

1 2010 *rassegna penitenziaria e criminologica*

Fondata da GIUSEPPE ALTAVISTA

DIRETTORE RESPONSABILE
FRANCO IONTA

VICE DIRETTORE
EMILIO DI SOMMA

PRESIDENTE DEL COMITATO DI DIREZIONE
GIOVANNI CONSO

COMITATO DI DIREZIONE
SALVATORE ALEO, GIUSEPPE AMATO, RENATO BREDÀ,
SANTI CONSOLO, 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
FEDERICO FALZONE

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



SOMMARIO

DOTTRINA E DIBATTITI

G. PUJIA - R. NARDONE

La violenza nelle relazioni familiari pag. 5

F. S. FORTUNA

*La cosiddetta forza irresistibile
nelle pieghe della volontà colpevole* » 37

F. PICOZZI

*L'ambito temporale di applicazione delle norme sui
colloqui dei detenuti e degli internati* » 59

A. CENTONZE

*La decadenza degli Stati nazionali, il contrasto al
crimine globalizzato e il superamento del sistema di
esecuzione indiretta della pena* » 83

GIURISPRUDENZA

*Magistrato di sorveglianza di Vercelli
Ordinanza del 17 giugno 2009
con commento di F. Falzone* » 115

RECENSIONI

*V. Tenore - M. Frisciotti - V. Scaffa, Manuale sulla
responsabilità e sul procedimento disciplinare
nelle Forze Armate e di Polizia,
con commento di V. Lamonaca* » 133



LA VIOLENZA NELLE RELAZIONI FAMILIARI

GRAZIANO PUJIA* - ROBERTA NARDONE**

SOMMARIO: Introduzione. 1. Aspetti socio-criminologici del fenomeno. 1.1. Il c.d. numero oscuro. 2. Evoluzione della materia: la mancanza di una nozione specifica di violenza in ambito familiare. 3. Le varie forme di violenza. 3.1. La violenza psicologica. 3.2. La violenza fisica. 3.3. La violenza economica. 3.4. La violenza assistita. 3.5. Il mobbing familiare. 3.6. Lo stalking. 4. Gli illeciti endofamiliari. 4.1. Gli illeciti genitoriali. 4.2. Il reato di maltrattamenti in famiglia. La collocazione della norma. 4.3. Ambito di applicazione della norma. 4.4. Spinte sociali ed evoluzione normativa. 4.5. La condotta. Reato complesso ed abituale. Rapporti con altre figure di reato. 4.6. Elemento psicologico. 4.7. Il maltrattamento verso i figli, in particolare i nuovi diritti dei minori. 5. Gli illeciti verso il coniuge. 5.1. Il c.d. mobbing familiare. 5.2. L'abbandono del coniuge. 5.3. Le violazioni della libertà sessuale del coniuge e la violenza sessuale tra coniugi. 6. Gli illeciti verso gli altri componenti deboli della famiglia. 6.1. I maltrattamenti degli anziani in famiglia. 7. Gli strumenti processuali a tutela della violenza in famiglia. 7.1. La tutela penale. 7.2. La tutela civile. 7.3. Altri strumenti di tutela civilistici: a) L'allontanamento dalla residenza familiare. b) L'indegnità a succedere. 8. Conclusioni.

Introduzione

Questo scritto si propone, senza pretese di completezza, di esaminare sul versante penalistico, con alcuni spunti di carattere criminologico, le varie fattispecie in cui può concretizzarsi la violenza nelle relazioni familiari – con un accenno anche alle più moderne forme di violenza, dallo stalking al mobbing familiare - nonché i rimedi predisposti dal legislatore a tutela delle vittime. Un accenno, poi, viene riservato alla tutela risarcitoria alla quale sia la giurisprudenza sia la dottrina hanno aperto le porte anche agli illeciti endofamiliari nella consapevolezza che da tali tipi di condotte derivano danni ancora più sottili ed insidiosi di quelli causati dagli illeciti esofamiliari.

* Dirigente Penitenziario

** Magistrato

1. Aspetti socio-criminologici del fenomeno

La famiglia viene da sempre considerata un territorio protetto: il luogo per eccellenza deputato al raggiungimento della protezione della solidarietà dei suoi membri dove normalmente non occorrono quelle difese necessarie, invece, nella vita di relazione. È il territorio degli affetti più spontanei e immediati e rappresenta *"...il fondamento psicologico e razionale per ogni tipo di sviluppo umano e, infatti, nonostante le modalità variate della struttura familiare, tutte le società mantengono costante un loro sistema familiare. È proprio il fatto che la famiglia sia il luogo primario e privilegiato ove si stabiliscono le prime relazioni che la rende particolarmente importante come nucleo centrale delle esperienze individuali per la formazione dell'identità personale"*¹.

È stato evidenziato² che i fattori principali che portano a riconoscere i maltrattamenti all'interno della famiglia sono:

"a) i pregiudizi e i miti sulla maternità e sull'amore dei genitori come realtà indiscutibile;

b) la falsa ideologia del privato per cui viene vista malamente ogni intrusione degli altri ed in particolare degli organi pubblici nell'ambito familiare;

c) l'esistenza di difese inconscie di negazione della aggressività;

d) la consapevolezza della insufficienza dei rimedi fruibili a conclusione di un procedimento penale conseguente ad una eventuale denuncia di episodi di maltrattamenti".

Ecco, quindi, che - sotto l'aspetto criminologico - la famiglia assume una duplice ed antitetica valenza. Da un lato essa costituisce un ambiente di protezione dal crimine, quale luogo di apprendimento di valori sociali, rifugio e protezione dell'individuo. In particolare nella nostra cultura essa ha sempre rappresentato il più pregnante nucleo della socializzazione, il gruppo nel cui ambito si realizzano i primi modelli delle relazioni interpersonali che informeranno certi comportamenti destinati a perpetuarsi nell'intero corso della vita. Dall'altro l'istituto familiare può, in alcuni casi, divenire patologico ed inadeguato così da alimentare una peculiare delittuosità violenta, che si differenzia dalle altre per l'*habitat* particolare e per le strette relazioni esistenti fra vittime e rei.

Tale ambivalenza si riflette nel diritto penale laddove i rapporti di famiglia sono in taluni casi considerati come fattori di aggrava-

¹ Gianluigi Ponti, *Compendio di Criminologia*, IV ed. aggiornata, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1999, pag. 351.

² U. Palagi, M. A. Lombardi, Orenco F. Palagi, *Il bambino maltrattato* in AA.VV., *Argomenti per una medicina legale dell'età evolutiva*, 1997, pag. 201.

mento del crimine ed in altri casi come fattori di attenuazione dello stesso.

1.1. Il c.d. numero oscuro

Con particolare riferimento agli illeciti commessi in ambito familiare gli studiosi ed analizzatori del fenomeno hanno dovuto confrontarsi con il c.d. “numero oscuro”³.

Esso costituisce la parte sommersa dei reati, cioè la differenza tra gli illeciti effettivamente commessi e quelli che emergono dai dati ufficiali, perché denunciati dalle vittime o evidenziati dalle forze dell'ordine o dai servizi. Parimenti rientrano nel numero oscuro i reati che vengono scoperti ma dei quali rimane ignoto l'autore. Nei reati di natura endofamiliare, l'incidenza del numero oscuro è particolarmente elevata in virtù di numerosi fattori interni o esterni alla famiglia. Tra i fattori interni, costituiti da barriere di carattere prevalentemente psicologico e sociale che ostacolano la denuncia della violenza subita, rientra il legame tra l'aggressore e la vittima. Quest'ultima nutre generalmente sentimenti ambivalenti nei confronti del proprio aggressore al quale è legata da profondi rapporti di natura affettiva ed economica con la conseguenza che la mancata denuncia è l'effetto della paura di perdere il legame affettivo o i mezzi di sostentamento per sé o per altri congiunti, come, ad esempio, i figli.

L'esistenza, poi, del legame affettivo fa sì che spesso la violenza non venga neanche percepita come tale dalla vittima che tende a considerarla come un fatto normale o, comunque, non antigiuridico, ovvero venga ritenuto, addirittura, un comportamento dovuto sicché la vittima incolpa se stessa ritenendo legittimo l'abuso subito in quanto meritato.

In altri casi la vittima non denuncia l'abuso familiare per paura della stigmatizzazione sociale che potrebbe derivarne o per vergogna.

I fattori esterni che a loro volta condizionano quelli interni, determinando un circolo vizioso che amplifica in modo esponenziale la concreta rilevabilità e perseguibilità degli illeciti violenti endofamiliari, si collegano generalmente alla resistenza culturale di ricondurre gli effetti di una violenza all'ambito familiare piuttosto che ad altri contesti. Si aggiunga poi che l'ambito prevalentemente

³ Alessio Anceschi, *La violenza familiare: aspetti penali, civili e criminologici: aggiornato alla normativa anti stalking legge 23 aprile 2009, n. 38*, Torino, Giapichelli 2009.

domestico, all'interno nel quale si sviluppa la violenza, ostacola la percezione dell'illecito da parte di soggetti estranei al nucleo familiare, incidendo sulla possibilità di provare la violenza e in ciò condizionando anche la vittima che spesso non denuncia per evitare la frustrazione di non essere creduta.

Con particolare riferimento, poi, ai reati commessi sui minori vi è da parte di questi ultimi non solo la maggiore difficoltà di denunciare il fatto illecito, ma anche di percepirlo come antiggiuridico, come, da parte degli operatori esterni, la difficoltà di interpretare i segni della violenza.

2. Evoluzione della materia: la mancanza di una nozione specifica di violenza in ambito familiare.

Nell'ultimo decennio si è assistito più che ad un incremento dei casi di violenza intrafamiliare, ad una più spiccata tendenza sia alla segnalazione degli episodi da parte della vittima, della polizia, di specifiche categorie professionali (insegnanti, medici, assistenti sociali) sia alla conseguente individuazione e persecuzione dei colpevoli da parte della magistratura. Tuttavia il ricorso alla tutela giurisdizionale per arginare la violenza domestica è ancora limitato anche per la difficoltà di "provare" la violenza.

Peraltro i maltrattamenti endo-familiari rappresentano una forma di violenza che è stata riconosciuta come tale solo di recente e che risente di un retaggio culturale che tendeva a minimizzarla e a giustificarla, riducendo i comportamenti lesivi a meri conflitti coniugali (o tra conviventi) destinati ad essere contenuti all'interno delle mura domestiche. La sequenza dei passaggi di tutela può articolarsi in vari momenti: la vittima si rivolge ai centri antiviolenza, a psichiatri, psicologi, medici, forze dell'ordine consultori familiari o assistenti sociali che possono cogliere i segni dei maltrattamenti e favorire la denuncia della vittima; la vittima interpella un legale che a sua volta collaborerà con consulenti specializzati per ottenere il quadro psicologico ed eventualmente patologico della persona offesa nonché dell'aggressore e per riuscire, di conseguenza, ad individuare la migliore tutela della vittima e degli altri componenti il nucleo familiare (es. i figli minori, ma anche genitori o suoceri). La maggiore difficoltà che si registra nel contesto difensivo è reperire i mezzi di prova a sostegno delle denunce presentate dalle vittime perché normalmente i reati si consumano all'interno delle mura domestiche, lontano da testimoni e con modalità che rendono difficile il reperimento delle prove (si pensi alla violenza psicologi-

ca). Di grande importanza, quindi, risultano le indagini difensive compiute dal difensore ed introdotte con la legge 3 dicembre 2000 n. 397 per ricavare elementi a favore della persona offesa del reato prima della instaurazione di un procedimento.

Si tratta di una problematica molto complessa che investe diversi livelli della persona e che si manifesta con condotte aventi modalità ed intensità sempre diverse che ledono molteplici aspetti della persona umana, non solo il corpo ma anche, e soprattutto, la mente e gli affetti.

Traccia comune delle condotte è la volontà dell'agente di sopraffare il familiare debole attraverso strategie umilianti e dolorose anche dal punto di vista psicologico, privandolo di dignità, decoro e libertà.

3. Le varie forme di violenza

3.1. La violenza psicologica

Tanto grave quanto difficilmente riconoscibile, questo tipo di violenza sminuisce, umilia attraverso continue manipolazioni verbali, attuandosi in modo costante ed imprevedibile con il risultato di tenere la vittima sempre sul chi vive, insicura ed in stato di soggezione. La violenza psicologica si configura dunque come un insieme di strategie lesive della libertà e dell'identità personale dell'altro, con conseguente insicurezza, paura e svalutazione di sé⁴.

Le molestie morali possono consistere nel palese rifiuto dell'altro, nell'eccessivo sarcasmo, nella derisione, nella manifestazione di disprezzo e di squalifica, nella totale mortificazione, aggressione, sopraffazione. Si tratta di un vero e proprio "terrorismo psicologico" realizzato anche attraverso aggressioni non verbali, la c.d. comunicazione analogica (le inflessioni della voce, le espressioni, la sequenza, il ritmo). Nei risvolti di questa categoria si possono annoverare comportamenti come il costringere la moglie a sopportare la presenza della concubina nel domicilio coniugale, vantarsi degli atti di infedeltà per mortificarla. Queste condotte possono integrare i reati di ingiuria (594 c.p.), violenza privata (art. 610 c.p.), minaccia (art. 612 c.p.), di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), e nelle ipotesi più gravi di isolamento, anche il reato di sequestro di persona (art. 605 c.p.).

⁴ C. Kolb, *Le misure contro la violenza intrafamiliare: aspetti giuridici e sociologici*, in *Ricerche de "L'altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità"* (<http://dex1.tsd.unifi.it>), 2001.

3.2. La violenza fisica.

È il tipo di maltrattamento più manifesto cui si associa normalmente anche la violenza psicologica. Essa può integrare i reati di lesioni personali (art. 582, 583 e 590 c.p.) e percosse (art. 581 c.p.), maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), fino all'omicidio o al tentato omicidio (art. 585 c.p.).

3.3. La violenza economica.

Si tratta di una violenza molto presente nella realtà quotidiana familiare anche se poco indagata e conosciuta e ciò nonostante le gravi ripercussioni psicologiche giacchè finisce con compromettere la possibilità di sviluppo della persona e consiste in una serie di atteggiamenti volti essenzialmente ad impedire che il familiare sia o possa diventare economicamente indipendente, per poter esercitare sullo stesso un controllo indiretto, ma estremamente incisivo (es. sabotaggio di ogni tentativo di lavorare e rendersi autonomi, non consentire di aver un conto corrente personale, tenere il partner all'oscuro delle entrate familiari, appropriarsi, se lavora, del suo stipendio fornendo solo il denaro per il vitto per la sussistenza)⁵. I comportamenti costituenti violenza economica possono configurare reati riconducibili alla violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.), maltrattamenti in famiglia (art. 572 cp.) e violenza privata (art. 610 c.p.).

3.4. La violenza assistita.

Per violenza assistita intrafamiliare – secondo la definizione data dalla commissione di studio del Cismai (Coordinamento Italiano dei Servizi contro il Maltrattamento e l'Abuso dell'Infanzia) - si intende qualsiasi atto di violenza fisica, verbale, sessuale, economica su figure di riferimento per il minore o su altre figure significative, adulte o minori. Si tratta, quindi, di forme di violenza subite non dal minore in prima persona ma da altre persone e alle quali questi assiste. Nei casi in cui solo il coniuge è vittima diretta della violenza mentre il minore ne è spettatore, gli studiosi defini-

⁵ Cfr. le molteplici indicazioni in *Telefono Rosa 2002, le voci segrete della violenza*, www.telefonorosa.org richiamate da Francesca Maria Zanasi, *Violenza in famiglia e stalking. Dalle indagini difensive agli ordini di protezione*, Milano, Giuffrè 2006, pag. 24.

scono i bambini vittime dimenticate o non intenzionali o soggetti portatori di sofferenze di ordine secondario. Numerosi studi hanno verificato le incidenze sui minori. Sotto un profilo prettamente giuridico in Italia non esiste una normativa specifica e pertinente al problema in esame: si potrà invocare il reato di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.)⁶. Trattandosi di fattispecie punibile a titolo di dolo, sarà, tuttavia, necessario provare la volontarietà della condotta dell'agente e il nesso di causalità con i danni subiti dai figli. Si tratta di una prova rigorosa dovendosi dimostrare un doppio livello di intenzionalità: che il colpevole ha scientemente fatto assistere i minori alla violenza agita sul coniuge e ciò al fine di procurare loro un danno psicologico. Si pensi ai casi in cui l'umiliazione della donna viene compiuta dal padre sotto gli occhi dei figli al fine di mantenere il controllo su entrambi e per affermare la propria autorità di capofamiglia.

I più recenti filoni di studi sui disturbi psicologici infantili hanno dimostrato *"che i minori sono ad alto rischio non tanto a causa della disgregazione familiare in sé o per l'assenza di un genitore a seguito di una separazione o di un divorzio quanto, piuttosto, per il livello di discordia e conflitto esistente tra i genitori"*⁷.

3.5. Il mobbing familiare.

L'uso del termine è stato riferito, in particolare, al mondo del lavoro per qualificare la condotta vessatoria del datore e dei colleghi nei confronti del lavoratore dipendente⁸.

Il mobbing, che assume questa denominazione da espressione anglosassoni che indicano l'azione di una folla, antagonista nei confronti di un singolo individuo, per traslazione ha finito con l'indicare l'aggressione che più persone pongono in atto, ricorrendo non già a violenze fisiche ma a strategie insidiose, rivolte a mettere in difficoltà colui che è preso di mira e, in linea di principio, a distruggerlo psicologicamente ed emarginarlo⁹. Ricondata nell'am-

⁶ Il Tribunale dei minorenni dell'Aquila nella sentenza 19.7.2002, FD, 2003, 482 ha stabilito che non solo gli abusi o maltrattamenti diretti, commessi cioè direttamente sulla persona del minore, ma anche quelli indiretti perpetrati sulla persona di stretti congiunti a lui cari – quale la visione da parte del minore di ripetute aggressioni fisiche alla madre da parte del padre – integrano un vero e proprio abuso o maltrattamento del minore.

⁷ Francesca Maria Zanasì, *Violenza in famiglia e stalking. Dalle indagini difensive agli ordini di protezione*, Milano, Giuffrè Editore, 2006.

⁸ Anna Maria Fasano, *Il mobbing familiare*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di Paolo Cendon, vol. II, Padova, CEDAM 2004, pag. 1673.

⁹ Francesco Bartolini, *Lo stalking e gli atti persecutori nel diritto penale e civile*, Piacenza, CELT, 2009.

bito in esame, con il termine mobbing si vuole indicare la condotta di un congiunto convivente nei confronti dell'altro, espressa con modalità di vessazione e prevaricazione tali da determinare nella vittima una fragilità di vita e pensieri di alienazione, isolamento. Possono essere vittime di tale condotta tutti i componenti di un nucleo familiare che subiscono una posizione di supremazia del congiunto; la persecuzione si manifesta in limitazioni della libertà personale, dell'attività decisionale, della possibilità di espressione della vittima. Si può esprimere con critiche continue sulle relazioni personali e sulla vita privata in genere, o sul lavoro. E' mobbing anche il silenzio, il rifiuto di comunicare con la vittima o la negazione di qualsiasi contatto, con allusioni dirette o indirette. Le crudeltà possono anche consistere nel prendere in giro il congiunto per handicap fisici, per il suo modo di parlare o di camminare, per le sue origini familiari. Il fenomeno non è stato ancora definito dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹⁰⁻¹¹.

3.6. Lo stalking

Il termine è derivato dal linguaggio tecnico della caccia (*stalker* è il cacciatore in agguato alla preda) si può rendere in italiano con "fare la posta" e può consistere in una serie di comportamenti ripetuti ed intrusivi di sorveglianza e di controllo. Il tema centrale è la ricerca di contatto con la vittima e si concretizza in condotte spesso innocue ed evitabili se singolarmente considerate¹². Secondo una definizione generale che ne è stata data¹³ esso consiste in *"quell'insieme di comportamenti di intrusione, di sorveglianza, controllo, ricerca di contatto e comunicazione verso un determinato individuo che ne diviene vittima"*.

¹⁰ Uno dei casi giurisprudenziali più interessanti segnalati come esempio di mobbing familiare è la decisione della Corte di Appello di Torino del 21.2.00 riportata in FI, 2000, I, 1555: nella fattispecie la moglie lamentava un comportamento sprezzante e crudele del marito nei suoi confronti. La donna veniva rifiutata e non riconosciuta, sia come compagna che sul piano della gradevolezza estetica, su di lei venivano esercitate anche valutazioni negative sulla famiglia di origine, con offese non solo nel privato, ma anche di fronte ad amici.

¹¹ Tribunale di Milano del 24.10.01 ha riconosciuto il risarcimento del danno esistenziale del coniuge per mobbing familiare individuando come tale "la condotta trasgressiva dei doveri coniugali specialmente grave in quanto attuata dall'agente con modalità sprezzanti, finanche platealmente abbandoniche nei riguardi del coniuge in condizioni di particolare fragilità e bisognoso di assistenza e sostegno morale ed affettivo per via del suo stato di gravidanza... come un danno apprezzabile e rilevante ...come modificazione peggiorativa della sfera personale del soggetto, intesa come il complesso di attività ma anche di vissuti affettivi, emozionali e relazionali in cui il soggetto esplica la sua personalità..."

¹² Cfr. il reato di molestie telefoniche Cass. pen. Sez. V, 25 gennaio 1997 n. 512.

¹³ Francesca Maria Zanasi, *Violenza in famiglia e stalking*, cit. pag. 32.

Il fenomeno è stato evidenziato intorno agli anni '90 (riconosciuto nel *Violence Against Women Act* del 1996) e fino ad ora veniva inquadrato nel reato di molestie (art. 660 c.p.). Le singole condotte in cui si concretizzava lo *stalking* potevano talvolta integrare fattispecie penali contro la libertà morale, la inviolabilità del domicilio o dei segreti e talvolta costituivano il preludio di veri e propri atti di aggressione e quindi di violenza.

Il decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito in legge 23 aprile 2009, n. 38, ha introdotto nel codice penale il nuovo reato di "atti persecutori" (art. 612 bis c.p.), con il quale il legislatore si prefigge di reprimere le condotte di *stalking*, salvaguardando la fattispecie contravvenzionale di molestie o disturbo alle persone (art. 660 c.p.) già presente nel nostro ordinamento. Si tratta di un illecito considerato lesivo della libertà morale ossia dell'attitudine ordinaria del soggetto ad autodeterminarsi.

Rappresenta un tipico illecito di struttura abituale richiedente una pluralità di azioni come elemento materiale della condotta. La stessa rubrica della disposizione è esplicita nel completare la descrizione del fatto criminoso: gli atti devono essere persecutori e quindi integrare un comportamento che per la sua ossessività e ripetizione assillante assume il connotato della non sopportabilità.

Ai fini della integrazione del reato di atti persecutori si richiede quale evento consumativo:

- a) l'arrecare alla vittima un perdurante stato di ansia e di paura;
- b) l'ingenerare un fondato timore per la incolumità personale propria o di un prossimo congiunto o di una persona alla quale si è legati da una relazione affettiva;
- c) costringere la vittima ad alterare le proprie abitudini di vita.

Emerge chiaramente come l'elemento consumativo del reato consiste, in ogni caso, in una condizione psicologica della vittima. Sotto questo profilo la rilevanza penale di un aspetto meramente interiore della vittima costituisce un elemento atipico ed innovativo nel panorama giuridico penale del nostro ordinamento¹⁴.

La configurazione del delitto di atti persecutori ha ad oggetto una situazione che si ferma ad una fase antecedente a quella potenzialmente tragica e mira ad evitarla.

La fattispecie prevede tre ordini di aggravanti che si applicano se il fatto è compiuto:

- a) da parte del coniuge separato o divorziato ovvero da persona legata alla vittima da una relazione affettiva (art. 612 bis comma 2 c.p.);

¹⁴ Alessio Anceschi, *La violenza familiare*, cit.

b) nei confronti di un minorenne, di una donna in stato di gravidanza o di una persona disabile, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 104/1992;

c) con armi o da persona travisata, da un soggetto già ammonito ai sensi dell'art. 8 decreto legge n. 11/2009.

Secondo la nuova disciplina il reato è punibile a querela della persona offesa, proponibile entro mesi sei, decorrenti dalla cessazione delle molestie o delle minacce. Contrariamente a quanto previsto dall'art. 609 septies c.p. la querela non è "irrevocabile".

Il reato è procedibile, invece, d'ufficio quando risulti applicabile la prima circostanza aggravante dell'art. 612 bis comma 3 c.p. ossia il fatto sia commesso nei confronti di minorenne, donna in stato di gravidanza, persona con disabilità o quando il fatto sia connesso con altro per il quale si debba procedere d'ufficio, ovvero quando è commesso da un soggetto già ammonito ex art. 8 d. legge n. 11/2009. Lo strumento dell'ammonimento (istituto di derivazione anglosassone dove è conosciuto sotto forma di "*restraining order* – ordinanza restrittiva") è innovativo nel nostro ordinamento: si prefigge lo scopo di far cessare la persecuzione della vittima senza fare ricorso allo strumento penale. Esso interviene quando il reato è già integrato, ma prima della proposizione della querela e può essere disposto unicamente nei casi in cui il reato non è perseguibile d'ufficio. La perpetrazione di atti persecutori successivamente all'ammonimento comporta l'applicazione dell'aggravante specifica.

4. Gli illeciti endofamiliari

La realtà della violenza intrafamiliare nelle sue molteplici manifestazioni può integrare una serie di condotte criminose (si parla di diritto penale della famiglia). Si ritiene utile una catalogazione che tenga conto dei soggetti che commettono l'illecito e dei soggetti contro i quali l'illecito si rivolge. Si sono distinti, pertanto, gli illeciti genitoriali dagli illeciti tra coniugi.

Solo una elencazione, poi, degli altri tipi di illeciti endofamiliari che tuttavia non presentano la "violenza", almeno come la si intende tradizionalmente, tra gli elementi costitutivi del reato.

Segue un breve cenno alla violenza sessuale – in quanto meritevole di una trattazione specifica – e in particolare alla violenza sessuale tra coniugi.

4.1. Gli illeciti genitoriali

4.2. Il reato di maltrattamenti in famiglia. La collocazione della norma

L'art. 572 c.p. disciplina il reato di maltrattamenti in famiglia e verso i fanciulli, individuando la condotta di chi pone in essere un comportamento lesivo di tipo sistematico infierendo nei confronti della vittima con violenza fisica e morale, così da causare alla stessa un danno alla persona.

Si tratta di un reato a struttura complessa, di tipo doloso con caratteristiche di abitualità.

È stato inserito nel titolo XI del libro secondo del codice Rocco dedicato ai delitti contro la famiglia.

È stata in parte criticata la sua collocazione sistematica osservando che il suo inserimento nel contesto non corrispondeva ad un rigoroso criterio di classificazione scientifica¹⁵. Infatti l'art. 572 c.p., imponendo sinteticamente il dovere di non infierire con vessazioni fisiche e morali nei confronti di persone che sono in stato di soggezione o sottoposte, punisce indistintamente la condotta di chi maltratta una persona della famiglia, o un minore di anni quattordici o una persona sottoposta alla autorità di qualcuno o affidata alle cure o alla custodia di altri. Quindi la fattispecie non sembra riferirsi esclusivamente ad un contesto di tipo familiare, in quanto i maltrattamenti possono avere luogo anche tra persone non legate da vincoli familiari (come si può evincere dalla rubrica che parla di maltrattamenti verso i fanciulli oltre che di maltrattamenti in famiglia).

Si è ritenuto che sarebbe stato più appropriato l'inserimento nell'ambito dei reati contro la integrità psicofisica della persona giacché certamente il reato giunge a consumazione con atti che ledono la libertà, l'incolumità e la dignità morale delle vittime¹⁶.

Effettivamente la dizione legislativa assume una espressione generica che non rientra tra i reati contro l'assistenza tipicamente familiare differenziandosi dall'art. 570 c.p. che viceversa rappresenta l'unico reato effettivamente lesivo degli obblighi inerenti la qualità di genitore e di coniuge.

Molti autori hanno quindi giustificato l'impostazione codicisti-

¹⁵ Cfr. Gian Domenico Pisapia, 1953, *Delitti contro la famiglia*, Torino e F. Antolisei, 1957, *Manuale di diritto penale – Parte speciale*, I, Giuffrè, Milano).

¹⁶ Annamaria Fasano, *Il maltrattamento dei figli: aspetti civili, amministrativi, processuali in Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di Paolo Cendon, vol. II, Padova CEDAM 2004, pag. 1195.

ca ritenendo che con essa si volesse assicurare maggiore tutela alla realtà familiare come società naturale garantita costituzionalmente ed espressione di vincoli ed affezioni parentali oltre che coniugali.

4.3. Ambito di applicazione della norma

Il presupposto del reato di maltrattamenti è rappresentato dal rapporto di tipo familiare che intercorre tra la vittima e il soggetto agente, oppure da un rapporto di subordinazione o di affidamento della vittima per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza, custodia o per l'esercizio di una professione o di un'arte.

La giurisprudenza ritiene che la norma tutela non solo i rapporti parentali, ma tutti i rapporti strutturati di familiarità: con detto termine si fa riferimento a tutte le relazioni psicologiche di varia natura che intercorrono tra gli individui e che non si sostanziano esclusivamente in legami tipizzati e riconosciuti dal sistema giuridico (famiglia di fatto etc.). Quindi si considera "famiglia" non solo un consorzio di persone avvinte da vincoli di parentela naturale e civile ma una unione di persone fra le quali, per intime relazioni e consuetudini di vita, siano sorti legami di reciproca assistenza e protezione.

4.4. Spinte sociali ed evoluzione normativa

Per una esatta valutazione delle problematiche relative al reato di maltrattamenti non si può prescindere dall'analisi dell'evoluzione sociale e di costume della famiglia.

In questi ultimi anni il concetto di famiglia è stato riferito a realtà differenti dalla famiglia legittima riconosciuta dall'ordinamento: essa ha mutato spesso "pelle" diventando ora famiglia nucleare, ora famiglia allargata, ora famiglia di fatto.

Durante il fascismo la famiglia rappresentava il nucleo sociale più importante per la formazione della coscienza dei cittadini, per cui alla stessa veniva riconosciuta la titolarità di interessi autonomi e specifici. Oggi la dottrina prevalente ritiene che la famiglia stia assumendo aspetti particolari che portano ad affermare in maniera esclusiva il rispetto dei diritti dei singoli in ordine all'interesse proprio della società familiare e la famiglia appare con una composizione più stratificata, i cui componenti non sono solamente legati da rapporti parentali, ma anche da consuetudini di vita o da affezioni ed intrecci determinati da relazioni

emotive (famiglia di fatto) anche passate (famiglia allargata)¹⁷.

La giurisprudenza ha ormai recepito le evoluzioni della società affermando che il reato di maltrattamenti in famiglia è configurabile anche al di fuori della famiglia legittima, in presenza di un rapporto stabile di convivenza, come tale suscettibile di determinare obblighi di solidarietà e di mutua assistenza, senza che sia richiesto che tale convivenza abbia una certa durata, quanto piuttosto che sia stata istituita in una prospettiva di stabilità, quale che sia stato poi in concreto l'esito di tale comune decisione. Esplicitamente in Cass. Pen. Sent. n. 21329/2007 la Suprema Corte ha affermato che deve intendersi come "famiglia" anche la convivenza "more uxorio" (quale consorzio di persone tra le quali siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà).

Addirittura il reato di maltrattamenti in famiglia è stato ritenuto configurabile (Sent. N. 49109/2003), quanto al rapporto tra coniugi, anche in caso di separazione e di conseguente cessazione della convivenza, purché la condotta valga ad integrare gli elementi tipici della fattispecie.

Si pensi, invece, che in precedenza la famiglia era considerata come una realtà chiusa formata dai singoli che costituivano un clan. I codici penali precedenti al codice Rocco, in particolare il codice sardo del 1839 e quello sardo italiano del 1859, disciplinavano due ipotesi di reato che consideravano gli eccessi nella correzione commessi nei confronti dei figli e i maltrattamenti tra i coniugi, inserendo queste condotte in un titolo autonomo denominato "reati contro l'ordine della famiglia".

La stessa Costituzione garantisce alla famiglia un ruolo determinante anche per lo sviluppo della personalità del singolo, come espressione del nucleo della società. Se si leggono gli artt. 2,3,29,30,31 della Costituzione in combinato disposto con la riforma del diritto di famiglia (artt. 147 e seg. c.c.) si coglie l'avvenuta trasformazione della società familiare che da modello istituzionale e gerarchico diviene un momento partecipativo e solidaristico in cui si coordinano gli interessi dei componenti e in cui si garantisce lo sviluppo della personalità dell'individuo.

¹⁷ "Deve intendersi famiglia ogni consorzio di persone tra le quali intercorra un legame di relazioni continuative e di consuetudini di vita affini a quello di una normale famiglia legittima (Cass. pen. Sez. VI, 5, 89 RP, 1991, 166) e ancora, "...deve considerarsi famiglia ogni consorzio di persone tra le quali per strette relazioni e consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà senza che sia necessaria la convivenza o la coabitazione, giacché è sufficiente un regime di vita improntato a rapporti di umana solidarietà ed a strette relazioni dovute a diversi motivi anche assistenziali" (Cass. penale sez. III 3.7.97 n. 8953).

4.5. La condotta. Reato complesso ed abituale. Rapporti con altre figure di reato

Si tratta di un reato complesso in quanto la condotta è composta da una pluralità di azioni difformi tra loro, per lo più commissive ma anche omissive, ciascuna delle quali potrebbe autonomamente rappresentare una ipotesi di reato.

La condotta può essere sia attiva sia omissiva purché abbia il requisito della idonea offensività rispetto al bene giuridico tutelato¹⁸.

Secondo l'opinione prevalente l'abitualità del reato di maltrattamenti non sarebbe esclusa se si dovessero verificare intervalli di tempo in cui tra la vittima e l'aggressore intervenga un certo accordo, sempre che questi intervalli non abbiano una durata tale da far venir meno la fattispecie criminosa. A proposito della rilevanza degli intervalli tra momenti ed episodi lesivi e momenti di tranquillità assume rilievo la questione relativa alla natura permanente del reato. L'indirizzo prevalente ritiene che quello di maltrattamenti in famiglia non sia un reato permanente perché lo stato antigiusuridico deve prospettarsi senza soluzione di continuità, mentre spesso nella quotidianità si alternano momenti di tranquillità e momenti di effettiva e concreta vessazione.

La ripetizione di atti illeciti non costituisce un elemento sufficiente ad integrare il reato di maltrattamenti essendo necessario che tra questi esista un legame unitario che si qualifica attraverso l'elemento soggettivo indirizzato nei confronti della stessa persona fisica.

L'azione di maltrattare la vittima, finalizzata alla mortificazione e all'avvilimento della detta deve essere una condotta reiterata e duratura e solo in questo caso presenta un grado di offensività sufficiente per risultare lesiva per l'ordinamento giuridico.

Non basta che sia inflitta una sola ingiuria, una sola percossa, una sola lesione nei confronti della vittima, ma ogni singolo maltrattamento, anche integrante una ipotesi di reato differente, deve essere reiterato nel tempo con lo scopo di interferire nei confronti della personalità della vittima che avverte il disvalore della con-

¹⁸ Cass. pen. N. 4904/96 "il delitto di maltrattamenti di minore si consuma non soltanto attraverso azioni, ma anche mediante omissioni giacché "trattare" un figlio (per di più minore degli anni 14) da parte di un padre implica almeno il rispetto della norma di cui all'art. 147 c.c. che impone l'obbligo di "mantenere, istruire ed educare la prole, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. E per converso maltrattare vuol dire, in primo luogo, mediante costante disinteresse e rifiuto, a fronte di un evidente stato di disagio psicologico e morale del minore, generare o aggravare una situazione di abituale e persistente sofferenza, che il minore non ha alcuna possibilità né materiale, né morale di risolvere da solo.

dotta in modo più grave anche in relazione ai particolari rapporti interpersonali con il soggetto agente. Lo schema non comprende soltanto le percosse, le lesioni, le ingiurie ma anche gli atti di disprezzo e di offesa alla dignità della persona che si risolvono in vere e proprie sofferenze morali¹⁹.

Tutti sono concordi nel ritenere assorbite nel reato di maltrattamenti le percosse, le minacce, le ingiurie. Lo stesso legislatore ha statuito che se la legge considera la violenza come elemento costitutivo di altro reato non si applica l'art. 581 c.p.. Lo stesso discorso va fatto con riferimento alla violenza verbale che si manifesta con le ingiurie e le minacce. Se la vittima subisce una lesione personale e vi è condizione di procedibilità, il reato di maltrattamenti e quello di lesioni possono anche concorrere materialmente tra di loro²⁰. Così concorrono il reato di maltrattamenti e quello di violenza privata ex art. 610 c.p. quando le violenze e le minacce del soggetto attivo siano adoperate, oltre che con la coscienza e volontà di sottoporre il soggetto passivo a sofferenze fisiche e morali in modo continuativo ed abituale, anche con l'intento criminoso di costringere la vittima ad un comportamento che non avrebbe compiuto in assenza della condotta illecita²¹.

4.6. Elemento psicologico

Il dolo di questo reato ha una funzione molto importante e in particolare quella di essere unificatore di tutti i singoli atti di maltrattamenti. L'ipotizzabilità del reato non è subordinata ad un dolo specifico ma all'elemento psicologico consistente nella coscienza e volontà di sottoporre abitualmente il soggetto passivo a sofferenze fisiche o morali, senza che occorra una particolare malvagità del soggetto agente, né un fine particolare, bastando la volontà e consapevolezza dell'elemento delittuoso. Non è necessario quindi che l'elemento psicologico scaturisca da uno specifico programma

¹⁹ Cass. n. 38962/2007: integra il delitto di maltrattamenti in famiglia la ripetuta esposizione del minore a contesti erotici inadeguati alla sua età "sì da creare, abitualmente una atmosfera relazionale pregiudizievole per la sua equilibrata evoluzione psichica" (fattispecie in cui il genitore usava sottoporre la figlia minore a ripetute esibizioni di nudità, visioni di film pronografici, conversazioni a contenuto erotico- sessuale, ecc.

²⁰ Cass. n. 689/1999: le lesioni personali volontarie non costituiscono sempre elemento essenziale del delitto di maltrattamenti e pertanto il delitto di lesioni non può ritenersi assorbito in quello di m. secondo la disciplina del reato complesso, ma configura un reato autonomo.

²¹ Cass. pen. Sez. VI, sent. 30.4.99, n. 8193, CP, 2000, 2276 è stato affrontato il caso del marito che oltre a sottoporre continuativamente e abitualmente la moglie a ingiurie, minacce, percosse, l'aveva anche costretta a sottoscrivere numerosi effetti cambiari.

criminoso rigorosamente finalizzato alla realizzazione del risultato effettivamente raggiunto.

Così, la consapevolezza da parte dell'imputato delle sofferenze e del degradante stile di vita a cui veniva sottoposto il minore, anche a motivo della strumentalizzazione della sua stessa attività lavorativa a fini di lucro, è stata ritenuta sufficiente ai fini della configurabilità dell'elemento soggettivo, non essendo richiesta alcuna specificità del dolo²².

È stato, altresì, ritenuto²³ che l'elemento soggettivo del reato in questione non possa essere escluso dalla c.d. "etica dell'uomo", vale a dire la specifica provenienza religiosa e le consuetudini del soggetto agente che ad esempio rivendichi particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare (si pensi ai soggetti di religione musulmana o a quelli di nazionalità albanese) in quanto "si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano, considerato che la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, cui è certamente da ascrivere la famiglia (art. 2 Cost.) nonché il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale (art. 3, comma 1 e 2 Cost) costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto o di fatto nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con esso assolutamente incompatibili".

4.7. Il maltrattamento verso i figli in particolare e i "nuovi diritti dei minori.

Il reato di maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli è un reato plurioffensivo in quanto molti sono i beni oggetto della tutela penale. Tra questi beni assume un rilievo significativo il fanciullo poiché la norma di cui all'art. 572 c.p. tutela "il minore di anni quattordici" non solo nella qualità di membro della famiglia o di persona soggetta alla vigilanza e alla custodia di qualcuno ma come categoria giuridica a sé stante meritevole di protezione. Gli studi nel campo sociologico hanno verificato che il minore, essendo una personalità in fieri, necessita di una tutela particolare e di una particolare attenzione da parte del sistema giuridico. Situazioni di vessazione fisica e morale inducono ad uno sviluppo distorto della personalità con conseguenti, irreversibili, danni psichici negli adulti maturi.

²² Cassazione pen. sez. VI, sent. 8.1.2004 n. 4933 e Cass. pen. sez. VI sent. 14.7.2003 n. 33106.

²³ (Cass. n. 55/2002).

Nella prassi giudiziaria spesso si incontrano difficoltà proprio nella qualificazione del disvalore sociale delle condotte di maltrattamento ed abuso inflitto nei confronti del bambino, in quanto le espressioni dell'illecito sono varie e spesso inedite. In molti casi gli operatori del settore non possono adeguatamente comprendere le situazioni di pregiudizio, perché i minori non sono in grado di esprimere la sofferenza o non ne hanno consapevolezza soprattutto nei casi in cui vi è violenza psicologica sottile e subdola²⁴. Si tratta di un tipo di maltrattamento che riguarda i contenuti delle relazioni all'interno della famiglia, soprattutto tra genitori e figli. Spesso la condotta illecita non è individuata per la difficoltà di distinguere la linea di confine tra quella che è una relazione difficile e ciò che integra invece il reato di maltrattamenti. Si è parlato di disagio evolutivo del minore quale sofferenza nascosta, celata, impercettibile che comporta problematiche psichiche di una certa rilevanza. I danni esistenziali cagionati ai bambini da inadeguate ed in alcuni casi illecite condotte dei genitori compromettono il processo evolutivo ordinato della psiche del minore, causando conseguenze irreparabili. Oggi si parla del riconoscimento dei nuovi diritti dei minori che non sono solo quelli costituzionalmente e istituzionalmente garantiti ma anche di nuove posizioni giuridiche soggettive attive riferite alla qualità della vita ed al benessere generale del fanciullo per cui non basta garantire ai figli la tranquillità economica e i beni materiali occorre anche essere disponibili verso l'esistenza del minore soprattutto attraverso "un intelligente contatto personale, con una sensibile testimonianza della propria vita"²⁵.

Tra i nuovi diritti dei minori, il diritto ad essere ascoltato, vale a dire ad esprimere la propria opinione in merito alle decisioni che riguardano la propria vita. Ad esempio il codice civile statuisce la necessità di ascoltare il minore, salvo che ciò possa arrecargli pregiudizio, nelle procedure relative agli interventi sulla potestà (artt. 330, 333 c.c.), nei procedimenti relativi alle separazioni delle famiglie di fatto (art. 317 bis c.c.) e legittime (art. 155 c.c.) e di divorzio. Lo garantisce la Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia del 20 dicembre 1989 (resa esecutiva in Italia con legge n. 176/91) che all'art. 12 stabilisce i criteri generali di ascolto del minore in relazione alle procedure penali, civili ed amministrative. Diritto

²⁴ Cass. pen. sez. VI, sent. 9.11.2006 n. 3419: integra il reato di cui all'art. 572 c.p. imporre o consentire al minore un regime di vita in contrasto con le sue esigenze: nella specie impiego abituale del minore nel commercio ambulante o nell'accattonaggio, che lo costringa ad una condizione di degrado fisico e psichico abituale e persistente.

²⁵ Santosuoso, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di Paolo Cendon, CEDAM, 2004.

garantito al fanciullo anche dalla Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, esecutiva in Italia con la l. n. 64 del 1994, sugli aspetti della sottrazione internazionale dei minori; dalla Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980, esecutiva in Italia con legge predetta, che disciplina anche il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento.

Il diritto alla genitorialità e alle relazioni parentali: il primo costituisce il diritto per i figli di godere della presenza affettiva ed economica di entrambi i genitori. Di recente va evidenziato l'intervento della Corte di Cassazione, che con la sent. n. 7713/2000, non solo ha riconosciuto il diritto alla genitorialità, ma ha anche ufficialmente consacrato il diritto al risarcimento del danno esistenziale a favore del minore che ha subito una ingiusta lesione di tale diritto. Ha ritenuto la Corte che il comportamento sanzionato dall'art. 570 c.p. – sia pure costituito nella sua materialità dalla mancata corresponsione dei mezzi di sussistenza – rilevi sul piano civile, in termini di violazione non di un mero diritto di contenuto patrimoniale, ma di sotesi e più pregnanti diritti del soggetto leso, in quanto figlio ed in quanto minore. Il diritto alla genitorialità riconosciuto anche dalla Convenzione di Strasburgo (art. 17) va tutelato e deve essere rispettato soprattutto nelle situazioni di conflitto coniugale dove la tragedia di una separazione tra i genitori non dovrebbe modificare i rapporti con i figli in senso negativo. Parimenti si riconosce il diritto del minore alle relazioni parentali ed in particolare con i nonni, espressione di tradizione familiare che trova un riconoscimento ufficiale anche nella costituzione (art. 29).

Il diritto al tempo della crescita: che consiste nel dovere da parte degli adulti di assicurare un tempo evolutivo ordinato in relazione ai grandi cambiamenti della vita²⁶. Anche la giurisprudenza lo ha riconosciuto rilevando che il minore necessita di una protezione più incisiva affinché non sia "sottratto agli interessi propri della sua età" e possa "affrontare le tappe della crescita" in modo "equilibrato e sano" ²⁷.

(Altre figure di reati genitoriali: violazione degli obblighi di assistenza familiare (art.570 c.p.); Il delitto di sottrazione agli obblighi di assistenza familiare (art.570 co.I c.p.); la malversazione e la dilapidazione dei beni del coniuge e del figlio minore (art.570 co.II n.1 c.p.); il reato di omessa prestazione dei mezzi di sussistenza (art.570 co.II n.2 c.p.c); L'ingiuria nell'ambito familiare; la violenza sessuale.

²⁶ A. Fasano, *Il maltrattamento dei figli*, cit. pag. 1195.

²⁷ Cass. sez. VI penale n. 3419 del 30.1.2007.

5. Gli illeciti verso il coniuge

5.1. Il c.d. mobbing familiare (cfr. cap. 3.5)

Recentemente la Corte di Appello di Torino²⁸ ha affermato che costituisce causa di addebito della separazione, il comportamento del marito che assuma in pubblico atteggiamenti di mobbing nei confronti della moglie, ingiuriandola e denigrandola, offendendola sul piano estetico, svalutandola come moglie e come madre.

5.2. L'abbandono del coniuge

Il concetto di abbandono: la cessazione della convivenza può determinarsi per diverse cause e comportare diverse conseguenze giuridiche. La cessazione della convivenza senza alcuna consacrazione formale, come situazione di mero fatto nel caso in cui non sia concordata dai coniugi ma determinata da uno solo di essi e subita dall'altro configura l'abbandono.

Equiparabile all'abbandono di cui sopra è l'ipotesi in cui uno dei coniugi "allontani" l'altro dalla casa familiare.

L'abbandono del coniuge costituisce, innanzitutto, violazione dell'obbligo di coabitazione. Non è sufficiente che il coniuge si sia allontanato dal tetto coniugale ma occorre che l'allontanamento sia stato volontario, che non sia stato giustificato dal comportamento dell'altro coniuge e che sia stato sorretto dall'intento di interrompere definitivamente la convivenza.

5.3. Le violazioni della libertà sessuale del coniuge e la violenza sessuale tra coniugi

Il riconoscimento che possa esservi violenza sessuale anche tra coniugi è una conquista relativamente recente.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - nella decisione del 22 novembre 1995 - chiamata a pronunciarsi su una questione procedurale ha, incidentalmente, negato l'esistenza di una scriminante in capo allo stupratore che rivesta la qualità di coniuge.

In Italia risale al 1976 la prima decisione della Cassazione²⁹, con la quale si riconosceva la violenza carnale anche quando era perpe-

²⁸ Sent. 21 febbraio 2000, n. 341.

²⁹ Cass. Pen. 16.2.76, CP, 1978,73.

trata da un coniuge ai danni dell'altro - pur se la punibilità veniva limitata ai soli casi in cui la condotta si realizzava in modo violento. Si tratta di una delle prime affermazioni del genere rinvenibili nel panorama giurisprudenziale dell'epoca. Veniva così ribaltata la vecchia e consolidata tendenza interpretativa, fatta propria dai nostri tribunali, che riteneva non applicabile la normativa penale in tema di violenza sessuale all'interno del matrimonio, ambito nel quale il marito (che generalmente era il soggetto attivo di tali vicende) aveva il pieno diritto di esigere, a semplice richiesta, le prestazioni sessuali della moglie e il consenso rivestiva poco valore vertendosi in materia di obblighi "di assistenza familiare". Le uniche aperture che la giurisprudenza concedeva riguardavano solo le pretese del merito di ottenere rapporti sessuali "contro natura", i rapporti, in quanto devianti, non potevano considerarsi obblighi discendenti dal matrimonio, e, pertanto, non vincolavano la moglie che riacquistava la libertà di rifiutarsi.

Con successive pronunce la Suprema Corte è andata oltre sanzionando la congiunzione carnale del coniuge, anche in presenza dell'acquiescenza di questi per il timore di subire conseguenze peggiori³⁰. Va segnalata inoltre la posizione della Suprema Corte³¹ che ha riconosciuto il reato di stupro nel comportamento del marito che costringa la moglie a rapporti sessuali senza il consenso della donna.

Addirittura il matrimonio o il fatto di appartenere alla medesima famiglia integrava - è stato ritenuto - l'aggravante dell'abuso di relazioni domestiche e di coabitazione³².

³⁰ Cass Sez. III 20.1.1986, CP, 1987,753; Cass. sez. III, 16.1.1988 CP, 1990, I, 66: "Il delitto di violenza carnale sussiste non solo quando vi sia una lotta strenua, capace di lasciare segni sulla vittima, ma anche quando questa si sia concessa solo per porre termine ad una situazione per lei angosciata ed insopportabile, poiché tale tipo di consenso non è libero consenso, bensì consenso coatto, che ricade sotto la nozione di violenza di cui all'art. 519 c.p.".

³¹ Cass. pen. sez. III n.14789/2004 Si legge in motivazione: "Non esiste cioè - all'interno del rapporto di coniugio - un diritto all'amplesso, né il potere di esigere o di imporre una prestazione sessuale non condivisa. Non esiste nel rapporto di coppia un'area di esenzione diversa o distinta da quella regolata dal reciproco consenso. Neppure l'ingiustificato e persistente rifiuto del c.d. "debito coniugale" ricompreso tra gli obblighi di "fedeltà" e di "assistenza morale e materiale" derivanti dal matrimonio (art.143 c.c.) ancorché suscettibile di conseguenze sul piano civile (art. 151 c.c.) legittima il ricorso ad alcuna forma di coercizione morale o fisica per ottenere l'adempimento negato... Nel paradigma della fattispecie incriminatrice in esame (art. 609 bis c.p.) la qualità di coniuge è del tutto sterile ai fini dell'apprezzamento della condotta vietata. Non esiste una "quantità" di violenza sessuale tollerabile tra coniugi e non pure tra estranei".

³² Trib. Penale Milano sez. V sent. n. 41/2003.

6. Gli illeciti verso gli altri componenti deboli della famiglia

6.1. I maltrattamenti degli anziani in famiglia

Il fenomeno è stato definito come “il sistematico maltrattamento di una persona anziana da parte dei parenti tenuti a dargli assistenza, che può assumere le forme di aggressione fisica, comportamento minaccioso, incuria, abbandono o aggressione sessuale”. Sono stati classificati gli abusi nei confronti degli anziani in fisico, psicologico, sessuale, sociale ed ambientale, materiale o economico. Il maltrattamento sociale consiste nell’isolamento, nella confusione di ruolo, nel cattivo uso delle risorse di vita ed abitative fino all’abbandono³³.

Particolare è, poi, il maltrattamento legale in cui si cataloga il cattivo uso dei beni dell’anziano e anche il costringerlo a negozi giuridici che egli non vorrebbe stipulare o l’eccesso di tutela giuridica.

Un fattore di analogia dell’abuso sugli anziani con quello sui bambini, almeno fino a qualche decennio fa, era la difficoltà da parte del medico di riconoscerlo, in particolare da parte del medico di famiglia. Si fa anche notare una ulteriore difficoltà di accertamento dovuta al fatto che negli anziani i segni dell’abuso, comunque aspecifici, possono essere mascherati dalla presenza di patologie concomitanti.

Molte vittime non chiedono aiuto o non denunciano gli abusi per vergogna, per timore di rappresaglie o semplicemente per affetto verso l’autore. Ulteriori ostacoli alla emersione del fenomeno del maltrattamento dell’anziano sono rappresentati dai problemi specifici della vecchiaia, fisiologica o patologica, quali l’isolamento sociale e i deficit cognitivi.

I reati di cui può rendersi responsabile il familiare abusante sono molti, alcuni specifici, quali l’abbandono di persone incapaci per quanto riguarda l’abuso passivo, o, per quello attivo, percosse, lesioni personali, o maltrattamenti.

È stato, poi, notato che l’anziano è la vittima privilegiata della circonvenzione di incapaci. La Cassazione ha appunto affermato che il concetto di deficienza psichica di cui all’art. 643 c.p. può applicarsi ai soggetti che “*a cagione della loro età o del loro stato siano particolarmente assoggettabili alle pressioni, agli impulsi esercitati su di loro*”³⁴.

³³ Cfr. per una analisi Isabella Merzagora Betsos, *Il maltrattamento degli anziani in famiglia*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di Paolo Cendon, vol.III, Padova CEDAM 2004 pag. 1821.

³⁴ Cass. pen. sez. II, 17.6.88 riportata in Isabella Merzagora Betsos, *Il maltrattamento degli*

Anche gli istituti della interdizione e della inabilitazione, per i quali pure il rapporto con l'età anziana è strettissimo, laddove vengano invocati dai parenti senza necessità si risolvono in mortificazione ed umiliazione: *“la semplice presentazione dell'istanza non solo può compromettere la dignità della persona interessata ma può talvolta costituire un evento stressante in grado di danneggiare la salute fisica e mentale del vecchio creando condizioni di ulteriore frustrazione ed emarginazione”*³⁵.

Quanto agli istituti della interdizione e della inabilitazione, da tempo ne è stata denunciata la natura fin troppo limitativa e la funzionalità talora diretta più agli interessi dei familiari che a quelli dell'interdetto che si vorrebbe tutelare e forse l'introdotta istituzione dell'amministrazione di sostegno (art. 404 c.c.) potrebbe essere la soluzione per una diversa prospettiva nella regolamentazione degli interessi degli anziani.

7. Gli strumenti processuali a tutela della violenza in famiglia

A tutela delle vittime dei maltrattamenti in famiglia la legge 154/2001 ha introdotto nel nostro ordinamento, nel settore civile e penale, una doppia tipologia di misure di contenuto non proprio identico costituite dagli ordini di protezione contro gli abusi familiari, disciplinati negli artt. 342 bis e ter c.c. e dalla misura cautelare coercitiva dell'allontanamento dalla casa familiare di cui all'art. 282 bis c.p.p. con la estensione dell'ambito soggettivo alla famiglia di fatto.

Con la realizzazione di un sistema a doppio binario il legislatore ha inteso offrire una tutela paritetica, sia sul piano civile che penale, alla vittima di violenze familiari, rimettendo ad essa la scelta degli strumenti anche se l'originaria formulazione dell'art. 342 bis c.c. determinava di fatto una ingiustificata disparità di trattamento (corretta dalla modifica apportata dalla legge n. 304 del 2003). Un ulteriore tassello alla tutela è stato introdotto dal d.l. n. 11/2009 con il divieto di avvicinamento di cui all'art. 282 ter c.p.p.

anziani in famiglia, cit. pag 1834.

³⁵ F. Carrieri, O. Greco, R. Catanesi, in *La vecchiaia: Aspetti criminologici e psichiatrici forensi*, Milano, Giuffrè, 1992.

7.1 La tutela penale

Quanto alla tutela penale la legge 154/2001 (misure contro la violenza nelle relazioni familiari) ha introdotto la misura cautelare di tipo coercitivo dell'allontanamento dalla casa familiare di cui all'art. 282 bis c.p.p.

La cautela si concretizza in una misura principale, ovvero l'allontanamento dalla casa familiare, e in due accessorie, vale a dire il divieto di avvicinamento a determinati luoghi e l'ordine di pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi rimaste prive dei mezzi di sussistenza.

Le misure accessorie possono essere emesse anche in un momento successivo a quello in cui è stato adottato il provvedimento principale a condizione che questo non sia stato revocato o non abbia perso altrimenti efficacia. Si prevede la decadenza automatica anche ove ciò si verifichi in un momento successivo.

Rispetto al provvedimento civile l'allontanamento penale deve avere decorrenza immediata, non essendo consentita la fissazione di un termine per organizzare il trasferimento e qualora si ritenga di concedere delle visite in un momento successivo rispetto all'adozione della misura, le relative modalità saranno oggetto di specifica autorizzazione giudiziale (come previsto dall'ultimo periodo del co. I art. 282 bis c.p.p.). Eventualità, questa, non prevista invece nel quadro degli ordini di protezione emessi in sede civile.

È richiesta la sussistenza degli stessi presupposti necessari per l'applicazione delle misure cautelari, con una particolarità rispetto a queste ultime rappresentata dall'art. 282 bis c.p.p., VI comma, che ne stabilisce l'applicazione anche al di fuori dei limiti generali.

Mentre in generale, infatti, la applicabilità delle misure cautelari è subordinata alla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza (art. 273 I co. c.p.p.) in ordine ad un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni (art. 280 I co. c.p.p.), diversamente l'ultimo comma dell'art. 282 bis c.p.p. specifica che qualora si proceda per taluni specifici delitti: (art. 570 c.p. violazione degli obblighi di assistenza familiare; art. 571 c.p. abuso dei mezzi di correzione e disciplina; art. 600 bis c.p. prostituzione minorile; art. 600 ter c.p. pornografia minorile; art. 609 quater c.p. detenzione di materiale pornografico; violenza sessuale; art. 609 quater c.p. atti sessuali con minorenne; art. 609 quinquies c.p. corruzione di minorenne; art. 609 octies violenza sessuale di gruppo) la misura dell'allontanamento può essere disposta anche al di fuori dei limiti di pena stabiliti dall'art. 280

c.p.p. Quanto ai presupposti processuali e alla durata, in assenza di specificazione, si deve concludere che operino le condizioni generali di applicabilità di cui agli artt. 273 c.p.p. (gravi indizi di colpevolezza) e 274 c.p.p. (esigenze cautelari).

Soggetti. Fra i pregi più evidenti della norma l'estensione della protezione ad ogni componente debole del nucleo familiare, siano essi adulti o minori, opera sia nel rapporto verticale genitori - figli, sia nel rapporto orizzontale della coppia.

La giurisprudenza ha allargato l'applicabilità al convivente di fatto, ai casi di comunanza di vita abituale e stabile che può anche essere indipendente da un rapporto di parentela o affinità. Per prossimi congiunti, mutuando la definizione di cui all'art. 307 c.p. si intendono il coniuge, i parenti e gli affini che convivono con l'autore del reato. Il requisito della convivenza è fondamentale dovendosi altrimenti ricorrere ad altre misure cautelari come il divieto di dimora di cui all'art. 283 c.p.p. La misura non potrà essere applicata laddove sia pendente un giudizio di separazione o di divorzio, sempre che, al momento della decisione, si sia già svolta l'udienza di comparizione personale dei coniugi, dovendosi in tal caso applicare gli strumenti propri di tali procedimenti.

Per quanto concerne la dinamica applicativa vigono le regole tipiche del procedimento incidentale *de liberate*.

L'ordine di pagamento: innovativa è sicuramente la previsione di una misura provvisoria a contenuto patrimoniale introdotta dal comma III del citato art. 282 bis c.p.p: su istanza del P.M. il G.I.P. può ingiungere contestualmente o successivamente all'ordine di allontanamento il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto della misura, rimangano prive di mezzi adeguati. Opportunamente, infatti, il legislatore si è fatto carico di eventuali situazioni di dipendenza economica della vittima dell'imputato, causa, non di rado, della rinuncia da parte della persona offesa a denunciare il reato. Per il timore di perdere ogni forma di sostentamento non è infrequente, infatti, che le persone accusate di abusi familiari rappresentino nel contempo la parte economicamente più forte o siano la sola fonte di reddito della famiglia. Il contributo viene riconosciuto a favore non solo del coniuge e di figli nella famiglia legittima, ma anche del figlio naturale e del convivente in caso di famiglia di fatto e anche in assenza di figli³⁶, come in favore di soggetti conviventi diversi dal coniuge e figli. Quanto alla misura il giudice stabilisce le modalità e i termi-

³⁶ Norma in tal senso "rivoluzionaria" come l'ha definita G. De Marzo, 2002, *Ordini di protezione: le applicazioni della giurisprudenza*, FD n.6/2002,628 e in *La legge sulla violenza familiare: uno studio interdisciplinare*, FD, n. 5/2002, 537 e ss.).

ni della corresponsione sulla base della documentazione prodotta all'esito delle indagini difensive o delle indagini del P.M.; l'ordine di pagamento costituisce titolo esecutivo.

La norma parla di mezzi adeguati con espresso riferimento alla giurisprudenza formatasi in tema di assegno di mantenimento nella separazione dei coniugi. La dottrina ha poi sottolineato la irragionevolezza che il pagamento del contributo possa essere richiesto direttamente solo al datore di lavoro e non, generalmente, a tutti i terzi debitori, quali in primo luogo l'ente pensionistico e si è invocata una interpretazione costituzionalmente orientata della norma³⁷.

La nuova normativa sullo *stalking*, con l'introduzione dell'art. 282 ter c.p.p., ha istituzionalizzato tra le misure cautelari coercitive il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa. Accanto al vero e proprio divieto sopra menzionato si prevede anche la possibilità di interdire all'imputato di comunicare con qualsiasi mezzo con la persona offesa o con i suoi conviventi o prossimi congiunti.

7.2. La tutela civile

Spesso le vittime di violenza e in famiglia hanno timore ad intraprendere iniziative giudiziali in ambito penale preferendo ricorrere ai soli rimedi civili che percepiscono come meno punitivi per il familiare³⁸.

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 154/2001 gli strumenti di tutela dell'ordinamento erano assolutamente inadeguati a fronteggiare il fenomeno: non vi era la possibilità di ordinare l'allontanamento del familiare violento, neanche nell'ambito di un procedimento di separazione o divorzio e neanche con la procedura di cui all'art. 700 c.p.c.³⁹.

Gli ordini di protezione, quali strumenti volti alla tutela dei soggetti deboli nell'ambito del nucleo familiare, appaiono coerenti con la concezione costituzionale della famiglia ispirata ai valori di uguaglianza morale e giuridica nei rapporti tra i coniugi e con i figli

³⁷ De Marzo, 2002 cit.

³⁸ cfr. Aleberto Giulio Cianci, *Gli ordini di protezione familiare*, Milano, Giuffrè, 2003.

³⁹ V. Cardone, F. Verri, *L'allontanamento del membro violento della famiglia*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, pag. 2936, a cura di P. Cendon, cit.; come in Trib. Firenze 11.12.99 Rani Giardini c. Torniani, FTosc, 2000,22 si deduceva l'inammissibilità della tutela d'urgenza per l'allontanamento del coniuge dalla casa di abitazione coniugale avendo l'ordinamento previsto uno strumento tipico; cioè l'ordinanza presidenziale per i provvedimenti temporanei ed urgenti nel procedimento di separazione dei coniugi.

e in linea con le più recenti interpretazioni sul fondamento costituzionale della famiglia di fatto. Il legislatore ha ampliato l'ambito soggettivo di applicazione degli ordini di protezione la cui legittimazione attiva e passiva spetta al coniuge o ad altro componente del nucleo familiare.

La novità di maggior rilievo è rappresentata dal potere del giudice di disporre il pagamento periodico di un assegno a favore della vittima a prescindere dall'esistenza di un rapporto di coniugio, parentela, affinità con l'autore della violenza.

Gli ordini di protezione presentano le caratteristiche tipiche di una misura cautelare: eliminano in modo considerevole alcune libertà fondamentali della persona pur senza le garanzie previste per il diritto processuale penale. Nonostante ciò hanno superato il vaglio di legittimità costituzionale sul presupposto della sola transitorietà della loro applicazione e della circostanza che le restrizioni imposte trovano giustificazione nella tutela di un altro diritto parimenti inviolabile, ovvero la integrità psichica e fisica della vittima.

La originaria formulazione dell'art. 342 bis e ter. c.c. ne consentiva l'applicazione solo qualora il fatto non costituisse reato perseguibile d'ufficio e, quindi, paradossalmente veniva escluso proprio nei casi di comportamenti pericolosi integranti reati perseguibili ex officio e laddove non rientranti nei limiti di pena di cui all'art. 280 c.p.p. era anche esclusa la tutela penale. Con la legge 304/2003 è stata abrogata la locuzione sicché ora il Giudice civile può adottare l'ordine in ogni caso senza distinzione.

Presupposti per l'applicazione: l'esistenza di un grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro contraente; la illiceità di un comportamento; la circostanza che l'illecito si compie nel quadro di una relazione familiare, incidendo negativamente su di essa. Il legislatore ha scelto di non definire la condotta pregiudizievole, in modo da includervi ogni comportamento in cui si realizzi la violenza domestica mettendo, invece, in evidenza l'evento dannoso.

Sicché la condotta pregiudizievole può anche non costituire reato (si pensi agli abusi meramente psicologici o ai casi di maltrattamenti privi del requisito della serialità e abitudinarietà dei fatti o ai casi delle mere intimidazioni che non assurgono agli estremi della minaccia ex art. 612 c.p., essendo indeterminato il male minacciato o inidonee ad integrare un timore nel soggetto o alla condotta domestica caratterizzata da mera ostilità, freddezza e indifferenza). Condotta, pregiudizio, nesso di causalità devono essere valutati dal giudice e sussistere tutti.

La dottrina⁴⁰ ha ravvisato abuso anche nella violazione dei doveri personali dei coniugi di cui agli art. 143 e seg. c.c., quale il comportamento contrario all'obbligo di fedeltà che può determinare uno stato di forte tensione all'interno della famiglia, aggravato dalla presenza di figli soprattutto se minori, la violazione dell'obbligo di assistenza morale e materiale.

Sulla necessità della reiterazione ed abitualità della condotta si è espressa la dottrina mentre il Tribunale di Palermo⁴¹, con una interpretazione che si avvicina maggiormente alla ratio della legge n. 154/2001, ha invece riconosciuto la sussistenza di una condotta pregiudizievole anche nel verificarsi di un solo episodio violento tale da far temere la reiterazione di un simile comportamento.

Quanto al concetto di grave pregiudizio all'integrità fisica e morale o alla libertà, sulla scia della elaborazione giurisprudenziale, maturata con riferimento al reato di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p., è stato inteso come riferimento ai valori indispensabili per la realizzazione della persona. Anche il valore della libertà si apprezza per un significato più esteso, poichè non è circoscritto alla personalità morale dell'individuo, ma investe tutti quei profili che consentono al soggetto di realizzare le proprie scelte e anche l'assenza dei fondamentali mezzi di sussistenza impedisce la realizzazione della propria personalità.

Anche in ordine al grave pregiudizio la interpretazione preferita da chi sottolinea la natura cautelare o inibitoria degli ordini di protezione⁴² è quella per cui non vi è necessità che il pregiudizio si sia già verificato giacchè la misura sarebbe proprio finalizzata ad evitare il verificarsi del danno.

In ordine ai soggetti lo stesso art. 5 stabilisce che legittimati attivi o passivi possono essere il coniuge o altro convivente anche non legato da vincoli di parentela o altro membro della famiglia. E' quindi necessaria e sufficiente la convivenza - anche more uxorio o la semplice coabitazione - e va tutelata anche la persona che vive stabilmente in famiglia senza avere un preciso formale rapporto con gli altri membri.

Particolare la posizione dei figli, minori e non, che possono anche essere autori di violenza. Proprio in relazione al figlio maggiorenne tossicodipendente è intervenuto il Tribunale di Venezia con la sentenza 10 agosto 2005. Recentemente il Tribunale di Messina con sent. 24 settembre 2005⁴³, ha stabilito l'allontanamento dalla casa

⁴⁰ (De Marzo, 2002, *Ordini di protezione: le applicazioni della giurisprudenza*, FD, n. 6/2002, 628).

⁴¹ (sent. 4.6.2000).

⁴² F. Scarano, aprile-giugno 2003, *L'ordine di allontanamento dalla casa familiare*.

⁴³ (in *Diritto e Giustizia* 2006, 3,32).

familiare del figlio maggiorenne che a causa del disagio psichico metteva in pericolo l'incolumità fisica e morale degli altri membri stabilendo tuttavia adeguate cautele per assicurare alla persona allontanata, in quanto non autosufficiente, il mantenimento e la prosecuzione agli studi. Oltre ai minori, soggetti deboli della famiglia possono anche essere gli anziani non autosufficienti. È stata ritenuta l'applicabilità degli ordini di protezione anche dopo la cessazione della convivenza⁴⁴.

Gli strumenti della tutela si possono distinguere in due gruppi: l'ordine di cessazione della condotta pregiudizievole; le altre misure che hanno carattere sussidiario ed eventuale, come l'ordine di allontanamento dalla casa familiare, il divieto di avvicinamento e di frequentazione di determinati luoghi, l'intervento dei servizi sociali e l'ordine di pagamento di un assegno periodico a carico dell'abusante.

Nonostante la sostanziale autonomia tra i vari provvedimenti, più di un Tribunale di merito ha ritenuto che l'ordine di pagamento sia strettamente consequenziale al provvedimento di allontanamento come si evincerebbe dal tenore dell'art. 342 ter comma 2 c.c. e segnatamente dall'inciso *"per effetto dei provvedimenti di cui al primo comma..."*⁴⁵.

Non è stato disciplinato il diritto di visita dei figli da parte del genitore allontanato; così come nel caso di un familiare abusante detentore di un'arma, il legislatore avrebbe dovuto permettere al giudice civile di sospendere il suo porto d'armi⁴⁶.

L'allontanamento dalla casa familiare. Trattasi di un innovativo strumento civilistico a tutela dei diritti individuali all'interno della famiglia che determina, analogamente alla separazione, la cessazione della coabitazione da cui se ne distingue per l'esigenza - la tutela della vittima degli abusi - e non la intollerabilità della convivenza tra coniugi; può essere assunto anche in assenza dei presupposti che giustificano l'assegnazione in godimento della casa familiare, potendo essere disposta anche a favore del convivente senza prole e a prescindere dalla titolarità di un diritto reale di questi sull'abitazione. Nel caso in cui l'allontanato sia proprietario della casa, egli rimane titolare del diritto ma privato dell'esercizio; se l'abusante era titolare di un contratto di locazione, il giudice disporrà a suo carico il pagamento del canone per consentire l'utilizzo dell'immobile da parte degli altri familiari (casi particolari: qualora la vita

⁴⁴ Trib. Milano Sez. IX civile del 18.2.2004 in un caso di stalking da parte del marito a seguito della pronuncia della separazione.

⁴⁵ Cfr. Tribunale di Firenze 15.7.2002.

⁴⁶ Carrera L., *Violenza domestica e ordini di protezione contro gli abusi familiari*, FD, n.4/2004, 388.

domestica non si svolga in un solo luogo potrà disporsi l'allontanamento da più di una casa)⁴⁷.

Ordine di pagamento: il II comma dell'art. 342 ter. c.c. prevede la possibilità di ingiungere il pagamento periodico, di regola mensile, di un assegno a favore delle persone conviventi che per effetto dei provvedimenti di cui al comma 1 rimangono privi dei mezzi adeguati. La nozione di mezzi adeguati richiama l'elaborazione giurisprudenziale in tema di presupposto dell'assegno di mantenimento e divorzile e quindi impone una comparazione delle condizioni patrimoniali e reddituali dei due coniugi, e la conservazione del medesimo tenore di vita avuto in precedenza. Con riferimento ai figli, opportuno sarebbe stato il richiamo all'art. 148 c.c. L'ordine di pagamento ha natura assistenziale e non risarcitoria. Per assicurare un tempestivo e puntuale adempimento l'art. 342 ter comma II c.c. prevede l'ordine diretto al datore di lavoro. Tale norma è ispirata al modello dell'art. 156 c.c. e all'art. 8 legge divorzile, ma rispetto a dette norme è limitata alla distrazione di crediti da lavoro.

Inosservanza: l'art. 6 della legge n. 154/2001 ha previsto a carico di chiunque non osservi gli ordini di protezione l'applicabilità dell'art. 388 c.p. Il richiamo è solo *quoad poenam* e la sanzione penale si applica a tutte le misure indipendentemente dal loro carattere sia personale che patrimoniale.

Aspetti processuali. In ordine alla natura la dottrina e la giurisprudenza prevalente l'hanno assimilata sia al procedimento cautelare che a quello di volontaria giurisdizione.

Gli ordini di protezione hanno in comune con il procedimento cautelare: a) l'immediatezza di accesso; b) la sommarietà della cognizione; c) la speditezza di trattazione; d) la competenza del giudice monocratico e la reclamabilità al collegio di cui non deve far parte il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato. È consentita la emanazione del provvedimento *inaudita altera parte* nonché la trattazione durante i termini feriali. I rimedi di cui alla legge n. 154/2001 non sono tuttavia strumentali nè hanno un seguito processuale ed anzi una efficacia a termine.

Competenza: appartiene al tribunale ordinario monocratico nonostante l'art. 736 bis c.p.c. preveda in via generale l'applicabilità delle disposizioni dettate in materia di procedimenti in camera di consiglio – se compatibili – per i quali è prevista la decisione collegiale (sempre in funzione della celerità).

Ai sensi dell'art. 737 c.p.c. richiamato dall'art. 736 bis comma 7 c.p.c. l'istanza deve essere formulata per iscritto con ricorso e non

⁴⁷ Trib. Troma 25.6.2002 che ha precisato che quando sussistono specifiche esigenze il divieto può essere esteso alle pertinenze dell'abitazione come l'autorimessa.

è necessaria la difesa tecnica. Sul punto, tuttavia, si deve richiamare l'opinione di quegli autori secondo i quali tale scelta *"foriera di inconvenienti che potrebbero ritorcersi in danno della parte esposta, può immaginarsi che essa miri a realizzare un immediato contatto tra la persona e l'ufficio giudiziario. Il punto centrale è che non basta un immediato contatto tra l'istante e il giudice per conseguire risultati accettabili, ma occorre anche svolgere attività processuali, intese ad accertare i presupposti richiesti in fatto per l'emanazione degli ordini e a dare impulso al procedimento. Sennonché l'assenza di cognizioni tecniche e l'immediato coinvolgimento emotivo sembrano rappresentare ostacoli ben difficilmente superabili dagli ampi poteri riconosciuti al giudice dalle disposizioni in esame"*⁴⁸.

La riconciliazione: potrebbe determinare il venir meno dei presupposti per la emanazione delle misure, resta tuttavia da escludere che la rinuncia alle misure di tutela sulla base della sola volontà del soggetto a favore del quale sono state emesse, possa determinare automaticamente la perdita di efficacia. Si tratta infatti di provvedimenti giudiziali che in quanto relativi a diritti indisponibili possono essere revocati solo dal giudice il quale prima di assumere qualunque decisione è tenuto ad accertare, anche sulla base di una valutazione probabilistica che la riconciliazione sia realmente il frutto di una libera scelta della vittima.

7.3. Altri strumenti civilistici:

a) l'allontanamento dalla residenza familiare

La legge n. 149/2001 ha modificato la disciplina sui procedimenti ablativi della potestà parentale di cui agli artt. 330 e ss. c.c. ampliando gli strumenti a tutela dei minori e introducendo, con l'art. 37, la facoltà per il tribunale per i minorenni di disporre, in presenza di gravi motivi – anche in via provvisoria ed immediata ai sensi dell'art. 336 III comma c.c. – l'allontanamento dalla residenza familiare non più solo del minore (come accadeva in precedenza), ma anche, e soprattutto, del genitore o del convivente autore dei maltrattamenti o abusi. Il rimedio più incisivo è quello di cui all'art. 333 c.c. che, quale massima espressione di tutela del minore, implica un provvedimento ablativo della potestà del genitore che abbia violato o trascurato i doveri inerenti la stessa o abbia abusato dei relativi poteri con grave pregiudizio per il figlio. Ai sensi dell'art. 333 c.c. il giudice interviene limitando l'esercizio della potestà ge-

⁴⁸ De Marzo, 2002 cit. pag. 47 e 48.

ditoriale con “provvedimenti convenienti” lasciati alla sua discrezionalità. Il semplice inadempimento non basta occorrendo anche il grave pregiudizio⁴⁹.

Se gli atti di violenza sono stati commessi da entrambi i genitori l'art. 330 c.c. rappresenta il principale strumento di intervento per sottrarre il minore ad un ambiente familiare che incide negativamente sulla sua salute fisica e sulla sua personalità. Non è da escludersi che entrambi i genitori possano essere destinatari di ordini di protezione. Nel caso di compimento di abusi da parte di entrambi i genitori trova applicazione l'art. 321 c.c. che consente la nomina di un curatore speciale su istanza dello stesso minore, del PM, informato della situazione dai servizi sociali, o di altri parenti. Poiché l'allontanamento nei provvedimenti *de potestate* è misura accessoria rispetto alla pronuncia di decadenza, non è stato necessario assogettare tale ordine ai limiti temporali di cui all'art. 342 ter c.c. La competenza funzionale è del Tribunale per i minorenni (ex art. 38 disp. att. c.c.) del luogo in cui vive il minore ancorché non coincidente con la residenza dei genitori che può disporlo indipendentemente dal fatto che le condotte violente siano state accertate in sede penale⁵⁰.

La legittimazione spetta all'altro genitore (anche nel caso in cui anche quest'ultimo sia decaduto), al PM e agli altri parenti.

b) L'indegnità a succedere

La condotta violenta posta in essere nell'ambito della famiglia può avere riflessi anche in campo successorio laddove, in particolare, se posta in essere al fine di violare la libertà di testare di un congiunto o di acquistare indebitamente vantaggi di natura patrimoniale in seguito ad una successione *mortis causa*. In questi casi la legge prevede la sussistenza di una incompatibilità all'assunzione della qualità di erede o legatario in capo al responsabile. L'art. 463 c.c. prevede tra i casi di esclusione dalla successione come indegno l'ipotesi di colui che “ha volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta o del suo coniuge, discendente o ascendente” e “chi essendo decaduto dalla potestà genitoriale nei confronti della persona della cui successione si trat-

⁴⁹ È stato ritenuto applicabile anche in caso di violenza assistita, cfr. Trib. Min. di Aquila, 19.7.2002, FD, 572003, 482.

⁵⁰ Cass. civ. sez. I 11.3.2003 n. 3587, MGC, 2003, f.4: la competenza del tribunale per i minorenni dinanzi al quale pende il procedimento rimane invariata anche in caso di spostamento della residenza anagrafica o del domicilio del minore e in corso di causa – perpetuo iurisdictionis – per ineliminabili esigenze di certezza e di garanzia di effettività della tutela.

ta, a norma dell'art. 330 c.c. non sia stato reintegrato nella potestà alla data di apertura della successione della medesima". Quest'ultima ipotesi riferita alla perdita della potestà genitoriale è stata introdotta a seguito della riforma della legge 8 luglio 2005 n. 137 (con l'introduzione, all'art. 463 c.c., del n. 3 bis). La nuova causa di indegnità assume un'attinenza particolare al rapporto di responsabilità dei genitori verso i figli perché impedisce al genitore di succedere nei confronti dei figli quando abbiano commesso fatti talmente gravi da determinare la decadenza della potestà genitoriale. Con l'introduzione della nuova causa di indegnità il legislatore ha evitato di ricondurre a condotte illecite tipiche e tassative la sanzione civile in esame (quali ad esempio i maltrattamenti in famiglia, l'abuso dei mezzi di correzione, le lesioni o altre) ottenendo l'effetto di non circoscrivere le cause di indegnità a situazioni specifiche con la sola precisazione che la decadenza deve essere espressamente dichiarata in sede civile

8. Conclusioni

Lo studio della materia evidenzia come soltanto in questi ultimi anni il fenomeno della violenza nelle relazioni intrafamiliari si è trasformato da una questione privata ad un problema pubblico. Pur essendo un fenomeno sociale di origini remote tale fenomeno è stato specificamente analizzato soltanto negli ultimi decenni, sotto l'impulso degli studi condotti negli Stati Uniti d'America, che ha accelerato la verifica del fenomeno anche in Europa. Tale analisi ha portato alla luce cambiamenti culturali rilevanti, la cui diretta conseguenza sono stati gli interventi legislativi intervenuti sia a livello nazionale che internazionale. L'attuale risposta normativa, ormai concreta ed efficace, sopra delineata, rispecchia il principio secondo cui la nostra società è fondata sul primato della persona umana e sulla valorizzazione della sua intrinseca dignità, anche quale membro di una famiglia.

La legge è ormai entrata all'interno delle mura domestiche e non lo si può ignorare.

LA COSIDDETTA FORZA IRRESISTIBILE NELLE PIEGHE DELLA VOLONTÀ COLPEVOLE

FRANCESCO SAVERIO FORTUNA

SOMMARIO: 1. Contorni e fondamento della *forza irresistibile* nella letteratura penalistica dell'Ottocento. 2. La scusante ultralegale della *forza irresistibile*: imputabilità o colpevolezza? 3. *Forza irresistibile* e malattia mentale. 4. Colpevolezza e imputabilità: eredità di un dibattito non sopito. 5. La impossibilità di agire altrimenti quale scusante della condotta illecita. 6. Un parallelo: la disciplina positiva dell'ubriachezza nel codice penale del 1930. 7. Malattie psichiche, patologie transitorie e anomalie del carattere. 8. Le soluzioni possibili.

1. Contorni e fondamento della *forza irresistibile* nella letteratura penalistica dell'Ottocento

La riflessione su temi prossimi alle basi della colpevolezza - a parte il linguaggio paludato tanto da rendere ben poco plausibile che la materia fosse praticabile oltre una ristretta cerchia di addetti ai lavori - mostra, negli anni immediatamente precedenti l'approvazione del codice Zanardelli, il tentativo di comporre il postulato del libero arbitrio, quale presupposto e fondamento del diritto di punire, con la concezione che vede il delitto come il precipitato di distonie del carattere, indotte da anomalie congenite o dall'ambiente. Il comportamento difforme dal comando di legge sarebbe, nelle prime formulazioni lombrosiane, dovuto a malattia mentale o fisica (si annota la pellagra): la reazione dell'ordinamento assume non già la forma di sanzione criminale, ingiustificata dalla assenza di libera determinazione, ma quella di misure volte alla neutralizzazione dell'autore del fatto illecito, prese anche nell'interesse di lui. La caratteristica che distingue il criminale, oltre a notazioni esteriori (insensibilità, assenza di organizzazione, inclinazione ai piaceri), consiste nell'assenza di senso morale.

La ricerca di un fondamento scientifico incontra però, a dispetto delle certezze ostentate, difficoltà coerenti alla incompatibilità di canoni opposti.

Si è osservato: "...i progressi della psichiatria hanno spinto la scienza moderna al seguente quesito: se la follia è una forza così espansiva, se il suo campo è sì vasto, chi vi dice che anche il delitto non sia l'effetto di una causa patologica? Chi vi dice che il delinquente non sia anche un ammalato?"¹ Tanto più che anche il dogma

¹ Fulci, *L'evoluzione nel diritto penale. La forza irresistibile*, Messina, 1881, p. 24.

religioso del libero arbitrio non pare conciliabile con il concetto di provvidenza, intesa come volontà divina e predeterminazione delle azioni umane, anche di quelle che contrastano con i precetti della religione.

Allo stesso modo giustifica l'inclinazione al delitto anche la trasmissione per via ereditaria di corredo genetico (nei termini definiti dalla successiva elaborazione scientifica) e il principio di educazione: "il delinquente è sempre figlio di delinquente e di folle, il che vuol dire figlio di genitori che non hanno senso morale" (Fulci, *cit.*, p. 30).

Parrebbe dunque essere accolta la tesi dell'incapacità di scelta da parte del soggetto criminale, che però logicamente comporta la perdita di significato del criterio della *forza irresistibile*; visto che in questo quadro di riferimento il delitto sarebbe sempre e in ogni caso un portato della costituzione del reo.

Nondimeno non si tralascia di interrogarsi sui rapporti tra motivo e volontà, tra *coscienza recettiva* e *coscienza riflessa*, sostenendo, per conoscere "la efficacia del motivo sul volere", che è necessario "analizzare il momento psicologico della determinazione" (Fulci, *cit.*, p. 41). Una prima risposta, sul fondamento della libertà nel volere è negativa: "perché ci sono ignote le cause fisiche, psicologiche" dalle quali la volizione promana; mentre nel linguaggio comune per libero arbitrio s'intende "la libertà di fare ciò che si vuole", confondendosi tra libertà fisica di operare e libertà morale. Sotto diverso riguardo, si aggiunge che l'atto altro non è che il prodotto di stati psichici, in parte non conosciuti e non conoscibili, che hanno originato l'impulso ad agire: "il *me* in un dato momento è lo stato di coscienza che vi è ... Certo vi è legame tra lo stato di coscienza e la determinazione, o per usare un altro linguaggio tra motivo e volere; c'è continuità tra questi due fatti ma non confusione ... il volere non è il motivo, la determinazione non è lo stato di coscienza". (Fulci, *cit.*, p. 54)

Il superamento della "dottrina fatalistica del carattere innato e invariabile" (Fulci, *cit.*, p. 60) passa attraverso l'educazione del carattere che permette all'intelligenza dell'uomo una selezione dei motivi ad agire in conformità di un acquisito sentimento morale. Le inclinazioni verso il delitto possono dunque essere contenute e controllate con uno sforzo della volontà; e, in tale prospettiva, ha senso anche l'impronta rieducativa assegnata alla sanzione criminale.

Allo stesso modo, è possibile modificare il *temperamento*; per quanto si tratti di un assieme di dati originari della personalità umana, trasmessi per via ereditaria. Anche l'*atavismo*, dunque, potrà

essere combattuto, quando esso si sostanzia in impulsi antisociali, attraverso l'educazione.

Se così non fosse, se - per tutti e in ogni caso - il delitto si proponesse quale frutto di impulsi incoercibili presenti in una psiche alterata, allora non avrebbe legittimazione il diritto statale di punire, che presuppone, secondo la riflessione di Romagnosi (Fulci, *cit.*, p. 85), "un atto libero di un essere intelligente", che, in quanto libero, non potrà comunque essere *oggetto* della sanzione penale. Su questo punto, che investe le finalità della pena, concordano sia coloro che ammettono (anche in mancanza di una seria dimostrazione) l'esistenza della libertà nella volizione dell'atto illecito e quanti (come Ferri) tale presupposto (anche per la pratica impossibilità di sondare la causa della condotta volontaria) decisamente escludono. Infatti, i sostenitori delle due posizioni concordano nel ritenere che la funzione della pena debba essere soprattutto intesa in senso dissuasivo, opponendo al motivo che spinge al delitto altra più cogente ragione data dal timore della punizione. Se si cerca, poi, una giustificazione razionale al diritto di punire, essa non può rinvenirsi (secondo le idee liberali) nel dominio dello Stato, della società sull'individuo. La legge penale positiva non offre in sé, del pari, il titolo del diritto di punire, che avrebbe origine, di nuovo, nel dominio dello Stato sull'individuo. Invece questo *titolo* altro non "può essere che il diritto razionale ...la tutela della *proporzione* tra uomo e uomo, la coesistenza delle personalità, l'ordine giuridico" (Fulci, *cit.*, p. 96). Dunque è da rifiutare la concezione imperativistica del diritto penale: quasi che lo Stato possa porre comandi o divieti a piacimento, pretendendone l'osservanza anche quando alla violazione non consegue alcun danno concreto.

2. La scusante ultralegale della *forza irresistibile*: imputabilità o colpevolezza?

I concetti rappresentati indicano una posizione di schietta marca liberale, moderna per i tempi; anche se non originale si presenta la tesi che connette l'applicazione della pena alla reintegrazione dell'ordine giuridico, anch'essa figlia dell'epoca.

Interessa, invece, da vicino il nostro tema il percorso seguendo il quale, tra le cause che escludono o attenuano la responsabilità, si annovera la *forza irresistibile*, capace di incidere sulla volontà colpevole. Il Fulci, aduso quale si dimostra alla speculazione filosofica, distingue tra *libertà intellettuale*, consistente nella capacità

di relazioni con la realtà esteriore conformi al reale com'è possibile solo in chi sia in possesso della coscienza dei propri comportamenti; la *libertà morale* consiste nella capacità di scegliere tra più motivi; infine la *libertà fisica* è data dall'assenza di ostacoli materiali. La confusione concettuale dovuta all'intento di rendere compatibili tra loro i postulati del determinismo biologico e il dogma della libera scelta, appare in tutta evidenza dall'interrogativo sulla compatibilità tra libertà morale e libertà intellettuale: quasi che la difficoltà a comprendere la realtà non debba in tutti i casi esercitare influenza anche sulla scelta del motivo (Fulci, *cit.*, p. 124). Ci interessa, però, cogliere le implicazioni storiche del dibattito in corso all'epoca, all'esito del quale la *forza irresistibile* non è stata qualificata come causa tipica di esclusione della imputabilità. Oggetto di critica è l'art. 62 del progetto Vigliani (*non è imputabile di reato colui che nel momento in cui commise il fatto era in tale stato di mente da non avere la coscienza dei suoi atti; ovvero vi fu costretto da una forza esterna alla quale non poté resistere*): sia perché esistono malattie mentali che lasciano integra la consapevolezza della condotta, sia perché la causa esterna pare essere limitata alla privazione della libertà fisica. Potremmo aggiungere che non sono distinti i piani dell'imputabilità e della colpevolezza, incertezza sistematica questa nella quale incorrono non di rado i penalisti dell'epoca. La tendenza parrebbe volta ad includere nella categoria delle infermità anche "fatti psicologici, come il sonno", mentre gli "affetti ciechi qualche volta escludono qualche volta diminuiscono la responsabilità" (Fulci, *cit.*, p. 129).

Secondo Francesco Carrara e i seguaci della Scuola classica, partecipi al dibattito per il progetto di un nuovo codice penale, la formula meglio rispondente alle necessità di un'adeguata definizione della *mens rea* era da rinvenirsi in quella del codice penale toscano: "*Le violazioni della legge penale non sono imputabili quando chi le commise non ebbe coscienza dei suoi atti e libertà di elezione*". Dimostra l'incertezza concettuale del commentatore il rilievo che segue: "Non basta, secondo il codice toscano, che un agente non abbia libertà di elezione per essere irresponsabile, deve egli volere e agire anche con coscienza dei propri atti ... (dunque) non sarebbero cause dirimenti la responsabilità tutte quelle cause che tolgono la libertà di elezione pur lasciando integra la coscienza dei propri atti come le follie impulsive ed altri fatti frenopatici ... La formula toscana potrebbe essere esatta sostituendo alla congiuntiva *e* la disgiuntiva *o*, oppure traducendola in formula positiva". Ma questa (*le violazioni della legge penale sono imputabili quando chi le commise ebbe coscienza dei suoi atti e libertà di elezione*) peccherebbe comunque per superfetazione: perché "quando c'è libertà di elezione vi è

(anche) coscienza dei propri atti" (Fulci, *cit.*, p. 129-130).

Altre posizioni e proposte di quel periodo, che accompagnano l'elaborazione del codice penale del 1889, pongono l'accento ora sulla infermità di mente, ora sulla privazione della libertà fisica ovvero di quella morale, ora, infine, sull'incidenza di una forza esterna, idonea ad incidere, escludendola, sulla volontà dell'autore del fatto. La ardua composizione di prospettazioni molto diverse, spiega la (formale) esclusione della *forza irresistibile* dal novero delle cause che incidono sull'imputabilità nel sistema del codice Zanardelli. Nella giurisprudenza delle Corti la scusante conservò tuttavia importanza, come ricondotta ora ad una infermità di mente ora alla mancanza di colpevolezza.

Il Fulci pone in rilievo il "*turbamento ed impedimento delle facoltà mentali*" con effetto di "*non avere la coscienza dei propri atti*" e (congiuntamente) l'essere costretto all'azione da "*una forza straniera alla sua volontà*" (Lucchini).

Altro penalista pone la distinzione tra *forza irresistibile interna*, dovuta ad infermità, e *forza irresistibile esterna*, per effetto di cause che impediscono il libero uso della volontà (De Falco).

Quanto alla formula che direttamente collega l'assenza della libertà di azione alla *infermità mentale* e richiede altresì l'intervento di una *violenza fisica e morale estranea alla volontà ed irresistibile* (Livi) si osserva (non senza fondamento) che la formula dell'*infermità di mente* "è troppo restrittiva in quanto esclude molti fatti psicologici e psichici", tra i quali sono da comprendere gli stati derivanti da affezioni transitorie ed improvvise.

Altra tesi (Faranda) riproduce l'endiadi sulla *mancanza di coscienza dei propri atti* e della mancanza della *libertà di azione*, criticata perché, secondo un'opinione all'epoca largamente seguita, nelle *follie impulsive* (che indicano la crisi transitoria delle facoltà conseguente a violente emozioni) vi sarebbe consapevolezza dell'atto ma verrebbe a mancare la *libertà di elezione* (Fulci, *cit.*, p. 133).

Sulla stessa linea, si pone la proposta che qualifica la coscienza della condotta come *intelletto*, richiedendo che la causa di esclusione colpisca sia questo che la capacità di scelta. All'obiezione che talune forme di follia non escluderebbero l'intelletto, il proponente (Filomusi Guelfi) obietta che in tali forme di follia (pazzie ragionatrici) solo apparentemente l'intelletto rimane integro (Fulci, *cit.*, p. 135).

Altra proposta (elaborata dalla Commissione Mancini) così recita: "*non è imputabile colui che, nel momento in cui commise il fatto, era in tale stato da non avere la coscienza di delinquere; ovvero vi fu costretto da una forza alla quale non poté resistere*". La formula introduce un

nuovo elemento (che però, ancora, appartiene alla colpevolezza): si tratta della coscienza dell'antigiuridicità della condotta realizzata, quale può derivare dall'ignoranza o imperfetta conoscenza del precetto. Si tratta evidentemente di uno stato psicologico che opera su di un piano diverso da quello della coscienza (naturalistica) dei propri atti e che questa, in genere, presuppone. In alternativa, è intesa come causa di esclusione dell'imputabilità una *forza* alla quale fu impossibile resistere, senza che sia specificato trattarsi di forza fisica, morale o psicologica.

Quale dunque la soluzione migliore? Secondo la tesi intermedia, propugnata da Fulci (*cit.*, p. 129), devono essere considerati "tutti i fenomeni psichici e patologici" che escludono la libertà del volere, intesa come possibilità di scelta tra più motivi. Il "*motivo che induce il volere a determinarsi è ciò che i giuristi chiamano il dolo*", nel senso che la ragione ispiratrice della volontà qualifica ed orienta il significato concreto della condotta, giungendo ad escludere la connotazione d'illiceità che apparentemente vi appartiene.

Nelle ultime pagine del libro riecheggiano tesi deterministiche: se il delinquente è costretto al delitto da sua insopprimibile costituzione, nondimeno, escluso il diritto di punire, lo Stato è comunque investito dall'obbligo di predisporre misure di tutela dei consociati attraverso la neutralizzazione del reo. Queste misure, quanto al contenuto di afflittività, non si differenziano così nettamente dalla pena criminale.

Allo stesso modo, non è giustificata la punizione di chi abbia commesso il reato senza libertà di scelta. Oltre alle infermità mentali, è in grado di escludere la coscienza della condotta anche la *forza irresistibile*. Che si presenta come frenopatia ma pure come mania transitoria. In tutti i casi "non c'è più rapporto tra motivo e volere: non solo la volontà non è libera, ma su di essa non preme il motivo" (Fulci, *cit.*, p. 206). Essa è dunque "potenza irresistibile che trascina all'azione, risoluzione non c'è perché manca il conflitto dei motivi" (Fulci, *cit.*, p. 207).

3. *Forza irresistibile e malattia mentale*

Interessa il nostro argomento la varietà nella descrizione dello stato di follia nel periodo illuminista e nella prima metà dell'Ottocento. Non si trattava di trovare giustificazione al venir meno dello *jus puniendi* nei confronti dell'infermo di mente, ma di stabilire quali fossero le condizioni psichiche dell'autore del fatto tali da consentire la rinuncia alla punizione.

Secondo Pellegrino Rossi, il folle agisce macchinalmente, spinto da istinti brutali. Egli è sempre sprovvisto di sentimento morale, ed è privo comunque della coscienza di se stesso e della natura delle sue azioni². Non diversamente, nel rassegnare le istruzioni per i giurati in un processo per omicidio, un magistrato inglese rileva come necessario che un “folle sia totalmente privo d’intelletto e di memoria, non superiore da questo lato ad un infante, ad un bruto ad una bestia selvaggia” (Fulci, *cit.*, p. 211).

Da rilevare l’estrema ristrettezza della categoria delle infermità mentali, dalla quale resterebbero escluse oltre alle follie transitorie e alle manie psicotiche, anche le infermità transitorie e quelle che lasciano integre, almeno in parte, le capacità cognitive. Non solo: se lo stato della ricerca psichiatrica dell’epoca poteva forse imporre al giudice di sostituirsi al perito, appare frutto di confusione concettuale (legata alla discussione sulla rilevanza dei motivi) inserire quale elemento discriminante la mancanza di senso morale, che presuppone un soggetto in grado di orientarsi tra diversi impulsi. Né ci sembra centrato il rilievo che qualifica il folle in ragione della mancanza di coscienza della sua condotta, posto che tale condizione è riscontrabile quasi sempre dal punto di vista naturalistico, proprio nei casi nei quali si è posta la questione del contenuto obiettivo d’illiceità del reato commesso dall’infermo di mente.

Successivamente, la possibilità di affezioni psichiche che investissero solo in parte la capacità intellettiva e volitiva è stata in diverse occasioni affermata, pur restando salda la linea fornita dall’incapacità di discernere tra il lecito e l’illecito. Nondimeno, si chiede di accertare la pienezza dello stato d’impedimento da parte dell’imputato e, soprattutto, la compatibilità della condizione di minorata capacità con l’atto compiuto (Fulci, *cit.*, p. 213).

Non è dato conoscere in quale misura la nascente scienza psichiatrica d’oltre oceano avesse potuto influenzare il dibattito in corso, verso la fine dell’Ottocento, sulla rilevanza di una generale categoria di cause idonee ad incidere sulla capacità di orientamento e di volontà. Anche da parte della giurisprudenza statunitense, il collegamento coglie pur sempre la malattia mentale, intesa però in senso ben più esteso, tale da comprendere la mancanza patologica di freni inibitori (Fulci, *cit.*, p. 213-214). Tra siffatti stati psichici è ragionevolmente da inserire la follia parziale, senza esteriori manifestazioni causata, anche, da “un impulso fatale, irresistibile, che preme sul volere, vi s’impone, lo trascina” (Fulci, *cit.*, p. 214).

² P. Rossi, *Trattato di diritto penale* (1828), a cura di Pessina, Napoli, 1896, p. 356.

Dunque nelle condotte criminose realizzate da persone affette da imbecillità (patologia congenita) e da demenza (affezione acquisita) è del tutto assente la possibilità di scelta tra motivi e l'atto si manifesta con caratteri di automatismo, quasi di trattasse di un fenomeno della natura; gli stati di *folia parziale* sono invece contrassegnati non solo dal discernimento morale, ma pure dalla coscienza di sé, tanto che si può persino manifestare il timore che quello stato psichico – del quale dunque il soggetto ha consapevolezza – possa indurre al delitto.

Pare dunque che la specie della *forza irresistibile* sia adoperata come un contenitore, comodo a comprendere sia i fatti che discendono da una patologia mentale evidente e agevolmente accertabile ma anche quelli ascrivibili a follie intellettive parziali ovvero a stati passionali. Nei quali vi è "l'apparenza della vita psichica normale ... ma vi è un motivo che nella lotta delle deliberazioni si presenta irresistibile, perché armato dall'energia d'una malattia o d'una passione" (Fulci, *cit.*, p. 224).

Possono dunque atteggiarsi come impulso irresistibile sia gli stati melanconici, da depressione maggiore sia il delirio di persecuzione: stati che già all'epoca e, successivamente, con il codice Rocco, in misura ben più marcata, erano normalmente ricondotti alla specie delle anomalie della personalità e del carattere e non a quella della malattia di mente. Nondimeno è pur sempre ad una alterazione psichica che sono collegati i momenti di efficacia dirimente della forza irresistibile. Anche l'intensa passione è considerata nell'effetto che essa produce sul normale dispiegarsi della volontà e non già come condizione momentanea che incide prima di tutto sulla coscienza della condotta.

L'inclinazione a lasciarsi trascinare dalle passioni è, in parte, frutto dell'educazione e del patrimonio ereditario del carattere; ma la forza irresistibile è sempre frutto di un *fatto patologico* o di un *affetto cieco*, anch'esso da qualificare, quanto ai suoi effetti giuridici, in termini non diversi dalla malattia (Fulci, *cit.*, p. 275).

Però è anche ammessa da quanti nel modo descritto ritengono d'inquadrare l'impulso non coercibile tra le cause di esclusione dell'imputabilità, la possibilità di una *forza semi-irresistibile*: che legittima l'affermazione della responsabilità, con pena ridotta. Il colpevole, infatti, non sarebbe stato del tutto impedito – anche per effetto di violenta passione – dal libero esercizio delle facoltà, non risultando completamente travolti i freni inibitori. Ciò soprattutto si verifica nei reati scatenati da impeto d'ira acceso da pericolo immaginario, per i quali lo stato psicologico alterato consente di ritenere giustificato l'errore sullo stato di pericolo, con la

degradazione del delitto doloso in fatto colposo (Fulci, *cit.*, p. 280).

La ragione che ha motivato l'esclusione della forza irresistibile dalla categoria delle cause rilevanti per escludere l'imputabilità nel codice penale del 1889, malgrado l'acceso dibattito e la prevalenza degli orientamenti favorevoli, è da ricercare nella sfiducia nello strumento della giurie popolari, che si reputavano troppo facilmente impressionabili, in favore di imputati di delitti gravissimi, dall'oratoria forense di avvocati capaci all'epoca (ma fino agli anni '50 del secolo successivo) di pronunziare arringhe estese per parecchie udienze. Il pubblico, sovente foltissimo in un periodo nel quale mancavano mezzi collettivi di distrazione, accompagnava il fluire del discorso, manifestando rumorosamente approvazione e consenso. I giurati, che di quello stesso pubblico erano espressione, non potevano che patirne l'influenza: e di ciò erano ben consapevoli gli avvocati penalisti i quali orientavano le loro difese sui motivi del sentimento piuttosto che sopra le ragioni del diritto (esemplari le arringhe di Alfredo De Marsico).

Ma anche dopo l'approvazione del codice penale Zanardelli, in difetto di una norma che escludesse in radice le cause in grado di incidere sulla capacità intellettuale e volitiva anche al di fuori di una infermità di mente conclamata, la causa continuò ad essere invocata e applicata in specie, naturalmente, nei procedimenti per delitti di sangue riconducibili a moventi passionali. Secondo il Fulci (*cit.*, p. 274), dalle considerazioni del quale abbiamo preso argomenti (favorevole con evidenza a inserire nella regola sull'imputabilità anche la forza irresistibile) quello delle *scandalose assoluzioni* altro non è che un falso problema, ben essendo possibile discernere tra stati di responsabilità assente ovvero ridotta e artificiose falsificazioni dei fatti, strumentali ad un trattamento penale più favorevole. Con alcune perplessità, dovute alla disciplina normativa sulle Corti d'assise vigente in quel periodo, possiamo dirci d'accordo.

4. Colpevolezza e imputabilità: eredità di un dibattito non sopito

La questione muove con tutta evidenza dall'approccio al tema dell'imputabilità. Ammesso che la persona umana sia capace di orientare le sue condotte nel senso voluto dalla norma penale, ne risulta coinvolto un doppio livello di scelta: quella che investe una capacità *naturalistica* - che potrà essere cancellata non solo dalle infermità o dalle semplici anomalie della psiche - e quella che impone anche la possibilità di avere conto dei contenuti del precetto, di

modo che la condotta realizzata in violazione del comando penale risulterebbe solo formalmente (astrattamente) lesiva dell'interesse sotteso dalla norma, perché, in concreto, all'autore del fatto non era data diversa possibilità di agire. La questione, a questo punto, incide direttamente - a dimostrare la stretta connessione tra i temi - sui contenuti della colpevolezza: qualificata, appunto, in un primo tempo come mera possibilità di autodeterminarsi liberamente ma, in seguito, anche come possibilità di comprendere, avendo conto per intero delle modalità del fatto, la portata del precetto penale.

Si tratta, è facile avvedersene, dei due versanti della colpevolezza, certamente apparendo indispensabile l'adesione soggettiva alla condotta realizzata (*profilo psicologico*) ma pure reputandosi, secondo un'impostazione più attenta alla garanzia dei diritti, necessaria la possibilità che l'agente comprenda gli effetti di contrasto con i valori recepiti nella norma penale (*colpevolezza normativa*). La malattia che colpisca e cancelli in tutto o in parte le facoltà intellettive può escludere il nesso psicologico, di modo che la condotta umana si svolge e può essere osservata non diversamente da un fenomeno della natura: l'*amens* agisce e si determina sulla spinta di impulsi che si sottraggono ad ogni classificazione secondo schemi logici ed inutile e ingiusto sarebbe intervenire con la pena criminale che presuppone la responsabilità degli atti compiuti. Allo stesso modo, il *furiosus*, colpito da patologia momentanea ovvero - il caso che più interessa il nostro esame - sottoposto agli effetti di fattori esterni capaci di annullarne le facoltà percettive e di incidere sulla volontà dell'atto, resterebbe giustificatamente esente da pena, ma anche (a differenza dall'infermo di mente, per il quale è praticabile una prognosi di recidiva) da misure rivolte a contenerne la pericolosità e a favorirne la guarigione³.

L'incontestabile principio è riaffermato dalla Costituzione repubblicana nella prima parte dell'articolo 27; ma era largamente condiviso in epoca illuministica e dai penalisti della Scuola classica, da Carmignani a Carrara⁴. In siffatta prospettiva disponeva, come sappiamo, l'art. 34 del codice penale del Granducato di Toscana,

³ Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*. Torino, 1997, p. 10-11; nonché AA.VV., a cura di Vinciguerra, *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1993.

⁴ È da credere, ben oltre il sentimento d'ingiustizia che era derivato dalle scandalose assoluzioni d'imputati che le Assise ritenevano coartati da una forza irresistibile, che il rifiuto di questa condizione, come idonea ad incidere sulla colpevolezza, sia derivato dalla non discutibile difficoltà di accertare uno stato che investe l'io nascosto di chi ha commesso materialmente l'illecito. Osserva Manna che l'istituto acquista una sua modernità se di qualifichi la colpevolezza in senso normativo, dove il fondamento del rimprovero mosso all'agente debba discendere dalla possibilità di agire diversamente (*op. cit.*, p. 11).

che recitava: “Le violazioni della legge penale non sono imputabili quando chi le commise non ebbe coscienza dei propri atti né libertà di elezione”⁵. La formula, è stato osservato, comprendendo tutti gli atti compiuti senza libertà di scegliere una condotta conforme al precetto, abbraccia anche quelli determinati da una *forza irresistibile* esterna⁶. Non si tratta però di situazioni in qualche modo riconducibili alla *vis major*, sebbene la norma contemplasse, senza distinguere, anche quelle. L’aggancio che più interessa investe infatti le condizioni della persona, da investigare nel momento dell’atto sotto il profilo dell’esistenza di una libera capacità di determinarsi.

Il problema, per il vero, si presenterà in termini non diversi negli anni a seguire, fino ai giorni nostri. Esso s’innesta nel dibattito sull’essenza dell’atto colpevole: e infatti, se è considerato sufficiente il nesso naturalistico tra il soggetto astrattamente capace e l’atto compiuto, non sarà più necessario interrogarsi troppo circa la possibilità per il responsabile di comprendere il significato del comando di legge e, quindi, il valore di contrasto dell’atto con gli interessi tutelati dall’ordinamento. Il faticoso affermarsi in dottrina del criterio della cosiddetta colpevolezza normativa⁷ non ha prodotto effetti apprezzabili negli orientamenti dei giudici⁸. E questo per ragioni di lettura sufficientemente agevole, alle quali conviene accennare.

Se pure il principio dettato nell’art. 90 del codice Rocco, che afferma in termini generali, l’irrilevanza degli stati emotivi e passionali, è stato forzato nei margini fino a far corrispondere uno stato psicologico di eccezionale intensità ad una infermità di mente temporanea, questo è avvenuto, nella quotidiana pratica dei tribunali, con carattere di assoluta occasionalità. Normalmente infatti i processi mentali dell’imputato all’esito dei quali il reato è compiuto restano al di fuori della cognizione del giudice. A

⁵ Sull’influenza dei principi e del sistema del codice penale toscano del 1853 sulle successive codificazioni, e in particolare sul codice italiano del 1889, v. Padovani, *La tradizione penalistica toscana nel Codice Zanardelli*, in Vinciguerra, *cit.*, p. 397 ss.

⁶ Manna, *op. cit.*, p. 11.

⁷ Sui rapporti tra il codice vigente e le esperienze legislative precedenti, v. anche Pulitano’, *Diritto penale*, II ed., Torino, 2007, p. 85 ss. Sul concetto di colpevolezza normativa, oltre a Pulitano’, *cit.*, p. 311 ss, v. Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna 2007, p. 307; Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Milano, 2000, p. 314 ss; Mantovani, *Principi di diritto penale*, Padova 2002, p. 133 ss. La rivalutazione del principio di colpevolezza muove dalle notissime decisioni della Corte costituzionale 23 marzo 1988 n. 364 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 e 1313, note di Pulitano’ e di Stortoni) e n. 1085 del 1988 (*ivi*, 1990, p. 289, nota Veneziani). È altrettanto palese lo scarso effetto che le due decisioni hanno sortito sull’orientamento dei giudici.

⁸ Le *discrezie* tra dottrina e giurisprudenza sono segnalate in un volume nutrito di speranza comparso nel 1991 (*Le discrezie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di Stile, Napoli 1991).

lui l'ordinamento penale impone di valutare la *quantità* del reato sotto il profilo dell'*intensità* della volizione, senza però fornire gli strumenti per apprezzare i meccanismi psicologici e la stessa personalità del colpevole. Il compito del giudice appare bensì rivolto all'applicazione di una pena adeguata alla gravità del fatto; esso però si esaurisce, in pratica, nella valutazione delle componenti materiali del reato; mentre il riflesso della colpevolezza resta quasi interamente muto. Allo stesso modo, rimane al di fuori d'ogni indagine la comprensione delle origini remote dei comportamenti, dettati da condizioni caratteriali o ambientali, a meno che non emerga (dall'anormalità della condotta o dalle stesse sue modalità) una situazione soggettiva in ipotesi idonea ad incidere sulla consapevole determinazione dell'agente.

L'elisione dell'antidoverosità della condotta in ragione dell'impossibilità di muovere un rimprovero, riposa dunque su di un accertamento che il giudice non è in grado di compiere con gli strumenti del diritto supportati da quelli delle scienze. La valutazione dello stato del colpevole nel momento del fatto è legata a condizioni naturalistiche che però non è possibile analizzare se non sulla base di peculiarità dei comportamenti, o di frammenti di questi. Il giudice esegue un'operazione di tipo *empatico*, calandosi nei panni dell'imputato e chiedendosi quale sarebbe la condotta di un uomo comune nell'identica situazione. Di qui la considerazione dei *motivi*, che però, quando fossero capaci di eliminare, per l'intensità con la quale essi hanno agito, la *coscienza degli atti* o la *libertà di azione*, avrebbero comunque un significato scusante senza possibilità di porre differenze tra motivi nobili (in ipotesi giustificanti) e motivi antisociali.

5. La *impossibilità di agire altrimenti* quale *scusante della condotta illecita*

I canoni che connotano la *forza irresistibile* - che sappiamo regolata espressamente sia nel codice napoleonico del 1810, che in quello sardo italiano e in quello vigente nel Regno delle Due Sicilie⁹ - si fondano sopra un equivoco: che sia possibile registrare, in maniera intuitiva e metascientifica, situazioni che talmente incidono sopra il normale sviluppo dell'atto volitivo da produrre il distacco tra l'atto materiale e la capacità di dominio dell'agente.

⁹ Dezza, *Imputabilità e infermità mentale: la genesi dell'art. 46 del codice Zanardelli*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXI, Bologna 1991.

Il codice penale del 1889 collega la *impossibilità di agire altrimenti* a condizioni di deficienza oppure di morbosa alterazione di mente: la *vis cui resisti non potest*, pur non espressamente menzionata, riemerge tuttavia con riguardo a quelle situazioni nelle quali, vuoi per malattia che per altre condizioni psichiche anche transitorie, viene meno la libertà di scelta.

La temperie culturale dell'epoca rende comprensibile il rilievo che, proprio allora, aumenta il numero delle sentenze di assoluzione che si fondano sulla forza irresistibile, particolarmente nei giudizi demandati alle corti d'assise. Da un lato, infatti, la Scuola classica del diritto penale pone a fondamento del diritto di punire proprio la possibilità di una libera determinazione; mentre la nascente Scuola positiva contesta in radice la funzione della pena sostenendo che il crimine è frutto di condizioni patologiche della personalità, che richiede, nei casi gravi, una strategia di difesa della società¹⁰.

Non proprio allo stesso modo, pure i compilatori della disciplina penale che seguirà, con la quale dopo quasi ottant'anni siamo ancora chiamati a confrontarci, incorrono in un equivoco, probabilmente compreso e persino voluto, non parendo possibile escludere dall'ambito della colpevolezza anche le situazioni nelle quali uno stato emotivo di rilevante intensità, anche non collegato ad una condizione morbosa, sia nondimeno in grado di offuscare la valutazione dell'agente in ordine all'antidoverosità della condotta, rendendo quindi non praticabile la susseguente valutazione di rimprovero.

La ragione non troppo remota di una così netta esclusione, neppure temperata dalla possibilità di graduare emozioni e passioni secondo la loro intensità, riposa probabilmente nell'idea di uno Stato forte, nel quale il cittadino ha l'obbligo di prevedere le possibili condizioni di discontrollo e in ogni caso di non cedere all'ira né di farsi travolgere dalla gelosia e persino di contenere la passione amorosa. Non diverso significato presenta la disciplina posta nell'art. 89 del codice Rocco: e infatti – posto che sia scientificamente plausibile graduare tra infermità totale e infermità parziale – l'avverbio di quantità inserito nella norma, come si legge nella Relazione del Ministro Guardasigilli, vuole escludere che ogni anomalia del carattere possa essere invocata come fondamento di una incapacità parziale, dalla valenza diminvente¹¹.

¹⁰ Relazione sul progetto preliminare di Codice penale italiano, Roma 1921, p. 78.

¹¹ Relazione del Guardasigilli, in *Lavori preparatori*, Roma 1929, vol. V. p. 142. Ivi, anche il parere della Commissione ministeriale e della commissione parlamentare. Segnatamente, gli interventi di Morello, Longhi, Appiani, Stoppato, De Marsico.

6. Un parallelo: la disciplina positiva dell'ubriachezza nel codice penale del 1930

Le situazioni di non imputabilità, nell'impostazione codicistica, sono rappresentate in via pressoché esclusiva dalla malattia mentale evidente e conclamata, di rilevanza tale da incidere sulle facoltà intellettive ovvero sulla volontà dell'agente; in pratica la casistica dell'infermità mentale è la sola eccezione in un sistema che non accetta limitazioni d'efficacia al comando posto nella norma penale. L'equivoco espresso dall'articolo 90 si riproduce, sotto la stessa *ratio*, nella disciplina dell'ubriachezza. Le situazioni più comuni di ubriachezza – in genere derivanti da ingestione oltre il limite di sostanze alcoliche, mentre assai meno frequente appare l'ubriachezza determinata da una scelta cosciente – sono dalla moderna dottrina ricondotte nella categoria delle *fictiones juris*, osservandosi che la norma considera quale imputabile e dunque sottopone a pena criminale un soggetto che è privo di capacità naturalistica.

Il tema, contiguo a quello oggetto dell'analisi, è d'interesse anche con riguardo all'impostazione generale del codice in materia di momento soggettivo del reato. L'apprezzamento della *gravità del fatto* desumibile dai limiti edittali della pena, prevista nella norma di parte speciale anche quale indice per l'interprete e per il giudice chiamato ad individuare la sanzione adeguata al fatto, secondo l'art. 133 prevale di gran lunga, dicevamo, sulla considerazione della colpevolezza. Della principale manifestazione di colpevolezza nulla si legge nelle sentenze di condanna; anche la valutazione inerente, nei rari casi che la richiedono, all'esistenza di una piena coscienza e volontà del fatto opera sul diverso piano delle condizioni che presuppongono l'imputabilità. La sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 5 del codice, celebrata dalla dottrina quale chiara apertura al criterio della responsabilità soggettiva, ha sortito – né diversamente poteva essere – effetti pressoché irrilevanti nell'esperienza giudiziale successiva: di certo non frequenti risultando i casi di sconoscenza del precetto in ragione di precaria determinatezza ovvero di controversa prassi applicativa. Le "aperture" della giurisprudenza, auspiccate a più voci dopo la pubblicazione della sentenza n. 364 del 1988¹², sono in effetti del tutto mancate. Ma è l'impostazione stessa

¹² Secondo Manna (*op. cit.*, p. 43) la sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988 comporta che "non possono non ritenersi costituzionalmente illegittime, perché in contrasto con il principio di colpevolezza, costituzionalizzato negli artt. 25 e 27 Cost., tutte quelle disposizioni ove il legislatore ordinario sia ricorso al sistema delle *fictiones juris*, che non

del codice che ostacola, fino alla chiusura completa, l'indagine sulla colpevolezza, chiedendosi al giudice di accertare il solo nesso psicologico tra agente e condotta e il presupposto della capacità d'intendere e volere, mentre il profilo della volontà colpevole resta in ombra, quasi fosse, in tutti i casi, un effetto di genere naturalistico causalmente derivato.

L'impronta autoritaria del modello approvato nel 1930 emerge, oltre che dalla regola dell'art. 90, dalla disciplina dell'ubriachezza volontaria. Colui che si sia posto, volontariamente o per colpa, in stato di ubriachezza - ma la regola si applica pure al tossicodipendente¹³ - viene punito alla stessa stregua del soggetto che ha commesso il fatto in stato di piena capacità. Il criterio urta contro il principio di responsabilità sotto un duplice aspetto: perché, come doveva apparire anche al legislatore, l'ubriaco, pure nei casi in cui il suo stato non gli impedisca l'azione, vede fortemente ridotta la capacità di valutazione (coscienza) e decisione (volontà). Inoltre - questo il secondo profilo - il fatto illecito di sovente è direttamente rapportabile allo stato di ubriachezza, avendo sollecitato un proposito, poi tradotto in atto, che diversamente non sarebbe sorto.

La soluzione di compromesso, indicata in anni lontani dalla Corte costituzionale¹⁴ e giustificata da una parte della dottrina¹⁵ prospetta come legittimo lo spostamento dell'indagine sull'elemento

nascondono altro che ipotesi di responsabilità oggettiva". Non diversamente, però, dovrebbe ritenersi con riguardo a quelle (numeroso) decisioni di merito dove l'indagine sul grado e sulla stessa esistenza della colpevolezza risulta del tutto pretermessa.

¹³ Pare anche a noi evidente che la disciplina dell'ubriachezza e della tossicodipendenza, con l'esclusione dell'imputabilità nei soli casi in cui l'alcoolismo o la ripetuta assunzione di droga abbiano provocato una (almeno consistente) degenerazione della facoltà percettive e cognitive, non possa che riflettersi sul vero nodo della questione, che investe il grado della colpevolezza. Allo stesso modo, costituisce una finzione l'anticipazione nel tempo dell'indagine sulla capacità dell'agente nel momento in cui egli, consapevolmente, ha assunto alcolici o droghe, fino ad affermare che l'autore del fatto debba rispondere a titolo di dolo dei fatti illeciti che, in quel momento, potevano essere preveduti. Una *regula juris* di questo tipo è estranea al sistema di un codice che non rifiuta il criterio della personalità della colpa. Le indiscutibili esigenze di difesa sociale, unite alla pratica considerazione della estrema difficoltà, e dei costi, di un accertamento specifico sulle condizioni psicologiche del reo, devono, a questo punto, essere indicate come finalità prevalenti, senza che gli studiosi siano lasciati alle prese con una impossibile conciliazione dogmatica. Sul tema, v. Militello, *Imputabilità ed assunzione di stupefacenti tra codice e riforma*, in *La riforma del codice penale in materia di stupefacenti* (a cura di Bricola - Insolera), Padova, 1991, p. 139 ss.; Bricola, *Finzione d'imputabilità ed elemento soggettivo nell'art. 92 primo comma c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 486 ss.; Leoni-Marchetti-Fatigante, *L'imputabilità del tossicodipendente*, Milano, 1992.

¹⁴ Necessità di conservazione dell'impianto codicistico hanno suggerito (anche) in questo caso la motivazione della decisione del 26 febbraio 1970 della Corte costituzionale (in *Quale Giustizia*, 1970, p. 86 ss., nota G. Amato) che ha ricondotto il momento di accertamento della colpevolezza al momento in cui il soggetto si è posto in stato d'incapacità.

¹⁵ Una parte della dottrina tenta, in effetti, di ricondurre la regola stabilita nel primo comma dell'art. 92 c.p. secondo i canoni della responsabilità. Secondo Mantovani (*Diritto penale*,

soggettivo nel momento in cui il soggetto si è posto colposamente in stato di ebbrezza. Nondimeno, poiché, come accennato, si verifica con frequenza assai minore il caso di chi assuma bevande alcoliche al precipuo fine di ubriacarsi, mentre l'ipotesi normale è quella dell'ubriachezza colposa, sorge la questione della possibilità di qualificare un fatto naturalisticamente doloso (l'ubriaco ferisce una persona dalla quale ritiene, a torto, essere stato offeso) commesso da soggetto che si era posto colposamente in stato d'incapacità. Il problema è risolto, ancora, mediante un artificio, utilizzando un meccanismo analogo a quello (non di rado oggetto di abusi) della propagazione degli effetti della condotta dolosa. Si rileva infatti che il soggetto avrebbe dovuto prevedere, nel momento nel quale, colposamente, assumeva bevande alcoliche, la possibilità sia della successiva condizione di incapacità una volta raggiunto lo stato di ebbrezza, sia delle condotte penalmente illecite che, in tale stato, egli avrebbe potuto tradurre in essere.

La Corte costituzionale giustifica, dunque, una vera e propria trasposizione del momento valutativo della colpevolezza, peraltro del tutto sconosciuto nella prassi giudiziale, dove l'atteggiamento psicologico dell'ubriaco è colto *al momento del fatto*, e non, retroattivamente, in quello dell'assunzione di sostanze alcoliche. Si perviene, per questa via, alla radice storico-culturale della peculiare disciplina dell'ubriachezza: che riposa sopra esigenze di specie essenzialmente preventiva, dettate dalla volontà di reprimere il fenomeno dell'alcoolismo¹⁶. Non poteva però ignorarsi, come di recente si è osservato, che la pena segue non già all'accertamento di un fatto illecito, conforme al tipo anche sotto l'aspetto psicologico, ma alla presunzione di pericolosità derivante dalle condotte di chi, volontariamente o colposamente, si è posto in condizione di minorata capacità¹⁷. La disciplina riecheggia dunque - ma in particolare quanto all'aumento di pena previsto per l'ubriachezza abituale - i temi della colpa per la condotta della vita, ben presenti nel periodo storico che ha accompagnato l'elaborazione del codice, ma in contrasto insuperabile con il principio stabilito nella prima

Padova, 2001, p. 693 ss.) non vi sarebbe alcuna *fictio* d'imputabilità ma soltanto una deroga alla regola della capacità al momento del fatto, quando la ubriachezza volontaria o colposa rientra nella colpevolezza per il fatto commesso. *Contra*, Bricola, *Finzione d'imputabilità ed elemento soggettivo*, cit., p. 490.

¹⁶ Nella *Relazione* della Commissione ministeriale sul progetto di codice penale (*Lavori preparatori*, IV, p. 289) si rende conto, a giustificare l'aggravamento di pena per l'ubriaco abituale, che questi possa trasformarsi in un intossicato, in un individuo dalla imputabilità minorata o persino esclusa, e perciò *maggiormente pericoloso per la società*.

¹⁷ Appare l'ulteriore rischio che il costituzionale principio di colpevolezza possa "scivolare verso i lidi della c.d. colpa di autore, coesistente del resto al periodo storico in cui è sorto il codice". Così Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 25.

parte dell'art. 27 della Costituzione. Il sopravvivere della *fiction* ha richiesto un aggiustamento impossibile, un'operazione di riduzione ortopedica che permette di ritenere capace chi capace non è, legittimando l'applicazione di una pena in taluni casi persino più grave. Sarebbe, a questo punto, preferibile dichiarare la consapevole elisione del principio di colpevolezza in ragione di – ovviamente esistenti e gravi – motivi di prevenzione e difesa sociale. Oppure prevedere situazioni di tutela anticipata, con sanzioni severe, anche di tipo interdittivo, per quanti assumano sostanze alcoliche nel momento in cui intraprendono o si trovano ad esercitare attività rischiose¹⁸. A ben vedere, le regole poste negli artt. 91-95 del codice Rocco non potevano, neppure all'origine, essere giustificate sotto il paradigma della concezione psicologica della colpevolezza. Il rapporto con il fatto appare infatti causalmente interrotto quando l'autore (solo apparente) è privo di capacità naturalistica. Il rischio di una imputazione obiettiva, oltre dolo e colpa, è solo aggirato quando si afferma che un ubriaco completo non figurò mai sul banco degli imputati¹⁹: quasi che questa constatazione discenda da una valutazione statistica su basi scientifiche e non, ancora una volta, su di una mera *praesumptio hominis*. La disciplina dell'imputabilità appare seriamente deficitaria anche nel contesto della colpevolezza puramente psicologica, giacché è del tutto trascurata la considerazione della mancanza di capacità naturale al momento del fatto che, a ben vedere, nello stesso sistema del codice elimina, ancor prima della capacità d'intendere e volere, la coscienza e volontà della condotta.

7. Malattie psichiche, patologie transitorie e anomalie del carattere

Allo stesso modo, altro non è che una finzione affermare senza eccezioni che emozioni o passioni anche violente non possano aver rilievo sulla capacità d'intendere e volere. Quando tali stati insorgono in un soggetto che non soffra di patologie di mente coesistenziali alla sua condizione (transitoria), non viene in gioco la sua imputabilità ma bensì la capacità all'atto, come è, per esempio, incontestato nei casi d'illecito addebitabile ad una malattia non prevedibile ed insorta all'improvviso. Le scelte giudiziali in casi che hanno suscitato eco rilevante nella pubblica opinione²⁰ sembrano

¹⁸ V. ancora Manna, *op. ult. cit.*, p. 26, con riguardo agli orientamenti della giurisprudenza.

¹⁹ Così Battaglini, *Diritto penale*, III ed., Padova 1949, p. 211. Per la tesi tradizionale, v. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIV ed., Milano 1997, p. 632 ss.

²⁰ Così nel caso del c.d. mostro di Foligno, ad avviso di chi scrive totalmente infermo di mente

rispondere, vista la scarsa o nulla considerazione delle condizioni psicologiche degli imputati, alle richieste di pene severe sollevate dagli organi di stampa e da programmi televisivi che, mai come oggi, dei gravi fatti di sangue fanno spettacolo con la complicità di personaggi presentati quali esperti, i quali, di regola, invece di presentare i fatti in chiave di problema, si diffondono in affermazioni di schietta banalità, tali da suscitare (nell'ipotesi migliore non in via immediata) la già esistente pulsione volta ai cosiddetti bisogni emotivi di pena. La condanna all'ergastolo inflitta in primo grado dalla Corte d'assise di Perugia al (così qualificato dalla stampa) *mostro di Foligno*, è figlia del clamore suscitato dalla vicenda, sulla quale non sono mancati ripetuti interventi delle persone offese. Così alimentati, i *bisogni emotivi di pena* fondano decisioni di condanna che non sono altrimenti comprensibili.

La casistica è ricca e comprende anche casi restati in ombra, fuori dai riflettori dell'informazione nazionale. La Corte d'assise di Cassino, sulla base di perizie tragicamente improntate all'opzione medico – biologica, ha considerato pienamente capaci due fratelli molto giovani imputati dell'omicidio di un anziano parroco e della sua perpetua, senza minimamente considerare le condizioni di estrema indigenza della famiglia e la presenza di patologie psichiche in alcuni ascendenti. Dopo la pesante condanna, quasi immediatamente i due manifestano infermità che ne impongono il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario²¹. I giudici, anche delle nuove generazioni, sembrano avere saldamente assorbito che, in materia di patologie psichiche temporanee discendenti da anomalie del carattere o da disturbi della personalità, il legislatore del 1930 non ha dettato un criterio di scelta che riconduca l'atto compiuto in simili stati nell'ambito della colpevolezza ovvero della capacità cognitiva o volitiva²². Il diniego della rilevanza degli stati emotivi o passionali, di regola inteso dalla giurisprudenza di cassazione come

eppure ritenuto responsabile dalla Corte di assise di Perugia e condannato all'ergastolo. Del resto, se è vero che i processi criminali sono stati sempre seguiti con interesse dal pubblico, la più recente spettacolarizzazione offerta dal mezzo televisivo non può che interferire nel libero processo decisionale dei giudici.

²¹ La sentenza della Corte d'assise di Cassino, 9 febbraio 1995, inedita, ha condannato alla pena di 25 anni di reclusione due fratelli per i quali il disfavore delle condizioni di vita ed educazione avevano pesantemente influito sulla capacità di scelta. Essi uccisero con mezzi di fortuna un anziano parroco e la sua perpetua; l'eco destato dal fatto nella comunità locale, assieme ad una sciagurata perizia psichiatrica, ha giustificato la condanna.

²² Oltre quanto verrà precisato a proposito delle scelte di altri ordinamenti penali in tema di accertamento della capacità di intendere e volere, con la conseguenza che il codice Rocco figura oggi attestato su posizioni di estrema retroguardia, rileviamo come l'*Alternativ-Entwurf* tedesco del 1966 prevedeva, quale casua succedanea di esclusione dell'imputabilità, l'esistenza di ogni altra anomalia in grado di influire sulla capacità di autodeterminarsi. Sul punto, v. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, a cura di Moccia, Napoli, 1986.

esclusione dall'ambito della capacità (e, in ragione della sistematica accolta, della colpevolezza) delle anomalie della personalità che non abbiano trovato sbocco in una infermità clinicamente accertabile, consente al giudice del processo di merito operazioni ardite (rapportabili alla pressione dell'opinione pubblica): qual è quella che conduce alla soppressione di ogni confine tra colpa e dolo, ammettendo come possibile l'esistenza del dolo (eventuale) da parte di un ubriaco che si era posto alla guida di una vettura, affermandosi che egli ben poteva prevedere il successivo plurimo delitto, assumendo il rischio della produzione dell'evento lesivo.

I recenti progetti di riforma del codice penale, a dire il vero, introducono tutti, accanto alla categoria delle infermità di mente classificate, la condizione della anomalia o deficienza psichica, comunque cagionate, ma tali da eliminare o ridurre la capacità di libera determinazione all'atto.

La riforma sul punto – conviene sia chiaro – comporterà, oltre ad una rottura della cultura giudiziale, sino ad oggi esonerata da indagini sul fattore psicologico del reato, anche la previsione di risorse aggiuntive, per il più frequente, prevedibile, ricorso all'opera di consulenti psicologici o psichiatri²³. Uno scenario nuovo è dato dalla crescente immigrazione di persone dotate di un bagaglio di conoscenze e di valori diverso e non raramente in conflitto con quelli nazionali. Oltre il problema, di per sé insuperabile, dell'ignoranza della legge penale (anche se è vero che i delitti ascritti a imputati stranieri ricadono di regola nel novero di quelli *naturali*, per i quali è lecito presumere la coscienza dell'illiceità delle condotte) potrebbero sorgere dubbi quanto a comportamenti delittuosi considerati leciti, e persino doverosi dai dettami della religione²⁴.

Il regime dell'imputabilità, conduce dunque, non di rado, all'applicazione di pene commisurate in modo da travalicare grandemente la misura della colpevolezza; quando non si tratti di sanzione radicalmente ingiusta in ragione della mancanza di volontà del fatto. Tuttavia, mentre in altri ordinamenti è stata la giurisprudenza a influenzare il legislatore quanto all'accertamento – ove richiesto dalle modalità soggettive e materiali del fatto di reato – delle condizioni psicologiche del colpevole²⁵ i giudici italiani, stante anche il divieto delle perizie psicologiche, oltre

²³ Manna, *op. ult. cit.*, p. 49.

²⁴ Per un'ampia, recente, trattazione in argomento, v. Basile, *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati'*. Il diritto penale nelle società multiculturali europee, Cuem, Milano, 2008, particolarmente pagg. 24-49 e 180 ss.

²⁵ Il pericolo di una *rottura degli argini*, con il potenziamento di ogni sorta di anomalie psichiche e la prevalenza delle valutazioni del perito su quelle del giudice, necessariamente ancorato alla gravità del fatto, è peraltro rappresentato da Manna, *op. ult. cit.*, p. 50.

a considerare esistente di per sé la capacità d'intendere e volere, non traggono in genere conseguenze da condizioni pur evidenti di minorata capacità quanto alla dosimetria della pena. La valutazione della *gravità del fatto* domina nelle – generalmente scheletriche – motivazioni dovute a norma dell'art. 133 del codice, come soprattutto è evidente nelle decisioni per delitti commessi da tossicodipendenti, nelle quali la questione delle condizioni di vita e ambientali e quella che investe lo stato psicologico dell'imputato quasi mai vengono in considerazione. E dire che in simili casi la speciale qualità del colpevole non richiederebbe nessun particolare accertamento, quasi sempre risultando essa dagli atti processuali.

8. Le soluzioni possibili

La possibilità di un diverso indirizzo pure all'interno del sistema del codice investe anche la prospettiva di una riforma delle misure di prevenzione della pericolosità, intese in senso lato. Preso a modello, coerentemente al nostro tema, il tipo di un soggetto che, per anomalie caratteriali, incorre frequentemente in accessi d'ira, rileveremo che, secondo gli orientamenti ancora largamente prevalenti, costui sarà riconosciuto pienamente imputabile sia per l'irrelevanza del suo stato ai sensi dell'articolo 90 cod. pen., sia perché la sua peculiare condizione sarebbe da inquadrare nei cosiddetti disturbi della personalità, per consolidata opinione non equivalenti ad una infermità di mente ancorché parziale. Secondo i progetti di riforma, lo stato di chi frequentemente incorre in accessi d'ira potrebbe essere ricondotto nella sfera delle anomalie mentali, in grado d'incidere sulla capacità di volere. Le pur caute aperture della giurisprudenza²⁶ non giungono ad arricchire un magazzino di strumenti deficitario, almeno sul punto della qualificazione della proclività al delitto. Perché sia possibile dichiarare il soggetto indicato a modello come sprovvisto di capacità d'intendere e volere, è oggi necessario ricomprendere la sua inclinazione all'ira nell'alveo delle malattie mentali. Si tratterebbe però di una falsificazione: e infatti il perito psichiatra rileverà che, dopo la crisi accessuale, il soggetto è di nuovo in possesso per intero della capacità naturale, esprimendo se mai una valutazione di pericolosità connessa a nuove crisi in

²⁶ Solo di recente, le Sezioni unite della Cassazione hanno, almeno apparentemente, ripudiato il paradigma organicistico, che pretendeva l'esistenza e l'accertamento di una malattia mentale classificata per affermare la rilevanza di disturbi della personalità tali da escludere la rimproverabilità della condotta. Cass. SS.UU. 25 gennaio 2005, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 394 ss (nota Collica).

futuro prospettabili. Gli interventi diretti a modificare la personalità del colpevole nell'attuale sistema si riducono al trattamento psichiatrico detentivo (negli ospedali psichiatrici) apparendo persino dubbio che il giudice possa interpretare estensivamente la norma che prevede – ma in diverse situazioni – cure da eseguire da libero, ad esempio imponendo al colpevole, oltre la consueta somministrazione di farmaci, colloqui con lo psicologo o persino un percorso di analisi individuale.

Si chiede Manna: “perché i più recenti progetti di riforma codicistica ... pur avendo tutti aperto in tema di cause di esclusione dell'imputabilità anche ai disturbi della personalità, non abbiano poi in ambito sanzionatorio introdotto istituti di terapia sociale”, limitandosi a far riferimento alle esistenti strutture psichiatriche²⁷. La risposta, secondo il penalista, è da ricercare nella crisi dell'idea rieducativa, segnata dalla preferenza sempre più spiccata al trattamento tra le mura del carcere rispetto a misure non detentive. La politica, in effetti, non si sottrae, neppure nei sistemi europei occidentali, alle richieste irrazionali di sicurezza scatenate sempre di più nella popolazione dal rilievo offerto ai fatti criminosi in misura e modi incomparabilmente più attenti e diffusi rispetto al passato. Esistono testate giornalistiche dedicate in modo affatto prevalente all'informazione e al commento sui delitti commessi nel territorio coperto da quel giornale; per non parlare, poi, dei molti programmi televisivi dedicati alla lettura di procedimenti penali, ovvero all'analisi dei principali delitti. Il sentimento d'insicurezza del cittadino comune non può che manifestarsi con espressioni scomposte – anch'esse largamente riprese dall'informazione – volte a richiedere pene severe, senza tenere ovviamente conto dai fattori comportamentali e ambientali che hanno esercitato influenza sulla causalità psichica del reato. Tuttavia, quando un giudice – come ha fatto un magistrato di Hannover – qualifica come circostanza diminuyente della pena il *fattore ambientale*, considerando la difficoltà d'inserimento di un imputato sardo in un diverso contesto sociale, si è giunti a gridare, in chiave nazionalistica, all'insulto all'intera etnia isolana. Quanto alla pena capitale, è netta l'impressione, ben oltre gli sforzi di una minoranza illuminata, che un ipotetico referendum propositivo diretto a introdurre di nuovo la massima pena per i reati più gravi segnerebbe una larga maggioranza di consensi.

Esistono poi ulteriori limiti all'approvazione di una normativa che preveda la considerazione dei fattori psicologici del reato, come

²⁷ Manna, *op. cit.*, p. 241-2.

del resto contemplato anche dal codice vigente, restato su questo punto pressoché inattuato²⁸. Il compito del giudice, chiamato a riempire di contenuti concreti il principio della responsabilità, risulterebbe, crediamo, più gravoso, per la considerazione richiesta dal processo di formazione delle personalità dell'imputato, oltre che dalle cause prossime alle quali ricondurre il delitto²⁹. Vi è anche da considerare la questione dei maggiori costi inevitabilmente connessi a valutazioni che impongono accertamenti esterni al fatto e possono impegnare l'opera di consulenti psicologi. Infine, dovrebbe essere creata *ex novo*, oltre le strutture manicomiali, una costellazione di centri di recupero finalizzati al trattamento di anomalie del carattere in soggetti che non sono colpiti da una vera e propria infermità psichica.

²⁸ La critica al sistema di commisurazione della pena fissato nell'art. 133 c.p. è restata costante in dottrina. In aggiunta, nella prassi della giurisprudenza sono d'uso comune le *formulette pigre*, quali ad esempio "visti gli elementi di cui all'art. 133 c.p., stimasi equo irrogare la pena ...". Formule che attestano l'impossibilità per il giudice di conoscere, oltre al fatto, anche la personalità del colpevole, in mancanza di strumenti adeguati. Sul tema, v. Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit. p. 750 ss; Pulitano', *Diritto penale*, cit., p. 528 ss.

²⁹ I progetti di riforma alla parte generale del codice, segnatamente il *Progetto Pagliaro* del 1992 e il *Progetto Grosso* del 2000, prevedono la rilevanza di cause non cliniche idonee ad incidere sull'imputabilità. L'ultimo progetto di riforma contempla anche la possibilità per il giudice che non sia in possesso di elementi sufficienti ad esprimere la valutazione sulla capacità a delinquere, di rinviare ad altra udienza il momento della commisurazione della pena (il *Progetto Grosso* è pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 574 ss.).

L'AMBITO TEMPORALE DI APPLICAZIONE DELLE NORME SUI COLLOQUI DEI DETENUTI E DEGLI INTERNATI

FRANCESCO PICOZZI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Circa la riconducibilità delle norme sui colloqui dei detenuti nell'ambito di applicazione dell'art. 25, comma 2, Cost. 2.1. Le tesi dottrinali favorevoli. 2.2. La consolidata posizione giurisprudenziale contraria. 2.3. Una prima conclusione: irrilevanza del *tempus commissi delicti* nonché del momento iniziale di espiazione della pena quali limiti all'immediata applicazione della disciplina restrittiva sopravvenuta. 3. Il principio di non regressione (o di tutela della progressione) trattamentale. 3.1. E la sua applicazione ai colloqui "premiali". 4. Non applicabilità del principio di non regressione trattamentale nel caso di successione di norme sul numero dei colloqui. 4.1. Efficacia immediata, e quindi non retroattiva, dello *ius superveniens*. 4.2. Conclusioni sull'immediata applicabilità della novella alle esecuzioni in corso. 5. Riferibilità della disciplina differenziata anche agli imputati. 6. "Restituzione" dei colloqui non fruiti durante la vigenza del decreto-legge. 7. La recente novella dell'art. 41-bis o.p. Cenno.

1. Introduzione

Il decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori* (di seguito d.-l. n. 11) convertito, con modificazioni, della legge 23 aprile 2009, n. 38, oltre ad avere introdotto alcune novità in materia penale e processuale penale, ha novellato il comma 1 dell'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* (di seguito o.p.).

In particolare tale novella, da un lato, ha significativamente rinnovato la struttura formale della disposizione mediante la sua riorganizzazione in commi, dall'altro, ha provveduto ad ampliare il catalogo delle fattispecie di reato del primo periodo del comma 1 dello stesso articolo (c.d. prima fascia) mediante l'inserimento delle seguenti disposizioni del codice penale: art. 600-bis, primo comma, art. 600-ter, primo e secondo comma, art. 609-octies¹.

* Vice commissario penitenziario, dottore di ricerca in metodi e tecniche della formazione e della valutazione delle leggi, in servizio presso il Ministero della Giustizia - DAP - Direzione Generale dei detenuti e del trattamento.

¹ Si tenga presente che l'elenco come modificato dalla legge di conversione non coincide pienamente con quello che ha avuto provvisoria vigenza a seguito dell'emanazione del d.l.

Quest'ultima innovazione comporta che ai ristretti per i delitti di natura sessuale sopra elencati possano essere concesse misure alternative alla detenzione e benefici penitenziari solo in caso di collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter o.p. oppure nei casi previsti dal comma 1-bis. Nei confronti dei medesimi soggetti, inoltre, divengono applicabili le limitazioni di cui agli articoli 37, comma 8, e 39, comma 2, del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà* (di seguito reg. penit.) in materia di colloqui e conversazioni telefoniche dei detenuti e degli internati. In particolare l'art. 37, comma 8, nel suo secondo periodo, prevede che il numero dei colloqui visivi non possa essere superiore a 4 al mese, anziché 6, "quando si tratta di detenuti e internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del primo comma dell'articolo 4-bis della legge e per i quali si applichi il divieto di benefici ivi previsto".

L'assenza di specifiche disposizioni di diritto intertemporale ha posto all'interprete la questione, che si intende affrontare con queste brevi note, se l'inserimento nell'elenco della "prima fascia" dei sopra indicati reati sessuali comporti l'immediata applicazione del limite ridotto di quattro colloqui mensili a tutte le esecuzioni in corso al momento dell'entrata in vigore della novella o se, al contrario, sia individuabile un limite temporale solo a partire dal quale la norma di nuova introduzione può produrre effetti.

2. Circa la riconducibilità delle norme sui colloqui dei detenuti nell'ambito di applicazione dell'art. 25, comma 2, Cost.

Al fine di rispondere alla questione così delineata è necessario, in primo luogo, valutare se il fenomeno della successione delle norme sui colloqui dei ristretti sia riconducibile all'ambito di applicazione degli articoli 25, comma 2, della Costituzione e 2 del codice penale nella parte in cui stabiliscono il principio di irretroattività della legge penale.

È evidente che una risposta affermativa a tale interrogativo risolverebbe in maniera radicale la questione che si affronta, precludendo l'applicazione delle norme restrittive sopravvenute a tutte le esecuzioni in corso per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.-l. n. 11.

n. 11. Quest'ultimo, infatti, comprendeva anche gli articoli: 609-bis, escluso il caso previsto dal terzo comma, 609-ter, 609-quater c.p.

2.1. Le tesi dottrinali favorevoli

In proposito va osservato che la prevalente dottrina, contrariamente alla giurisprudenza consolidata, ritiene “fortemente dubbio che l’applicazione retroattiva di una nuova disciplina più restrittiva in materia di misure alternative sia compatibile con l’art. 25, comma 2, Cost.”². Tra gli studiosi che giungono a tale conclusione, però, emergono difformità di opinione riguardo l’individuazione del limite a partire dal quale le norme penitenziarie sopravvenute possono spiegare la loro efficacia.

Da parte di alcuni, infatti, tale limite viene individuato nel momento della commissione del fatto.

Così, secondo risalente ed autorevole dottrina, è conseguente con l’obiettivo di restituire la “pena detentiva alla sua esatta dimensione... riportare al tempo della commissione del fatto il quadro di riferimento normativo dell’esecuzione”³.

Successivamente si è affermato che deve essere riconosciuta natura penale alle norme sulle misure alternative alla detenzione, poiché queste incidono su “quantità e qualità della pena irrogata”⁴.

Più di recente, sempre al fine di ricondurre nell’ambito di applicazione dell’art. 25, comma 2, Cost. le disposizioni sulle misure alternative alla detenzione⁵, si è prospettata una ricostruzione unitaria del sistema sanzionatorio, in base alla quale la pena irrogabile è data dalle disposizioni di parte speciale integrate da quelle sulle misure alternative. In questa ottica, si è affermato che “la sentenza di condanna commina, in alternativa alla pena detentiva in carcere erogata, tutte le varianti previste dalla disciplina generale delle misure alternative” e “questo quadro normativo complessivo” non sarebbe modificabile in *peius* “dopo il momento della commissione del reato”⁶.

² Così, C. Pecorella, Articolo 2, in E. Dolcini – G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, Milano, Ipsoa, 2006, p. 58.

³ È l’opinione di F. Bricola, Il 2° e il 3° comma dell’art. 25, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione*, vol. Rapporti civili, Bologna - Roma, Zanichelli – Il foro italiano, 1981, pp. 299-300.

⁴ Esposito, *Brevi osservazioni in ordine alla legittimità della nuova disciplina delle misure alternative alla detenzione*, in *Archivio penale*, 1993, p. 140.

⁵ R. Granata, *Misure alternative alla detenzione* e art. 25, comma 2, cost., in *Giustizia civile*, 2002, p. 301, secondo il quale “a stretto rigore... la questione avrebbe ragione di porsi con riferimento a tutte le misure che si rivelino comunque idonee ad incidere sulla “qualità”, sulla “quantità”, sul “contenuto”, sul “quomodo” della pena”.

⁶ Ibid. pp. 305 e 306, che aggiunge: “il giudice che pronunzia condanna alla detenzione per “tot” anni nella vigenza di un quadro normativo che contempla il “diritto” del condannato a conseguire certi benefici quando si verificano determinati presupposti di fatto, in realtà pronunzia condanna ad una pena connotata da plurime variabili, e quindi ad una pluralità

Altra parte della dottrina, pur condividendo la conclusione circa l'assoggettabilità della normativa penitenziaria alle stesse regole che disciplinano la successione delle leggi penali nel tempo, non ritiene corretto individuare nel momento della commissione del fatto di reato il "punto di riferimento temporale al quale rapportare il divieto di retroattività"⁷. Ciò per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché le misure alternative alla detenzione, avendo natura premiale e non punitiva, operano in termini antitetici rispetto alla sanzione inflitta. In secondo luogo, perché sarebbe irragionevole riconoscere a chi delinque "una sorta di 'aspettativa' a fruire" di determinati benefici "purché vigenti nel momento dell'avvenuta violazione della legge penale"⁸.

Tale dottrina quindi, sviluppando una lettura *ultra litteram* dell'art. 25, comma 2, Cost., giunge alla conclusione che vada garantito l'affidamento del singolo sulla immutabilità del quadro normativo vigente nel momento in cui la pena inizia ad essere espiata. È "con l'avvio del trattamento rieducativo", quindi, "che sorge il diritto del singolo ad espiare la pena applicata secondo le modalità... cristallizzate nella legge penitenziaria in vigore"⁹ poiché è in tale momento che comincia a produrre conseguenze concrete un "patto" fra lo Stato e il condannato con cui il primo acconsente a ridimensionare la propria pretesa punitiva – in particolare mediante la concessione di misure alternative – "in cambio di un adeguato impegno del secondo nel percorso rieducativo"¹⁰.

Anche tale conclusione, però, non è stata ricevuta pacificamente e, comunque, non ha fatto breccia nella posizione della giurisprudenza. In particolare, è stato notato che le norme sulle misure alternative, essendo dettate per il conseguimento di un interesse superindividuale, non sono riconducibili ad un rapporto pattizio, "sicché l'"affidamento" che il condannato fa sulla stabilità del quadro normativo è meramente fattuale e non ha alcun riconoscimento giuridico"¹¹.

di pene tra loro alternative...".

⁷ Così F. Della Casa, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche "peggiorative" e limiti inerenti allo jus superveniens*, in *Cassazione penale*, 1992, pp. 402-403.

⁸ *Ibidem*.

⁹ M. G. Coppetta, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Cassazione penale*, 1997, II, pag. 1265.

¹⁰ F. Della Casa, cit., p. 403. Nello stesso senso è l'opinione di C. Fiorio, *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Diritto penale e processo*, 2006, n. 3, p. 320.

¹¹ Cfr. S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, Padova, Cedam, 2003, p. 134.

2.2. La consolidata posizione giurisprudenziale contraria

Conformemente ad altra e più tradizionale opinione dottrinale¹², la costante giurisprudenza della Corte di cassazione ritiene che le norme penitenziarie, poiché non presentano natura di diritto penale sostanziale, non sono soggette al divieto costituzionale di retroattività¹³.

La Corte di legittimità, infatti, ha in più occasioni ribadito che “Le norme che disciplinano l'esecuzione della pena e delle misure a questa alternative e le condizioni per la concessione di queste ultime non possono essere ritenute di natura penale sostanziale, perché non prevedono una nuova ipotesi di reato, né modificano ipotesi di reato già previste da altre disposizioni di legge penale”. Inoltre, secondo la Corte, le norme penitenziarie sono volte al perseguimento di una peculiare finalità, ovvero: “assicurare il miglior conseguimento del fine rieducativo della pena, anche mediante misure a questa alternative”. “Ne consegue che le norme che disciplinano l'esecuzione della pena, le misure a questa alternative e le condizioni per la loro concessione, non essendo leggi penali sostanziali, non sono soggette al principio della irretroattività previsto dagli artt. 2 c.p. e 25 Cost.”¹⁴.

Ancora di recente la suprema Corte, a Sezioni Unite, ha confermato la propria linea interpretativa ribadendo “che il principio di irretroattività delle norme penali si applica solo per le pene inflitte dal giudice della cognizione, ma non anche per le misure alternative alla detenzione stabilite dal giudice di sorveglianza e per ogni altra modalità esecutiva della pena”; pertanto la successione

¹² A. Pagliaro, *Legge penale nel tempo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, secondo il quale “il principio *tempus regit actum* regola tutta l'esecuzione penale e, in particolare, anche l'esecuzione delle pene”; opinione in seguito ribadita dal medesimo autore in *Principi di diritto penale – Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 123.

¹³ In tal senso v., ex plurimis, Corte di cassazione, Sez. I, sent. 23 settembre 1994, n. , Rossi, ove, nel dichiarare manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis proprio ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost. si afferma che “l'irretroattività della legge penale opera unicamente con riguardo alle norme incriminatrici e non anche a quelle che disciplinano la materia dell'esecuzione penale”.

¹⁴ Corte di cassazione, Sez. I, sent. 8 ottobre 1993, n. 4013, Carannante, (massima). A conclusioni analoghe giungono (fra le altre): Sez. I, sent. 29 aprile 1997, n. 3048, Ventrice, ove si afferma anche la natura “sostanzialmente amministrativa” delle “norme sull'ordinamento penitenziario concernenti le misure alternative alla detenzione”; Sez. I, sent. 17 novembre 1999, n. 6297, Brunello; Sez. I, sent. n. 685 del 1993, Strangio, in materia di liberazione condizionale; Sez. I, sent. 21 gennaio 1997, n. 433, Cerra, circa l'applicabilità delle norme restrittive in materia di permesso-premio anche alle condanne precedenti l'entrata in vigore di queste; Sez. I, sent. 11 febbraio 2000, n. 999, Pati, ove, si afferma “la natura processuale delle regole relative all'esecuzione della pena”; nonché, più di recente, Sez. I, sent. 14 ottobre 2004, n. 44352, Manca, nuovamente in materia di permesso-premio.

nel tempo delle disposizioni in materia penitenziaria è disciplinata dal principio "*tempus regit actum*"¹⁵.

Per le argomentazioni sopra esposte, la Corte proprio con specifico riferimento all'art. 4-bis o.p. ha precisato che tale disposizione è "di immediata applicazione anche ai fatti e alle condanne pregresse"¹⁶.

Dal canto suo, la Corte costituzionale non ha mai smentito l'impostazione seguita dalla giurisprudenza di legittimità¹⁷.

A tal proposito, con riferimento alle norme riguardanti misure alternative, deve essere tenuto presente, in primo luogo, un risalente precedente in cui la Consulta ha affrontato direttamente la questione stabilendo che "la norma [in materia di semilibertà]... non incide affatto sull'ambito temporale di efficacia della legge penale in forza della quale fu emessa sentenza di condanna, ma concerne soltanto l'applicabilità della ben diversa disciplina attinente al regime di espiazione della pena detentiva, già inflitta nel momento dell'entrata in vigore della disciplina stessa..."¹⁸. In secondo luogo, si deve considerare che negli anni seguenti il Giudice delle leggi, pur a fronte di ordinanze di rimessione che hanno dedotto "l'incompatibilità di questa o quella disposizione con il principio di irretroattività della legge penale", ha sempre fatto ricorso ad altri parametri per giungere alla pronuncia di illegittimità costituzionale delle norme dell'ordinamento penitenziario¹⁹, "con la conseguenza che nel caso in cui i giudici *a quibus* avevano denunciato anche la violazione dell'art. 25, comma 2, la relativa censura non è stata esaminata nel merito, perché dichiarata assorbita"²⁰.

Inoltre, vi è da aggiungere che, dall'analisi di pronunce vertenti su disposizioni diverse da quelle dell'ordinamento penitenziario, emerge un atteggiamento restrittivo della Corte riguardo il "valore da attribuire al termine 'punito'" di cui all'art. 25, comma 2, Cost.; atteggiamento che sembra dipendere dal fatto che il Giudice delle leggi prenda "in considerazione soltanto la pena nel suo aspetto

¹⁵ Corte di cassazione, Sezioni Unite, sent. 30 maggio 2006, n. 24561, P.M. in proc. Aloï.

¹⁶ Corte di cassazione, Sez. I, sent. 6 luglio 2006, n. 32000, Hacısuleymanoglu.

¹⁷ V. C. Cesari – G. Giostra, *Art. 4-bis*, in V. Grevi, G. Giostra e F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario – Commento articolo per articolo*, III edizione a cura di F. Della Casa, Padova, Cedam, 2006, pag. 92. secondo i quali la Consulta "sembra ormai essersi attestata su questa stessa linea, benché sulla base di argomenti più complessi".

¹⁸ Corte costituzionale, ord. 22 gennaio 1981, n. 10.

¹⁹ G. La Greca, *La disciplina penitenziaria tra funzione rieducativa della pena e irretroattività della legge penale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 4, p. 2724.

²⁰ Così R. Granata, cit., pp. 296-297. Per analoga constatazione, riferita al più recente intervento della Consulta (sent. 16 marzo 2007, n. 79), v. F. Fiorentin, *Legge "ex-Cirielli" e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, in *Cassazione penale*, 2007, n. 10, p. 3579.

statico, nel momento nel quale la sanzione viene applicata, e non anche nel momento successivo della esecuzione..."²¹.

È utile, infine, ricordare anche che la Corte ha esplicitamente escluso l'illegittimità, ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost., dell'applicazione dell'art. 41-bis o.p. ai reati commessi prima della sua entrata in vigore. Secondo la Consulta, infatti, "il principio di irretroattività non si può estendere a provvedimenti che non incidono e non possono incidere sulla qualità e quantità della pena, ma solo sulle modalità di esecuzione della pena o della misura detentiva [tra le quali l'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera b), attualmente comprende la determinazione dei colloqui nella misura di uno al mese], nell'ambito delle regole e degli istituti che appartengono alla competenza dell'amministrazione penitenziaria"²².

2.3. Una prima conclusione: irrilevanza del *tempus commissi delicti* e del momento iniziale di espiazione della pena quali limiti all'immediata applicazione della disciplina restrittiva sopravvenuta

In linea con le argomentazioni dottrinali e giurisprudenziali esposte nel paragrafo precedente, e a meno di decisi *revirements* da parte del Giudice delle leggi²³, è possibile formulare una prima, parziale, risposta alla questione circa la sussistenza, o meno, di limiti temporali a partire dai quali le disposizioni restrittive in materia di colloqui possano essere applicate.

È da escludersi che tali limiti possano essere individuati nel momento in cui è stato commesso il fatto o in quello in cui ha avuto inizio l'esecuzione della pena. Ciò perché la successione nel tempo delle disposizioni sui colloqui, come di tutte le norme che disciplinano l'esecuzione della pena, è disciplinata dal principio generale *tempus regit actum*.

²¹ E. Fazzioli, *La collaborazione come presupposto necessario per l'ammissione ai benefici penitenziari: un nuovo orientamento della Corte?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2001, 4, pp. 2294-2295.

²² Corte costituzionale, sent. 26 novembre 1997, n. 376; in dottrina sul punto v. S. Ardita, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 64, a giudizio del quale in tal modo la Corte ha tracciato "un confine tra contenuti retributivi della pena e finalità di prevenzione delle sue concrete modalità di espiazione".

²³ Circa la possibilità di un mutamento nell'orientamento della Consulta sono di particolare interesse i fatti descritti e le considerazioni espresse da G. Zagrebelsky, *Principi e voti – La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2005, pp. 17-19.

3. Il principio di non regressione (o di tutela della progressione) trattamentale

Appurato ciò, è opportuno domandarsi se siano rinvenibili in altre disposizioni costituzionali limiti all'applicabilità della disciplina restrittiva sopravvenuta in materia di colloqui alle esecuzioni in corso al momento dell'entrata in vigore della novella.

Per rispondere a tale interrogativo è necessario valutare attentamente le potenzialità applicative al caso *de quo* dell'insegnamento sviluppato dalla Corte costituzionale a tutela del principio rieducativo nella fase dell'esecuzione della pena. Ci si riferisce alla serie di pronunce vertenti, almeno inizialmente, proprio sulla legittimità costituzionale dell'art. 4-bis o.p. con le quali la Consulta ha via via elaborato quello che in dottrina è stato definito principio della "non regressione incolpevole del trattamento penitenziario"²⁴ o, con terminologia sostanzialmente equivalente, diritto alla salvaguardia della "progressione trattamentale"²⁵.

Il punto di partenza di tale percorso giurisprudenziale è costituito dalla sentenza 11 giugno 1993, n. 306. Con tale arresto la Consulta – sul presupposto che, anche nelle materie sottratte al principio di irretroattività, la vanificazione, con legge successiva, di un diritto positivamente riconosciuto da una legge precedente, deve rispondere al canone della ragionevolezza – ha dichiarato costituzionalmente illegittima la revoca, in assenza di comportamenti che denotino mancanza di meritevolezza, delle misure alternative in atto nei confronti dei condannati per i reati di "prima fascia" non collaboranti con la giustizia, anche quando non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali di questi con la criminalità organizzata²⁶.

Prendendo le mosse dal principio affermato in questa prima pronuncia la Consulta, nel 1995, ha definito ulteriormente la possibilità di applicare una norma sopravvenuta sfavorevole alle esecuzioni in corso. La Corte, infatti, equiparando la revoca di una misura già concessa al diniego di permesso-premio, ha dichiarato

²⁴ Così P. Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, Padova, Cedam, 2003, p. 448.

²⁵ Cfr. Giambruno, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, Monduzzi, 2006, p. 149.

²⁶ Corte costituzionale, sent. 11 giugno 1993, n. 306. V.la in Cassazione penale, 1994, n. 4, p. 837 e ss, con nota di A. Acconci, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, p. 866, ove si osserva che, secondo la Corte, "la mancata collaborazione può assumere valore determinante solo quando sia accompagnata dall'esistenza di elementi che facciano ritenere che il soggetto, che gode di una misura alternativa, mantenga ancora collegamenti con organizzazioni mafiose. È solo il binomio così costituito, indice di un elevato grado di pericolosità sociale, che legittima la revoca di un beneficio penitenziario".

l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis "nella parte in cui prevede che la concessione di ulteriori permessi premio sia negata nei confronti dei condannati per i delitti indicati nel primo periodo del 1° co. dello stesso art. 4-bis, che non si trovino nelle condizioni per l'applicazione dell'art. 58-ter ord.penit., anche quando essi ne abbiano già fruito in precedenza [con esito positivo] e non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata"²⁷.

In seguito, facendo applicazione della medesima *ratio decidendi*, la Corte ha rafforzato la tutela fornita al valore della raggiunta rieducazione a fronte dell'entrata in vigore di norme restrittive²⁸. Infatti con due successive pronunce, con le quali "ha inteso salvaguardare la progressione del trattamento nei confronti dei soggetti che si siano già dimostrati meritevoli di risocializzazione"²⁹, la Corte è giunta a ritenere in contrasto con l'art. 27 Cost. l'art. 4-bis, comma 1, nella parte in cui non prevede che misure alternative alla detenzione o benefici penitenziari possano essere concessi nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore delle norme restrittive, "abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non sia accertata la sussistenza di legami attuali con la criminalità organizzata"³⁰.

Gli sviluppi di tale pluriennale percorso, che hanno condotto in anni più recenti alla declaratoria di incostituzionalità anche di disposizioni dell'ordinamento penitenziario diverse dall'art. 4-bis, possono, infine, essere compendati nell'affermazione secondo la quale "allorché la condotta penitenziaria di un condannato abbia consentito di accertare il raggiungimento di uno stadio del percorso rieducativo adeguato a un certo beneficio, la innovazione legislativa che ne vieti la concessione, operando come un meccanismo di carattere ablativo, non fondato sulla condotta colpevole del condannato, e, precludendo l'accesso a determinati benefici a chi, al momento dell'entrata in vigore di una legge restrittiva, già aveva realizzato tutte le condizioni per potere usufruire di essi, si pone in contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost. in quanto ostacola il raggiungimento della finalità rieducativa della pena"³¹.

²⁷ Corte costituzionale, sent. 11 dicembre 1995, n. 504.

²⁸ In senso analogo cfr. C. Cesari - G. Giostra, op. cit. p. 91.

²⁹ Corte costituzionale, sent. 16 dicembre 1997, n. 445, in materia di semilibertà.

³⁰ Corte costituzionale, sent. 14 aprile 1999, n. 137, in materia di permesso premio.

³¹ Corte costituzionale, sent. 21 giugno 2006, n. 257, (massima) in materia di concessione dei permessi premio ai recidivi reiterati - art. 30-quater o.p.; v.la in Giurisprudenza Costituzionale, 2006, 4, p. 2713 e ss., con nota di G. La Greca, *La disciplina*, cit.; si veda anche Corte costituzionale, sent. 16 marzo 2007, n. 79, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-quater, commi 1 e 7-bis - come introdotti dall'art. 7 della legge n. 251 del 2005 -

L'interpretazione che la Corte costituzionale offre dell'art. 27, comma 3, Cost. costituisce un significativo limite alla possibilità del legislatore di introdurre modifiche peggiorative nei confronti dei soggetti che si trovano in espiazione di pena; può dirsi, in sintesi, che a questi ultimi "non soltanto non possono essere revocati i benefici penitenziari in corso, ma debbono essere concessi quei benefici e quelle misure per le quali, al momento dell'entrata in vigore della legge, era stato raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto sempre che non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata"³².

3.1. E la sua applicazione ai colloqui "premiali"

Non si ha conoscenza di statuizioni del Giudice delle leggi che abbiano fatto applicazione del principio di tutela della progressione trattamentale anche alla normativa sui colloqui dei detenuti e degli internati; risulta, però, che il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, anche in ossequio al descritto insegnamento della Consulta, sia intervenuto a regolamentare gli effetti del sopravvenire di una disciplina restrittiva in detta materia. Ci si riferisce alla circolare dipartimentale 3 novembre 2000, n. 3533/5983, *Colloqui e corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati, articoli 37 e 39 del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230*³³, intervento "di interpretazione autentica ed autoritativa"³⁴ volto a sopperire alla mancanza di norme transitorie in occasione dell'entrata in vigore del nuovo regolamento penitenziario.

Il problema, invero, è nato dal fatto che il D.P.R. n. 230 del 2000 ha apportato significative modificazioni alla disciplina sui colloqui contenuta nel previgente D.P.R. 29 aprile 1976, n. 431, *Regolamento di esecuzione della legge 26 luglio 1975, n. 354, recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*. Quest'ultimo, infatti, individuava in quattro il numero mensile massimo di colloqui per ciascun detenuto o internato rimettendo alla discrezionalità del direttore dell'istituto

nella parte in cui non prevedono che i benefici in essi indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della misura più restrittiva, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato alla misura richiesta, in Cassazione penale, 2007, n. 10, p. e ss, con nota di F. Fiorentin, *Legge "ex-Cirielli e ordinamento penitenziario*, cit.

³² Così E. Fazzioli, cit., p. 2294.

³³ V.la in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2000, p. 311 e ss.

³⁴ R. Turrini Vita, *Gli uffici di sorveglianza e la disapplicazione del nuovo regolamento penitenziario*, in *Diritto penale e processo*, 2002, n. 4, p. 504.

penitenziario la possibilità di elevare tale limite a sei. Siffatti colloqui ulteriori potevano essere concessi con provvedimento motivato, agli imputati, in caso di regolare condotta, ai condannati e agli internati, in presenza tanto di una regolare condotta quanto di un'attiva collaborazione all'osservazione scientifica della personalità ed al trattamento rieducativo. Si trattava quindi di un beneficio premiale legato, nel caso dei condannati, al positivo andamento del percorso di risocializzazione³⁵.

Il nuovo regolamento penitenziario, da un lato, ha abrogato i colloqui "premiali", facendo così venire meno il collegamento fra numero di colloqui e positiva valutazione della condotta dell'interessato³⁶; dall'altro, ha innalzato da quattro a sei il numero di colloqui mensili per tutti i ristretti, salvo se detenuti o internati per un reato di cui alla prima fascia dell'art. 4-bis o.p. e per i quali si applichi il divieto di benefici. Pertanto, l'immediata applicazione della nuova disciplina secondo il criterio *tempus regit actum* a tale ultima categoria di ristretti avrebbe sostanzialmente provocato una revoca del beneficio dei colloqui "premiali" nei loro confronti. Revoca non dovuta ad una loro colpa ma solo al sopravvenire di una legge restrittiva³⁷.

Consapevole delle statuizioni del Giudice delle leggi in materia di tutela della progressione trattamentale, l'Amministrazione Penitenziaria ha fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata del nuovo regolamento penitenziario invitando i direttori degli istituti a concedere due colloqui mensili ulteriori ai soggetti già ammessi a fruire di quelli "premiali" in base al previgente D.P.R. n. 431 del 1976, sempre che non si verifichi un regresso nel loro percorso rieducativo. A tal fine è stata data indicazione ai direttori di avvalersi dell'art. 39, comma 9, del D.P.R. n. 230 del 2000, ove prevede la possibilità di concedere colloqui fuori dai

³⁵ Cfr. G. di Gennaro – R. Breda – G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione – Commento alla legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni, con riferimento al regolamento di esecuzione e alla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 126, i quali, peraltro, mettevano in evidenza i rischi legati a "un ampliamento non adeguatamente regolato degli strumenti premiali". Di simile tenore le considerazioni di E. Bertolotto, Art. 18, in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario – commento articolo per articolo*, Padova, Cedam, 1997, p. 168.

³⁶ In tal senso R. Turrini Vita, cit., p. 503; analogamente C. Brunetti – M. Ziccone, *Manuale di diritto penitenziario – Principi generali, amministrazione penitenziaria, magistratura di sorveglianza, trattamento, sanzioni, misure di sicurezza*, Piacenza, La Tribuna, 2005, p. 349, che definiscono i sei colloqui di cui al limite massimo "tutti ordinari, cioè svincolati per la loro concessione da ogni valutazione discrezionale sulla condotta e sulla partecipazione al trattamento".

³⁷ V. R. Turrini Vita, cit., p. 504, il quale riferisce di come l'introduzione della nuova disciplina, prima dell'intervento del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, avesse ingenerato nella popolazione detenuta interessata un malessere manifestatosi "con numerosi ricorsi alla magistratura di sorveglianza".

limiti regolamentari quando ricorrano “particolari circostanze”. Al contrario, per i soggetti non ammessi a fruire dei colloqui “premiali” nonché, ovviamente, per quelli ristretti dopo l’entrata in vigore del nuovo regolamento penitenziario, l’Amministrazione ha ritenuto immediatamente applicabile la disciplina sopravvenuta, anche se potenzialmente sfavorevole in quanto non più contemplante la possibilità di ottenere colloqui ulteriori per la positiva condotta³⁸.

La circolare riconosce, dunque, piena tutela anche alla posizione degli imputati, soggetti che, si è affermato in giurisprudenza, non avrebbero potuto lamentare in giudizio una lesione nei loro confronti del principio di non regressione trattamentale³⁹.

Pertanto, con la propria interpretazione l’Amministrazione Penitenziaria ha applicato in maniera estensiva l’insegnamento del Giudice delle leggi.

Sembra significativo ricordare che le disposizioni dipartimentali, per la parte in cui si riferiscono ai condannati, sono state in seguito richiamate in maniera adesiva dalla Corte di cassazione. Quest’ultima, infatti, ricordando tanto “l’orientamento della Corte costituzionale in materia di istituti premiali”, quanto “la interpretazione normativa contenuta nella disciplina ministeriale”, ha sancito l’inapplicabilità delle “disposizioni regolamentari, che hanno introdotto un regime più restrittivo dei colloqui visivi e telefonici per detenuti e internati per reati previsti dall’art. 4-bis ord. pen.,... nei confronti di coloro che, al momento dell’entrata in vigore di tali disposizioni, godevano di un trattamento di miglior favore, avendo già raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio concesso”⁴⁰.

4. Non applicabilità del principio di non regressione trattamentale nel caso di successione di norme sul numero dei colloqui

Resta, a questo punto, da valutare se, e come, l’orientamento della Consulta sulla tutela della progressione trattamentale osti all’immediata applicazione – secondo il principio *tempus regit actum*

³⁸ Cfr. circolare 3 novembre 2000, n. 3533/5983, cit., § 12, § 13 e §14.

³⁹ A tal proposito v. Magistrato di sorveglianza di Nuoro, 21 gennaio 2003, in <http://www.diritto.it>, secondo cui “l’interpretazione ministeriale... richiamata, volta a salvaguardare la costituzionalità della limitazione dei benefici introdotta con il regolamento di esecuzione, può applicarsi solo ai condannati in via definitiva prima dell’entrata in vigore del DPR 230/2000 poiché solo per costoro potrebbe profilarsi la regressione nel trattamento censurata dalla Corte costituzionale in più occasioni”.

⁴⁰ Corte di cassazione, Sez. I, sent. 21 novembre 2006, n. 1591, De Luca Bossa (massima); di poco successiva Corte di cassazione, Sez. I, ord. 28 gennaio 2009, n. 5647, Migliaccio, nella quale si afferma che il divieto di applicare la disciplina restrittiva del D.P.R. n. 230

– della disciplina differenziata sui colloqui ai ristretti per i delitti inseriti nella prima fascia dell'art. 4-bis o.p. dalla recente riforma.

A tal riguardo si potrebbe ipotizzare di non applicare la disciplina restrittiva sopravvenuta a coloro i quali, trovandosi in espiiazione di pena al momento dell'entrata in vigore di questa, già fruivano di colloqui nel limite massimo di sei al mese. Infatti, far valere il limite ridotto di quattro colloqui mensili nei confronti di questi soggetti potrebbe essere considerato quale revoca (sia pure parziale) di un beneficio già ottenuto dal detenuto. Conclusione che non sarebbe ammissibile alla luce degli insegnamenti della Consulta in applicazione dell'art. 27 Cost.

In realtà non sembra corretto applicare *sic et simpliciter* il principio di non regressione trattamentale al caso *de quo*.

In proposito si deve tenere conto del fatto che tanto le misure alternative e i permessi-premio - pronunciandosi sui quali la Corte costituzionale ha elaborato il proprio insegnamento - quanto i colloqui ulteriori di cui al previgente art. 35 del D.P.R. n. 431 del 1976 - ai quali la giurisprudenza di legittimità e la circolare ministeriale più volte ricordata hanno applicato detto insegnamento - sono istituti caratterizzati dalla premialità e quindi non omogenei e confrontabili con i colloqui per come configurati dal vigente regolamento penitenziario. Invero, le misure alternative e i permessi-premio sono benefici che si ottengono con il raggiungimento di adeguati livelli di risocializzazione, valutazione da effettuare, caso per caso, da parte della magistratura di sorveglianza. Analogamente i colloqui "premiali" per i condannati potevano essere concessi, dal direttore dell'istituto, solo a chi avesse prestato un'attiva collaborazione all'osservazione scientifica della personalità ed al trattamento rieducativo.

Al contrario, nel vigente regolamento penitenziario, la facoltà di fruire di colloqui nel limite massimo, oltre a non essere oggetto di un diritto soggettivo⁴¹ - perché la legge non ne stabilisce il numero ma ne rimette la determinazione al regolamento - è correlata in maniera automatica alla fattispecie di reato ascritta al soggetto; sicché non si tratta di un beneficio al quale si viene ammessi previa una positiva valutazione individualizzata⁴².

del 2000 "opera solo nei confronti di coloro che al momento dell'entrata in vigore di tali disposizioni godevano di un trattamento di miglior favore, avendo già raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio concesso".

⁴¹ V., in giurisprudenza, Magistrato di Sorveglianza di Vercelli, ord. 17/12/2008, e, in dottrina, F. Fiorentin, *Detenuti per delitti di particolare gravità e applicazione retroattiva della disciplina di rigore in tema di colloqui*, cit., p. 1349, che richiama Corte di Cassazione, Sez. I, sent. 9 luglio 2002, n. 28724, Miozzi; nonché R. Turrini Vita, cit., p. 506.

⁴² V., in giurisprudenza, Magistrato di sorveglianza di Vercelli, ord. cit., ove si afferma che i

Per tale ragione non è possibile affermare che i soggetti ristretti per i delitti inseriti nell'art. 4-bis, comma 1, primo periodo, o.p. dal d.-l. 23 febbraio 2009 n. 11, godessero, prima dell'entrata in vigore di questo, di una più ampia possibilità di ricevere visite in virtù dei progressi dimostrati nel percorso di reinserimento sociale.

D'altronde, si consideri che l'imposizione di limiti ridotti per i colloqui, come chiarito dalla Corte di legittimità, dipende "da una più intensa necessità di difesa sociale"⁴³ nei confronti di soggetti che, in relazione al titolo di reato, sono ritenuti particolarmente pericolosi⁴⁴: è per tale ragione che vengono limitati i loro contatti con l'esterno.

Perciò, ove il Legislatore muti la propria valutazione circa la pericolosità sociale di determinati reati e li inserisca nella "prima fascia" dell'art. 4-bis o.p. ai detenuti o internati per tali delitti, anche se già in espiazione di pena in tale momento, si applica immediatamente - secondo il criterio *tempus regit actum* - il limite di quattro colloqui mensili di cui all'art. 37, comma 8, reg. penit. senza che, solo per questo, debba ritenersi posto in essere un meccanismo di carattere ablativo dei risultati ottenuti dal ristretto nel percorso rieducativo⁴⁵.

In senso analogo si è recentemente espressa la Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria con lettera circolare 25 giugno 2009, n. 427, *Decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11* "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori" *convertito, con modificazioni, nella legge 23 aprile 2009, n. 38*".

colloqui "non rivestono il carattere di misura alternativa e/o di beneficio premiale così come inteso dall'ordinamento penitenziario".

⁴³ Corte di cassazione, Sez. I, sent. 15 maggio 2002, n. 22537, Valenti.

⁴⁴ In tal senso v., da ultimo, Corte di cassazione, Sez. I, sent. 21 novembre 2006, n. 1591, De Luca Bossa; in precedenza Sezioni Unite 26 febbraio 2003, n. 25079. In dottrina in senso analogo v., fra gli altri, L. Cesaris, *Osservazioni in margine al regolamento di esecuzione della legge penitenziaria*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2001, 1-3, p. 336.

⁴⁵ Cfr. sul punto F. Fiorentin, *Detenuti per delitti di particolare gravità*, cit. p. 1353, il quale, in primo luogo, riconosce che "anche l'opinione che afferma il principio di non regressione trattamentale in carenza di condotte 'immeritevoli' del detenuto, ne propugna l'applicabilità ai c.d. 'benefici penitenziari', cioè a quegli strumenti del trattamento rieducativo che hanno un'immediata relazione con il percorso di rieducazione svolto dal condannato poichè legati, nel momento della loro concessione, alla valutazione della 'meritevolezza' dell'interessato"; in secondo luogo, afferma che "tale salvaguardia non ha ragion d'essere qualora si tratti non già di 'benefici penitenziari', bensì di ordinari strumenti del trattamento penitenziario del tutto scollegati dall'area della premialità e della rieducazione: per i quali non avrebbe senso l'aggancio al parametro costituzionale connesso al divieto di regresso incolpevole del trattamento rieducativo".

4.1. Efficacia immediata, e quindi non retroattiva, dello *ius superveniens*

Si ritiene che la conclusione cui si è giunti, ovvero l'applicazione della novella alle esecuzioni in corso, non debba essere qualificata come applicazione retroattiva delle norme in materia di colloqui⁴⁶.

Ciò va precisato poiché l'affermazione ricorrente, in dottrina e giurisprudenza, per cui le norme penitenziarie non soggiacciono al divieto costituzionale di retroattività della legge penale non va intesa nel senso che la regola in materia penitenziaria sia l'applicazione retroattiva delle norme⁴⁷. Così non è, poiché, anche se il principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost. non è riferibile alla legislazione penitenziaria, questa rimane comunque soggetta ad interpretazione secondo l'art. 11 delle preleggi⁴⁸ che sancisce al contempo l'efficacia immediata della nuova disciplina e la sua irretroattività⁴⁹. In tal senso, d'altronde, si orientano anche le Sezioni Unite della Suprema Corte⁵⁰ le quali, ricorrendo al tradizionale brocardo latino *tempus regit actum*, usuale nel linguaggio processual-penalistico⁵¹, affermano la soggezione della materia penitenziaria al principio generale valido per tutte le branche dell'ordinamento giuridico.

Le norme penitenziarie, non riguardando il reato né l'ir-

⁴⁶ Si veda, però, in dottrina F. Fiorentin, *Detenuti per delitti di particolare gravità e applicazione retroattiva della disciplina di rigore in tema di colloqui*, cit.

⁴⁷ Cfr. sul punto R. Granata, cit., p. 299, secondo il quale "la giurisprudenza della Cassazione è uniforme nel senso di ritenere che nella specie si porrebbe un problema non di retroattività, ma soltanto di applicazione immediata dello *ius superveniens*, in quanto il principio di irretroattività opera solo con riguardo a leggi penali sostanziali... tra le quali non rientrano le norme che concernono l'esecuzione della pena e le misure alternative...". Diforme, in giurisprudenza, Magistrato di sorveglianza di Novara, ord. cit., che ritiene sussistere un "generale e indiscusso principio di retroattività della norme più restrittive in materia di esecuzione penale".

⁴⁸ In tal senso D. Micheletti, Art. 10, in Aa. Vv., *Commento articolo per articolo alla l. 5/12/2005, n. 251, in Legislazione penale*, 2006, n. 3, p. 515, "nei rami del diritto diversi da quello penale, dove non vige il divieto di retroattività, non per questo impera il principio opposto della retroattività". Circa la valenza del principio generale non costituzionale di irretroattività quale criterio di interpretazione rivolto al giudice si rinvia a R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 283 a giudizio del quale "Il giudice è tenuto ad applicare le leggi soltanto a fattispecie realizzatesi dopo la loro entrata in vigore, ogniquale volta il legislatore non abbia disposto diversamente (in modo espresso)".

⁴⁹ V. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 49.

⁵⁰ Corte di cassazione, Sezioni Unite, sent. 30 maggio 2006, n. 24561, Alois: "le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non hanno carattere di norme penali sostanziali e pertanto, (in assenza di specifica disciplina transitoria), soggiacciono al principio *tempus regit actum*".

⁵¹ Cfr. O. Mazza, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 117, ove si legge che "Il principio generale dell'efficacia immediata delle nuove norme, fondato sull'art. 11 comma 1 disp. prel., viene quasi sempre descritto in ambito processuale impiegando il tradizionale brocardo *tempus regit actum*".

rogazione della pena da parte del giudice di cognizione, non devono essere considerate retroattive solo perché si applicano ad esecuzioni in corso per fatti commessi, o per condanne irrogate, antecedentemente⁵². Parafrasando quanto affermato in dottrina con riferimento alla legislazione processuale penale si potrebbe affermare che il tempo dell'applicazione della normativa penitenziaria non è quello della commissione del reato bensì quello dell'esecuzione della pena⁵³.

La successione nel tempo delle norme in materia di colloqui non sembra fare eccezione a quanto sin qui affermato.

In proposito sembra utile cercare di chiarire come debba essere intesa l'applicazione del principio *tempus regit actum* alla materia di cui trattasi, innanzitutto proponendo l'individuazione dell'*actus* e del *tempus* nel caso *de quo*.

In primo luogo, *actus* non deve essere inteso come l'intero rapporto di esecuzione penale, poiché ciò comporterebbe la cristallizzazione del quadro normativo vigente al momento iniziale dell'espiazione della pena, con conseguente efficacia differita delle nuove norme, in aperto contrasto con l'art. 11 delle preleggi⁵⁴.

Pertanto, con specifico riferimento alle norme sui colloqui l'*actus* su cui incide la nuova regolamentazione va individuato nell'autorizzazione a svolgere il singolo colloquio.

In secondo luogo, con *tempus* si deve intendere il momento in cui tale provvedimento viene adottato dall'autorità competente, la quale, naturalmente, applica la *lex temporis*, anche nella parte in cui stabilisce i limiti numerici mensili.

Così definiti il *tempus* e l'*actus*, si può concludere nel senso che le norme sopravvenute in materia di colloqui si applicano alle esecuzioni in corso non in virtù di un loro effetto retroattivo, bensì in ragione della loro efficacia immediata.

D'altronde, anche adottando una differente prospettiva teorica, si potrebbe comunque escludere la ricorrenza di un'applicazione di tipo retroattivo della norma sopravvenuta osservando che il numero dei colloqui non è oggetto di un "diritto già acquisito", situazione giuridica questa la cui lesione potrebbe essere inquadrata nella categoria della retroattività⁵⁵.

⁵² In proposito D. Micheletti, cit., p. 517, riguardo "all'impreciso termine di misurazione della retroattività" afferma che "a destare perplessità è la deduzione dell'effetto retroattivo dal carattere posteriore della nuova legge rispetto al *tempus commissi delicti*, quasi che il reo abbia un incompressibile diritto a 'godere' del regime penitenziario vigente nel momento in cui ha commesso il reato, pena l'automatica violazione del divieto di retroattività dell'art. 25 comma 2, Cost."

⁵³ Cfr. G. Lozzi, *Favor rei e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 157.

⁵⁴ Cfr., con riferimento alla legislazione di rito penale, O. Mazza, op. cit., p. 118.

⁵⁵ Cfr. D. Micheletti, cit., p. 517.

4.2. Conclusioni sull'immediata applicabilità della novella alle esecuzioni in corso

Ferme tali conclusioni, peraltro, la non applicabilità all'istituto dei colloqui del principio di non regressione trattamentale non significa che quest'ultimo non conservi una sua indiretta influenza sul caso in questione.

Infatti, l'art. 37, comma 8, reg. penit., nel limitare a quattro i colloqui per i detenuti e gli internati per i reati di "prima fascia", aggiunge l'ulteriore condizione che essi siano sottoposti al divieto di benefici penitenziari la cui concessione "è preclusa dall'assenza di collaborazione con la giustizia"⁵⁶. Tale ulteriore condizione comporta che il detenuto per tali gravi reati fruisca di colloqui nel limite massimo di sei, ove sia venuto meno nei suoi confronti il divieto di benefici penitenziari. La *ratio* della deroga alla normativa restrittiva in tal caso si giustifica, evidentemente, nel comportamento collaborativo tenuto con l'autorità giudiziaria dal detenuto dei gravi delitti *de quibus*.

Quanto all'ammissione ai benefici penitenziari trova piena applicazione l'insegnamento della Consulta sulla tutela della progressione trattamentale.

Si intende dire che il condannato per uno dei reati inseriti nella "prima fascia", che abbia già ottenuto un beneficio - si pensi al permesso-premio -, oppure abbia già raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto, al momento dell'entrata in vigore del d.-l. n. 11, non potrà vedersi negare ulteriori benefici solo in ragione della sopravvenuta modifica legislativa e pertanto tale soggetto non potrà neppure essere considerato sottoposto al divieto di benefici indicati dall'art. 4-bis o.p., condizione, come detto, prevista dell'art. 37, comma 8, reg. penit. per l'applicazione della disciplina restrittiva in materia di colloqui.

Conseguentemente, ai condannati in espiazione di pena per delitti inseriti da una legge sopravvenuta nella "prima fascia" non si applicherà il limite ridotto di quattro colloqui mensili, se, al momento dell'entrata in vigore di tale legge, essi siano già stati ammessi, o abbiano maturato tutti i requisiti per essere ammessi, ai benefici penitenziari richiesti, sempre che nei loro confronti non sia stata accertata la sussistenza di legami con la criminalità organizzata.

⁵⁶ F. Fiorentin - A. Marcheselli, *Il giudice di sorveglianza - La giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 52.

5. Riferibilità della disciplina differenziata anche agli imputati

Si è fin qui fatto riferimento alla situazione dei condannati per i reati sessuali interessati dalla riforma, poiché è nei loro confronti che ci può porre l'interrogativo se l'immediata applicazione della normativa sopravvenuta leda i progressi maturati nel percorso di emenda.

Così non è per gli imputati per i medesimi reati: nei loro confronti non dovrebbero esservi dubbi circa l'immediata applicabilità della riduzione del numero di colloqui, posto che non sarebbe corretto ragionare di reinserimento sociale riguardo a chi ancora non è stato riconosciuto colpevole di alcunché. Pertanto, non pare possibile rinvenire principi costituzionali che ostino all'immediata applicazione ai detenuti non condannati in via definitiva della normativa di cui all'art. 37, comma 8, reg. penit.

A tale conclusione si giunge sulla base del presupposto, affermato nella più volte ricordata circolare ministeriale, che la disciplina differenziata sia applicabile anche agli imputati⁵⁷.

Merita, però, di essere segnalata una certa difformità di opinioni in proposito.

Infatti, mentre numerosi pareri dottrinali sono concordi con l'interpretazione dell'Amministrazione Penitenziaria⁵⁸ altre opinioni sono nel senso che il regime restrittivo si applichi solamente "ai condannati per i delitti previsti dal primo periodo dell'art. 4-bis, comma 1, O.P."⁵⁹.

In ragione del dato letterale, sembra a chi scrive preferibile la prima interpretazione per due principali considerazioni.

In primo luogo, perché l'art. 37, comma 8, reg. penit. individua - *per relationem* - i destinatari della disciplina differenziata sui colloqui nei "detenuti... *per uno dei delitti* previsti dal primo periodo del primo comma dell'articolo 4-bis della legge". Posto che nella rubrica dell'art. 4-bis si fa riferimento ai "condannati per taluni delitti", risulta chiaro che, ove il regolatore avesse voluto stabilire una

⁵⁷ V. la circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria n. 3533/5983 del 2000, cit., §5 secondo la quale: "è... irrilevante il grado di giudizio in cui si trovi il ristretto". Inoltre, correttamente, l'atto ministeriale precisa che sono da ritenersi "esclusi dal limite i detenuti indagati o imputati in qualsiasi grado per i reati [di cui al primo periodo dell'art. 4-bis] ma non ristretti per quei procedimenti".

⁵⁸ V. G. Bellantoni, *Il trattamento dei condannati*, in P. Corso (a cura di), op. cit., pp. 104-105; E. Bertolotto, *Art. 18*, in V. Grevi, G. Giostra e F. Della Casa, op. cit. p. 224; L. Cesaris, Osservazioni in margine, cit., p. 329; G. M. Napoli, *I colloqui visivi dei detenuti e degli internati*, in <http://www.diritto.it>.

⁵⁹ V. F. Fiorentin - A. Marcheselli, *Il giudice di sorveglianza - La giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza*, Milano, 2008, p. 35. In giurisprudenza v., fra le altre, Corte

perfetta coincidenza dell'ambito soggettivo di applicazione delle due disposizioni, avrebbe utilizzato una diversa formula di rinvio, contenente un esplicito riferimento ai soggetti *di cui* all'art. 4-bis prima fascia, e non semplicemente ai *delitti* ivi elencati: circostanza letterale che implica un distacco tra gli ambiti di applicazione delle due disposizioni.

In secondo luogo, perché, se il regolatore avesse voluto limitare il campo di applicazione della disciplina differenziata ai soli soggetti in espiazione di pena, avrebbe utilizzato il termine "*condannati*", in luogo di "*detenuti*", in analogia con la rubrica dell'art. 4-bis della legge⁶⁰.

6. "Restituzione" dei colloqui non fruiti durante la vigenza del decreto-legge

Il decreto-legge n. 11 prevedeva l'inserimento nell'elenco di cui all'art. 4-bis, comma 1, primo periodo, dei seguenti articoli del codice penale: 609-bis, escluso il caso previsto dal terzo comma, 609-ter, 609-quater, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 609-octies. In sede di conversione la scelta governativa è stata solo parzialmente confermata, poiché sono state espunte dal catalogo dei delitti di prima fascia le prime tre fra le disposizioni sopra elencate.

Si pone, quindi, il problema per le autorità competenti di rimuovere gli effetti del decreto-legge nella parte in cui non è stato convertito, essendo noto che le disposizioni dei decreti-legge producono i loro effetti precariamente⁶¹, sicché, se non convertite nel termine di sessanta giorni, perdono la loro efficacia *ex tunc*.

È, pertanto, evidente che i detenuti per i delitti non ricompresi nella legge di conversione hanno subito, per il periodo in cui il decreto-legge ha provvisoriamente prodotto i suoi effetti, una decurtazione del numero dei colloqui rivelatasi, poi, priva di una base legale⁶².

Sembra perciò ragionevole riconoscere a questi detenuti la

di cassazione, Sez. I, sent. n. 22573 del 2002, Valenti, ove si afferma che "le limitazioni regolamentari" sono "circoscritte alla categoria dei detenuti che siano stati condannati per uno dei gravi reati indicati nel primo periodo del primo comma dell'art. 4-bis...".

⁶⁰ Peraltro, si tenga presente che neppure l'uso del termine "condannati" nella rubrica dell'art. 4-bis o.p. ha risolto tutte le incertezze riguardo all'ambito soggettivo di applicazione di tale disposizione. V. sul punto F. Fiorentin – A. Marcheselli, *L'ordinamento penitenziario*, Torino, Utet, 2005, p. 434.

⁶¹ Cfr. A. Celotto – E. Di Benedetto, *Art. 77*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione - artt. 55-100*, vol. II, Torino, Utet, 2006, p. 1522.

⁶² Infatti "quando il decreto-legge entra in vigore, esso è pienamente efficace e va applicato; ma se decade, tutto ciò che si è compiuto in forza di esso è come se fosse stato compiuto

possibilità di recuperare i colloqui di cui non hanno potuto fruire nei due mesi in cui è stata loro imposta la disciplina differenziata.

A tal fine, ove all'autorizzazione ai colloqui sia competente l'autorità amministrativa penitenziaria questa potrà provvedere, d'ufficio o su istanza di parte, con idoneo provvedimento, eventualmente annullando i precedenti atti di diniego di autorizzazione al colloquio⁶³. All'uopo non sembra neppure necessario il ricorso al potere discrezionale di cui all'art. 39, comma 9, reg. penit. - che, come ricordato *supra*, prevede la possibilità di concedere ulteriori colloqui "quando ricorrano particolari circostanze" -, trattandosi nel caso di specie di un atto vincolato nell'*an*, vista la disciplina del decreto legge di cui all'art. 77 Cost., volto a sanare una situazione *contra legem*.

7. La recente novella dell'art. 41-bis o.p. Cenzo

Per la sua attinenza con l'oggetto del presente scritto, merita un breve cenno la recente novella dell'art. 41-bis o.p.

Infatti, tra le numerose e significative innovazioni apportate dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*, risulta di particolare interesse la previsione dell'art. 2, comma 25, lettera f), n. 2.1, che, modificando il dettato del comma 2-quater dell'art. 41-bis, individua inderogabilmente in uno il numero dei colloqui mensili consentiti ai ristretti sottoposti al regime detentivo speciale⁶⁴. Viene, dunque, irrigidita la disciplina sul punto con l'eliminazione di quel margine di discrezionalità che il previgente testo dell'art. 41-bis, comma 2-quater, o.p. riconosceva al Ministro; quest'ultimo, infatti, con il decreto applicativo del regime speciale, aveva la possibilità di determinare i colloqui "in numero non inferiore a uno e non superiore a due al mese"⁶⁵.

Un problema di successione di norme penitenziarie sfavorevoli riguardanti la materia dei colloqui si pone, dunque, anche in tale caso, sia pure solo con riferimento a quei detenuti ai quali il decreto di applicazione del regime detentivo speciale aveva riconosciuto la possibilità di fruire di due colloqui mensili.

senza una base legale, arbitrariamente"; così R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 323.

⁶³ Sul punto si rinvia alle considerazioni di F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Genova, Ecig, 1999, p. 82, circa il regime degli atti adottati sulla base dei decreti-legge non convertiti.

⁶⁴ Si osservi come la "stretta" sui colloqui sia stata, non solo per la riduzione numerica, uno degli aspetti posti in risalto dai primi commentatori della riforma (v. F. Fiorentin, *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 33, p. 72 e ss.).

⁶⁵ Sul punto v. S. Ardita, op. cit., p. 100.

Si ritiene che anche in queste ipotesi - numericamente contenute vista la prassi ministeriale di concedere di regola un solo colloquio mensile⁶⁶ - si debba applicare la soluzione proposta per il caso dei ristretti interessati dal d.-l. 23 febbraio 2009, n. 11, e, quindi, dare immediata applicazione, mediante la necessaria modificazione dei decreti ministeriali, alla disciplina restrittiva sopravvenuta.

Riferimenti bibliografici

A. Acconci, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cassazione penale*, 1994, n. 4.

S. Ardita, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, Giuffrè, 2007.

R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006.

R. Bin – G. Pitruzzella, *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2008.

F. Bricola, *Il 2° e il 3° comma dell'art. 25*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione*, vol. *Rapporti civili*, Bologna - Roma, Zanichelli – Il foro italiano, 1981.

C. Brunetti – M. Ziccone, *Manuale di diritto penitenziario – Principi generali, amministrazione penitenziaria, magistratura di sorveglianza, trattamento, sanzioni, misure di sicurezza*, Piacenza, La Tribuna, 2005.

S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, Padova, Cedam, 2003.

L. Cesaris, *Osservazioni in margine al regolamento di esecuzione della legge penitenziaria*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2001, n. 1-3.

M. G. Coppetta, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Cassazione penale*, 1997, vol. II.

P. Corso, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, Monduzzi, 2006.

F. Della Casa, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche "peggiorative" e limiti inerenti allo jus superveniens*, in *Cassazione penale*, 1992.

G. di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione – Commento alla legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni, con riferimento al regolamento di esecuzione e alla giurisprudenza costituzionale*. Milano, Giuffrè, 1997.

P. Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, Padova, Cedam, 2003.

⁶⁶ Ibid. p. 212, ove si chiarisce che alla base di tale scelta ministeriale vi sono "esigenze di uniformità" che hanno suggerito "l'adozione... di un medesimo parametro... ai fini della definizione del modello preventivo".

E. Dolcini – G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, Ipsoa, 2006.

Esposito, *Brevi osservazioni in ordine alla legittimità della nuova disciplina delle misure alternative alla detenzione*, in *Archivio penale*, 1993.

E. Fazzioli, *La collaborazione come presupposto necessario per l'ammissione ai benefici penitenziari: un nuovo orientamento della Corte?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2001, 4.

F. Fiorentin, *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 33.

F. Fiorentin, *Detenuti per delitti di particolare gravità e applicazione retroattiva della disciplina di rigore in tema di colloqui*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, n. 5.

F. Fiorentin, *Legge "ex-Cirielli" e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, in *Cassazione penale*, 2007, n. 10.

F. Fiorentin – A. Marcheselli, *Il giudice di sorveglianza – La giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza*, Milano, 2008.

F. Fiorentin – A. Marcheselli, *L'ordinamento penitenziario*, Torino, Utet, 2005.

C. Fiorio, *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Diritto penale e processo*, 2006, n. 3.

R. Granata, *Misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.*, in *Giustizia civile*, 2002.

V. Grevi – G. Giostra – F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario – Commento articolo per articolo*, III edizione a cura di F. Della Casa, Padova, Cedam, 2006.

V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario – commento articolo per articolo*, Padova, Cedam, 1997.

R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993.

G. La Greca, *La disciplina penitenziaria tra funzione rieducativa della pena e irretroattività della legge penale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2006.

G. Lozzi, *Favor rei e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1968.

O. Mazza, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, Giuffrè, 1999.

D. Micheletti, *Art. 10*, in *Aa Vv.*, *Commento articolo per articolo alla l. 5/12/2005*, n. 251, in *Legislazione penale*, 2006, n. 3.

G. M. Napoli, *I colloqui visivi dei detenuti e degli internati*, 2006, in <http://www.diritto.it>

A. Pagliaro, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973.

A. Pagliaro, *Principi di diritto penale – Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003.

F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Genova, Ecig, 1999.

G. Tamburino, *Legge ex Cirielli e c.d. Retroattività della norma penitenziaria*, 2006, in <http://www.diritto.it>

P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2008.

R. Turrini Vita, *Gli uffici di sorveglianza e la disapplicazione del nuovo regolamento penitenziario*, in *Diritto penale e processo*, 2002, 4.

G. Zagrebelsky, *Principi e voti – La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2005.



LA DECADENZA DEGLI STATI NAZIONALI, IL CONTRASTO AL CRIMINE GLOBALIZZATO E IL SUPERAMENTO DEL SISTEMA DI ESECUZIONE INDIRETTA DELLA PENA

ALESSANDRO CENTONZE*

SOMMARIO: 1. La decadenza degli Stati nazionali e la crisi del principio di sovranità territoriale di fronte all'ideologia del mercato globale. 2. La crisi del principio di sovranità territoriale e il declino della sovranità nazionale di fronte alla globalizzazione del crimine: verso la costituzione di uno "Stato mondiale universale"? 3. Il declino della sovranità nazionale, la crisi del principio di territorialità della legge penale e l'evoluzione del sistema di esecuzione indiretta della pena. 4. Il declino della sovranità nazionale e il superamento del sistema di esecuzione indiretta della pena fondato sul principio dell'*aut dedere aut iudicare*. 5. Il declino della sovranità nazionale e il sistema di cooperazione integrata delineato dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale. 6. Il declino della sovranità nazionale e il sistema di cooperazione integrata nello spazio giuridico europeo dopo l'entrata in vigore della legge 22 aprile 2005, n. 69.

1. La decadenza degli Stati nazionali e la crisi del principio di sovranità territoriale di fronte all'ideologia del mercato globale

Nell'ultimo ventennio, l'affermazione di un'ideologia del mercato globale, fondata sulla libera circolazione delle merci nel sistema capitalistico, ha comportato lo stravolgimento dei parametri tradizionali di analisi dei rapporti di sovranità territoriale tra gli Stati nazionali.

In questo contesto, la rivisitazione dei modelli di analisi delle condotte economiche caratterizzate dalla loro multinazionalità riverbera i suoi effetti sui meccanismi dello scambio dei beni e delle merci, sui modelli della produzione, sull'individuazione delle aree alle quali devono essere collegati i comportamenti dei singoli operatori economici, a prescindere dalla loro pertinenza, diretta o indiretta, al mondo industriale¹.

* Giudice presso il Tribunale di Catania; professore a contratto di diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Catania.

¹ Il tema della globalizzazione del sistema economico è stato affrontato da numerosi studi, tra i quali, per la particolare pertinenza all'oggetto di questo saggio, si ritiene di dovere citare

A tutto questo si aggiunga che il processo di informatizzazione, che costituisce una delle peculiarità più rappresentative dell'ideologia del mercato globale, ha comportato, allo stesso tempo, una semplificazione e un'accelerazione delle modalità di comunicazione all'interno del sistema economico planetario, facilitando gli scambi tra le merci e i beni della produzione, che possono essere spostati da un'area all'altra del pianeta senza le difficoltà del passato. In questo ambito, il ricorso a forme di comunicazione informatica e telematica ha comportato la creazione di una vera e propria rete globale di scambio tra gli operatori economici del pianeta – che prescinde dalle barriere geografiche e dalla nazionalità di coloro i quali comunicano – transcendendo il luogo fisico dove gli stessi si trovano e dando vita a quella che, con una formula efficace e condivisibile, viene definita “società della velocità”².

Tali conseguenze hanno le loro principali ricadute sul funzionamento del sistema economico, essendo evidente che la creazione di una rete globale virtuale ha comportato l'abbattimento delle frontiere nazionali esistenti tra gli Stati nazionali nella loro tradizionale configurazione, così come si è affermata a partire dal Diciassettesimo secolo. Tutto questo, a ben vedere, è la conseguenza inevitabile dell'affermazione di una cultura del mercato, che, per le sue stesse peculiarità, non può funzionare se non sul presupposto di un sistema di circolazione dei beni e di comunicazione delle idee svincolato dagli spazi geografici nazionali.

Ne discende che, nella prospettiva del mercato globale che si è imposta nel mondo occidentale nell'ultimo ventennio, il capitale non può e non deve conoscere ostacoli che non siano quelli esclusivamente riconducibili alle leggi economiche della domanda e dell'offerta.

D'altra parte, nel sistema globalizzato che governa l'economia contemporanea, le leggi della domanda e dell'offerta non si possono

quelli di U. Beck, *Cos'è la globalizzazione*, trad. it., Carocci, Roma, 1999; R. O'Brien, *Global Financial Integration: The End of Geography*, Chatman House/Pinter, London, 1992.

² In questo contesto, ci piace richiamare il passaggio di un recente saggio di G. Pica, *Le sorti del diritto tra complessità comunicazione e tecnologia*, in A. Aleo - G. Pica, *Sistemi giuridici complessità comunicazione*, Bonanno, Acireale, 2009, pp. 308-309, nel quale la nozione di “società della velocità” viene collegata ai mutamenti sociali in corso nel mondo tecnologico, affermandosi: «La “società della velocità”, accelerando i mutamenti sociali e destabilizzando le logiche comportamentali fatte proprie da ciascuna generazione, e quindi corrispondentemente richiedendo sempre maggior velocità di adeguamento del Diritto, pone in crisi i sistemi giuridici a elevata rigidità, tra cui in particolare i sistemi costituiti sulla codificazione: i quali reagiscono alla suddetta velocizzazione della realtà con normative settoriali, parziali, contingenti, emergenziali, talvolta anche prive di quei requisiti che la dottrina classica additava quali parametri tipici della Legge, e cioè generalità e astrattezza».

confinare all'interno delle aree geografiche e degli spazi commerciali nazionali, tendendo a imporsi su tutto il mercato planetario, anche attraverso strutture economiche e imprenditoriali flessibili, in grado di superare le barriere tradizionali dello spazio e del tempo, che costituiscono un ostacolo insormontabile all'affermazione del ciclo della produzione industriale postmoderna³.

Queste peculiari connotazioni economiche hanno finito per determinare l'imposizione sul mercato globale di strutture imprenditoriali mobili che possono spostare i cicli della produzione industriale e i terminali della circolazione delle merci da un Paese all'altro, senza che tutto questo si riverberi sull'essenza più intima dell'attività aziendale realizzata, costituita dalla ricerca dei profitti economici. Tutto questo determina effetti devastanti per il mercato del lavoro, atteso che le scelte aziendali che comportano un mutamento dell'ubicazione territoriale dei cicli della produzione industriale determinano una crisi occupazionale nell'area geografica dove, in precedenza, era insediata la struttura produttiva con drammatiche ricadute sul relativo sistema sociale ed economico dello stesso contesto geografico.

In questo ambito sistematico, in ogni caso, deve prendersi atto del fatto che una delle fondamentali caratteristiche dei cicli della produzione industriale postmoderna, realizzata all'interno e nel rispetto delle regole del mercato globale, è rappresentata dalla flessibilità degli strumenti modulari e lavorativi impiegati, che devono essere in grado di adeguarsi in tempi reali al verificarsi di una crisi economica strutturale dell'impresa o di una congiuntura che investe l'intero mondo industriale⁴.

Ne discende che ogni tentativo di imbrigliare il ciclo della produzione industriale e dello scambio delle merci all'interno di regole di adeguamento alle esigenze sociali ed economiche di uno spazio geografico – orientate verso forme di controllo dei flussi commerciali ispirate a modelli istituzionali autarchici – deve essere ritenuto un ostacolo all'affermazione di quella ideologia del mercato capitalistico che abbiamo posto a fondamento dell'inarrestabile processo di globalizzazione in atto nel mondo occidentale.

In questo modo, si è verificata una vera e propria involuzione nel percorso di tutela dei diritti individuali e di riconoscimento delle

³ Su questi complessi profili interpretativi, si rinvia agli studi, tuttora insuperati, di D. Harvey, *La crisi della modernità*, trad. it., il Saggiatore, Milano, 1993; E. Hirschmann - M. Holbrook, *Postmodern Consumer Research: The Study of Consumption as Text*, Sage, Newbury Park, 1992, pp. 34 ss.

⁴ Sul problema degli effetti della globalizzazione del sistema economico sulle nazioni del Terzo mondo, si rinvia a S. Aamin, *Empire of Chaos*, Monthly Review Press, New York, 1992.

multitudini lavorative come fondamento dei processi di produzione industriale, che comporta l'emarginazione della forza lavoro del mondo occidentale. Questo percorso involutivo, tra l'altro, assume proporzioni così rilevanti da determinare flussi migratori costanti da una parte all'altra del pianeta, alla ricerca di spazi lavorativi che si modificano in concomitanza con l'abbassamento dei costi di produzione⁵.

Il quadro che ne deriva è obiettivamente innovativo, tanto da avere determinato il convincimento negli analisti più illuminati a parlare di una crisi della produzione industriale e della creazione di un sistema economico postmoderno, caratterizzato da una tendenziale mobilità del ciclo produttivo e dall'accelerazione delle operazioni commerciali che si verificano in questo contesto⁶.

Questi stravolgimenti delle leggi del mercato, tuttavia, impongono una verifica delle connotazioni del sistema economico impostosi, nel corso degli ultimi anni, nel mondo occidentale, che rifiuta l'idea di un'identità tra uno spazio territoriale e i mezzi della produzione, modificando i canoni tradizionali della nazionalità della produzione come caratteristica fondamentale delle leggi che governano l'economia⁷.

Questo percorso evolutivo, naturalmente, ha accentuato la crisi della sovranità territoriale delle nazioni sorte, tra il Diciassettesimo e il Diciottesimo secolo, dopo il crollo del potere assolutistico, che costituiva uno dei punti fermi dello Stato moderno, essendo evidente che i meccanismi dell'attuale sistema economico contrastano lo stesso concetto di nazionalità della produzione industriale. Tale percorso, infine, ha messo in crisi il potere di sovranità nazionale come espressione dell'esercizio della potestà punitiva nel territorio della stessa nazione.

⁵ Sul problema dell'emarginazione della forza lavoro dal circuito produttivo del mondo globalizzato, con il conseguente spostamento migratorio da un'area all'altra del pianeta, si rinvia agli studi di V. Cable, *The World's New Fissures: Identities in Crisis*, Demos, London, 1996; J. George, *Discourses of Global Politics: A Critical (Re) Introduction to International Relations*, Lynne Rienner Publications, Boulder, 1994.

⁶ Cfr. E. Hirschmann - M. Holbrook, *Postmodern Consumer Research*, cit., pp. 47-48.

⁷ Cfr. R. O'Brien, *Global Financial Integration*, cit., pp. 56-59.

2. La crisi del principio di sovranità territoriale e il declino della sovranità nazionale di fronte alla globalizzazione del crimine: verso la costituzione di uno "Stato mondiale universale"?

È questo, dunque, il contesto nel quale si è posta la necessità di una profonda rivisitazione del concetto di sovranità territoriale, adeguando tale fondamentale caratteristica degli Stati nazionali al processo di globalizzazione inarrestabile che sta attraversando la società occidentale e che ha modificato in modo irreversibile il mondo della produzione industriale, che non ha più bisogno della protezione statale e vede in ogni imposizione doganale o commerciale un ostacolo inammissibile.

Si tratta, allora, di comprendere che con l'affermazione dell'ideologia del mercato globale è venuto meno lo stesso concetto di Stato fondato sul potere di sovranità territoriale, che sorreggeva il modello di nazione borghese, che si è affermato nel modo occidentale, dopo la rivoluzione industriale, a partire dal Diciannovesimo secolo⁸.

Nella cornice storica e sistematica che abbiamo descritto in queste pagine, deve essere inserita la disamina delle ragioni di attualità del concetto di sovranità territoriale a fronte della crisi, dal nostro punto di vista irreversibile, che attraversa il concetto di sovranità nazionale.

In buona sostanza, si tratta di valutare se il concetto di sovranità territoriale possa essere separato da quello di sovranità nazionale, evitando l'inesorabile decadenza che attraversano tali espressioni nell'epoca postmoderna e ponendo le basi per una loro rivisitazione. Siamo, infatti, convinti, che il processo di globalizzazione ha comportato una separazione dei due concetti, che non rispondono più a una logica unitaria, ma si riferiscono a due modi di inquadrare l'idea di sovranità moderna, nella quale l'esistenza di uno spazio geografico non rappresenta più il suo presupposto fondante.

In questo contesto, vale la pena di osservare che il potere di sovranità territoriale si affermava dopo la caduta del Sacro Romano Impero, a seguito dell'interruzione di ogni dipendenza tra gli Stati medievali e il potere papale. In tale ambito, il potere di sovranità territoriale veniva concepito alla stregua di un vero e proprio diritto

⁸ Su questi temi, si rinvia agli studi di F. Borkenau, *La transizione dall'immagine feudale all'immagine borghese del mondo*, trad. it., il Mulino, 1984, pp. 34 ss.; C.B. MacPershon, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese: la teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, trad. it., Isedi, Milano, 1973, pp. 34 ss.

di proprietà del sovrano, esercitabile in senso assolutistico all'interno dei confini geografici che delimitavano lo Stato e nei confronti di tutti gli individui che lo abitavano, che si esplicava su un corpo unitario rappresentato dalla nazione e da un vertice soggettivo costituito dal sovrano che lo rappresentava nella sua unità⁹.

Arrivato in tale veste concettuale fino ai giorni nostri, il concetto di sovranità territoriale si è trasformato da potere di natura patrimoniale, conformemente alla concezione assolutistica dell'autorità statale, a potere di natura territoriale, sostanziandosi nell'esercizio della potestà punitiva, che consentiva di comminare sanzioni penali agli autori dei reati nello spazio geografico nazionale. Al contempo, l'accoglimento di una nozione di sovranità territoriale come espressione dello Stato nazionale comporta che l'autorità statale non possa attivare i suoi poteri di governo sul territorio delle altre nazioni, nei confronti delle quali non può essere esercitato il potere di eseguire attività coercitive finalizzate all'applicazione di sanzioni penali.

In questa prospettiva, il potere di sovranità territoriale dello Stato è naturalmente esclusivo rispetto a quello degli altri Stati e deve essere considerato non limitabile rispetto al corrispondente esercizio del potere governativo altrui, se non sulla base di apposite statuizioni convenzionali. Tuttavia, a partire dal secondo dopoguerra del secolo scorso, l'intangibilità del potere di sovranità territoriale si è indebolita, in conseguenza del potenziamento delle istituzioni sovranazionali e della tendenza a regolamentare mediante strumenti convenzionali settori sempre più ampi del diritto interstatale.

Tutto questo trova conferma nel fatto che le norme di diritto internazionale che sono state approvate a partire dal secondo dopoguerra del secolo scorso hanno imposto agli Stati nazionali limitazioni sempre maggiori del principio di sovranità territoriale, che trovano le giustificazioni più varie, ma che, in definitiva, si fondano sull'aspirazione a una società universalistica che cancelli le differenze tra le nazioni e tra i popoli.

In questo contesto, dunque, il principio di sovranità territoriale, a partire dalla seconda metà del Ventesimo secolo, ha subito limitazioni sempre crescenti, che hanno comportato la riduzione dei suoi spazi di applicazione, fermo restando che la natura delle norme convenzionali utilizzate per perseguire tali finalità lascia comunque allo Stato la libertà di aderire o meno alle disposizioni di diritto internazionale.

⁹ Cfr. C.B. MacPershon, op. ult. cit., pp. 37-38.

In buona sostanza, con l'evolversi del diritto internazionale di natura pattizia, il principio di sovranità territoriale ha finito per modificarsi sotto la pressione delle convenzioni internazionali, che, con sempre maggiore incisività, sono intervenute a disciplinare i rapporti tra gli Stati nazionali, nella prospettiva della creazione di una comunità sopranazionale accomunata da valori comuni e principi largamente condivisi. In tale contesto sistematico, le limitazioni più significative al principio di sovranità territoriale degli Stati nazionali sono rappresentate da quelle convenzioni che – nell'ottica sopranazionale e postbellica affermatasi a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso – si prefiggono di realizzare scopi di solidarietà internazionale, fondati sui valori della libertà, del rispetto dell'essere umano, della giustizia e della cooperazione tra le nazioni.

Si tratta, a ben vedere, delle stesse finalità che la comunità internazionale, a distanza di cinquanta anni dalla fine del secondo conflitto mondiale, ha perseguito con l'approvazione della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale e dei protocolli addizionali relativi alla tratta di donne e bambini, al coinvolgimento delle persone nella gestione dell'immigrazione clandestina e al traffico di armi e munizioni. Nei quarantuno articoli che compongono il testo di questa convenzione, infatti, si coglie la tendenza alla costituzione di una comunità internazionale che si fondi sui valori della libertà, del rispetto dell'essere umano, della giustizia e della cooperazione tra le nazioni, che rappresentano le linee ispiratrici di quella tendenza della politica internazionale verso l'omogeneizzazione delle legislazioni dei vari Stati membri¹⁰.

La continua erosione che il principio di sovranità territoriale continua a subire a opera del diritto internazionale, d'altra parte, è dimostrata dalla creazione di intere aree giuridiche che i singoli Stati cercano di tenere sotto la sfera di controllo del diritto e degli ordinamenti interni. Nei confronti di tali materie, in particolare, sussiste quello che la dottrina internazionalistica definisce riservato dominio – mutuata dalla dottrina di lingua inglese che utilizza l'espressione di giurisdizione domestica dello Stato nazionale – che

¹⁰ Per una panoramica sulle principali questioni interpretative poste nel nostro ordinamento dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, ci si permette di rinviare ai seguenti lavori: R. Barberini, *La convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, in *Com. int.*, 2003, pp. 395 ss.; A. Di Martino, *Criminalità, reato transnazionale e diritto penale nazionale. L'attuazione in Italia della c.d. Convenzione di Palermo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, pp. 17 ss.; A. Saccucci, *Lotta contro il crimine organizzato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 2, pp. 256 ss.

in questo contesto non è soggetto alle limitazioni proprie del diritto internazionale.

In questo contesto sistematico, in genere, devono essere comprese tutte quelle norme che riguardano i rapporti di diritto privato dei cittadini e la disciplina delle funzioni collegate all'esercizio del potere esecutivo sul territorio dello Stato, per i quali il diritto interno mantiene immutata la sua funzione di orientamento dei soggetti privati. Si tratta, a ben vedere, della disciplina dei rapporti interpersonali attinenti alla sfera economica dei cittadini, che rappresentano i prodromi del diritto civile moderno¹¹.

In tale ambito interpretativo, non è semplice riassumere negli spazi di questo lavoro la natura e la tipologia delle limitazioni al principio di sovranità territoriale imposti dal diritto internazionale convenzionale nel nostro ordinamento. La stessa evoluzione dei rapporti tra il diritto internazionale e il diritto interno, del resto, rappresenta una storia di compromessi, di rinunce reciproche e di promesse di tutela spesso mancate, che non spinge a un'eccessiva fiducia nelle possibilità di migliorare l'efficacia della tutela di questo corpo irrinunciabile di diritti della persona.

Tuttavia, è possibile fornire una ricognizione idonea a descrivere la tendenza all'erosione del principio di territorialità della legge penale nazionale a opera del diritto internazionale pattizio. Per compiere questa operazione è necessario tenere presenti le linee di tendenza che hanno caratterizzato, a partire dagli anni successivi al secondo dopoguerra del secolo scorso, lo sviluppo del nostro ordinamento giuridico, in conformità della previsione dell'art. 10 comma 1 Cost., concentrandoci in particolare sulla tutela dei diritti umani e delle libertà individuali fondamentali della persona.

La tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali dell'individuo, infatti, è stata posta al centro delle attenzioni della comunità internazionale a partire dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che veniva sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata nel nostro ordinamento con la legge 4 agosto 1955, n. 848¹².

Si consideri, a questo proposito, che l'approvazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali rappresenta un momento indispensabile per

¹¹ Cfr. F. Borkenau, *La transizione dall'immagine feudale all'immagine borghese del mondo*, cit., pp. 46-47.

¹² Per una visione d'insieme del dibattito sulla salvaguardia dei diritti umani nel mondo contemporaneo, si rinvia agli studi di A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2000; G. Lattanzi, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Giuffrè, Milano, 1983.

la comprensione del processo evolutivo che ha caratterizzato la comunità internazionale, in considerazione del fatto che ha posto le basi per il successivo sviluppo, avviatosi nel decennio successivo, delle comunità europee.

In questo stratificato contesto convenzionale, rilevanza centrale deve essere attribuita al ruolo svolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, il cui contributo interpretativo – disciplinato nell'articolo II della stessa convenzione – ha rappresentato un momento fondamentale per l'accelerazione del processo di armonizzazione del diritto internazionale.

Accanto a questa normativa convenzionale, nel corso degli anni, l'erosione del potere di sovranità territoriale dello Stato è derivato anche dall'emersione di spazi sempre maggiori di diritto internazionale consuetudinario, che si sono formati sulla base dei principi generali di diritto spontaneamente riconosciuti da tutte le nazioni del pianeta. Si tratta, com'è noto, di principi di diritto internazionale che sono riconosciuti dagli Stati che si riconoscono nei valori comuni sui quali si fonda la comunità internazionale, che sono, nel convincimento delle nazioni della loro effettività, applicati negli ordinamenti interni dei vari Paesi.

In questo contesto interpretativo, si deve osservare che, rispetto alle norme di diritto internazionale convenzionale, le norme di diritto consuetudinario determinano un'erosione assai più limitata del potere di sovranità territoriale degli Stati, in ragione del fatto che si limitano a intervenire sulla sola protezione dei diritti, individuali e collettivi, che costituiscono il nucleo fondamentale e irrinunciabile di tutela dell'essere umano.

Questa forma di tutela riguarda le violazioni di particolare gravità dei diritti umani che hanno luogo nei casi di compressione degli spazi di libertà e di dignità dell'essere umano, come quelle che si verificano nel genocidio, nelle pratiche di governo disumane, nelle forme di persecuzione religiosa, nell'utilizzazione sistematica della tortura come forma di coazione personale, nella pulizia etnica, nell'eliminazione sistematica degli avversari o degli oppositori politici¹³.

Per la verità, gli obblighi dei singoli Stati di osservare i precetti derivanti dal diritto internazionale consuetudinario hanno un carattere negativo, che rende di difficile attuazione, nelle ipotesi di reiterate e sistematiche violazioni dei diritti umani individuali o

¹³ In questo contesto sistematico, a nostro modo di vedere, si muovono anche gli artt. 53 e 64 della Convenzione di Vienna, che affermano la nullità delle previsioni convenzionali in contrasto con norme cogenti del diritto internazionale consuetudinario.

collettivi, ogni forma di coazione nei confronti delle nazioni che non rispettano tali disposizioni. In altre parole, il potere esecutivo delle nazioni è obbligato ad astenersi dal commettere violazioni di tali precetti di diritto consuetudinario, evitando, sulla base di scelte di politica governativa, di porre in essere condotte che possano assumere il significato di violazioni macroscopiche dei diritti dell'individuo.

Allo stesso tempo, la natura di tali statuizioni comporta che lo Stato debba vigilare sul rispetto, al suo interno, delle forme di tutela dei diritti umani previsti dalla legislazione interna e dalla normativa di diritto internazionale.

La tutela dei diritti umani, naturalmente, comporta l'esercizio di un potere costante di vigilanza del rispetto dei diritti umani all'interno dello spazio geografico nazionale, allo scopo di evitare il verificarsi di pregiudizi irreparabili dei diritti irrinunciabili della persona, che, in ogni caso, nel nostro ordinamento sono assicurati da numerose previsioni costituzionali.

Da tutto questo ne discende conclusivamente che la crisi del principio di sovranità territoriale dello Stato nazionale ha radici lontane e profonde, che non consentono di sintetizzare il percorso storico che ha portato, all'inizio del Ventunesimo secolo, a ritenere tramontata l'idea di un utilizzo meramente autarchico e nazionalistico degli strumenti della repressione penale per contrastare le fenomenologie criminali globalizzati¹⁴.

3. Il declino della sovranità nazionale, la crisi del principio di territorialità della legge penale e l'evoluzione del sistema di esecuzione indiretta della pena

La prospettiva universalistica che abbiamo recepito fino a questo momento, tendente a porre al centro dell'indagine un'ideologia del mercato globale applicabile alla produzione industriale e al movimento delle merci, che non è valutabile secondo parametri giuridici e sociologici tradizionali, ci consente di affermare che la

¹⁴ Si veda, a questo proposito, lo studio di H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1989, pp. 310 ss., dove la costituzione delle Nazioni Unite viene vista come la concretizzazione del progetto, di matrice puramente kelseniana, di creazione di uno Stato universale, che parte dal riconoscimento e dalla legittimazione di tale organismo internazionale come promanazione del potere sovrano dei singoli Stati, che trasferiscono i loro diritti sovrani a un centro di potere sopranazionale. Analoghe posizioni interpretative vengono espresse in H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto*, trad. it., Giappichelli, Torino, 1990, pp. 68 ss.

disamina delle questioni che agitano il dibattito sulla globalizzazione del crimine e sugli strumenti di contrasto ai fenomeni che ne rappresentano la concretizzazione non è un'operazione che si può risolvere con un approccio esclusivamente nazionalistico.

Ci sembra evidente, infatti, che se le risorse finanziarie provenienti dal mercato globale derivano da un sistema produttivo e da una rete commerciale che prescinde dall'esistenza di confini nazionali e di barriere geografiche, la repressione alle forme di sfruttamento criminale collegate a queste risorse non può che prescindere da una visione nazionalistica del diritto penale e degli strumenti normativi di contrasto a questi fenomeni.

Questa presa di coscienza, ci fa comprendere come le peculiarità di tali fenomeni criminali difficilmente riescono a conciliarsi con gli strumenti estradittivi, sui quali storicamente si è fondato nel nostro ordinamento il sistema di esecuzione indiretta della pena¹⁵.

Per queste ragioni i problemi collegati alla globalizzazione del crimine, da almeno un decennio, sono al centro del dibattito sociologico e sono al contempo oggetto delle polemiche che quotidianamente agitano la vita politica dei Paesi occidentali sui temi degli scopi e dell'efficacia deterrente delle sanzioni penali utilizzate in funzione di contrasto a queste complesse fenomenologie.

Senza considerare, per altro verso, che, se ci si sposta dalla valutazione della dimensione sociologica del fenomeno della globalizzazione del crimine a quello delle scelte di politica legislativa finalizzate a contrastare i fenomeni delinquenziali caratterizzati dalla loro dimensione multinazionale i problemi si complicano, ostando all'inquadramento dogmatico di tali fenomenologie la vetustà del sistema di esecuzione indiretta della pena fondato sull'istituto dell'extradizione ma anche un principio cardine del diritto penale italiano quale è quello del principio di territorialità della legge penale nello spazio¹⁶.

Invero, questo principio, affermato dall'art. 6 c.p., viene messo in crisi dalle stesse dinamiche della criminalità organizzata transnazionale, che presuppongono il pregiudizio di interessi tutelati negli ordinamenti di più nazioni. Si tenga presente, inoltre, che la valutazione di questi temi è ulteriormente complicata dalla ricerca degli strumenti di diritto penale utilizzabili per il

¹⁵ Per una prima ricognizione sull'istituto dell'extradizione, si rinvia a M. Chiavario, *Decreto concessivo di estradizione, garanzie individuali e poteri dell'autorità amministrativa*, in *Riv. it.*, 1968, pp. 533 ss.; T. Delogu, *Ordine pubblico interno e estradizione passiva*, in *Riv. it.*, 1980, pp. 485 ss.

¹⁶ Per una panoramica sugli interventi dottrinari più importanti, relativamente al principio di territorialità nel sistema penale italiano, si rinvia A. Di Martino, *Le frontiere e il diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006; A. Pagliaro, *Legge penale nello spazio*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 1054 ss.

perseguimento di tali fenomeni e della questione, strettamente collegata, dell'armonizzazione del diritto penale in una prospettiva di contrasto alla criminalità transnazionale.

Queste difficoltà, a nostro modo di vedere, nascono dalla incapacità della scienza penalistica contemporanea di selezionare i valori fondanti della comunità internazionale, individuando strumenti sanzionatori omogenei agli ordinamenti nazionali, allo scopo di stimolare il rispetto sul piano comunitario dei beni giuridici che sono espressione di tali valori. Tale procedimento di selezione appare indispensabile, in ragione del fatto che solo attraverso un tale percorso è possibile affrontare il problema dell'individuazione degli strumenti giuridici più idonei a contrastare i fenomeni di degenerazione criminale globale, che interessano i territori di diverse nazioni e che minano le stesse fondamenta della comunità internazionale¹⁷.

Non possiamo, d'altra parte, ipotizzare un percorso evolutivo differente da quello che conduce all'armonizzazione delle legislazioni penali del mondo occidentale in un'ottica di potenziamento dell'azione di contrasto alla criminalità organizzata transnazionale. Non è, infatti, possibile immaginare un'azione di contrasto efficace a questi fenomeni criminali se non in una prospettiva di cooperazione giudiziaria integrata, fondata sull'accoglimento di alcuni principi fondamentali, comuni agli ordinamenti dei vari Paesi interessati da tali complesse forme di degenerazione.

Non è, in altre parole, possibile pensare all'elaborazione di una strategia di contrasto al crimine globalizzato ricorrendo a modelli di analisi della responsabilità penale di tipo causale e razionalistico, concepiti in epoche lontane da quella attuale e funzionali alla repressione di fenomenologie criminali strutturate e realizzate in forma semplice¹⁸.

¹⁷ Il problema dell'armonizzazione del diritto penale nella prospettiva di un ravvicinamento delle legislazioni penali del mondo occidentale è stato affrontato, tra gli altri, da M. Donini, *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, pp. 477 ss.; G.M. Flick, *Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della giustizia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, pp. 598 ss.

¹⁸ In questa direzione, ci sembra pertinente il richiamo all'analisi condotta da S. Aleo, *Il diritto flessibile*, in *Rass. penit. criminol.*, 2004, 2, p. 15, che, in un contesto espositivo tendente a rivisitare i modelli di analisi della responsabilità penale di ispirazione causalistica, afferma acutamente: «Quella causale è dunque una nozione – e un'operazione – di tipo astratto e generale e – quindi – intrinsecamente normativo: serve a definire una norma, e consiste, invero, nella definizione di una norma. La cultura del razionalismo ancora ottocentesca fidava dell'esistenza di leggi universali; oggi tendiamo a definire norme e criteri la cui validità riteniamo relativa al contesto sia delle attività che svolgiamo che delle conoscenze e risorse che abbiamo a disposizione ed è funzionale agli obiettivi che ci proponiamo di conseguire».

Questa tendenza a ricercare una matrice extranazionale e dei valori comuni alle legislazioni penali dei vari Paesi del mondo occidentale – in una prospettiva normativa tendente a rendere più efficace l'azione di contrasto alla criminalità organizzata transnazionale – determina l'erosione degli spazi di sovranità nazionale e della potestà punitiva dello Stato, che, per secoli, ha rappresentato una delle sue più caratteristiche manifestazioni istituzionali.

In questa prospettiva interpretativa, l'erosione sempre maggiore degli spazi di sovranità nazionale nell'esercizio della potestà punitiva statale, che risulta determinata dall'esplosione di fenomeni criminali eterogenei dal punto di vista criminologico ma accomunati dalla loro dimensione globalizzata, finisce per mettere in crisi il principio di territorialità della legge nazionale, sul quale si è sempre fondato il diritto penale italiano, giustificando l'irrogazione delle sanzioni penali da parte del potere giurisdizionale¹⁹.

In questo modo, si assiste a un peculiare fenomeno istituzionale, in conseguenza del quale si ampliano e si riducono gli spazi di sovranità nazionale e l'esercizio della potestà punitiva da parte dell'autorità giudiziaria. In questo contesto disarmonico, il sistema di esecuzione indiretta della pena finisce per rappresentare il punto debole dell'azione di contrasto alla criminalità globalizzata, risultando ancorato ai presupposti dell'extradizione, che ne limitano l'utilizzo e vincolandolo a regole immutate nel nostro Paese fin dall'entrata in vigore del codice penale vigente.

Non v'è dubbio, infatti, che la globalizzazione del crimine e la correlata esplosione dei fenomeni globalizzati comportano uno sforzo normativo, tendente ad armonizzare le legislazioni penali dei Paesi del mondo occidentale, allo scopo di rendere più flessibili gli strumenti di contrasto a tali fenomenologie delinquenziali. Tuttavia, tale crescente impegno repressivo, che si registra soprattutto nei Paesi del nostro continente ed è giustificato in una prospettiva di potenziamento della cooperazione giudiziaria sul piano internazionale, snatura l'impianto tradizionale dei diritti nazionali, imponendo uno sforzo esegetico finalizzato a impedire la costituzione di una legislazione penale frammentaria, priva di

¹⁹ Sulle ragioni giustificative della potestà punitiva dello Stato nella società occidentale e sulle modalità dell'esercizio di tale potere ci si permette di rinviare a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, Milano, 1991, pp. 38-39, dove si osserva con insuperata maestria: «Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto».

punti di riferimento organici e soprattutto caratterizzata in senso emergenziale.

In questo contesto, l'estensione della potestà repressiva oltre i confini nazionali e fuori dal proprio territorio geografico finisce per trovare la propria giustificazione nell'esigenza, ormai imprescindibile, di dare vita a forme di cooperazione giudiziaria internazionale, nel convincimento della loro indispensabilità per contrastare fenomeni globalizzati, che prescindono dagli angusti limiti delineati dal sistema di esecuzione indiretta della pena e dall'applicazione dell'istituto dell'estradiizione.

Allo stesso tempo, l'estensione del potere repressivo, attraverso le forme di cooperazione giudiziaria che si stanno considerando, mette in crisi i principi tradizionali sui quali si è fondato da più di un secolo il diritto penale italiano, arrivando a mettere in discussione lo stesso modello classico di diritto penale, che appare inadeguato rispetto all'inquadramento di fenomenologie delinquenziali di nuova emersione, che, per le ragioni che si sono evidenziate, risultano caratterizzate da dinamiche soggettive complesse ed evolute²⁰.

A tutto questo, si aggiunga che tali esigenze di estensione territoriale extranazionale della potestà punitiva dello Stato e di contestuale potenziamento degli strumenti di cooperazione giudiziaria integrata sul piano del diritto penale comunitario ha finito per determinare una vera e propria crisi di identità della dottrina penalistica nostrana, che, per lungo tempo, non è riuscita a costruire una dogmatica in linea con le esigenze, che riteniamo ormai irrinunciabili, di armonizzazione internazionale del diritto penale. In questa prospettiva, si deve anche considerare che le difficoltà di adeguamento dei modelli di analisi della scienza penalistica determinano una vera e propria elusione dei profili di sistematicità dei fenomeni criminali globalizzati, che finiscono per essere delegati al diritto processuale penale, attraverso l'individuazione di strumenti di cooperazione internazionale integrata tra gli Stati sovrani del continente.

Questo processo di armonizzazione del diritto penale moderno, allora, non può che partire dalla presa di coscienza che i fenomeni

²⁰ Sul punto, si veda S. Aleo, *Il diritto flessibile*, cit., p. 42, che, a proposito dell'inadeguatezza del modello causale classico rispetto alle attività delittuose complesse o organizzate, afferma: «Nella cultura giuridica non è posto il problema della tipizzazione del contributo "causale". Uno stesso evento può essere cagionato in un'infinità di modi. La nozione di causalità viene ritenuta determinata; anzi, determinatoria di una soglia semantica. In realtà non è così. Quanto più complessa, possiamo dire, è la situazione esaminata, tanto meno determinata, ovvero determinabile, appare la nozione di causa».

di globalizzazione del crimine non possono essere affrontati e risolti con un approccio repressivo autarchico e nazionalistico, essendo imprescindibile l'individuazione di soluzioni applicative che puntino a realizzare un ravvicinamento tra gli ordinamenti del mondo occidentale.

Queste soluzioni applicative devono puntare all'incentivazione e all'accelerazione di quel processo di armonizzazione del diritto penale al quale ci stiamo riferendo, agevolando al contempo la costruzione di una dogmatica dei fenomeni criminali globalizzati che si ponga in sintonia con le effettive connotazioni di tali fenomenologie.

Sono queste, a ben vedere, le ragioni che hanno permesso di imprimere alla comunità internazionale, soprattutto in questo decennio, un'accelerazione al processo di armonizzazione del diritto penale, stimolata dall'esplosione delle fenomenologie criminali globalizzate e dalle molteplici problematiche di controllo sociale e istituzionale che si sono riscontrate sull'intero pianeta in relazione agli stessi fenomeni.

4. Il declino della sovranità nazionale e il superamento del sistema di esecuzione indiretta della pena fondato sul principio dell'*aut dedere aut iudicare*

Nel contesto sistematico che si è descritto nel paragrafo precedente, il percorso attraverso il quale si è pervenuti all'approvazione della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale ci rende evidente quanto sia difficoltosa ogni operazione esegetica tendente a rivisitare i principi cardine e le linee di politica criminale che guidano i rapporti tra gli Stati nazionali in materia di cooperazione interstatuale.

Sotto questo profilo, gli ostacoli incontrati durante i lavori preparatori della Convenzione di Palermo costituiscono una dimostrazione incontrovertibile delle difficoltà esegetiche di individuare una piattaforma normativa e programmatica sulla quale fare convergere le esperienze e le tradizioni giuridiche della comunità internazionale.

In questo contesto, si consideri che lo stesso dibattito sul reato di organizzazione maturato nell'ambito delle scienze criminologiche statunitensi costituisce una dimostrazione della necessità di superare ogni approccio nazionalistico al problema del contrasto alle forme di criminalità organizzata tipiche del mondo contemporaneo. Da questo punto di vista, non si può fare

a meno di prendere atto come siano le stesse peculiarità di tali fenomeni criminali a farci ritenere i loro modelli di operatività una caratteristica della criminalità transnazionale, che non è isolabile rispetto alle regole che sovrintendono l'economia globale nella società post-industriale²¹.

In questa prospettiva, il punto di partenza della nostra disamina non può che essere rappresentato da uno sforzo esegetico tendente a enucleare dai quarantuno articoli di cui si compone il testo definitivo della Convenzione di Palermo quelle linee di politica criminale che rappresentano la piattaforma condivisa sul piano convenzionale e il fondamento di quel diritto penale transnazionale, che ha determinato il definitivo superamento del sistema di esecuzione indiretta della pena, così come lo stesso si è affermato nel corso dei secoli.

Infatti, solo attraverso questo percorso interpretativo è possibile giungere all'individuazione delle linee di politica criminale perseguite nel testo convenzionale in materia di cooperazione interstatuale, che, in un'ottica universalistica, punta al superamento dei vincoli nazionali di applicazione del diritto penale, nel convincimento che una prospettiva autarchica nella repressione dei fenomeni criminali globalizzati si pone in contrasto con le connotazioni di tali complesse fenomenologie e del tessuto sociale ed economico di cui sono espressione, che al contrario impongono la costituzione di una rete integrata tra i vari Stati²².

In questo contesto normativo, il punto di partenza della nostra analisi non può che essere rappresentato dall'art. 1 della Convenzione di Palermo, che stabilisce: «Lo scopo della presente Convenzione è di promuovere la cooperazione per prevenire e combattere il crimine organizzato transnazionale in maniera più efficace».

Questa previsione rappresenta l'espressione dell'opzione di

²¹ Cfr. S. Aleo, *Il diritto flessibile*, cit., pp. 14 ss.

²² Da questo punto di vista, riteniamo di condividere l'analisi di M. Hardt - A. Negri, *Impero*, trad. it., Rizzoli, Milano, 2003, p. 311, in cui tali connotazioni del mondo della produzione post-industriale vengono descritte con queste parole: «Le divisioni geografiche tra gli stati-nazione, tra centro e periferie o tra Nord e Sud, non sono più sufficienti per capire le attuali divisioni globali e la distribuzione della produzione, dell'accumulazione e delle forme sociali. Con la decentralizzazione della produzione e il consolidamento del mercato mondiale, le divisioni internazionali e i flussi della forza lavoro e del capitale sono stati frammentati e moltiplicati, di modo che non è possibile delimitare grandi aree geografiche e classificarle come centri o periferie, Nord e Sud. In determinate regioni del mondo, come il cono meridionale dell'America Latina o il Sudest asiatico, coesistono tutti i livelli produttivi – caratterizzati sia dalle forme più alte della tecnologia, della produttività e dell'accumulazione, sia da quelle più arretrate – i quali sono collegati a complessi meccanismi sociali che hanno il compito di gestire le loro differenziazioni e le loro interazioni».

politica criminale posta a fondamento della convenzione, secondo la quale la lotta al crimine globale può essere affrontata solo attraverso la costituzione di un sistema integrato, che punti a incentivare le forme di cooperazione internazionale attraverso il potenziamento delle relazioni tra gli Stati e l'armonizzazione degli strumenti di contrasto a tali fenomeni previsti dai singoli ordinamenti nazionali.

Gli obiettivi promozionali affermati dall'art. 1 della Convenzione di Palermo, dunque, costituiscono un riconoscimento di quella opzione secondo cui l'azione di contrasto al crimine globalizzato non può che essere realizzata mediante la costituzione di un efficiente sistema di cooperazione interstatuale integrato, fondato sulla condivisione dei principi fondamentali del diritto penale internazionale. In tale contesto, in particolare, il potenziamento delle forme di cooperazione tra gli Stati deve avere luogo attraverso nuovi e più efficienti strumenti di diritto penale internazionale, tra i quali posizione preminente deve essere attribuita alla cooperazione interstatuale integrata, alla quale difatti la Convenzione dedica diversi articoli²³.

In tale ambito, la realizzazione di un sistema di cooperazione interstatuale integrata nella lotta al crimine organizzato transnazionale, che è posto a fondamento dell'art. 1 della Convenzione di Palermo, trae il suo fondamento dalla convinzione che tali scopi siano comuni a tutti gli Stati che si riconoscono nei principi fondamentali della comunità internazionale, tra i quali la repressione di tali forme di criminalità costituisce un obiettivo irrinunciabile.

Si tratta, a ben vedere, di un'esigenza irrinunciabile della comunità internazionale, affermatasi con la nascita degli Stati nazionali, che deve farsi risalire alle elaborazioni di Hugo Grotius²⁴, che nel 1624, conìò la fortunata formula *aut dedere aut punire* – dal

²³ In questo ambito interpretativo, fondamentale importanza deve essere attribuita agli studi di M.C. Bassiouni, *Le modalità di cooperazione internazionale in materia penale: il "sistema di esecuzione indiretta" e i regimi di "cooperazione inter-statuale in materia penale"*, in AA.VV., *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, a cura di M.C. Bassiouni, Giuffrè, Milano, 2005, p. 33, dove la cooperazione internazionale nella lotta al crimine globalizzato viene definita attraverso il ricorso a due forme distinte di collaborazione tra Stati, in relazione alle quali si afferma: «L'espressione "sistema di esecuzione indiretta" ("indirect enforcement system") indica l'attuazione del diritto penale internazionale attraverso gli ordinamenti giuridici nazionali, mentre il termine "cooperazione inter-statuale in materia penale" si riferisce alle modalità con cui gli Stati danno esecuzione, nelle loro relazioni bilaterali, alle prescrizioni delle rispettive legislazioni penali. I presenti due istituti giuridici, applicabili rispettivamente all'esecuzione dei crimini internazionali e di quelli interni, differiscono per la fonte dei loro obblighi, ma non per le loro modalità di attuazione».

²⁴ Con il nome di Hugo Grotius, facciamo riferimento al giurista e filosofo olandese (nato a Delft il 10 aprile 1583 e morto a Rostock 28 agosto 1645), il cui vero nome probabilmente era

quale trae origine il più moderno principio dell'*aut dedere aut iudicare* – con la quale si mirava ad affermare il principio secondo il quale tutti gli Stati hanno l'interesse a perseguire le forme di criminalità più efferata e devono collaborare tra loro allo scopo di impedire che le barriere geografiche possano costituire un ostacolo al perseguimento degli autori di tali gravi reati²⁵.

Gli obiettivi di cooperazione internazionale fondati sulla formula dell'*aut dedere aut punire*, per alcuni secoli, sono stati limitati al solo istituto dell'estradizione, che ha rappresentato l'unico strumento sul quale si è affermato e sviluppato il processo di armonizzazione normativa tra gli Stati in funzione della repressione delle condotte delittuose più gravi²⁶.

Hugo Grotius, in particolare, individuava il fondamento dell'obbligo di consegnare i colpevoli a uno Stato diverso da quello nel quale gli stessi si trovavano in una concezione moderna della cooperazione internazionale, che è quella del riconoscimento dei poteri di tutti gli Stati sovrani, con la conseguenza di concedere l'estradizione nelle sole ipotesi di offese particolarmente gravi alle prerogative istituzionali dell'autorità statale. Sotto questo profilo, secondo quanto affermato dallo stesso Grotius, non sussisteva alcuna ragione per differenziare le pretese punitive esercitate dai singoli poteri statali e, al contempo, non era possibile distinguere le esigenze di repressione degli Stati nazionali da quelle che costituiscono il portato delle istanze punitive del diritto internazionale.

Tali considerazioni, dal nostro punto di vista, si rivelano di stringente attualità, essendo condivisibile l'assunto di fondo del pensiero di Hugo Grotius, che costituisce il fondamento del principio dell'*aut dedere aut iudicare*, secondo il quale lo scopo del diritto penale internazionale è coincidente con quello del diritto penale dei singoli ordinamenti, in considerazione del fatto che entrambi si fondano sulla stessa irrinunciabile pretesa di

quello di Huig de Groot o di Hugo de Groot, che, a buon diritto, è considerato il padre del diritto naturale fondato sulla teoria del contratto sociale, secondo la quale lo stato di natura deriva dalla tendenza dell'uomo a istituire con i suoi simili una comunità politica, pacifica e concorde.

²⁵ Cfr. M.C. Bassiouni, *Le modalità di cooperazione internazionale in materia penale*, cit., pp. 38-41.

²⁶ In questo senso, si veda H. Grotius, *De jure belli ac pacis*, trad. it., in *Ind. pen.*, 1996, pp. 523 ss., dove si comprendono i fondamenti della cooperazione internazionale, che, già nel sedicesimo secolo, veniva ritenuta indispensabile per realizzare una comunità sopranazionale fondata su principi universali che imponevano, nei casi più gravi, la consegna dell'autore del delitto o la sua punizione in linea con il contenuto della massima che recita *aut dedere aut punire*, coniata dallo stesso Grotius. Per l'inquadramento di questi profili si rinvia a M.C. Bassiouni, *Legal Control of International Terrorism: A Policy Oriented Assessment*, in *Harv. Int. L. J.*, 2002, pp. 83 ss.

persecuzione degli autori dei reati più gravi, dovunque gli stessi siano stati commessi. In tale contesto internazionale, l'estradizione, per secoli, ha rappresentato lo strumento privilegiato per attuare forme di collaborazione tra gli Stati, che la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale ha ritenuto di dovere potenziare, mirando alla realizzazione di un sistema di cooperazione interstatuale integrata, che, puntando al sistema dell'esecuzione indiretta della pena, considera tale istituto come una delle possibilità applicative di un più vasto apparato cooperativo²⁷.

5. Il declino della sovranità nazionale e il sistema di cooperazione integrata delineato dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale

Nello stratificato contesto sistematico che abbiamo descritto in questo lavoro deve essere inserita la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, che trae origine dalla Conferenza di alto livello politico delle Nazioni Unite, celebrata a Palermo dal 12 al 15 dicembre del 2000, con la quale si apriva alla sottoscrizione degli Stati che vi partecipavano il testo approvato a New York il 15 novembre 2000.

La Convenzione delle Nazioni contro il crimine organizzato transnazionale, che è nota al grande pubblico come Convenzione di Palermo, veniva ratificata a conclusione di un percorso parlamentare lungo, con l'approvazione della legge 16 marzo 2006, n. 146 intitolata «Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001»²⁸.

In questo ambito, il superamento dei meccanismi tradizionali dell'estradizione e del sistema di esecuzione indiretta della pena di cui tale istituto è espressione ha rappresentato uno degli obiettivi prioritari della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, sul presupposto

²⁷ Sul punto, si vedano gli studi di R.S. Clarke, *Offenses of International Concern: Multilateral State Treaty Practice in the Forty Years Since Nuremberg*, in *Nordic J. Int'l L.*, 1988, 57, pp. 49 ss.; E.M. Wise, *The Obligation to Extradite or Prosecute*, in *Israel L. Rev.*, 1993, 27, pp. 268 ss.

²⁸ Per una prima ricognizione generale delle principali questioni relative all'applicazione della legge 16 marzo 2006, n. 146, si rinvia agli studi di G. De Amicis, *Reati transnazionali nel mirino dell'Onu, Roma: sì alla Convenzione. Cosa cambia. Ratificato l'accordo contro mafia,*

che la dimensione extraterritoriale del crimine globalizzato non permette di subordinare la repressione delle condotte illecite che ne rappresentano la concretizzazione ai limiti applicativi che caratterizzano dello stesso istituto.

In questo contesto, è evidente che il potenziamento degli strumenti di cooperazione internazionale in funzione della repressione dei reati riconducibili alla sfera di operatività della criminalità globalizzata è la conseguenza del fatto che gli Stati non possono esercitare una giurisdizione universale nei confronti di tutti i reati se non in casi eccezionali, come nelle ipotesi delittuose previste dall'art. 7 c.p., in presenza di presupposti normativi tassativamente indicati. Tutto questo comporta ulteriormente la necessità di elaborare nuovi strumenti di cooperazione tra gli Stati che non si fondino in via esclusiva sull'estradiizione e che, al contrario, puntino a costituire una rete interstatuale integrata, che consenta di contrastare il crimine globalizzato con modalità più flessibili, sia sul piano del diritto interno che su quello del diritto internazionale.

La soluzione adottata dalla Convenzione di Palermo, d'altra parte, costituisce una conseguenza inevitabile del fatto che, a partire dal secondo dopoguerra mondiale del secolo scorso, l'estradiizione è divenuto solo uno degli strumenti utilizzabili per realizzare quelle forme di cooperazione tra Stati nazionali indispensabili per contrastare il crimine organizzato realizzato su scala internazionale o transnazionale. Da questo punto di vista, deve ulteriormente rappresentarsi che la legge 16 marzo 2006, n. 146, con la quale è stata ratificata la Convenzione di Palermo, non ha ritenuto di introdurre alcun correttivo applicativo in relazione agli istituti afferenti alla cooperazione interstatuale integrata, a conferma della consapevolezza dell'insostituibilità di tali strumenti per potenziare il contrasto alla criminalità transnazionale²⁹.

Allo strumento dell'estradiizione, in ogni caso, la Convenzione di Palermo dedica un'importanza centrale, attraverso la previsione dell'art. 16, nel cui primo comma viene delimitato lo spazio di

riciclaggio e corruzione, in *Dir. e giust.*, 2006, 20, pp. 94 ss.; A. Laudati, *I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all'interno dell'Unione europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, pp. 401 ss.

²⁹ La dimostrazione di quanto si sta affermando risiede nel fatto che la legge 16 marzo 2006, n. 146 si è limitata a occuparsi del tema della cooperazione integrata marginalmente e nell'ambito normativo del solo art. 6, intitolato «Informazione al Parlamento sulla cooperazione in materia di estradiizione e di assistenza giudiziaria», prevedendo al suo comma 1 che, con cadenza annuale, il Ministro della Giustizia informasse il Parlamento sullo stato di attuazione delle previsioni dell'articolo 16 della Convenzione di Palermo, in merito alla collaborazione tra gli Stati Parte in materia di estradiizione.

applicazione di questo istituto, stabilendosi: «Il presente articolo si applica ai reati previsti dalla presente Convenzione o nei casi in cui il reato di cui all'articolo 3, paragrafo 1 (a) o (b), implichi il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato e la persona oggetto della richiesta di estradizione si trovi nello Stato Parte richiesto, a condizione che il reato per il quale si richiede l'estradizione sia punibile ai sensi della legge interna sia dello Stato Parte richiedente che dello Stato Parte richiesto». Nello stesso contesto si collocano gli altri sedici paragrafi dell'art. 16, attraverso i quali la disciplina dell'estradizione contenuta nella Convenzione di Palermo si articola.

Si è cercato, in questo modo, di superare gli ostacoli che, storicamente, vengono frapposti alla concessione dell'estradizione da parte delle singole nazioni, vanificando le esigenze di repressione di reati spesso gravissimi. Tutto questo è anche la conseguenza del fatto che, in questa materia, gli Stati continuano a privilegiare i trattati bilaterali, rifiutando la strategia di puntare a intese multilaterali e dando vita a soluzioni convenzionali che permettono ai singoli Paesi di realizzare accordi che tengano conto delle loro relazioni³⁰.

In stretto collegamento con l'art. 16 si pone l'art. 19, dedicato alle indagini comuni agli Stati Parte della Convenzione di Palermo, nel quale si afferma: «Gli Stati Parte valutano l'opportunità di stringere di accordi o intese bilaterali o multilaterali per mezzo dei quali, rispetto a questioni oggetto di indagini, azioni penali o procedimenti giudiziari in uno o più Stati, le autorità competenti interessate possono creare organi investigativi comuni. In mancanza di tali accordi o intese, si possono intraprendere indagini comuni sulla base di accordi caso per caso. Gli Stati Parte coinvolti assicurano il pieno rispetto della sovranità dello Stato Parte nel cui territorio tale indagine ha luogo».

Nello stesso ambito, si deve considerare il trasferimento dei procedimenti penali, che è l'espressione che viene utilizzata per indicare le procedure di trasferimento di un procedimento da uno Stato all'altro, sulla base del riconoscimento che il Paese verso il quale opera la rinuncia all'esercizio della potestà giurisdizionale presenta maggiori elementi di collegamento con le parti del processo.

Al trasferimento dei procedimenti penali, in particolare, la Convenzione di Palermo dedica l'art. 21, nel cui comma unico si afferma: «Ciascuno Stato Parte valuta la possibilità di trasferire ad

³⁰ Cfr. M.C. Bassiouni, *Le modalità di cooperazione internazionale*, cit., pp. 55-57.

un altro i procedimenti relativi al perseguimento di reati compresi nella presente Convenzione nei casi in cui tale trasferimento è ritenuto nell'interesse della corretta amministrazione della giustizia, in particolare nei casi in cui sono coinvolte più giurisdizioni, al fine di concentrare l'esercizio dell'azione penale».

Si consideri, inoltre, il sempre più frequente impiego dell'assistenza giudiziaria reciproca tra Stati, che viene realizzata attraverso l'esperimento delle procedure di rogatoria internazionale, che, con il passare degli anni, hanno finito per rappresentare – nei rapporti di cooperazione interstatuale integrata – lo strumento di più frequente utilizzazione nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata transnazionale. Nel nostro sistema penale, in particolare, alla materia delle rogatorie internazionali è dedicato il titolo III del libro IX del codice di procedura penale, che comprende l'intera tematica della disciplina dei rapporti giurisdizionali con le autorità straniere, nell'ambito della quale, com'è noto, vengono distinte le ipotesi di rogatorie dall'estero dalle ipotesi di rogatorie all'estero.

All'istituto dell'assistenza giudiziaria reciproca tra Stati la Convenzione di Palermo dedica l'art. 18, nel cui primo paragrafo si afferma: «Gli Stati Parte si concedono reciprocamente la più ampia assistenza giudiziaria in materia di indagini, azione penale e procedimenti giudiziari per i reati di cui alla presente Convenzione così come previsto dall'articolo 3 ed estendono reciprocamente analoga assistenza nel caso in cui lo Stato Parte richiedente abbia fondati motivi di sospettare che il reato di cui all'articolo 3, paragrafo 1 (a) o (b), sia di natura transnazionale, comprese le ipotesi in cui le vittime, i testimoni, i proventi, gli strumenti o le prove relativi a tali reati si trovino nello Stato Parte richiesto e che nel reato sia coinvolta un gruppo criminale organizzato».

Per quanto riguarda, invece, i motivi per i quali può richiedersi l'assistenza giudiziaria reciproca tra gli Stati, il terzo paragrafo dell'art. 18 stabilisce: «L'assistenza giudiziaria reciproca che deve essere concessa conformemente al presente articolo può essere richiesta per i seguenti motivi: acquisire prove o dichiarazioni di persone; notificare documenti di natura giudiziaria; eseguire perquisizioni e sequestri, e sequestro conservativo; esaminare oggetti e luoghi; fornire informazioni, prove documentali e perizie tecniche; fornire originali o copie conformi dei relativi documenti e verbali, compresi i verbali governativi, bancari, finanziari, societari o aziendali; identificare o rintracciare proventi di reato, proprietà, strumenti o altro, ai fini probatori; agevolare la comparsa volontaria di persone nello Stato Parte richiedente; ogni altro tipo di assistenza prevista dalla legge dello Stato Parte richiesto».

Su un piano applicativo sostanzialmente assimilabile a quello dell'assistenza giudiziaria reciproca, inoltre, si colloca lo strumento dello scambio di informazioni tra le forze di polizia, che rappresenta uno strumento di cooperazione interstatuale integrata di recente emersione, proveniente dall'esperienza giudiziaria e investigativa degli ordinamenti dei Paesi anglosassoni. In questo contesto sistematico, si tenga presente che, negli ultimi anni, i processi di globalizzazione che hanno caratterizzato l'esplosione dei fenomeni criminali transnazionali, hanno finito per collocare lo strumento dello scambio di informazioni tra Stati in una posizione centrale rispetto all'azione di contrasto a tali fenomenologie delinquenziali.

A tale forma di cooperazione interstatuale, che la Convenzione di Palermo ha disciplinato nel contesto normativo dedicato all'assistenza giudiziaria reciproca, è dedicato l'art. 18 paragrafo 4, che stabilisce: «Senza pregiudizio al proprio diritto interno, le competenti autorità dello Stato Parte possono, senza una precedente richiesta, trasmettere informazioni in materia penale ad una autorità competente di un altro Stato Parte qualora ritengano che dette informazioni possano essere utili all'autorità ad intraprendere o a concludere con successo inchieste o procedimenti penali o possano dar luogo ad una richiesta formulata dal secondo Stato Parte ai sensi della presente Convenzione».

Questa previsione, a sua volta, si raccorda con quella dell'art. 18 paragrafo 5, che rende compatibile la disciplina della trasmissione delle informazioni con le esigenze di segretezza delle indagini in corso di svolgimento, stabilendo: «La trasmissione di informazioni ai sensi del paragrafo 4 del presente articolo deve essere effettuata senza recare pregiudizio alle indagini e ai procedimenti penali nello Stato dell'autorità competente che fornisce le informazioni. L'autorità competente che riceve le informazioni si conforma alla richiesta che dette informazioni restino riservate, anche se temporaneamente, o con limitazioni sul loro utilizzo. Tuttavia, ciò non preclude allo Stato Parte ricevente di divulgare, nel corso di un procedimento, le informazioni che possano disculpare un accusato. In tal caso, lo Stato Parte ricevente notifica lo Stato Parte trasmittente prima della loro divulgazione e, se richiesto, si consulta con lo Stato Parte trasmittente. Nel caso in cui non fosse possibile, eccezionalmente, notificarlo in anticipo, lo Stato Parte ricevente comunica immediatamente allo Stato Parte trasmittente la divulgazione delle informazioni»³¹.

Le istanze di cooperazione interstatuale integrata poste a

³¹ Per l'inquadramento di questo istituto si rinvia agli studi di S.M. Caplan, *The applicability of the Exclusionary Rule in Federal Court to Evidence Seized and Confessions Obtained in Foreign*

fondamento della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, inoltre, debbono essere vagliate sulla base della previsioni normative contenute negli artt. 26 e 27, che sono dedicati agli strumenti utilizzabili sul piano internazionale per rafforzare la cooperazione giudiziaria e la cooperazione di polizia.

Nello stesso contesto normativo, inoltre, deve essere compreso l'art. 28, dedicato alla «Raccolta, scambio e analisi delle informazioni concernenti la natura del crimine organizzato», che possiede una rilevanza sistematica marginale rispetto alle previsioni degli artt. 26 e 27, tale da farci ritenere oggettivamente inutile il suo esame³².

Più precisamente, l'art. 26 della Convenzione di Palermo è dedicato alla disciplina delle misure necessarie al potenziamento della cooperazione interstatuale tra le autorità giudiziarie degli Stati membri e afferma espressamente nel suo primo paragrafo: «Ciascuno Stato Parte adotta adeguate misure per incoraggiare persone che partecipino o che abbiano partecipato a gruppi criminali organizzati».

Sullo stesso piano sistematico si colloca la previsione normativa contenuta nel secondo paragrafo dell'art. 26, nel quale si afferma: «Allo scopo di dare attuazione alla presente Convenzione, gli Stati Parte valutano l'opportunità di concludere intese o accordi bilaterali o multilaterali per la diretta collaborazione tra le proprie istituzioni preposte alla lotta al crimine e, laddove tali intese o accordi siano già esistenti, l'opportunità di emendarli. In mancanza di tali accordi o intese tra gli Stati Parte interessati, le Parti possono considerare la presente Convenzione come base per la reciproca collaborazione di polizia in relazione ai reati trattati dalla Convenzione stessa»³³.

Avviandoci alla conclusione della ricognizione delle istanze di cooperazione interstatuale integrata poste a fondamento della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, riteniamo opportuno evidenziare la previsione

Countries, in Col. J. *Trasnat'l*, 1977, 16, pp. 495 ss.; S.A. Saltzburg, *The Reach of the Bill of Rights Beyond the Terra Firma of the United States*, VA. J. *Int'l L.*, 1980, 20, pp. 741 ss.

³² In questo senso, si veda M.C. Bassiouni, *Le modalità di cooperazione internazionale*, cit., pp. 81-82, che, sulla centralità degli artt. 26 e 27 della Convenzione di Palermo, osserva: «Nel 2000 le Nazioni Unite hanno adottato la Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale, che in parte si occupa, pur senza regolarlo, del problema della cooperazione internazionale a livello di *law enforcement*. Alcuni articoli, e precisamente gli artt. 26-28, incoraggiano gli Stati all'adozione di accordi bilaterali e multilaterali in tema di indagini congiunte e invitano gli Stati parte a sviluppare, secondo i propri principi giuridici, una legislazione interna che faccia uso di particolari tecniche investigative, tra cui la sorveglianza elettronica ed altre forme di sorveglianza e operazioni segrete, che presumibilmente potrebbero essere utilizzate anche dalle agenzie di *law enforcement* e di intelligence di altri Paesi».

³³ Cfr. M.C. Bassiouni, op. ult. cit., p. 84.

normativa dell'art. 27, nel cui primo paragrafo si stabilisce: «Gli Stati Parte collaborano strettamente tra di loro, coerentemente con i rispettivi ordinamenti giuridici ed amministrativi nazionali, per rafforzare l'efficacia dell'azione delle strutture preposte al contrasto dei reati di cui alla presente Convenzione».

Questa disciplina, infine, deve essere integrata con quella trasfusa nel secondo paragrafo dell'art. 27 del testo convenzionale in esame, che recita: «Allo scopo di dare attuazione alla presente Convenzione, gli Stati Parte valutano l'opportunità di concludere intese o accordi bilaterali o multilaterali per la diretta collaborazione tra le proprie istituzioni preposte alla lotta alla criminalità e, laddove tali intese o accordi siano già esistenti, l'opportunità di emendarli. In mancanza di tali accordi o intese tra gli Stati Parte interessati, le Parti possono considerare la presente Convenzione come base per la reciproca collaborazione di polizia in relazione ai reati trattati dalla Convenzione stessa. Qualora opportuno, gli Stati Parte utilizzano pienamente gli accordi e le intese, nonché le organizzazioni regionali o internazionali, per incrementare la cooperazione tra le proprie strutture di polizia». Tale disciplina, infine, deve essere integrata con quella del terzo paragrafo dell'art. 27, che stabilisce: «Ciascuno Stato Parte valuta la possibilità, nel rispetto dei principi fondamentali delle proprie leggi nazionali, di garantire l'immunità dall'azione penale a chiunque fornisca una collaborazione sostanziale nelle indagini o determini il perseguimento di un reato trattato dalla presente Convenzione».

In definitiva, la ricognizione delle previsioni della Convenzione di Palermo dedicate alla cooperazione interstatuale integrata ci conferma che la presa di coscienza dell'inadeguatezza del sistema di esecuzione indiretta della pena da parte della comunità internazionale ha comportato un processo di armonizzazione delle norme, sostanziali e processuali, dedicate alla cooperazione internazionale. Questo percorso evolutivo ha comportato l'erosione della distinzione tra crimini nazionali e internazionali, ponendo il problema di una rielaborazione dei modelli di analisi di questi fenomeni delinquenziali che, in conseguenza del declino della sovranità nazionale, ci appare irrinunciabile³⁴.

³⁴ Su questi temi, in particolare, si veda l'analisi condotta da A. Laudati, *I delitti transnazionali*, cit., pp. 403-405.

6. Il declino della sovranità nazionale e il sistema di cooperazione integrata nello spazio giuridico europeo dopo l'entrata in vigore della legge 22 aprile 2005, n. 69

Nel contesto sistematico che si è descritto, deve essere inserita la legge 22 aprile 2005, n. 69, con cui il nostro Paese si è conformato alla decisione quadro del Consiglio europeo n. 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo e alla procedure di consegna tra gli Stati dell'Unione europea³⁵.

L'introduzione della legge 22 aprile 2005, n. 69 nel nostro ordinamento deve essere salutata con favore, perché rappresenta un'ulteriore affermazione di quelle istanze universalistiche del diritto penale nostrano, integrando il sistema di cooperazione integrata interstatuale delineato dalla Convenzione di Palermo e determinando il superamento del sistema di esecuzione indiretta della pena nell'ambito dello spazio giuridico europeo delineato dall'art. 29 del Trattato di Amsterdam.

In questa prospettiva, deve osservarsi che il mandato di arresto europeo mira a semplificare le procedure di consegna da parte dei Paesi dell'Unione europea dei soggetti nei cui confronti è stato emesso un provvedimento restrittivo da parte di un'autorità giudiziaria. Il provvedimento restrittivo, in questo modo, assume una forma giuridica comunitaria che gli consente di ricevere attuazione anche al di fuori degli spazi territoriali nazionali dei singoli Stati.

Più in generale, deve osservarsi che il mandato di arresto europeo deve essere inserito in un contesto comunitario finalizzato alla costituzione di uno spazio giudiziario all'interno dell'Unione europea. La creazione di tale area di convergenza giudiziaria e investigativa rappresenta l'obiettivo di maggiore interesse nell'ambito delle linee di sviluppo legislativo dell'Unione europea, sul presupposto che il ravvicinamento istituzionale degli Stati membri anzitutto debba partire dall'affermazione di condizioni di sicurezza territoriale dell'intera area comunitaria, realizzate attraverso l'incentivazione di adeguate forme di cooperazione interstatuale³⁶.

³⁵ Per una prima ricognizione del mandato di arresto europeo si rinvia a M. Chiavario, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia a livello europeo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, pp. 974 ss.; A. Damato, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, pp. 21 ss.

³⁶ Cfr. M. Chiavario, *Cooperazione giudiziaria e di polizia*, cit., pp. 990-991.

Com'è noto, la costituzione dello spazio giuridico europeo è prevista dall'art. 29 del Trattato di Amsterdam, con il quale è stato approvato il trattato istitutivo dell'Unione europea. Nel primo comma di tale previsione, in particolare, si stabiliva: «Fatte salve le competenze della Comunità europea, l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia».

In tale ambito, la legge 22 aprile 2005, n. 69 rappresenta un momento fondamentale per la realizzazione del processo di emancipazione del nostro sistema penale dalla visione autarchica e nazionalistica che caratterizza il codice vigente, sul presupposto che gli strumenti repressivi che lo rappresentano sono inadeguati a svolgere quella funzione di contrasto delle fenomenologie delinquenziali più complesse e pervasive della nostra epoca, tra le quali certamente il crimine globalizzato riveste un ruolo di primo piano.

In questo contesto, il mandato di arresto europeo è l'espressione della presa di coscienza da parte del legislatore comunitario che le forme più pericolose di criminalità possiedono connotazioni multinazionali, non essendo collegate al territorio di una sola nazione.

Tuttavia, non si è ritenuto di compiere un ulteriore passo in avanti verso il completamento del processo di armonizzazione comunitaria, recependo i suggerimenti della più autorevole dottrina, che spingeva verso la costruzione di un diritto penale europeo, compiendo uno sforzo di omogeneizzazione tra gli ordinamenti statuali ormai irrinunciabile³⁷.

In tale contesto, la cooperazione giudiziaria non può più essere inquadrata in un'ottica tradizionale, improntata a una visione autarchica dei rapporti tra gli Stati. Questa prospettiva sistematica, infatti, è inevitabilmente destinata al fallimento, non essendo idonea a fronteggiare fenomeni criminali transnazionali, che si caratterizzano per il loro anonimato geografico, che determina la creazione di sorta di apolidia criminale.

³⁷ In questa direzione interpretativa, si veda C. Roxin, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 6, che, a proposito della necessità di portare a termine il processo di armonizzazione europeo del diritto penale, afferma: «È senz'altro vero, d'altra parte, che i problemi relativi alle singole figure di reato e alle categorie della parte generale non vengono risolti in maniera identica in ogni Paese. Ma anche questa constatazione – e con ciò giungo alla seconda delle tesi prima enunciate – non pone in discussione il carattere universale delle acquisizioni della scienza penalistica (...). Tuttavia – ed è questo il dato essenziale – i problemi sono gli stessi; e gli argomenti che possono essere invocati in favore

La conferma di tutto questo ci proviene dalla consapevolezza che il percorso di armonizzazione funzionale al potenziamento delle esigenze di cooperazione giudiziaria tra gli Stati dell'Unione europea che si è concretizzato nell'approvazione della decisione quadro n. 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 e nella legge 22 aprile 2005, n. 69 non può essere ritenuto il frutto di una strategia emergenziale.

Naturalmente, come tutti i processi normativi, anche quello sfociato nella legge istitutiva del mandato di arresto europeo presenta aspetti critici, come è stato evidenziato dai primi commentatori della legge 22 aprile 2005, n. 69. In questo senso, ci sembrano fondate le critiche tendenti a evidenziare come questo processo si sia concentrato sui profili processuali relativi alle istanze di cooperazione giudiziaria, trascurando le esigenze di armonizzazione delle legislazioni nazionali in quell'ottica di europeizzazione del diritto penale da tutti auspicata³⁸.

In questo contesto sistematico, l'Unione europea ha finito per privilegiare esigenze di carattere esclusivamente repressivo, imponendosi come obiettivo prioritario quello di semplificare la procedura di consegna degli indagati o degli imputati ricercati dalle autorità giudiziarie degli Stati membri, omettendo di formulare ogni valutazione sulla piattaforma di diritto sostanziale sottostante alle scelte di semplificazione procedurale compiute. Senza considerare, per altro verso, che questa decisa spinta verso una dimensione meramente processuale dei fenomeni criminali transnazionali ha finito per determinare l'elusione di alcuni principi fondamentali in materia di tutela delle libertà inviolabili della persona, facendo compiere un vero e proprio passo indietro rispetto al processo di armonizzazione normativa al quale si sta facendo riferimento in questo lavoro.

In altre parole, con l'approvazione della decisione quadro n. 2002/584/GAI, l'Unione europea si è mostrata interessata, in modo quasi esclusivo, a soddisfare le esigenze di sicurezza e di ordine pubblico collegate alla previsione dell'art. 29 del Trattato di Amsterdam, ponendo in secondo piano ogni ulteriore profilo riguardante la tutela delle libertà individuali e dei diritti fondamentali della persona.

dell'una o dell'altra soluzione sono non solo numericamente limitati, ma hanno valore anche al di là dei confini nazionali e su di essi – a prescindere da ogni sforzo politico di assimilazione tra i diversi ordinamenti – può formarsi un consenso generalizzato in grado di favorire l'introduzione di normative identiche o quanto meno simili: un fenomeno, del resto, già oggi caratteristico di ampi settori del diritto penale, in molte parti del mondo».

³⁸Cfr. C. Roxin, *I compiti futuri della scienza penalistica*, pp. 9-12.

Questa scelta interpretativa deve essere ritenuta consapevole e deve essere giustificata sulla base del convincimento che un eccessivo potenziamento dei profili di garanzia individuale del destinatario del mandato di arresto europeo avrebbe finito per condizionare in negativo la possibilità di effettiva utilizzazione dello strumento processuale introdotto, paralizzando le esigenze di cooperazione giudiziaria poste a fondamento della decisione quadro del Consiglio europeo n. 2002/584/GAI.

Questa scelta di semplificazione, dunque, ha finito per accentuare il dominio del diritto processuale sul diritto sostanziale in atto imperante nella legislazione comunitaria, che, dal nostro punto di vista, costituisce un passo indietro rispetto allo sviluppo che aveva caratterizzato tutta la legislazione precedente. Né può costituire una giustificazione a questo passo indietro della legislazione comunitaria quella secondo cui la scelta di privilegiare l'aspetto processuale del mandato di arresto europeo rappresenta la conseguenza delle difficoltà di individuare un patrimonio di valori comuni condivisi nel patrimonio legislativo dei singoli Stati membri dell'Unione europea.

BIBLIOGRAFIA

S. ALEO, *Il diritto flessibile*, in *Rass. penit. criminol.*, 2004, 2, pp. 1 ss.

A. ALEO-G. PICA, *Sistemi giuridici complessità comunicazione*, Bonanno, Acireale, 2009.

S. AMIN, *Empire of Chaos*, Monthly Review Press, New York, 1992.

R. BARBERINI, *La convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, in *Com. int.*, 2003, pp. 395 ss.

M.C. BASSIOUNI, *Legal Control of International Terrorism: A Policy Oriented Assessment*, in *Harv. Int. 'L. J.*, 2002, pp. 83 ss.

M.C. BASSIOUNI, *Le modalità di cooperazione internazionale in materia penale: il "sistema di esecuzione indiretta" e i regimi di "cooperazione inter-statale in materia penale"*, in AA.VV., *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, a cura di M.C. Bassiouni, Giuffrè, Milano, 2005.

Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, trad. it., Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 7 ss.

C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, Milano, 1991.

- U. BECK, *Cos'è la globalizzazione*, trad. it., Carocci, Roma, 1999.
- F. BORKENAU, *La transizione dall'immagine feudale all'immagine borghese del mondo*, trad. it., il Mulino, 1984.
- V. CABLE, *The World's New Fissures: Identities in Crisis*, Demos, London, 1996.
- V. CAIANIELLO-G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, n. 114.2, pp. 462 ss.
- S.M. CAPLAN, *The applicability of the Exclusionary Rule in Federal Court to Evidence Seized and Confessions Obtained in Foreign Countries*, in *Col. J. Trasnat'l*, 1977, 16, pp. 495 ss.
- A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2000.
- M. CHIAVARIO, *Decreto concessivo di estradizione, garanzie individuali e poteri dell'autorità amministrativa*, in *Riv. it.*, 1968, pp. 533 ss.
- M. CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia a livello europeo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, pp. 974 ss.
- R.S. CLARKE, *Offenses of International Concern: Multilateral State Treaty Practice in the Forty Years Since Nuremberg*, in *Nordic J. Int'l L.*, 1988, 57, pp. 49 ss.
- A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, pp. 21 ss.
- G. DE AMICIS, *Reati transnazionali nel mirino dell'Onu, Roma: sì alla Convenzione. Cosa cambia. Ratificato l'accordo contro mafia, riciclaggio e corruzione*, in *Dir. e giust.*, 2006, 20, pp. 94 ss.
- T. DELOGU, *Ordine pubblico interno e estradizione passiva*, in *Riv. it.*, 1980, pp. 485 ss.
- A. DI MARTINO, *Le frontiere e il diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006.
- A. DI MARTINO, *Criminalità, reato transnazionale e diritto penale nazionale. L'attuazione in Italia della c.d. Convenzione di Palermo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, pp. 17 ss.
- M. DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, pp. 477 ss.
- G.M. FLICK, *Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della giustizia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, pp. 598 ss.
- J. GEORGE, *Discourses of Global Politics: A Critical (Re) Introduction to International Relations*, Lynne Rienner Publications, Boulder, 1994.
- H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, trad. it., in *Ind. pen.*, 1996, pp. 523 ss.
- R. O'BRIEN, *Global Financial Integration: The End of Geography*,

Chatman House/Pinter, London, 1992.

M. HARDT-A. NEGRI, *Impero*, trad. it., Rizzoli, Milano, 2003.

D. HARVEY, *La crisi della modernità*, trad. it., il Saggiatore, Milano, 1993.

E. HIRSCHMANN-M. HOLBROK, *Postmodern Consumer Research: The Study of Consumption as Text*, Sage, Newbury Park, 1992, pp. 34 ss.

H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Estaslibri, Milano, 1984.

H. KELSEN, *La pace attraverso il diritto*, trad. it., Giappichelli, Torino, 1990.

A. LAUDATI, *I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all'interno dell'Unione europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, pp. 401 ss.

G. LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Giuffrè, Milano, 1983.

C.B. MACPERSHON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese: la teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, trad. it., Isedi, Milano, 1973.

A. PAGLIARO, *Legge penale nello spazio*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 1054 ss.

C. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, pp. 1 ss.

A. SACCUCCI, *Lotta contro il crimine organizzato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 2, pp. 256 ss.

S.A. SALTZBURG, *The Reach of the Bill of Rights Beyond the Terra Firma of the United States*, *VA. J. Int'l L.*, 1980, 20, pp. 741 ss.

E.M. WISE, *The Obligation to Extradite or Prosecute*, in *Israel L. Rev.*, 1993, 27, pp. 268 ss.



UFFICIO DI SORVEGLIANZA VERCELLI
per le circoscrizioni dei Tribunali di Vercelli - Casale M.to -
Ivrea – Biella

Ordinanza del 17 giugno 2009

N. SIUS 2009/390

IL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA

VISTI gli atti relativi al reclamo, ai sensi dell'art. 69
comma IV della Legge 26 luglio 1975, n. 354, avanzato da:
M.D., nato a XXX il XXX,
attualmente ristretto presso la Casa Circondariale di
BIELLA;

O S S E R V A:

RITENUTO IN FATTO

Con missiva in data 31.01.09, il detenuto M. D. formulava reclamo ai sensi degli artt. 14 *ter* e 69 della L. n. 354/75, avverso la decisione assunta dalla Direzione della CC di Biella, con atto in data 09.01.09, con il quale era comunicato il diniego alla richiesta dell'interessato di poter comunicare in via telefonica con il proprio legale fiduciario senza particolari limitazioni e, in particolare, in deroga al disposto dell'art. 39, D.P.R. n. 230/2000. La reiezione dell'istanza del detenuto era motivata dall'opportunità di uniformarsi – per quanto concerne la disciplina dei colloqui telefonici dei soggetti detenuti con il proprio difensore - al contenuto della nota del Provveditorato regionale dell'amministrazione penitenziaria del Piemonte-Valle d'Aosta n. 016449-IV dd. 28.04.06.

Precisamente, la nota del PRAP richiamata nel provvedimento

impugnato, ha ritenuto che i colloqui telefonici con il difensore ricadono nella disciplina dettata dall'art. 39, D.P.R. n. 230/2000, e che l'effettuazione della corrispondenza telefonica deve, di conseguenza, essere sottoposta al vaglio discrezionale dell'amministrazione ai fini della eventuale autorizzazione (art. 39, comma 2, D.P.R., cit.).

Il PRAP pone a sostegno della propria interpretazione della disciplina in materia di colloqui telefonici una giurisprudenza che, negando la equiparazione dei colloqui con il difensore a quelle con i familiari di cui all'art. 37, del D.P.R. n. 230/2000, cit., ha affermato il principio che i primi sono assoggettati alla disciplina delle autorizzazioni previste dalla disposizione di cui all'art. 39, cit.

Il reclamante contesta la decisione della Direzione CC Biella, e osserva che la prassi di subordinare l'effettuazione dei colloqui telefonici con il difensore fiduciario alla valutazione discrezionale della Direzione dell'istituto penitenziario sarebbe priva di legittimazione normativa e costituirebbe, inoltre, una compressione non giustificata del diritto di difesa.

Secondo l'interpretazione proposta nell'atto di impugnazione, i colloqui con il difensore avrebbero natura unitaria, e si distinguerebbero, pertanto, solo per le diverse modalità con le quali vengono effettuati (visive, epistolari, telefoniche, etc.). Ne conseguirebbe che – a prescindere dalle diverse modalità tecniche di effettuazione – i colloqui con il difensore dovrebbero andare soggetti alla medesima disciplina per quanto concerne la sottrazione al regime delle “autorizzazioni” di natura discrezionale da parte della direzione dell'istituto, potendo soltanto essere assoggettati alla regolamentazione del loro esercizio, anche sulla base delle direttive interne stabilite dall'amministrazione penitenziaria.

Diversamente opinando, la disciplina sarebbe contrastante con i principi stabiliti dalla normativa interna e transnazionale in ordine alle garanzie poste a presidio dell'esercizio del diritto di difesa.

A sostegno della propria prospettazione, il reclamante porta un recente orientamento di merito, che ha ritenuto illegittima qualsiasi limitazione al numero di colloqui telefonici che possono intercorrere con il difensore, rimanendo in ogni caso all'amministrazione penitenziaria di disciplinare le modalità concrete con le quali tale facoltà può essere esercitata.

L'interessato chiede, sulla base dei motivi esposti nel reclamo, la possibilità di effettuare colloqui con il proprio difensore senza alcuna limitazione e, in particolare, senza che il numero di tali colloqui sia cumulato con quello relativo ai colloqui autorizzati con i propri familiari e congiunti.

CONSIDERATO IN DIRITTO

In via pregiudiziale, occorre verificare l'ammissibilità del reclamo. A tale proposito, si richiama la sentenza 8/11.2.1999, n. 26, con la quale la Corte Costituzionale è intervenuta sull'art. 35 e sul successivo art. 69, della legge 26 luglio 1975, n. 354, dichiarandone l'illegittimità di fronte alla Carta costituzionale nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale.

Come è noto, la Consulta non ha ritenuto di indicare positivamente quale fosse il rimedio giurisdizionale applicabile al fine di rendere effettiva la tutela *apud iudicem*, così che, a fronte delle variegate soluzioni adottate dai magistrati di sorveglianza, la lacuna è stata successivamente colmata dall'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione, con sentenza 26.2/10.6.2003, Gianni, che ha stabilito il principio – consolidatosi nella successiva elaborazione – secondo cui i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria incidenti su diritti soggettivi sono sindacabili in sede giurisdizionale mediante reclamo al magistrato di sorveglianza, che decide con ordinanza ricorribile per cassazione, secondo la procedura indicata nell'art. 14 *ter*, della legge n. 354 del 1975.

Tanto premesso, deve essere precisato che le doglianze proponibili mediante tale rimedio devono consistere in pretese astrattamente riconducibili ad un diritto soggettivo, e non possono per converso investire questioni di mera opportunità, rimesse all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione. In tal senso si sono univocamente espresse sia la Corte Costituzionale che le Sezioni Unite della Cassazione, nelle decisioni sopra citate; analogamente si è espressa la stessa Corte europea, secondo la quale (con rinvio ad un principio già affermato nella decisione Bellet contro Francia del 4.12.1995) l'effettività del diritto di accesso alla giurisdizione richiede che un individuo goda di una possibilità chiara e concreta di contestare un atto che costituisce un'ingerenza nei suoi diritti e tale indirizzo si è consolidato nella recente giurisprudenza (Cass., Sez. I, 3.2/24.3.2004, Pazienza, in CED Cass.; Cass., Sez. I, 24.10/12.12.07 n. 46269, Musumeci, in CED Cass.).

Per effetto della ricordata pronunzia costituzionale n. 26 del 1999, l'ordinamento vigente appresta due livelli di tutela delle posizioni della persona detenuta, entrambi fondati sulla medesima combinata disposizione degli artt. 35 e 69, Ord. pen. Il primo e più incisivo presidio è costituito dalla giustiziabilità dei diritti soggettivi dei detenuti, con le forme giurisdizionali

sancite – pur nella vista indeterminatezza - dalla citata sentenza costituzionale. Il secondo piano di salvaguardia è individuato in negativo rispetto al primo livello di difesa, e comprende tutte le posizioni soggettive non sussumibili entro l'area protetta della tutela giurisdizionalizzata, che restano quindi comprese nell'ambito residuale gestito con lo strumento del reclamo "generico" deciso con procedura *de plano* (art. 35, Ord. pen.).

È affidato all'apprezzamento del giudice stabilire quali posizioni soggettive siano giustiziabili con le forme giurisdizionalizzate, in seguito alla sentenza costituzionale n. 26 del 1999, e quali, non assurgendo al rango di diritti soggettivi o di interessi giuridicamente tutelati, restino all'esterno della sfera di tutela giurisdizionale apprestata dall'ordinamento e continuino a beneficiare, di conseguenza, della più limitata tutela assicurata dal procedimento semplificato previsto dall'art. 35, Ord. pen.

Si tratta, in altri termini, di selezionare, tra tutte le doglianze che pervengono alla magistratura di sorveglianza, quali debbano comportare l'adozione della procedura *ex art. 14 ter*, L. 26.7.1975, n. 354.

Il problema non si pone tanto rispetto alle ipotesi in cui sia applicabile una procedura diversa, visto che queste sono fattispecie espressamente previste (a es., in tema di reclamo avverso il decreto che dispone controlli sulla corrispondenza dei detenuti, ai sensi dell'art. 18 *ter*, L. 26.7.1975, n. 354), ovvero casi che ricadono nella giurisdizione generale (es. azione per risarcimento danni *ex art. 2043 c.c.*); bensì in relazione a quelle in cui resti utilizzabile soltanto la via del ricorso "generico" previsto dall'art. 35, Ord. pen., cit.

Si tratta di una questione che incide pesantemente sulla efficacia della tutela, posto che, molto spesso è la stessa materiale difficoltà di governare la massa delle istanze, denunce, segnalazioni a rendere tardiva e inefficiente la tutela. Detto in altri termini, una indiscriminata attuazione di tali modelli per ogni segnalazione ricevuta non solo rischia di comportare la paralisi della attività, ma renderebbe pressoché impossibile la selezione dei casi: in altri termini, la diluizione degli interventi su una miriade di casi ne eliderebbe la capacità di penetrazione.

Il problema più complesso (e più importante in pratica) è allora stabilire dove passi il confine tra le posizioni tutelabili e aspettative di mero fatto. In effetti, si possono ipotizzare modelli teorici assai diversi, ma la soluzione resta difficile. Una delle tentazioni più irresistibili per l'interprete è cercare di operare una selezione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, o modelli concettuali simili. Un'altra strada, diversa dal tradizionale ricorso alla sopra richiamata sistematizzazione, può essere

ravvisata nella verifica se, nella fattispecie, sono in gioco interessi che effettivamente non sono o non devono essere incisi dalla detenzione (e allora la tutela è quella ordinaria), ovvero si tratta di interessi che vengono connotati dalla detenzione.

Qualora si verifichi questa seconda situazione, è evidente che l'interessato si trova in una situazione giuridicamente differente da quella del soggetto libero: nella situazione, cioè, di chi ha posizioni giuridiche da contemperare con la detenzione, o meglio con lo scopo della detenzione.

Tale situazione è delicatissima e meritevole della massima attenzione e tutela, anzi forse di tutela più attenta e intensa di quella di un soggetto libero, ma pur sempre differente. Il giudizio da compiere è sempre quello della proporzione tra le esigenze di sicurezza (sociale e penitenziaria) e l'interesse del singolo.

Siamo, in altri termini, nell'ambito della valutazione della proporzionalità dell'azione amministrativa, nell'attuazione dei suoi scopi, rispetto ai diritti individuali. Il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, oltre a non ledere posizioni non sacrificabili in assoluto. La linea di confine della tutela accordata dall'ordinamento sembra dover essere allora quella delle aspettative di mero fatto: non è azionabile la procedura a fronte di doglianze che non coinvolgano lesione di posizioni giuridicamente tutelate, ma mere aspettative.

La giurisprudenza è prevalentemente orientata in senso restrittivo, selezionando rigorosamente le posizioni soggettive fatte valere dalle persone detenute, e riconoscendo la più ampia tutela giurisdizionale assicurata dal combinato disposto dei già richiamati artt. 35 e 69, L. 26.7.1975, n. 354, soltanto alle doglianze riferibili alla ipotizzata violazione di diritti soggettivi.

Deve, altresì, essere ricordato che il detenuto – per effetto della sua peculiare posizione di persona sottoposta ad esecuzione di pena – è soggetto al potere organizzativo dell'amministrazione penitenziaria, talché egli non gode della pienezza delle facoltà inerenti ai propri diritti soggettivi; bensì gli è consentito di esercitare quelle facoltà il cui esercizio non è incompatibile con le superiori esigenze di natura pubblicistica, connesse all'ordine e alla sicurezza interne agli istituti di pena.

La ponderazione comparativa tra l'interesse pubblico alla realizzazione della pretesa punitiva dello Stato e l'interesse del singolo alla conservazione ed allo sviluppo della propria sfera soggettiva, rende, in definitiva, ragione dell'assunto, generalmente condiviso, che sono suscettive di tutela quelle (e soltanto quelle) attività che non comportino un sacrificio irrimediabile degli

interessi pubblici connessi all'esecuzione penale (in primo luogo, la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza, e l'integrale esecuzione della pena o della misura di sicurezza: cfr. art. 1, comma 3, L. 26.7.1975, n. 354, e art. 2, d.p.r. 30.6.2000, n. 230).

Da ciò consegue che il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario a realizzare la salvaguardia delle esigenze sopraordinate, e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto. Peraltro, tale principio generale è stato ripetutamente affermato in sede di giurisdizione internazionale dalla CEDU, che l'ha declinato nei termini del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, implicante che devono assumersi come tutelabili tutte le situazioni giuridiche soggettive espressamente riconosciute dalle norme penitenziarie, nonché tutte quelle riconoscibili ad un soggetto libero, in relazione alle quali occorre sempre applicare il detto principio di proporzionalità (nella giurisprudenza interna, ha affermato tale principio la recente Cass., Sez. I, 30.01/20.02.08, n. 7791, Rv. 238721, Madonia, in CED Cass.).

Con riferimento alla realtà penitenziaria, si tratta, in altri termini, di calibrare e dosare attentamente la quantità di interesse privato (e dunque, nel senso migliore del termine, *egoistico*) che può liberamente esplicarsi nel quadro dell'esecuzione penitenziaria per non incidere sul preminente interesse pubblico (patrimonio dell'intera società civile) alla certezza dell'esecuzione della pena e al mantenimento dell'ordine pubblico interno agli istituti di pena.

Strettamente connessa a tale ricostruzione della posizione della persona detenuta è l'assunto che all'amministrazione penitenziaria, per il conseguimento delle finalità pubblicistiche connesse al corretto esercizio della *potestas puniendi* statuale, è riconosciuto un margine di discrezionalità all'interno del quale maturano le scelte organizzative connesse al ruolo esecutivo della pena assegnato dall'ordinamento a tale articolazione amministrativa.

Ne consegue che il provvedimento amministrativo nel quale si cristallizza la scelta discrezionale dell'amministrazione penitenziaria, ove non ecceda la funzione tipica che gli è propria, non è in sé suscettibile di ledere diritti soggettivi e si sottrae quindi al controllo del Magistrato di sorveglianza, mentre possono costituire ammissibile oggetto di reclamo le singole disposizioni o atti esecutivi che siano in concreto lesivi dei diritti incompressibili del detenuto.

Da tale articolata premessa, deve ritenersi, in via preliminare che, nella fattispecie, il reclamo del detenuto involge la ritenuta violazione di un diritto soggettivo costituzionalmente garantito, quale il diritto di difesa, essendo tale la prospettazione che emerge dal testo del reclamo stesso ed essendo – in ogni caso –

sussumibile sotto il profilo della lesione di un diritto il contenuto sostanziale della posizione soggettiva azionata dall'interessato.

Con riferimento all'oggetto dedotto nel presente procedimento, la posizione giuridica dell'odierno reclamante si sostanzia nel diritto alla corretta osservanza delle norme in materia di colloqui, espressamente individuata dalla ricordata sentenza delle SS.UU. come posizione giuridica soggettiva suscettibile di tutela giurisdizionale piena, e pertanto adeguatamente valutabile con la procedura prevista dal coordinato disposto degli artt. 14 *ter*, 35 e 69, L. n. 354/75.

Questo Giudice ritiene che l'eventuale illegittimità del provvedimento dell'amministrazione che regola l'esercizio di un diritto garantito, incidendo su di esso, possa essere sottoposta a verifica sotto un duplice profilo, senza che tale controllo determini una violazione dei limiti posti dall'ordinamento alla sindacabilità dell'atto amministrativo da parte dell'autorità giudiziaria: deve essere verificata, anzitutto, l'astratta possibilità che all'amministrazione sia consentito esplicitare il potere organizzativo attribuitole in via generale a quella particolare fattispecie; occorre, in secondo luogo, accertare se tale potere sia stato correttamente utilizzato negli ambiti consentiti dall'ordinamento, sopra delineati, avendo di mira l'obiettivo di interesse pubblico che l'azione amministrativa deve sempre perseguire.

L'oggetto del presente procedimento, peraltro, circoscrive l'esame richiesto al giudice al primo profilo indicato, dolendosi il reclamante dell'esercizio da parte dell'autorità amministrativa di un potere a quest'ultima non spettante *ex lege*: ciò che – in definitiva – si contesta nell'atto di impugnazione è la "carenza di potere" in capo all'amministrazione piuttosto che il "cattivo uso" di tale potere.

Nel merito del reclamo, la valutazione della fattispecie deve essere correttamente inquadrata nell'ambito della disciplina dei colloqui dei soggetti detenuti con i familiari o con altri soggetti (c.d. "terze persone").

Rileva, anzitutto, la norma di cui all'art. 18, dell'Ord. pen., che consente, con una previsione di carattere generale, lo svolgimento dei colloqui e il flusso di corrispondenza dei ristretti con le persone all'esterno, rinviando al regolamento penitenziario per la disciplina di dettaglio (art. 18, comma 5, cit.).

Il D.P.R. 30.06.2000, n. 230, integra la normativa primaria principalmente con tre disposizioni, che regolano, rispettivamente, i colloqui visivi (art. 37), i rapporti epistolari e telegrafici (art. 38), e infine quelli telefonici (art. 39).

Con riferimento alla specifica materia dei colloqui con i difensori, la normativa di dettaglio contiene un'unica

disposizione specificamente diretta a regolarne le modalità, stabilendo che, per i colloqui visivi dei detenuti con i propri legali, sono predisposti appositi locali (art. 37, comma 6).

Circa la natura e la conseguente posizione di tali norme nella gerarchia delle fonti, occorre richiamare l'indirizzo che assegna alla norma secondaria (artt. 37 e 39, D.P.R. n. 230/2000) la funzione di integrare la norma primaria (art. 18, Ord.pen.) nel senso che "nella legge 26.7.1975, n. 354 non vi è riconosciuto un diritto del detenuto a godere di un numero minimo di colloqui ma, semmai, è riconosciuto il diritto al colloquio o alle telefonate, le cui modalità di esercizio sono, legittimamente, stabilite dalla Direzione o dal regolamento di attuazione" (Cass., Sez. I, n. 28724 del 09.07/25.07.2002, RV. 221757, PM in proc. Castellana, in CED Cass.).

La disciplina dei colloqui con il difensore è stata, peraltro, arricchita da un intervento della Corte costituzionale che, con sentenza 3 luglio 1997, n. 212, ha espressamente riconosciuto l'inviolabilità del diritto di difesa, che si esercita nell'ambito di qualsiasi procedimento giurisdizionale ove sia in questione una posizione giuridica sostanziale tutelata dall'ordinamento, e che deve essere garantito nella sua effettività.

Tale ampio riconoscimento comprende in sé, secondo la Consulta, il diritto alla difesa tecnica, e dunque anche la facoltà - ad essa strumentale - di poter conferire con il difensore, allo scopo di predisporre le difese e stabilire le relative strategie processuali, ed ancor prima "allo scopo di poter conoscere i propri diritti e le possibilità offerte dall'ordinamento per tutelarli e per evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui si è esposti, non solo in relazione ad un procedimento già instaurato, ma altresì in relazione a qualsiasi possibile procedimento contenzioso suscettibile di essere instaurato per la tutela delle posizioni garantite, e dunque anche in relazione alla necessità di preventiva conoscenza e valutazione - tecnicamente assistita - degli istituti e rimedi apprestati allo scopo dall'ordinamento" ... con la conseguenza che "il diritto a conferire col difensore deve essere comunque garantito in quanto strumentale rispetto all'esercizio del diritto di difesa, anche in vista di procedimenti instaurandi anziché di procedimenti già instaurati."

Secondo la Corte, l'esercizio del diritto di conferire col difensore, in quanto strettamente inerente al diritto di difesa, non può essere rimesso a valutazioni discrezionali dell'amministrazione e pertanto non può essere regolata dalla ordinaria disciplina dei colloqui prevista dall'ordinamento penitenziario, che è ispirata al criterio di affidare all'autorità carceraria - dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, e dunque in ogni caso per il condannato

“definitivo” - la valutazione discrezionale dell’opportunità di ammettere i detenuti ai colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi, in base all’apprezzamento di “ragionevoli motivi”.

Pertanto, in assenza di ogni altra norma che riconosca tale diritto, posto che la previsione dell’art. 104 del c.p.p. è univocamente limitata all’imputato in stato di custodia cautelare, l’art. 18 dell’ Ordinamento penitenziario, unica disposizione legislativa vigente in tema di colloqui del condannato “definitivo”, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo “nella parte in cui non prevede che il condannato in via definitiva ha diritto di conferire con il difensore fin dall’inizio dell’esecuzione della condanna”.

Resta ferma ovviamente, così come ha precisato il Giudice delle leggi, (e come del resto avviene nel caso degli imputati in stato di custodia cautelare) la competenza dell’autorità carceraria a regolare le modalità pratiche di svolgimento dei colloqui col difensore, “senza peraltro che possa essere esercitato alcun potere di apprezzamento discrezionale sulla necessità e sui motivi dei colloqui medesimi” (sent. 212/97, cit.).

Il *dictum* costituzionale esplicita un fondamentale principio di civiltà giuridica, che garantisce il diritto alla difesa tecnica nell’ambito dell’intero procedimento penale, dalla fase delle indagini preliminari alla fase dell’espiazione della pena, cui è strumentale il diritto di chi si trovi privato della libertà di conferire col difensore.

Con riguardo alla fase esecutiva, il principio posto dalla Corte a tutela delle esigenze difensive è, del resto, in linea col principio della c.d. giurisdizionalizzazione dell’esecuzione penale, enunciato a più riprese dalla Consulta in numerosi e incisivi interventi sulla disciplina penitenziaria, come nel già ricordato caso afferente alla tutela dei diritti del detenuto mediante reclamo di natura, appunto, giurisdizionale.

È evidente, infatti, che non può parlarsi di “giurisdizionalizzazione” dell’esecuzione, e di conseguente sottrazione dall’area puramente amministrativa della sfera di attività che riguarda l’applicazione della sanzione penale (che comporta, inevitabilmente, la compressione di diritti fondamentali dell’individuo), senza che sia adeguatamente assicurata la garanzia della difesa tecnica, anche attraverso la presenza del difensore, che del processo è uno dei protagonisti necessari.

Né, del resto, può sottovalutarsi il ruolo di rilevante utilità sociale svolta dal difensore, nel fornire – proprio mediante gli accessi in carcere – l’opportuno ausilio all’interessato sia attraverso la “preventiva conoscenza e valutazione - tecnicamente assistita - degli

istituti e rimedi apprestati dall'ordinamento", come sottolineato dalla Corte Costituzionale, sia mediante il proprio contributo professionale al procedimento giurisdizionale già instaurato.

La rassegna delle fonti in materia di colloqui del detenuto con il proprio difensore consente di tracciare un quadro sufficientemente preciso per quanto concerne l'esercizio del diritto al colloquio visivo con il legale, atteso che la pronunzia costituzionale n. 212/97 modula direttamente la norma primaria che prevede tale diritto e che la fonte secondaria ne disciplina – se pure sinteticamente – le modalità esecutive.

Resta, invece, una lacuna normativa per quanto concerne la disciplina dei contatti telefonici del detenuto con il patrono.

A colmare la carente disciplina positiva soccorre l'interpretazione del giudice, in ossequio al principio generale che impone all'organo giudicante di assumere una decisione nel merito dell'oggetto dedotto (non potendosi risolvere, il ricorso al giudice, in una pronuncia di *non liquet* da parte dell'organo giudiziario adito), alla luce del principio che, in assenza di previsioni di legge, deve essere "il giudice a individuare nel complessivo sistema normativo la regola idonea a disciplinare la fattispecie in conformità dei principi indicati" (Corte cost., sent. n. 270/99).

Ciò premesso, nella fattispecie non può che valere il ricorso ai principi fondamentali stabiliti *in subjecta materia* dal Giudice costituzionale. E riprendendo proprio il percorso motivazionale dell'arresto n. 212/97, si ricava che l'esercizio della facoltà di conferire con il difensore è strettamente inerente all'esercizio di quel diritto di difesa che – consacrato nell'art. 24 della Costituzione – si pone quale cardine dell'ordinamento democratico ispirato ai valori di civiltà giuridica sanciti nella Carta costituzionale.

Per tale motivo, la Consulta ha considerato contraria allo spirito prima ancora che alla lettera della Legge fondamentale qualsiasi possibilità di compressione o limitazione al pieno esplicarsi di tale primario diritto dell'individuo, salvi i casi – che devono ritenersi comunque di carattere eccezionale – nei quali tale diritto possa temporaneamente essere limitato a tutela di interessi di rango costituzionale equiordinato.

In ogni caso, tali eccezionali limitazioni non possono che essere disposte dall'autorità giudiziaria (v. art. 104, c.p.p.), con esclusione, quindi, di qualsivoglia possibilità di una compressione del diritto in questione da parte di valutazioni discrezionali dell'autorità amministrativa.

A quest'ultima resta, pertanto, unicamente attribuito di regolare le modalità concrete con le quali tale diritto può

concretamente realizzarsi, nell'ambito del più generale potere organizzativo della gestione amministrativa dell'esecuzione penale.

Per tale motivo, non può condividersi l'opinione espressa dall'amministrazione penitenziaria, laddove ritiene che, mentre ai colloqui visivi del detenuto con il proprio difensore non possano apporsi limitazioni, quelli telefonici sarebbero, invece, sottoposti alla valutazione discrezionale della Direzione dell'istituto penitenziario, poiché espressione di una facoltà residuale rispetto al colloquio visivo, nel quale si realizzerebbe pienamente il diritto di difesa.

Invero, tale distinzione non trova alcun appiglio nel dettato normativo, ed anzi è palesemente contraddetta dai principi stabiliti dalla Corte costituzionale, che ha sempre ritenuto il diritto di difesa quale principio di carattere unitario, le cui diverse estrinsecazioni non possono soffrire limitazioni che non siano giustificate da esigenza di tutela di valori costituzionali di rango almeno equivalente.

Neppure convincente, per le medesime ragioni, appare l'orientamento che ritiene giustificata ai sensi dell'art. 39, D.P.R. n. 230/2000, l'eventuale limitazione numerica dei colloqui telefonici con il difensore alla luce di una presunta scelta legislativa (della quale – peraltro – non vi è traccia nell'articolato) volta a limitare questi ultimi “per problemi di gestione tecnica degli impianti” (Cass., Sez. I, 4.11.2004, n. 43154).

Né può essere ritenuto convincente, infine, l'assunto a mente del quale il diritto di difesa sarebbe comunque adeguatamente assicurato dalla possibilità di effettuare colloqui visivi o contatti epistolari (entrambe modalità non sottoposte a limiti), poiché la *ratio* desumibile dalla giurisprudenza costituzionale è chiara nel censurare ogni limitazione che non abbia fondamento in eccezionali e temporanee esigenze di tutela di valori costituzionali di rango equivalente al diritto inciso.

E non vi ha dubbio che le eventuali difficoltà o carenze dell'organizzazione penitenziaria che rendano difficoltoso assicurare l'esercizio del diritto di difesa non assurgono a valore costituzionale in nome del quale possa ammettersi - in assenza di una chiara ed espressa previsione limitativa posta dalla legge - alcuna limitazione al pieno esercizio di tale fondamentale diritto in tutte le sue forme ed articolazioni.

Resta a dire che il favore espresso dalla giurisprudenza costituzionale alla più ampia espressione del diritto di difesa trova una giustificazione anche sotto il profilo che la persona detenuta si trova in una posizione di intrinseca debolezza con riferimento

alla possibilità di esercitare pienamente le proprie *chances* difensive, rispetto al cittadino in stato di libertà, e che per tale ragione occorre aderire ad una lettura ampia e costituzionalmente orientata delle disposizioni che regolano l'esercizio delle facoltà connesse al diritto consacrato nell'art. 24 della Costituzione.

Del resto, e limitando l'analisi alla materia penitenziaria, il legislatore ha dimostrato in più occasioni una particolare attenzione alla garanzia del diritto di difesa, laddove ne ha assicurato il libero esercizio anche a potenziale detrimento delle esigenze di tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico: basti pensare alla espressa salvaguardia delle comunicazioni tra detenuto e difensore contenuta nella riforma della disciplina del c.d. "carcere duro" di cui all'art. 41 *bis* dell'Ord. pen., ovvero alle medesime garanzie mantenute nella riforma dei controlli sulle comunicazioni dei detenuti (legge 8 aprile 2004, n. 85). Sul piano generale, l'inviolabilità del diritto di difesa è altresì sancita da un articolato compendio normativo inserito nel codice del rito penale (cfr. artt. 103, comma 6, c.p.p.; art. 35, disp. att. c.p.p.).

Sulla base dei principi fondamentali di derivazione costituzionale sopra richiamati, pare dunque che la lacuna normativa evidenziata nella materia dei colloqui telefonici del detenuto con il difensore sia colmata estendendo – per evidente identità di *ratio* – a questi ultimi la disciplina introdotta con riferimento ai colloqui visivi dal pronunciamento costituzionale n. 212/97 che ha arricchito il contenuto precettivo della norma di cui all'art. 18, Ord. pen. e che, per conseguenza, debba affermarsi il principio che l'amministrazione non ha il potere discrezionale di limitare il numero di contatti telefonici che il detenuto può attivare con il proprio difensore.

Deve, precisamente, essere affermato che il detenuto può entrare in contatto con il proprio difensore a prescindere dalla precedente instaurazione di un procedimento giurisdizionale, ma anche a fini esplorativi, con riferimento a instaurandi procedimenti giurisdizionali (e pertanto senza la necessità che la nomina sia riferita ad un procedimento già incardinato e tuttora in corso), nella stessa misura e modalità riconosciute dall'art. 104 c.p.p. ai difensori degli imputati in stato di custodia cautelare, e dunque, secondo le disposizioni previste in tale ambito dagli artt. 27 e 36 disp. att. c.p.p. (e pertanto con prova della qualità di difensore mediante esibizione del verbale contenente la nomina, o copia della nomina depositata o spedita all'A.G., o comunicazione al difensore di ufficio).

Le sole limitazioni opponibili a tale facoltà possono derivare eventualmente dai "limiti eventualmente disposti dalla legge a

tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti" (ad esempio attraverso temporanee, limitate sospensioni dell'esercizio del diritto, come quella prevista dall'art. 104, comma 3, c.p.p.), o dalla disciplina delle modalità concrete di esercizio del diritto, disposte in funzione delle altre esigenze connesse allo stato di detenzione medesimo, modalità che - si ribadisce - non possono in alcun caso trasformare il diritto in una situazione rimessa all'apprezzamento dell'autorità amministrativa, e quindi subordinata ad una vera e propria autorizzazione di natura discrezionale.

È evidente, a tale proposito, che risponde alle esigenze connesse allo stato detentivo la necessità di apposita istanza da parte del detenuto, unicamente ai fini delle esigenze organizzative e di sicurezza dell'istituto, così come riconducibili alle esigenze predette sono le eventuali cautele adottate al fine di identificare con certezza l'interlocutore del detenuto.

Deve, pertanto, ritenersi che l'atto di diniego opposto dall'amministrazione penitenziaria della CC di Biella alla richiesta del detenuto M. D. di effettuare colloqui telefonici con il proprio difensore in deroga alle limitazioni stabilite dall'art. 39, D.P.R. n. 230/2000 non trova legittimazione alla luce delle considerazioni e dei principi sopra esposti e deve, conseguentemente, essere disapplicato, in conformità a quanto previsto in via generale dall'art. 4, comma 2, della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.

P.Q.M.

Visti gli artt. 14 *ter*, 18, 35, 69 della L. 26.07.75, n.354, art. 39, D.P.R. n. 230/2000, art. 104 c.p.p., 27 e 36 disp. att. c.p.p., art. 4, comma 2, L. 20.3.1865, n. 2248, all. E, artt. 666, 679, c.p.p.,

acquisite le conclusioni del P.M. e della difesa,

ACCOGLIE

il reclamo formulato da M. D. avverso il diniego opposto dall'amministrazione penitenziaria della CC di Biella alla richiesta di effettuare colloqui telefonici con il proprio difensore in deroga alle limitazioni stabilite dall'art. 39, D.P.R. n. 230/2000 e, per l'effetto,

DISAPPLICA

l'atto amministrativo impugnato;

DICHARA

che il detenuto M. D. ha diritto di effettuare colloqui telefonici con il proprio difensore senza le limitazioni al numero di colloqui previsto dall'art. 39, D.P.R. n. 230/2000.

Manda la Cancelleria per gli adempimenti di competenza.

Vercelli, così deciso il 17 giugno 2009

Il Magistrato di Sorveglianza
dott. Fabio FIORENTIN

L'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Vercelli ha accolto il reclamo di un detenuto inerente la possibilità di avere colloqui telefonici con il difensore senza le limitazioni previste dall'art. 39 D.P.R. 230/2000, con particolare riferimento all'autorizzazione del direttore dell'istituto per un numero di colloqui limitato, anche nel tempo, pari ad un massimo di 10 minuti per telefonata.

La posizione giuridica rivendicata necessitava di una tutela giurisdizionale piena e pertanto valutabile con la procedura prevista dal combinato disposto degli artt. 14 *ter*, 35 e 69 L. 354/1975, essendo espressione di un diritto soggettivo costituzionalmente garantito quale il diritto di difesa.

Nell'ordinanza si cita la sentenza della Corte Costituzionale nr. 212 del 3.7.1997 che ha ribadito, per quanto concerne i colloqui visivi con il difensore, l'inviolabilità del diritto di difesa, da garantire, sempre, nella sua effettività. L'espletamento dei colloqui con il difensore non deve pertanto subire limitazioni rimesse alle valutazioni discrezionali dell'amministrazione penitenziaria, che potrà solo regolare le modalità pratiche del loro svolgimento.

A fronte della carenza di specifica normazione relativa alla materia dei colloqui telefonici con il difensore, il Magistrato di sorveglianza di Vercelli ha ritenuto di interpretare estensivamente i principi sanciti dalla Corte Costituzionale nella richiamata sentenza, espressi in riferimento ai colloqui visivi con il detenuto, considerando il colloquio telefonico alla stessa stregua del colloquio visivo, quali unitaria ed inscindibile espressione del diritto di difesa.

Il Magistrato di Sorveglianza ha così inteso superare, ritenendolo non convincente, ma senza entrare ulteriormente nel merito, il principio giurisprudenziale espresso dalla Corte di Cassazione con la sentenza nr. 43154 del 14/10/2004 imp. Roccalba *"La disciplina di cui al d.P.R. n. 230 del 2000 in tema di colloqui telefonici, per i quali sussiste un limite numerico settimanale e la sottoposizione alla valutazione del direttore dell'istituto di pena, si riferisce anche al difensore, atteso che il legislatore ha inteso limitare i colloqui telefonici per problemi di gestione tecnica degli*

impianti, e che in dipendenza di ciò non si configura una violazione del diritto di difesa in quanto il detenuto può mantenere contatti grafici e visivi con il proprio difensore senza apposizione di limiti".

Il presupposto argomentativo del Magistrato di Sorveglianza di Vercelli circa l'equiparazione del colloquio telefonico con il colloquio visivo resta infatti, a parere di chi scrive, non del tutto dimostrato, risultando altrettanto valida l'interpretazione seguita dall'Amministrazione penitenziaria secondo la quale, mentre per i colloqui visivi o epistolari del detenuto con il proprio difensore non possono apporsi limitazioni, quelli telefonici sarebbero, invece, sottoposti alla valutazione della Direzione dell'istituto penitenziario, poiché espressione di una facoltà residuale rispetto al colloquio visivo, principale strumento di piena realizzazione del diritto di difesa. Ovviamente la discrezionalità del Direttore deve intendersi vincolata al solo fine di consentire la gestione tecnica e logistica delle istanze di colloquio telefonico nell'ambiente penitenziario, quale necessaria limitazione, di natura pubblicistica, connessa all'ordine e alla sicurezza interna agli istituti di pena. Non possono, infatti, troppo sbrigativamente liquidarsi i problemi tecnici e logistici relativi alla gestione di eventuali, incondizionate, facoltà, soprattutto se relazionate a complesse realtà penitenziarie, destinate al contenimento anche di migliaia di detenuti, i quali, tutti e contemporaneamente, potrebbero pretendere illimitati colloqui telefonici con i rispettivi difensori.

Al fine di contemperare le diverse esigenze ed in attesa che venga colmato il vuoto normativo esistente, ferma restando l'impostazione di base (art. 39 D.P.R. 230/2000) potrebbe, ad esempio, prevedersi la possibilità di effettuare colloqui straordinari (sia nella frequenza che nella durata) qualora giustificati dalla lontananza fra il luogo di detenzione e quello di residenza del difensore di fiducia ed in relazione ad imminenti incombenze processuali, che necessitano di approfondito colloquio per concordare le strategie difensive. Si pensi ad esempio all'approssimarsi di udienze dibattimentali, ovvero per la decisione sui riti alternativi o per concordare

alcune parti delle discussioni difensive.

In tali casi le esigenze poste alla base della regolamentazione dei colloqui telefonici con il difensore (giudicate corrette dalla citata sentenza della Suprema Corte), potrebbero esser adeguatamente temperate con l'insorgenza di specifiche e documentate urgenze processuali.

*Federico Falzone**

* Magistrato. Direttore Ufficio Studi, Ricerche, Legislazione e Rapporti internazionali del D.A.P.



RECENSIONI

Vito Tenore - Mauro Frisciotti - Vittorio Scaffa,
*Manuale sulla responsabilità e sul procedimento
disciplinare nelle Forze Armate e di Polizia*,
Laurus Robuffo, Roma, 2010.

La riforma della pubblica amministrazione, realizzata con il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, di attuazione della l. 4 marzo 2009, n. 15, ha operato una profonda riforma di alcuni importanti istituti del lavoro pubblico, tra i quali rientrano anche le sanzioni disciplinari e le responsabilità dei pubblici dipendenti.

A riguardo, numerosi sono i contributi, anche di ordine sistematico¹, editi all'indomani della pubblicazione della c.d. riforma Brunetta, che si occupano della responsabilità disciplinare nel pubblico impiego, sebbene, al pari della riforma, si preoccupino dell'impatto sul lavoro contrattualizzato, disinteressandosi dei lavoratori in regime di diritto pubblico, per i quali vale ancora il «rapporto di supremazia speciale del datore pubblico (...) qualificato come classico potere pubblicistico, con connotazione fortemente autoritaria ed influenzata dal diritto penale».

Orbene, con riferimento al profilo disciplinare dei lavoratori non contrattualizzati, provvidenziale è la pubblicazione del "Manuale sulla responsabilità e sul procedimento disciplinare nelle Forze Armate e di Polizia", recentemente apparsa nel panorama editoriale, per i tipi della Laurus Robuffo, ultima "fatica" editoriale di Vito Tenore², coadiuvato, egregiamente, da Mauro Frisciotti³ e Vittorio Scaffa⁴.

Meno "ponderoso e poderoso" rispetto ad un'altra pietra miliare del panorama editoriale del lavoro pubblico non contrattualizzato⁵, il volume è un testo di carattere sistematico sulla responsabilità disciplinare nelle Forze Armate e nella Polizia di Stato, che si sviluppa in complessive 450 pagine, oltre indici e appendice documentale, articolato in tre parti e impreziosito dalla

¹ Per tutti v. Carabelli - Carinci M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010.

² Vito Tenore è Magistrato della Corte dei Conti, professore presso la Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze, la Scuola Superiore per le Forze di Polizia, l'ISSMI e la Scuola Ufficiali Carabinieri di Roma; è stato in passato Avvocato dello Stato, Magistrato ordinario e Magistrato Militare.

³ Mauro Frisciotti è Vice Questore Aggiunto della Polizia di Stato, addetto all'Ufficio Personale della Questura di Roma, dirigente della III sez. Disciplina e Contenzioso.

⁴ Vittorio Scaffa è funzionario del Ministero della Difesa, addetto al III reparto, IX Divisione Disciplina della Direzione Generale per il Personale Militare.

⁵ Il riferimento è a Carinci F. - Tenore (a cura di), *Il pubblico impiego non privatizzato*, Giuffrè, Milano, 2007.

presentazione del Capo di Stato Maggiore della Difesa, Gen. S.A. Vincenzo Camporini e dal Capo della Polizia, Prefetto Antonio Manganelli.

La prima parte, dedicata al fondamento, alle finalità e ai principi della potestà disciplinare in generale, si caratterizza per la profondità della riflessione dommatica, supportata a sua volta da un fitto apparato bibliografico, che arricchisce le note a piè di pagina, rispettoso di quelle regole di “tecnica e politica delle citazioni”, oggetto del quarto IV Seminario di studi di Bertinoro, svoltosi il 17 ottobre 2008⁶.

La riflessione condotta dagli autori ha diversi pregi.

In primo luogo, introduce il lettore al tema della ricerca con un accostamento progressivo al “diritto disciplinare”, fornendogli le esatte coordinate di lettura per orizzontarsi in quello che potrebbe essere un vero e proprio ordinamento giuridico particolare, nell’accezione propria cara al Santi Romano⁷. In secondo luogo, la trattazione impegna il lettore nella comprensione dei principi portanti del procedimento disciplinare e cioè: obbligatorietà dell’azione e della segnalazione disciplinare; proporzionalità e divieto di automatismi punitivi; parità di trattamento; tempestività; tassatività delle sanzioni e (tendenziale) tipicità degli illeciti; gradualità sanzionatoria; contraddittorio; trasparenza; terzietà dell’organo titolare della potestà disciplinare.

Inoltre, accanto ai profili, per così dire, *de iure condito*, gli Autori si soffermano sulle cause del «cattivo funzionamento della macchina disciplinare» nelle p.a., sovente ingolfata da «perdonismo», «buonismo» e «formalismo interpretativo», che compromettono l’efficacia dell’azione disciplinare, ma soprattutto propongono una “terapia” degli aspetti patologici del “diritto disciplinare”, secondo un’inusitata prospettiva *de iure condendo*, valida anche con riferimento alla responsabilità disciplinare degli appartenenti al Corpo di Polizia Penitenziaria.

La seconda parte del Manuale è dedicata al “diritto disciplinare” nelle Forze Armate, ivi illustrandosi con chiarezza, nonché con dovizia di riferimenti giurisprudenziali, le differenze tra la disciplina di stato e di corpo (profilo sostanziale), nonché tra i relativi procedimenti (profilo procedurale). Interessanti sono anche le riflessioni condotte in ordine al rapporto tra procedimento penale e disciplinare, nonché sulla sospensione del servizio del militare.

⁶ V. Carinci F. - Lunardon - Brollo, *Tecnica e politica delle citazioni*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” IT - 84/2009, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/carinci_lunardon_brollo_84-2009it.pdf

⁷ Santi Romano, *L’ordinamento giuridico*, 1918, Pisa.

La riconducibilità di questa parte del Manuale al “diritto militare” deporrebbe per la sua scarsa (ovvero nulla) fruibilità da parte dell’Amministrazione Penitenziaria, ma così non è, a causa della presenza degli Ufficiali del disciolto Corpo degli Agenti di Custodia, i quali, nonostante quanto affermato recentemente da una discussa e discutibile decisione del Consiglio di Stato (sent. 9 giugno 2009, n. 4761), conservano lo status di militare, dovendo, invece, continuare ad applicarsi le disposizioni dell’art. 16 della legge n. 382/1978 e dell’art. 72 del DPR n. 545 del 1986.

La terza ed ultima parte del Manuale, che occupa praticamente più della metà del volume, concerne il procedimento disciplinare nella Polizia di Stato, la cui normativa trova ampi punti di tangenza e sovrapposizione rispetto a quella contenuta nel d.lgs. n. 449/1992, consentendo l’esportabilità delle tesi sostenute dagli Autori anche con riferimento agli appartenenti al Corpo di Polizia Penitenziaria. Infatti, “depurando” il ragionamento condotto nel Manuale dai riferimenti specifici agli organi della Polizia di Stato, diversi da quelli previsti per il procedimento disciplinare dalla Polizia Penitenziaria, sovente sia i comportamenti sanzionabili, sia le stesse sanzioni, trovano corrispondenza nella prassi applicativa dei consigli di disciplina, regionale e centrale, per non parlare delle condotte penalmente sanzionabili, per le quali v’è il rimedio “comune” della destituzione, nonché la condivisa matrice giuridica, rappresentata dal DPR 3/1957.

La parte principia con una panoramica sull’attività disciplinare nella Polizia di Stato; continua con una rassegna delle sanzioni (ivi comprese quelle, misconosciute ai “non addetti ai lavori”, irrogabili all’ufficiale e agente di Polizia Giudiziaria per le fattispecie previste all’interno delle disposizioni di attuazione al codice di procedura penale), e delle condotte riconducibili ad esse; prosegue con la descrizione del procedimento disciplinare, per concludersi con le interessanti riflessioni sulle c.d. misure gestionali non disciplinari e sui diritti del dipendente.

Il volume, complessivamente corredato da un ricco apparato di note (ben 974), si chiude con un’essenziale appendice normativa. Indubbiamente, uno strumento di conoscenza e studio utile a coloro i quali si occupano o vogliano occuparsi di una materia delicata come quella del “diritto disciplinare”.

*Vincenzo Lamonaca**

* Vice Commissario Penitenziario. Dottore di ricerca in diritto del lavoro nell’Università “Aldo Moro” di Bari.

Stampa a cura del



Il Profumo delle Parole

presso la Casa Circondariale di Bologna