

3 rassegna
2007 penitenziaria
e criminologica

Fondata da GIUSEPPE ALTAVISTA

DIRETTORE RESPONSABILE

ETTORE FERRARA

VICE DIRETTORE

EMILIO DI SOMMA

PRESIDENTE DEL COMITATO DI DIREZIONE

GIOVANNI CONSO

COMITATO DI DIREZIONE

**SALVATORE ALEO, RENATO BREDÀ, ARMANDO D'ALTERIO,
FRANCO DELLA CASA, GIUSEPPE DI GENNARO,
FRANCESCO SAVERIO FORTUNA, FRANCESCO PAOLO GIORDANO,
GIUSEPPE LA GRECA, LUIGIA MARIOTTI CULLA,
MASSIMO PAVARINI, EMILIO SANTORO, ERNESTO SAVONA,
RICCARDO TURRINI VITA**

COMITATO DI GARANZIA

**AUGUSTO BALLONI, LUIGI CANCRINI, ADOLFO CERETTI,
SALVATORE CIRIGNOTTA, FRANCESCO DE FAZIO, EMILIO DOLCINI,
LUCIANO EUSEBI, VITTORIO GREVI, MARCELLO MARINARI,
TULLIO PADOVANI, GIOVANNI TAMBURINO, GIOVANNI TINEBRA**

REDATTORE CAPO

GIUSEPPE CAPOCCIA

REDAZIONE

**ASSUNTA BORZACCHIELLO, LAURA CESARIS, DANIELE DE MAGGIO,
LUCIA MARZO, GRAZIANO PUJIA**

AVVERTENZE PER GLI AUTORI

La *Rassegna penitenziaria e criminologica* è pubblicata quadrimestralmente.

La collaborazione è aperta agli studiosi ed esperti di ogni indirizzo e Paese. Sulla pubblicazione di scritti e contributi originali (forniti su supporto informatico in Word e copia cartacea conforme) che, anche se non pubblicati, non saranno restituiti, decide il Comitato di Direzione.

I contributi dovranno contenere nell'ordine: Titolo; Nome (per esteso) e Cognome degli Autori; Qualifica e/o Ente di appartenenza; Sommario comprensivo dei titoli dei paragrafi; Testo con note; Bibliografia.

Per finalità interne alla Redazione, si invitano inoltre gli Autori a fornire un recapito telefonico, postale e di posta elettronica.

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

a) le indicazioni bibliografiche nelle note comprenderanno, nell'ordine suggerito e separate da virgole, le seguenti informazioni:

Autore (Iniziale del nome + Cognome), Titolo ed eventuale Sottotitolo (in corsivo), Luogo di edizione, Casa editrice, Anno di pubblicazione, Pagina/e di riferimento.

Es. : T. Padovani, *L'utopia punitiva*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 66

b) Per opere citate in una nota non immediatamente precedente sarà ripetuto il Cognome dell'Autore e il titolo, seguiti dall'abbreviazione "cit." in tondo, e dal nuovo riferimento alla pagina.

Es. : Padovani, *L'utopia punitiva*, cit., pp. 68-80

c) Se di un Autore è citata sempre la stessa opera, si può ripetere solo il Cognome seguito dall'abbreviazione "*op. cit.*" in corsivo, che sostituisce anche il titolo.

Es.: Padovani, *op. cit.*, p. 70

d) Se un'opera è stata citata nella nota appena precedente, tutti i dati bibliografici che rimangono inalterati possono essere sostituiti dall'abbreviazione "*ibid.*" in corsivo, seguita dai nuovi riferimenti (pagina/e, volume, etc.).

e) Le citazioni di articoli da riviste porteranno in corsivo sia il titolo dell'articolo sia della testata, separati dalla dizione "in" e seguiti dai dati identificativi del fascicolo. La stessa formula si adotterà per la citazione di testi pubblicati in volumi collettivi, per i quali si eviterà - ovunque possibile - l'indicazione AA.VV. (Autori Vari).

Es.: S. Tigano, *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, X, 2-2006

f) Per la Bibliografia finale si seguirà lo stesso criterio di citazione descritto sub a), ordinando l'elenco per l'ordine alfabetico dei Cognomi e citando i Nomi possibilmente per esteso.

Inoltre:

Le parole straniere saranno in corsivo; si userà il segno " " (doppi apici) sia per le citazioni, sia per termini di particolare evidenza.

Eventuali note esplicative o discorsive saranno poste a piè di pagina.

La lunghezza consigliata degli elaborati corrisponde a circa 25 cartelle dattiloscritte (30 righe x 70 caratteri).

SOMMARIO

DOTTRINA E DIBATTITI

S. D'AURIA

*Diritti dell'uomo, crimini contro l'umanità e
Tribunali internazionali pag.* 7

S. ARDITA

Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria » 41

T. GIUGLIANO

*La repressione della tratta di persone: aspetti
penalistici, processuali e penitenziari »* 59

GIURISPRUDENZA

L. CESARIS

*La carenza di motivazione nei provvedimenti
del Tribunale di sorveglianza: la posizione della
Corte di Cassazione »* 105

F. ALBANO

*Affidamento in prova con «funzione retributiva»:
un binomio possibile? »* 115

RECENSIONI

G. CAPOCCIA

A CURA DI CARLO BRUNETTI E CARMELA SAPIA
*Psicologia penitenziaria
E.S.I. 2007 »* 131

DIRITTI DELL'UOMO, CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ E TRIBUNALI INTERNAZIONALI

STEFANO D'AURIA*

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Evoluzione nella storia dell'uomo – dei diritti umani, dei crimini contro l'umanità e delle istituzioni di contrasto ai crimini stessi - 2.1 Dalle origini al Novecento - 2.2 Il Novecento e il processo di Norimberga - 2.3 Il primato della sovranità nei confronti dei diritti umani. Il ruolo fondamentale delle O.N.G. (1946 – 1990) - 2.4 La debolezza degli Stati come causa fondamentale delle violazioni dei diritti umani (1991 – 2007) - 3. I crimini contro l'umanità nella ex Jugoslavia e nel Ruanda - 4. Lo "Statuto di Roma" ed i crimini contro l'umanità - 5. Conclusioni

1. Introduzione

Più volte, nel corso della storia, gruppi di uomini si sono ribellati nei confronti dell'oppressione da parte di poteri politici retrogradi e tirannici per affermare i propri diritti fondamentali: vita, libertà, felicità, responsabilità del proprio destino, ecc.. Parallelamente al progresso, compiuto dall'uomo, nell'affermazione dei suddetti diritti, sono stati presenti nel corso della sua evoluzione, eventi noti come "crimini contro l'umanità" e caratterizzati dalla violazione di quegli stessi diritti.

In giurisprudenza, la locuzione "crimine contro l'umanità" definisce le azioni criminali che riguardano violenze ed abusi contro popoli o parte di popoli, o che comunque siano avvertite, per la loro capacità di suscitare un generale sentimento di riprovazione, come perpetrate in danno dell'intera umanità. I crimini contro l'umanità – dei quali i più usuali sono l'omicidio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione, la tortura, ecc. - sono generalmente distinti dai crimini di guerra e talvolta anche dal genocidio¹. Non

* Criminologo, Università degli Studi "La Sapienza", Roma

¹ Termine ufficialmente "varato" dal giurista polacco Raphael Lemkin nel 1944; esso indica la distruzione di un *genus*, nel significato di stirpe, nazione, razza (Lemkin, 1944: 79-95). Oltre che in guerra può essere perpetrato anche in tempo di pace. La distinzione tra crimini contro l'umanità e genocidio – come verrà analizzato più dettagliatamente in un paragrafo successivo - è ripresa anche dallo Statuto di Roma (1998) che dedicherà l'art. 6 al genocidio, l'art. 7 ai crimini contro l'umanità e l'art. 8 ai crimini di guerra.

tutti gli ordinamenti giuridici prevedono direttamente figure di crimini contro l'umanità, mentre alcuni le prevedono indirettamente, in forma recettizia di trattati internazionali. La fattispecie fu concepita in dottrina dopo la seconda guerra mondiale, con la diffusione delle tematiche relative ai diritti umani, insieme alla formazione di una comune coscienza internazionale circa una comunanza "naturale", congenere, di concezioni riguardo a un comune diritto spettante e virtualmente applicabile a tutti i componenti di tutti i gruppi sociali. Si sostenne l'esistenza di un diritto "congenito" - da intendersi come insieme di regole cogenti, statuenti facoltà e limitazioni dell'arbitrio personale - comune per sua natura a tutti gli esseri umani, indipendentemente dalle varietà socio-culturali esistenti localmente. Taluni crimini, rappresentando una fonte di riprovazione "istintiva" presso tutte le latitudini, sono dunque stati considerati come accorpabili in una nuova categoria di fattispecie, delle quali si presume che qualunque Stato o raggruppamento sociale, di qualunque continente o impronta etica (o religione) o cultura, richiederebbe la sanzione.

2. Evoluzione - nella storia dell'uomo - dei diritti umani, dei crimini contro l'umanità e delle istituzioni di contrasto ai crimini stessi

2.1 Dalle origini al Novecento

La prima storica affermazione dei diritti basilari dell'uomo, di quei "diritti-attributo" che distinguono la persona umana da altri esseri viventi risale alla Rivoluzione Americana e, più precisamente, alla Dichiarazione del 4 luglio 1776 (Carpanetto-Luraghi-Guerri *et al.* 2004: 62), con la quale i cittadini di tredici colonie britanniche stabilivano la loro indipendenza dalla madrepatria. In essa erano ribadite delle verità considerate di per sé evidenti: tutti gli uomini sono creati uguali e vengono dotati dal Creatore di diritti inalienabili come la Vita, la Libertà, la ricerca della Felicità, ecc.. Ogni qualvolta un governo tende a negare queste prerogative, il popolo ha diritto di abolirlo, di mutarlo o di istituirne uno nuovo basato sui principi fondamentali di cui in precedenza e di organizzarne i poteri nella forma che sembri più adatta al popolo per garantire la sua Sicurezza e la sua Felicità.

All'origine di tali convincimenti stava lo spirito della *Magna*

² La "*Magna Carta*" (o più specificamente la *Magna Charta Libertatum*) è la carta delle libertà che il Re inglese John Lackland (Giovanni Senzaterra) fu costretto dai baroni a concedere, firmandola, nel 1215. Rappresenta il primo documento fondamentale

*Charta*² e del *Bill of Rights*³, il pensiero dei giusnaturalisti⁴, la teoria del Contratto Sociale⁵ (Giannantoni, 1985), unitamente a quei fermenti culturali che portarono, il 26 agosto 1789, alla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*⁶ (Carpanetto-Luraghi-Guerri et al., 2004: 202), nella quale la libertà, oltre ad essere un valore cardine nella vita degli uomini, viene definita nella sua essenza e nei suoi limiti⁷.

I diritti *de quibus* vengono comunemente definiti di “prima generazione”, vi sono poi quelli di “seconda generazione”, abbozzati nella Costituzione francese del 1791, evocati in quelle più avanzate del 1793 e del 1848, ma affermati solo nel XX secolo con le Costituzioni degli Stati sociali di diritto e la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo del 1948. La sostanziale differenza tra i diritti di “prima generazione” e quelli di “seconda” (Colombati, 2001-02: 8), consiste nel fatto che, mentre i primi presuppongono un limitato intervento del legislatore, finalizzato a stabilire solo norme di convivenza – come assicurare la libertà di culto, di manifestazione del

per la concessione dei diritti dei cittadini. La sua importanza è dovuta alle diverse innovazioni che conteneva: il divieto per il Sovrano di imporre nuove tasse senza il previo consenso del Parlamento, la garanzia per tutti gli uomini di non poter essere imprigionati senza prima aver sostenuto un regolare processo, ecc..

³ Il “*Bill of Rights*” (la legge dei diritti) e la “*Petition of Rights*” (1628, la Petizione del Diritto) costituiscono, insieme alla “*Magna Charta*” il fondamento costituzionale inglese e un simbolo di svolta nella mentalità giuridica occidentale. Con il *Bill of Rights* (1689, rubricato come *Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown*) si comincia ad affermare un potere monarchico non più assoluto, ma almeno parzialmente controllato dalla volontà del Parlamento. Il monarca non è più *legibus solutus* cioè sciolto, non vincolato, dalla legge.

⁴ Alcuni autori del Seicento e del Settecento – Grozio, Pufendorf, Althusius, Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, ecc. – che, in guise diverse, fanno della nozione di diritto naturale uno dei capisaldi teorici della propria dottrina, richiamandosi a esso per fondare alcuni basilari principi politici e rivendicare alcune fondamentali libertà dell’uomo di fronte all’assolutismo dello Stato.

⁵ Teoria filosofico-politica, propria di alcuni pensatori del Seicento e del Settecento – Locke, Pufendorf, Rousseau, Hobbes, ecc. –, la quale si basa sulla concezione di uno stato primordiale dell’umanità: il cosiddetto “stato di natura” che è concepito, per la verità, in maniera differente dai suddetti filosofi. Per alcuni – Locke, Pufendorf, Rousseau, ecc. – esso si concretizzava in un periodo di prosperità e felicità per l’uomo; per altri – Hobbes, ecc. – era un periodo nel quale l’uomo doveva difendersi dai suoi simili; egli si trovava in un mondo nel quale dominava il più forte e vigeva la massima *homo homini lupus*. Nonostante vi erano visioni differenti, o addirittura opposte, riguardo lo stato iniziale dell’umanità, tali teorici concordavano pienamente sul fatto che – in una fase successiva – la società civile e lo Stato nascevano dal consenso (il cosiddetto “contratto sociale”) di un certo numero di individui.

⁶ La “Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino”, nel pieno della Rivoluzione francese.

⁷ Principio statuito all’Articolo IV della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*.

pensiero, di circolazione, ecc. - i secondi⁸, invece, implicano azioni positive quali la creazioni di strutture come ospedali, scuole, opifici, mense, case, ospizi, ecc..

La storia dei crimini contro l'umanità è ancor più antica di quella riguardante i diritti. Si va dalla strage degli iloti (Colombati, 2001-02: 17) ad opera degli spartani, avvenuta durante la guerra del Peloponneso⁹ (Tucidide, 1996); a quella del 388 d.C., avvenuta a Callinico sull'Eufrate e compiuta dai cristiani ai danni della comunità ebraica; alla crudele repressione della ribellione di Tessalonica¹⁰ (Bernardi-Carpanetto-Bosisio *et al.*, 2004:159), che costò a Teodosio un anno di "digiuno" dai sacramenti, impostogli dal vescovo Ambrogio. Nel 1474 Peter Von Hagenbach, Gran Balivo dell'Alsazia¹¹, fu trascinato in giudizio - da Sigismondo d'Asburgo¹² - per aver esercitato il potere in modo tirannico e crudele provocando in tal modo la ribellione della città di Breisach (De Commynes, 2004: 262, 322). Lo accusarono di aver commesso assassini, stupri, spargiuri ed altri crimini «in violazione alle leggi di Dio e degli uomini» e per tali malefatte fu condannato a morte¹³. Il 20 ottobre 1827, la flotta turco-egiziana viene attaccata senza preavviso e distrutta dalla squadra navale anglo-franco-russa¹⁴ in quanto, il 16 agosto dello stesso anno, il sultano aveva respinto l'*ultimatum* di Francia, Regno Unito e Russia di porre fine alle persecuzioni nei confronti dei greci (Nuraghi-Bariè-Scirocco *et al.*, 2004: 607). Nel 1860-61 vi fu l'intervento militare della Francia¹⁵ che impose al Sultano di concedere l'autonomia al Libano (Nuraghi-Bariè-Scirocco *et al.*, 2004: 653). L'operazione costituì una punizione per i drusi che, con la complicità dell'Impero ottomano, avevano compiuto dei massacri nei confronti della popolazione maronita. Vanno infine considerate le persecuzioni nei confronti degli ebrei¹⁶, la cui storia coincide con quella del popolo stesso.

⁸ Vi sono poi i diritti di "terza" e "quarta generazione": i primi consistono nella solidarietà nello spazio, tra il nord e il sud del mondo, ed i secondi, nella solidarietà nel tempo, come la conservazione dell'ambiente per le generazioni future.

⁹ Conflitto durato quasi trent'anni, dal 431 a.C. al 404 a.C., per l'egemonia in Grecia, con protagoniste Sparta e Atene con le rispettive coalizioni.

¹⁰ Nel 390 d.C., la plebe di Tessalonica si ribellò contro un generale visigoto e lo uccise. Per scongiurare un'altra ribellione dei Visigoti, Teodosio ordinò una punizione esemplare.

¹¹ Fu Carlo il Temerario a concedergli tale carica.

¹² Figlio di Federico IV d'Austria.

¹³ La corte che lo giudicò era formata da 28 giudici, designati da città dell'Alsazia, della Germania e della Svizzera.

¹⁴ Al comando dell'ammiraglio de Rigny.

¹⁵ La potenza europea occupò la Siria - allora regione facente parte dell'Impero ottomano - nel periodo compreso tra l'agosto 1860 e il giugno 1861.

¹⁶ Nel 70 d.C. perdettero lo Stato e l'indipendenza ad opera dei Romani. Subirono

2.2 Il Novecento e il processo di Norimberga

Nel corso del Novecento, il tema dei diritti umani è stato oggetto privilegiato di attenzione da parte, non solo di filosofi, politologi ed utopisti, ma anche di uomini di Stato. Alla fine della Grande Guerra venne istituita una "Commissione sulle responsabilità degli autori della guerra e sull'applicazione delle sanzioni" (Fava, 1996: 17), e nei Trattati di Versailles e di Sèvres furono inserite clausole tendenti a punire: l'imperatore di Germania, Guglielmo II, reo di «gravissima offesa alla moralità internazionale e alla sacralità dei trattati»; i dirigenti turchi responsabili dello sterminio degli Armeni¹⁷ (Lewy, 2006); e, in generale, chi si fosse reso responsabile di gravi *crimina iuris gentium*. Tuttavia tali clausole restarono pressoché lettera morta. Guglielmo II non fu mai processato perché l'Olanda – Paese nel quale si era rifugiato – rifiutò di concedere l'estradizione. I criminali tedeschi, affidati alla giustizia del loro paese, furono assolti o subirono condanne molto miti. Infine, i tre maggiori responsabili dello sterminio degli Armeni furono processati e condannati a morte ma solo in contumacia¹⁸.

È solo con la fine della Seconda Guerra Mondiale che la giustiziabilità dei diritti umani passerà da teoria di diritto internazionale¹⁹ al piano pratico. Fu infatti nell'immediato dopoguerra che si celebrò il "Processo di Norimberga"²⁰ (Mayda, 1996): un evento fondamentale nella storia dei diritti dell'uomo e nella punibilità dei crimini contro l'umanità. Durante il conflitto, soprattutto dopo

successivamente l'intolleranza da parte dei cristiani – con la Prima Crociata e i massacri delle valli del Reno e del Danubio –, dei mussulmani con le leggi discriminatorie nei confronti degli "infedeli" promulgate dal successore di Maometto. Sovente vennero scacciati dai luoghi nei quali erano insediati da tempo e costretti a trasmigrare o ad essere confinati nei "ghetti". Furono loro negati i diritti di cittadinanza sino alla nascita degli Stati Uniti e degli Stati liberali d'Europa. L'Europa cattolica continuava a considerarli un popolo maledetto.

¹⁷ Considerato il primo olocausto del secolo.

¹⁸ Essi però non vissero a lungo dopo la fuga: Taalat Pascià (a Berlino nel 1921) e Giamal (a Tiflis nel 1922) furono giustiziati da fuoriusciti armeni; Enver Pascià morì nel 1922 combattendo, affianco dei ribelli mussulmani, contro i comunisti nel Turchestan; Mehmet Kemal Bey, già governatore di Bogazliyan e di Yozgat, fu invece giudicato da un tribunale turco e condannato a morte il 10 aprile 1919.

¹⁹ Peraltro minoritaria.

²⁰ Il "Processo di Norimberga" è il nome comunemente usato per due distinti gruppi di processi ai nazisti coinvolti nella seconda guerra mondiale e nell'Olocausto. I processi si tennero nella città tedesca di Norimberga dal 20 novembre 1945 all'1 ottobre 1946 nel Palazzo di Giustizia di Norimberga (l'unica corte tedesca abbastanza grande da contenere l'evento che non fosse stata distrutta dai bombardamenti alleati). Fu scelta Norimberga per una serie di motivi: innanzitutto, era stata nominata la città delle "Celebrazioni del partito nazista" e quindi vi era un valore simbolico nel renderla la sede della sconfitta finale del nazional-socialismo; inoltre, il Palazzo di Giustizia, lì presente, era spazioso e praticamente intatto e del complesso faceva parte una

la "Conferenza di Wannsee"²¹, le persecuzioni divennero sterminio pianificato e si sommarono ai numerosi crimini di guerra. La comunità internazionale, finalmente scossa dalle denunce del governo polacco in esilio e delle associazioni israelitiche, soprattutto americane, cominciò a prenderne coscienza. Durante gli incontri di Teheran (1943), Yalta (1945) e Potsdam (1945), le tre principali potenze del tempo - Stati Uniti, Unione Sovietica e Regno Unito²² - si accordarono sul metodo per punire i responsabili dei crimini commessi durante la seconda guerra mondiale. Con l'"Accordo di Londra", sottoscritto l'8 agosto 1945, venne istituito il Tribunale Militare Internazionale²³ (T.M.I.) con lo scopo di processare i principali criminali del nazismo²⁴. Il T.M.I. venne aperto il 18 ottobre 1945, negli edifici della Corte Suprema di Berlino. La prima sessione venne presieduta dal giudice sovietico Nikitchenko²⁵ (Mayda, 1996: 8). I Procuratori presentarono gli atti d'accusa contro i ventiquattro principali criminali di guerra²⁶ e contro sei "organizzazioni

prigione, utile per la custodia degli imputati; infine era convenientemente situata nel territorio americano (allora la Germania era divisa in 4 settori controllati dalle nazioni vincitrici). Il primo e più famoso di questi processi fu quello ai principali criminali di guerra davanti al Tribunale Militare Internazionale (T.M.I.) che giudicò 24 dei più importanti gerarchi nazisti catturati o ancora ritenuti in vita. Il secondo gruppo di processi fu per i criminali di guerra inferiori (tenuto sotto la Legge n. 10 del Consiglio di Controllo) e comprese anche il famoso Processo ai Dottori, ritenuti responsabili di esperimenti umani criminali nei confronti di soggetti inermi. Qualcosa come 200 tedeschi vennero processati a Norimberga; altri 1.600 attraverso i tradizionali canali della giustizia militare.

²¹ Riunione, tenuta a Berlino il 20 gennaio 1942, tra alcuni ministri nazisti - Stuckart, Neumann, Freisler, Buhler - ed esponenti delle S.S. - Heydrich, Eichmann, Hofmann, ecc. - per pianificare la *soluzione finale* (lo sterminio totale) degli ebrei in Europa.

²² Successivamente, anche la Francia riuscì ad inserirsi in questo gruppo.

²³ Si concordò che Berlino sarebbe divenuta la sede permanente del T.M.I. e che il primo processo si sarebbe tenuto a Norimberga. A causa della Guerra Fredda non furono celebrati più processi.

²⁴ Tutti gli Alleati erano concordi nel voler punire i criminali ma non tutti erano d'accordo nel volerli processare. Stalin, il sottosegretario di Stato americano Cordell Hull, il suo collega al tesoro Henry Morgenthau e molto probabilmente il Presidente Roosevelt intendevano affidare i colpevoli direttamente al plotone di esecuzione.

²⁵ Nikitchenko aveva preso parte ai processi spettacolo di Stalin. Questo, negli anni successivi, danneggiò la credibilità del Processo di Norimberga.

²⁶ Tra gli imputati più importanti vi furono: H. Goring, "numero due" della Germania, Ministro dell'Interno della Prussia, Comandante della Luftwaffe (aviazione da guerra tedesca), erede designato di Hitler, personaggio più importante al processo, fu condannato a morte ma la notte prima dell'esecuzione si suicidò; M. Bormann, segretario personale di Hitler e capo della Cancelleria del partito nazional-socialista, fu condannato a morte in contumacia, non fu mai catturato, fu il più grande criminale di guerra rimasto in libertà; H. Frank, governatore della Polonia e ministro della Giustizia del Reich, fu condannato a morte; R. Hess, delfino di Hitler, nel 1941 fuggì in Gran Bretagna in circostanze mai chiarite, fu condannato al carcere a vita; J. Von Ribbentrop, Ministro degli Esteri, fu condannato a morte; ecc..

criminali"²⁷. I capi di imputazione erano quattro: "cospirazione al fine di commettere crimini contro la pace"; "aver pianificato, iniziato e intrapreso delle guerre d'aggressione"; "crimini di guerra"; "crimini contro l'umanità"²⁸.

I crimini contro l'umanità potevano essere perseguiti ma solo se "in connessione" con altri crimini di competenza del T.M.I.. Tuttavia, nella redazione successiva del Regolamento di Attuazione dello Statuto per i Tribunali Militari di Zona²⁹ (T.M.Z.), la connessione con altro crimine di competenza della Corte o con lo stato di guerra sparì dalle condizioni necessarie per la configurazione del reato; la nozione di crimine contro l'umanità venne invece precisata ed allargata: nei fatti tipici vennero inseriti – accanto all'omicidio, allo sterminio, alla riduzione in schiavitù ed alla deportazione – la prigionia, la tortura e lo stupro. Nonostante che, a Norimberga, la categoria dei crimini contro l'umanità avesse svolto solo un ruolo residuale, due dei grandi criminali, Schirach³⁰ e Streicher³¹, «incriminati per più reati, ma riconosciuti dal T.M.I. colpevoli solo di quelli³²» (Colombati, 2001-02: 22), furono condannati: a vent'anni di reclusione il primo, a morte il secondo.

I processi di Norimberga - per quanto presentassero delle "lacune" da un punto di vista procedurale³³ - e quelli di Tokyo³⁴ ebbero

²⁷ Queste sei organizzazioni erano: la leadership del Partito Nazional-socialista, le S.S., le S.D., la Gestapo, le S.A. e l'Alto Comando dell'esercito.

²⁸ Tra questi era presente il "genocidio"; gli altri erano l'omicidio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione, ecc..

²⁹ Redazione compiuta dalla Commissione Interalleata di Controllo nota come Legge n. 10: "Control Council Law No. 10". Quest'ultima fu emanata a Berlino il 20 dicembre 1945, a firma dei generali McNarney (U.S.A.), Koeltz (Francia) e dei Marescialli Montgomery (G.B.) e Zhukov (U.R.S.S.), allo scopo di dare attuazione alle clausole della Dichiarazione di Mosca del 30 ottobre 1943, all'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945 ed allo Statuto ad esso allegato, e per predisporre una base legalmente uniforme in tutta la Germania, al fine di processare i criminali di guerra ed altri criminali simili, diversi da quelli dei quali si stava occupando il T.M.I..

³⁰ Governatore di Vienna. Partecipò alla politica di deportazione degli ebrei e nel 1942 propose a Bormann (altro imputato a Norimberga) di bombardare e distruggere una città inglese come ritorsione per l'attentato nel quale perse la vita Heydrich, organizzato in Gran Bretagna.

³¹ Insegnante elementare. Nel 1923 fondò il settimanale *Der Stürmer* con il quale condusse un'inaudita campagna d'odio antisemita.

³² I crimini contro l'umanità per l'appunto.

³³ Molti giuristi sostennero che si trattasse di un processo dei vincitori nei confronti di una parte la quale aveva commesso un solo crimine: quello di aver perso la guerra. Il processo fu criticato anche per altri motivi: quello di aver violato il "principio di legalità"; inoltre per il fatto che le prove erano state scelte in modo da avvalorare la tesi della colpevolezza, mentre i documenti non favorevoli per gli Alleati furono negati alla difesa o furono occultati.

³⁴ Parallelamente ai processi di Norimberga, furono celebrati i "processi di Tokyo" - fondati su un'ordinanza del generale MacArthur, a differenza di quelli di Norimberga fondati su un accordo internazionale - per i crimini di guerra e contro l'umanità

grande influenza sullo sviluppo del diritto penale internazionale. Diedero il via a movimenti per la pronta costituzione di una corte penale internazionale, che portarono, circa cinquanta anni dopo, all'adozione dello Statuto della Corte Penale Internazionale³⁵.

2.3 Il primato della sovranità nei confronti dei diritti umani. Il ruolo fondamentale delle O.N.G. (1946 - 1990)

Dal 1945 alla fine della "Guerra Fredda" i diritti umani sono rimasti subordinati alla sovranità di Stato, entro la cornice della Carta delle Nazioni Unite³⁶. Gli articoli 2.1 e 2.7 della Carta definivano la sovranità in termini rigorosi di inviolabilità e di non interferenza³⁷.

commessi dai criminali dei Paesi orientali. I processi di Tokio ebbero un eco minore e furono meno documentati rispetto a quelli di Norimberga. Dopo Norimberga e Tokyo non sono stati creati altri tribunali internazionali, fino a quelli istituiti dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite negli anni '90 per giudicare le violazioni dei diritti umani avvenute nella ex Jugoslavia e nel Ruanda.

³⁵ Con la Conferenza di Roma del 1998 come verrà chiarito in un successivo paragrafo.

³⁶ La "Carta delle Nazioni Unite" fu sottoscritta da 51 paesi-membri originari ed adottata per acclamazione a S. Francisco il 26 giugno 1945. Entrata in vigore - e composta da 111 articoli - con il deposito del ventinovesimo strumento di ratifica il 24 ottobre 1945. Ratificata dall'Italia - membro delle O.N.U. dal 1955 - con legge 17 agosto 1957 n. 848 a conclusione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'Organizzazione Internazionale. Con essa i popoli delle Nazioni Unite si ponevano i seguenti obiettivi:

- salvare le future generazioni dal flagello della guerra che, per due volte nel corso del XX secolo ha portato indicibili afflizioni all'umanità;

- riaffermare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nell'eguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne e delle nazioni grandi e piccole;

- creare le condizioni in cui la giustizia ed il rispetto degli obblighi, derivanti dai trattati e dalle altre fonti del diritto internazionale, potevano essere mantenuti;

- promuovere il progresso sociale ed un più elevato tenore di vita in una più ampia libertà.

I Governi dei suddetti Paesi, per mezzo dei loro rappresentanti, riuniti nella città di San Francisco e muniti di pieni poteri riconosciuti in buona e debita forma, concordavano lo Statuto delle Nazioni Unite ed istituivano con ciò un'organizzazione internazionale denominata le Nazioni Unite. Con essa vennero istituiti i principali organi delle Nazioni Unite: l'Assemblea Generale, il Consiglio di Sicurezza, il Consiglio Economico e Sociale, il Consiglio di Amministrazione Fiduciaria, la Corte internazionale di Giustizia ed un Segretariato (art. 7 comma I della Carta).

³⁷ L'enfasi posta, dagli estensori della Carta, sulla "sacralità" della sovranità era dovuta al ricordo di come Hitler avesse manipolato le lamentele dei tedeschi residenti nei Sudeti (Cecoslovacchia). Egli aveva giustificato l'ingerenza - ovvero la distruzione della sovranità ceca - su basi umanitarie, come protezione di una minoranza oppressa da parte di una potenza straniera. Ci si voleva garantire per il futuro da un uomo che potesse emulare il dittatore tedesco. A preoccupare gli estensori era Hitler il guerrafondaio, non Hitler architetto dello sterminio in Europa. Se in cima ai pensieri degli estensori ci fossero stati il genocidio e lo sterminio di massa degli

«Il “divieto di ingerenza”³⁸ interna era perentorio, mentre era permissivo il linguaggio impiegato per spronare gli Stati a promuovere i diritti umani» (Ignatieff, 2005: 66). Gli Stati erano incoraggiati a sostenerli, ma non obbligati a farlo. La Carta fu redatta in un periodo nel quale l'Olocausto e il Terrore rosso³⁹ non rappresentavano i crimini contro l'umanità per eccellenza, ciò che sarebbero diventati negli anni Settanta e Ottanta⁴⁰. I diritti umani ebbero quindi un ruolo subordinato nell'architettura istituzionale del sistema delle Nazioni Unite. Gli organismi dell'O.N.U. – ad esempio la Commissione per i diritti umani – non avevano potere di indagine sul comportamento degli Stati membri, e dopo l'approvazione della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948⁴¹ – «una semplice dichiarazione» (Ignatieff, 2005: 68) – nes-

oppositori politici, essi sarebbero stati forse meno radicali nel vietare l'intervento negli affari interni di uno Stato, e più perentori nel linguaggio scelto per incoraggiare la promozione dei diritti umani.

³⁸ Il “principio di ingerenza umanitaria” – che, attualmente, sta trovando ampio riscontro nel diritto internazionale – consiste nel consentire, entro certi limiti, alla comunità internazionale di interferire negli affari interni di un paese quando si tratta di tutelare i diritti umani della popolazione civile (Caputo, 2004: 2).

³⁹ Sotto tale denominazione vengono raggruppati tutti i crimini contro l'umanità commessi dai regimi socialisti: crimini che, per quantità ed efferatezza, non furono certamente secondari a quelli perpetrati dai vari “fascismi”.

⁴⁰ Questo era dovuto essenzialmente a due fattori: l'effettiva portata criminale del Terrore rosso non era emersa a causa del prestigio coercitivo del comunismo occidentale, il quale impedì che l'Europa facesse i conti con lo stalinismo almeno fino alla dissoluzione dell'eurocomunismo, avvenuta alla metà degli anni Settanta; per quanto riguarda l'Olocausto la situazione è più complessa, essenzialmente i sopravvissuti dai campi di concentramento del III Reich emigrarono verso Israele per dedicarsi alla costruzione del futuro, fu la generazione degli anni Sessanta a riscoprire l'Olocausto parlandone con la generazione dei superstiti.

⁴¹ La “Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo” – composta di 30 articoli – fu adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948. Essa si basava su alcune considerazioni preliminari:

- il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituiva il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo;

- il disconoscimento e il disprezzo dei diritti dell'uomo avevano portato ad atti di barbarie che offendevano la coscienza dell'umanità, e che l'avvento di un mondo in cui gli esseri umani godevano della libertà di parola e di credo e della libertà dal timore e dal bisogno era proclamato come la più alta aspirazione dell'uomo;

- l'indispensabilità della protezione dei diritti dell'uomo da parte di norme giuridiche, al fine di evitare che l'uomo stesso fosse costretto a ricorrere, come ultima istanza, alla ribellione contro la tirannia e l'oppressione;

- l'indispensabilità di promuovere lo sviluppo dei rapporti amichevoli tra le Nazioni;

- la riaffermazione - da parte dei popoli delle Nazioni Unite nello Statuto - della loro fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nell'eguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna, e la promozione del progresso sociale e di un migliore tenore di vita in una maggiore libertà;

- l'impegno a perseguire - da parte degli Stati membri, in cooperazione con le

sun a convenzione formale sui diritti umani fu ratificata fino agli anni Settanta. Tale ruolo marginale dei diritti dell'uomo era dovuto anche al fatto che nessuno schieramento in campo aveva interesse ad incoraggiare un'indagine interna sul proprio comportamento in materia. Gli statunitensi avevano il *Jim Crow*⁴² da celare, i russi la vergogna dei *gulag*⁴³; anche i Paesi emergenti in Asia e in Africa si appoggiarono sulla "non ingerenza" per evitare che dall'esterno si intromettessero nel loro operato – spesso poco chiaro - in patria.

A rompere tale *impasse* ed a fare dei diritti dell'uomo un forte strumento di critica della sovranità nazionale – e della regola della non ingerenza - furono le O.N.G.⁴⁴ e gli altri attori non statali. Nel 1961 fu costituita la prima organizzazione di massa per i diritti umani, *Amnesty International*, e fu l'inizio del grande movimento internazionale che si sarebbe sviluppato nei quaranta anni successivi⁴⁵. Queste O.N.G. si batterono per far comprendere, ai governi dell'Est ed agli altri regimi autoritari, che ciascuna singola vita umana ha diritto a protezione e rispetto. Simultaneamente, a rafforzare il cammino intrapreso, ci furono la riscoperta storica dell'Olocausto e del Terrore rosso. Questo «rinascimento dei diritti umani» (Ignatieff, 2005: 69), negli anni '70, va inquadrato nel generale contesto della distensione e della dipendenza sempre maggiore del blocco sovietico dal commercio e dagli investimenti occidentali. Furono fatte concessioni ai diritti umani in cambio di accesso al libero mercato.

Nazioni Unite - il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali;

- una concezione comune di questi diritti e di queste libertà è della massima importanza per la piena realizzazione di questi impegni.

In base a tali premesse l'Assemblea Generale proclamava la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo come ideale da raggiungersi da tutti i popoli e da tutte le Nazioni, al fine che ogni individuo e ogni organo della società, avendo costantemente presente questa Dichiarazione, si sforzava di promuovere, con l'insegnamento e l'educazione, il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali della persona – in essa affermati - e di garantirne, mediante misure progressive di carattere nazionale e internazionale, l'universale ed effettivo riconoscimento e rispetto tanto fra popoli degli stessi Stati membri, quanto fra quelli dei territori sottoposti alla loro giurisdizione.

⁴² Insieme di leggi segregazioniste – in vigore fino al 1965 - che nel Sud degli Stati Uniti limitavano i diritti degli americani di colore.

⁴³ Campi di concentramento dell'ex Unione Sovietica nei quali venivano rinchiusi gli oppositori politici. Le condizioni di vita al loro interno erano del tutto disumane.

⁴⁴ Organizzazioni non governative (Bettini, 2003: 47,71,72,92).

⁴⁵ Un momento chiave nella storia di questo movimento fu la campagna di liberazione degli ebrei sovietici negli anni Settanta, dalla quale emersero alla fine organizzazioni come *Human Rights Watch*.

Per quanto riguarda i processi per crimini di guerra e contro l'umanità, celebrati in questo periodo, va segnalato quello nei confronti di Eichmann⁴⁶ che rappresentò un caso emblematico di applicazione del "principio della competenza universale"⁴⁷. A procedere fu un tribunale di Tel Aviv, malgrado che, all'epoca dei fatti, lo Stato d'Israele non esistesse ancora e i crimini fossero stati commessi su territorio tedesco – oltre che polacco, russo, ecc. – ai danni di cittadini non israeliani, anche se di razza e religione israelita. La Corte Suprema di Tel Aviv, decidendo sul ricorso Eichmann, affermò la giurisdizione dello Stato d'Israele, argomentando che i crimini contestati all'imputato erano *iuris gentium* e come tali ammettevano la giurisdizione universale⁴⁸.

⁴⁶ Ufficiale delle S.S., tra i maggiori responsabili delle atrocità commesse nei confronti degli Ebrei, giudicato colpevole fu condannato a morte.

⁴⁷ La "giurisdizione (o competenza) universale" è un principio in forza del quale qualsiasi Stato può esercitare la propria giurisdizione sul reo in deroga ai normali criteri della territorialità e della nazionalità del reo o della vittima (Palma, 2004: 2). Tale principio emergeva dalla rielaborazione del "diritto umanitario" – tramite 4 convenzioni e 2 protocolli, nota come "Convenzione di Ginevra" – compiuta a nella città svizzera nel 1949 dalla Conferenza diplomatica e tuttora in vigore. Si trattò del felice esito di un impegno comune, inteso a creare le condizioni di azione più favorevole a protezione di tutte le vittime dei conflitti armati. Sottoscritta dalla quasi totalità degli Stati, conteneva le norme giuridiche minimali di rispetto della persona che cadeva prigioniera del nemico o che, comunque, restava coinvolta in un conflitto armato interno o internazionale. In essa sarà anticipata la regola generale di inderogabilità delle norme imperative di diritto internazionale (*ius cogens*). Tali norme sono state ricordate in alcune importanti sentenze dei tribunali argentini, sia per dichiarare l'incostituzionalità delle leggi di amnistia per i reati commessi durante la dittatura militare – ai sensi dell'art. 29 della loro Carta Fondamentale – sia per perseguire i reati medesimi. Per la verità il principio della "giurisdizione (o competenza) universale" fu già affermato nel 1927 – quindi prima delle Convenzioni di Ginevra del 1949 – dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale. Ci si riferisce al caso *Lotus 7* che vide la Francia soccombere nei confronti della Turchia in una controversia internazionale. Su tale principio si baserà la requisitoria del Procuratore Lord Millet nel caso "Pinochet" (Zuppi, 2001: 13).

⁴⁸ Va posta in evidenza la linea di comportamento – abbastanza singolare – adottata dalla Francia sin dalla metà degli anni Sessanta. Nel 1964, la Germania tentò di "voltare pagina" e "porre una pietra sopra" su quanto avvenuto sino alla primavera del 1945, annunciando che, a partire dall'8 maggio 1965 (allo scadere dei 20 anni), sarebbero stati prescritti tutti i crimini di guerra e contro l'umanità. Il Parlamento francese – per tutta risposta –, il 26 dicembre 1964, votò all'unanimità la legge sull'imprescrittibilità di tali crimini. Nel 1976, la Corte di Cassazione francese stabilì che la legge del 1964 non aveva prodotto una nuova regola, bensì aveva soltanto constatato la naturale esistenza dell'imprescrittibilità per quel particolare tipo di atti criminosi (senza questa precisazione, il principio di irretroattività della legge penale non avrebbe consentito più la persecuzione delle "barbarie" naziste).

2.4 La debolezza degli Stati come causa fondamentale delle violazioni dei diritti umani (1991 – 2007)

Con il crollo dell'Unione Sovietica del 1991, i diritti umani cessarono di essere subordinati al linguaggio della sovranità e divennero la principale sfida alla sua legittimità. Gli elementi che, nel contesto del dopo Guerra fredda, favorirono l'egemonia dei diritti umani furono diversi: la cessazione della rivalità tra le due superpotenze, Stati Uniti ed Unione Sovietica; il consolidamento dell'Unione Europea (U.E.); la diffusione della democrazia e dell'autodeterminazione etnica nell'Europa dell'Est. Le potenze europee – forti della pace al loro interno – si fecero promotrici dei diritti umani all'esterno. Il nuovo Stato russo, desideroso dell'aiuto occidentale e di un "ritorno all'Europa", abbracciò quelle norme di diritto umanitario precedentemente calpestate. I Paesi dell'Est, un tempo soggiogati al dominio sovietico, "ritornarono all'Europa", accogliendo quelle stesse norme nelle loro costituzioni. Le agenzie occidentali di soccorso, le banche internazionali e le organizzazioni dell'O.N.U. erano pronte a fornire aiuti e prestiti alle nazioni in via di sviluppo a condizione che i loro governi si impegnassero al rispetto dei diritti umani ed al soddisfacimento delle nuove esigenze in materia di *governance*⁴⁹ (Oakes-Ash, 2004: 3).

Un altro fondamentale elemento nel raggiungimento dell'importanza dei diritti dell'uomo, comune a tutte le società occidentali, fu l'ascesa al "comando" della generazione degli anni Sessanta – un tempo portatrice di idee anti Vietnam, di cause anti imperialiste, delusa dal marxismo e consapevole dell'importanza etica dell'Olocausto e del Terrore Rosso – che riscopre nei diritti umani una causa redentrice, al di sopra della politica e lontana dai compromessi e dai "lati oscuri" del potere. Giunte alla guida di Stati, di agenzie dell'O.N.U. e di O.N.G., le nuove *élite* si sono impegnate seriamente nella ridefinizione di un tipo di sovranità conforme al rispetto dei diritti dell'uomo. L'idea della sovranità come responsabilità implica che la legittimità di uno Stato dipende dalla misura in cui questo difende i diritti fondamentali dei suoi cittadini. Ciò significa che il diritto dei governi poggia sulla volontà del popolo, di cui

⁴⁹ "Governance" – *gouvernance* in francese – è un termine facente parte del lessico politico. Usato nel francese antico del Duecento come equivalente di "governo" (l'arte e la maniera di governare), entra nell'inglese nel secolo seguente con lo stesso significato. Poi cade in disuso. Il grande ritorno avviene alla fine degli anni Ottanta nei discorsi della Banca mondiale, ripresi dalle altre agenzie di cooperazione, dal Fondo Monetario Internazionale (Fmi) e dal Programma delle Nazioni unite per lo sviluppo (Undp). Con esso si intende la relazione tra Stato, settore privato e società civile e come questa relazione influisce sulla vita dei singoli.

ci si assicura il consenso proteggendone i diritti. Quanto affermato sinora, pur costituendo opinione dominante, è, da un punto di vista pratico, alquanto problematico: innanzitutto, molti regimi autoritari, monarchie e domini basano la propria legittimità, non sul consenso, ma sulla forza o sulla tradizione. Di conseguenza, l'idea della sovranità come responsabilità non è applicabile a tanti Paesi, membri delle Nazioni Unite. Inoltre i corollari dell'idea in questione sono temuti dalla maggioranza degli Stati, anche da quelli democratici: uno Stato che violi sistematicamente i diritti umani dei suoi cittadini perde il diritto di pretendere la loro obbedienza e perde l'immunità da ingerenze esterne. La legittimità etica degli Stati è tuttora secondaria rispetto al reale controllo che questi esercitano sul territorio⁵⁰. «Viene attribuita maggiore rilevanza all'ordine che alla giustizia» (Ignatieff, 2005: 74).

Va ora esaminato il processo di formazione e di frammentazione degli Stati che – a partire dagli anni Novanta – sta sovvertendo l'ordinamento internazionale e il rapporto tra il processo *de quo* ed i diritti umani. Esiste un insieme di “cattivi vicinati” dove gli Stati combattono battaglie perse in partenza contro ribelli, la guerra civile è diventata endemica o l'autorità statale si è dissolta completamente. Queste zone sono: Colombia, Bolivia, Perù e Venezuela; Balcani meridionali: Macedonia, Montenegro e Kosovo; Causaso meridionale: Georgia e Azerbaigian; Africa occidentale: Liberia e Sierra Leone; Africa centrale: Congo; Africa orientale: Sudan e Somalia; Pakistan e Afghanistan; Indonesia; ecc.. Si tratta di una falla che si va allargando sempre di più. Storicamente, tale fase di frammentazione e di formazione ricorda quattro episodi avvenuti in passato: lo smembramento degli imperi europei dopo Versailles, nel 1918; la creazione delle “democrazie popolari”, dopo la vittoria sovietica del 1945; la decolonizzazione del continente asiatico e africano (1945-1960); l'indipendenza degli ex Stati satelliti sovietici dopo il 1991.

Durante queste fasi, il processo dominante era la formazione degli Stati e la dissoluzione di imperi sconfitti o screditati. Attualmente, invece, predominano processi di fissione⁵¹ e disintegrazione⁵². Le ragioni di questa ondata di disintegrazione sono ovvie. Ad esempio, nella ex Jugoslavia, la disintegrazione è stata causata dal

⁵⁰ Anzi, secondo alcune nazioni, promuovere la democrazia e i diritti umani – soprattutto in Stati fragili e giovani, con complesse mescolanze di etnie e religioni – potrebbe in realtà frammentare lo Stato stesso e favorire eventuali secessioni portando ad una disintegrazione del sistema internazionale.

⁵¹ Processo attraverso il quale un nucleo si scinde in due o più frammenti.

⁵² Riduzione in minutissimi frammenti.

fallimento dei precedenti tentativi di unificazione - tra le regioni croate, slovene e serbe - di Versailles (1918) e della democrazia popolare creata da Tito (1945) che repressero l'autodeterminazione dei popoli; ripristinata la democrazia, nel 1990, ciascuna etnia si applicò - espellendo e massacrando le rispettive minoranze - per abolire entrambe le versioni dello Stato federale⁵³. Il crollo dell'Unione Sovietica privò del suo sostegno una serie di Stati dipendenti o satelliti avviandoli allo sgretolamento. In America latina, l'ordinamento statale che si stava consolidando è stato martoriato dall'intromissione della politica estera statunitense in funzione anticomunista: in Cile, con il rovesciamento del regime legittimo di Allende; altrove, con il sostegno a forme violente di controinsurrezione da parte di regimi autoritari da un lato o con l'appoggio ai ribelli di destra dall'altro. In Asia settentrionale, l'Afghanistan è stato lacerato, prima dall'intervento sovietico, poi dal controintervento americano che, entrambi, introdussero armi pesanti in una cultura bellica ancora tribale con risultati catastrofici. Infine, l'Iraq dove un regime tirannico è stato abbattuto da una guerra voluta dagli Stati Uniti che ha portato ad una situazione di disordine, causa di svariate tragedie umane.

Il comune denominatore che si riscontra in tutte le situazioni, precedentemente elencate, è il fallimento dello Stato⁵⁴. Quasi sempre questi processi riguardano le regioni povere del mondo che subiscono le sempre più sfavorevoli ragioni di scambio dell'economia globalizzata. Mentre il mondo sviluppato è salito sul treno della quarta rivoluzione industriale - dei computer, dell'*Information technology* - alcune aree del mondo rimangono bloccate all'ultimo gradino della divisione del lavoro, come produttori primari. Laddove si disintegra l'ordine statale, anche le infrastrutture economiche di base iniziano a decadere aprendo dei varchi a gruppi etnici armati, banditi e guerriglieri che si servono della violenza per sottomettere il popolo e per estorcere il poco che è rimasto. I governi indeboliti intraprendono tentativi, sempre più grossolani, fondati sul terrore, per riportare il popolo all'obbedienza; i ribelli a loro volta mettono in atto forme di controterrore per demoralizzare forze governative e reprimere i civili. Spesso tale processo di fissione statale si diffonde al di là dei confini dello Stato in questione, per il flusso dei rifugiati oltrefrontiera e perché gli insorti stabiliscono le loro basi nelle aree di confine. Si diffondono in tal modo catastrofi umanitarie a grappolo: allontanamento forzato della popolazione, massacro etnico o religioso, genocidio, banditismo endemico, ri-

⁵³ Quella di Versailles (1918) e quella di Tito (1945).

⁵⁴ Gli anglosassoni parlano di *Failed States* (Stati falliti o in via di fallimento).

duzione in schiavitù e/o arruolamento forzato di bambini soldato. Attualmente i luoghi più pericolosi al mondo sono quelli dove il potere statale non è troppo, ma troppo poco. I problemi relativi alla difesa dei diritti umani, nel XXI secolo, nascono più dall'anarchia che dalla tirannide

L'attenzione va ora spostata alle due più grandi tragedie umanitarie degli anni Novanta - i massacri avvenuti nella ex Jugoslavia e nel Ruanda - ed ai tentativi di rendere giustizia dei tanti crimini perpetrati in tali territori.

3. I crimini contro l'umanità nella ex Jugoslavia e nel Ruanda

Con la morte di Tito (1980) inizia il processo di smembramento delle Repubbliche, che costituiscono la Federazione iugoslava. La dissoluzione avviene attraverso gli strumenti delle elezioni - i famosi *referendum* per l'indipendenza - e con tante guerre. Mentre l'O.N.U. manda le proprie truppe, l'Europa - riconoscendo alcuni Stati indipendenti - svolge un ruolo attivo nella crisi. L'obiettivo dei movimenti di secessione è di creare Stati monoetnici. Fin dall'inizio della guerra nella ex Repubblica Federale Iugoslava, nel 1991, hanno avuto vasta risonanza orrori e crimini compiuti in modo non episodico. Massacri, "pulizia etnica", stupri, "sparizioni", trasferimenti forzati hanno colpito la popolazione civile in varie zone del Paese, mentre anche i soldati fatti prigionieri subivano spesso trattamenti disumani in campi di prigionia. «Dopo il primo anno di guerra si parlava già di più di 200.000 civili e militari uccisi, almeno 20.000 donne stuprate, migliaia di persone sottoposte a tortura in centri di detenzione, centinaia di campi di prigionia, più di due milioni di civili costretti a lasciare le proprie case e villaggi» (Villone, 2004: 1). Il Consiglio di Sicurezza dell'O.N.U. - sulla base dei rapporti del segretario generale e di un'apposita Commissione di esperti internazionali incaricata di indagare - ha accertato l'esistenza di massicce violazioni dei diritti umani ed ha ritenuto fondamentale creare uno strumento per la punizione dei responsabili, con due scopi: fare giustizia e scoraggiare altri dal commettere ulteriori analoghe atrocità. Il 25 maggio 1993, con la risoluzione 827, ha dunque approvato l'istituzione di un "Tribunale per la punizione degli individui responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nel territorio della ex Jugoslavia a partire dal 1991" (ICTY⁵⁵), oltre allo Statuto per il funzionamento

⁵⁵ *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations*

del Tribunale stesso⁵⁶. Si è trattato di una decisione innovativa⁵⁷, ripetuta l'anno successivo per il Ruanda.

Dal 7 aprile 1994 al giugno dello stesso anno, in Ruanda, si è perpetrato uno dei più sanguinosi crimini umanitari che la storia dell'uomo abbia conosciuto. Per secoli tre gruppi etnici diversi hanno pacificamente convissuto in Ruanda: i *tutsi*, gli *hutu* e i meno numerosi *twā*⁵⁸. Il Paese africano – dapprima, colonizzato dai tedeschi (fine '800 – 1916) ed, in seguito, dai belgi (1916 – 1945) – divenne, dopo la seconda guerra mondiale e fino al 1962, anno della sua indipendenza, protettorato delle Nazioni Unite, rappresentato da un re *tutsi* (re Kigeri V), sotto il governo del Belgio. Il re, che di fatto controllava il Paese, iniziò una politica di discriminazione razziale nei confronti degli *hutu* ed in favore dei *tutsi*⁵⁹. Col tempo, gli *hutu* hanno incominciato a far sentire il loro peso, costringendo – alla fine degli anni Cinquanta – Kigeri V ed altri *tutsi* ad emigrare in Uganda; fu allora che iniziarono i primi episodi di violenza. Nei primi anni Novanta, le truppe del *Rwandan Patriotic Front* (RPF) hanno invaso il Paese con conseguente aumento della tensione tra le due etnie. Il 6 aprile 1994, l'aereo sul quale viaggiava Juvenal Habyarimana⁶⁰ è stato abbattuto e, il giorno successivo, è iniziato il genocidio⁶¹ dei *tutsi*, accusati dalla maggioranza *hutu* di essere responsabili dell'accaduto. Circa un milione di *tutsi* sono stati stermi-

of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991; con sede all'Aia in Olanda. È conosciuto anche con la sigla "T.P.I.Y." (Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia).

⁵⁶ Nel settembre 1993, l'Assemblea Generale dell'O.N.U. procedeva all'elezione degli 11 giudici previsti dallo Statuto del Tribunale per i primi 4 anni di attività, sulla base di una lista di 23 candidati preparata dal Consiglio di Sicurezza. Competenza ed esperienza nel campo penale e internazionale, imparzialità, elevata moralità e integrità sono i requisiti richiesti ai candidati. Fra gli 11 eletti non possono esservi giudici con la medesima nazionalità, per eliminare l'eventuale dubbio sulla possibilità di influenza da parte di uno Stato sulle decisioni del Tribunale, che deve essere autonomo e indipendente. Il primo Presidente del Tribunale per i crimini nella ex Jugoslavia fu l'italiano Antonio Cassese.

⁵⁷ L'unico precedente nel campo della giustizia internazionale era infatti costituito dai Tribunali di Norimberga e di Tokyo. Si veda a tal proposito quanto affermato nel paragrafo 2.2.

⁵⁸ I *twā* sono noti anche *Batwa*.

⁵⁹ I *tutsi* erano in netta minoranza come numero, circa un decimo degli *hutu*. Gli *hutu* erano penalizzati soprattutto dal punto di vista dei diritti di impiego nel settore pubblico.

⁶⁰ Presidente *hutu* dopo il colpo di stato avvenuto nel 1973.

⁶¹ Dopo la seconda guerra mondiale si sono verificati due genocidi: uno è quello avvenuto in Ruanda nel 1994, l'altro è quello avvenuto in Cambogia, iniziato nel 1976. Ottenuta l'indipendenza nel 1953, la Cambogia è uno stato monarchico fino al 1970, anno in cui un *golpe* porta al potere una giunta militare filoamericana. La Cambogia viene trascinata nel conflitto tra americani e vietnamiti, schierandosi con i primi. Nelle regioni montagnose, nasce l'esercito dei *Khmer* rossi, formazione marxista sostenuta dalla Cina. Li guida Pol Pot, giovane maoista, formatosi a Parigi. Nel 1970

nati, senza distinzioni tra uomini, donne e bambini⁶². La comunità internazionale – che ha grandi responsabilità sui gravi crimini avvenuti in quanto non ha prestato loro la dovuta attenzione⁶³ – inviò un piccolo contingente di pace delle Nazioni Unite di circa 2.400 unità, ridotto successivamente a 500. Di fronte a questa drammatica situazione, l'8 ottobre 1994, il Consiglio di Sicurezza dell'O.N.U. istituì, con la risoluzione 955, il Tribunale Internazionale per il Ruanda (I.C.T.R.⁶⁴) per perseguire i gravi crimini perpetrati.

I crimini contro l'umanità, previsti dagli Statuti dei tribunali *ad hoc* (ICTY ed ICTR), sono identici in entrambi. Essi coincidono con quelli contenuti nella "Legge n. 10"⁶⁵: sono stati però attualizzati in relazione alle circostanze specifiche proprie ai due conflitti. Eccone l'elenco: omicidio; sterminio; riduzione in schiavitù; espulsione (deportazione); prigionia; tortura; violenza; persecuzione per ragioni politiche razziali e religiose; altri atti disumani. Nei due Statuti sono anche previsti i crimini di genocidio, i crimini di

sono appena 5.000, male armati e male addestrati. Nonostante ciò, cinque anni dopo controlleranno tutto il Paese. Pol Pot vuole trasformare la Cambogia in un'immensa comune agricola. Tutta la popolazione viene deportata nelle campagne per lavorare i campi. I bambini vengono separati dai genitori, le scuole sono chiuse, il denaro viene abolito. Impossibile scrivere o telefonare all'estero. I templi buddisti vengono rasi al suolo. La Cambogia diviene un enorme campo di concentramento. Tra il 1975 e il 1979, i *Khmer rossi* uccidono due milioni di cambogiani – soprattutto intellettuali, borghesi, monaci buddisti, ecc. – su una popolazione che ne contava al massimo otto. A porre fine ai genocidi – purtroppo tardivamente – in Ruanda ed in Cambogia sono state forze militari dislocate nelle vicinanze, rispettivamente l'RPF di stanza in Uganda nel primo caso e l'esercito vietnamita nel secondo.

⁶² Nel massacro sono stati coinvolti tra le vittime anche degli *hutu* moderati o legati da vincoli di parentela con persone di etnia *tutsi*.

⁶³ Non è un caso che il conflitto si concluse appena i *media* posero la loro attenzione sulla questione ruandese. Nel giugno 1994, l'RPF riuscì a porre fine ai massacri, ma non senza ricorrere alla violenza, e prese il controllo del Ruanda. Oltre 2 milioni di *hutu* fuggirono nei Paesi limitrofi, soprattutto nello Zaire; qui, gli estremisti *hutu* si organizzarono in campi di addestramento per ritornare a combattere in Ruanda contro i *tutsi*. Gli scontri proseguirono – al confine tra Ruanda e Zaire – fino al 1996, anno in cui le milizie *tutsi* invadono lo Zaire per riportare i rifugiati in Ruanda. Il conflitto, poco noto in occidente, termina nel 2002 e provoca centinaia di migliaia di vittime. Attualmente in Ruanda, al governo, ci sono i *Tutsi* con Paul Kagame. La situazione è drammatica: l'odio tra le due etnie è ancora vivo; il *virus* dell'Aids è diventato una calamità; infine, la situazione economica non è rassicurante, il settore agricolo (il principale del Paese) è in crisi a causa della densità demografica in aumento.

⁶⁴ *International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Ruanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994*; con sede ad Arusha in Tanzania. È conosciuto anche con la sigla "T.P.I.R." (Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda).

⁶⁵ "Control Council Law No. 10". Si veda a tal proposito la nota n. 29.

guerra e i crimini previsti dalle Convenzioni di Ginevra del 1949⁶⁶. «Si tratta di una stratificazione di norme, nate in contesti differenti e in momenti successivi che, lungi dal rispondere al requisito della sufficiente determinatezza, apre più ampi margini di arbitrarietà» (Colombati, 2001-02: 29). Elemento comune ai due Statuti è il soggetto passivo del reato: la popolazione civile. Differisce la tipizzazione degli eventi: «durante un conflitto armato internazionale o interno»⁶⁷, in un caso, «nel quadro di un attacco generalizzato e sistematico»⁶⁸, nell'altro. Nel soggetto attivo è richiesto dolo generico per i crimini di competenza dell'ICTY, specifico, per quelli di competenza dell'ICTR. Nello Statuto dell'ICTY, affinché si realizzi un crimine contro l'umanità, occorre, come per il genocidio, che gli autori esercitino un potere sui luoghi; potere legittimo, derivante dal possesso della qualità di agenti dello Stato, o solo reale, derivante dall'esercizio *de facto* del controllo del territorio.

I tribunali *ad hoc* - per i crimini commessi nella ex Jugoslavia e nel Ruanda - segnano la ripresa, dalla fine della Guerra fredda, del cammino verso una giurisdizione penale internazionale per le atrocità più gravi perpetrate nei confronti dell'umanità. «Questi tribunali *ad hoc* hanno giudicato poche cause, pervenendo finora solo a una manciata di condanne» (Bindman, 2005: 168). Richard Goldstone, giudice della Corte costituzionale sudafricana e primo procuratore di entrambi i tribunali, ritiene che finora il loro risultato principale sia stato quello di dimostrare che una corte composta e servita da avvocati di ogni continente e ordinamento giuridico fosse in grado di lavorare congiuntamente e di amministrare equamente la giustizia (Goldstone, 2000: 123). Entrambi i tribunali sono riusciti a procedere nei confronti degli ex capi di governo, principali artefici politici delle atrocità commesse mentre erano al potere: Jean Kambanda⁶⁹ in Ruanda e Slobodan Milosevic⁷⁰ nella

⁶⁶ Si veda a tal proposito la nota n. 47.

⁶⁷ Statuto dell'I.C.T.Y., *Artiche 5 Crimes contre l'humanité*.

⁶⁸ Statuto dell'I.C.T.R., *Artiche 3 Crimes contre l'humanité*.

⁶⁹ Il processo a Kambanda - ex primo ministro del Ruanda, arrestato a Nairobi il 18 luglio 1997 - iniziò l'1 maggio 1998 e si concluse il 4 settembre dello stesso anno. Kambanda fu riconosciuto colpevole di genocidio - il primo ad essere condannato per "genocidio" dal 1948 - e crimini contro l'umanità. Si dichiarò colpevole secondo le accuse, e fu condannato all'ergastolo. Successivamente, ricusò le sue confessioni e presentò ricorso - presso la camera d'appello dell'ICTR - che fu respinto il 19 settembre 2000. Dal 9 dicembre 2001, l'ex premier sta scontando la sua pena nel penitenziario di Bamako, nel Mali.

⁷⁰ Conseguentemente alla sconfitta elettorale del settembre 2000, Milosevic fu dapprima arrestato in Serbia per accuse non collegate ai crimini contro l'umanità. L'ex presidente della Serbia - dopo un prestito di diversi miliardi di dollari al neo governo serbo, posto come condizione per la sua consegna all'ICTY - fu estradato per sostenere il processo all'Aia con le accuse di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di

ex Jugoslavia. Si spera – che con la cattura dei principali *leader* dei massacri in questione – vengano messe a tacere le critiche iniziali, che vertevano sull'incapacità dei due tribunali *ad hoc* di garantire l'arresto e la presenza degli imputati, con il conseguente rischio di una selezione casuale degli stessi: i "perseguiti" sarebbero i più raggiungibili e non coloro che si sono macchiati delle colpe maggiori. La consegna di Milosevic ha dato all'ICTY «una risonanza di cui c'era un enorme bisogno: arrivava finalmente il "pesce grosso" delle guerre iugoslave, non solo i pesci piccoli accusati di singole atrocità» (Black, 2001: 5). I tribunali in questione – come molte istituzioni internazionali – sono stati ridimensionati per le scarse risorse a disposizione dell'ONU, oltre a problemi logistici e ritardi burocratici. L'operato di una corte internazionale dipende necessariamente dal cooperare degli Stati nei quali si trovano i presunti criminali. Qualche volta capita che i Paesi in questione non collaborino, rifiutando di consegnare gli autori dei delitti *de quibus*; in tali casi non si può sempre ricorrere alla forza militare per indurli alla consegna. Il giudice Goldstone criticò duramente il rifiuto, da parte della NATO, di procedere all'arresto di coloro che erano stati accusati dal Tribunale per la ex Jugoslavia; ci si riferisce in particolare a Mladic e Karadzic⁷¹ (Goldstone, 2000: 116). In Ruanda, invece, si ebbe il problema opposto: il nuovo governo del Paese era impaziente nel processare i responsabili per conto proprio. Si

guerra. Si presentò personalmente, per la prima volta davanti alla corte, il 3 luglio 2001, contestando la legittimità del tribunale che lo stava giudicando. Milosevic è morto l'11 marzo 2006 a causa di complicanze cardiache mentre il processo nei suoi confronti era in corso di svolgimento. Il corpo del dittatore è stato trovato privo di vita nella sua cella nel centro di detenzione delle Nazioni Unite presso il Tribunale Penale Internazionale dell'Aja.

⁷¹ Ratko Mladic e Radovan Karadzic, ex *leader* politico-militari dei serbi di Bosnia-Erzegovina, sono i due principali ricercati (dall'ICTY) per crimini di guerra – oltre che per genocidio e crimini contro l'umanità – compiuti nella ex Jugoslavia. La loro latitanza dura da oltre dieci anni. Sono considerati i massimi responsabili dell'"eccidio di Srebrenica" – avvenuto nel luglio 1995 e considerato il più grave massacro avvenuto in Europa dopo la seconda guerra mondiale – commesso con l'intento di distruggere in parte la comunità bosniaco musulmana della Bosnia-Erzegovina; secondo fonti ufficiali, le vittime dell'eccidio – riconosciuto dalla Corte Internazionale di Giustizia dell'Aja, principale organo giurisdizionale dell'ONU, come un genocidio – furono 7.800, sebbene alcune associazioni per gli scomparsi e le famiglie delle vittime affermino che furono oltre 10.000. Il governo di Belgrado ha rinnovato di recente l'impegno a prestare la massima collaborazione alla giustizia internazionale per la cattura di Mladic e Karadzic, preconditione necessaria per l'avvicinamento della Serbia-Montenegro all'Unione Europea. Analoghe rassicurazioni sono state date anche dalle autorità della Repubblica serba di Bosnia. Rimane comunque un mistero i luoghi dove i due criminali possano essere nascosti: si è parlato di un monastero in Montenegro, di protezioni nella stessa Repubblica serba di Bosnia o, ancora, di eventuali covi in Serbia; si è addirittura ipotizzato che il generale Mladic possa aver trovato asilo in un banale appartamento nel grande ed anonimo quartiere dormitorio belgradese di Novi Beograd.

oppose quindi al tribunale internazionale in quanto temeva che questo avrebbe emanato meno condanne, e/o più miti, di quanto il governo⁷² ritenesse appropriato. Inoltre l'ICTR non poteva applicare la pena di morte, consentita invece dalla legge del Ruanda. In seguito, per fortuna, le due istituzioni – il tribunale internazionale ed il governo ruandese – hanno collaborato attivamente.

I tribunali per i crimini commessi nella ex Jugoslavia e nel Ruanda⁷³ rappresentano le premesse più importanti per il raggiungimento di una Corte penale internazionale "permanente" che possa punire le violazioni dei diritti fondamentali dell'umanità. Obiettivo raggiunto con lo Statuto di Roma (1998) con il quale è stata istituita l'*International Criminal Court* (I.C.C.⁷⁴).

4. Lo "Statuto di Roma" ed i crimini contro l'umanità

La Conferenza delle Nazioni Unite svoltasi a Roma, tra il 15 giugno e il 17 luglio del 1998, ha rappresentato una tappa "storica" della componente politica e giuridica di quel processo umano, caratterizzato dalla consapevolezza della necessità di non lasciare impuniti quanti si rendano responsabili di aberrazioni tali da privare di significato i valori più elementari e ad un tempo più essenziali dell'individuo e della società.

L'art. 5⁷⁵ dello Statuto istitutivo dell'ICC afferma che la competenza della Corte - limitata alle atrocità più gravi, motivo di allarme per l'intera comunità internazionale – riguarda i seguenti crimini:

- a) genocidio⁷⁶;
- b) crimini contro l'umanità;
- c) crimini di guerra⁷⁷;

⁷² E probabilmente anche il popolo ruandese.

⁷³ Oltre, ovviamente, al tribunale di Norimberga. I tribunali per i crimini nella ex Jugoslavia e nel Ruanda rappresentano comunque un'evoluzione del T.M.I.

⁷⁴ Nota anche con la sigla "T.P.I.P." (Tribunale Penale Internazionale Permanente) con sede all'Aja nei Paesi Bassi (art. 3 Statuto istitutivo ICC – Sede della Corte).

⁷⁵ Art. 5 (Crimini di competenza della Corte) dello statuto istitutivo dell'ICC.

⁷⁶ Definito dall'art. 6 dello Statuto di Roma: «Ai fini del presente Statuto, per "crimine di genocidio" s'intende uno dei seguenti atti commessi nell'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, e precisamente: a) uccidere membri del gruppo; b) cagionare gravi lesioni all'integrità fisica o psichica di persone appartenenti al gruppo; c) sottoporre deliberatamente persone appartenenti al gruppo a condizioni di vita tali da comportare la distruzione fisica, totale o parziale, del gruppo stesso; d) imporre misure volte ad impedire le nascite in seno al gruppo; e) trasferire con la forza bambini appartenenti al gruppo ad un gruppo diverso».

⁷⁷ Sono definiti dall'art. 8 dello Statuto di Roma:

«1. La Corte ha competenza a giudicare sui crimini di guerra, in particolare quando commessi come parte di un piano o di un disegno politico, o come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala.

d) crimine di aggressione⁷⁸.

Fermo restando che le quattro forme di crimini sopra elencati

2. Agli effetti dello Statuto, si intende per "crimini di guerra": a) gravi violazioni della Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949, vale a dire uno dei seguenti atti posti in essere contro persone o beni protetti dalle norme delle Convenzioni di Ginevra: I) omicidio volontario; II) tortura o trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici; III) cagionare volontariamente grandi sofferenze o gravi lesioni all'integrità fisica o alla salute; ecc.; b) Altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili, all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale, nei conflitti armati internazionali, vale a dire uno dei seguenti atti: I) dirigere deliberatamente attacchi contro popolazioni civili in quanto tali o contro civili che non prendano direttamente parte alle ostilità; II) dirigere deliberatamente attacchi contro proprietà civili e cioè proprietà che non siano obiettivi militari; III) dirigere deliberatamente attacchi contro personale, installazioni materiale, unità o veicoli utilizzati nell'ambito di una missione di soccorso umanitario o di mantenimento della pace in conformità della Carta delle Nazioni Unite, nella misura in cui gli stessi abbiano diritto alla protezione accordata ai civili ed alle proprietà civili preveduto dal diritto internazionale dei conflitti armati; ecc.; c) In ipotesi di conflitto armato non di carattere internazionale, gravi violazioni dell'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, vale a dire uno degli atti di seguito enumerati, commessi contro coloro che non partecipano direttamente alle ostilità, ivi compresi i membri delle Forze Armate che hanno deposto le armi e coloro che non sono in grado di combattere per malattia, ferite, stato di detenzione o per qualsiasi altra causa: I) Atti di violenza contro la vita e l'integrità della persona, in particolare tutte le forme di omicidio, le mutilazioni, i trattamenti crudeli e la tortura; II) violare la dignità personale, in particolare trattamenti umilianti e degradanti; III) prendere ostaggi; ecc.; d) Il capoverso c) del paragrafo 2 si applica ai conflitti armati non di carattere internazionale e non si applica quindi a situazioni interne di disordine e tensione quali sommosse o atti di violenza sporadici o isolati di natura analoga; e) Altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili, all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale, nei conflitti armati non di carattere internazionale, vale a dire uno dei seguenti atti: I) dirigere deliberatamente attacchi contro popolazioni civili in quanto tali o contro civili che non prendano direttamente parte alle ostilità; II) dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici materiali, personale ed unità e mezzi di trasporto sanitari, che usino in conformità con il diritto internazionale gli emblemi distintivi preveduti dalle Convenzioni di Ginevra; III) dirigere deliberatamente attacchi contro personale, installazioni, materiale, unità o veicoli utilizzati nell'ambito di una missione di soccorso umanitario o di mantenimento della pace in conformità della Corte delle Nazioni Unite, nella misura in cui gli stessi abbiano diritto alla protezione accordata ai civili ed alle proprietà civili previste dal diritto internazionale dei conflitti armati; ecc.; f) Il capoverso e) del paragrafo 2 si applica ai conflitti armati non di carattere internazionale e pertanto non si applica alle situazioni di tensione e di disordine interne, quali sommosse o atti di violenza isolati e sporadici ed altri atti analoghi. Si applica ai conflitti armati che si verificano nel territorio di uno Stato ove si svolga un prolungato conflitto armato tra le forze armate governative e gruppi armati organizzati, o tra tali gruppi.

3. Nulla di quanto contenuto nelle disposizioni del paragrafo 2, capoversi c) e d) può avere incidenza sulle responsabilità dei governi di mantenere o ristabilire l'ordine pubblico all'interno dello Stato o di difendere l'unità e l'integrità territoriale dello Stato con ogni mezzo legittimo».

⁷⁸ La Corte eserciterà il proprio potere giurisdizionale sul "crimine di aggressione" successivamente all'adozione, in conformità agli articoli 121 (Emendamenti) e 123 (Revisione dello Statuto) dello Statuto di Roma, della disposizione che definirà tale crimine e stabilirà le condizioni alle quali la Corte potrà esercitare il proprio potere giurisdizionale su tale crimine. Tale norma dovrà essere compatibile con le disposizioni in materia della Carta delle Nazioni Unite.

rientrano tutte nella categoria dei crimini contro l'umanità in senso lato, in quanto il soggetto passivo del reato (la vittima) è sempre l'uomo, colpito nei suoi diritti fondamentali.

Una delle principali conquiste della Conferenza di Roma, sotto il profilo del diritto sostanziale, è stata sicuramente la definizione dei "crimini contro l'umanità", posta all'art. 7 dello Statuto istitutivo dell'ICC⁷⁹. Innanzitutto, la prima e più netta differenza tra la definizione dello Statuto dell'ICC e le principali che l'hanno preceduta⁸⁰, riposa nella circostanza che essa non si connota come definizione "imposta" - vuoi dai vincitori del secondo conflitto mondiale, vuoi dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite - bensì come il risultato di una negoziazione, e poi di un accordo multilaterale, che hanno coinvolto 160 Stati sovrani. Il suddetto art. 7 si articola in due parti: il cosiddetto *chapeau* e l'elenco dei singoli crimini. La prima parte - nella quale è chiarito che l'essenza di ogni crimine contro l'umanità è un "attacco contro popolazioni civili"⁸¹ - è principalmente destinata a specificare in presenza di quali elementi, la consumazione delle condotte, elencate nella seconda parte, costituisce crimine contro l'umanità. Tali elementi, noti come *threshold*⁸² *test*, sono quattro:

- a) l'irrelevanza della connessione con un conflitto armato;
- b) la non necessità di un'"intenzione discriminatoria" per tutti i crimini contro l'umanità;
- c) il carattere alternativo e non concorrente dei criteri *widespread* e *systematic*;
- d) la *Mens rea*.

Una delle questioni più controverse, in sede di definizione dei crimini in discussione, riguardava la necessità di una loro connessione ad un conflitto armato. Alla fine è prevalso l'orientamento che considera non necessario alcun nesso con qualsiasi tipo di conflitto ammettendo, quindi, che crimini contro l'umanità possano

⁷⁹ International Criminal Court: Corte Penale Internazionale. Essa non è un organo delle Nazioni Unite, né appartiene al sistema delle Nazioni Unite.

⁸⁰ Si fa riferimento qui all'art. 6 lett. C) della Carta di Norimberga e agli artt. 5 e 3, rispettivamente, dello Statuto dell'ICTY e dell'ICTR.

⁸¹ La prima parte (lo *chapeau*) testualmente riporta: «Ai fini del presente Statuto, per crimine contro l'umanità s'intende uno degli atti di seguito elencati, se commesso nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza dell'attacco». Il paragrafo 2 al punto a), sempre dell'art. 7 dello Statuto istitutivo dell'ICC, chiarisce che per "attacco diretto contro popolazioni civili" si intende quelle «condotte che implicano la reiterata commissione di taluno degli atti previsti al paragrafo 1 (omicidio, sterminio, ecc.) contro popolazioni civili, in attuazione o in esecuzione del disegno politico di uno Stato o di una organizzazione, diretto a realizzare l'attacco stesso».

⁸² Soglia.

essere commessi tanto in tempo di guerra, anche civile, quanto in tempo di pace. Un'altra questione, non meno controversa rispetto alla precedente, ha riguardato «il se tutti i crimini contro l'umanità richiedano un elemento di discriminazione» (Ferrari, 2003: 3): se essi, quindi, debbano essere commessi necessariamente per motivi politici, nazionali, etnici, razziali, religiosi ecc.⁸³. Nel merito, tutte le delegazioni erano d'accordo nel sostenere la necessità di tale elemento per la sola "persecuzione"⁸⁴, essendo la discriminazione l'essenza stessa di tale crimine. Per le altre fattispecie criminose, l'"intenzione discriminatoria" è stata ritenuta non necessaria. Se dovesse tentarsi un'approssimativa gerarchia delle questioni controverse in seno alla Conferenza di Roma, indubbiamente la disputa - riguardante il punto c) del *threshold test* (Lee, 1999: 91)⁸⁵ - si collocherebbe, seppure non isolata, al vertice della stessa. Le delegazioni presenti hanno innanzitutto deciso di adottare due termini particolarmente familiari alla giurisprudenza, nonché a diverse altre fonti, e precisamente: *widespread* e *systematic*, laddove il primo allude ad un'azione su larga scala coinvolgente un elevato numero di vittime, mentre il secondo richiede un elevato grado di concertazione e pianificazione metodica⁸⁶. La questione più controversa e discussa ha riguardato il carattere alternativo o concorrente di tali qualificazioni. Una parte consistente di coloro che partecipavano alla Conferenza sosteneva, con particolare vigore, il carattere alternativo dei suddetti criteri, ritenendolo acquisito in virtù di specifici e rilevanti "precedenti"⁸⁷ allo stesso diritto consuetudinario. Sul

⁸³ Tra le delegazioni che si sono distinte nel sostenere questa posizione, preme ricordare in particolare quella francese.

⁸⁴ Questo fu l'orientamento dominante anche nell'interpretazione della Carta di Norimberga.

⁸⁵ Su tale punto, si può constatare il ruolo decisivo, "costituente", svolto dalla giurisprudenza dell'ICTY e dell'ICTR, che affrontando, in particolare nei casi *Tadic* (ICTY) ed *Akayesu* (ICTR) simili, specifiche questioni, hanno largamente anticipato, in maniera diretta o indiretta, la normazione di Roma, andando spesso al di là della loro stessa "legge" istitutiva.

⁸⁶ Il significato di tali termini è stato discusso in *Prosecutor v. Akayesu, Judgement*, case No. ICTR-96-4-T, 2 sept, 1998 (disponibile sul sito internet: www.un.org/ict) nel cui contesto i giudici hanno statuito che «the concept of widespread may be defined as massive, frequent, large-scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims. The concept of systematic may be defined as thoroughly organized and following a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources». Si può consultare, per maggiori chiarimenti, anche il rapporto dell'ILC (Commissione di diritto internazionale dell'O.N.U.) del 1996, par. 94-96 e l'*opinion and judgement* sul caso *Tadic*, par. 648.

⁸⁷ Tra questi l'art. 3 dello statuto dell'ICTR il quale espressamente richiede che gli atti inumani siano commessi «as a part of widespread or systematic attack against any civilian population»; ancora il giudizio sul caso *Tadic* dell'ICTY nel quale si legge che «in addition to the Report of the Secretary General numerous other sources support the conclusion that the wide spreadness and systematicity are alternative»; ecc..

versante opposto diverse delegazioni, incluse quelle di alcuni membri permanenti del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e di numerosi paesi arabi ed asiatici, criticavano l'asserita alternatività di tali requisiti, ritenendo una simile soluzione eccessivamente ad ampio spettro. È comunque prevalso il primo orientamento, favorevole al carattere alternativo dei due requisiti. Infine, per quanto riguarda l'ultima condizione, la *Mens rea*, «l'accusato non necessariamente deve essere chiamato a rispondere per l'intero attacco diretto contro una popolazione civile, ma deve avere necessariamente consapevolezza di tale attacco⁸⁸ (*with knowledge of the attack*)» (Ferrari, 2003: 4). La presenza di tale elemento testimonia il rispetto – da parte delle delegazioni – dei principi fondamentali del diritto penale. D'altra parte, la connessione ad un attacco esteso o sistematico costituisce l'elemento essenziale che eleva un altrimenti "ordinario" crimine alla più grave categoria dei crimini di diritto internazionale. Pertanto, la condanna per tali *delicta* di una persona realmente inconsapevole di quest'elemento essenziale, violerebbe palesemente il principio riassunto nella massima *actus non facit reum nisi mens sit rea*. È stato posto in evidenza il rischio che, per questa via, ne esca ostacolata la persecuzione dei crimini contro l'umanità ma tale ostacolo sembra agevolmente superabile. Infatti, se si considera l'inevitabile notorietà di ogni attacco esteso o sistematico diretto contro una popolazione civile, appare difficilmente immaginabile una situazione nella quale una persona commette, ad esempio, un omicidio quale parte di un tale attacco, per poi sostenere credibilmente che era assolutamente inconsapevole dell'esistenza dell'attacco stesso (Robinson, 1999: 52).

La seconda parte dell'art. 7 dello Statuto istitutivo dell'ICC elenca i singoli crimini⁸⁹: a) omicidio; b) sterminio; c) riduzione in schiavitù; d) deportazione o trasferimento forzato della popolazione; e) imprigionamento o altre gravi forme di privazione della libertà personale in violazione di norme fondamentali di diritto internazionale; f) tortura; g) stupro, schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata e altre forme di violenza sessuale di analoga gravità; h) persecuzione contro un gruppo o una collettività dotati di propria identità, ispirata

⁸⁸ L'accusato deve essere consapevole del contesto nel quale il suo atto si inserisce, *rectius*, «the widespread or systematic attack ...».

⁸⁹ L'elenco degli atti criminosi si allunga rispetto a quelli previsti nell'ICTY e nell'ICTR. Oltre a comprendere, con qualche differenza, quelli previsti dallo Statuto del T.M.I. di Norimberga (omicidio, sterminio, riduzione in schiavitù, deportazione, persecuzioni ed altri atti inumani) e dalla Legge n. 10 (imprigionamento, violenza e tortura), sono stati inseriti l'"apartheid" e la "sparizione forzata delle persone".

da ragioni di ordine politico, razziale, nazionale, etnico, culturale, religioso o di genere sessuale ai sensi del paragrafo 3⁹⁰, o da altre ragioni universalmente riconosciute come non permissibili ai sensi del diritto internazionale, collegate ad atti preveduti dalle disposizioni del presente paragrafo o a crimini di competenza della Corte; i) sparizione forzata delle persone; j) *apartheid*⁹¹; k) altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale⁹².

⁹⁰ Ci si riferisce al paragrafo 3 sempre dell'art. 7 dello Statuto istitutivo dell'ICC che testualmente riporta: «Agli effetti del presente Statuto con il termine "genere sessuale" si fa riferimento ai due sessi, maschile e femminile, nel contesto sociale».

⁹¹ Il concetto di *apartheid* verrà chiarito nella nota successiva. Il Paese nel quale, per vari decenni, c'è stato l'*apartheid* è stato la Repubblica Sudafricana. Qui, dopo il secondo conflitto mondiale, venne attuata una politica sempre più rigorosa di segregazione razziale, con perdita dei diritti civili delle popolazioni nere, specialmente dopo la vittoria elettorale dell'ala destra del Fronte Nazionale nel 1948 coi governi di Malan (1948-1954), di Strijdom (1954-1958) e di Verwoerd (1958-1966). Tale politica causò gravi contrasti interni e alienò al Sudafrica il sostegno della comunità internazionale, fino alla condanna da parte delle Nazioni Unite nel 1961 con l'imposizione di sanzioni economiche. Le opposizioni nere, tra cui l'African National Congress (ANC), messe fuori legge, furono costrette a passare alle azioni. L'ANC si limitò a obiettivi strategici come distruggere le centrali elettriche (motivo di arresto del futuro presidente Nelson Mandela). Ma i peggiori atti di violenza furono commessi dallo stesso governo, che soffocò con il pugno di ferro le proteste contro il regime. Nel 1975 la situazione di tensione avrebbe portato alla rivolta di Soweto. Gli anni Novanta portarono alla fine dell'*apartheid*, con la liberazione di Nelson Mandela l'11 febbraio 1990, decisa dal presidente della repubblica de Klerk, e con l'introduzione di elezioni democratiche tenute il 27 aprile 1994.

⁹² Il paragrafo 2, sempre dell'art. 7 dello Statuto istitutivo dell'ICC, chiarisce, in maniera più specifica e dettagliata, le condotte costituenti "crimini contro l'umanità" - elencate nel paragrafo 1 dello stesso articolo. "b) per "sterminio" s'intende, in modo particolare, il sottoporre intenzionalmente le persone a condizioni di vita dirette a cagionare la distruzione di parte della popolazione, quali impedire l'accesso al vitto ed alle medicine; c) per "riduzione in schiavitù" s'intende l'esercizio su una persona di uno o dell'insieme dei poteri inerenti al diritto di proprietà, anche nel corso del traffico di persone, in particolare di donne e bambini a fini di sfruttamento sessuale; d) per "deportazione o trasferimento forzato della popolazione" s'intende la rimozione delle persone, per mezzo di espulsione o con altri mezzi coercitivi, dalla regione nella quale le stesse si trovano legittimamente, in assenza di ragioni previste dal diritto internazionale che lo consentano; e) per "tortura" s'intende l'infliggere intenzionalmente gravi dolori o sofferenze, fisiche o mentali, ad una persona di cui si abbia la custodia o il controllo; in tale termine non rientrano i dolori o le sofferenze derivanti esclusivamente da sanzioni legittime, che siano inscindibilmente connessi a tali sanzioni o dalle stesse incidentalmente occasionati; f) per "gravidanza forzata" s'intende la detenzione illegale di una donna resa gravida con la forza, nell'intento di modificare la composizione etnica di una popolazione o di commettere altre gravi violazioni del diritto internazionale. La presente definizione non può essere in alcun modo interpretata in maniera tale da pregiudicare l'applicazione delle normative nazionali in materia di interruzione della gravidanza; g) per "persecuzione" s'intende l'intenzionale e grave privazione dei diritti fondamentali in violazione del diritto internazionale, per ragioni connesse all'identità del gruppo o della collettività; h) per "*apartheid*" s'intendono gli atti inumani di carattere analogo a quelli indicati nelle

La capacità di azione della Corte, tuttavia, presenta delle lacune. Innanzitutto, essa non ha giurisdizione universale su tutti i crimini contro l'umanità, in qualsiasi zona del mondo avvengano. «La Corte non potrà giudicare quelli commessi nel loro Paese da cittadini di Stati che non sono membri del Trattato di Roma»⁹³. Coloro che si sono macchiati dei crimini più gravi possono quindi sfuggire alla giustizia ovunque vadano, assicurandosi solamente che il Paese dal quale provengono non entri a far parte del Trattato *de quo*. Tanti Paesi hanno dichiarato che ne rimarranno fuori⁹⁴; tra questi ci sono: l'Iraq, l'Iran, la Libia, l'Indonesia ed anche la Cina e l'India. Persino gli Stati Uniti, con l'amministrazione Bush, non solo hanno declinato la ratifica ma hanno addirittura ritirato la firma dell'accordo⁹⁵. È difficile comprendere l'esenzione dei cittadini dei Paesi non aderenti⁹⁶. Il diritto consuetudinario internazionale

disposizioni del paragrafo 1, commessi nel contesto di un regime istituzionalizzato di oppressione sistematica e di dominazione da parte di un gruppo razziale su altro o altri gruppi razziali, ed al fine di perpetuare tale regime; i) per "sparizione forzata delle persone" s'intende l'arresto, la detenzione o il rapimento delle persone da parte o con l'autorizzazione, il supporto o l'acquiescenza di uno Stato o organizzazione politica, che in seguito rifiutino di riconoscere la privazione della libertà o di dare informazioni sulla sorte di tali persone o sul luogo ove le stesse si trovano, nell'intento di sottrarle alla protezione della legge per un prolungato periodo di tempo.

Nel 2009, tuttavia, avrà luogo una revisione dello Statuto tale da poter allargare le competenze dell'ICC ai cosiddetti *treaty crimes*: terrorismo, traffico di stupefacenti, grande criminalità internazionale.

⁹³ Art. 12 dello Statuto dell'ICC (Bindman, 2005: 170). Tuttavia, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite può affidarle casi estranei ai suoi territori di competenza; è ciò che è successo nel marzo 2005 quando, sotto la pressione degli U.S.A. (Paese non firmatario dello Statuto di Roma) le è stato affidato il delicato caso del Darfur (esaminato in una successiva nota), regione facente parte del Sudan, stato non membro dell'ICC.

⁹⁴ All'1 gennaio 2007, gli Stati membri sono 104, poco più della metà dei 192 Stati membri dell'O.N.U..

⁹⁵ L'opposizione al Trattato di Roma da parte degli U.S.A. – alla quale si è aggiunta quella di alcuni conservatori britannici – si è basata sul timore che siano imputabili, da parte della Corte penale internazionale, anche le loro forze armate nel corso di operazioni militari. Il problema non sussiste per due motivi: 1) innanzitutto, la condanna dei crimini di guerra è già ben radicata nel diritto internazionale, e nessuno Stato civile potrebbe giustificare le proprie forze armate che commettessero questi crimini, come qualsiasi altro crimine contro l'umanità (ci si aspetta che tutti gli Stati – compresi gli U.S.A. – agiscano nei confronti delle proprie truppe qualora queste siano accusate di tali reati; 2) inoltre, il Trattato prevede l'inammissibilità di una causa davanti alla ICC nel caso in cui lo Stato che ha giurisdizione su di essa stesse svolgendo le indagini o esercitando l'azione legale (art. 17 par. dello Statuto istitutivo dell'ICC).

È vero che un altro Stato potrebbe cercare di processare truppe straniere per crimini di guerra, ma ciò è già possibile senza dover ricorrere al Trattato o alla Corte penale internazionale (il principio di giurisdizione universale sui crimini di guerra fu accettato sin dal 1949 con le 4 Convenzioni di Ginevra sul diritto di guerra).

⁹⁶ Difatti, il processo nei confronti di Saddam Hussein, ex dittatore iracheno – l'Iraq è tra quei paesi che non hanno aderito al Trattato di Roma – non è stato celebrato

dovrebbe essere vincolante universalmente, non solo nei confronti di chi decide di aderire. La Corte inoltre non avrà giurisdizione retroattiva⁹⁷. Quindi, qualsiasi crimine abbia commesso atrocità, prima dell'entrata in vigore del Trattato, non ha motivo di temerla. Non solo, ma è prevista persino, per uno Stato aderente, la possibilità di impedire che i suoi cittadini siano processati dalla ICC, se lo Stato svolge le indagini ed esercita l'azione penale per proprio conto, o se svolge le indagini e decide di non procedere⁹⁸. Quest'ultima parte — che consiste nell'affidare alla Corte penale internazionale solo una giurisdizione complementare⁹⁹ — ha come obiettivo indurre gli Stati, quando è possibile, a procedere penal-

dall'ICC ma dall'Alto tribunale penale iracheno con sede a Bagdad. Saddam Hussein è stato giudicato — insieme ad altri sette gerarchi del deposed regime — per la morte, negli anni Ottanta, di 148 sciiti del villaggio di Dujail (60 chilometri a nord di Bagdad), uccisi nei mesi e negli anni successivi a un fallito attentato al convoglio dell'ex presidente avvenuto in tale villaggio durante una visita nel 1982. Il 5 novembre 2006, l'Alto tribunale penale iracheno di Bagdad ha emesso sentenza di condanna a morte nei confronti dell'ex dittatore; verdetto confermato, il 26 dicembre 2006, dalla Corte d'appello dell'Alto tribunale penale iracheno che ha rigettato l'appello proposto dai difensori di Saddam Hussein. La condanna è stata eseguita — tramite impiccagione — all'alba del 30 dicembre 2006 (a Bagdad erano circa le ore 6:00 del mattino, in Italia circa le 4:00) nella capitale irachena, all'interno di uno dei centri utilizzati dai servizi segreti del deposed regime per torturare i dissidenti. La scelta del luogo è stata determinata da motivazioni simboliche. La morte dell'ex dittatore ha provocato reazioni contrastanti in Iraq: alle scene di giubilo a Bagdad si sono contrapposti violenti disordini nella città di Falluja e nella località di Ramadi (entrambe roccaforti sunnite) con varie decine di morti e feriti. A giudizio di Curtis Doebbler, l'unico americano — insieme all'ex ministro della giustizia Ramsey Clark — del *team* di legali che hanno difeso Saddam Hussein, il processo, celebrato nei confronti dell'ex dittatore non è stato né equo né indipendente: non sono state mostrate le prove a carico degli imputati, non sono state garantite le condizioni di sicurezza minime né ai legali né ai testimoni, l'incontro tra Saddam ed i suoi difensori è avvenuto sempre davanti a personale americano. Le impressioni dell'Avv. Doebbler sono condivise da varie organizzazioni internazionali e dalle Nazioni Unite. Analoghe impressioni sono state espresse dai membri del centro "Studi per la pace": i giudici sono stati nominati dall'esecutivo (il Consiglio di Governo) e da esso sostituiti quando non si allineavano sulle posizioni ufficiali delle autorità; imputazioni precise contro gli 8 imputati sono state formulate solo a metà processo; il tribunale sin dall'inizio è stato finanziato dagli U.S.A., che hanno anche elaborato il suo Statuto, poi formalmente approvato dall'Assemblea nazionale irachena nell'agosto 2005; molti documenti prodotti dall'accusa contro gli imputati sono stati contestati dalla difesa, che ha affermato trattarsi di falsi (per verificarne l'autenticità, il tribunale non ha convocato esperti internazionali bensì periti iracheni che, a giudizio della difesa, erano legati "a filo doppio" all'attuale Ministero dell'interno iracheno); infine, i giudici non avrebbero dovuto rispondere alle arringhe pretestuose dell'ex dittatore urlando più di lui o espellendolo dalla sala delle udienze ma avrebbero dovuto avere un contegno equilibrato e sereno e, soprattutto, dovevano affrontare seriamente i problemi giudiziari sollevati dal *pull* dei difensori.

⁹⁷ Art. 11 (Competenza *ratione temporis*) dello Statuto istitutivo dell'ICC.

⁹⁸ Art. 17 (Questioni relative alla procedibilità) par. 1 lett. a) e b) dello Statuto istitutivo dell'ICC.

⁹⁹ Preambolo (paragrafo 10) dello Statuto istitutivo dell'ICC. La chiave del sistema dettato dal Trattato di Roma è quindi la "complementarità" delle giurisdizioni.

mente contro i criminali internazionali all'interno del proprio sistema giudiziario¹⁰⁰. La funzione dell'ICC non è sostituire o rendere superfluo il dovere dei singoli Stati di giudicare i crimini internazionali bensì la piena collaborazione – con le corti nazionali – ai fini della dissuasione e punizione dei responsabili di gravi atrocità¹⁰¹. Questa lodevole iniziativa, da parte delle delegazioni, può comunque dare adito ad abusi¹⁰². Da quanto sinora affermato emerge che «i criminali che più probabilmente saranno processati all'Aja sono quelli che hanno commesso atrocità durante un conflitto, perduto, in un paese cui manchi la capacità di giudicarli per conto proprio» (Bindman, 2005: 171)¹⁰³.

Il Trattato di Roma presenta ovviamente anche notevoli punti di forza. Ad esempio i *leader* e i comandanti, che decidono e dirigo-

¹⁰⁰ Le norme dello Statuto istitutivo dell'ICC accordano, a tal fine, ragionevole libertà di azione.

¹⁰¹ Un altro problema dell'ICC è che essa non dispone di forze di polizia, né di forze armate; per quanto riguarda la conduzione delle indagini dipende completamente dalla buona volontà di collaborazione degli Stati.

¹⁰² L'art. 17 par. 1 lettera b) dello Statuto istitutivo dell'ICC tende a limitare questo tipo di abusi stabilendo che l'ICC può procedere in quei casi in cui lo Stato non agisce perché non ha la volontà o la capacità di «svolgere correttamente le indagini».

¹⁰³ Va ricordato, in tale sede, che lo Statuto istitutivo dell'ICC, non solo richiede un complicato lavoro di adattamento della legislazione italiana alle sue norme, ma che alcune di esse contrastano palesemente con la Costituzione. Ad esempio, il principio – contenuto nello Statuto ICC – della discrezionalità dell'azione penale contrasta con quello, costituzionalmente sancito, della obbligatorietà della stessa. Inoltre il principio dell'irrilevanza delle immunità, per cui non varrebbero, dinanzi alla Corte penale internazionale, le immunità che la nostra Costituzione o leggi costituzionali stabiliscono a favore del capo dello Stato, dei giudici costituzionali e dei parlamentari. L'incompatibilità più grave ed evidente è la disposizione dell'art. 20 dello Statuto, secondo la quale, se un individuo è stato processato da un altro tribunale – con l'intenzione di sottrarlo dalla responsabilità penale per delitti rientranti nella sfera di competenza dell'ICC – o se il processo non è stato condotto in modo indipendente e imparziale, nel rispetto delle garanzie previste dal diritto internazionale e in maniera che, date le circostanze, sia incompatibile con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia, non vale il principio del *ne bis in idem* e la persona può quindi essere riprocessata dalla Corte dell'Aja, la cui sentenza deve essere obbligatoriamente eseguita dagli Stati che hanno accettato lo Statuto di Roma. Si tratta di una norma in totale contrasto con la Costituzione italiana in quanto lede il principio dell'intangibilità del giudicato, garanzia fondamentale della libertà e della sicurezza dei cittadini (Mazziotti di Celso, 2003, 217). Infine, un'altra incompatibilità si ravvisa nel modo con cui è formulato l'art. 66 comma 1 dello Statuto sulla presunzione di innocenza – ove non si dice che la presunzione *de quo* viene meno “solo” con sentenza irrevocabile di condanna – viola chiaramente un altro principio costituzionale cardine del nostro ordinamento. Tuttavia, tali questioni – riguardanti i suddetti contrasti – non sembrano essersi formalmente poste durante la discussione della legge di autorizzazione alla ratifica del trattato istitutivo in Parlamento. Altre nazioni – e per ragioni meno giustificabili – hanno preteso l'introduzione nel trattato di quell'articolo 124, che dà agli Stati il diritto – nelle condizioni e nei limiti ivi indicati – di non accettare la competenza dell'ICC. In Italia non è stato neppure discusso il problema fondamentale di porre una riserva almeno riguardo l'applicazione dell'art. 20 dello Statuto.

no le commissioni delle varie nefandezze, saranno ritenuti responsabili dei crimini commessi dai loro subordinati¹⁰⁴. Anche gli stessi sottoposti sono ritenuti responsabili¹⁰⁵. Quest'ultimo principio fu sancito dal Tribunale di Norimberga, il quale stabilì che gli "ordini dei superiori" non dispensano dalla responsabilità personale per i crimini di guerra e per tutti i crimini contro l'umanità. Anche le immunità, che spesso hanno protetto capi di stato e diplomatici nelle corti nazionali, non trovano spazio nello Statuto istitutivo dell'ICC: l'articolo 27¹⁰⁶ afferma chiaramente che esso si applica allo stesso modo a tutte le persone, senza distinzioni di ruolo ufficiale. Infine, va preso atto di un altro aspetto positivo del Trattato di Roma: la sua possibilità di procedere nei confronti degli individui, a differenza della sotto utilizzata Corte internazionale di giustizia¹⁰⁷ che si occupa solo di Stati - non di individui - e può emettere sentenze vincolanti solo qualora le parti abbiano accettato la sua giurisdizione (Singer, 2005: 117).

Passando ad esaminare gli organi dell'ICC, va rilevato che essi sono quattro: l'Ufficio del Procuratore, il Consiglio di Sorveglianza, la Cancelleria (*Registry*) e le Divisioni. Il Procuratore viene eletto dagli Stati membri ed agisce in modo indipendente, indaga sui casi sottoposti dagli Stati e dal Consiglio di Sicurezza dell'O.N.U.¹⁰⁸; può iniziare le indagini di propria iniziativa e può ricevere informazioni da qualsiasi fonte, incluse le organizzazioni non governative e le vittime, sostiene l'accusa durante il processo. Il Consiglio di Sorveglianza è in possesso di particolari facoltà: può richiedere al Procuratore di indagare su determinati fatti; può sospendere una procedura istruttoria qualora questa possa intralciare la sua azione per la pace e la sicurezza interna; e può intervenire quando non vi è collaborazione con gli Stati. Il Cancelliere è il responsabile amministrativo della Corte¹⁰⁹, amministra lo *staff* della Corte e

¹⁰⁴ Art. 28 (Responsabilità dei capi militari ed altri superiori gerarchici) dello Statuto istitutivo dell'ICC.

¹⁰⁵ Art. 25 (Responsabilità penale individuale) dello Statuto istitutivo dell'ICC.

¹⁰⁶ Art. 27 (Irrilevanza della qualifica ufficiale) dello Statuto istitutivo dell'ICC.

¹⁰⁷ La "Corte Internazionale di Giustizia", conosciuta anche come Corte Mondiale (in inglese: *International Court of Justice*, ICJ), è il principale organo giudiziario delle Nazioni Unite. Fondata nel 1945, le sue funzioni principali sono quella di dirimere le dispute fra Stati membri delle Nazioni Unite che hanno accettato la sua giurisdizione e offrire pareri consultivi su questioni legali avanzate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite o dagli Istituti Specializzati delle Nazioni Unite quando essi diano autorizzati a farlo. La sede dell'ICJ è all'Aia, nei Paesi Bassi.

¹⁰⁸ Il Procuratore generale della Corte è dal 16 giugno 2003 il Dr. Luis Moreno-Ocampo.

¹⁰⁹ Nella Cancelleria è compresa un'unità della protezione delle vittime e dei testimoni.

gli investigatori dell'Ufficio del Procuratore; organizza udienze e assiste i difensori. L'ICC è formata da 18 giudici i quali sono eletti dagli Stati membri per un mandato di 9 anni¹¹⁰. Essa è strutturata in divisioni: la Divisione per le indagini preliminari, composta da sei giudici divisi in camere; la Divisione giudicante, composta da 6 giudici divisi in camere da 3 presso le quali si svolge il processo di primo grado; la Divisione d'appello, composta dal Presidente e 4 giudici, che decide sui ricorsi in secondo grado ed emette sentenze definitive.

5. Conclusioni

Sin dagli albori della sua storia – le prime notizie risalgono all'antica Grecia¹¹¹ - l'uomo ha commesso gravi crimini contro l'umanità. Tali atrocità venivano giustificate col pretesto di voler realizzare utopie o voler diffondere ideali politico-religiosi. In realtà non si commettevano altro che violenze con il solo fine di instaurare o conservare poteri e ricchezze.

Successivamente è maturata, negli uomini e nei popoli, una coscienza dei diritti fondamentali della persona, concepiti come tutela dal possibile arbitrio dei suddetti poteri. L'affermazione di tali diritti ha richiesto enormi sacrifici: rivoluzioni - come quella americana, quella francese, ecc. - e guerre, come entrambi i conflitti mondiali, i conflitti di decolonizzazione, ecc.. Milioni di uomini hanno perso la vita affinché i propri discendenti potessero trascorrere la loro esistenza in un mondo migliore e soprattutto con maggiori libertà. Il XX secolo ha rappresentato il periodo più cruento in questo scontro frontale tra diritti e crimini contro l'umanità.

L'affermazione dei diritti fondamentali *de quibus* richiede che i vari crimini inumani vengano puniti in maniera esemplare ma tale punizione, in una società civile, non può provenire da una giustizia sommaria che in realtà nasconde un substrato di ulteriori nefandezze. Se giustizia deve essere fatta, essa deve scaturire da tribunali legittimi che rappresentino veramente i popoli, senza alcuna forma di demagogia. In questa direzione sono stati fatti realmente dei progressi: il Tribunale militare internazionale di Norimberga ha rappresentato un cardine basilare nella punizione di efferatezze

¹¹⁰ I 18 giudici eleggono tra di loro il Presidente della Corte ed adottano il regolamento interno della Corte e quello procedurale. Attualmente il Presidente è il canadese Philippe Kirsch.

¹¹¹ La strage degli Iloti, da parte degli Spartani, risalente al IV secolo a.C.. Si veda il par. 2.1 del presente articolo.

che hanno ben poco di umano. Tale "percorso civile" è continuato con i Tribunali *ad hoc* per i crimini commessi nella ex Jugoslavia e nel Ruanda¹¹²; fino a giungere all'istituzione della Corte penale internazionale, pienamente operativa dal 2003¹¹³ (Bonino, 2005: 2).

L'attuale scenario politico-internazionale - che vede il frequente avvicinarsi di avvenimenti violenti quali: gli atti di terrorismo internazionale, le guerre tra diverse etnie, la frammentazione degli Stati, ecc. - richiede necessariamente degli organi di giustizia *super partes*, in grado di garantire la punibilità di crimini orrendi che colpiscono gli individui ed i popoli.

Quanto affermato sinora fa rendere pienamente conto di come sia importante ed imprescindibile un'etica globale (Singer, 2005, 151), che non si fermi davanti ai confini nazionali né attribuisca loro grande importanza. In un mondo nel quale - grazie all'informatica ed alla tecnologia delle comunicazioni - ogni realtà si sta trasferendo dal piano locale a quello globale, sarebbe auspicabile che questo passaggio non avvenga solo per gli scambi ed i commerci ma riguardi anche il mondo dei valori fondamentali della persona e delle comunità.

¹¹² Un altro luogo nel quale si stanno compiendo gravi crimini contro l'umanità è il Darfur, regione situata ad ovest del Sudan, in Africa. Gli esperti parlano di "conflitto del Darfur", talvolta addirittura di genocidio del Darfur (tra questi gli Stati Uniti). Il conflitto è iniziato nel febbraio 2003 e vede contrapposti i Janjaweed, un gruppo di miliziani reclutati fra i membri delle locali tribù nomadi dei Baggara, e la popolazione non Baggara della regione. Le stime sul numero delle vittime variano secondo le fonti: l'O.M.S. (Organizzazione Mondiale della Sanità), nel settembre 2004, ha sostenuto che esso ammontasse a 50.000 unità; la maggior parte delle ONG, in una stima più recente, reputa credibile la cifra di 400.000 morti fornita dalla *Coalition for International Justice* e fatta propria anche dall'O.N.U.. Attualmente, il conflitto è ancora in corso.

¹¹³ Anche se pienamente operativa dal 2003, l'ICC ha iniziato a celebrare il primo processo solamente il 9 novembre 2006, giorno in cui si è tenuta la prima udienza della fase preliminare nei confronti dell'imputato Thomas Lubanga Dyilo, arrestato nel febbraio 2005 in Congo. Leader dei miliziani congolese (*Union des Patriotes Congolais*), 46 anni, Lubanga è accusato di aver arruolato, mandandoli a morire, oltre 30.000 bambini-soldato durante la guerra tra bande che ha insanguinato l'Ituri, regione nord-orientale della Repubblica Democratica del Congo. Formalmente, le accuse nei suoi confronti sono di crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio. Nel gennaio 2007, la Camera dell'ICC ha considerato le prove raccolte - nel procedimento preliminare nei confronti di Lubanga - "sufficienti" e, pertanto, ne ha disposto il "rinvio a giudizio".

Bibliografia:

- BECCARIA C. (1993), *Dei delitti e delle pene*, Consulte criminali Garzanti, Milano;
- BERNARDI A. CARPANETTO D. BOSISIO A. et al., (2004), *Dall'impero romano a Carlo Magno in La Storia*, IV, De Agostani Editore S.p.a., Novara;
- BETTINI R. (2003), *Delenda America – Iperterrorismo islamista e anomia internazionale*, Collana di sociologia, FrancoAngeli, Milano;
- BINDMAN G. (2005), *Assicurare alla giustizia i criminali internazionali*, in SONTAG S., TODOROV T., IGNATIEFF M., *Troppo Umano – La giustizia nell'era della globalizzazione*, Mondadori, Milano;
- BLACK I. (2001), *Milosevic indicted for Croatia*, in *The Guardian*, 29/9/2001;
- BONINO E. (2005), *Darfur: fermare la violenza e punire i crimini* in http://www.emmabonino.it/press/by_emma_bonino/1918;
- CAPUTO L. (2004), *Polveriera Algeria* in <http://www.cesil.com/0798/itcapu07.htm>;
- CARPANETTO D. LURAGHI R. GUERCI L. et al., (2004), *Dalle grandi rivoluzioni alla restaurazione in La Storia*, X, De Agostini Editore S.p.a., Novara
- CASSOLA F. CRACCO RUGGINI L. (1982), *Storia antica delle grandi civiltà*, I e II, La Nuova Italia Editrice, Firenze;
- CHEVALLIER J. J. (1989), *Storia del pensiero politico – L'età moderna*, II, Il Mulino, Bologna;
- COLOMBATI P. (2001-02), *La protezione penale dei diritti umani dal processo di Norimberga allo Statuto di Roma*, Tesi di laurea in Giurisprudenza, Relatore: Prof. PICOTTI L., Università degli studi di Trento in <http://www.studiperlapace.it>;
- DE COMMYNES P. (2004), *Mémoires*, Pocket Agora;
- DESIDERI A. (1984), *Storia e storiografia*, I-III, Casa editrice G. D'Anna, Firenze;
- FAVA M. M. (1996), *L'Italia e la giustizia penale internazionale – Documenti 1919-1995*, in *Quaderni dell'Istituto di Studi Storico-politici della Luiss*, 4, Roma;
- FERRARI M. (2003), *I crimini contro l'umanità nello statuto dell'International Criminal Court (ICC): cenni introduttivi* in <http://www.filodiritto.com/diritto/pubblico/internazionale/criminiumanita.htm>;
- GIANNANTONI G. (1985), *La ricerca filosofica: storia e testi – La razionalità moderna*, II, Loescher Editore, Torino;
- GOLDSTONE R. (2000), *For Humanity. Reflections of a War Crimes Investigator*, Yale University Press, New Haven;
- IGNATIEFF M. (2005), *Diritti Umani, sovranità e intervento*, in

- SONTAG S., TODOROV T., IGNATIEFF M., *Troppo Umano – La giustizia nell'era della globalizzazione*, Mondadori, Milano;
- IZZO F. (2003), *Compendio di Diritto Processuale Penale*, Edizioni Simone, Napoli;
- LEE R. (1999), *The International Criminal Court, the making of the Rome Statute: issues, negotiations, results*, The Hague;
- LEMKIN R. (1944), *Axis Rule in Occupied Europe: Analysis, Proposals for Redress*, Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace;
- LEWY G. (2006), *Il massacro degli Armeni*, Einaudi, Torino;
- LOCKE J. (1974), *Trattato sul Governo*, Editori Riuniti, Roma;
- LURAGHI R. BARIE' O. SCIROCCO A. et al., (2004), *Risorgimento e rivoluzioni nazionali in La Storia*, XI, De Agostini Editore S.p.a., Novara;
- MAYDA G. (1996), *Norimberga – Processo al Terzo Reich*, Mursia Editore, Milano;
- MAZZIOTTI DI CELSO M. (2003), *Compatibilità dello Statuto della Corte Penale internazionale con la Costituzione italiana*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, LI, 2;
- (2005), *Lezioni di diritto costituzionale – La Costituzione italiana precedenti storici principi fondamentali e rapporti civili*, II, Giuffrè Editore, Milano;
- MONACO R. (1989), *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*, Utet ;
- OAKES-ASH A. (2004), *Governance in*
<http://www.britishcouncil.org/it/italy-governance.htm>;
- PALMA A. (2004), *Il diritto internazionale penale e la giurisdizione internazionale in Diritto & Diritti* (rivista giuridica on line) in <http://www.diritto.it/osserv-diritti-umani/palma.html>;
- ROBINSON D. (1999), *Defining "Crimes Against Humanity" at the Rome conference*, in *AJIL*, XCIII;
- SINGER P. (2005), *Come possiamo impedire i crimini contro l'umanità*, in SONTAG S., TODOROV T., IGNATIEFF M., *Troppo Umano – La giustizia nell'era della globalizzazione*, Mondadori, Milano;
- SONTAG S., TODOROV T., IGNATIEFF M. (2005), *Troppo Umano – La giustizia nell'era della globalizzazione*, Mondadori, Milano;
- TUCIDIDE (1996), *Guerra del Peloponneso*, Einaudi, Torino;
- VILLONE S. (2004), *Il Tribunale Internazionale per la ex Jugoslavia* in <http://www.filodiritto.com/dibattiti/tribunalicontra.htm>;
- ZUPPI A. L. (2001), *La jurisdicción extraterritorial y los tribunales internacionales*, Editorial La Ley, Buenos Aires.

LE DISPOSIZIONI SULLA SICUREZZA PENITENZIARIA

SEBASTIANO ARDITA*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La differenza tra circuito e regime. - 3. La circolare sul circuito penitenziario dei soggetti sottoposti al regime speciale dell'art. 41 *bis* o. p. - 3.1. La circolare 41 *bis*. Disposizioni che riguardano l'applicazione del provvedimento ministeriale e delle singole prescrizioni previste dal regime. - 3.2. La circolare 41 *bis*. Disposizioni che attengono alla organizzazioni della vita in comune finalizzate a perseguire la funzione di prevenzione. - 3.3. La circolare 41 *bis*. Disposizioni relative a profili non disciplinati nella legge. - 4. La circolare AS sull'alta sicurezza. - 4.1. La Circolare AS. Classificazione. - 4.2. La Circolare AS. Declassificazione. - 5. Elevato Indice di Vigilanza. - 6. Materie non disciplinate da circolari. Le c.d. Aree riservate di detenzione. - 7. Il problema dell'impugnabilità giurisdizionale delle scelte dell'Amministrazione al di là degli strumenti legislativamente previsti. - 7.1. Il problema dell'impugnabilità. Cenni sulle posizioni assunte dalla Consulta e dalla Cassazione sul punto della reclamabilità. - 7.2. Il problema dell'impugnabilità. Alcune considerazioni di carattere sistematico.

1. Premessa

La difficoltà di affrontare un tema delicato, quale quello rappresentato dai rapporti tra atti organizzativi generali – circolari ministeriali – e potere di valutazione del magistrato di sorveglianza, impone di muovere da talune premesse di carattere sistematico.

La materia che ci occupa viene ad innestarsi in uno spazio diverso ed ulteriore rispetto a quello, disciplinato specificamente dalla legge, che vede – sul piano dei rimedi di giustizia – la possibilità di procedere alla celebrazione di un giudizio, a tutela dei singoli, rispetto alla legittimità di scelte individuali che incidono sulla quantità e sulla qualità della pena. Rimane pertanto esclusa da questo tema la questione generale avente ad oggetto la legittimità e la reclamabilità dei provvedimenti amministrativi che impongono trattamenti differenziati o restrittivi, quali il regime detentivo speciale previsto dall'art. 41*bis* o.p. ed il regime di sorveglianza

* Direttore Generale dei Detenuti e del Trattamento, D.A.P.

particolare dell'art. 14*bis*. È infatti noto come contro tali atti sia prevista dalla legge una specifica facoltà di impugnazione - che si esercita nei modi e nei limiti e con le conseguenze tassativamente disciplinati - e che comporta una tutela completa delle posizioni individuali con potestà dei tribunali di intervenire in riforma totale o parziale dei provvedimenti impugnati.

La materia che ci occupa viene viceversa a collocarsi in uno spazio diverso, rispetto al quale i provvedimenti adottati dall'Amministrazione non sono il frutto di scelte individuali, ma risultano parametrati a criteri generali di sicurezza e di prevenzione. Tali disposizioni generali danno contenuto alla concreta vita all'interno del circuito penitenziario (come accade per la circolare che disciplina la vita di reparto all'interno del circuito 41*bis*), ovvero stabiliscono i presupposti per l'assegnazione a circuiti, che non comporta di per sé scelte discrezionali di modifica del trattamento penitenziario idonee ad incidere sulla quantità e qualità della pena, che può però costituire conseguenza indiretta della loro applicazione (come accade per la circolare che detta i criteri di classificazione dei detenuti in Alta Sicurezza).

Rispetto alle scelte dell'Amministrazione, che traducono in concreto il contenuto delle circolari, in assenza di una tutela legale "tipica" sopravvive, con le sue contraddizioni, lo strumento della generica reclamabilità delle decisioni del DAP.

È infatti noto come il problema della generale reclamabilità, ex art. 35 dell'ord. pen., degli atti dell'Amministrazione penitenziaria - ossia delle determinazioni amministrative assunte nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere - si scontri con la mancata previsione di una disciplina organica che consenta la celebrazione di un giudizio ad hoc che dia luogo ad una decisione giudiziaria.

Occorre dunque - prima ancora di valutare le ricadute individuali del potere dell'Amministrazione penitenziaria - dapprima descrivere i contenuti di questi atti e poi correttamente inquadrare la funzione di organizzazione generale della sicurezza penitenziaria, i cui presupposti devono costituire diretta derivazione di principi costituzionali, ed il cui esercizio deve modellarsi sui principi generali dell'ordinamento che definiscono criterio di ripartizione dei compiti tra poteri dello Stato.

2. La differenza tra circuito e regime

Per meglio comprendere il discorso che si intende sviluppare,

occorre avere ben chiara la distinzione tra circuito penitenziario e regime penitenziario. Con la prima espressione ci si riferisce infatti ad una entità di tipo logistico, dotata di determinati requisiti di sicurezza, e rappresentata da un insieme di ambienti (istituti, ovvero sezioni di istituto) ai quali vengono destinati particolari tipologie di detenuti. Con l'espressione regime penitenziario si fa invece riferimento alle regole di trattamento applicate alla vita penitenziaria. È ben possibile che una tipologia di detenuti venga ascritta in un determinato circuito, senza che vi siano differenze di regime penitenziario con altre categorie di detenuti che sono ascritti a circuiti diversi. Così ad esempio al circuito ad Elevato Indice di Vigilanza si applica il regime trattamentale previsto (colloqui, telefonate, invio e ricezione di oggetti) previsto per i detenuti ad Alta Sicurezza. Va comunque riconosciuto come vi sia però la possibilità che la separazione determinata dai circuiti – pur senza intaccare le regole generali dell'ordinamento penitenziario – possa riverberarsi anche sulla organizzazione della vita interna di istituto, finendo così surrettiziamente per modificare le caratteristiche concrete della vita detentiva.

3. La circolare sul circuito penitenziario dei soggetti sottoposti al regime speciale dell'art. 41 *bis* o. p.

La circolare emanata nell'ottobre del 2003 dall'Amministrazione penitenziaria (circolare del 9.10.2003) ha ad oggetto talune prescrizioni generali che riguardano la vita di reparto nelle sezioni destinate ad accogliere i detenuti sottoposti al regime 41*bis*. La necessità di una direttiva generale, che compendiasse molti aspetti applicativi del regime fornendo soluzione a taluni interrogativi sorti nella gestione degli istituti, si era già posta nel passato, tanto che era stata emanata una circolare di contenuto analogo nel 1998.

Il passaggio a regime della disciplina speciale ha reso questa necessità ancor più evidente, rendendo immediato il bisogno di uniformità e stabilità nella applicazione del regime 41*bis*.

Si è trattato poi di rendere chiara ai responsabili dell'Amministrazione territoriale la funzione svolta dall'istituto, che si è esplicata essere quella di garantire la prevenzione dei reati commessi in ambito di criminalità organizzata. Ciò è servito da un lato ad evidenziare quale debba essere l'obiettivo da perseguire nel concreto: ossia l'interruzione dei contatti tra gli esponenti detenuti della criminalità organizzata ed i componenti della consorteria operanti all'esterno. Da un altro punto di vista si è poi voluta evidenziare

la natura non retributiva dell'istituto, sul presupposto che esso non abbia quale scopo quello di punire più gravemente, ossia di "adattare" l'espiazione della pena alla gravità del reato commesso, ma quello di incidere significativamente sui flussi comunicativi che rappresentano la linfa vitale delle organizzazioni criminali. Da tali precisazioni discende la concreta responsabilizzazione di tutti gli operatori penitenziari affinché mantengano una visione non burocratica nell'attuazione delle prescrizioni previste nell'istituto, assumendo un ruolo di garanzia rispetto alla sicurezza della comunità esterna al carcere.

Da un punto di vista contenutistico le disposizioni presenti nella circolare si distinguono a seconda che siano state dettate dalla necessità di meglio specificare l'oggetto delle prescrizioni legislative, ovvero di contribuire sotto il profilo organizzativo al perseguimento della funzione di prevenzione.

3.1. La circolare 41bis. Disposizioni che riguardano l'applicazione del provvedimento ministeriale e delle singole prescrizioni previste dal regime

Appartengono a tale sottoinsieme di disposizioni, in primo luogo, quelle relative alla presa di efficacia del regime speciale, ossia quelle volte a portare correttamente a conoscenza dell'interessato il provvedimento ministeriale adottato nei suoi confronti, nonché quelle relative alla notifica al difensore di fiducia. Trattandosi di un profilo rilevante - e non potendosi escludere che il detenuto possa avvalersi di più difensori in procedimenti penali diversi - si è ritenuto di dovere prevedere una specifica nomina di difensore finalizzata all'eventuale esercizio del diritto di impugnazione avverso il provvedimento ministeriale di sottoposizione al regime.

Vi sono poi disposizioni volte a descrivere norme di dettaglio nell'applicazione della singola disciplina del regime speciale. Tra queste ad esempio vi è la concreta disciplina che descrive la concreta modalità di svolgimento dei colloqui con i familiari, che deve avvenire "in appositi locali muniti di vetri o altre separazioni a tutta altezza, che non consentano il passaggio di oggetti di qualsiasi natura, tipo o dimensione" e per mezzo di "opportuni ed idonei meccanismi quali pannelli isofonici, microfoni, citofoni o altri idonei sistemi" che garantiscano l'ascolto reciproco da parte dei colloquianti. Analogamente vengono disciplinate le modalità e le cautele assunte per lo svolgimento dei colloqui telefonici, nonché - per rinvio - le disposizioni relative ai pacchi e alle modalità di esercizio del visto di controllo sulla corrispondenza.

3.2. La circolare 41bis. Disposizioni che attengono alla organizzazione della vita in comune finalizzate a perseguire la funzione di prevenzione

Si tratta di un gruppo di disposizioni non connesse alle prescrizioni imposte con il regime, ma che contribuiscono a definire il ruolo preventivo del circuito speciale, che è quello di evitare i contatti tra detenuti che possano favorire dinamiche evolutive del crimine organizzato o comunque rivelarsi presupposto per la commissione di ulteriori delitti in ambito di criminalità organizzata. Si tratta di quelle disposizioni che prevedono le modalità di collocazione dei detenuti all'interno delle sezioni; che prescrivono attenzione per i contatti tra detenuti all'interno dell'istituto durante le ore di permanenza all'aperto e di socialità; che prescrivono il numero ottimale di persone che potrebbero comporre i gruppi in tre-quattro unità, nell'ambito della disposizione normativa che prevede che passeggi possano essere formati da un numero di detenuti fino a cinque. Vanno in particolare segnalate quelle disposizioni che impongono di tenere conto, nella formazione dei gruppi di socialità, del continuo evolversi del fenomeno criminale mafioso e che pertanto richiedono altre cautele rispetto a quelle, previste nel passato, che consistevano unicamente nella limitazione degli incontri tra i vertici delle medesime famiglie e di gruppi alleati. Si è pertanto ritenuto opportuno ammettere alla socialità in comune soltanto detenuti che abbiano già avuto periodi di permanenza in comune. Più recente e prolungata è stata la permanenza, maggiore si è ritenuta la idoneità a far parte dello stesso gruppo. Si è prescritto di evitare ogni contatto tra nuovi entrati nel circuito e detenuti da più tempo sottoposti al regime, di tal che si è prescritto che i nuovi entrati dovranno fare preferibilmente socialità tra loro, o con altri che da meno tempo sono inseriti nel circuito. Ciò allo scopo di evitare che vengano comunicati ordini, informazioni e notizie provenienti dall'esterno.

Allo stesso modo si è ritenuto di dettare cautele per le modalità dello svolgimento delle attività in comune e delle attività sportive.

3.3. La circolare 41bis. Disposizioni relative a profili non disciplinati nella legge

Vi è infine una serie di disposizioni relative a profili in qualche modo connessi alle prescrizioni dettate dal regime, ma rispetto ai quali non sono state esplicitate indicazioni normative nella disciplina legislativa. Il problema si è posto con riferimento alla disposi-

zione del regime speciale che vieta i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi e l'eventuale rapporto con tra i tutori e i detenuti "pupilli" interdetti legali. A tal proposito si è ritenuto di potere fare fronte alla necessità che il tutore sia reso edotto su dati e notizie indispensabili e che siano nella conoscenza esclusiva del detenuto, attraverso la richiesta di informazioni per iscritto, ovvero tramite la direzione dell'istituto di pena. La mancanza di un contatto diretto tra i due soggetti si è dunque ritenuta possibile ed opportuna - trattandosi di interdizione conseguente alla condanna, e pertanto relativa a soggetto dotato di capacità di intendere e di volere - di modo che l'attività del tutore possa svolgersi in modo assolutamente privo di condizionamenti. Per altro verso sono stati disciplinati e considerati ammissibili gli ingressi di terzi - quali ad es. notai - per il compimento di singoli atti giuridici.

4. La circolare AS sull'Alta Sicurezza

Si tratta di un atto organizzativo (lettera circolare del 9.1.2007) che regola alcuni criteri di accesso al regime per i soggetti appartenenti alla criminalità organizzata.

La necessità di una circolare che compendiasse nuovi criteri di assegnazione e declassificazione nel circuito di Alta Sicurezza si è posta con riferimento ai compiti di attenzione ai fenomeni criminali che pure una corretta gestione penitenziaria deve possedere. Il ricorrere di fenomeni connotati da una dimensione organizzativa dell'attività delinquenziale connota infatti le scelte degli organi chiamati ad utilizzare gli strumenti di prevenzione, ossia ad attuare quei rimedi volti a prevenire la riproduzione dei fatti delittuosi.

Nella criminalità organizzata la determinazione alla commissione di delitti avviene secondo modalità di natura strategica, che riguardano non solo la scelta di tempo e di luogo dell'azione, ma anche la possibilità di individuare la vittima a seconda del risultato che si vuole ottenere, di selezionare i mezzi e gli esecutori, di ponderare sempre l'effetto costi-benefici di ogni attività. Come tale l'attività criminale in contesto organizzato si caratterizza per una generale imprevedibilità e per la possibilità che le scelte criminali sul territorio siano eterodirette anche attraverso scambi informativi tra il carcere e l'esterno. Il suo contrasto deve essere dunque connotato da altrettanta flessibilità nell'ambito di una attività di prevenzione dei reati. Esso presuppone il coordinamento degli strumenti volti a paralizzarne l'attività, inibirne le comunicazioni strategiche, sottrarvi le risorse.

Per la porzione di responsabilità che ricade sull'Amministrazione penitenziaria, il carcere è stato sempre ritenuto in sé uno strumento utile e sufficiente per impedire la reiterazione dei reati. Tuttavia rispetto al fenomeno della criminalità organizzata l'esperienza degli ultimi anni ci ha insegnato come questa sua capacità si sia di molto ridotta se non addirittura obliterata. Di fatto grazie alla capacità di comunicare con l'esterno, ed in virtù della facoltà di individuare ruoli interscambiabili all'interno delle compagini organizzate, il carcere in sé, da qualche tempo, non è stato più in grado di impedire alle organizzazioni di esistere e di operare, potendo esse contare su ingenti patrimoni e su di una catena di comando tale da spersonalizzarne l'agire. La stessa misura del 41bis è sorta proprio dalla consapevolezza che il carcere fosse incapace di prevenire ed interdire le iniziative di governo della criminalità mafiosa da parte dei boss detenuti. Essa ha rappresentato la capacità di isolare i manager dagli esecutori delle attività criminali pianificate. Ma tale strumento speciale non può né deve costituire l'unico rimedio possibile: sia perché va riservato ai soggetti che sono posti al vertice delle organizzazioni; sia perché le dinamiche organizzative di gruppo possono riprodursi con facilità anche all'interno delle normali sezioni carcerarie tra accoliti di minore livello e porsi a presupposto per nuove dinamiche delittuose, oltre che recare turbamento all'ordine interno degli istituti.

Lo scenario che si presenta agli occhi dell'operatore istituzionale è dunque meritevole di ulteriori attenzioni rispetto alle problematiche poste dalla criminalità organizzata ed impone di far sì che i soggetti appartenenti alle realtà mafiose rimangano distinti da coloro che possono definirsi espressione di criminalità comune, anche ai fini di una specifica osservazione finalizzata alla prevenzione dei reati.

È da tale esigenza che ha preso le mosse la nuova circolare che si ripropone di attuare sul piano dell'organizzazione delle sezioni Alta Sicurezza uno schema che tenga conto della corretta interpretazione dei concetti di agevolazione mafiosa e metodo mafioso disciplinati nella legge n. 203/1991.

4.1. La circolare AS. Classificazione

Il problema si è posto in particolare modo per i soggetti che abbiano commesso qualche reato nelle condizioni previste dall'art. 7 della legge n. 203/1991. Per costoro a differenza di quanto avveniva in passato si è disposto l'inserimento nel circuito A.S., ritenendosi tale categoria a tutti gli effetti rientrante nell'ambito previsto dal-

l'art. 4 *bis*.

Nella precedente circolare del DAP del 1998 si sosteneva che la contestazione dell'aggravante in questione dovesse di per sé essere valutata come sintomo inconfutabile dell'assenza di uno stabile ed organico inserimento nel sodalizio criminale.

Per comprendere appieno il senso di quella norma e trasportarne gli effetti all'interno del sistema penitenziario si è ritenuto necessario analizzarne separatamente il contenuto. La citata aggravante prevede infatti due ambiti di applicazione tra loro ben distinti: l'agevolazione mafiosa e le modalità mafiose di commissione dei delitti. Per entrambi sono stati suggeriti criteri per valutare la organicità del soggetto alla criminalità mafiosa e dunque promuoverne l'accesso in AS.

Per ciò che riguarda la prima ipotesi dell'agevolazione, si è chiesto agli operatori di procedere ad una rapida analisi della personalità del detenuto, così come risulta dagli atti che ne hanno disposto la carcerazione. L'esclusione dal circuito Alta Sicurezza, che in passato avveniva di regola, d'ora innanzi potrà invece aversi solo nei casi - oggettivamente residuali - in cui il reato costituisca un contributo al perseguimento delle finalità mafiose posto in essere da soggetto del tutto estraneo organicamente alla consoteria. (Si pensi ai reati commessi da professionisti non organici ai gruppi criminali, benché consapevoli delle finalità del loro operato). Avviene infatti, nella gran parte dei casi, che l'art. 7, per l'ipotesi di agevolazione mafiosa, venga contestato a soggetti in realtà organici all'associazione, sul semplice presupposto delle conseguenze dell'attività criminosa. In molti casi la mancanza di una contestuale imputazione per il delitto dell'art. 416 *bis* c.p. va spiegata unicamente con l'avvenuta espiazione della pena irrogata per il reato associativo, già comminata per il periodo in cui è stato commesso il delitto-fine, ovvero perché sia in corso ancora la fase di indagine pre-cautelare per la fattispecie più ampia.

Tale scelta gestionale si fonda infatti sull'inopportunità di continuare a consentire che soggetti che ricoprono un ruolo organico e di agevolazione mafiosa siano detenuti nei reparti comuni, con gli ovvi rischi di proselitismo, nonché di maggiore facilità di comunicazione con l'esterno tesa a consolidare il sodalizio e ad organizzare le attività del gruppo mafioso di provenienza.

Per ciò che riguarda la seconda ipotesi dell'art. 7 - ossia la realizzazione di un delitto con modalità mafiose - non vi è invece alcun dubbio sulla necessità di assegnare gli autori dei relativi reati al circuito AS. Fermo restando quanto già considerato in precedenza, va infatti rilevato come la modalità di commissione mafiosa dei delitti

– utilizzo della forza di intimidazione; condizione di assoggettamento e di omertà derivante per le vittime – si caratterizza per la partecipazione organica alle consorterie mafiose, o comunque per l'adesione allo stile di vita mafioso, ed impone pertanto la necessità di inserimento nel relativo circuito.

La vera novità della circolare è tuttavia rappresentata dalla necessità di procedere alla consultazione del procuratore distrettuale antimafia, che d'ora in poi costituirà regola cui attenersi.

Nella circolare si esamina poi la situazione di quei soggetti detenuti per altri fatti, cui sia contestato a piede libero uno o più reati previsti dall'art. 4 *bis*, ovvero nei cui confronti sia venuta meno l'ordinanza di custodia cautelare; soggetti imputati dei delitti previsti dal citato articolo ma per tali reati scarcerati solo formalmente per decorrenza dei termini di custodia cautelare. Per costoro – rispetto al passato - si è ritenuto di mantenere la classificazione in AS.

4.2. La circolare AS. Declassificazione

Anche per la declassificazione - ossia per il transito del detenuto dal circuito AS al circuito per detenuti comuni - si è ritenuto di dovere intervenire, alla luce del costante incremento del fenomeno del crimine organizzato, per consentire valutazioni uniformi, e trasferendo la competenza finale dell'atto alla Direzione Generale detenuti, mentre prima operavano direttamente i direttori d'istituto.

Le singole Direzioni inoltreranno le proposte di fuoriuscita dal circuito di Alta Sicurezza corredate dal parere fornito dal gruppo di osservazione e da tutta la documentazione giudiziaria posseduta, nonché le informazioni all'uopo assunte presso organi investigativi qualificati. In particolare – rispetto al passato - dovrà essere consultato il Procuratore Distrettuale Antimafia competente, il cui parere dovrà essere obbligatoriamente riportato nel provvedimento che dispone la declassificazione.

5. Elevato Indice di Vigilanza

La circolare DAP n. 3479/5929 del 9 luglio 1998 ha formalmente istituito – tramite il consolidamento e l'innovazione dell'esperienza delle già esistenti sezioni detentive ad Elevato Indice di Vigilanza Cautelativa - il circuito "Elevato Indice di Vigilanza" (EIV), destinato ai detenuti di particolare pericolosità "soggettiva" desumibili:

A) dall'appartenenza all'area della criminalità terroristica od

eversiva, nazionale od internazionale; B) dalla natura e dal numero dei fatti commessi, dal pervicace intento di evasione, dai fatti di violenza grave commessa in danno di altri detenuti o degli operatori penitenziari, dai fatti di grave nocimento per l'ordine e la sicurezza penitenziaria, etc.

Per quanto concerne la classificazione di un soggetto nel circuito E.I.V. sulla base di questo ultimo punto, si precisa che - in via di principio - essa riguarda i detenuti comuni (media sicurezza) e solo in via eccezionale potrà riguardare soggetti ristretti che, per titolo di reato o altro presupposto, dovrebbero normalmente essere assegnati al circuito Alta Sicurezza. Ciò può verificarsi quando l'Amministrazione ritiene che il pericolo di evasione o di turbamento dell'ordine e della sicurezza dell'istituto risulti più rilevante rispetto ai pericoli che normalmente giustificano l'inserimento nel circuito Alta Sicurezza. In questo senso giova rammentarsi come *"...la commistione tra detenuti di primo livello [oggi A.S.] e detenuti pericolosi comuni potrebbe portare a inquietanti quanto nocivi legami o all'assorbimento nelle organizzazioni di stampo mafioso di soggetti pericolosi e gravitanti esclusivamente nell'ambito del terrorismo eversivo o di criminalità comune."*

È appena il caso di sottolineare che l'inserimento di un detenuto nel circuito E.I.V. non pregiudica o esclude l'applicazione - quando ne ricorra il caso e per determinati periodi - del regime di sorveglianza particolare ex art. 14 *bis* ordinamento penitenziario. Inoltre, poiché la pericolosità dei detenuti del circuito EIV è - di norma - pari a quella dei detenuti del circuito A.S. (sebbene diverso sia il tipo di pericolo che le due categorie esprimono), la circolare del '98 stabilisce che per l'organizzazione, il regime detentivo e le modalità trattamentali delle sezioni E.I.V. si applicano - *per relationem* - tutte le disposizioni e le indicazioni vigenti per le sezioni A.S. Con riguardo infine alle procedure di classificazione e di declassificazione nel circuito in parola - attesa la rilevanza nazionale dei detenuti interessati - la competenza ad adottare simili provvedimenti è attribuita alla Direzione Generale detenuti e trattamento del Dipartimento, mentre le Direzioni degli istituti penitenziari hanno facoltà di proporre motivatamente la declassificazione.

Secondo la corrente giurisprudenza - Cass. Sez. I 3 febbraio 2004, 14487/2004 e Sez. I, 24 marzo 2004, 228836/2004 - la materia della assegnazione a circuiti per motivi di sicurezza e prevenzione, ed in particolare a circuito EIV (Elevato Indice di Vigilanza) è sottratta anche al sindacato della magistratura di sorveglianza, essendo rimessa ogni valutazione alla esclusiva competenza dell'Amministrazione penitenziaria.

6. Materie non disciplinate da circolari. Le c.d. aree riservate di detenzione

Una rilevante questione è quella rappresentata dall'utilizzo delle c.d. aree riservate, ossia di semi-sezioni del tutto avulse dal contesto di detenzione degli altri detenuti appartenenti al circuito 41bis. Si tratta di soluzioni che hanno una valenza puramente logistico-strutturale e che non involgono modifiche al regime penitenziario. Presso le aree riservate vengono contenuti i capi storici delle organizzazioni mafiose, insieme ad altri detenuti – soggetti al 41bis – lì destinati per consentire la socialità con questi boss. Alcuni magistrati di sorveglianza, specie con riferimento a questa ultima categoria di soggetti, su reclamo generico degli interessati, hanno accolto la questione della assegnazione in area riservata, ritenendola pregiudizievole della qualità della vita penitenziaria, e non giustificata da ragioni personali di sicurezza, ma unicamente dalla necessità di garantire la socialità ad altri detenuti. In realtà la scelta di collocare un detenuto all'interno di una struttura con logistica e sicurezza rafforzate dovrebbe essere connessa alla normale funzione di gestione della sicurezza, non incidendo sulla quantità e qualità della pena. Peraltro la circostanza che i gruppi di socialità vengano formati da tre persone – anziché da cinque – che è il numero massimo consentito dalla legge, rimanendo invariati gli altri parametri di trattamento penitenziario, non dovrebbe costituire motivo di incidenza sui diritti del detenuto essendo comunque rispettato il parametro legislativo e quello previsto dalla circolare del 2003, in esito all'entrata in vigore della nuova legge n. 276/2002.

7. Il problema dell'impugnabilità giurisdizionale delle scelte dell'Amministrazione al di là degli strumenti legislativamente previsti

Il problema dell'impugnabilità giurisdizionale degli atti posti in essere dall'Amministrazione penitenziaria – se si esclude il ricorso a talune situazioni tipiche per le quali è sancito il giudizio – si svolge al di fuori della disciplina e della forza cogente del processo, nell'ambito del procedimento generico per reclamo e art. 35 o.p.

Con riferimento a questo genere di giudizio si è infatti consolidata una giurisprudenza tendente ad affermare che la decisione del magistrato è presa *"de plano"*, al di fuori cioè di ogni formalità processuale e di ogni contraddittorio; che la decisione che accoglie il reclamo non è dotata di alcuna specifica stabilità e finisce per

risolversi in una segnalazione o in una sollecitazione all'Amministrazione penitenziaria, senza forza giuridica cogente; e che avverso la decisione del magistrato di sorveglianza non sono ammessi ulteriori gravami: né reclami al tribunale di sorveglianza, né il ricorso per Cassazione¹.

7.1. Il problema dell'impugnabilità. Cenni sulle posizioni assunte dalla Consulta e dalla Cassazione sul punto della reclamabilità

Pronunciandosi circa la legittimità costituzionale della mancata previsione generale di un rimedio giurisdizionale avverso gli atti dell'Amm. penitenziaria lesivi dei diritti dei detenuti, la Consulta nella sentenza n. 26/1999, ha affermato che "la questione proposta deve essere accolta per la parte in cui con essa viene denunciata nella disciplina dell'ordinamento penitenziario, e in particolare negli artt. 35 e 69, che disciplinano le funzioni e i provvedimenti del magistrato di sorveglianza, un'incostituzionale carenza di mezzi di tutela giurisdizionale dei diritti di coloro che si trovano ristretti nella loro libertà personale". Nello stesso tempo essa rifiutava un intervento additivo – suggerito dai remittenti – affermando che "non può essere accolta l'indicazione rivolta a estendere, a tale scopo, gli specifici strumenti che la legge prevede per altre situazioni – quale quello previsto dall'art. 14 ter o.p.

La Corte di Cassazione a sezioni unite, nella sentenza del 23.2.2003, ha affermato che "al riconoscimento della titolarità di diritti deve necessariamente accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale, stigmatizzando l'inadeguatezza di modelli che si esauriscono nella mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss'anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per Cassazione.

La Corte suprema ha poi statuito che alla giurisdizione della magistratura di sorveglianza vada riferita la tutela pure degli interessi legittimi scaturenti da un atto dell'autorità amministrativa

¹ Sul punto ci si permette di rinviare a quanto osservato in *Le questioni controverse in materia di esecuzione della pena. I rapporti con l'amministrazione penitenziaria: I reclami; il diritto alla salute; il trattamento dei soggetti pericolosi (la proroga del regime 41-bis)* Incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura su *L'Esecuzione della Pena* Roma, 20-21 Marzo 2006.

(sempre che tali posizioni soggettive possano trovare accesso nel regime del trattamento); secondo una cognizione che non può ridursi agli usuali canoni di demarcazione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, attesa la riserva di giurisdizione connaturata alla necessità del rispetto dell'art. 27, 3° comma, della Costituzione". Ha infine concluso che nella specifica materia dei colloqui ci si trova in presenza sicuramente di diritti soggettivi, parte integrante del trattamento. Un rilievo cui sembra non potersi sottrarre, nonostante la diversa conformazione lessicale dell'art. 18, comma 5, della legge n. 354 del 1975, la materia della corrispondenza telefonica; il tutto - è necessario sottolinearlo - talora utilizzando un modello semiologico assai ambiguo ed impreciso. Nel motivare così ha poi considerato che alla conclusione di un'indiscriminata protezione nella materia dei colloqui è agevole pervenire anche ritenendo che l'immanente collegamento con l'esecuzione penale e con il regime della pericolosità intramuraria, intesa anche quale limite alla fruizione di strumenti di trattamento, lasciano difficilmente intravedere l'esistenza di un paradigma di provvedimento che sia espressione di discrezionalità amministrativa. Malgrado il lessico talora utilizzato sia dalla legge sia dal regolamento, l'esercizio del potere amministrativo espresso nel provvedimento appare riferibile ad una sorta di discrezionalità tecnica, vincolata nei presupposti e nei fini; delineando così una possibilità di scelta che spetta all'Amministrazione allorché sia chiamata a qualificare fatti suscettibili di varia valutazione, riducendosi ad un'attività di giudizio a contenuto *lato sensu* scientifico.

7.2. Il problema dell'impugnabilità. Alcune considerazioni di carattere sistematico

Talune affermazioni della Corte, sopra riportate, per la verità vengono ad assumere le sembianze di veri e propri postulati, più che di conseguenze stringenti sul piano logico e giuridico. Va infatti osservato come nella pronuncia non vi sia in concreto alcuna approfondita analisi della natura e delle caratteristiche degli atti dell'Amministrazione rispetto ai quali si ritiene di poter denunciare la lesione di una posizione soggettiva, né tampoco una concreta verifica della effettiva natura delle posizioni che si assumono essere oggetto di lesione.

Sta di fatto che la C.S. ha inteso operare la valutazione delle disposizioni dettate in via generale ed astratta dal regolamento penitenziario, rilevandone la logicità ed il rigore dispositivo. La

decisione delle sezioni unite, che partiva dalla affermazione del principio espresso dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 26/1999 ed appariva spingersi sino ad una operazione di riconoscimento "creativo" del diritto ad un procedimento assistito da garanzie di effettiva giurisdizionalità nella materia dei colloqui e della corrispondenza telefonica, in realtà non ha prodotto alcun effetto concreto, né era in grado di produrne.

A ben vedere infatti la materia dei colloqui e della corrispondenza negli istituti penitenziari è rigorosamente ancorata a ciò che la legge ed il regolamento – le cui disposizioni erano oggetto dell'impugnazione – prevedono.

Dunque - una volta affermata in modo solenne nella parte motiva la legittimità delle disposizioni relative ai colloqui contenute nel DPR n. 230/2000, regolamento penitenziario – la Corte ha affermato che *ogni limite che appaia ragionevolmente strumentale al perseguimento della funzione rieducativa e che venga commisurato alla tipologia di reato commesso - sempre e comunque rientrante nell'area dei c.d. delitti di criminalità organizzata (v. ora la nuova formulazione dell'art. 4-bis, quale risultante dalle modifiche apportate dall'art. 1 della legge 23 dicembre 2002, n. 279) - non solo non viola il precetto di cui all'art. 1, comma 2, dell'ordinamento penitenziario, ma si conforma, anzi - secondo un modello che assicura uniformità di disciplina, in attuazione delle esigenze proprie del trattamento - alla norma adesso ricordata. Tanto più che l' "autolimitazione" operata dalla disposizione regolamentare relativamente ai poteri conferiti all'amministrazione nella materia si risolve anche in un regime di garanzia per i destinatari dall'impiego di ogni discriminazione e di ogni "privilegio" rispetto ai condannati di reati di tale gravità".* Così stando le cose, quanto meno con riferimento ai colloqui, la questione va considerata sostanzialmente chiusa per ogni eventuale futura controversia che abbia ad oggetto determinazioni dell'Amministrazione penitenziaria correttamente attuative del regolamento.

Il limite dell'impostazione logico-giuridica della sentenza della Corte sta proprio in ciò, nella sostanziale non ricorrenza di una ipotesi di lesione di diritti, poiché la disposizione contestata era stata adottata sulla base della applicazione di un testo di normazione generale, sulla base della potestà di attuazione, con atto generale ed astratto, delle disposizioni contenute nella legge di ordinamento penitenziario. Ciò che manca in tutta la pronuncia è proprio la determinazione di una impostazione sistematica: la evidenziazione delle situazioni sostanziali – differenziate e qualificate - la cui lesione possa essere oggetto di lagnanza da parte del detenuto, e dell'eventuale conseguente riconoscimento di un ido-

neo strumento di tutela processuale. Con riferimento al problema della qualificazione della posizione soggettiva che si assume lesa, è stata sommariamente riconosciuta una giurisdizione piena ed esclusiva – su diritti ed interessi – alla magistratura di sorveglianza, ma senza alcuna analisi differenziale in relazione alle posizioni soggettive. Anzi laddove tale analisi sistematica è accennata si fa riferimento a conseguenze che disorientano l'interprete (le Sez. Un. parlano di giurisdizione sugli interessi ed ipotizzano la disapplicazione dell'atto amministrativo).

In compenso, in via esemplificativa la C.S., nella molteplicità di aspetti oggetto di regolamentazione che la vita detentiva può presentare, ha dunque preferito selezionare alcune materie – i colloqui e la corrispondenza telefonica per l'appunto – che, per la loro valenza trattamentale e per la rilevanza dei valori costituzionali che implica il loro esercizio, appaiono tali da meritare una tutela piena delle situazioni controverse.

Tale semplificazione nell'ammettere, per determinate materie il ricorso allo strumento giudiziario ordinario – udienza, provvedimento e ricorribilità per Cassazione, anziché utilizzo dello strumento del reclamo generico ex art. 35 o.p. – non deve tuttavia ottundere il duplice piano sul quale questi aspetti della vita penitenziaria possano trovare sistemazione. Ossia: a) La regolamentazione degli stessi secondo disposizioni connotate da astrattezza e generalità, rispetto a cui la fruizione di tali opportunità finisce per obbedire a criteri obiettivi e validi per tutti i detenuti secondo regole generali. Tale sistemazione può essere considerata espressione della funzione di organizzazione della sicurezza penitenziaria, che rientra tra i compiti generalmente rimessi all'esecutivo. Essa pertanto – salvo il caso, improbabile, di una generale oblitterazione dei diritti dei detenuti – non dovrebbe dar luogo a posizioni sostanziali "differenziate", come del resto è avvenuto per la questione oggetto della sentenza delle Sez. Un. b) La concreta disposizione che riconosca, o neghi, ai singoli l'accesso a questi spazi di trattamento sulla base della applicazione di quei criteri generali.

Abbiamo visto come la Cassazione abbia ritenuto irrilevante il "livello" della scelta amministrativa, ai fini della ammissibilità del ricorso allo strumento giurisdizionale. Nel senso che attraverso la impugnazione del concreto diniego, motivato sulla applicazione di una regola generale di organizzazione, essa ha finito dunque per ammettere il sindacato persino sull'atto generale – ossia sul regolamento penitenziario – ritenendo comunque la materia di tale delicatezza che persino le disposizioni organizzative generali debbano subire – sia pure una tantum – il vaglio del controllo giurisdizionale.

zionale sulla legittimità del loro contenuto. Essa ha voluto pertanto sottolineare come – essendo i colloqui e le telefonate - veri e propri diritti del detenuto che ineriscono alla sua personalità, essi non solo non possono essere negati in via generale, ma inoltre nessuna regolamentazione restrittiva può essere ammessa se non in un quadro chiaro di evidenze costituzionali che ne consentano la modifica.

Al di là di queste specifiche tematiche, che per la loro rilevanza non consentono di distinguere, ai fini dell'ammissibilità del diritto ad un giudizio, tra la fase di disciplina generale e quella di concreta determinazione delle singole scelte amministrative, rimangono tutte le altre materie, nei fatti prive – in entrambe le dimensioni – del diritto al ricorso alla giurisdizione.

Si tratta di una varietà di situazioni che afferiscono alla quotidiana disciplina della vita interna di reparto e che vanno dalla assegnazione al circuito o alla sede penitenziaria sino alla logistica, ai beni di cui è consentito il possesso, alla regolamentazione delle attività trattamentali. Per altre materie, per converso, a fronte del possibile cattivo uso del potere amministrativo in casi singoli e differenziati, tale opportunità non è stata concessa.

In linea generale infatti, volendo pensare ad un sistema compiuto - che prenda le mosse dalla valutazione dell'esercizio dei poteri e dalla corrispondente posizione soggettiva tutelabile – occorrerebbe distinguere i due ambiti.

Da un lato infatti dovrebbe sancirsi una sostanziale esclusione di intervento giurisdizionale con riguardo alla sindacabilità delle determinazioni di carattere generale rimesse alle scelte dell'Amministrazione penitenziaria, con riguardo agli spazi di competenza gestionale ad essa attribuiti dalla legge. Si pensi agli orari ed ai tempi di permanenza all'aria aperta – naturalmente salvi i limiti minimi già fissati dall'ordinamento – la cui regolamentazione comporta una organizzazione logistica, economica e di sicurezza (utilizzo di agenti, opportunità di svolgimento nel tempo di giorno, durata che consenta le rotazioni dei gruppi ed il rispetto dei divieti di incontro). È impensabile che in questo contesto si possa procedere al sindacato di scelte come queste che comportano comunque una dimensione organizzativa rilevante.

Un problema diverso dovrebbe porsi invece con riguardo ad applicazioni concrete che fondino sulla errata applicazione di scelte organizzative generali dell'Amministrazione penitenziaria. Si pensi ad esempio ad una errata classificazione di un detenuto in Alta Sicurezza in assenza delle condizioni previste dalla circolare. È pur vero che tale scelta potrebbe comportare comunque il ricorso alla giurisdizione quando finisca per riguardare quelle materie

tematicamente ad essa riservate (nel caso di specie la errata classificazione comporterebbe la riduzione dei colloqui da 6 a 4 e per questa via la determinazione potrebbe essere sindacata con ricorso agli strumenti di giurisdizione ordinaria), ma rimane tuttavia aperto il problema di tutti gli altri casi nei quali le scelte compiute dall'Amministrazione non consentano una verifica circa la correttezza della applicazione delle regole organizzative generali.

Se in un futuro sarà costruito un sistema di impugnabilità generale degli atti dell'Amm.ne non v'è dubbio che la ammissibilità dei ricorsi passerà attraverso questa distinzione tra esistenza del potere di regolamentazione e corretto esercizio dello stesso, ossia attraverso quella valutazione che consente all'Amministrazione di incidere su posizioni soggettive, ma che al tempo stesso offre ai singoli strumenti di tutela ad una duplice condizione: che si tratti di interessi qualificati, ossia differenziati ed individualmente meritevoli di tutela; che vi sia stato un cattivo esercizio dei poteri pubblici.

Frattanto il sistema di giustizia continua a prevedere quale strumento di tutela il ricorso al reclamo generico ex art. 35 ed il potere di ispezione della magistratura di sorveglianza, rispetto ai quali i risultati, in termini di costruzione di una realtà carceraria rispettosa dei principi costituzionali – pur nel silenzio e nella serietà dell'azione che caratterizza l'operato di quel giudice - hanno comunque assicurato risultati importanti. Va infatti ricordato come la determinazione del magistrato di sorveglianza, in esito al procedimento per reclamo, rimane comunque la espressione di un giudice con riferimento al livello di legalità di un sistema organizzativo, ossia alla sua capacità di esprimere e rappresentare i principi contenuti dell'ordinamento penitenziario. Esso costituisce dunque un precetto giuridicamente vincolante, anche in assenza di una sanzione specifica, il cui mancato rispetto espone comunque l'Amministrazione e l'esecutivo a conseguenze sul piano politico, finendo per certificare la inadeguatezza dell'azione amministrativa al perseguimento di finalità imposte da leggi dello Stato.

LA REPRESSIONE DELLA TRATTA DI PERSONE: ASPETTI PENALISTICI, PROCESSUALI E PENITENZIARI

TONIA GIUGLIANO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. La fotografia della popolazione detenuta straniera: brevi cenni sul rapporto tra immigrazione illegale e criminalità degli stranieri. - 2. Le forme di manifestazione del traffico internazionale di persone. - 3. Il quadro normativo italiano: in particolare, la tratta di persone e lo sfruttamento della immigrazione clandestina e le principali problematiche di ordine teorico-pratico. 4. Le teorie sulla criminalità degli stranieri. Un nuovo modello interpretativo sui rapporti tra la immigrazione illegale e la criminalità organizzata. - 5. Le caratteristiche strutturali e le modalità operative delle organizzazioni criminali. - 6. La definizione del concetto di criminalità organizzata. - 7. Le difficoltà nelle indagini relative al traffico di persone. L'attività di osservazione e di pre-investigazione della polizia penitenziaria. - 8. La banca dati centralizzata presso la D.N.A. ed il D.A.P. Le squadre e servizi specializzati di polizia penitenziaria. Proposte di riforma della legislazione nazionale. - 9. La collaborazione internazionale. - 10. Proposte di modifica degli articoli 4 *bis* e 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario.

Introduzione

La fotografia della popolazione detenuta straniera: brevi cenni sul rapporto tra immigrazione illegale e criminalità degli stranieri.

Il presente lavoro trae spunto da un fenomeno recente ed in progressivo aumento, ovverosia l'incremento, tra la popolazione detenuta, del numero degli stranieri, per lo più clandestini, anche in rapporto a quello dei detenuti italiani (che, in percentuale, appare sensibilmente inferiore), come confermato dai dati statistici di seguito riportati¹. In valore assoluto, rileviamo invece una crescita di oltre 2.300 unità.

Protagonisti di questo incremento, che nel solo mese di maggio 2006 risulta del 4% rispetto allo stesso periodo dello scorso anno e

* Commissario. Direzione Generale del Personale e della Formazione, D.A.P.

¹ Dati riferiti a maggio 2006. Fonte: D.A.P.- Ufficio per lo Sviluppo e la Gestione del Sistema Informativo Autorizzato - Sezione Statistica.

che prosegue ormai da circa un decennio, sono i detenuti stranieri, il cui numero di presenze a fine anno presso gli Istituti Penitenziari è raddoppiato tra il 1996 (19,65% sul totale dei presenti) e il 2005 (33,32% sul totale dei presenti). Attualmente costituiscono ancora circa il 33% dei soggetti sottoposti a misure privative della libertà personale.

Si tratta soprattutto di persone provenienti dall'Europa e dall'Africa, in particolare da **Marocco** (3.504 nel 2001, 3.653 nel 2002, 3.725 nel 2003, 3.941 nel 2004, 4.208 nel 2005), **Albania** (2.674 nel 2001, 2.751 nel 2002, 2.721 nel 2003, 2.750 nel 2004, 2.971 nel 2005), **Tunisia** (2.026 nel 2001, 2.019 nel 2002, 1.981 nel 2003, 1.934 nel 2004, 2.076 nel 2005), **Algeria** (1.449 nel 2001, 1.456 nel 2002, 1.327 nel 2003, 1.239 nel 2004, 1.308 nel 2005), **Jugoslavia** (915 nel 2001, 902 nel 2002, 850 nel 2003, 897 nel 2004, 859 nel 2005), e **Romania** (690 nel 2001, 958 nel 2002, 1.228 nel 2003, 1.421 nel 2004, 1.787 nel 2005), su un totale di presenze pari, rispettivamente, a 55.275 nel 2001, 55.670 nel 2002, 54.237 nel 2003, 56.068 nel 2004 e 59.523 nel 2005.

A questi Paesi appartiene circa il 56% dei detenuti stranieri presenti anche a fine maggio 2006. Limitatamente agli stranieri osserviamo una quota di detenuti condannati pari al 50% del totale. Per contenere il progressivo incremento della popolazione detenuta straniera sono stati introdotti strumenti quali l'espulsione a titolo di sanzione alternativa alla detenzione, e successivamente la sospensione condizionata della pena fino a due anni. A partire dal 2005 e fino ai primi sei mesi del 2006 poi, si è verificato un aumento delle immatricolazioni dovuto esclusivamente ai nuovi giunti stranieri, mentre gli italiani sono addirittura in calo rispetto all'anno precedente. Tale aumento potrebbe, tra l'altro, presumibilmente essere associato all'applicazione delle norme previste dal Testo Unico sull'immigrazione, come modificato dalla Legge 189 del 2002.

Le tipologie di reato ascritte ai detenuti stranieri presenti in carcere² sono rappresentate in primo luogo dai reati contro il patrimonio (il 27,2% del totale), a seguire le violazioni contro la legge sulla droga (23,6% del totale), i reati contro la persona, ivi compresi quelli di tratta di cui all'art. 601 c.p. (17,9%), contro la fede pubblica (6,6%), relativi alla legge sugli stranieri (6,4%), contro la pubblica amministrazione (5,4%), in materia di armi (4,2%), di prostituzione (2,1%), di ordine pubblico (1,5%), contro l'amministrazione della giustizia (1,5%), la violazione del Libro III del codice penale sulle

² Dati riferiti al 30.06.2006. Fonte: DAP - Ufficio per lo Sviluppo e la Gestione del Sistema Informativo Automatizzato- Sezione Statistica.

contravvenzioni (1,3%), nonché altri reati (0,9%).

Invero, nel corso della trattazione si illustrerà come, un'analisi rigorosa e complessiva del fenomeno, ha condotto ad elaborare una nuova ipotesi interpretativa delle correlazioni esistenti tra migrazioni e criminalità degli stranieri, maggiormente aderente alla realtà. Tale approccio conoscitivo, di tipo rigorosamente scientifico, è stato fondato sull'esame dei dati statistici relativi, da un canto, proprio alla popolazione detenuta straniera e, dall'altro, su quelli emergenti dalle statistiche giudiziarie (in ordine ai clandestini denunciati e poi condannati), nonché su quelli dei flussi migratori.

Ciò ha consentito di cogliere non solo l'evoluzione, ma anche le dinamiche e le nuove ed allarmanti forme di manifestazione dell'immigrazione, così da elaborare una teoria capace di considerare la criminalità dell'immigrato come dipendente, in parte, dall'ingresso delle organizzazioni criminali transnazionali nel traffico dei migranti.

Gli studiosi più autorevoli della materia³ hanno evidenziato l'esistenza di un rapporto di proporzionalità diretta tra il dilagare dell'immigrazione illegale, con il conseguenziale aumento della criminalità straniera cd. "indotta", ed il controllo del traffico internazionale di persone (nelle sue principali manifestazioni dello *smuggling of migrants* e del *trafficking of human beings*), da parte delle principali organizzazioni transnazionali del nostro pianeta. Nel senso che l'aumento dei flussi migratori "illegali", a differenza dell'immigrazione di tipo "regolare", risulta essere sempre collegato ad un rafforzamento della presenza e ad un aumento delle ramificazioni locali di gruppi criminali transnazionali su più territori nazionali. Pertanto, per comprendere le reali dinamiche del fenomeno migratorio di tipo "illegale", risulta imprescindibile l'analisi del *modus operandi* nonché dei sottesi interessi strategici delle organizzazioni criminali che lo gestiscono.

Ed invero, solo nel 2005 sono state smantellate in Italia molte organizzazioni criminali dedite all'immigrazione clandestina ed alla tratta, con circa 8.000 persone arrestate o denunciate per questi reati gravi⁴.

³ E. U. SAVONA e A. DI NICOLA, *Migrazione e criminalità. Trent'anni dopo*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 1998, pp.171 e ss.; G. TINEBRA e A. CENTONZE, *Il controllo dell'immigrazione illegale da parte delle organizzazioni transnazionali ed il problema della criminalità indotta*, in AA.VV. *Il traffico internazionale di persone*, a cura di G. Tinebra e A. Centonze, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 19 ss.

⁴ A. PANSA, *La disciplina dei flussi migratori, fra il contrasto dell'immigrazione illegale e le opportunità di integrazione-Le dimensioni economiche del traffico di esseri umani e i canali del riciclaggio*, relazione all'incontro di studio del C.S.M. sul tema "Traffico di esseri umani", Roma, 6 febbraio 2006.

In entrambe le ipotesi delittuose, dello *smuggling* e del *trafficking*, in ogni caso, è stato chiarito che le organizzazioni criminali transnazionali puntano a sfruttare l'inevitabile condizione di sottomissione, fisica e psichica, rivestita dagli immigrati clandestini, per impiegarla nei mercati illeciti degli Stati della loro destinazione definitiva come, ad esempio, quelli della prostituzione, dello spaccio di sostanze stupefacenti, della pedopornografia, dell'accattagnaggio, del lavoro nero nei settori dell'agricoltura e della piccola imprenditoria.

Gli enormi interessi delle organizzazioni criminali sottesi al traffico internazionale e, dunque, la difficoltà di contrastare il fenomeno, emergono dall'analisi delle cifre sui profitti cui le predette attività illecite danno luogo.

I "profitti" annuali sul traffico delle droghe "naturali" costituiscono nella economia mondiale circa 300-500 miliardi di dollari. Il "fatturato" della prostituzione è in Paesi come l'Italia almeno pari a quello di interi settori produttivi come il tessile e l'abbigliamento. Un capitolo a parte merita la nuova industria del commercio di organi: una industria altamente tecnologica, che canalizza organi umani dai Paesi dell'Est europeo (Russia, Albania, ecc.) verso le società sviluppate dell'Unione Europea e degli Stati Uniti.

Di qui, lo stimolo ad approfondire la problematica del traffico di persone e delle sue forme di manifestazione, delle caratteristiche e dinamiche operative della criminalità transnazionale; indi, ad analizzare gli strumenti di contrasto che si stanno sperimentando, sia a livello nazionale che sovranazionale, circoscrivendo l'indagine alle attività della magistratura e delle forze di polizia, onde verificare se, nell'ambito di questi ultimi, anche il corpo di polizia penitenziaria possa svolgere un ruolo e delle funzioni determinanti.

Inoltre, l'analisi del fenomeno del traffico internazionale di persone, ha portato altresì ad evidenziare alcune lacune normative e, dunque, la necessità *de iure condendo* di una riforma organica e sistematica della normativa vigente.

In particolare, è emerso che è mancato il necessario coordinamento tra la legge n. 279 del 23 dicembre del 2002 (che ha esteso, tra l'altro, anche ai reati di cui agli artt. 600-602 c.p. l'applicabilità degli artt. 4 *bis* e 41 *bis* della legge n. 354 del 26 luglio 1975) e la successiva legge n. 208 del 2003, che non solo ha modificato i predetti articoli del codice penale ma ha, altresì, introdotto una ipotesi aggravata dell'art. 416 c.p.

Si è pensato, pertanto, di proporre la istituzionalizzazione di una fattispecie associativa (specificata) per i reati di tratta di persone e di favoreggiamento della immigrazione clandestina e, correlati-

vamente, di riformare gli artt. 4 *bis*, primo periodo e 41 *bis*, secondo comma della legge 354/75 onde, tra l'altro, assoggettarne gli autori al regime detentivo speciale.

Infine, il presente elaborato vuole anche rappresentare un contributo onde verificare se il cd. "carcere duro" di cui all'art. 41 *bis* della legge n. 354 del 1975, costituisca un regime sufficiente ed appropriato; ovvero se, considerate le specificità di tale forma di criminalità organizzata, occorrerebbe adottare particolari accorgimenti, in specie in punto di assegnazioni ai vari circuiti penitenziari, sul presupposto che uno specifico e mirato regime penitenziario può costituire anch'esso un valido strumento di contrasto, nella duplice ottica della prevenzione e della repressione.

2. Le forme di manifestazione del traffico internazionale di persone

Come accennato in premessa, è indubbio che il traffico internazionale di persone rappresenti l'antecedente ed il presupposto organizzativo indispensabile della immigrazione illegale degli stranieri che, di conseguenza, rappresenta solo uno degli aspetti, quello terminale, di un più vasto fenomeno criminale, che ha come obiettivo proprio il controllo dei flussi migratori clandestini che investono il mondo occidentale.

Molto sinteticamente, è da premettere che l'immigrazione irregolare o clandestina costituisce un fenomeno particolarmente complesso, in continua espansione e difficilmente quantificabile che, lungi dall'essere omogeneo, può assumere una molteplicità di forme ed essere diversamente classificato. Sostanzialmente, possiamo distinguere tre forme di immigrazione clandestina: 1) i migranti che entrano, o tentano di entrare, in uno Stato sottraendosi ai controlli alle frontiere o di nascosto, ovvero utilizzando documenti di viaggio e di identità contraffatti, così come gli stranieri che, entrati in uno Stato per motivi turistici, profittano del loro soggiorno per svolgere un lavoro temporaneo, in tal modo sottraendosi alle misure specificamente previste per tale scopo; 2) i migranti che prolungano il loro soggiorno oltre il periodo autorizzato o in violazione delle condizioni cui la loro ammissione era stata subordinata (c.d. *overstayers*); 3) coloro che, entrati clandestinamente in uno Stato, invocano lo *status* di rifugiato al fine della regolarizzazione della loro posizione e coloro che vedono rigettata la loro domanda di asilo dopo lunghi mesi di attesa, quando hanno già trovato un lavoro

nello Stato di accogliimento e che, di conseguenza, decidono di non fare rientro nel paese d'origine. Si tratta, in entrambi i casi, di persone non qualificabili come rifugiati ai sensi della convenzione di Ginevra del 1951 (fenomeno del c.d. "*asylum shopping*").

Questi stessi stranieri che sono stati oggetto di traffico divengono, spesso, per necessità o costrizione (cd. criminalità indotta), gregari delle medesime organizzazioni criminali che ne hanno gestito il traffico. Ed è altrettanto vero che, attraverso un procedimento a ritroso, è proprio l'emersione dell'attività illegale svolta dallo straniero nel paese di destinazione⁵ nonché, aggiungerei, un'attenta osservazione ed indagini investigative effettuabili negli stessi istituti penitenziari in cui si trovano reclusi, a costituire lo strumento attraverso cui intercettare l'attività di traffico internazionale di persone.

Prima di proseguire nella disamina dell'intera problematica, occorre pertanto sinteticamente descrivere le principali forme attraverso cui si manifesta il traffico internazionale di persone, onde andare ad analizzare, nel capitolo successivo, le caratteristiche salienti della criminalità organizzata transnazionale che lo gestisce e controlla.

Le attività delittuose attraverso cui si concretizza il traffico di persone sono molteplici, estremamente articolate nel tempo e nello spazio (violenza privata, violenza sessuale, minaccia, sequestro di persona, anche a scopo di estorsione, falsificazione di documenti, corruzione di pubblici ufficiali, sfruttamento della prostituzione, anche minorile, associazione a delinquere e così via), e vengono gestite da gruppi criminali transnazionali che curano tutte le fasi del trasferimento illegale degli immigrati, raccordandosi con le varie frange criminali presenti sul territorio.

All'interno dell'unitario fenomeno del traffico di persone, poi, devono essere compresi due fenomeni criminali sostanzialmente differenti: la tratta di persone ed il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

La prima (*trafficking of human beings*), si sostanzia in una serie di attività delittuose consistenti nel reclutamento, attraverso forme di coazione fisica o psichica, di immigrati clandestini, in funzione del loro sfruttamento criminale nei mercati illegali della prostituzione, del lavoro nero, dell'accattonaggio, del traffico di organi, successivo al loro ingresso nello Stato straniero di destinazione.

La seconda fattispecie delittuosa (*smuggling of migrants*, letteralmente contrabbando di migranti) consiste in una serie di atti-

⁵ E. ROSI, *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti. Strumenti internazionali*, in *Cassazione penale*, 2001, p. 1987.

vità delittuose tendenti a sfruttare l'ingresso illegale di una o più persone in uno Stato straniero, a prescindere dal loro successivo inserimento in uno o più mercati illeciti.⁶

Le persone oggetto di traffico vengono prevalentemente destinate allo sfruttamento per diverse finalità, donde la conseguenza per la quale, sul piano pratico, la differenziazione delle due fattispecie risulta molto difficile da provare. In un caso (*trafficking*), lo sfruttamento è forzato giacché si radica sin dalle fasi genetiche della instaurazione del rapporto: le persone vengono reclutate, raccolte ed individuate attraverso forme di violenza, ovvero di ricatto e di inganno; nell'altro (*smuggling*), spesso avviene su basi consensuali, incrociandosi i reciproci interessi sia da parte del trafficante che del trafficato. Il primo ha la possibilità di disporre di una merce ed ha i mezzi ed i contatti per organizzare il viaggio clandestino; il secondo ha l'esigenza del trasferimento ma, molte volte, non possedendo un capitale mobile proprio, è costretto a mettere a disposizione dei trafficanti il proprio corpo, la propria forza fisica per pagare il prezzo del viaggio.

Le due fattispecie sono state formalizzate nella Convenzione delle Nazioni Unite sulla criminalità organizzata, sottoscritta a Palermo nel dicembre del 2000 da numerosi Stati⁷ ed, in particolare, nei due Protocolli addizionali⁸.

⁶ Sul punto è significativa la definizione di cui all'art. 3 del fondamentale documento UNITED NATIONS, GENERAL ASSEMBLY, CRIME PREVENTION AND CRIMINAL JUSTICE, Annex II, Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nation Convention against Transnational Organized Crime, New York, 2000, riportato da G. TINEBRA e A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone ed il controllo dell'immigrazione clandestina: una prima delimitazione del campo di indagine*, cit., pp. 15-18.

⁷ L'articolato della convenzione è rinvenibile, tra l'altro, nell'appendice normativa di AA.VV., *Il traffico internazionale di persone*, cit., nonché in F. SPIEZIA - F. FREZZA - N. M. PACE, *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani. Primo commento alla legge di modifica alla normativa in materia di immigrazione ed asilo*, Giuffrè, Milano 2002.

⁸ L'art. 3 del Protocollo addizionale alla Convenzione per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini, definisce la tratta come "il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite l'impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi". L'art. 3 del Protocollo addizionale alla Convenzione per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria, definisce il traffico di migranti come "il procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente".

3. Il quadro normativo italiano: in particolare, la tratta di persone e lo sfruttamento della immigrazione clandestina e le principali problematiche di ordine teorico-pratico

In Italia, in seguito all'adesione e sottoscrizione della Convenzione di Palermo, è stata emanata la *Legge 11 agosto 2003, n. 228*, intitolata "Misure contro la tratta di persone"⁹, (le cui definizioni richiamano molto da vicino quelle della Convenzione), che ha modificato gli artt. 600, 601, 602 c.p. e con la quale si è definito l'assetto normativo per contrastare il fenomeno criminale in discorso, che sarà così modellato sulla fattispecie del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, disciplinata dall'*art. 12 D.Lgs. 286/98*, (T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, modificato dalla L. 189/2002), già vigente, e sugli articoli del codice penale riformati dalla L. 228/2003. Tale novella si era resa necessaria, da un lato, perché i reati di cui agli artt. 600-602 del c.p. peccavano di eccessiva carenza di tassatività e determinatezza, con tutte le conseguenze in termini di lesione del principio di legalità e, dunque, di certezza del diritto, nonché di parità di trattamento e rispetto dei diritti fondamentali del cittadino conseguenti alla difforme interpretazione ed applicazione delle norme penali; dall'altro, perché le vetuste fattispecie codicistiche della schiavitù (di cui ai precedenti artt. 600-602 c.p.) erano del tutto inadeguate ad incriminare le nuove ed articolate forme in cui lo sfruttamento delle persone, attraverso la tratta, si manifesta.

Ed invero, il previgente art. 600 c.p.¹⁰, pur con le interpretazioni della giurisprudenza della Corte di Cassazione, tali da consentire una più ricorrente applicazione nei casi di sfruttamento di immigrati clandestini, presupponeva sempre il raggiungimento della prova che la persona fosse stata ridotta in condizioni analoghe alla schiavitù, intesa come condizione di fatto di totale assoggettamento all'altrui volontà. Il fenomeno del traffico di esseri umani, invece, può avere una portata più ampia, ricorrendo ogniquale volta vi è un'attività di induzione, di reclutamento e di trasferimento di persone da un luogo ad un altro o anche nell'ambito di uno stesso Stato, per sfruttarne in qualche modo, per fini illeciti, la persona.

⁹ Legge 11 agosto 2003, n.228, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 195 del 23 agosto 2003.

¹⁰ Il testo previgente così disponeva:<< art.600. Riduzione in schiavitù. Chiunque riduce una persona in schiavitù, o in una condizione analoga alla schiavitù, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni>> .

Analogamente, il precedente testo dell'art. 601 c.p.¹¹, riferendosi alla tratta ed al commercio di schiavi ovvero di persone già in condizione analoga alla schiavitù, coglieva solo uno dei possibili momenti evolutivi del più ampio fenomeno del traffico, perché questo può sussistere senza che le persone siano state già ridotte in schiavitù o in condizioni analoghe.

In definitiva, il legislatore ha immaginato due situazioni estreme. In un caso, lo straniero, consapevole di non possedere i requisiti previsti dalla nostra legge per l'ingresso regolare, si rivolge volontariamente all'organizzazione criminale transnazionale con cui stipula un contratto di trasporto per il quale normalmente essa viene retribuita. Il vettore si rende autore del delitto di favoreggiamento dell'ingresso clandestino (punito con la reclusione da uno a cinque anni); mentre, lo straniero che attraversa la frontiera in condizioni di illegalità, pone in essere un mero illecito amministrativo, passibile di espulsione che, per il rapporto di specialità tra sanzione penale ed amministrativa di cui all'art. 9 della legge 689/91, impedisce di incriminare il clandestino per concorso nel medesimo reato del vettore. Invero, sottese alla scelta politica di non incriminarlo, sono ragioni di opportunità di tipo prevalentemente processuale, giacché è proprio il clandestino che, in quanto non concorre nel reato può, ai sensi del combinato disposto degli artt. 351 c.p.p., 500 e 512 *bis* c.p.p., essere sentito dalla polizia giudiziaria per sommarie informazioni ed eventualmente come testimone in giudizio, onde risalire e punire i vertici e i componenti dell'organizzazione criminale. Benché la reazione dell'ordinamento nei confronti del clandestino appaia improntata alla logica retributiva, giacché questi viene espulso quando l'illecito non è grave, altrimenti la pena viene eseguita e le esigenze di prevenzione speciale sono rimesse alla espulsione quale misura di sicurezza (art. 15 T.U. cit.).

Nell'altro caso, il clandestino rappresenta la vittima ordinaria del delitto di tratta (che, teoricamente, può avvenire anche a danno di cittadini e stranieri regolari), sanzionato con una pena molto più elevata nei limiti edittali (reclusione da otto a venti anni) e destinatario di una serie di norme a sua tutela (artt. 12, 13 L. 228 del 2003). È stato ritenuto che, qualora la tratta abbia determinato l'ingresso di un clandestino, si avrà concorso formale tra quest'ultima ed il reato di favoreggiamento.¹²

¹¹ Il testo previgente così recitava: «< art. 601, comma 1. *Tratta e commercio di schiavi.* - Chiunque commette tratta o comunque fa commercio di schiavi o di persone in condizione analoga alla schiavitù è punito con la reclusione da cinque a venti anni.>>».

¹² G. AMATO, *Tratta di persone: dal 7 settembre più tutela con il restyling dei reati. La condizione della vittima qualifica il delitto*, in *Guida al diritto*, 13 settembre 2003, n. 35, p. 47.

È da tener presente che, ai sensi dell'art. 5 del Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo ratificata a mezzo della recente *Legge del 16 marzo 2006, n. 146*, sopra richiamato, il divieto di criminalizzazione riguarda le condotte di ingresso illecito direttamente connesse con il traffico di migranti cosicché, in teoria, non è esclusa la possibilità per il legislatore di incriminare le altre tipologie di ingressi illegali.

Invero, la formulazione dell'art. 12 del T.U. sull'immigrazione in ordine al delitto di favoreggiamento dell'ingresso illecito, in cui la finalità di profitto costituisce "circostanza aggravante" soggetta, come tale, al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p., si differenzia rispetto alla definizione che, della medesima condotta, viene fornita nell'art. 3 del Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo per combattere il traffico di migranti, in cui la finalità di ricavare un vantaggio finanziario dall'ingresso illegale integra un elemento costitutivo, quello soggettivo sub specie di dolo specifico, della condotta.

È stato però acutamente osservato dalla dottrina¹³ come, in realtà, il discrimine tra le due fattispecie della tratta e del favoreggiamento dell'ingresso irregolare sia molto sottile per la sussistenza di alcune circostanze aggravanti del delitto di favoreggiamento riferite alle condizioni di sfruttamento dello straniero (art. 12 T.U. cit, com. 3ter) al punto che, l'elemento differenziatore, potrebbe ridursi alle modalità concrete della condotta del trafficante o al mero elemento soggettivo con cui questi agisce. Se, infatti, dal punto di vista teorico ogni situazione è configurabile, la modalità in cui i fatti di tratta e di favoreggiamento in concreto si svolgono (ovvero in condizioni di estrema violenza e pericolo per la vita degli stessi migranti, per cui è difficile accertare se vi sia stato un consenso libero o meno), rende molto difficile distinguere il comportamento di chi contratta il proprio ingresso illegale in un altro Stato da quello di chi lo affronta in condizione di subordinazione. E, però, la reazione dell'ordinamento, a seconda che si venga a configurare l'una o l'altra fattispecie, è, come sopra accennato, molto diversa, in termini di tipologia ed entità della risposta sanzionatoria.

Non di rado capita che, su una condotta di mero favoreggiamento dell'immigrazione clandestina successivamente, durante il viaggio, si innesti una condotta di violenza e coazione psicologica. Inoltre, risulta spesso difficile distinguere se la condotta di reclutamento dello straniero nel suo paese di origine da parte delle

¹³ E. LANZA, *La condizione soggettiva dello straniero clandestino vittima del traffico di esseri umani*, in *Rassegna Penitenziaria e criminologica*, 2005, n. 1.

organizzazioni criminali rimanga nell'ambito del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (in specie aggravato dal dolo specifico di destinare gli stranieri alla prostituzione ex art. 12, com. 3 ter T.U.) o se, invece, costituisca il primo atto del traffico di esseri umani¹⁴. La differenza risiederebbe nella realizzazione o meno del fatto mediante inganno, richiesto ai fini della configurazione della sola tratta.

L'altra rilevante problematica evidenziata in seguito all'intervento legislativo in discorso deriva dal fatto che entrambi i reati del favoreggiamento della immigrazione clandestina e della tratta di persone sono stati modellati secondo lo schema del diritto penale classico del reato "monosoggettivo". Da più parti¹⁵ era al contrario stata auspicata la previsione di una fattispecie associativa autonoma e specifica per sanzionare il fenomeno criminale in sé della esistenza e costituzione di organizzazioni dedite e finalizzate precipuamente al traffico di esseri umani ed al loro sfruttamento. Ciò, da un canto, avrebbe consentito di disporre, a livello giudiziario ed investigativo, di un più efficace strumento di intervento, in grado di ovviare ai molteplici problemi che si pongono, sul piano della prova, rispetto alle tradizionali fattispecie di reato associativo attualmente vigenti e, segnatamente, in termini della prova della mafiosità dell'organizzazione ai sensi dell'art. 416 *bis* c.p. Dall'altro, avrebbe permesso di radicare, in ragione di una realtà criminale sicuramente specializzante, la competenza investigativa delle Procure Distrettuali Antimafia (analogamente a quanto avviene per le fattispecie di cui all'art. 416 *bis*) laddove, al contrario, le varie fattispecie associative individuabili nei casi concreti determinano l'attribuzione dei relativi procedimenti alle procure ordinarie, con tutti gli inevitabili riflessi in termini di disponibilità di apparati e strutture investigative specializzate e, soprattutto, di coordinamento delle relative indagini che, per i reati di criminalità organizzata è assicurato, ai sensi dell'art. 51, com. terzo *bis* c.p.p., dalle Procure Distrettuali Antimafia e, a livello nazionale, dalla D.N.A.¹⁶

¹⁴ P. MOLINO, *Le nuove misure contro la schiavitù e la tratta di persone. Un altro tassello nella legislazione penale in tema di immigrazione*, in *Rivista di polizia*, 2004, f. 3-4, pp. 175-176.

¹⁵ S. ALEO, *Criminalità transnazionale e definizione della criminalità organizzata: il requisito dell'organizzazione*, in V. PATALANO, *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, pp. 20-21.; nonché C. NEGRI, *La tutela penale contro la tratta di persone*, in AA.VV., *Il traffico internazionale di persone*, cit, pp. 237-238.

¹⁶ F. SPIEZIA, *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani: condotte delittuose e tecniche investigative nei procedimenti riguardanti cittadini extracomunitari*, relazione all'incontro di studio sul tema: Terzo corso di formazione sulla funzione inquirente e requirente "Falcone e Borsellino", Roma, 21-24 maggio 2001, p. 20.

Tale tipo di soluzione, infine, avrebbe potuto determinare, nell'azione di contrasto del traffico di esseri umani, importanti riflessi anche nell'ottica della collaborazione tra i diversi Stati, che si impone in un contesto criminale come quello in esame caratterizzato dalla transnazionalità. La competenza delle D.D.A. consente di attivare quel circuito di relazioni informative e, quindi, quell'attività di coordinamento a livello internazionale, che già la Procura Nazionale Antimafia deve svolgere attualmente attraverso i magistrati di contatto all'uopo designati, nell'ambito della *Rete Giudiziarie Europea*, istituita con l'Azione Comune adottata dal Consiglio in data 29/6/98 sulla base dell'art. K3 del *Trattato dell'Unione Europea* e che rappresenta, a sua volta, una specifica attuazione della Raccomandazione n. 2 del *Piano d'Azione del 28/4/97 contro la criminalità organizzata*.

Esigenze, quest'ultime, avvertite anche dal legislatore del 2003 il quale, con gli artt. 6 e ss. della nuova disciplina, ha realizzato un'opera di equiparazione fra la forma associativa di nuova introduzione (art. 416, com. 6 c.p.) ed il trattamento giuridico complessivo sancito per il fenomeno dell'associazione di stampo mafioso anche in termini di competenza delle Procure Distrettuali Antimafia. La novella del 2003, in modo invero riduttivo rispetto alla portata del fenomeno, si è però limitata a configurare una ipotesi aggravata dell'associazione per delinquere ordinaria, qualora sia diretta a commettere taluno dei delitti di cui all'art. 600, 601 e 602 c.p., benché parte della dottrina¹⁷ e della giurisprudenza¹⁸, al contrario, vi ravvisi una figura associativa autonoma.

In ogni caso, però, il legislatore del 2003 ha perso l'occasione per introdurre una figura delittuosa specifica, data la rilevanza del

¹⁷ V. MUSACCHO, *La nuova normativa penale contro la riduzione in schiavitù e la tratta di persone* (L. 11 agosto 2003, n. 228), in *Giurisprudenza Italiana*, 2004, pp. 2446 e ss.

¹⁸ C. MOTTA, *Il coordinamento delle indagini e il ruolo di Eurojust nella cooperazione internazionale per la repressione della tratta di esseri umani*, relazione all'incontro di studio del C.S.M. sul tema: "Il traffico di esseri umani: una nuova frontiera della cooperazione giudiziaria europea per la lotta alla criminalità organizzata transnazionale", Roma, 6-8 febbraio 2006 pp. 33-35. Egli fonda la propria tesi su un duplice ordine di considerazioni: in primo luogo, con l'art. 15 della legge del 2003 è stato introdotto per tutti i delitti contro la personalità individuale (ma non per quello ex art. 416, com. 6) il divieto di giudizio di comparazione tra le attenuanti diverse dalla minore età e quelle aggravanti di cui all'art. 600-sexies ed estese agli artt. 600, 601, 602 novellati; sicché, non troverebbe giustificazione l'esclusione di un'analoga disciplina per la nuova ipotesi di associazione per delinquere qualora il legislatore avesse ritenuto anche quest'ultima una circostanza aggravante. In secondo luogo, le altre ipotesi vigenti di associazioni per delinquere caratterizzate dalle finalità dell'accordo criminoso (art. 74 D.P.R. 309/1990; 291 quater D.P.R. 43/1973) sono state sempre considerate figure associative autonome; infine, anche se trattasi di argomento solo testuale, in tal senso deporrebbe anche l'inserimento della nuova fattispecie negli artt. 51, com. 3 bis, c.p.p. e 12 sexies D.L. 306/92, attraverso il richiamo all'art. 416, com. sesto.

tipo di condotta solo all'interno di un modello organizzativo stabile di una pluralità di persone¹⁹ e la specificità e caratterizzazione del fenomeno in esame.

Invero, come sarà più diffusamente illustrato nel paragrafo dedicato alla criminalità organizzata transnazionale, il fenomeno ha caratteristiche di estrema complessità, poiché vede coinvolti numerosi soggetti, spesso allocati ed operanti in Stati diversi, che forniscono le più disparate forme di contributo o di partecipazione (che può avere caratteristiche di relativa stabilità-ripetività); ciascuno di essi mai è a conoscenza della intera dinamica criminale (che va dall'arruolamento, alla cattura delle vittime, alla loro destinazione ultima nel mondo della prostituzione, del lavoro nero o dell'accattonaggio, attraverso una serie di innumerevoli scambi, trasporti, passaggi clandestini transfrontalieri), ed opera in contesti giuridico-culturali dotati di proprie specificità operative e soprattutto criminali. In altre occasioni, invece, le operazioni di traffico non sono il risultato di una organizzazione aprioristicamente data ma derivano da sinergie affaristico-malavitose estemporanee e mutevoli.

Tali dinamiche, estremamente articolate, faticano ad essere completamente descritte e comprese attraverso le vigenti categorie giuspenalistiche, modellate su fattispecie monosoggettive e su fenomeni di dimensione più circoscritta, non rispondenti alla realtà criminale in esame.

Tale fenomenologia così complessa finisce, pertanto, per riproporre le problematiche inerenti alle fattispecie associative e, segnatamente, quella del concorso tra reato associativo e reati satelliti ed il concorso di persone nel reato associativo; nonché quella dell'adeguatezza delle categorie penali classiche alla puntuale descrizione e comprensione del fenomeno stesso.

Queste ultime categorie del diritto penale tradizionale, cui l'interprete deve far ricorso in assenza di una distinta figura associativa, consentono, invero, solo in parte di modulare l'intervento repressivo sulle peculiarità del caso concreto, ma non può certo sostenersi che intercettino l'azione criminosa nel suo complesso o che consentano di attribuire responsabilità specifiche e determinate a seconda, appunto, del tipo di contributo, concreto e peculiare del traffico, da ciascun partecipante offerto.

È anche vero, d'altro canto, che un tale ultimo tipo di scelta implicherebbe il rischio di eccessiva frammentazione. Del resto, la

¹⁹S. ALEO, *Criminalità transnazionale e definizione della criminalità organizzata: il requisito dell'organizzazione*, cit.

legislazione "speciale" e dell'"emergenza", quale quella sorta sotto l'onta emotiva per la gravità dei fatti compiuti dalla criminalità organizzata, prevalentemente mafiosa e terroristica, da autorevole dottrina²⁰ viene considerata addirittura essenziale ed espressione del tendenziale processo di "decodificazione" e "deformalizzazione" del sistema giuridico, nel duplice senso di riduzione della forma giuridica e di proliferazione legislativa al di là della forma del codice, di riduzione della sua centralità e della perdita di unitarietà e coerenza dell'ordinamento giuridico. Le ragioni di tale processo vanno rinvenute nella crisi ovvero insufficienza del modello ottocentesco dello Stato di diritto, dell'astrattezza e generalità, quale corollario della "complessità" dei fenomeni sociali, che si esprime a tutti i livelli, ivi compreso il superamento della dimensione nazionale di tutte le attività umane, anche di quelle delittuose.

È infatti evidente che quanto più un fenomeno è complesso tanto più è difficile o riduttivo ricondurlo entro modelli generali ed astratti.

A dimostrazione della gravità del fenomeno del traffico internazionale di persone e della complessità delle indagini allo stesso relative il Consiglio dei Ministri, nella seduta del 12 ottobre 2006, ha approvato un disegno di legge²¹ che introduce il reato di "trasporto di clandestini extracomunitari", (che resta integrato, tra l'altro, dal finanziamento del trasporto ed a prescindere dal fine di lucro); inasprisce le pene per il favoreggiamento aggravato dell'immigrazione clandestina; mira a favorire l'attività investigativa, giacché modifica l'art. 407 del c.p.p., includendovi il suddetto reato, sì da consentire il prolungamento delle indagini preliminari fino a due anni al duplice effetto da un lato, di consentire il prolungamento corrispondente della custodia cautelare e, dall'altro, di permettere di attivare le complesse procedure di cooperazione giudiziaria.

4. Le teorie sulla criminalità degli stranieri. Un nuovo modello interpretativo sui rapporti tra la immigrazione illegale e la criminalità organizzata

Fino agli anni Sessanta, il fenomeno migratorio ha rappresentato una componente essenziale del processo di sviluppo degli Stati occidentali ed un fattore equilibratore del mercato del lavoro

²⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989, 2 ed. 1990, 859.

²¹ Disegno di legge recante: "Disposizioni in materia di contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e modifiche al codice di procedura penale", approvato, su proposta del Ministro della Giustizia, nella seduta del 12.10.2006.

di questi Stati, impegnati in una fase di crescita produttiva e con la necessità di reperire manodopera a basso costo e ad alta mobilità. Gli immigrati erano considerati dei lavoratori "*reclutati a termine*" i quali, dopo un certo periodo, rientravano spontaneamente nei paesi d'origine.

A partire dalle crisi petrolifere del 1971 e del 1973, in conseguenza della depressione economica, della crisi del mercato occupazionale e della ristrutturazione del sistema industriale, gli Stati occidentali più ricchi hanno gradualmente applicato politiche restrittive nel settore dell'immigrazione; laddove, gli Stati europei che si affacciano sul Mediterraneo (Grecia, Italia, Spagna) hanno cominciato a trasformarsi, poco a poco, da paesi di origine a paesi di destinazione del processo migratorio, avendo i movimenti dei flussi una direzione sud-nord, dai paesi meno sviluppati dell'Africa e, dopo la dissoluzione dell'Unione Sovietica, est-ovest.

Le politiche restrittive delle immigrazioni legali adottate dagli Stati europei ed occidentali in genere, rimanendo immutate le cause del fenomeno (riconducibili, come sopra illustrato, essenzialmente al differenziale di benessere tra Stati in via di sviluppo e sviluppati) hanno comportato, secondo un rapporto direttamente proporzionale, un sostanziale aumento della domanda di migrazione "illegale" e, dunque, delle opportunità offerte alle organizzazioni criminali.

La natura del fenomeno migratorio ha, pertanto, subito un mutamento sostanziale rispetto ai decenni precedenti in conseguenza dell'inserimento, nella realtà dei processi migratori, di un fattore nuovo: l'organizzazione dei gruppi criminali²².

Ed invero, man mano che si sviluppa il processo di "internazionalizzazione" dei gruppi criminali, questi, al pari delle grandi multinazionali di servizi, diventano in grado di gestire il traffico di immigrati, fornendo loro tutti i servizi di cui abbisognano: trasporto, vitto e alloggio nei paesi di transito, documenti rubati e falsificati, corruzione dei funzionari, introduzione illegale nei paesi di destinazione.

In uno studio di qualche anno fa, si è cercato di dimostrare che una parte della criminalità commessa dagli stranieri (per lo più clandestini) deve essere messa in correlazione con le operazioni di traffico e con lo sfruttamento delle organizzazioni criminali che si dedicano alle migrazioni illegali.

Pertanto, per comprendere le reali dinamiche del fenomeno

²² E. U. SAVONA e A. DI NICOLA, *Migrazione e criminalità. Trent'anni dopo*, cit., p. 181.

migratorio di tipo "illegale", risulta imprescindibile l'analisi del *modus operandi* nonché degli interessi strategici delle organizzazioni criminali che lo gestiscono.

Da quanto innanzi detto discende che le teorie precedentemente elaborate per spiegare le ragioni della criminalità degli stranieri offrono una soluzione solo parziale e frammentaria del fenomeno, non riuscendo a dare contezza delle trasformazioni e della grandezza dei fenomeni che oggi caratterizzano i rapporti tra migrazione e criminalità.

La prima riflessione circa il nesso tra migrazioni e criminalità è rinvenibile nel rapporto, relativo al fenomeno migratorio dai paesi dell'Europa mediterranea verso gli stati europei più ricchi, che ha interessato il periodo che va dal dopoguerra agli inizi degli anni Settanta, presentato da Franco Ferracuti alla Quinta Conferenza dei direttori degli istituti di ricerca criminologica del Consiglio di Europa tenutosi a Strasburgo nel novembre del 1967²³.

Il Consiglio d'Europa si chiedeva se gli stranieri fossero più criminali dei nativi e si interrogava sulle ragioni del loro comportamento antisociale. Ferracuti giunse alla conclusione per cui la criminalità degli stranieri non fosse maggiore di quella dei nativi e riassunse le teorie, essenzialmente di carattere socio-psicologico, che si erano occupate del fenomeno.

Il comportamento deviante, secondo la teoria del conflitto culturale, sarebbe causato dall'attrito che si genererebbe tra il sistema culturale di origine degli immigrati e quello del paese di destinazione; la teoria della mobilità postula che la mobilità indebolirebbe l'attaccamento alla comunità locale e rafforzerebbe i legami tra gruppi secondari; secondo la teoria della criminalità come risposta alle frustrazioni, la criminalità del migrante sarebbe conseguenza di un processo di adattamento e di difesa alle frustrazioni che subisce durante il processo di migrazione.

Giorgio Marbach²⁴, invece, nello studio sull'armonizzazione a livello europeo delle statistiche della criminalità dei lavoratori stranieri, classificò le teorie relative alla criminalità degli immigrati essenzialmente in due categorie: teorie di carattere sociologico e teorie di carattere bio-psicologico, queste ultime relative allo studio dell'adattamento psicologico dell'immigrato nel tessuto sociale dello Stato che lo ospita. Le prime venivano a loro volta suddivise in teorie culturali (per le quali la devianza degli immigrati è il ri-

²³F. FERRACUTI, *L'emigrazione europea e la criminalità*, in *Rassegna di Studi Penitenziari*, volume I, anno 1970, pp. 3-40.

²⁴G. MARBACH, *Le statistiche relative alla criminalità tra i lavoratori migranti: una proposta di armonizzazione*, in *GENUS*, vol. XXXVI, n. 3-4, 1970, pp. 1-46.

sultato del differenziale esistente tra il mondo dei valori e le norme di condotta della popolazione immigrata e il modo di vita e la legislazione del paese ospite); teorie economiche (secondo cui i fattori scatenanti della criminalità derivano dallo squilibrio economico tra le condizioni di vita e di lavoro degli immigrati e quelle dei nativi, dalla mancanza di opportunità sociali e dalle frustrazioni connesse); teorie composite o miste (che spiegano la devianza come conseguenza della mancata integrazione sociale dovuta sia a fattori culturali che economici).

Modelli interpretativi cui ancor oggi si ricorre sono quelli che fanno capo, essenzialmente, alla "teoria della devianza"²⁵ (che considera la criminalità dell'immigrato come conseguenza delle sue insoddisfazioni personali, di natura principalmente economica); nonché alla teoria dell' "etichettamento"²⁶, (la criminalità sarebbe il prodotto di una costruzione sociale da parte delle comunità locali, dei mass-media, delle forze dell'ordine che, appunto, etichettano l'immigrato come potenziale delinquente esclusivamente a causa della sua diversità e marginalità che assume nella gerarchia sociale).

Queste teorie certamente conservano ancora la loro validità per spiegare alcuni dei processi che portano parte degli immigrati, che si trovano a dover vivere in uno Stato straniero in condizioni di marginalità, a delinquere; ma disvelano il proprio limite laddove non considerano affatto le questioni di politica criminale collegate alla immigrazione illegale e dipendenti dall'inserimento, nei processi migratori, delle organizzazioni di gruppi criminali.

Si è pertanto imposta l'esigenza di un nuovo modello interpretativo in grado di combinare le teorie classiche con una teoria capace di considerare la criminalità dell'immigrato (in particolare clandestino) come dipendente, in parte, dall'ingresso delle organizzazioni criminali nel traffico dei migranti, secondo una successione di fenomeni strettamente collegati di tal guisa che dal traffico si passa allo sfruttamento, indi alla criminalità straniera "indotta".

Ed invero, le politiche migratorie restrittive degli Stati ricchi, scontrandosi con le precarie condizioni economiche, sociali e politiche degli Stati in via di espansione, generano una domanda di immigrazione illegale; questa, gli intensificati controlli alle frontiere che riducono la possibilità di una migrazione illegale di tipo "ar-

²⁵ BLAU P.M., BLAU J.R. (1982), *The Cost of Inequality: Metropolitan Structure and Violent Crime*, in *American Sociological Review*, n. 47, 1982, pp.114-129.

²⁶ PALIDDA S. (1994), *Devianza e criminalità tra gli immigrati*, ISMU, Milano, 1994; PALIDDA S. (1995), *Devianza e criminalità*, in ISMU, << Primo rapporto sulle migrazioni-1995>>, Milano, 1995, pp. 250-290.

tigianale", la scarsità, la non omogeneità ed in alcuni casi addirittura la non punibilità del traffico, unitamente alla prospettiva di profitti altissimi, creano una serie di opportunità per le organizzazioni criminali che, pur diversificandosi per spessore, provenienza geografica e caratteristiche, offrono servizi di traffico.

Inoltre, tanto più questi gruppi criminali che agevolano la migrazione sono organizzati, tanto più alta sarà la probabilità che i trafficanti rimangano in balia delle organizzazioni criminali per essere da queste sfruttati attraverso il compimento di attività illecite. Di conseguenza, pur rimanendo invariata la "quota legale" degli immigrati presenti, in ogni caso negli Stati di destinazione si assiste ad un aumento delle incriminazioni ed incarcerazioni per reati di droga, per quelli connessi allo sfruttamento della prostituzione, o alla contraffazione di documenti etc.

Le conclusioni cui è pervenuta la ricostruzione teorica²⁷ *de qua loquitur*, si fondano, tra l'altro, proprio sull'analisi dei dati statistici relativi ai reati ascritti ai detenuti stranieri presenti negli istituti penitenziari²⁸.

I reati di produzione e traffico di stupefacenti, di istigazione, sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione, di falsità, di associazione a delinquere, ascritti ai detenuti stranieri, possono essere presi come indicatori dell'aumento del traffico e dello sfruttamento degli immigrati ad opera di gruppi transnazionali.

Invero, i componenti tali sodalizi, oltre a rendersi essi stessi colpevoli di reati nei paesi di destinazione, riuscirebbero ad instaurare un vero e proprio rapporto di dipendenza nonché di asservimento nelle loro vittime (i trafficanti), sia in conseguenza del debito contratto dagli immigrati che, non disponendo di capitale sufficiente per pagare il loro trasferimento illegale nel territorio dello Stato di riferimento, finché il loro debito non sarà estinto sono costretti ad accettare di essere sottoposti, una volta giunti nel paese di destinazione, ad un periodo di sfruttamento mediante l'impiego nei mercati delle attività illecite; sia come conseguenza della loro condizione di emarginazione e del legame etnico che spesso unisce l'organizzazione trafficante al trafficante.

Di tal guisa, gran parte dei trafficanti viene ad essere impiegata come manovalanza nelle attività illecite e, principalmente, nel mercato del lavoro nero, nello sfruttamento della prostituzione, nel

²⁷ E. U. SAVONA e A. DI NICOLA, *Migrazione e criminalità. Trent'anni dopo*, cit.; G. TINEBRA e A. CENTONZE, *Il controllo dell'immigrazione illegale da parte delle organizzazioni transnazionali ed il problema della "criminalità indotta"*, cit.

²⁸ Dati aggiornati al 30 giugno 2006. Fonte: DAP- Ufficio per lo Sviluppo e la Gestione del Sistema Informativo Automatizzato - Sezione Statistica.

traffico di stupefacenti, nell'accattonaggio, nel traffico di organi²⁹.

In particolare, i reati inerenti agli stupefacenti possono rivelare, oltre allo sfruttamento di immigrati in questo specifico settore, se le organizzazioni criminali già dedite al traffico di droga vi abbiano affiancato anche il traffico di esseri umani. I reati di falsificazione, in specie degli atti pubblici e documenti di identificazione, possono essere speculari, altresì, all'aumento e alla specializzazione dell'organizzazione dei gruppi criminali che si dedicano al traffico di esseri umani, nonché al coinvolgimento dei clandestini stessi nel processo di falsificazione. Lo sfruttamento, infine, della prostituzione da parte degli stranieri può rappresentare un allarmante indice dell'entità del traffico, finalizzato allo sfruttamento sessuale.

Passando ad esaminare la nazionalità dei detenuti stranieri, si fa notare come l'aumento dei tassi di criminalità in Italia dagli anni 1991 a 1995 riferiti, appunto, a specifiche etnie, non potrebbe essere ascritto alla crescita delle presenze "legali" degli stranieri, bensì quasi esclusivamente a quelli clandestini giacché i dati del Ministero dell'Interno hanno evidenziato che il numero dei permessi di soggiorno concessi a stranieri non è aumentato in modo sensibile per nessuna etnia e, dunque, le comunità legali di queste nazionalità non hanno modificato, negli anni considerati, in modo rilevante la loro consistenza numerica.

Analizzando, poi, le statistiche giudiziarie relative ai condannati stranieri, è emerso che gli *albanesi* sembrano essere l'etnia più coinvolta nei reati di droga, falsità, sfruttamento della prostituzione, associazione per delinquere. Nella produzione e spaccio di stupefacenti un ruolo preminente hanno gli *algerini* e *marocchini*. Nelle falsificazioni, oltre agli albanesi, sono sempre più implicati stranieri *algerini* e *marocchini*. Del reato di istigazione, sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione in Italia sembrerebbero essere, con allarme crescente, sempre più responsabili gli *albanesi*, gli *ex jugoslavi*, i *nigeriani*. Fra gli stranieri, il reato di associazione a delinquere è divenuto sempre più frequente per *albanesi*, *marocchini* e *nigeriani*.

E considerato che l'aumento del tasso di criminalità nelle etnie analizzate, rispetto ai nativi ed ai rimanenti stranieri, per i reati considerati non è dovuto all'aumento della loro presenza legale, questo incremento della criminalità per le etnie considerate e, soprattutto, per determinate tipologie di reati, dipenderebbe in parte

²⁹COMMISSIONE PARLAMENTARE ANTIMAFIA, "Relazione sul traffico di esseri umani", Documento XIII, n.49.

dalle organizzazioni che trafficano ed inseriscono immigrati, in condizioni di clandestinità, negli stati ospiti, ovvero alla cd. "criminalità indotta".

Le conclusioni cui l'analisi descritta ha condotto hanno poi trovato riscontro nelle risultanze delle indagini investigative e giudiziarie sul fenomeno³⁰, che confermerebbero addirittura l'esistenza di un rapporto di proporzionalità diretta tra il dilagare dell'immigrazione illegale, con il conseguenziale aumento della criminalità straniera di tipo "indotta", ed il controllo del traffico internazionale di persone da parte delle principali organizzazioni transnazionali del nostro pianeta. Nel senso che l'aumento dei flussi migratori "illegali", rispetto e a differenza dell'immigrazione di tipo "regolare", risulta essere sempre collegato ad un rafforzamento della presenza e ad un aumento delle ramificazioni locali di gruppi criminali transnazionali su più territori nazionali³¹.

Ed invero, solo nel 2005 sono state smantellate in Italia molte organizzazioni criminali dedite all'immigrazione clandestina ed alla tratta, con circa 8.000 persone arrestate o denunciate per questi reati gravi³².

Le considerazioni sin qui svolte potrebbero valere anche per gli altri Stati europei laddove, da una ricerca condotta da *Transcrime*, è emerso che gli stranieri affollano in modo considerevole i mercati delle droghe e delle falsificazioni.³³

Da ciò sono scaturite serie problematiche di politica criminale, intimamente collegate alla immigrazione di tipo principalmente illegale, riassumibili nei seguenti due effetti principali: da un lato, l'aumento della criminalità straniera "indotta" ha determinato lo stravolgimento dei rapporti di proporzione esistenti tra gli autori di reati di nazionalità italiana e quelli di nazionalità straniera e, quindi, tra detenuti italiani e stranieri; dall'altro, un inevitabile aumento dei problemi di ordine pubblico e sicurezza interna, con conseguente acuirsi dell'allarme sociale e della reazione xenofoba della popolazione italiana rispetto a quella straniera immigrata.

³⁰ F. SPIEZIA - F. FREZZA - N. M. PACE, *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani. Primo commento alla legge di modifica alla normativa in materia di immigrazione ed asilo*, cit., pp. 40 ss.

³¹ G. TINEBRA e A. CENTONZE, *Il controllo dell'immigrazione illegale da parte delle organizzazioni transnazionali ed il problema della "criminalità indotta"*, cit.

³² A. PANSA, *La disciplina dei flussi migratori, fra il contrasto dell'immigrazione illegale e le opportunità di integrazione. Le dimensioni economiche del traffico di esseri umani e i canali del riciclaggio*, relazione cit.

³³ TRANSCRIME, 1996, *Migrazioni e criminalità - La dimensione internazionale del problema*, CNPDS, Milano, giugno 1996; nonché TRANSCRIME, 1996, *Migrazioni e criminalità - La dimensione internazionale del problema*, CNPDS, Milano, giugno 2004.

5. Le caratteristiche strutturali e le modalità operative delle organizzazioni criminali

Il fenomeno del traffico di esseri umani, in entrambe le sue forme principali di manifestazione dello *smuggling of migrants* e del *trafficking of human beings* è, come si è accennato, gestito da organizzazioni criminali a dimensione transnazionale.

Con la Legge 16.03.2006 n° 146³⁴ è stata ratificata dal Parlamento Italiano la Convenzione dell'ONU firmata a Palermo nei giorni 12-15 dicembre 2000, il cui scopo è, appunto, quello di "*promuovere la cooperazione al fine di prevenire e combattere più efficacemente la criminalità organizzata transnazionale* (art.1)". I due Protocolli aggiuntivi alla Convenzione, che costituiscono parte integrante della stessa, riguardano, più specificamente, l'uno la prevenzione e repressione della tratta di persone in particolare di donne e bambini; l'altro, la lotta del traffico di migranti via terra, via mare e via aerea.

In particolare, la nuova legge definisce quale "*reato transnazionale*" punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, il reato qualora sia coinvolto "*un gruppo criminale organizzato*", nonché:

- a) sia commesso in più di uno Stato;
- b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato;
- c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato;
- d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato.

Appare invero prematuro esprimere giudizi di sorta giacché la predetta normativa, emanata per porre fine ad un vuoto normativo nella disciplina della materia, è all'esame degli interpreti che, molto verosimilmente, dovranno procedere ad un'opera di coordinamento tra la stessa e la disciplina introdotta dalla precedente legge 228/2003, pure relativa alle misure contro la tratta di persone, come ampiamente illustrato precedentemente (vedi par. 1). In linea generale e di prima approssimazione, si può affermare che, ogni qualvolta un crimine di parte speciale sia ascrivibile alla categoria

³⁴ Legge del 16 marzo 2006, n. 146: *Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato, adottati dall'Assemblea Generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2006*, in *Gazzetta Ufficiale* n. 85 dell'11 aprile 2006 - Supplemento Ordinario n. 91.

del reato transnazionale, così come definito dalla legge 146/06, dovrebbe trovare applicazione la disciplina ivi contenuta.

La criminalità organizzata, al pari della stragrande maggioranza delle attività produttive lecite umane, nel corso degli ultimi anni ha travalicato i confini nazionali per assumere una dimensione transnazionale, tanto che si conviene sul fatto che essa rappresenti l'aspetto negativo e deteriore del processo di globalizzazione dell'economia.

Tale processo di progressiva internazionalizzazione dei sodalizi criminali è stato agevolato dai progressi delle tecniche e delle telecomunicazioni, da internet e dagli strumenti informatici, che consentono una più rapida comunicazione, dalla liberalizzazione della circolazione delle merci e delle persone.

Ha scritto, in proposito, il già Segretario dell'ONU Kofi Annan che *"gli stessi mezzi tecnologici che sostengono la globalizzazione e l'espansione transnazionale della società civile, forniscono l'infrastruttura per l'espansione di una rete globale di «società incivile» - criminalità organizzata, trafficanti di droga, riciclaggio di denaro e terroristi"*³⁵.

La criminalità organizzata transnazionale si avvale, quindi, di tutte le opportunità offerte dalla globalizzazione dei mercati e dalle nuove tecnologie di comunicazione e di gestione dell'informazione, come è confermato dalla natura internazionale dell'attività di riciclaggio dei proventi di attività illecite.

La criminalità organizzata rappresenta, così, una grave minaccia ai sistemi economici e finanziari di tutti gli Stati e, considerando che si è ramificata in una dimensione transnazionale, si comprende come sia necessario che la lotta per contrastare questo fenomeno assuma lo stesso carattere, anche affinché il processo di globalizzazione possa procedere tranquillamente. Ciò impone innanzitutto la circolazione delle informazioni ed una maggiore cooperazione tra le autorità investigative dei singoli paesi.

Ed invero, i gruppi criminali che operano su mercati transnazionali presentano delle caratteristiche peculiari quali la flessibilità e l'alto livello di organizzazione e di specializzazione, che contribuiscono a complicare il lavoro delle autorità di investigazione e di tutti quegli organi e istituzioni che cercano di prevenire e contrastare le attività criminali.

Inoltre, l'elemento che contribuisce a differenziare la criminalità transnazionale da quella nazionale risiede proprio nel fatto che la prima si manifesta attraverso una serie di "attività criminali che

³⁵ M. PAVONE, *La definizione del crimine transnazionale*, articolo del 16.05.05 su www.altalex.com.

si estendono in diversi paesi e che violano le leggi di diversi paesi", mentre la seconda si limita a violare la legislazione penale di un singolo Stato.

La conseguenza di quanto innanzi più rilevante per il fenomeno criminale in esame è rappresentata dal fatto che, in attesa che la Convenzione delle Nazioni Unite del 2000 contro la criminalità organizzata venga ratificata da tutti gli Stati (almeno 40 per entrare in vigore) e, quindi, applicata, l'assenza di una definizione comune del concetto di criminalità organizzata e di armonizzazione delle legislazioni europee ed internazionali (sia in punto di diritto sostanziale che processuale) rimane un ostacolo ad un efficace contrasto della criminalità medesima. In questa materia, infatti, i membri dell'Unione hanno ancora concetti e definizioni diverse. La Spagna e la Francia ignorano la tratta degli esseri umani in quanto tale e la riducono ad un problema di prostituzione aggravata. Il Belgio considera la nozione di tratta come un termine generico che comprende lo sfruttamento sessuale, lo sfruttamento tramite il lavoro ed il traffico di migranti. L'Austria e l'Italia, invece, distinguono la tratta dal traffico di migranti.

È stato possibile ricostruire le caratteristiche salienti e le modalità operative di tali organizzazioni attraverso i dati enucleabili dalle inchieste sviluppatesi a partire dalla seconda metà degli anni '90.

Le organizzazioni criminali e, segnatamente, quelle dedite al traffico di esseri umani si differenziano tra loro per una pluralità di fattori: per le dimensioni, per la capacità di pianificazione delle operazioni criminali, per la loro presenza in uno o più mercati illeciti, per la capacità di fornire servizi specializzati, tutti finalizzati al traffico.

Pertanto, il sistema criminale transnazionale si presenta in forme estremamente complesse e variegate. Ciò che lo caratterizza nel suo insieme, tuttavia, è la circostanza di presentarsi come un sistema integrato, a rete, che si articola in più livelli, spesso collegati. Attraverso le informazioni acquisite soprattutto attraverso le intercettazioni³⁶, si è potuto comprendere come, ad esempio, le organizzazioni che gestivano il traffico delle giovani donne localizzate in provincia di Salerno, avevano intessuto, a loro volta, solidi legami, anche su base parentale, con connessa solidità dei legami tra i componenti e spiccata omertà verso gli inquirenti, con altre organizzazioni criminali operanti in altre parti del territorio. Inol-

³⁶ Procedimento n. 8/2000 R.G., celebratosi presso la Corte di Assise di Salerno.

tre, attraverso le indagini condotte dalla D.D.A. presso la Procura della Repubblica di Trieste, uno dei territori, per la sua posizione geografica strategica, più colpiti dal fenomeno dell'immigrazione clandestina, è stato possibile evidenziare l'esistenza di un rapporto di interdipendenza e di complementarietà tra i vari livelli in cui si situano queste organizzazioni criminali.

Date le premesse, possiamo correttamente affermare di trovarci al cospetto di una criminalità organizzata di tipo globale, che si sviluppa non più soltanto in determinate aree del territorio nazionale (si pensi ai sodalizi criminosi tradizionali sorti su base regionale: *Cosa Nostra* in Sicilia, *'Ndrangheta* in Calabria, *Camorra* in Campania, *Sacra Corona Unita* in Puglia) o internazionale, ma ha una dimensione planetaria. Il suo dato caratterizzante, come osservava il Procuratore Nazionale Vigna³⁷, nella prima conferenza paneuropea dei pubblici ministeri che si è svolta a Caserta dall'8 al 10 ottobre 2000, è costituito dal fatto che i gruppi criminali di diverse nazioni o etnie collaborano efficacemente tra loro, con la conseguenza che ogni singola struttura organizzativa trae, appunto, un valore aggiunto, in termini di potenza criminale, dalle sinergie che essa instaura con altri gruppi.

Dunque le organizzazioni criminali dedite al traffico di esseri umani presentano questa *dimensione transnazionale*³⁸, afferente alla capacità di questi sodalizi, composti di persone di diversa nazionalità, di operare e di essere presenti contemporaneamente in più paesi o su vari territori ed in più mercati illeciti, ma attuandosi tra le medesime un forte collegamento.

La ragione va rinvenuta probabilmente nelle stesse caratteristiche strutturali del fenomeno gestito da tali organizzazioni, poiché il traffico implica la necessità di una continua cooperazione tra organizzazioni di vario livello per pianificare e predisporre i traffici, per consentire i trasferimenti delle persone, per poter assicurare la destinazione finale delle persone trafficate rispetto a coloro che ne hanno fatto richiesta.

Sulla base di tali premesse, mutuando un'espressione dal di-

³⁷ Intervento citato da C. MOTTA, *Il coordinamento delle indagini in materia di traffico di persone*, in AA.VV. *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, p. 436, a cura di A. SPATARO, P.L. VIGNA, Milano, Giuffrè, 2004; nonché da F. SPIEZIA - F. FREZZA - N. M. PACE, in *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani. Primo commento alla legge di modifica alla normativa in materia di immigrazione ed asilo*, cit., p. 34.

³⁸ COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SUL FENOMENO DELLA MAFIA E DELLE ALTRE ASSOCIAZIONI CRIMINALI SIMILARI, XIII Legislatura, "Relazione sul traffico degli esseri umani", approvata dalla Commissione in data 5 dicembre 2000, p. 7.

ritto commerciale, le organizzazioni criminali in parola potrebbero essere rappresentate alla stregua di grosse società multinazionali in cui, spesso, i soci e le parti sono non più soggetti singoli ed individuali, (come nello schema tradizionale dell'associazione per delinquere) bensì, a loro volta, delle altre differenti società criminali collegate, a loro volta, con le organizzazioni criminali di tipo locale o regionale operanti nei paesi di transito o di destinazione degli immigrati.

Le concrete esperienze giudiziarie hanno invero consentito di individuare tre livelli organizzativi in cui possono articolarsi i gruppi criminali dediti al traffico di esseri umani. *Un primo livello*, delle organizzazioni cosiddette etniche, che hanno il precipuo compito di pianificare lo spostamento di persone dal paese di origine a quello di destinazione, ma non partecipano alla fase del trasferimento e del trasporto. I capi risiedono all'estero, normalmente non entrano in contatto con gli immigrati clandestini: essi si occupano del fenomeno secondo una logica squisitamente imprenditoriale, gestendo capitali, sviluppando i contatti con le organizzazioni di livello intermedio, stabilendo gli accordi di collaborazione con gli altri sodalizi.

Vi è poi un *livello intermedio*, costituito dalle organizzazioni operanti nei territori strategici, quelli che fungono da paesi cuscinetto tra i paesi di trasferimento e paesi di destinazione. Tali organizzazioni, per lo più situate nelle zone di confine, si occupano della fase operativa del viaggio, ma non ancora della fase esecutiva vera e propria del trasferimento. Anche tale fase è improntata ad una logica imprenditoriale, venendo predisposti appositi luoghi ove poter ospitare le persone in attesa del loro trasferimento e la preparazione dei documenti falsificati da utilizzare alla frontiera, anche avvalendosi di relazioni corruttive con persone deputate ai controlli. Tale fase è altresì caratterizzata dall'allestimento di veri e propri centri di permanenza dei clandestini.

È poi possibile individuare un *terzo livello* di tali organizzazioni, costituito da quei gruppi criminali minori che operano sia su richiesta di singoli migranti o di loro gruppi, sia su richiesta delle organizzazioni di livello intermedio. Esse sono più numerose e si occupano di ricevere e materialmente smistare i clandestini, di curarne il passaggio attraverso i luoghi di confine e di consegnare poi gli immigrati agli emissari di altre organizzazioni criminali minori, ovvero ai rappresentanti delle organizzazioni etniche, costituenti il primo livello sopra individuato.

I tratti distintivi, invece, dei sodalizi criminali operanti sul territorio italiano, sono state delineate nella *Risoluzione dell'assemblea*

*plenaria del CSM*³⁹: la presenza di una pluralità di gruppi di modeste dimensioni, i quali costituiscono i terminali operativi dei grandi gruppi criminali transnazionali che gestiscono il traffico internazionale di persone; l'assenza di una struttura molto centralizzata di comando; forti collegamenti con i paesi di origine; l'assenza, allo stato, di forme di vero e proprio controllo sul territorio; la tendenziale adozione di una logica commerciale con la propensione alla convivenza e collaborazione con le organizzazioni criminali autoctone; una omertà interna resa più forte dai vincoli parentali, familiari, localistici tra gli aderenti ai gruppi; una capacità di intimidazione esterna ancora circoscritta con eccezione di gruppi criminali cinesi che, all'interno delle comunità di immigrati connazionali, operano con notevole continuità, esercitando sia all'interno che all'esterno degli aggregati criminali un forte potere intimidatorio.

Quanto ai rapporti che vengono generalmente ad instaurarsi con i gruppi autoctoni o regionali, è stato rilevato che i gruppi transnazionali appaiono sostanzialmente estranei alle attività di questi ultimi, i quali dispongono di una capacità di controllo criminale delle strutture sociali e del territorio che è andata consolidandosi negli anni. Generalmente, dopo una fase iniziale caratterizzata spesso da forte conflittualità, sfociante in azioni anche molto cruente, le organizzazioni transnazionali stringono accordi ed alleanze con quelle operanti nei paesi di destinazione o di transito aiutandosi e traendo vantaggi reciproci.

Un'indagine condotta dal C.S.M.⁴⁰ ha evidenziato come il grado di penetrazione di tali gruppi criminali risulta, secondo un rapporto di proporzionalità inversa, più intenso nell'area geografica della frontiera adriatica e nella zona tirrenica settentrionale, ove sono tradizionalmente assenti gruppi criminali organizzati locali e, consequenzialmente, ove i controlli e l'azione repressiva dello Stato verso le nuove forme di criminalità è meno cogente; laddove, in regioni quali la Sicilia, Calabria, la Puglia e la Campania, la ramificazione risulta quasi inesistente, essendo tali territori dominati da sodalizi criminali storici quali *Cosa Nostra*, *'Ndrangheta*, *Camorra* e *Sacra Corona Unita*, ostili all'infiltrazione da parte di altri gruppi delinquenziali.

³⁹ CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Risoluzione del 18.05.2000*, Roma, 2000, p. 21ss.

⁴⁰ CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Risoluzione del 18.05.2000*, cit.

6. La definizione del concetto di criminalità organizzata

La nozione di criminalità organizzata ha cominciato ad essere usata per la prima volta in Italia con riferimento ai sequestri di persona, alla diffusione degli stupefacenti ed ai primi gruppi terroristici, a partire dalla seconda metà degli anni Settanta. Negli Stati Uniti, nel 1970 fu emanata l'*Organized Crime Control Act* (OCCA), la prima normativa per la repressione dei fatti tipici, ivi definiti, dei settori in cui agiscono le organizzazioni criminali.

Durante i lavori parlamentari, però, non si riuscì a formulare una definizione della nozione generale di criminalità organizzata.

Eppure, la definizione del concetto di criminalità organizzata viene a rivestire carattere di preliminarità ed imprescindibilità laddove si voglia affrontare la relativa problematica in modo sistematico e sopranazionale, onde individuare la risposta istituzionale, gli strumenti giuridici più adeguati per combatterla. Nell'ambito di questa problematica emergono, con tutta la loro drammaticità, la difficoltà di superare le differenze e le distanze fra i sistemi giuridici dei vari Stati e la necessità di armonizzare le legislazioni europee ed internazionali al fine di individuare e gestire un'azione di contrasto sopranazionale e coordinata.

In attesa che la Convenzione delle Nazioni Unite del 2000 venga ratificata e, quindi applicata, l'assenza di una definizione comune di criminalità organizzata rimane, dunque, un ostacolo ad un efficace contrasto della stessa. In questa materia, infatti, come si è visto, i membri dell'Unione hanno ancora concetti e definizioni diverse.

Il problema di una definizione comune ai vari ordinamenti giuridici è stato affrontato per la prima volta dalla *Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*, firmata a Palermo nei giorni 12-15 dicembre 2000 e ratificata in Italia con la Legge 16 marzo 2006, n. 146⁴¹, il cui scopo è, appunto, quello di "promuovere la cooperazione al fine di prevenire e combattere più efficacemente la criminalità organizzata transnazionale" (art. 1). I due Protocolli addizionali alla Convenzione contro la criminalità transnazionale, che costituiscono parte integrante della stessa (art. 1) riguardano, più specificatamente, la prevenzione e repressione l'uno della tratta di persone, in particolare di donne e bambini l'altro, la lotta del traffico di migranti via terra, via mare e via aerea.

A tal fine vi è definito il **gruppo criminale organizzato** come "il gruppo strutturato di tre o più persone che esistono da un certo tempo

⁴¹ Legge 16 marzo 2006, n. 146, in *Gazzetta Ufficiale* n. 85 dell'11.04.2006, cit.

e agiscono di concerto con lo scopo di commettere una o più infrazioni gravi o infrazioni stabilite conformemente alla presente Convenzione, per trarne direttamente o indirettamente un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale".

Per "**infrazione grave**" deve intendersi "un atto costituente una infrazione passibile di una pena privativa della libertà di cui il massimo non deve essere inferiore a quattro anni o di una pena più grave". L'espressione "**gruppo strutturato**" designa "un gruppo che non si è costituito per l'occasione di commettere immediatamente una infrazione e che non ha necessariamente dei ruoli definiti per i suoi membri, una continuità nella sua composizione o una struttura elaborata".

Le predette categorie concettuali sono il frutto di una soluzione di compromesso tra i sistemi e concetti giuridici dei paesi firmatari, nel tentativo di tendenziale armonizzazione degli stessi in vista di una azione comune e coordinata di contrasto del crimine organizzato.

Con l'intento di fornire un approccio di tipo sistematico e generale alla problematica dell'organizzazione, la tipologia di attività delittuosa (i reati "tipici" delle associazioni transnazionali verso i quali, cioè, queste sono generalmente stabilmente predisposte) è valsa a definire l'organizzazione criminale e la nozione medesima di criminalità organizzata giacché queste stesse figure delittuose, essendo caratteristiche dell'attività criminosa dell'organizzazione, contribuiscono a qualificarla.

Ed invero, nella Convenzione di Palermo, il gruppo criminale organizzato viene definito proprio in riferimento allo scopo di commettere uno o più reati gravi, (considerati, evidentemente, tipici delle organizzazioni transnazionali), intendendosi per questi ultimi quelli puniti con una pena superiore nel massimo a quattro anni di detenzione.

Rispetto ai delitti tipici dell'organizzazione può venire in rilievo una responsabilità di tipo indiretto e di carattere generale. Si è infatti evidenziato che il più delle volte i promotori, gli organizzatori e comunque i vertici delle organizzazioni criminali, tanto più se a dimensione sopranazionale, non partecipano alle attività strettamente esecutive dei vari reati in cui si sostanzia l'attività criminale del gruppo, benché la caratterizzino. Per completezza espositiva, è da evidenziare come nella Convenzione manchi, però, l'indicazione espressa del parametro della responsabilità.

L'art. 5 della Convenzione, invece, obbliga gli stati firmatari ad attribuire carattere di infrazione penale ad uno o entrambi questi fatti: "Al fatto di intendersi con una o più persone per la commissione di una infrazione grave con un fine legato direttamente o indirettamente

all'ottenimento di un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale e, quando lo esiga il diritto interno, implicante un atto commesso da uno dei partecipi in virtù di questa intesa o implicante un gruppo criminale organizzato"; "alla partecipazione attiva di una persona che abbia conoscenza sia dello scopo e dell'attività criminale generale di un gruppo criminale organizzato sia della sua intenzione di commettere le infrazioni in questione: a) alle attività criminali del gruppo criminale organizzato; b) alle altre attività del gruppo criminale organizzato quando questa persona sappia che la sua partecipazione contribuirà alla realizzazione dello scopo criminale summenzionato".

Questa disposizione, nonché la definizione di gruppo criminale organizzato, come sopra definito, richiama molto la figura dell'associazione di malfattori del nuovo codice francese del 1994 (art. 450-1), ai sensi del quale, *"Costituisce un'associazione di malfattori qualsiasi gruppo formato o intesa stabilita in vista della preparazione, caratterizzata da uno o più fatti materiali, d'uno o più crimini o d'uno o più delitti puniti con la prigione fino a dieci anni, (ovvero gravi). La partecipazione all'associazione di malfattori è punita fino a dieci anni di prigione e ad un milione di franchi d'ammenda"*.

Ciò che è degno di rilievo e, nel contempo, è innovativo per il sistema penalistico italiano è che, nella Convenzione, la nozione generale di gruppo criminale, al pari del sistema francese, viene definita in riferimento alla tipologia ed entità dei delitti-scopo definiti, a loro volta, secondo l'entità della pena, e che la previsione della pena per la partecipazione all'associazione corrisponde a quella entità propria del tipo di delitto, secondo le argomentazioni sopra esposte.

7. Le difficoltà nelle indagini relative al traffico di persone. L'attività di osservazione e di pre-investigazione della polizia penitenziaria

Tra gli strumenti di contrasto, che potremmo definire di tipo interno⁴², della criminalità organizzata transnazionale ritengo vada potenziata e valorizzata, accanto all'attività preventiva ordinaria di garanzia dell'ordine e sicurezza⁴³, l'attività di polizia giudiziaria,

⁴²Quelli esterni sono rappresentati, invece, dalle politiche di controllo delle frontiere e dei flussi migratori.

⁴³A norma del combinato disposto degli artt.1, com. 3 della Legge 26 luglio 1975, n. 354 (recante le norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) e 2 del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (recante il regolamento di esecuzione della legge 354/1975), in G. CATALANI, *Il codice penitenziario commentato*, Laurus Robuffo, 2005.

associata ad una vigilanza ed osservazione a fini precipuamente anche investigativi, di determinate tipologie di detenuti stranieri.

Naturalmente, la ricerca delle fonti e degli elementi di prova contro la criminalità organizzata transnazionale, considerato l'ambiente in cui viene ad essere svolta, verrà condotta con modalità peculiari e si baserà principalmente su quelli che sono gli strumenti tipici dell'ordinamento penitenziario.

Per meglio cogliere le peculiarità del summenzionato ruolo della polizia, nonché degli altri operatori penitenziari, vanno considerate le difficoltà specifiche di tale tipo di indagine, la quale si presenta comunque molto complessa per vari motivi, alcuni interni, altri esterni e internazionali.

Dal punto di vista interno, spesso la prassi organizzativa degli uffici di procura ed il mancato coordinamento con le forze di polizia, conducono ad una polverizzazione delle cognizioni in materia, atteso che di frequente restano isolati i dati che provengono da procedimenti aventi ad oggetto i reati satellite, come, ad esempio, i numerosi falsi documentali accertati nel corso di indagini sullo sfruttamento della prostituzione⁴⁴.

Dal punto di vista internazionale, alla mancanza di omogeneizzazione delle legislazioni europee ed internazionali si aggiungono gli ostacoli ad emettere e dare esecuzione concreta alle ordinanze di custodia cautelare o alle sentenze di condanna a carico di persone residenti all'estero a causa, da un canto, del farraginoso procedimento dell'extradizione (istituto tipico dell'assistenza giudiziaria, in difetto di applicabilità del mandato di cattura europeo, riservato, com'è noto, ai Paesi dell'Unione Europea); nonché, dall'altro, della problematicità a radicare la competenza in capo al giudice italiano⁴⁵, in assenza di una norma internazionale che attribuisca la

⁴⁴ Al riguardo appare significativa l'iniziativa del Procuratore Nazionale Antimafia, il quale ha inviato il 10.01.2005 ai Procuratori Generali una lettera nella quale richiama l'attenzione sulla necessità di un coordinamento tra le D.D.A. e le Procure Ordinarie nelle indagini riguardanti la tratta di persone e l'immigrazione clandestina e suggerisce di adottare, tra gli uffici del Pubblico Ministero del Distretto, un Protocollo di Intesa per uno scambio di informazioni che eviti la dispersione e segmentazione di elementi spesso fondamentali per le indagini. Spesso, infatti, il lavoro inizia nelle procure ordinarie nell'ambito dei reati "sentinella" di loro competenza.

⁴⁵ Invero, l'arresto e la successiva condanna di un passeur, allo stato, è impresa alquanto ardua giacché se si trova all'estero, ovvero la condotta è stata realizzata all'estero al di fuori di un'associazione ex art. 416 c.p. (per la quale è invece sufficiente che anche un solo partecipe abbia commesso una parte della condotta in Italia), occorre preliminarmente verificare la sussistenza dei presupposti per attivare uno degli strumenti tipici della cooperazione internazionale. A meno che il reato di favoreggiamento e di tratta non li si voglia ricondurre nell'alveo dei delitti politici, implicanti sempre la giurisdizione del giudice italiano ex art. 8 c.p., conformemente ad una recente interpretazione giurisprudenziale (cfr. Tribunale di Catania, sez. V penale, Ordinanza 18 novembre 2005, in *Diritto e Giustizia*, 20.05.2006, anno VII, pp. 58 ss.).

giurisdizione a prescindere dal luogo di esecuzione della condotta e dalla cittadinanza del reo. Potrebbe, al riguardo, immaginarsi l'estensione dell'art. 7 del codice penale di rito, riferibile unicamente ai delitti di tipo politico, anche alla futura fattispecie associativa finalizzata ai delitti di tratta e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Vi sono poi complicazioni di tipo pratico, derivanti dalla non agevole ricostruzione delle espressioni gergali dei malavitosi e del contenuto delle conversazioni telefoniche che vengono intercettate, a causa della peculiarità dei linguaggi usati dai vari gruppi criminali, spesso differenti per idiomi ed influssi dialettali, propri delle singole aree geografiche ed etnie di appartenenza, anche all'interno di uno stesso Stato⁴⁶. Senza sottacere la difficoltà di individuare consulenti e periti traduttori, da un canto, di provata affidabilità, capaci di resistere ai condizionamenti da parte dei familiari degli indagati; dall'altro, dotati di una certa professionalità e specializzazione che consenta loro di comprendere le espressioni gergali dei malavitosi.

Invero, a causa di errori banali, ad esempio di identificazione, si corre il rischio di compromettere indagini complesse e di non esercitare l'azione penale nei confronti proprio dei criminali più pericolosi che, dall'estero, organizzano e pianificano tutte le fasi della tratta⁴⁷.

A ciò si aggiunga la fatica a vincere le resistenze dei clandestini a collaborare con le forze di polizia, dovute sia alla paura che i parenti subiscano ritorsioni da parte delle organizzazioni che li sfruttano, sia alla circostanza per cui viene loro falsamente prospettato che le forze di polizia sono corrotte e vengono pagate dalle organizzazioni criminali (il che rispecchia le condizioni dei loro paesi di origine). In tale ultimo caso, un supporto e contributo notevole potrebbero apprestarlo gli operatori penitenziari (educatori, assistenti sociali, psicologi, cappellani e così via), diversi dalla polizia che, a vario titolo, si relazionano quotidianamente con i detenuti.

La difficoltà maggiore, tuttavia, è data dalla "insufficienza dei dati conoscitivi nella ricostruzione della realtà criminologica", ossia dalla difficoltà a risalire la catena criminale dai passeurs (scafisti, autisti etc.) agli organizzatori.

⁴⁶ È interessante notare come, ad esempio, i nomi cinesi vanno divisi in due parti, per cui Xuemei è, in realtà, Xue Mei; Xilong è Xi Long; così, bastano errori banali di identificazione per compromettere indagini complesse.

⁴⁷ G. SCIACCHITANO, relazione all'incontro studio del C.S.M. sul tema: *Il traffico degli esseri umani: una nuova frontiera della cooperazione giudiziaria europea per la lotta alla criminalità organizzata transnazionale*, Roma, 6-8 febbraio 2006.

Ed invero l'istituto penitenziario, che rappresenta lo specchio della realtà criminale esterna che tende in esso a ricomporsi, potrebbe rappresentare un osservatorio privilegiato della criminalità organizzata transnazionale che gestisce il traffico di clandestini. Essa, in realtà, costituisce un fenomeno non solo fondamentalmente ancora sconosciuto nelle sue reali dinamiche strutturali ed operative profonde, ma che, soprattutto, non si fa conoscere poiché, per le evidenziate problematicità e complessità è, altresì, di difficile penetrazione investigativa.

Attraverso una attenta osservazione condotta da parte di tutti gli operatori ed, in particolar modo, dalla polizia penitenziaria del comportamento, delle abitudini e del linguaggio, ivi compreso quello non verbale, fatto di gesti, espressioni e segni convenzionali, degli esponenti delle varie organizzazioni criminali che, come evidenziato, a vario titolo intervengono nel traffico di persone, diviene possibile raccogliere dati ed informazioni preziose sul *modus operandi* delle stesse, nonché sul modo di rapportarsi tra loro e con la criminalità organizzata locale, attiva nei paesi di destinazione.

Inoltre, attraverso la predetta attività di osservazione potrebbero emergere alcuni elementi obiettivi, al ricorrere dei quali si renderebbe necessario effettuare un approfondimento investigativo, perché vi è fondato motivo di ritenere, indirettamente, che si è in presenza di tratta di persone.

Ed invero, le D.D.A. maggiormente interessate alle indagini sulla tratta (quelle di Trieste, Torino, Perugia, Roma, Napoli, Bari e Lecce), ne hanno individuato i seguenti "indicatori": sradicamento ed isolamento della vittima; privazione del passaporto; povertà estrema e situazione di bisogno dei familiari; necessità di dovere restituire le somme per le spese di viaggio; condizionamenti culturali (in specie, quelli derivanti dalla diffidenza verso le forze della polizia poiché ritenute corrotte dalle organizzazioni criminali che le sfruttano); fallimento del progetto migratorio. Inoltre, elemento tipico della tratta, oltre al reclutamento violento o con inganno, è il trasferimento della vittima attraverso più paesi e la vendita della persona da un gruppo all'altro, non senza che questa sia stata sottoposta a violenze fisiche e psichiche prima di giungere al luogo di destinazione per essere avviata alla prostituzione o ad altre attività illecite⁴⁸.

⁴⁸ G. SCIACCHITANO, relazione all'incontro studio del C.S.M. sul tema: *Il traffico degli esseri umani: una nuova frontiera della cooperazione giudiziaria europea per la lotta alla criminalità organizzata transnazionale*, cit.

È evidente che questo sistema rende oltremodo difficile individuare tutti gli autori del traffico e risalire ai vari anelli della catena.

D'altro canto, però, è proprio l'emergere della criminalità degli stranieri che può condurre all'accertamento del più vasto fenomeno che ne è alla base. Ed inoltre, così come le indagini sugli immigrati detenuti possono portare ad individuare capi, esecutori ed organizzatori del traffico di persone; allo stesso modo, le medesime indagini portano ad acquisire elementi anche sulle attività illecite parallele, diverse dall'immigrazione illegale (riciclaggio di danaro, traffico di sostanze stupefacenti, omicidi, rapine, estorsioni, sfruttamento dei clandestini come manodopera in nero), in cui sono attivi, sul territorio di arrivo o di passaggio, quegli stessi gruppi che curano la tratta dall'estero appartenendo, in genere, alla stessa organizzazione etnica.

Premesso che, nel particolare contesto degli istituti di pena, la *notizia criminis* (artt. 55 e 357 c.p.p.) viene ad essere appresa, il più delle volte, a mezzo fonti non qualificate, l'osservazione e la eventuale indagine che ne potrebbe conseguire sarà condotta, almeno nella fase iniziale, con modalità diverse a seconda che avrà ad oggetto clandestini gregari dei criminali che li sfruttano e già vittime di una tratta pregressa, i quali sono detenuti, pertanto, per un reato diverso da quello di tratta o di favoreggiamento della immigrazione clandestina (e che potrebbe rientrare tra quelli sintomatici di un più vasto fenomeno di traffico internazionale di persone); oppure detenuti in quanto già imputati o condannati per appartenere alle organizzazioni transnazionali di secondo e terzo livello.

In entrambi i casi, il concetto guida su cui le predette attività della polizia e degli operatori penitenziari si fonderebbero è che i detenuti clandestini extracomunitari sono da considerare persone informate sui fatti e fonte comunque di informazioni, con riguardo sia alle dichiarazioni che possono rendere, sia a quanto trovato in loro possesso, sin dalla fase di ingresso in istituto (es. il numero di telefono mobile degli sfruttatori o degli esponenti delle organizzazioni di primo livello; indirizzi, documenti vari etc.).

L'attività di preinvestigazione può avere ad oggetto anche indagati o imputati sottoposti alla custodia cautelare visto che i termini di durata di essa sono più lunghi,⁴⁹ sì da residuare un congruo lasso di tempo per reperire informazioni, e dovrebbe essere

⁴⁹ A norma del combinato disposto degli artt. 407, c. 2; lett. a) e 303, c. 1 e 304, c. 2 c.p.p., la durata delle indagini preliminari è di due anni e, correlativamente, la durata della custodia cautelare per il reato di tratta di persone di cui agli artt. 601 c.p. è di

condotta, in particolare, dagli appartenenti al corpo di polizia penitenziaria, in base ai rispettivi ruoli e funzioni, in tutti i momenti in cui si articola la giornata tipo del detenuto: durante le attività socio-ricreative, in occasione di fruizione dell'ora d'aria nei cortili passeggio, dei colloqui visivi e telefonici, osservando il comportamento tenuto in sezione; oltre che dagli operatori penitenziari in genere.

Essa potrebbe attuarsi anche attraverso controlli mirati (ad esempio, in ordine alla consistenza delle somme accreditate sul conto corrente del detenuto che potrebbe essere sintomatica della provenienza illecita delle stesse, sulla quantità e qualità di generi acquistati al sopravvitto, in quanto indice di un tenore di vita elevato; attraverso una accurata verifica delle telefonate ricevute e delle utenze telefoniche di cui si serve).

Individuati i detenuti da sottoporre ad "indagine" si potrà procedere secondo gli ordinari mezzi di ricerca e modalità di documentazione dell'attività di polizia giudiziaria (art. 357 c.p.p.). Pertanto, potranno assumersi sommarie informazioni (artt. 350 e 351 c.p.p.), così come potrà procedersi all'interrogatorio delegato (ex art. 141 *bis*) finalizzato alla confessione e così via.

La constatazione della problematica efficacia degli sforzi investigativi è alla base della disciplina introdotta dalla L 228/2003, che estende ai reati di cui agli artt. 601-602 l'intera legislazione antimafia ed, in particolare, le tecniche di indagine provocatorie già sperimentate nel campo del contrasto della criminalità organizzata, fino ad allora limitato a settori specifici.⁵⁰ La legge contiene norme di diritto processuale che offrono all'operatore nuovi e più incisivi

un anno ed i termini di decorrenza possono essere sospesi, su richiesta del pubblico ministero, nel caso di dibattimenti o di giudizi abbreviati particolarmente complessi, durante il tempo in cui sono tenute le udienze o si delibera la sentenza nel giudizio di primo grado o in quello sulle impugnazioni. In particolare, quanto agli autori dei reati ex artt. 12 D.Lgs. 296/98 e 601 c.p., partendo dal presupposto che la loro attività non è quasi mai sporadica, bensì un'attività seriale ed organizzata, commessa in forma associativa, dato che l'ingaggio e, poi, lo smistamento nel luogo di destinazione finale, in specie se a fini di sfruttamento sul piano processuale si traducono nella ravvisabilità pressoché costante dell'esigenze cautelari di cui alle lettere b) e c) dell'art. 274 c.p.c., i passeurs o i trafficanti vengono sempre assoggettati a custodia cautelare in carcere la quale, protrandosi a lungo, consente un minimo di attività di monitoraggio, osservazione ed intercettazione, così da acquisire nuovi elementi di prova a loro carico. Invero, le confessioni e le chiamate in correità ed i pentimenti vengono raccolti solo dopo che le prove sono divenute schiaccianti ed inconfutabili ed, a loro volta, consentono di innestare un circolo virtuoso che aumenta l'efficacia dell'intervento repressivo.

⁵⁰ Si tratta degli strumenti di intervento investigativo, introdotti in Italia come in altri stati europei sulla spinta di processi di cooperazione e armonizzazione normativa internazionali nel contrasto del crimine organizzato inaugurati dalla Convenzione

strumenti in queste indagini: si vedano le modifiche dell' art. 407, com. 2, lett. a c.p.p. con il correlativo aumento fino ad un anno dei termini di durata della custodia cautelare (art. 303, com. 1, lett. a c.p.p.), le novità introdotte nella disciplina delle intercettazioni, la riconosciuta possibilità di utilizzare per le indagini l'agente sotto copertura, nonché la possibilità di offrire i benefici processuali e penitenziari ad eventuali collaboratori.

8. La banca dati centralizzata presso la D.N.A. ed il D.A.P. Le squadre e servizi specializzati di polizia penitenziaria. Proposte di riforma della legislazione nazionale

L'esigenza di non disperdere e polverizzare tutte le informazioni raccolte nell'istituto penitenziario con le modalità sopra evidenziate, nonché gli elementi di prova che risultano dalle indagini ivi condotte, riguardanti i due fenomeni della tratta e dell'immigrazione clandestina, richiede necessariamente di centralizzarne la raccolta e la elaborazione, includendovi quei reati che sono funzionali alla commissione dei relativi delitti (falsi documentali, violenze, estorsioni, corruzioni di pubblici ufficiali) ed, altresì, quelli relativi alle attività illecite in cui vengono sfruttati i clandestini, in cui sono attive le medesime organizzazioni che gestiscono il traffico di persone.

Le predette informazioni (i nomi di tutti i clandestini ed i reati loro ascritti, le loro fotografie, i dati relativi alle utenze telefoniche, gli indirizzi e documenti trovati in loro possesso), che sono insignificanti se prese isolatamente, si sono dimostrate altamente significative se memorizzate e confrontate tra loro (ad esempio, l'indicazione che il clandestino ha pagato, per il viaggio, una certa persona, si trasforma in una deposizione puntuale e corredata da ricognizione fotografica).

A tal fine, potrebbero essere predisposte schede sonda informative, sulla base delle quali raccogliere tutte le informazioni, (fornite dai vari operatori penitenziari) riguardanti i detenuti stranieri soggetti a particolare osservazione (investigativa), ovvero ad indagine, che confluiranno nelle banche dati di cui si dirà di qui a poco.

di Vienna del 1998 in tema di lotta al traffico di stupefacenti e poi di riciclaggio (cfr. artt. 97 e 98 del D.P.R. 309/1990); in materia di acquisto simulato di stupefacenti e ritardato compimento di attività di cattura, arresto e sequestro; le disposizioni in tema di ritardata esecuzione di provvedimenti cautelari (legge n. 172/92). Nonché, infine, la figura dell'agente provocatore (già prevista dall' art.14 della legge 269/1998) in tema di azione di contrasto dello sfruttamento della prostituzione, della pornografia e del turismo sessuale in danno di minori.

Una prima banca dati, per ragioni legate alla competenza sulle indagini preliminari relative ai reati di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p.⁵¹, è opportuno che venga istituita presso la Direzione Nazionale Antimafia onde, altresì, rendere più efficace e tempestiva la funzione di coordinamento del procuratore distrettuale e di quello nazionale previsto dagli artt. 51, c. 3 bis e 371 bis c.p.p., nonché il collegamento investigativo tra gli uffici delle procure ordinarie e quelle distrettuali.

In tal modo, le informazioni in essa raccolte potrebbero essere diramate, oltre che alla Direzione Distrettuale Antimafia ed alle procure ordinarie competenti per territorio ovvero maggiormente colpite dal fenomeno del traffico internazionale di persone, anche alle varie Direzioni Distrettuali Antimafia e procure ordinarie spalmate su tutto il territorio nazionale, in considerazione della natura transnazionale dei reati e delle organizzazioni⁵². Inoltre, diventerebbero agevolmente fruibili anche da parte di tutte le altre forze dell'ordine (polizia di stato, carabinieri, guardia di finanza). Invero, presupponendo il traffico di esseri umani una forza pervasiva delle organizzazioni criminali nei vari settori della società civile (pubbliche amministrazioni e mondo dell'economia)⁵³, la circolazione delle predette conoscenze favorirebbe un'azione di contrasto programmata e coordinata tra le forze dell'ordine e, dunque, più efficace.

Correlativamente, presso il Nucleo investigativo centrale - che, nell'ambito dell'Ufficio per l'attività ispettiva e del controllo del Dipartimento è precipuamente preposto, quale servizio centrale di polizia giudiziaria, a svolgere le funzioni indicate all'art. 55 del c.p.p. -, dovrebbe essere istituita una corrispondente banca dati per

⁵¹ L'art. 6 della L. 228/2003, modificando gli artt. 5, 51 e 407 c.p.p., assegna le funzioni di pubblico ministero all'ufficio presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente, ciò sia per la forma individuale che per quella associativa; attribuisce la competenza al Tribunale, sottraendola alla Corte di Assise.

⁵² Sempre in tema di coordinamento appare significativa, come già segnalato, l'iniziativa del Procuratore Nazionale Antimafia, il quale ha inviato il 10.01.2005 ai Procuratori Generali una lettera nella quale richiama l'attenzione sulla necessità di un coordinamento tra le D.D.A. e le Procure Ordinarie nelle indagini riguardanti la tratta di persone e l'immigrazione clandestina e suggerisce di adottare, tra gli uffici del Pubblico Ministero del Distretto, un Protocollo di Intesa per uno scambio di informazioni che eviti la dispersione e segmentazione di elementi spesso fondamentali per le indagini. Spesso, infatti, il lavoro inizia nelle procure ordinarie nell'ambito dei reati "sentinella" di loro competenza.

⁵³ Si è, infatti, già segnalato che le organizzazioni criminali transnazionali fondano, infatti, gran parte del loro potere sulla disponibilità di ingenti capitali, parte dei quali vengono impiegati per corrompere i funzionari delle amministrazioni, in specie quelli preposti al controllo delle frontiere ed, in altra parte, vengono riciclati in attività lecite.

la criminalità organizzata, con una sezione specifica per quella di tipo transnazionale (chiaramente collegata con quella istituenda presso la D.N.A.), ove far confluire le medesime informazioni.

Alla banca dati del Dipartimento accederanno, naturalmente, anche i provveditorati regionali e gli istituti penitenziari spalmati su tutto il territorio nazionale. Ciò, al precipuo fine di consentire al Direttore Generale per i detenuti ed il trattamento, da un lato, ed al Provveditore regionale, dall'altro, secondo le rispettive competenze, di adottare, sulla base di una conoscenza completa e tempestiva dei collegamenti tra gli esponenti dei vari gruppi criminali e tra questi ultimi stessi; nonché, della evoluzione delle indagini in cui siano implicati soggetti già detenuti per altro titolo di reato, ovvero soggetti liberi che potrebbero, però, potenzialmente essere incriminati per il delitto di tratta e di favoreggiamento della immigrazione, le determinazioni più adeguate ai fini dei provvedimenti di classificazione e declassificazione, delle assegnazioni e trasferimenti presso gli istituti di pena (artt. 14 e 42 della legge 354/1975 ed artt. 30-32 e 35 del relativo regolamento di esecuzione; circolare D.A.P. 9 luglio 1998, n. 3479/5929).

Ovvero, allo scopo di poter disporre di dati attendibili e circostanziati ogni qualvolta si ravvisi la necessità di dover accertare, ad esempio, il presupposto del collegamento con la criminalità organizzata (rilevante a norma del combinato disposto degli artt. 41 *bis*, c. 2 e 4 *bis*, primo periodo della legge 354/1975 o per l'applicazione delle misure alternative ai sensi del predetto art. 4 *bis*, com. 3 *bis* da parte del magistrato di sorveglianza).

Infine, le medesime conoscenze delle dinamiche operative e dei vari collegamenti tra i gruppi criminali transnazionali potrebbero altresì essere estremamente utili a fini anche preventivi dal punto di vista della garanzia dell'ordine e della sicurezza negli istituti di pena (ad esempio nelle scelte relative all'allocazione nelle celle, nella programmazione delle attività ricreative e trattamentali e così via), nonché a fini rieducativi, per la individualizzazione del programma di trattamento.

La circolazione delle informazioni che ne conseguirebbe, infatti, anche a mezzo dei dovuti riscontri e confronti con quelle già in possesso della magistratura, sarebbe funzionale alla predisposizione di tecniche di indagini specifiche e specializzate, nonché di strumenti repressivi più incisivi ed efficaci in grado di contrastare le gravi violazioni dei diritti fondamentali delle vittime; consentirebbe, altresì, di intervenire con celerità e speditezza, se non in tempo reale, onde prevenire la consumazione dei delitti stessi in fase di svolgimento, compatibilmente con le esigenze di opportu-

nità investigativa da operare caso per caso⁵⁴.

Per superare le numerose difficoltà evidenziate nel paragrafo che precede in ordine alle indagini relative al traffico di persone, nonché per una maggiore efficacia delle stesse, riteniamo di avanzare le seguenti ulteriori proposte:

1. creare una squadra all'interno del Corpo di polizia penitenziaria specializzata in questa materia (tratta ed immigrazione clandestina) che conosca rotte del traffico, struttura delle organizzazioni, lingue.

Invero, onde garantire una più efficace cooperazione tra le forze di polizia e migliore coordinamento delle indagini, nonché allo scopo di poter impiegare in maniera diretta ed immediata un apparato di strutture e mezzi specifici per la tipologia di indagini in esame, sarebbe opportuno che venissero istituiti sia a livello centrale che regionale, ovvero presso i provveditorati (a norma e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 56, c. 1, lett. a; 12 e 13 disp. att.), dei veri e propri servizi ad hoc di polizia penitenziaria specializzata nella lotta della criminalità organizzata, con apposite sezioni per quella transnazionale. Dagli istituendi servizi, indi, andrebbero attinte le aliquote di personale da applicare presso le sezioni (art. 56, c. 1, lett. b c.p.p. ed artt. 5, c. 2 e 8 disp. att. c.p.p.) della procura della repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente, analogamente alla ratio sottesa alla modifica dell'art. 51 c. 3 *bis* c.p. per effetto dell'art. 6, c. 1, lett. b) della legge 11 agosto 2003, n. 228. *De iure condendo* sarebbe auspicabile la riforma dell'art. 5, c. 1 disp. att. c.p.p. affinché, a prescindere dalle scelte discrezionali del procuratore della repubblica interessato, nelle sezioni di polizia giudiziaria venisse istituzionalizzata, in ragione della suddetta specializzazione, la presenza della polizia penitenziaria. Al coordinamento dei servizi dovrebbe essere preposto un funzionario del ruolo dei commissari, in ragione del proprio grado, che abbia acquisito una certa professionalità nel settore;

2. creare presso le DDA dei gruppi di lavoro multiprofessionali (magistrati, forze di polizia, interpreti, consulenti), che colgano

⁵⁴ L'art. 8 della L. 228/2003 modifica il D.L. n. 419/1991 (convertito dalla L. n. 172/1992), estende ai reati di cui agli artt. 600-602 c.p. la possibilità, per il pubblico ministero, di ritardare per motivi investigativi l'esecuzione di provvedimenti, misure cautelari, arresto, fermo e sequestro. Allo stesso modo, la polizia giudiziaria potrà ritardare gli atti di propria competenza. Lo stesso articolo, opportunamente, estende tale disciplina derogatoria anche ai reati di sfruttamento della prostituzione e a quelli di pornopedofilia di cui alla L. 269/1998 poiché, empiricamente, si è appurata la difficoltà, in sede di indagini preliminari, di distinguere i due fenomeni che, dopo la L. 228/2003 sono di competenza, in questa fase, di autorità differenti.

la specificità dei gruppi etnici coinvolti nelle indagini, giacché a tale specificità corrisponde un diverso modello di comportamento ed un uso differenziato della violenza (si considerino le differenze tra gruppi albanesi e nigeriani);

3. attivare la collaborazione internazionale per cogliere tutti gli aspetti del traffico ed individuare non solo il livello più basso dei trafficanti normalmente presente in Italia, ma quello certamente più elevato che opera nei punti strategici all'estero, che pianifica lo spostamento delle vittime, predispone i documenti falsi, corrompe i funzionari sfruttando gli ingenti capitali di cui dispone.

9. La collaborazione internazionale

La collaborazione internazionale delle forze di polizia⁵⁵, al pari di quella giudiziaria, è imprescindibile per sviluppare le indagini contemporaneamente nei paesi di origine, di transito e di destinazione della tratta e, in genere, del traffico di persone. Le difficoltà, però, che si incontrano nel realizzare una tale metodologia di indagine risiedono, essenzialmente, nei tempi troppo lunghi di attesa delle risposte; nelle risposte nulle o insufficienti provenienti da alcuni paesi, nella mancanza, come evidenziato, in alcuni paesi di norme interne che consentano la collaborazione in queste materie⁵⁶.

Bisogna, tuttavia, perseverare in questa direzione, alla stregua di quanto segnalato dall'Unione Europea sia con documenti specifici (Decisione Quadro del Consiglio del 19.07.2002) che tendono a realizzare una normativa omogenea tra i paesi membri; sia con suggerimenti per coinvolgere nelle indagini le importanti strutture di *Europol*⁵⁷, oltre che di *Eurojust*.

⁵⁵ A norma dell'art. 10 del Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, le autorità di polizia cooperano tra loro, scambiandosi informazioni, per mettere gli Stati parte in grado di verificare: a) se le persone che varcano o cercano di varcare un confine internazionale con documenti di viaggio appartenenti ad altre persone, o senza documenti di viaggio, siano autori o vittime della tratta di persone; b) i tipi di documento che hanno usato per varcare un confine internazionale ai fini della tratta; c) i mezzi e i metodi utilizzati dai gruppi criminali organizzati per la tratta di persone.

⁵⁶ Ad esempio, la legislazione dell'Ucraina, in mancanza del dato formale della vendita della persona, che è solo una delle modalità attraverso cui può realizzarsi la tratta, non concede assistenza giudiziaria né, quindi, collaborazione investigativa e scambio di informazioni.

⁵⁷ L'*Europol* (Ufficio europeo di polizia), con sede all'Aia, è stato istituito con la convenzione di cui all'atto del Consiglio del 26 luglio 1995. Esso è preposto alla cooperazione dei servizi di polizia degli Stati membri in vari settori, tra cui la tratta

A tale proposito, sarebbe auspicabile la istituzione, tramite una azione comune analoga a quella istitutiva dei magistrati di collegamento⁵⁸, di funzionari di collegamento, provenienti anche dal ruolo dei commissari del corpo di polizia penitenziaria, che possano scambiarsi informazioni sui dati raccolti negli istituti penitenziari dei paesi di appartenenza in ordine alla criminalità organizzata transnazionale e, segnatamente, ai reati di tratta e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, anche al fine di elaborare proposte normative per individuare regole comuni del regime e trattamento penitenziario più appropriato cui sottoporre i detenuti appartenenti a cotale tipologia di criminalità. La costituzione di regole penitenziarie comuni in tema di criminalità organizzata transnazionale potrebbe costituire la base per la nascita di un diritto penitenziario europeo.

Inoltre, gli ufficiali di polizia giudiziaria del ruolo dei commissari di polizia penitenziaria, che abbiano acquisito una particolare specializzazione e professionalità in tema di criminalità transnazionale, dovrebbero poter partecipare alle squadre investigative comuni che, i membri nazionali di *Eurojust*⁵⁹, possono chiedere alle autorità statali di istituire.

Fermo restando le difficoltà nel dare attuazione ad una rogatoria internazionale⁶⁰, la verifica sul campo dirà se, al contrario,

di esseri umani e l'immigrazione clandestina. Ogni stato membro invia ad *Europol* almeno un ufficiale di collegamento, che diviene un organo di raccordo tra il suddetto organismo ed i servizi nazionali competenti. Per svolgere le sue funzioni *Europol* gestisce un sistema elettronico di informazione, che viene alimentato direttamente dagli Stati membri.

⁵⁸ Azione Comune del 22 aprile 1996 relativa al quadro di scambio di magistrati di collegamento (96/277/GAI), citata in P. TONINI, *La cooperazione internazionale nell'ambito del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea*, in *Manuale di Procedura Penale*, Sesta Edizione, Giuffrè, 2005, pp. 876. La funzione di questi ultimi è quella di accrescere la rapidità e l'efficacia della cooperazione giudiziaria, nonché di contribuire allo scambio di informazioni sui sistemi giuridici e giudiziari degli Stati membri e sul loro funzionamento (art. 1, com. 3 Azione comune).

⁵⁹ *Eurojust* è stato istituito con decisione del Consiglio dell'Unione del 28 febbraio 2002 (2002/187/GAI); si caratterizza per essere un organismo centrale, con personalità giuridica, e risponde ad una logica di integrazione tra autorità giudiziarie e forze di polizia; ha, infatti, il compito di migliorare l'assistenza giudiziaria e di coordinare le indagini in vari settori, ivi compreso quello della criminalità organizzata. L'art. 6 della decisione, in particolare, dispone che i membri nazionali possono chiedere alle autorità statali competenti di avviare indagini, di coordinarle, nonché di esercitare l'azione penale o di istituire delle squadre investigative comuni.

⁶⁰ Gli ostacoli principali che si frappongono alla rogatoria internazionale possono così sintetizzarsi: alcune norme, frutto dell'attuazione di decisioni europee, sono applicabili solo tra Paesi Membri dell'U.E. che abbiano già ratificato quelle decisioni o quelle Convenzioni; non sempre nell'ordinamento del paese cui ci si rivolge esiste la norma incriminatrice analoga alla nostra e lo strumento investigativo che si chiede di utilizzare; a seconda che l'accordo internazionale con il Paese ad quem, qualora esista, sia bi o multilaterale è diversa la procedura da seguire nell'uno e nell'altro caso.

il mandato di arresto europeo, i cui tempi di attuazione restano molto più brevi rispetto alla procedura di estradizione⁶¹ resti una misura meno farragিনosa e di più celere esecuzione.

10. Proposte di modifica degli articoli 4 bis e 41 bis dell'ordinamento penitenziario

Poste le testé citate difficoltà in campo internazionale, anche la normativa penitenziaria interna soffre di alcune lacune legislative. Se è vero come è vero, da un canto, che le procedure di cooperazione internazionali e gli strumenti dell'assistenza giudiziaria si stanno evolvendo e trovando sempre più frequente applicazione, nell'ottica di un'azione di contrasto più celere ed efficace; e, dall'altro, che gli organismi sopranazionali sono ormai proiettati a creare norme, sia di diritto penale sostanziale che processuale, comuni ai fini dell'armonizzazione delle legislazioni, i predetti vuoti normativi dovranno al più presto essere colmati per affrontare adeguatamente il problema dell'aumento, prevedibile per il prossimo futuro, della presenza di detenuti stranieri appartenenti alle organizzazioni multinazionali della criminalità.

Più in particolare, si porrà il problema di quale dovrà essere il regime detentivo cui assoggettarli e con quali modalità esso dovrà trovare applicazione.

Ed invero, considerate le specificità strutturali ed operative della criminalità organizzata transnazionale, sarebbe opportuno in primo luogo garantire la netta separazione non solo tra i vertici e gli affiliati delle organizzazioni convenzionalmente classificate di primo livello (i cui emissari spesso appartengono alle organizzazioni di terzo livello operanti sui territori degli Stati di destinazione dei clandestini); ma, altresì, tra gli appartenenti a queste ultime con quelli delle associazioni di livello intermedio; ed, infine, tra queste e le organizzazioni di terzo livello.

Il che è possibile da un canto, solo attraverso una conoscenza approfondita, secondo le modalità sopra prospettate, sia del fenomeno in sé che dei singoli criminali. Dall'altro canto, attraverso l'adeguamento delle strutture penitenziarie e l'incremento degli

⁶¹ P. TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, cit. pp. 879-882. Il mandato di arresto europeo è stato introdotto in Italia dalla legge 14.05.2005, n. 69 e si fonda sul principio del "mutuo riconoscimento" dei provvedimenti giurisdizionali. In base ad esso è possibile consegnare una persona condannata in via definitiva o sottoposta a provvedimento limitativo della libertà personale, eliminando totalmente il controllo politico del potere esecutivo.

strumenti elettronici di videosorveglianza e di tutti quelli che, in genere, possano concorrere a garantire una attenta vigilanza, al duplice fine della osservazione dei detenuti e della sicurezza dell'istituto.

In secondo luogo, trovandoci al cospetto, con particolare riferimento agli esponenti di spicco, di criminali di elevato spessore e pericolosità, non possono non trovare applicazione gli strumenti del cd. "carcere duro" di cui all'art. 41 *bis*⁶², 4 *bis*⁶³ e 14 *bis*⁶⁴ della legge 354/1975.

De iure condito, però, al regime detentivo speciale (art. 41 *bis*, 2 com. dell'ordinamento penitenziario), paradossalmente, non sono assoggettabili coloro ai quali sia contestato il reato di associazione a delinquere aggravato, di cui all'art. 416, com. 6 c.p., che rappresenta la forma ordinaria e pressoché esclusiva in cui si manifesta la tratta ed il traffico di persone in genere.

Solo qualora venga accertata la mafiosità dell'associazione o l'aggravante ex art. 7, com. 1 del decreto legge 13.05.1991, n. 152⁶⁵, gli autori del reato di tratta (art. 601 c.p.) sarebbero assoggettabili al regime detentivo speciale di cui all'art. 41 *bis* della legge 354/1975.

Nella pratica, però, solo molto raramente si rinviene la prova dei presupposti applicativi dell'art. 416 *bis* c.p. e, segnatamente, quello del controllo del territorio, sia per le difficoltà sopra specificate in ordine alla ricerca della prova che per le caratteristiche strutturali e le modalità operative delle organizzazioni criminali transnazionali.

In realtà lo stato delle conoscenze attuali induce ad assimilare alle associazioni di cui all'art. 416 *bis* c.p. le sole organizzazioni criminali dei cinesi i quali, però, adottano i metodi mafiosi nei confronti degli stessi connazionali sfruttati nelle varie attività illecite

⁶² L'art. 41 *bis* (*Situazioni di emergenza*) è stato introdotto dalla L. n. 663 del 1986 e modificato dal DL. n. 306 del 1992 convertito nella L. n. 356 del 1992. Il comma 2 *bis* era stato aggiunto con la L. n. 11 del 1998 ed ora i commi 2 e 2 *bis* sono stati modificati con l'art. 2 della L. n. 279 del 2002.

⁶³ L'art. 4 *bis* (*Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità dei condannati per taluni delitti*) è stato inserito dal D.Lgs. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella L. 12 luglio 1991, n. 203, modificato dal D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella L. n. 356 del 1992; il comma 1 è stato poi modificato dalla L. n. 4 del 2001 e poi con la L. n. 279 del 2002.

⁶⁴ L'art. 14 *bis* (*Regime di sorveglianza particolare*) è stato introdotto con la L. n. 663 del 1986.

⁶⁵ L'art. 7 del decreto legge 13.05.1991, n. 152 (*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata*), convertito in legge 12.07.1991, n. 203 prevede un aumento di pena da un terzo alla metà per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste da tale articolo.

che, quindi, difficilmente saranno disposti a denunciare la loro condizione ed a collaborare con le forze dell'ordine.

Inoltre, benché anche il delitto di favoreggiamento della immigrazione clandestina di cui all'art. 12 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 presupponga una organizzazione stabile e ramificata a livello internazionale, il secondo periodo dell'art. 4 bis della legge 354/1975 non è riferibile alle associazioni per delinquere costituite allo scopo di commettere il predetto reato, bensì alle sole associazioni di cui all'art. 416 c.p. realizzate allo scopo di commettere i delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale (tra i quali è compreso anche l'art. 601, c.p.⁶⁶).

Ne discende che al detenuto straniero appartenente ad un'associazione a delinquere finalizzata al favoreggiamento della immigrazione clandestina, i benefici penitenziari possono sempre essere concessi, senza il previo accertamento del requisito della insussistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata.

Né potrebbe colmarsi tale lacuna attraverso una interpretazione analogica, basata sulla *ratio legis*, ovvero estensiva della parte del secondo periodo dell'art. 4 bis, della legge n. 354 del 1975 alle associazioni per delinquere finalizzate, tra l'altro, alla commissione del delitto di tratta di persone in quanto, venendo in rilievo una norma eccezionale, la predetta operazione ermeneutica incontrerebbe il divieto di cui all'art. 14 delle disposizioni della legge in generale⁶⁷. Le medesime considerazioni possono valere anche per l'art. 41 bis della legge n. 354 del 1975.

La ricaduta di tali incongruenze normative sul piano strettamente organizzativo, nonché, correlativamente, dell'ordine e della sicurezza degli istituti, è la difficoltà che potrebbe incontrare il D.A.P. - Direzione Generale dei detenuti e del trattamento - di classificare i criminali appartenenti alla criminalità organizzata transnazionale ai fini della loro allocazione nei circuiti penitenziari (circolare D.A.P. 21.04.1993, n. 3359/5809 e circolare D.A.P. 15.07.1997, n. 543058).

Ed invero, non rientrando i delitti di associazioni a delinquere finalizzati alla tratta di persone ed al favoreggiamento della immigrazione clandestina (quest'ultimo, invero, neppure in forma monosoggettiva) in quelli di cui al regime detentivo speciale di cui

⁶⁶ L'art. 601 c.p. (*Tratta di persone*) è collocato nel Capo III, rubricato *Dei delitti contro la libertà individuale*, Sezione I, relativa ai *Delitti contro la personalità individuale*.

⁶⁷ L'art. 14 (*Disposizioni sulla legge in generale*, approvate con R.D. 16.03.1942, n. 262) così recita: "*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e tempi in esse considerati*".

al combinato disposto degli art. 4 *bis*, com.1 primo periodo e 41 *bis*, com. 2 dell'ordinamento penitenziario, potrebbe risultare dubbia ovvero inopportuna l'allocazione degli associati senz'altro nel circuito di primo livello dell' A.S. (alta sicurezza)⁶⁸ destinato ad accogliere anche i detenuti soggetti al regime previsto dall'art. 41 *bis*. Se, infatti, da un canto, è vero che la circolare consente l'assegnazione nel medesimo circuito, altresì, di detenuti che non risultino ristretti per reati che ne comportano in via automatica l'inserimento (quelli di cui all'art. 4 *bis*, com. 1, prima parte dell'ordinamento penitenziario), ma, in relazione ai quali, possa ritenersi fondatamente ipotizzabile l'attualità del loro collegamento con gruppi di criminalità organizzata, giacché l'inserimento nel circuito di media sicurezza comporterebbe quegli stessi pericoli di proselitismo e sopraffazione che stanno alla base della separazione dagli altri dei detenuti per reati cd. associativi. È anche vero che, in base alla citata circolare, sembrerebbe possibile l'assegnazione della tipologia di criminali in esame anche al differente circuito EIV (elevato indice di vigilanza) destinato ai detenuti pericolosi comuni.

Ed invero, le esigenze che portano a separare dagli altri detenuti coloro che vengono inseriti nel circuito di A.S., rendono del tutto inopportuno che in tale ultimo circuito vengano inseriti soggetti di pari spiccata pericolosità ma non legati alla criminalità organizzata di tipo mafioso, quali sono quelli appartenenti alla criminalità transnazionale.

La commistione tra questi ultimi ed i detenuti di primo livello, infatti, potrebbe essere foriera di nocivi legami ed alleanze o all'as-

⁶⁸ Con la circolare del D.A.P. del 9 luglio 1998, n. 3479/5929 il circuito penitenziario di primo livello ossia di alta sicurezza è stato destinato in linea di massima ai detenuti imputati o condannati per i delitti di cui agli artt. 416 *bis* e 630 c.p. e 74 T.U. n. 309/1990; la differenziazione trova ragione nella pericolosità degli stessi e nella capacità di proselitismo o sopraffazione ed, inoltre, nella caratteristica ad essi comune e di essere esclusi dalle misure alternative e dai benefici penitenziari ai sensi dell'art. 4 *bis*, com. 1, parte prima dell'ordinamento penitenziario. La circolare consente l'assegnazione nel medesimo circuito, altresì, nel caso di detenuti che non risultino ristretti per reati che ne comportano in via automatica l'inserimento, laddove possa ritenersi fondatamente ipotizzabile l'attualità del loro collegamento con gruppi di criminalità organizzata giacché, l'inserimento nel circuito di media sicurezza, comporterebbe quegli stessi pericoli di proselitismo e sopraffazione che stanno alla base della separazione dagli altri dei detenuti per reati cd. associativi. E, tra le ipotesi che vengono considerate più frequenti, vi è proprio quella dei soggetti detenuti per altro reato, ma notoriamente ritenuti avere ruolo di rilievo nell'ambito della criminalità organizzata (è il caso dei noti boss talora detenuti per reati minori, quali calunnia, contrabbando). Trattandosi di inserire nel circuito di alta sicurezza un soggetto per il quale questo non è previsto, la valutazione, che ha carattere di eccezionalità, deve essere operata dalla Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento (già Ufficio Centrale Detenuti e Trattamento), cui resterà attribuita la gestione.

sorbimento dell'una organizzazione nell'altra. Sempre la medesima circolare desume la pericolosità, tra l'altro, dall'appartenenza all'area terroristica od eversiva nazionale od internazionale cui potrebbe essere assimilata la partecipazione alle organizzazioni transnazionali.

In definitiva, anche per superare gli evidenziati problemi di tipo organizzativo ed assicurare la individualizzazione del trattamento, sarebbe auspicabile, *de iure condendo*, la introduzione, da parte del legislatore, di una autonoma fattispecie associativa finalizzata alla commissione dei delitti di tratta di persone e di favoreggiamento della immigrazione clandestina ed il suo contestuale inserimento tra i delitti di cui all'art. 4 *bis* 1 com., primo periodo, sì da potere rendere applicabile il regime detentivo speciale ed il divieto di concessione dei benefici penitenziari.

Fermo restando che le finalità del regime detentivo speciale possono essere assicurate solo attraverso una scrupolosa ottemperanza alle prescrizioni del D.A.P.⁶⁹ che purtroppo, anche per ragioni legate a carenze strutturali e logistiche, nonché di personale, potrebbero venire disattese.

⁶⁹Circolare D.A.P. 09.10.2003, n. 3592/6042 ad oggetto: *Organizzazione delle sezioni detentive adibite al contenimento di detenuti sottoposti al regime detentivo speciale di cui all'art. 41 bis O.P.* Fonte: D.A.P., Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento.

**LA CARENZA DI MOTIVAZIONE NEI
PROVVEDIMENTI DEL TRIBUNALE
DI SORVEGLIANZA: LA POSIZIONE DELLA
CORTE DI CASSAZIONE**

LAURA CESARIS*

Corte di Cassazione - Sez. I penale - 25 maggio/ 18 settembre 2006, n. 30786 - Pres. Mocali - Rel. Bardovagni - P.m. Viglietta - ric. I. G.

Misure alternative alla detenzione - Affidamento in prova al servizio sociale - Diniego – Necessità di motivazione

Deve ritenersi sussistente il vizio di motivazione dell'ordinanza nel caso in cui il tribunale di sorveglianza investito della richiesta di affidamento in prova si sia limitato ad affermare apoditticamente l'esistenza di elementi negativi senza motivare adeguatamente le conclusioni negative cui è pervenuto.

Corte di Cassazione - Sez. I penale - 5 ottobre/16 novembre 2006, n. 37800 - Pres. Mocali - Rel. Turone - P.m. Gialanella - ric. D. P.

Regime di sospensione delle regole di trattamento previsto dall'art.41-bis ord. penit. - Provvedimento ministeriale di proroga – Condizioni- Necessità di una valutazione motivata del tribunale di sorveglianza.

Va annullata l'ordinanza del tribunale di sorveglianza che in sede di reclamo avverso il decreto ministeriale di proroga del regime differenziato in peius previsto dall'art. 41-bis comma 2 ord. penit. non abbia proceduto ad un autonomo vaglio critico degli elementi posti a fondamento del decreto ministeriale stesso.

* * *

* Università di Pavia.

Corte di Cassazione, Sezione I penale, 25 maggio/18 settembre 2006, n. 30786.

OSSERVA:

Con l'ordinanza in epigrafe il Tribunale di sorveglianza di Trieste ha respinto le istanze di affidamento al servizio sociale, detenzione domiciliare o semilibertà avanzate da I. G.

Ricorre per cassazione il difensore, denunciando erronea applicazione della normativa di riferimento e carenza della motivazione.

Il ricorso è fondato. Infatti il diniego di qualsiasi misura alternativa è giustificato col solo riferimento alla gravità del reato commesso (spaccio di cocaina nel periodo fine 2003 - 18.3.2005) - indicativo di contiguità con ambienti criminali di non trascurabile spessore e posto in essere a fine di lucro (essendosi il soggetto dichiarato non consumatore dello stupefacente) - e con un giudizio implicitamente negativo circa l'inserimento ambientale, in quanto la moglie è coimputata dello stesso reato; viene inoltre rilevato che il dichiarato pentimento non è confermato "da riscontri oggettivi". Ora, la gravità del fatto, pur costituendo il punto di partenza della valutazione, non è elemento da solo idoneo ad escludere le misure alternative, dovendosi a tal fine tener conto essenzialmente della successiva evoluzione della personalità, quale desumibile, in primo luogo, dalla condotta "post delictum", onde stabilire se vi siano segni di positivi sviluppi suscettibili di consolidamento con i mezzi di sostegno e vigilanza inerenti ai benefici richiesti. A tal proposito, l'ordinanza impugnata da atto che il richiedente si trovava da diversi mesi agli arresti domiciliari e stava svolgendo (evidentemente, previa autorizzazione) una lecita attività lavorativa. Il giudice della cognizione aveva quindi ritenuto tale attenuata custodia idonea a contenere "la spinta delinquenziale" e positivamente valutato l'ambiente di inserimento; il Tribunale di sorveglianza, pur non vincolato, doveva dunque adeguatamente motivare le opposte conclusioni raggiunte, mentre si limita ad affermare apoditticamente che le dette circostanze, in sé suscettibili di positiva valutazione, sono irrilevanti o subvalenti. L'ordinanza impugnata va perciò annullata per vizio della motivazione, con rinvio per nuovo esame.

P. Q. M.

La Corte Suprema di Cassazione, Prima Sezione Penale, annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Tribunale di Sorveglianza di Trieste.

Corte di Cassazione - Sezione I penale - 5 ottobre/16 novembre 2006, n. 37800.

OSSERVA:

Con ordinanza del 22 febbraio 2006, il Tribunale di Sorveglianza di Torino respingeva il reclamo proposto dal detenuto P. D. avverso il decreto del Ministro della Giustizia in data 15 dicembre 2005 con cui era stata prorogata la sospensione dell'applicazione delle regole del trattamento penitenziario ai sensi dell'art. 41-bis, comma 2, ord. pen. Osservava il Tribunale che D. P. è attualmente detenuto in espiazione di pena in esecuzione di un provvedimento di cumulo emesso dalla Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Reggio Calabria, avente ad oggetto condanne per i reati di associazione a delinquere di stampo mafioso, associazione finalizzata al traffico di droga e violazione della legge sulle armi.

Sulla base delle notizie fornite nelle relazioni informative allegate al decreto ministeriale il Tribunale argomentava che si dovesse ritenere il P. tuttora esponente in posizione di prestigio nell'ambito del clan P.-S.-S., "cosca della 'ndrangheta operante sulla fascia ionica di Reggio Calabria con propaggini in Lombardia e all'estero, organizzazione che fa capo al padre del detenuto P. A. e al fratello S.". Essendo la cosca mafiosa attiva anche nell'attualità nel territorio di pertinenza, e in base all'assenza di un'esplicita rottura dei legami con il sodalizio, il Tribunale riteneva che si potesse concludere nel senso del permanere integra la capacità di collegamento del P. con l'ambiente criminale di riferimento. Avverso l'ordinanza propone ricorso la difesa del condannato, deducendo l'erronea applicazione dell'art. 41-bis della l. n. 354 del 1975 e la mancanza di motivazione. Il ricorrente assume che la persistenza dei collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza, posta a base della proroga, sarebbe stata affermata dal Tribunale sulla base di supposizioni e di un giudizio presuntivo non convalidato da elementi concreti, quindi sulla base di una motivazione apparente. In particolare, il ricorrente lamenta che il decreto di proroga sia stato emesso sulla base di informative che si riferiscono esclusivamente alla biografia delinquenziale del detenuto così come delineata in provvedimenti giudiziali lontani nel tempo. Rileva ancora il ricorrente che il provvedimento impugnato non ha preso in considerazione uno specifico argomento prospettato nel reclamo, laddove si contestava che si potesse desumere il permanere della capacità di collegamento con la criminalità organizzata dal rapporto di parentela del ricorrente con suo padre A. e suo fratello S., dal momento che il primo, pur condannato in passato, è oggi un cittadino libero che non ha alcun procedimento penale pendente, mentre il secondo, pur essendo ristretto in carcere, non è mai stato sottoposto al regime dell'articolo 41 bis O.P.

Il ricorso è fondato.

Va ricordato che la Corte costituzionale, con numerose decisioni (nn. 349/93, 410/93, 332/94, 351/96, 376/97 e, più recentemente, 417/04), ha chia-

rito che l'art. 41-bis comma 2 O.P. non è costituzionalmente illegittimo, in quanto sia interpretato nel senso della *piena sindacabilità* ad opera del giudice ordinario - e precisamente del Tribunale di sorveglianza adito col reclamo di cui al comma 2-quinquies dell'art. 41-bis O.P. - dei decreti ministeriali sia di applicazione che di proroga del regime detentivo speciale, vuoi sotto il profilo dell'esistenza dei presupposti e della congruità della motivazione, vuoi sotto il profilo del rispetto, nel contenuto delle singole misure restrittive, dei limiti del potere ministeriale. Di talché, non solo i provvedimenti applicativi devono essere concretamente giustificati in relazione alle esigenze di ordine e sicurezza per l'effettivo pericolo scaturente dalla permanenza di collegamenti del detenuto con la criminalità organizzata, ma anche i decreti di proroga devono essere sostenuti da un'autonoma e congrua motivazione in ordine alla attuale persistenza del pericolo per l'ordine e per la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire, non potendosi consentire, per una sorta di inammissibile automatismo, che la novellata norma autorizzi semplici e immotivate proroghe del regime differenziato, ovvero motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di concretezza e attualità le misure disposte.

Ritiene il Collegio che, così interpretata, la disposizione del comma 2-bis dell'art. 41-bis (laddove consente la rinnovazione della misura "purché non risulti che la capacità del detenuto di mantenere contatti con associazioni criminali sia venuta meno") sia pienamente conforme al dettato costituzionale, dato che nessun limite può essere frapposto al sindacato giurisdizionale "pieno" sulla legittimità degli atti della pubblica amministrazione. E in questa prospettiva, infatti, questa Corte di legittimità ha più volte affermato che il Tribunale di sorveglianza, in sede di reclamo, è tenuto a valutare gli elementi indicati nel decreto ministeriale e a sottoporli ad autonomo vaglio critico, accertando se le informazioni delle autorità competenti forniscano dati recenti e realmente significativi *sul non essere venuta meno la capacità* di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata (cfr, nella parte di motivazione non massimata, Cass., Sez. I, 5 febbraio 2004, Cc. 26 gennaio 2004, Zara, CED-228049; nonché, più recentemente, Cass., Sez. I, 22 dicembre 2004, Cc. 3 febbraio 2005, Marchese, CED-230743).

Questa Corte ha altresì tenuto a precisare e sottolineare - in particolare in due decisioni della prima metà del 2004 - che l'inciso di cui al comma 2-bis dello stesso art. 41-bis ("purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno") non comporta una inversione dell'onere della prova a carico del detenuto, in quanto rimane intatto l'obbligo del Tribunale di sorveglianza, in sede di reclamo, di dare congrua motivazione in ordine al proprio convincimento circa il permanere di tale capacità, vale a dire circa gli elementi da cui *risulti* che il pericolo che il condannato abbia contatti con associazioni criminali *non è venuto meno* (Cass., Sez. I, 24 febbraio 2004, Cc. 26 gennaio 2004, Madonia, CED-227117; Cass., Sez. I, 28 aprile 2004, C.c.4 marzo 2004, Di Martino, CED-227975).

Le riflessioni sopra sviluppate hanno trovato piena conferma nella recentissima ordinanza 23 dicembre 2004, n. 417, della Corte costituzionale, la quale, nel dichiarare inammissibile per manifesta infondatezza la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis della l. n. 354 del 1975, come modificato dalla l. n. 279 del 2002, ha precisato che ogni provvedimento di proroga "deve contenere un'autonoma congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire", che le modifiche apportate dalla legge del 2002 alla disciplina della proroga del regime differenziato devono essere interpretate in conformità ai principi affermati nella giurisprudenza costituzionale, e che - conformemente alla giurisprudenza di legittimità già formatasi sul punto - l'inciso di cui al comma 2-bis ("purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno") non comporta una inversione dell'onere della prova.

Ciò detto, non può sottacersi che, una volta verificata con sentenza passata in giudicato l'affiliazione di un detenuto a un'associazione mafiosa di vaste proporzioni e caratterizzata da un antico e profondo radicamento su un ampio territorio (quale è notoriamente la 'ndrangheta), la permanenza del vincolo associativo può ritenersi in qualche misura connaturata alla ontologia di tale associazione, con quanto è lecito inferirne - pur sempre con rigorosa motivazione sul punto della mancanza di elementi atti a dimostrare il *venir meno* della capacità di collegamento - in ordine alla inidoneità di un ordinario regime detentivo ad interrompere, di per sé solo, quella capacità di collegamento. In ogni caso, tuttavia, in sede di reclamo, è comunque indispensabile una 'congrua motivazione' operata dal Tribunale di Sorveglianza in via autonoma e attraverso un vaglio effettivo delle argomentazioni contenute nel decreto ministeriale e nelle informative di riferimento, tale da far sì che l'argomentare del giudice - cui quel vaglio è demandato - non si limiti a stereotipate formule di stile o a generici rinvii al contenuto del provvedimento da vagliare.

Orbene, questa Corte di legittimità non può non rilevare che il Tribunale di sorveglianza di Torino, nel caso di specie, non ha sottoposto ad adeguato *ed autonomo* vaglio critico i dati fattuali idonei a sorreggere l'apprezzamento di attuale permanenza (ovvero di mancato 'venir meno') della concreta capacità del detenuto di mantenere collegamenti con l'associazione mafiosa di pertinenza. In particolare, il Tribunale ha fatto riferimento esclusivamente a circostanze risalenti a diversi anni addietro, non particolarmente significative nel senso del permanere di quella capacità. Inoltre, appare fondata la doglianza relativa alla valenza attribuita ai rapporti familiari del ricorrente con il padre A. e con il fratello S., dal momento che alla specifica obiezione prospettata nel reclamo il provvedimento impugnato non ha fornito alcuna risposta, cadendo in tal modo nel vizio di mancanza di motivazione su quel punto. L'impugnata ordinanza deve essere quindi annullata con rinvio per una nuova disamina e un'integrazione della motivazione sul punto.

P.Q.M.

Annula l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Tribunale di Sorveglianza di Torino.

* * *

Le due decisioni affrontano, seppur con riferimento a istituti penitenziari diversi, il problema della carenza di motivazione, giungendo ad identica conclusione, l'annullamento delle ordinanze emesse dal Tribunale di sorveglianza.

Nel primo caso, relativo ad un'istanza di affidamento in prova al servizio sociale (ed in subordine di detenzione domiciliare o di semilibertà) presentata da un soggetto condannato per spaccio di stupefacenti, il tribunale di sorveglianza adito aveva respinto l'istanza sulla base della ritenuta gravità del reato e della inidoneità dell'ambiente familiare al reinserimento, essendo la moglie del condannato coimputata nello stesso reato.

Nella decisione in commento la Cassazione rimprovera al Tribunale di sorveglianza di «affermare apoditticamente», senza motivare adeguatamente, le conclusioni negative cui è giunto. Non solo, ma vengono individuati i punti deboli della motivazione: da un lato, in una sopravvalutazione della gravità del reato, che ad avviso della Corte «non è elemento da solo idoneo ad escludere le misure alternative»: anzi, se venisse ritenuto tale, la valutazione sarebbe sempre negativa per il disvalore insito nella commissione del reato stesso¹; dall'altro nella scarsa considerazione dell'attività lavorativa svolta dal condannato agli arresti domiciliari, peraltro autorizzata già dal giudice della cognizione nelle more del processo.

A questo proposito è opportuno ricordare che il previo svolgimento di una attività lavorativa o la prospettiva di un'attività lavorativa non sono espressamente richiesti per la concessione della misura dall'art. 47 ord. penit.², il quale invece nel 6° comma prevede tra le prescrizioni il divieto di «svolgere attività o di avere rapporti personali che possono portare al compimento di altri reati». A prescindere dalla considerazione che lo svolgimento di un'attività lavorativa verrebbe a costituire allora una sorta di preconditione, non si può, tuttavia, dimenticare che il lavoro è uno degli elementi

¹ Cfr., nello stesso senso, Cass. 6 marzo 2003, Chiara, in *Giust. pen.* 2004, II, 29; Id. 6 ottobre 2000, Rusconi, in *Riv. pen.* 2001, 369.

² Cfr. Cass. 6 ottobre 2000, Rusconi, cit.

fondamentali del programma trattamentale e riveste rilevanza anche nell'ambito di un affidamento in prova, essendo mezzo di sostegno per il condannato e per la sua famiglia: per questa ragione non potrebbe dunque desumersi la prova della reale intenzione di cambiamento del soggetto solo dalla prestazione di una attività di volontariato o comunque socialmente utile³.

Secondo quanto disposto dall'art. 47 comma 2° ord. penit., il Tribunale di sorveglianza è chiamato ad una valutazione sulla idoneità della misura alla rieducazione del condannato e alla prevenzione del pericolo di recidiva. Se è vero che non sono indicati nell'art. 47 ord. penit. gli elementi sulla base dei quali formulare le valutazioni di cui al 2° comma, tuttavia non si può trascurare il dato normativo, che nel 3° comma fa riferimento al «comportamento» tenuto «dopo la commissione del reato», così che dall'uso di queste espressioni si deduce che un'ampia gamma di elementi possa essere presa in considerazione dall'organo giudicante ai fini della decisione. E dovranno essere valutati - come precisa la Suprema Corte - proprio i comportamenti tenuti successivamente alla commissione del fatto dal soggetto e dunque il percorso di reinserimento nel contesto sociale.

Ma il riferimento al comportamento posto in essere «dopo la commissione del reato» potrebbe risultare insufficiente o non idoneo ai fini della decisione, ove si tenga presente che le istanze di affidamento in prova al servizio sociale possono essere presentate a breve distanza di tempo dalla commissione del reato, così che esigui potrebbero risultare gli indici di valutazione raccolti.

Non si ritrova né nella ordinanza impugnata né nella pronuncia della Cassazione alcun accenno alle prescrizioni, che invece sono di fondamentale rilevanza per la concessione dell'affidamento in prova, come precisa il 2° comma dell'art. 47, essendo finalizzate proprio a realizzare la funzione rieducativa e a contenere il pericolo di recidiva.

In relazione a quest'ultimo obiettivo il Tribunale di sorveglianza aveva attribuito una valenza negativa alla presenza della «moglie coimputata nello stesso reato», ma anche in merito a questo dato la Suprema Corte evidenzia come il Tribunale di sorveglianza si sia limitato ad esprimere valutazioni negative senza addurre alcuna motivazione e soprattutto senza considerare se altri fattori avrebbero potuto neutralizzare o almeno contenere l'eventuale «spinta delinquenziale». Una tale omissione da parte del Tribunale di sorveglianza suscita non poche perplessità, ove si consideri che

³ Cfr. Cass. 9 dicembre 1997, Armanini, in *Giust.pen.* 1998, II, c. 575.

il condannato - come si legge nella sentenza - era agli arresti domiciliari già da tempo, dove svolgeva un'attività lavorativa autorizzata dal giudice della cognizione, il quale presumibilmente aveva formulato una prognosi favorevole al soggetto, ritenendo comunque fronteggiate le esigenze cautelari, ed in specie quella indicata dalla lett. c) dell'art. 274 c.p.p. anche da un regime attenuato di arresti domiciliari.

Anche la seconda decisione in esame ha cassato per carenza di motivazione l'ordinanza del tribunale di sorveglianza, che rigettava il reclamo avverso il provvedimento di proroga del regime differenziato di sospensione delle regole trattamentali previsto dall'art.41-bis comma 2° ord. penit.

La Corte di cassazione, rifacendosi ad un orientamento consolidato in tema di proroga di tale regime, ha confermato la necessità che gli elementi posti a fondamento del decreto ministeriale di proroga siano sottoposti «ad autonomo vaglio critico»⁴ ed in particolare sia verificata la valenza di tali elementi ai fini di dimostrare che non sia venuta meno la «capacità di mantenere collegamenti con associazioni criminali terroristiche od eversive».

Si noti come la condizione per la proroga sia espressa in negativo ed attenga non alla cessazione dei collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza bensì al venir meno della capacità di mantenere i collegamenti⁵. E soprattutto non si può non rimarcare come la formulazione del comma 2°-bis dell'art. 41-bis ord. penit. contenga una presunzione di persistenza di tale capacità, così che l'onere della prova ai fini della proroga risulta facilitato per il Ministro: in assenza di elementi nuovi idonei ad escludere la suddetta capacità, quest'ultima risulterà confermata e sarà dunque posta alla base del provvedimento di proroga. Per converso diviene particolarmente difficile per il soggetto colpito dal provvedimento dimostrare che la capacità a mantenere collegamenti sia venuta meno⁶.

Proprio per evitare che l'onere della prova gravante sull'Amministrazione possa essere aggirato e i provvedimenti di proroga

⁴ Cfr. Cass. 26 gennaio 2004, Zara, in *Cass. pen.* 2004, 2294, con nota di ARDITA; Id. 10 dicembre 2004, Galatolo, in *Foro it.* 2005, II, 186; Id. 22 dicembre 2004, Marchese, in *Cass. pen.* 2005, 3082, con nota di ARDITA ed in *Dir. giust.* 2005, f. 9, 41 con nota di GIUNCHEDI; Id. 20 gennaio 2005, Bruno, in *Giur.it.* 2005, 2354.

⁵ V. sul punto diffusamente BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis comma 2 ord. penit.*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. DI CHIARA, Giappichelli, Torino, 2003, 299.

⁶ Cfr. CESARIS, sub art. 41-bis, in *Ordinamento penitenziario*, a cura di Grevi-Giostra-Della Casa, Cedam, Padova, 2006, 435.

siano meramente ripetitivi di quelli originari di imposizione del regime *in peius*, la Corte di Cassazione ha sottolineato la necessità che i singoli elementi e i dati informativi raccolti siano recenti⁷, così che non potrebbero essere utilizzate circostanze risalenti nel tempo proprio perché il legislatore richiede un giudizio attinente al momento nel quale si applica e viene ad operare, quindi, il provvedimento di proroga. Provvedimento che deve essere motivato, al pari di quello originario, dalla sussistenza, o più esattamente dalla permanenza, di «gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica» e di collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza.

Nella fattispecie concreta il tribunale di sorveglianza aveva respinto le doglianze del ricorrente basandosi sulla sentenza di condanna per reati di associazione a delinquere di stampo mafioso, da cui erano stati dedotti i collegamenti con organizzazioni criminali mafiose e successivamente anche il permanere di tali collegamenti. Se è vero - come si afferma nella decisione in esame - che la affiliazione alla associazione comporta il permanere del vincolo associativo, essendo questo ontologicamente connaturato all'associazione stessa, tuttavia deve essere verificata l'assenza di elementi che comprovino il venir meno di tale vincolo. La «biografia delinquenziale» e giudiziaria del soggetto o l'appartenenza alla stessa organizzazione del padre e del fratello non sono elementi di per sé atti a dimostrare la persistenza della pericolosità del soggetto e la necessità della proroga del regime⁸.

Correttamente in questa pronuncia la Corte di Cassazione ancora una volta sottolinea la necessità, da un lato, di una congrua e soprattutto autonoma motivazione dei provvedimenti di proroga rispetto ai provvedimenti impositivi del regime differenziato *ex art. 41-bis* comma 2° e, dall'altro, di una valutazione da parte del tribunale di sorveglianza in sede di reclamo che non si appiattisca sulle ragioni addotte nel decreto ministeriale di proroga.

È interessante osservare come la Corte di Cassazione richiami a questo proposito la ordinanza della Corte costituzionale n. 417 del 2004 non solo nella parte in cui, dopo aver precisato che anche «le modifiche ... devono essere interpretate in conformità ai principi affermati nella giurisprudenza costituzionale per quanto riguarda il controllo giurisdizionale sul provvedimento di proroga», ha affermato l'obbligo di motivazione dei provvedimenti di proroga, ma anche nella parte in cui ha escluso che la disposizione del comma

⁷ Cfr. ad es. Cass. 26 gennaio 2004, Zara, cit.; Id. 22 dicembre 2004, Marchese, cit.

⁸ Nello stesso senso cfr. Cass. 10 dicembre 2004, Galatolo, cit.; Id. 22 dicembre 2004, Marchese, cit.

2°-bis comporti un'inversione dell'onere della prova, rimanendo «intatto l'obbligo di dare congrua motivazione in ordine agli elementi da cui "risulti" che il pericolo.... non è venuto meno»⁹. Si tratta di un richiamo particolarmente importante perché volto ad impedire che si faccia ricadere sul soggetto sottoposto al regime differenziato l'onere di provare la cessazione della capacità di mantenere collegamenti: un onere che risulterebbe assai pesante, ove si ricordi che è preclusa a tale soggetto la conoscenza degli accertamenti effettuati dall'Amministrazione e soprattutto degli elementi raccolti anche in relazione al decreto ministeriale di proroga, come si deduce dalla disposizione del comma 2°-bis dell'art. 41-bis ord. penit., secondo cui tale decreto «è prorogabile nelle stesse forme», cioè seguendo lo stesso *iter* dettato per l'adozione¹⁰.

⁹ Così Corte cost. 23 dicembre 2004, n.417, in *Cass. pen.* 2005, 1558, con nota di ARDITA, nonché in *Guida dir.* 2005, f.3, 83 con nota di GIORDANO e in *Riv.pen.* 2005, 545, con nota di TRONCONI. Si noti come peraltro l'obbligo di motivazione anche del provvedimento di proroga fosse già stato affermato dalla Corte costituzionale in riferimento alla disciplina previgente dell'art. 41-bis richiamando l'attenzione sulla necessità di verificare la «permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza» (Corte cost. 26 novembre 1997, n. 376).

¹⁰ Cfr. Cass. 10 gennaio 2005, Sciara, Ced 230548; Id. 10 gennaio 2005, Lombardo, in *Foro it.* 2005, II, 185, secondo cui in relazione alla proroga «non comportano nullità né la mancata comunicazione all'interessato dell'avvio del procedimento né l'omessa ostensione al medesimo del materiale informativo ed investigativo, dato che le garanzie del contraddittorio e del diritto di difesa sono destinate a dispiegarsi nel procedimento giurisdizionale che si instaura davanti al tribunale di sorveglianza a seguito della proposizione del reclamo».

AFFIDAMENTO IN PROVA CON «FUNZIONE RETRIBUTIVA»: UN BINOMIO POSSIBILE?

FLAVIA ALBANO*

Tribunale di Sorveglianza di Genova, Ordinanza n. 3404 del 21 ottobre 2004. Pres. Est. Rino Monteverde

È ammissibile la richiesta di concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale con riferimento alla sanzione sostitutiva della semidetenzione, in quanto essa, a differenza della libertà controllata, è equiparata ad ogni effetto giuridico alla pena detentiva della specie corrispondente, cioè alla semilibertà.

L'affidamento in prova al servizio sociale deve necessariamente rispondere, soprattutto quando si applica in sostituzione della pena detentiva inflitta prima che essa abbia inizio, a diverse esigenze, tra cui quella retributiva, connaturata a qualsiasi tipo di pena. Peraltro, per rispettare il principio di legalità della pena, non si possono «inventare» prescrizioni con finalità retributive, le quali, pertanto, vanno perseguite attraverso le prescrizioni dirette a soddisfare l'esigenza preventiva, riparativa o rieducativa. Per raggiungere in particolare il risultato di soddisfare l'esigenza retributiva mediante prescrizioni dirette a realizzare finalità di prevenzione occorre la collaborazione del soggetto, volta a prospettare un piano di riabilitazione che rifletta non solo il grado della sua presa di coscienza dell'illecito commesso, ma anche la volontà di «pagare alla società il suo debito», pur senza finire in carcere (in applicazione di tale principio, il tribunale ha ritenuto che la dichiarata disponibilità del soggetto a donare eventualmente giocattoli a qualche ente di beneficenza fosse, di per sé, riduttiva, mentre diverso avrebbe potuto essere il giudizio se egli avesse proposto direttamente al tribunale un suo programma riabilitativo contenente, ad esempio, un impegno continuativo, per il periodo di durata della pena, di lavori socialmente utili a titolo gratuito, potendo in esso ravvisarsi un effettivo contributo alla sua educazione e potendo esso anche rispondere, indirettamente, all'esigenza retributiva).

* Università del Salento.

* * *

Nel procedimento di sorveglianza relativo alla istanza di affidamento al servizio sociale nei confronti di G. Z. nato a Genova il 25-6-51, ivi residente in via Casanova 4/UNI, difeso dall'Avv. E. L. di Genova

Svolgimento del processo

G. Z. è stato condannato dal tribunale di Genova alla pena della reclusione per 11 mesi in relazione al delitto di istigazione alla corruzione, nella forma prevista dal comma 2 dell'art. 322 C.P., da lui commesso in data 28-12-96. Nella fase di appello, la pena della reclusione è stata sostituita con la pena della semidetenzione, per un eguale periodo di tempo. Il soggetto, prima che l'esecuzione della semidetenzione avesse inizio, ha chiesto al tribunale la sua sostituzione con la misura alternativa dell'affidamento al servizio sociale. Alla odierna udienza, il P.M. ha espresso parere contrario all'accoglimento della domanda perché la sostituzione di una misura alternativa alla pena della semidetenzione non sarebbe possibile. Il difensore ha insistito nella sua domanda.

Motivi della decisione

In via preliminare si rileva che l'eccezione di inammissibilità della domanda proposta dal P.M. è infondata. L'inammissibilità sussiste infatti per la richiesta di sostituzione, con l'affidamento al servizio sociale, dell'altra misura sostitutiva, la libertà controllata, non per la richiesta di sostituzione, con la stessa misura, della semidetenzione, in quanto essa, a differenza della libertà controllata, è equiparata ad ogni effetto giuridico alla pena detentiva della specie corrispondente, cioè alla semilibertà. Così si è espressa la Corte di Cassazione con la sentenza n. 1740 del 28-5-96 e tale pronuncia non è stata in qualche modo incrinata dalla sentenza emessa dalle Sezioni Unite nel dicembre 2001 che ha riguardato appunto in modo specifico la libertà controllata ritenuta, essa sì, non sostituibile con l'affidamento al servizio sociale sulla base di una serie di argomentazioni non estensibili, nel loro complesso, alla semidetenzione.

Anche in questo caso quindi, come nelle ipotesi previste dall'art. 656 c.p.p., spetta sostanzialmente al giudice della sorveglianza, quando il condannato lo richieda, completare il compito del giudice della cognizione, determinando il tipo di pena che egli debba concretamente espiare per il reato che ha portato alla sua condanna. Nell'esercizio di questo suo compito, il giudice della sorveglianza deve necessariamente ispirarsi, per un principio elementare di logica coerenza, agli stessi criteri ai quali si deve ispirare il giudice della cognizione quando decide in punto pena, cioè ai criteri indicati nell'art. 133 del C. P..

Affrontando il caso concreto, questo tribunale ritiene che non sussistano, nella situazione data, le condizioni per concedere al soggetto il tipo di pena richiesto (l'affidamento al servizio sociale) per i seguenti elementi e considerazioni:

a) l'affidamento al servizio sociale deve necessariamente rispondere, soprattutto quando si applica in sostituzione della pena detentiva inflitta prima che essa abbia inizio, a diverse esigenze: quella retributiva, con-

turata a qualsiasi tipo di pena, quella preventiva, prevista esplicitamente dal comma 2 dell'art. 47 O.P.; quella riparativa, prevista esplicitamente dal comma 7 dello stesso articolo, quando ne sussistano le condizioni, e quella rieducativa, essa stessa connaturata a qualsiasi tipo di pena in forza dell'art. 27 della Costituzione e in ogni caso richiamata nel citato comma 2;

b) sulla base degli elementi acquisiti e di quelli prospettati dal condannato, non pare che l'affidamento al servizio sociale possa rispondere alle predette esigenze, in particolare a quella retributiva e a quella rieducativa;

c) infatti, per rispettare rigidamente il principio della legalità della pena, non si possono "inventare" prescrizioni con finalità retributive, in quanto le prescrizioni obbligatorie e facoltative previste dai commi 5 e 6 dell'art. 47 O.P. devono essere direttamente finalizzate, in base a quanto dispone il comma 2 dello stesso articolo, a soddisfare le esigenze di prevenzione e quelle di rieducazione e le prescrizioni riparatorie di cui al comma 7, pur non essendo sottoposte al limite di cui al citato comma 2, sono solo eventuali, ancorché obbligatorie, presupponendo l'esistenza di una o più vittime del reato, ed, in ogni caso, concettualmente finalizzate, in via primaria, a soddisfare appunto le esigenze riparative;

d) nel caso concreto, questo tribunale non ritiene che attraverso le prescrizioni dirette a soddisfare le esigenze di prevenzione si possa soddisfare l'esigenza retributiva (le esigenze di prevenzione ovviamente devono essere quelle reali ed attagliate al caso), non ritiene inoltre che siano qui applicabili, avendo presente il tipo di reato commesso e le sue modalità, prescrizioni riparatorie;

e) qui pare, astrattamente, che l'esigenza retributiva potrebbe soddisfarsi in modo indiretto attraverso il soddisfacimento dell'esigenza rieducativa, perché si possono ipotizzare prescrizioni, pur dirette a quel fine, che abbiano una reale consistenza e siano in grado di assolvere l'una e l'altra funzione,

f) per raggiungere questo indiretto risultato, nell'attuale carenza normativa in materia, occorre peraltro oggi la collaborazione del soggetto, che qui non c'è stata, volta a prospettare un piano di riabilitazione che rifletta non solo il grado della sua presa di coscienza dell'illecito commesso ma anche della volontà di "pagare alla società il suo debito", pur senza finire in carcere (in sostanza, tali ipotetiche prescrizioni devono essere "accettate" dal condannato e non possono essere imposte autoritativamente dal giudice);

g) occorre a questo punto rilevare che la dichiarata disponibilità del soggetto a donare eventualmente giocattoli a qualche ente di beneficenza appare, di per sé, riduttiva, in ogni caso essa risulta del tutto elusiva del problema qui prospettato (diverso avrebbe potuto essere il giudizio se egli avesse proposto direttamente al tribunale un suo progetto riabilitativo contenente, ad esempio, un impegno continuativo, per il periodo di durata della pena, di lavori socialmente utili a titolo gratuito, impegno ovviamente conciliabile con il suo lavoro ordinario, potendo in esso ravvisarsi un effettivo contributo alla sua rieducazione e potendo esso anche rispondere, indiretta-

mente, alla esigenza retributiva).

La domanda proposta deve essere pertanto respinta perché la pena dell'affidamento, che verrebbe a rappresentare l'unica risposta al crimine commesso, appare inadeguata al fatto e alla persona sotto i profili retributivo e rieducativo. L'art. 47 ter comma 1 bis O.P. prescrive peraltro che "quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento al servizio sociale" si possa applicare la detenzione domiciliare "sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che condannato commetta altri reati". Questo tribunale, nella situazione data, ritiene sussista questa ipotesi. È vero che a carico del soggetto risultano due precedenti condanne, ma si tratta di condanne lontane nel tempo (una, per un furto aggravato, risale al 5-11-71, l'altra, per fabbricazione abusiva di materie esplodenti risale al 5-4-90), e dopo di allora nulla risulta a suo carico, fino ad oggi, al di là del fatto di cui alla pena qui in esecuzione.

PER QUESTI MOTIVI Visti gli artt. 47 e 47 ter comma 1 bis O.P. , 666 , 678 c.p.p. ;

RESPINGE la domanda di affidamento al servizio sociale proposta da G. Z. nato a Genova il 25-6-51;

CONCEDE allo stesso Z. la detenzione domiciliare nell'espiazione della pena di cui alla sentenza emessa dal tribunale di Genova il 15-2-99 (n. 643/04 es.);

DETERMINA le seguenti prescrizioni:

a) egli manterrà il suo domicilio in Genova, via Casanova 4 UNI, e sarà sottoposto al controllo del Comando Stazione Carabinieri territorialmente competente, per il tramite del quale potrà proporre eventuali istanze al Magistrato di Sorveglianza di Genova;

b) egli potrà lasciare il predetto luogo di detenzione, per provvedere alle sue esigenze personali, dalle ore 10 alle ore 12 di ciascun giorno non lavorativo;

c) nei giorni effettivamente lavorativi egli potrà uscire dalla sua abitazione esclusivamente per recarsi al lavoro, con l'obbligo di comunicare ai Carabinieri luogo ed orari di lavoro e di seguire la via più breve, nel percorso di andata e ritorno, senza fermate intermedie;

d) eventuali modifiche alle prescrizioni, per ragioni oggi imprevedibili, saranno adottate dal Magistrato di Sorveglianza di Genova.

Manda al P.M. per remissione dell'ordine di carcerazione nella forma della detenzione domiciliare.

* * *

Con ordinanza del 21 ottobre 2004 il Tribunale di Sorveglianza di Genova respinge la domanda di affidamento al servizio sociale proposta da G. Z. - condannato per il delitto di istigazione alla corruzione di cui all'art. 322 comma 2 c.p. alla pena di 11 mesi di reclusione, sostituita in grado d'appello con quella della semide-

tenzione per un uguale periodo – e concede allo stesso la detenzione domiciliare.

L'ordinanza in epigrafe è meritevole di attento esame sotto due aspetti:

a) per la ritenuta infondatezza dell'eccezione di inammissibilità della domanda proposta dal Pubblico Ministero, secondo cui la pena della semidetenzione non sarebbe sostituibile con una misura alternativa;

b) le ragioni poste a sostegno della decisione di rigetto dell'istanza di affidamento al servizio sociale.

Con riferimento al primo, appare condivisibile la conclusione cui perviene il Tribunale di Sorveglianza atteso che la misura della semidetenzione, secondo la stessa Corte di cassazione, ha un contenuto «praticamente corrispondente a quello della misura alternativa della semilibertà»¹, prevista dall'art. 48 ord. penit.

Sulla base di questa premessa, la concessione dell'affidamento ad un condannato nei cui confronti l'originaria pena detentiva inflitta sia stata successivamente sostituita con la sanzione della semidetenzione, sarebbe una ipotesi del tutto analoga e, pertanto, assimilabile, a quella del condannato ammesso alla semilibertà e che, durante l'esecuzione di tale misura, chieda l'affidamento al servizio sociale, con la conseguenza che si potrebbe far legittimamente ricorso ai criteri che regolano l'applicazione progressiva di misure alternative durante l'esecuzione.

Correttamente il Tribunale osserva che la pronuncia delle Sezioni unite del 19 dicembre 2001, che ha risolto l'annoso contrasto giurisprudenziale riguardante i rapporti tra sanzioni sostitutive e misure alternative alla detenzione², non possa far propendere per una soluzione opposta: invero, con tale sentenza è stata data una risposta negativa al solo quesito relativo alla possibilità che la sanzione sostitutiva della libertà controllata «ceda il testimone», in sede esecutiva, alla misura dell'affidamento in prova al servizio

¹ In questo senso si è espressa Cass., Sez. I, 23 settembre 1999, Tognetti, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2490.

² Cass., Sez. un., 19 dicembre 2001, Baffico, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1641 ss, che accoglie la soluzione già adottata da Id., Sez. I, 23 settembre 1999, Tognetti, *cit.* e da Id., Sez. I, 27 aprile 1998, Valentini, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2892. *Contra*, Id., Sez. I, 26 giugno 1997, Tortora, in *C.E.D. Cass.*, n. 207975, nonché Id., Sez. I, 27 gennaio 1999, Morrone, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2713 e, più di recente, Id., Sez., I, 28 aprile 2000, Sereni, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2490, secondo cui la compatibilità tra la misura dell'affidamento in prova e la libertà controllata scaturirebbe dalla finalità rieducativa assegnata dall'art. 27 Cost. a «tutte le pene», con la conseguenza che risulta preferibile il passaggio da una sanzione a schema rigido con «rigorose prescrizioni normativamente predeterminate», quale è la libertà controllata, alla misura prevista dall'art. 47 ord. penit., che lascia maggiore spazio al giudice nell'individuare gli obblighi cui sottoporre l'affidato.

sociale, nulla statuendosi circa la corrispondente vicenda «successoria» inerente alla sanzione, anch'essa sostitutiva, della semidetenzione.

D'altronde, le ragioni che sostengono il *decisum* delle Sezioni unite – l'applicabilità dell'istituto previsto dall'art. 47 ord. penit. in relazione alla sola pena detentiva; l'«inutilità dell'applicazione della misura alternativa» al condannato sottoposto alla libertà controllata, della quale la prima costituirebbe un «duplicato»; l'irragionevolezza di tale «surrogazione», che determinerebbe una situazione complessivamente più sfavorevole per il condannato in regime di libertà controllata – non ne consentono la riferibilità anche alla sanzione sostitutiva della semidetenzione.

Quanto al rigetto dell'istanza di affidamento al servizio sociale formulata dal condannato, il provvedimento in esame muove dall'annoso dibattito sulla funzione della pena.

Significativa, a tal proposito, la considerazione che la finalità retributiva sarebbe connaturata a qualsiasi tipo di pena.

L'idea che la sanzione penale sia volta a compensare la colpa per il male commesso – secondo il brocardo *puniatur quia peccatum est*³ – rappresenta una costante in ogni riflessione sulle finalità della pena e ancora oggi riveste un ruolo centrale nell'immaginario collettivo⁴.

Non a caso, periodicamente, emergono correnti «neoretribuzionistiche», che, basandosi sulla presunta crisi⁵ - *rectius*, sulla difficile realizzazione - della funzione rieducativa, ritengono inscindibile il binomio pena-retribuzione⁶.

³ La tesi che la pena serva per «compensare» il male commesso trae origine sia dalle costruzioni teologiche di matrice cristiana, che identificavano l'illecito nel peccato, ossia nella violazione di norme religiose, prima ancora che giuridiche (si vedano, al riguardo, CARNELUTTI, *Meditazioni sull'essenza della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1955, p. 3 ed EUSEBI, *Cristianesimo e retribuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 275), sia nella filosofia idealistica (a tal proposito si rimanda a HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des rechts*, § 104, secondo cui la pena rappresenterebbe la «negazione della negazione del diritto»).

In Italia, la teoria retributiva della pena ha trovato il più autorevole e convinto sostenitore in BETTIOL: si vedano, in proposito, gli *Scritti giuridici 1966-1980*, Padova, 1980, *passim* e gli *Scritti 1980-1982 e la lezione di congedo*, Padova, 1984, *passim*.

⁴ Nel senso che «non solo nella polizia penitenziaria (...) ma nella società in genere domina una filosofia della pena come espressione dello strapotere dello Stato» e che a tale filosofia è sottesa l'idea del carattere affittivo della sanzione detentiva: v. l'intervento di GIANFROTTA nell'ambito della tavola rotonda sul tema «*Carcere e diritti civili*», in *Micromega*, 2000 p. 78.

⁵ Nell'ottica di una totale crisi della pena e delle sue giustificazioni: GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientifici*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 265 ss.

⁶ Si rimanda, in proposito, a D'AGOSTINO, *Le buone ragioni della teoria retributiva della pena*, in *Iustitia*, 1982, p. 236 ss; ID., *Sanzione e pena nell'esperienza giuridica*, Torino,

Un *revival* della teoria retributiva – che, secondo autorevole dottrina, «desta grave e giustificato allarme»⁷ – è scaturito dalla necessità, da più parti avvertita, di una forte risposta punitiva dello Stato, che troverebbe una base empirica nei bisogni emotivi di punizione, presenti nella società e nel singolo individuo, di fronte alla perpetrazione dei reati⁸.

Pur senza voler approfondire la complessa tematica del perché punire, che richiederebbe spazi notevolmente più ampi, non si può sottacere l'esigenza di evitare che il trattamento punitivo sia condizionato da sentimenti collettivi di punizione, propri della sfera irrazionale dell'individuo, ai quali non può ispirarsi una costruzione moderna e razionale del diritto penale⁹.

Una lettura dell'art. 27 comma 3 Cost., scevra da pericolosi retaggi ideologici, permette di "archiviare" il problema circa la funzione della pena: il legislatore costituzionale ha preso esplicita posizione al riguardo, stabilendo che le pene devono tendere alla «rieducazione del condannato», da intendersi come recupero sociale del reo, nel senso di una riappropriazione dei valori fondamentali della convivenza o, nell'accezione più riduttiva, della capacità del singolo di vivere nel contesto sociale rispettando la legge penale¹⁰.

Né è possibile rintracciare nella Carta fondamentale possibili

1987, *passim*; MATHIEU, *Perché punire. Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978, *passim*; RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, *passim*.

⁷ Il lapidario commento è contenuto in FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Bologna, 2001, p. 667.

⁸ Per una spiegazione in chiave psicoanalitica dell'efficacia generalpreventiva della pena si vedano HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, Frankfurt/M., 1976, *passim* e, più di recente, BOTTKE, *Assoziationsprävention zur heutigen Diskussion der Strafzwecke*, Berlin, 1995, *passim*.

È necessario sottolineare come attualmente con l'idea retributiva si indichi la «proporzione tra entità della sanzione e gravità dell'offesa arrecata, tra misura della pena e grado della colpevolezza», sicché la proporzione tra fatto e sanzione permette, nella complementare prospettiva della prevenzione speciale, che il reo avverta la pena come giusta, assumendo, pertanto, un atteggiamento «di maggiore disponibilità psicologica verso il processo rieducativo» (in questi termini, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 666).

⁹ È pacifico che il diritto penale, almeno nella sua concezione attuale, ha il dovere di filtrare le istanze di punizione non avallando qualsivoglia reazione emotiva scatenata dal delitto.

¹⁰ In questi termini, DELLA CASA, *La crisi d'identità delle misure alternative tra sbandamenti legislativi, esperimenti di «diritto pretorio» e irrisolte carenze organizzative*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3278, che sottolinea come sia affermazione ricorrente e difficilmente contestabile quella secondo cui la riforma penitenziaria abbia attuato il principio di finalismo rieducativo della pena, enunciato nell'art. 27 comma 3 Cost.; allo stesso A. si rinvia per un'attenta riflessione circa «l'aggancio» della legge penitenziaria – e delle misure alternative in particolare – con le previsioni costituzionali.

«aperture» alla legittimazione del potere statuale di «ideare» sanzioni penali meramente afflittive.

D'altro canto, a differenza della dottrina, la giurisprudenza di legittimità non appare particolarmente sensibile alla «seduzione» del retribuzionismo, avendo in più occasioni ribadito la necessità di non allontanarsi dal dettato costituzionale nelle riflessioni circa la funzione della pena¹¹.

Pare «azzardato», pertanto, ritenere che qualsiasi sanzione penale debba rispondere, innanzitutto, all'esigenza retributiva; ancor più pensare che anche l'affidamento in prova debba tendere prioritariamente a soddisfare detta esigenza, trattandosi di istituto nel quale, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale¹² e l'unanime pensiero della dottrina¹³, si esprime con maggior incisività il principio del finalismo rieducativo sancito dall'art. 27 comma 3 Cost.

Introdotta dalla legge n. 354 del 1975 come trasposizione italiana del *probation system* presente in alcuni ordinamenti stranieri e sottoposta, in seguito, a numerose modifiche ad opera del legislatore, la misura *de qua* si presenta *ab origine* come strumento di concretizzazione delle finalità rieducative e special-preventive della sanzione penale.

La sua previsione si colloca nell'opera di trasformazione -

¹¹ Si registrano numerosi interventi della Corte di legittimità, anche *incidenter tantum*, nella materia *de qua*: si veda, *ex multis*, Cass., Sez. I, 28 aprile 2000, Sereni, *cit.*, secondo cui sia le pene sostitutive che le misure alternative alla detenzione, «benché diversamente etichettate e strutturate», sono strumenti che mirano al raggiungimento della rieducazione del condannato; con riferimento all'operatività dell'affidamento in prova come alternativa alla pena sostitutiva della semidetenzione v. Cass., Sez. I, 18 marzo 1996, Lippolis, in *Cass. pen.*, 1997, p. 540; Id., Sez. I, 18 maggio 1993, Gallizio, *ivi*, 1993, p. 2099.

In dottrina, cfr. DELLA CASA, *La crisi d'identità*, *cit.*, p. 3278, secondo cui esisterebbe un «fisiologico collegamento tra misure alternative e principio della rieducazione», nonché DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 10.

¹² Già nel 1985 la Corte costituzionale rilevava che la l. n. 354 del 1975 «si ispira fondamentalmente all'esigenza di recuperare, per quanto possibile, accanto a quelle di prevenzione la finalità di rieducazione del condannato che la Costituzione assegna alla pena»: cfr. Corte cost., 13 giugno 1985, n. 185, in *Giust. pen.*, 1985, c. 285, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 13 Cost., dell'art. 47 l. cit., nella parte in cui non consentiva che valesse come espiazione di pena il periodo di affidamento in prova al servizio sociale, in caso di annullamento del provvedimento di ammissione.

¹³ La letteratura in materia è quantomai vasta: v., per tutti, CASAROLI, voce *Misure alternative alla detenzione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 21, secondo cui «l'affidamento in prova è una misura ontologicamente finalizzata al recupero sociale del reo e, perciò, sicuramente caratterizzata da una funzione di prevenzione speciale».

avviata negli anni '70¹⁴ -del regime penitenziario, fino ad allora orientato principalmente, se non esclusivamente, ad assicurare la custodia delle persone detenute. Invero, uno dei relatori della legge n. 354 del 1975 (Sen. Folieri) sottolineava che *input* della riforma penitenziaria era stata l'esigenza di facilitare il ritorno in società di chi non avesse commesso gravi delitti, di sfollare le carceri, di consentire alle autorità penitenziarie di concentrare ogni sforzo nei confronti dei delinquenti più pericolosi¹⁵.

A prescindere dalla crisi del sistema penitenziario e dalle difficoltà di gestione della popolazione carceraria, che hanno indotto la scelta di «proiettare l'esecuzione della pena verso l'esterno del carcere»¹⁶, il ricorso a questa misura alternativa ha trovato fondamento sulla considerazione degli effetti controproducenti delle pene detentive di breve durata, che determinano una rottura con l'ambiente di provenienza, con conseguente pregiudizio per le relazioni familiari e sociali e per l'attività lavorativa¹⁷.

A fronte di reati non particolarmente gravi, l'ingresso e la permanenza *intra moenia*, a causa della fatiscenza delle strutture, dell'insufficienza quantitativa e qualitativa del personale e dell'endemico sovraffollamento carcerario, determinano effetti desocializzanti o, peggio ancora, criminogeni¹⁸.

¹⁴ La critica delle istituzioni totali sorta nel Settanta ha dato origine alla consapevolezza che il carcere è una struttura poco idonea a rieducare, essendo governata da regole e consuetudini diverse e spesso antitetiche a quelle della società civile. A tal proposito, v. BASAGLIA, *L'istituzione negata*, Torino, 1968, *passim*; GOFFMAN, *Asylums*, New York, 1961, *passim*.

¹⁵ Per una breve ma attenta ricostruzione dell'iter di trasformazione del regime penitenziario, condizionato anche dalle «pressioni» internazionali, si rinvia a CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, 4^a ed., Milano, 1998, p. 321 ss.

¹⁶ L'osservazione è di NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 55.

¹⁷ La dottrina si è mostrata molto attenta all'introduzione dell'affidamento in prova al servizio sociale e alle sue modalità di esecuzione: cfr. BERNASCONI, *Affidamento in prova e semilibertà nell'epoca post-rieducativa*, in Aa. Vv., *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, a cura di Presutti, Padova, 1998, p. 127 ss., e, con riferimento specifico ai destinatari della misura, PRESUTTI, in GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, 2^a ed, Milano, 2000, p. 378.

¹⁸ Cfr., per un'analisi circa l'evoluzione del sistema penitenziario nella prospettiva della decarcerizzazione, l'inchiesta del Ministero della Giustizia, *Le misure alternative alla detenzione nel contesto dei sistemi giuridici europei*, in *Quaderni della giustizia*, 1984, n. 37 p. 44 ss. e n. 38, p. 64 ss.; nonché GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in Aa. Vv., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Grevi, Padova, 1994, p. 3 ss.

Per una lucida riflessione sulla l. n. 165 del 1998 (c.d. «legge Simeone») si vedano: CANEVELLI, *Prime riflessioni sulla legge Simeone*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1870; DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 857; PRESUTTI, *Una alternativa in crisi di identità ovvero l'affidamento in prova dopo la legge 27 maggio 1998, n. 165*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 178.

L'affidamento in prova al servizio sociale - che, a seguito della l. n. 165 del 1998¹⁹, può essere concesso anche senza procedere all'osservazione in istituto²⁰ -, costituisce la misura alternativa che più di ogni altra riduce gli effetti pregiudizievoli conseguenti al contatto tra condannato e carcere.

In sostanza, si persegue la finalità di recupero e risocializzazione del condannato tramite un trattamento assistito in ambiente libero, con l'imposizione di prescrizioni di contenuto positivo (miranti all'incentivazione rieducativa) e di contenuto negativo (volte a neutralizzare i potenziali fattori criminogeni)²¹.

Di questa linea di tendenza normativa sono fedeli interpreti le Sezioni unite, pronte a rilevare, già nel 1981, che il principio di cui all'art. 27 Cost. «ha trovato significativa anche se non compiuta realizzazione nella riforma penitenziaria del 1975, con la quale sono state apprestate misure alternative che, privilegiando il fattore risocializzante rispetto a quello retributivo (senza tuttavia sopprimere del tutto l'afflittività della sanzione) si inseriscono nel vasto disegno di una progressione nel trattamento penitenziario»²².

Successivamente, la Suprema Corte ha ribadito tale assunto, chiarendo che le misure alternative alla detenzione «esprimono l'intento del legislatore di offrire al condannato una vasta gamma di mezzi di rieducazione e redenzione con connotazioni di progressivo, crescente allentamento del controllo statale onde consentire al medesimo di compiere la sua scelta di vita con la massima possibile autonomia e libertà (in rapporto alla pericolosità dimostrata e con la connessa maggiore garanzia di autentico e convinto consoli-

¹⁹ Osserva criticamente MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 168, che la riforma dell'affidamento in prova proposta nel '96 dal deputato Simeone si è trasformata nel '98 «in una legge votata e peggiorata da tutti i gruppi politici».

²⁰ «Quando il condannato, dopo la commissione del reato, ha serbato un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2» (art. 47 comma 3 ord. penit.).

²¹ Il trattamento individualizzato del condannato comprende l'esame della personalità del soggetto, la sua classificazione e, quindi, la scelta delle possibili opportunità da offrire al condannato medesimo in modo da consentirgli l'accettazione spontanea e consapevole delle regole della società in cui intende vivere.

²² Cfr., in motivazione, Cass., Sez. un., 7 febbraio 1981, Talluto, in *C.E.D. Cass.*, n. 149573, che ha sollevato d'ufficio la citata questione di legittimità costituzionale dell'art. 47 ord. penit. in riferimento agli artt. 3, 13 e 27 Cost.: v. *retro*, nt. 12.

La finalità non retributiva, ma risocializzante dell'affidamento in prova al servizio sociale, emerge anche dall'art. 1 comma 6 ord. penit., secondo cui «nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti».

damento del distacco dalla pregressa condotta deviante)»²³.

Non coglie nel segno, pertanto, l'ordinanza in commento nella parte in cui giustifica il diniego dell'affidamento *ex art 47 ord. penit.* sul rilievo che quest'ultimo non possa rispondere, nel caso concreto, all'esigenza retributiva: la «scelta di campo» in ordine alle finalità delle misure alternative è stata già compiuta dal legislatore ed al giudice non è dato discostarsene.

La preoccupazione che l'unica risposta al crimine commesso sia la concessione dell'affidamento in prova spiega la resistenza a rinunciare al comodo ancoraggio dell'idea retributiva.

Tant'è che il Tribunale ligure nega il beneficio richiesto perché, nel caso concreto, le prescrizioni di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 47 ord. penit., dirette a soddisfare le esigenze di prevenzione e di rieducazione, non permetterebbero al reo di «pagare alla società il suo debito».

Impegnata a dare conto delle ragioni della inadeguatezza, nel caso in esame, dell'affidamento in prova all'esigenza retributiva, l'ordinanza *de qua* ben poco spazio riserva alla verifica della idoneità della misura invocata al perseguimento delle finalità proprie ed esclusive dell'istituto: quella rieducativa e quella preventiva.

Ne risulta pretermessa l'indagine sul comportamento extramurario tenuto dal reo dopo la commissione del reato, benché l'art. 47 comma 3 ord. penit. ad essa agganci il giudizio circa la meritevolezza del beneficio e la giurisprudenza di legittimità esiga che la motivazione dell'ordinanza palesi l'avvenuta rigorosa valutazione della personalità del condannato e di ogni altra circostanza rilevante ai fini della decisione da adottare²⁴.

Ai fini della concessione della misura, poi, non si richiede che essa assicuri la rieducazione del reo, ma più semplicemente che, «anche attraverso le prescrizioni» previste dal comma 5 dell'art.

²³ Cass., Sez. I, 28 aprile 2000, Sereni, *cit.*

²⁴ In particolare, è stato chiarito che una compiuta ed esauriente valutazione della personalità del condannato non può mai prescindere dalla sua condotta *post delictum* e dai suoi comportamenti attuali, risultando questi essenziali ai fini della ponderazione dell'esistenza di un effettivo processo di recupero sociale e del pericolo di recidiva (Cass., Sez. I, 13 dicembre 1996, Occhipinti, in *C.E.D. Cass.*, n. 206776; conf. Id., Sez. I, 5 febbraio 1998, Cusani, *ivi*, n. 210389). Sicché, nell'ipotesi in cui - come nel caso di specie - l'affidamento in prova sia richiesto prima dell'inizio dell'esecuzione della pena il tribunale di sorveglianza è tenuto a valutare, oltre agli elementi sintomatici desumibili dalla natura e dalla gravità dei reati, la condotta mantenuta in stato di libertà, dopo la condanna, al fine di stabilire se il soggetto possa compiere in futuro nuove azioni delittuose (Id., Sez. I, 11 marzo 1997, Caputi, *ivi*, n. 207998; Id., Sez. I, 14 febbraio 1997, Cordelli, *ivi*, 207214). Negli stessi termini, Id., Sez. I, 21 settembre 1999, Jankovic, in *C.E.D. Cass.*, n. 214424. In dottrina, sul punto, cfr. DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, 5ª ed., Padova, 2003, p. 267 ss.

47 ord. penit., contribuisca - ossia, concorra - alla rieducazione del condannato e sia idonea a garantire la prevenzione del pericolo di recidiva²⁵.

È necessaria, pertanto, non tanto una diagnosi di non pericolosità, quanto una prognosi di pericolosità fronteggiabile adeguatamente con gli strumenti coessenziali all'affidamento²⁶.

Senonché, il Tribunale di Genova si limita, *sic et simpliciter*, a considerare che nella fattispecie non sono individuabili prescrizioni riparatorie e che quanto proposto dal condannato - ossia donare giocattoli ad enti di beneficenza - non possa avere un concreto valore rieducativo.

A tal proposito è doveroso osservare che, secondo la Corte di cassazione²⁷, la concessione della misura non postula la prova che il soggetto abbia compiuto una completa revisione critica del passato, essendo sufficiente che il processo critico sia stato almeno avviato. Nel caso di specie, la volontà dell'istante di offrire un contributo economico ad enti *non profit* rappresenta indubbiamente il primo passo lungo un complesso *iter* rieducativo, in cui è fondamentale, tra l'altro, il sostegno degli operatori del servizio sociale²⁸.

Eppure, l'ordinanza in commento, sulla scorta di una interpretazione dell'art. 47 ord. penit. distonica con la formulazione letterale e la *ratio* della disposizione, assume che il giudizio avrebbe potuto divergere se l'interessato «avesse presentato direttamente al tribunale un proprio progetto riabilitativo, contenente, ad esempio, un impegno continuativo, per il periodo di durata della pena, di lavori socialmente utili a titolo gratuito (...), potendo in esso ravvisarsi un effettivo contributo alla sua rieducazione e potendo esso anche rispondere, indirettamente, all'esigenza retributiva».

²⁵ Secondo FASSONE-BASILE-TUCCILLO, *La riforma penitenziaria*, Napoli, 1987, p. 60, « il legislatore (...) non pretende più un'improbabile rieducazione totale dell'affidato, ma esige in compenso almeno un sicuro contenimento del pericolo di recidiva ».

²⁶ In questo senso, CASAROLI, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 27. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. I, 5 febbraio 1998, Cusani, cit.

²⁷ Sul punto, per tutte, Cass., Sez. I, 19 novembre 1995, Fiorentino, in C.E.D. Cass., n. 203154.

²⁸ In argomento è utile evidenziare che, secondo Cass., Sez. I, 9 dicembre 1997, Armanini, in *Riv. pen.*, 1998, p. 367, anche la decisione dell'affidato di dedicarsi «ad un'occupazione squisitamente privata e rivolta alla cura dei propri interessi patrimoniali, e non piuttosto ad un lavoro socialmente utile, non può essere considerata indicativa della mancanza di un serio processo rieducativo. Non è necessario, infatti, che l'affidato dimostri di volersi dedicare ad attività filantropiche o umanitarie, in quanto la pena si prefigge soltanto lo scopo della rieducazione del condannato, che consiste nell'acquisizione della consapevolezza del dovere di rispettare la legge ai fini di assicurare un'ordinata e civile convivenza nel rispetto dei diritti e doveri di ogni consociato e non anche quello di migliorare e di esaltare le caratteristiche altruistiche della natura umana ».

In realtà, stando al tenore letterale della suddetta norma, il richiedente non è tenuto ad indicare puntualmente un programma rieducativo, risocializzante, o special-preventivo, essendo compito del tribunale adito – del quale fanno parte gli esperti di cui all'art. 70 comma 3 ord. penit.²⁹ – individuare le prescrizioni più idonee a tali scopi.

Dunque, bene avrebbe potuto il Tribunale di Genova imporre regole comportamentali *ad hoc*, di portata concretamente rieducativa, destinate a scandire la vita dell'affidato durante tutto il periodo di esperimento della prova³⁰.

L'opzione compiuta per l'applicazione della detenzione domiciliare, ai sensi dell'art 47-ter comma 1-bis ord. penit., pare solo sottendere una preferenza per la soluzione più «comoda» che, pur senza «concedere troppo» al condannato, gli permette, allo stesso tempo, di evitare il carcere.

La decisione in commento si inserisce in un *trend* giurisprudenziale caratterizzato da una diffusa sfiducia nei confronti dell'affidamento in prova al servizio sociale, considerato, talvolta, «una scatola vuota, priva di qualsiasi contenuto risocializzante»³¹.

La diffidenza verso tale istituto trae origine dalla constatazione della carenza di risorse destinate alla c.d. «area penale esterna» cui si aggiunge la concessione (più o meno obbligata) della misura ai c.d. «colletti bianchi», cioè a soggetti integrati o addirittura iperintegrati nel contesto sociale³².

Riguardo a tali soggetti, che non necessitano di una rieducazione nel senso comune del termine, la giurisprudenza ha individuato una serie di coefficienti di valutazione della meritevolezza del beneficio, quali la non reiterazione di fatti illeciti³³, l'interruzione

²⁹ L'art. 70 comma 3 ord. penit. stabilisce che il tribunale di sorveglianza è composto, oltre che da magistrati di sorveglianza, anche da esperti scelti tra le categorie indicate nell'art. 80 comma 4 della stessa legge – ossia «esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica» – nonché tra «docenti di scienze criminalistiche». Ai sensi del comma 5 dello stesso art. 70, i provvedimenti del tribunale sono adottati da un collegio composto dal presidente del tribunale (o, in sua assenza o impedimento, dal magistrato di sorveglianza che lo segue nell'ordine delle funzioni giudiziarie e, a parità di funzioni, nell'anzianità), da un magistrato di sorveglianza e da due tra i suddetti esperti.

³⁰ Circa l'ampiezza della discrezionalità riconosciuta al tribunale di sorveglianza in tema di prescrizioni all'affidato, v. ZAPPA, *Prescrizioni nel corso dell'affidamento in prova al servizio sociale, modifica alle stesse e trasferimento dell'esperimento in località situata fuori dalla giurisdizione dell'ufficio*, in *Rass. pen. crim.*, 1982, p. 276.

³¹ La suggestiva espressione è di MONTEVERDE, *Mediazione e riparazione dopo il giudizio. L'esperienza della magistratura di sorveglianza*, in *Min. giust.*, 2000, n. 2, p. 227.

³² Si rimanda, in proposito, a LA GRECA, «Colletti bianchi» e benefici penitenziari, in *Foro it.*, 1998, II, c. 34 ss.

³³ Trib. Sorv. Milano, 11 febbraio 1998, Schemmari, in *Quest. giust.*, 1998, p. 478.

dell'attività professionale in occasione della quale venne commesso il reato³⁴, la rivisitazione critica del proprio passato³⁵ e la presa di coscienza della «necessità di rispettare le leggi penali» ed agire conformemente «ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, sanciti dall'ordinamento medesimo»³⁶.

È così radicalmente cambiata la fascia dei destinatari dell'affidamento in prova al servizio sociale: ai microcriminali, agli emarginati sociali, si sono aggiunti autori di reati di rilevantissima gravità, spesso perfettamente integrati (economicamente e sul piano dei rapporti interpersonali) nel contesto sociale di provenienza.

Tale fenomeno, secondo autorevole dottrina³⁷, ha determinato l'affievolimento della funzione di moderno strumento di lotta alle pene detentive brevi e di aiuto «umano» ai disadattati della misura alternativa *de qua*, trasformata, oramai, in «incontrollata forma di grazia giudiziale», volta a «tamponare», in qualche modo, il sovrappollamento delle carceri italiane.

Sicuramente, rispetto a questa categoria di condannati, sarebbe stata auspicabile, come osservato³⁸, la previsione di misure più idonee - come il *community service order* o il *travail d'interêt general* -, in cui fosse prevalente il momento retributivo-riparativo più che quello riabilitativo.

Gran parte della magistratura di sorveglianza, pertanto, convinta di non poter incidere sulla portata rieducativa dell'affidamento in prova, al fine di arginare la generalizzata concessione del beneficio nei confronti di autori di reati di particolare rilievo economico e sociale³⁹, ha deciso di riempire la «scatola vuota» cui prima si è alluso incrementando il tasso di afflittività della misura.

Non a torto, questa risposta dei tribunali di sorveglianza alla strumentalizzazione delle misure alternative da parte del legislatore - e dell'intero sistema che, pur richiamandosi alla categoria della «rieducazione», non si è preoccupato di predisporre le risorse necessarie per un adeguato funzionamento dell'area penale esterna - è stata definita «giurisprudenza reattiva»⁴⁰, tesa, cioè, a ridelineare - o plasmare *ex novo* - la sagoma delle misure alternative.

³⁴ Trib. Sorv. Milano, 11 febbraio 1998, Ligresti, in *Quest. giust.*, 1998, p. 476.

³⁵ Trib. Sorv. Milano, 23 luglio 1997, Cusani, in *Foro. it.*, 1998, c. 31.

³⁶ In questo senso si è espressa Cass., Sez. I, 5 febbraio 1998, Cusani, *cit.*

³⁷ MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 2000, 165, secondo cui è un incredibile nonsenso vedere i c.d. «colletti bianchi» ricompresi tra quanti il servizio sociale dovrebbe aiutare a «superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale».

³⁸ DELLA CASA, *La crisi d'identità delle misure alternative*, cit., p. 3282.

³⁹ Si pensi, ad esempio, all'esperienza di «Tangentopoli».

⁴⁰ Cfr., al riguardo, DELLA CASA, *La crisi d'identità delle misure alternative*, cit., p. 3283.

L'effetto che decisioni come quella in epigrafe inevitabilmente producono è di rendere più difficile l'accesso ai benefici, subordinandolo a giudizi di valore – come quello sotteso alla necessità di applicare una «giusta pena», che soddisfi innanzitutto l'esigenza retributiva – estranei alla previsione legislativa e incoerenti con la *ratio* originaria dell'istituto.

La magistratura di sorveglianza – pur a fronte delle gravi carenze ed incongruenze dell'attuale sistema penitenziario – è chiamata ad operare una «serena», rigorosa e particolareggiata valutazione (di cui deve dare conto con esauriente motivazione) circa la sussistenza delle condizioni normativamente prescritte per la concessione della misura alternativa, non cedendo a dannose tentazioni demiurgiche, che esulano dalla propria competenza istituzionale.

RECENSIONE DI GIUSEPPE CAPOCCIA

A CURA DI CARLO BRUNETTI E CARMELA SAPIA
PSICOLOGIA PENITENZIARIA
E.S.I. 2007

Il volume *Psicologia penitenziaria*, curato da C. Brunetti e C. Sapia, affronta in maniera articolata la storia e l'evoluzione del trattamento penitenziario in Italia, esplorando temi di notevole interesse nell'ambito della psicologia e di quella penitenziaria in particolare.

In questo senso livelli operativi e teorico-psicologici-giuridici si integrano in un insieme composito e puntuale che fanno del testo un valido e prezioso strumento conoscitivo.

Si ritrovano nella lettura stimolanti correlazioni e confronti sui grandi temi della Psicologia penitenziaria e sulle operazioni culturali messe in atto nel tempo da studiosi e tecnici di varie discipline in ambito di istituzione carceraria.

Le considerazioni storico-criminologiche del trattamento penitenziario, dalla Riforma del '75 ad oggi, funzioni e contributi degli specialisti nell'attività di osservazione e trattamento, il ruolo degli educatori e degli assistenti sociali anche nel Servizio nuovi giunti, le metodiche dell'osservazione, le verifiche sui progetti trattamentali, le riflessioni sulle misure alternative alla detenzione, costituiscono aree ampiamente investigate ed inquadrare in precise cornici storico-giuridiche.

La II parte, che tratta metodologie, procedure ed interventi dello psicologo penitenziario, esamina le difficoltà e specificità dell'intervento clinico in carcere, anche attraverso analisi e considerazioni sul lavoro di équipe e dei gruppi di supervisione.

Spunti interessanti sono costituiti dalle riflessioni critiche sugli aspetti deontologici ed etici della professione psicologica nella realtà penitenziaria e sulla veicolazione delle "fantasie" che arricchiscono e fanno da sfondo al clima emozionale all'interno degli istituti penitenziari.

Le approfondite analisi sul transessualismo e sui problemi e vissuti di adattamento nel contesto intramurario, rappresentano un contributo significativo sul piano psicodinamico e psicogiuridico.

Inoltre ampio spazio è demandato alle problematiche relative all'imputabilità del soggetto in età evolutiva, ai livelli di rischio suicidale ed ai piani di prevenzione del rischio stesso in un'ottica psicologica e socio-culturale.

I fattori del burn-out e la prevenzione di tale fenomeno in carcere chiudono il testo, unitamente ad argomenti relativi all'organizzazione del setting e della resilienza, costituendo utili riflessioni sui significati e peculiarità del lavoro psicologico in tale realtà.

In conclusione un testo impegnativo che immette il lettore in un contesto delicato, valorizzando la complessità dell'intervento psicologico, giuridico e sociale ed il contributo umano e culturale di quanti sono impegnati come operatori nel mondo penitenziario.

Stampa a cura del



Il Profumo delle Parole

presso la Casa Circondariale di Bologna