima.

In questi ultimi anni ogni mutamento qualitativo e quantitativo del contesto operativo, ogni nuova competenza derivante da modifiche normative, ogni nuova prospettiva introdotta dal dibattito culturale e politico sul significato della pena, ha determinato la necessità di una costante rivisitazione del servizio sociale dei propri modelli operativi, una continua ricerca di rimodulare la propria capacità professionale, di trovare nuove forme di "comunicazione" e con l'utenza e con l'istituzione, per agire il suo ruolo di agente di cambiamento.

Ed è proprio in questi ultimi anni peraltro che la professione di assistente sociale ha trovato in Italia un rilancio sostanziale, a seguito ad alcune fondamentali norme ed in particolare con la riforma degli ordinamenti didattici universitari.

A differenza del passato in cui il diploma di assistente sociale veniva rilasciato da strutture formative di diversificato genere, a seguito di corsi triennali, dal 1990 per esercitare la professione di assistente sociale è stato necessario essere in possesso del diploma universitario di cui all'articolo 2 della legge 19 novembre 1990, n. 341, avere conseguito l'abilitazione mediante l'esame di Stato ed essere iscritti all'albo professionale istituito ai sensi dell'articolo 3 della Legge 23 marzo 1993 n. 84.

La figura professionale dell'assistente sociale ha trovato poi una sua ulteriore specificità all'interno dei "curricula universitari", in relazione alla riforma degli ordinamenti didattici universitari con il decreto 509/99 e con il riordino degli albi professionali (decreto 328/01).

La riforma ha evidenziato due livelli di competenza che si indirizzano in due distinte sezioni dell'albo professionale.

In particolare:

L'assistente sociale è formato con corsi di laurea triennali afferenti alla «classe delle lauree in scienze del servizio sociale» (alle-

gato al decreto del Ministero dell'Università del 4 agosto 2000) e, con questo percorso, ha facoltà di iscriversi alla sezione B dell'Ordine Professionale.

L'assistente sociale specialista è formato con corsi universitari di laurea specialistica afferenti alla classe 57 «programmazione e gestione delle politiche e dei servizi sociali» (allegata al decreto ministeriale 28/11/00) e può iscriversi alla sezione A dell'albo professionale, accedendo ai ruoli dirigenziali.

Con l'introduzione della specializzazione, si è creato, quindi, un indirizzo di laurea specifico che ha permesso a molti degli assistenti sociali, e tra questi agli assistenti sociali della Amministrazione penitenziaria, di conseguire un titolo universitario aggiuntivo: un giusto riconoscimento al "servizio sociale" professionale che da tempo attendeva una sua collocazione nell'ambito di un complementare corso di laurea che consentisse una ulteriore specializzazione nel settore e il raggiungimento di un elevato livello di approfondimento di conoscenze, metodologie e strategie operative.

Con l'anno accademico 1998/1999 è stato pertanto avviato presso l'Università degli studi di Trieste e la Libera Università Maria SS. Assunta (LUMSA) di Roma, nell'ambito della Facoltà di Scienze della Formazione, il quarto anno del corso di laurea in Servizio Sociale, quale integrazione al triennio necessario per conseguire il Diploma Universitario di Servizio Sociale; un anno del tutto sperimentale e quindi provvisorio, che ha riguardato solo le immatricolazioni antecedenti all'anno accademico 2002/2003.

Un anno integrativo quindi che, con il superamento di sei esami nelle materie giuridiche, pedagogiche, psicologiche e di servizio sociale, ha permesso agli operatori sociali un approfondimento ed un inquadramento teorico generale delle conoscenze acquisite e della esperienza operativa maturata in ambito penitenziario.

L'occasione è stata colta come importante pausa di riflessione e rielaborazione dei contenuti, delle conoscenze e delle esperienze maturate sul campo poi concretizzate nella elaborazione della tesi di laurea conclusiva del percorso formativo.

La copiosa produzione di tesi sul settore penitenziario e sugli aspetti connessi alla esecuzione penale esterna, ha contribuito a diffondere cultura e corretta informazione sul complesso lavoro dei Centri di Servizio Sociale per Adulti in particolare e sul sistema della esecuzione pena in generale.

Proprio in considerazione di tale importante investimento si è ritenuto di raccogliere gli elaborati prodotti dagli assistenti sociali, e presentare l'elenco dei titoli sulla *Rassegna penitenziaria e criminologica* al fine di dare la massima diffusione all'impegno profuso di operatori, che hanno saputo cogliere l'occasione di conseguire il diploma di laurea, come opportunità per ulteriormente qualificare il proprio lavoro.

Corso di Laurea in Servizio Sociale

- Tesi: «Umanizzazione ed individualizzazione della pena: quali prescrizioni per l'affidamento?». Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Caterina Benvegna**. Relatore prof. Giorgio Spangher; correlatore dr.ssa Antonella Marandola. Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 1998/1999.
- Tesi: «Orientamento professionale e contesto penitenziario: da un'indagine sugli inserimenti in borsa lavoro attivati dal Centro di servizio sociale per adulti di Trieste ad un'ipotesi progettuale». Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Rita Bergamo Torelli**. Relatore dr.ssa Annamaria Campanini; correlatore dr.ssa Elena Allegri. Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 1998/1999.
- Tesi: «II servizio sociale nel sistema giustizia: un ruolo in evoluzione, alla luce delle esperienze di integrazione socio lavorativa. Progetti di inserimento realizzati nella provincia di Cuneo dal 1990 al 1999». Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Laura Bottero**. Relatore dr.ssa Annamaria Campanini; correlatore dr.ssa Elena Allegri. Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 1998/1999.
- Tesi: «II lavoro nell'ordinamento penitenziario: da elemento del trattamento a strumento per il reinserimento. - Il progetto Carcere e lavoro». Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Manuela Catani**. Relatore prof. Giorgio Spangher; correlatore dr.ssa Antonella Marandola. Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 1998/1999.
- Tesi: « L'evoluzione della detenzione domiciliare dalla legge Gozzini alla legge Simeoni-Saraceni» (il fenomeno delle revoche, un tentativo d'interpretazione). Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Anna Muschitiello**. Relatore prof. Giorgio Spangher; correlatore dr.ssa Marandola. Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 1998/1999.

- Tesi: «I condannati per reati sessuali: aspetti culturali, legislativi, penitenziari».
Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Pietra Verga**.
Relatore prof. Giorgio Spangher; correlatore dr.ssa Fabiana Ranzatto.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 1998/1999.
- Tesi: «Nuove strategie e metodi nel processo di mediazione e riparazione nella giustizia penale. *Self efficacy*, attuazione del cambiamento e ruolo dell'assistente sociale».
Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Rosalia Maria Rita Caldarella**.
Relatore prof. Giorgio Spangher; correlatori dr.ssa Antonella Marandola e dr.ssa Maria Paola Schiaffelli.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 1999/2000.
- Tesi: «L'orientamento personale e professionale rivolto a persone in esecuzione penale: l'esperienza del Provveditorato del Piemonte».
Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Elisabetta Corsi**.
Relatore prof. Danilo Fum; correlatore dr.ssa Patrizia Danelluzzo.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 1999/2000.
- Tesi: «La riforma dell'Ordinamento Penitenziario avviata con la legge n. 354 del 1975 e successive modifiche: analisi del beneficio del permesso premio di fronte al mutare delle caratteristiche della popolazione detenuta, in specifico all'aumento costante di detenuti stranieri presenti attualmente nelle carceri italiane».
Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Silvia Eichholzer**.
Relatore prof. Giorgio Spangher; correlatore dr.ssa Antonella Marandola.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 1999/2000.
- Tesi: «Da Artemisia ad Horizon: da un progetto locale ad un'esperienza transazionale».
Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Giorgetta Giusto**.
Relatore dr.ssa Annamaria Campanini; correlatore dr.ssa Anna Abburrà.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 1999/2000.
- Tesi: «II regime dell'art. 41-*bis* e il servizio sociale: un binomio possibile?».
Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Maria Pia Marconi**.
Relatore prof. Giorgio Spangher; correlatore dr.ssa Antonella Marandola.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 1999/2000.

- Tesi: «Alternative alla detenzione e *probation* in Francia: analisi e comparazione di aspetti storici, normativi ed organizzativi».
Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Silvia Messina**.
Relatore prof. Giorgio Spangher; correlatore dr.ssa Antonella Marandola.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 1999/2000.
- Tesi: «Le misure alternative alla detenzione prima e dopo la legge Simeone: scenari giuridico-sociali e prassi applicative».
Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Rodolfo Nappo**.
Relatore prof. Giorgio Spangher.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 1999/2000.
- Tesi: «L'affidamento in prova al servizio sociale: verso un modello di giustizia riparativa.»
Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Maria Giovanna Peralta**.
Relatore prof. Giorgio Spangher.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 1999/2000.
- Tesi: «Servizio sociale penitenziario e territorio: un rapporto proficuo?» – prima analisi della sperimentazione degli sportelli informativi presso i Centri di Servizio Sociale per adulti –.
Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Maria Carla Ramello**.
Relatore dr.ssa Annamaria Campanini; correlatore dr.ssa Anna Abburrà.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 1999/2000.
- Tesi: «II colloquio nei contesti di coercizione».
Elaborata dall' Ass.Soc.Coord. **Antonella Salvan**.
Relatore prof. Annamaria Campanini; correlatore prof. Luigi Gui.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 1999/2000.
- Tesi: «La detenzione domiciliare e il servizio sociale: una questione aperta».
Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Valentina Trizzino**.
Relatore prof. Giorgio Spangher; correlatore dr.ssa Antonella Marandola.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 1999/2000.
- Tesi: «La relazione con le persone tossicodipendenti in misura penale esterna: analisi di un percorso di riflessione e formativo del C.S.S.A. di Mantova».

Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Silvia Beccari.**

Relatore prof. Maria Ponticelli Dal Pra; correlatore prof. Giuseppe Magistrali.

Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 2000/2001.

- Tesi: «Un aspetto della criminalità femminile: «Le donne della Mafia». Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Gabriella Chirumbolo.**
Relatore prof. Domenico Secondufo; correlatore prof. Terenzio Fava.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 2000/2001.
- Tesi: «L'aspetto pedagogico nell'intervento dell'Assistente Sociale con gli adulti devianti». Elaborata dall' Ass.Soc.Coord. **Filomena Fabbiano.**
Relatore prof. Franco Blezza; correlatore dr.ssa Federica Gregoris.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 2000/2001.
- Tesi: «Inserimenti lavorativi di detenuti e persone sottoposte a misure alternative alla detenzione: il ruolo del servizio sociale. Una ricerca nell'ambito della regione Piemonte». Elaborata dall' Ass.Soc.Coord. **Roberta Guarena.**
Relatore prof. Annamaria Campanini; correlatore prof. Elena Allegri.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 2000/2001.
- Tesi: «Una casa alloggio per soggetti *borderline*: una alternativa all'uso improprio del carcere». Elaborata dall' Ass.Soc.Coord. **Fausta Illari.**
Relatore prof. Maria Ponticelli Dal Pra; correlatore prof. Giuseppe Magistrali.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno Accademico 2000/2001.
- Tesi: «L'applicazione della Riforma Penitenziaria nelle regioni ad alto indice di criminalità organizzata. Implicazioni operative per il servizio sociale». Elaborata dall'Ass.Soc.Coord. **Mario Nasone.**
Relatore prof. Annamaria Campanini; correlatore prof. Edda Riefolo.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 2000/2001.
- Tesi: «La relazione d'aiuto nel trattamento dei condannati per reati di natura sessuale». Elaborata dall' Ass.Soc.Coord. **Diva Polidori.**
Relatore prof. Maria Ponticelli Dal Pra; correlatore prof. Giuseppe Magistrali.
Università degli Studi di Trieste - Facoltà di Scienze della Formazione Anno accademico 2000/2001.

