

**3
2002**

***rassegna
penitenziaria
e criminologica***

Fondata da GIUSEPPE ALTAVISTA

DIRETTORE RESPONSABILE

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

VICE DIRETTORE

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

PRESIDENTE COMITATO SCIENTIFICO

GIOVANNI CONSO

COMITATO SCIENTIFICO

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

REDATTORE CAPO

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

COMITATO DI REDAZIONE

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

SEGRETERIA DI REDAZIONE

ASSUNTA BORZACCHIELLO – LUCIA MARZO

PREZZI DI VENDITA 2003

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

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

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

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

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

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

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

La direzione e la redazione della *Rassegna penitenziaria e criminologica* hanno sede presso il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria - Ministero della Giustizia - Largo Luigi Daga, 2 - Roma - Tel. +39 06 6659 1338 - Fax +39 06 66165651 e-mail: rassegna.dap@libero.it.

AVVERTENZE PER GLI AUTORI

La *Rassegna penitenziaria e criminologica* è pubblicata quadrimestralmente.

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

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

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

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

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

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

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

Esempi:

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

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

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

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

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

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

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

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

SOMMARIO

Editoriale Pag. IX

DOTTRINA E RICERCHE

- G. DI GENNARO – *Il trasferimento delle persone condannate. I detenuti albanesi* » 1
- E. LANZA – *La problematica penalistica nella disciplina dell'immigrazione* » 15
- E. SANTORO – *Le politiche penali dell'era della globalizzazione* » 75
- A. CERETTI, F. DI CIÒ – *Giustizia riparativa e mediazione penale a Milano. Un'indagine quantitativa e qualitativa* » 99

DIBATTITI

- G. SCARDACCIONE – *Contributi significativi al dibattito sulla Giustizia Riparativa: presentazione* » 139
- G. DE LEO – *Temi e nodi della mediazione penale* . . . » 147
- M. WRIGHT – *In che modo la giustizia riparativa è riparativa?* » 153
- E. RESTA – *Teorie della giustizia riparativa* » 179
- P. COMUCCI – *Considerazioni sulla normativa regolante i rapporti fra detenzione e infezioni da HIV* » 187

GIURISPRUDENZA

Giurisprudenza internazionale

- Corte eur. Dir. Uomo, Sez. I, 9 gennaio 2001, Natoli c. Italia** » 201
- Corte eur. Dir. Uomo, Sez. II, 21 dicembre 2000, Rinzivillo c. Italia** » 201
- Corte eur. Dir. Uomo, Sez. IV, 26 luglio 2001, Di Giovanni c. Italia** » 201

(Art. 8, 13 Conv. Eur. Dir. Uomo)

Corte eur. Dir. Uomo, Sez.II, 2 agosto 2001, Vittorio e Luigi Mancini c. Italia » 212

Arresti domiciliari - Ritardo nel trasferimento dal carcere all'abitazione - Responsabilità dello Stato - Parametro di valutazione violazione.

(Art.5 legge 5 § Conv. Eur. Dir. Uomo)

Corte eur. Dir. Uomo, Sez. I, 8 novembre 2001, Palmas c. Italia » 213

Trasferimento di cittadino italiano detenuto all'estero - Lunghezza della procedura - Parametro di valutazione - Ricorso manifestamente infondato - Irricevibilità.

(Art.6 Conv. Eur. Dir. Uomo)

Giurisprudenza di merito

Tribunale di sorveglianza Venezia - Ord. 18 luglio 2000 - Pres. Dragone - Est. Vono - Cond. Segato . . . » 215

Ordinamento penitenziario - Affidamento in prova al servizio sociale - Giudizio prognostico - Elementi - Sufficienza ai fini del diniego - Inidoneità della misura a contribuire alla rieducazione e a prevenire il pericolo di recidiva. » 215

(Art.47 legge 26 luglio 1975, n. 354)

Tribunale di sorveglianza Venezia - Ord. 17 ottobre 2000 - Pres. Dragone - Est. Vono - Cond. Zulian . . . » 226

Ordinamento penitenziario - Affidamento in prova al servizio sociale - Giudizio prognostico - Elementi - Sufficienza ai fini del diniego - Inidoneità della misura a contribuire alla rieducazione e a prevenire il pericolo di recidiva. » 231

(Art.47 legge 26 luglio 1975, n. 354)

Tribunale di sorveglianza Trieste - Ord. 22 gennaio 2002 - Pres. Mangoni - Est. Del Tedesco - Cond. Di Meo » 231

Ordinamento penitenziario - Affidamento in prova al servizio sociale - Giudizio prognostico- Elementi - Sufficienza ai fini del diniego - Inidoneità della misura a contribuire alla rieducazione e a prevenire il pericolo di recidiva. » 231

(Art. 47 legge 26 luglio 1975, n. 354)

Tribunale di sorveglianza Trieste - Ord. 19 febbraio 2002 - Pres. Mangoni - Est. Del Tedesco - Cond. Sticotti	» 235
Ordinamento penitenziario - Affidamento in prova al servizio sociale - Giudizio prognostico - Elementi - Inidoneità della misura a contribuire all'educazione e a prevenire il pericolo di recidiva.	» 235
(Art. 47 legge 26 luglio 1975, n. 354)	
Tribunale di sorveglianza Trieste - Ord. 14 maggio 2002 - Pres. Mangoni - Cond. Montecchio	» 241
Ordinamento penitenziario - Affidamento in prova al servizio sociale - Giudizio prognostico - Elementi - Risarcimento del danno - Mancata effettuazione - Inidoneità della misura a contribuire alla rieducazione e a prevenire il pericolo di recidiva.	» 241
(Art. 47 legge 26 luglio 1975, n. 354)	
Tribunale di sorveglianza Trieste - Ord. 11 giugno 2002 - Pres. Cunial - Est. Manazzone - Cond. Bevilacqua	» 243
Ordinamento penitenziario - Affidamento in prova al servizio sociale - Giudizio prognostico - Inidoneità della misura a contribuire alla rieducazione e a prevenire il pericolo di recidiva.	» 243
(Art. 47 legge 26 luglio 1975, n. 354)	
Tribunale di sorveglianza Venezia - Ord. 27 agosto 2002 - Pres. Dragone - Est. Pavarin - Cond. Ronchitelli	» 249
Ordinamento penitenziario - Affidamento in prova al servizio sociale - Giudizio prognostico - Inidoneità della misura a contribuire alla rieducazione e a prevenire il pericolo di recidiva	» 249
(Art. 47 legge 26 luglio 1975, n. 354)	
Tribunale di sorveglianza Venezia - Ord. 23 luglio 2002 - Pres. Dragone - Cond. Desiderio ..	» 258
Ordinamento penitenziario - Permesso premio - Decreto del Magistrato di Sorveglianza concessivo del beneficio - Reclamo del detenuto - Circostanze successive al decreto - Valutabilità da parte del Tribunale - Revoca del permesso premio	» 258
(Art. 30-bis legge 26 luglio 1975, n. 354, comma primo, comma quarto-ter, comma ottavo)	

LEGISLAZIONE E DOCUMENTAZIONE

Legge 25 luglio 1988, n. 334 » 263

Ratifica ed esecuzione delle convenzioni sul trasferimento
delle persone condannate adottate a Strasburgo il 21
maggio 1983 » 263

Circolari

Lettera circolare n. 0212241 del 10 maggio 2002 "Co-
municazione dell'ingresso di cittadini stranieri agli
uffici consolari degli Stati di appartenenza" » 275

Nota n. 0205689 del 7 maggio 2002 "Convenzione sul
trasferimento delle persone condannate adottata a
Strasburgo il 21 marzo 1983" » 275

RECENSIONI

G. De Leo, P. Patrizi, *Psicologia giuridica* (M.S. Di Tullio
D'Elisiis) » 281

EDITORIALE

Eccoci ad un altro passo avanti verso la normalità dei nostri tempi di uscita: dopo alcuni fascicoli doppi o addirittura tripli, un fascicolo, di nuovo e finalmente "quadrimestrale", viene, infatti, a chiudere, sia pure una volta ancora con ritardo, l'annata 2002. La speranza è che regolarità e tempi di uscita, grazie ai buoni uffici dell'Istituto Poligrafico dello Stato, non abbiano a subire altri strappi. Certo, questa volta, il ritardo è dipeso in buona parte dall'aver voluto privilegiare, nella prima parte dell'anno, la ristampa anastatica del famoso, ormai introvabile, fascicolo dedicato da "Il Ponte" di Piero Calamandrei ai problemi penitenziari nel marzo del 1949 abbinandola, per di più, a quel "numero speciale 2002", dal titolo "Carceri: esperienze e documenti", che Giovanni Tamburino ha opportunamente menzionato nell'editoriale del fascicolo precedente all'attuale.

Qui, prima di far posto alle consuete rubriche di giurisprudenza, documentazione, notizie internazionali, le non meno classiche rubriche di dottrina, ricerche e dibattiti, considerate nel loro insieme, presentano un totale di nove scritti, otto dei quali (uno sulle infezioni da HIV rimane a sé) sono idealmente scomponibili in due blocchi, imperniato il primo su sempre più incalzanti tematiche di ordine internazionale ed incentrato il secondo sul sempre più vivace dibattito in materia di giustizia riparativa e mediazione penale. Tutto, invero, di innegabile interesse.

Ma, volendo indicare, oltre, beninteso, a quella dell'attualità, un'altra nota comune ai due gruppi di scritti, non si può passare sotto silenzio la crescente preoccupazione per le remore che continuano a caratterizzare negativamente le operazioni di adeguamento ad esigenze seriamente incombenti sulla nostra società, sia sotto il profilo dell'*input* internazionale (la Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi e il Protocollo addizionale alla Convenzione sul trasferimento delle persone condannate sono tuttora in attesa di ratifica da parte italiana; i negoziati con l'Albania per potervi trasferire detenuti albanesi hanno stentato a trovare una conclusione ed ancor più stenteranno a ricevere concreta applicazione; le norme sull'immigrazione, loro inadeguatezze a parte, sono condizionate dalla lunga attesa dei regolamenti esecutivi; la necessità - magistralmente dimostrata da Emilio Santoro in un contesto di approfon-

dimento generale delle politiche penali nell'era della globalizzazione - di una polizia che si dedichi a prevenire i delitti più che a reprimerli continua ad essere lontana da un qualsiasi serio avvio), sia sotto il profilo della individuazione di nuovi e meno duri metodi punitivi, in una atmosfera di rinnovato interesse per le vittime, alla ricerca di reciproche mediazioni con i colpevoli (pigrizia, diffidenza, carenze di lungimiranza frappongono freni ancora lungi dal potersi sbloccare). Ci sono, insomma, nell'uno come nell'altro senso, ritardi culturali da recuperare, per lo meno un po' alla volta. La cultura, fatta di ragionati e pazienti contributi, ha, oggi più che mai, anche questo compito.

GIOVANNI CONSO

IL TRASFERIMENTO DELLE PERSONE CONDANNATE I DETENUTI ALBANESE

GIUSEPPE DI GENNARO *

SOMMARIO: 1. Le Convenzioni del Consiglio d'Europa - 2. Il caso Albania -
3. Il fallimento del primo negoziato bilaterale - 4. Il secondo negoziato
bilaterale - 5. Le prospettive dell'attuazione dell'Accordo

1. Le Convenzioni del Consiglio d'Europa

La esponenziale intensificazione della mobilità internazionale delle persone ha avuto, ovviamente, ripercussioni anche nel settore penale.

In Italia, come altrove, i delitti commessi da cittadini esteri nel territorio nazionale hanno mostrato un progressivo aumento, correlato all'andamento generale della presenza di stranieri.

Inevitabilmente analoghe tendenze si sono manifestate nel numero degli interventi di polizia, delle procedure giudiziarie e delle reclusioni per misure cautelari o per esecuzioni di pene detentive.

Da recenti dati statistici elaborati dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria si rileva che nelle nostre carceri vi è una presenza di circa 17.000 stranieri (su un totale di ca. 56.000 detenuti) così distribuiti secondo la loro nazionalità: ca. 6.000 Europa (di cui ca. 400 comunitari); ca. 9.000 Africa; ca. 700 Asia; ca. 1.500 Americhe.

Di essi ca. 10.000 sono in attesa di giudizio definitivo mentre ca. 7.000 sono in esecuzione di condanna.

Si tratta di un numero ragguardevole che ammonta ad oltre il 30% del totale.

Si comprende, quindi, l'attenzione che si sta rivolgendo al problema non solo in Italia ma anche altrove e, in particolare, nel contesto Europeo, per trovare soluzioni che soddisfino l'intento di assicurare, in pari tempo, le condizioni più rispondenti alle finalità proprie dell'esecuzione penale e alla sua economicità.

* Chairman of Stability Pact for South Eastern Europe - Anti-Corruption Initiative

N.d.R. L'articolo è stato redatto nel luglio 2002

Fra le prime rientrano le esigenze umanitarie e del riadattamento sociale, mentre le seconde si richiamano al principio della obiettiva responsabilità di ciascun Paese di far fronte alle spese conseguenti all'esecuzione delle misure penali cui sono stati sottoposti i propri cittadini.

La ricerca di possibili soluzioni si colloca nel quadro della collaborazione fra Stati in materia penale.

Al riguardo vi è un'antica tradizione che si è basata, in passato, particolarmente sugli istituti della estradizione e delle rogatorie e, successivamente, anche sul riconoscimento delle sentenze penali straniere.

Un ulteriore passo avanti era stato tentato dal Consiglio di Europa con la Convenzione sulla Validità Internazionale dei Giudizi Repressivi del 28 Maggio 1970 la quale contiene, fra l'altro, la previsione di una complessa procedura per il trasferimento di detenuti, e che, però, non è stata, fin qui, ratificata dall'Italia e dalla maggior parte dei Paesi membri.

Si ha motivo di ritenere che le difficoltà incontrate dai detti Paesi non saranno superate nemmeno in futuro e che, pertanto, il detto strumento resterà ampiamente inutilizzabile.

Successivamente lo stesso Consiglio d'Europa elaborò la Convenzione sul Trasferimento delle Persone Condannate, che è stata aperta alla firma il 21 marzo 1983.

L'iniziativa si ricollegava ad un suggerimento emerso dalla Conferenza Europea dei Ministri della Giustizia del giugno 1978 a cui era seguita una Risoluzione del Comitato dei Ministri che richiedeva al Comitato Europeo sui problemi Criminali di "considerare la possibilità di elaborare un accordo modello che consenta una procedura semplice per il trasferimento dei detenuti che possa essere usato fra gli Stati membri o dagli stessi nelle loro relazioni con gli Stati non membri".

All'uopo fu istituito un Comitato ristretto che fu, poi, autorizzato a sistemare la materia in uno schema di convenzione multilaterale.

Il Comitato si orientò nella prospettiva di offrire ai condannati stranieri il trattamento più rispondente ai fini umanitari e di trattamento.

Il trasferimento dei condannati ai loro Paesi di origine fu considerato come misura appropriata per ricollocare i soggetti nel loro ambiente culturale al quale sono destinati ad essere restituiti e dove esiste la rete dei loro affetti e delle loro relazioni sociali.

La Convenzione fu voluta come uno strumento complementare a quella sulla Validità Internazionale dei Giudizi Repressivi

la quale, pur consentendo il trasferimento dei detenuti, presentava gli inconvenienti di essere stata ratificata, come si è detto, da un ridotto numero di Stati e di prevedere procedure troppo complesse al riguardo.

Rispetto alla precedente convenzione il nuovo strumento si distingueva per quattro aspetti:

- Al fine di facilitare il trasferimento dei detenuti stranieri era prevista una procedura semplificata;
- Il trasferimento poteva essere richiesto sia dallo Stato della condanna sia da quello della nazionalità;
- Il trasferimento era condizionato dal consenso del soggetto;
- Gli Stati contraenti erano liberi di rifiutare il richiesto trasferimento senza doverne fornire i motivi.

L'Italia ha ratificato questa Convenzione il 30 giugno 1989. Essa è entrata in vigore il 1° ottobre del medesimo anno.

In concreto tale strumento internazionale non ha prodotto gli attesi risultati per la difficoltà di ottenere congiuntamente tre distinti consensi: dello Stato dove è in corso l'esecuzione, dello Stato dove il condannato dovrebbe essere trasferito e del condannato stesso.

Il Consiglio d'Europa, constatate queste difficoltà, ha ritenuto opportuno compiere un altro passo verso l'obiettivo di facilitare al massimo il trasferimento dei condannati aprendo alla firma il 18 dicembre 1997 un Protocollo addizionale alla Convenzione.

L'Italia non ha ancora ratificato il Protocollo, così come molti altri Stati del Consiglio d'Europa. Ciò è probabilmente dovuto a una questione di tempo atteso che, in genere, la procedura di ratifica ha luogo dopo un certo numero di anni, da quanto risulta è prevedibile un largo concorso di ratifiche.

C'è da temere, però, che il Protocollo, ancorché elaborato nell'ottica di facilitare i trasferimenti, non raggiunga il fine voluto.

E' ciò perché pur avendo escluso il consenso del detenuto (spostando, con ciò, lievemente l'orientamento dall'interesse umanitario e di trattamento a quello del carico gestionale), ha mantenuto il rifiuto immotivato di ciascuno degli Stati contraenti e, quel che più conta, ha introdotto una nuova condizione.

Prevede, infatti, l'art. 3 che soggetto al trasferimento può essere solo il condannato che per disposizione della stessa sentenza di condanna o per un successivo provvedimento "conseguenziale" alla detta sentenza debba essere espulso non appena dimesso dal carcere.

Questa condizione, come si vedrà oltre, ha rappresentato un ostacolo insormontabile nel corso delle prime negoziazioni condotte fra l'Italia e l'Albania per regolare bilateralmente il trasferimento dei condannati.

2. Il caso Albania

L'Italia si è molto adoperata per aiutare l'Albania a riorganizzare il suo sistema penitenziario, specialmente a partire dalla primavera del 1997.

L'Albania stava faticosamente procedendo nella transizione dall'oppressivo regime totalitario instaurato da Enver Oxa verso un assetto democratico moderno allorché, a seguito di fraudolente manovre finanziarie, l'intera economia del Paese cadde in collasso.

La reazione popolare fu violenta e incontenibile e, per quel che direttamente qui ci riguarda, provocò la distruzione pressoché totale di tutti gli istituti penitenziari.

In quei frangenti una commissione albanese, guidata dal Primo Ministro Fino e composta da vari ministri, in viaggio per gli Stati Uniti, fece scalo a Roma per chiedere al nostro Governo aiuti tempestivi per fronteggiare l'emergenza.

Da parte del nostro Ministero della Giustizia e in particolare del DAP fu immediatamente apprestato un piano di interventi assistenziali che ha comportato le seguenti prestazioni:

la donazione di oltre ottanta metri cubi di beni da destinare alla gestione del sistema penitenziario (arredi ed oggetti di casermaggio, capi di vestiario e divise, suppellettili, attrezzature sanitarie e di cucina, equipaggiamento e mezzi di trasporto anche di tipo protetto);

l'arredamento, con mobili nuovo di pregio, di n.115 uffici giudiziari e ministeriali e, della aula magna del Consiglio Superiore della Magistratura; la fornitura di tre prestazioni informatiche;

il finanziamento e svolgimento in Italia di vari corsi di formazione professionale per magistrati, personale di polizia e personale dell'amministrazione penitenziaria;

il finanziamento, attraverso il Consiglio d'Europa, di corsi di specializzazione del personale penitenziario;

l'assistenza tecnica per la redazione delle leggi attinenti all'ordinamento penitenziario, al regolamento di esecuzione e al personale;

l'assistenza tecnica per la redazione delle leggi sulla polizia di Stato e sulla polizia giudiziaria.

la progettazione e il finanziamento della costruzione di un carcere di alta sicurezza per quattrocento detenuti in Peqin.

L'insieme di questi interventi era stato concepito, da parte italiana, come l'avvio di un procedimento di collaborazione bilaterale di natura sinallagmatica che nel suo sviluppo avrebbe dovuto comportare da parte albanese l'accoglimento di suoi cittadini emigrati legittimamente o clandestinamente in Italia e qui in espiazione di pene detentive.

I nostri istituti penitenziari ospitano ca. 2.800 detenuti albanesi di cui ca. 980 sono in espiazione di pena; è, quindi, evidente l'interesse dell'Italia ad ottenere che almeno le condanne vengano eseguite nella patria di origine.

L'interesse non è sostenuto solo dalla finalità di alleggerire la nostra amministrazione ma anche dalla opportunità, più volte segnalata dalla Organizzazione delle Nazioni Unite e dal Consiglio d'Europa, di far del tutto affinché l'esecuzione di pene detentive avvenga nel paese di cittadinanza del condannato.

Le esigenze della umanizzazione del trattamento e del riadattamento sociale, avvertite in tutti i paesi di democrazia moderna e specialmente nel contesto europeo, richiedono condizioni che possono realizzarsi meglio nel paese di origine del condannato. Tali sono la collocazione in un contesto inserito nella cultura di appartenenza, la vicinanza dei familiari, la qualità del trattamento e dei suoi operatori all'interno e all'esterno del carcere, che devono essere espressione della cultura della società a cui il soggetto va restituito a pena espiata.

Purtroppo, a causa della successione di Ministri della Giustizia e del cambiamento politico, da parte italiana non è stata tenuta una linea diplomatica coerente con le intenzioni originali. Anche, ed ancor più in Albania, i cambiamenti al vertice del Ministero della Giustizia sono stati frequenti con perdita di memoria delle posizioni assunte dai predecessori.

L'Italia ha perso, così, la leva, che aveva il suo punto di appoggio sulle prestazioni d'assistenza tecnica fornite, per indurre la controparte ad accettare il trasferimento dei condannati.

È bene, al riguardo, ricordare che al di là e molto più che nel settore della giustizia, l'Italia negli ultimi anni ha fornito all'Albania aiuti tecnici e finanziari considerevoli i quali in un sistema politico-diplomatico ben guidato avrebbero potuto essere legittimamente usati per ottenere una disposizione favo-

revoles dell'altra parte per risolvere il problema di cui qui si tratta il quale, unitamente a quello della immigrazione clandestina, preoccupa molto l'opinione pubblica italiana.

3) *Il fallimento del primo negoziato bilaterale*

Nel mese di febbraio 2001, dopo un intenso lavoro diplomatico svolto a Tirana dalla nostra Ambasciata di concerto con il Ministero della Giustizia, si è svolto a Roma un incontro fra una delegazione albanese ed una italiana con il fine di concordare una convenzione bilaterale che consentisse il trasferimento dei condannati italiani ed albanesi in espiatione di pena detentiva al loro paese di origine.

Come sempre avviene negli accordi internazionali bilaterali, lo strumento che si intendeva mettere a punto era basato sul principio di reciprocità anche se era di tutta evidenza che, attesa la situazione di fatto, si sarebbe trattato, sostanzialmente, del trasferimento dall'Italia di condannati albanesi.

Lo schema di convenzione proposto come base di discussione da parte italiana era ispirato al Protocollo addizionale.

Come si è detto il Protocollo non prevede il consenso del condannato al trasferimento ma, evidentemente per compensare tale omissione, esso ha introdotto una nuova condizione e cioè che la stessa decisione di condanna o una decisione amministrativa conseguente a tale decisione preveda un ordine o un qualsiasi altro provvedimento a seguito del quale alla persona non sarà consentito di rimanere nel territorio dello Stato della condanna dopo la dimissione dalla prigione.

Poiché su questa condizione si determinò un insuperabile dissenso fra le due delegazioni è bene trascrivere il testo originale in inglese (che è la versione ufficiale del Protocollo alla quale è stato fatto riferimento durante il negoziato): "*where the sentence passed on the latter, or an administrative decision consequential to that sentence, includes an expulsion or deportation order or any other measure as the result of which that person will no longer be allowed to remain in the territory of the sentencing State once he or she is released from prison*".⁽¹⁾

(1) Nella traduzione italiana: "allorché la condanna inflitta a quest'ultima, o una decisione amministrativa conseguente a detta condanna, comporta una espulsione o un ordine di allontanamento forzoso o qualsiasi altro provvedimento per effetto del quale alla persona in questione non è consentito di continuare a rimanere nel territorio dello Stato di condanna successivamente alla di lui o di lei dimissione dal carcere".

Nel nostro ordinamento i casi di espulsione dello straniero "conseguenziali" alla decisione di condanna praticamente non esistono mentre ai sensi del codice penale e della legge sul traffico di stupefacenti l'espulsione obbligatoria consegue alle condanne per un tempo non inferiore a dieci anni (art.235 c.p.); per delitti contro la personalità dello Stato (art.312 c.p.) e per gravi violazioni in materia di stupefacenti (art.86 D.P.R. 9 ottobre 1990 n°309).

Al tempo di questo negoziato il numero degli albanesi con condanne superiori a dieci anni si aggirava (come tuttora) sui novanta, e cioè a circa un decimo del totale.

La delegazione italiana, avendo ricevuto in sede politica il mandato di ottenere la possibilità di trasferire tutti i condannati, insistette per l'esclusione della condizione, incontrando sul punto il fermo dissenso degli albanesi.

Analoga posizione fu assunta da quest'ultimi alla proposta di considerare la condizione avverata quando fosse preesistita o intervenuta una espulsione di polizia. Al riguardo essi osservarono che l'aggettivo "conseguenziale" imponeva di considerare la condizione avverata solo quando la condanna costituiva il presupposto del provvedimento di espulsione, il che non si verificava nelle espulsioni di polizia.

Per superare l'ostacolo la delegazione italiana propose un testo in cui la condizione permaneva ma con diversa configurazione. Si prevedeva, infatti, come sufficiente, anche in assenza di un provvedimento di espulsione, che la misura fosse astrattamente applicabile alla stregua della legislazione vigente. Non fu possibile approfondire la proposta per il fermo rifiuto degli albanesi.

A nulla valse far constatare loro che le particolari strette relazioni fra l'Italia e l'Albania, nonché la vicinanza dei due territori, consentivano l'adozione di uno strumento bilaterale più avanzato del Protocollo addizionale e che se non si fosse accolta la proposta italiana era del tutto inutile un negoziato a due in quanto sarebbe bastata la ratifica del detto Protocollo da parte dei due Paesi (come è presumibile che accada).

Si deve aggiungere che, a parte il dissenso sulle formule, la delegazione ospite fece presente, più volte, che le povere condizioni economiche albanesi ed in particolare le gravi deficienze del loro sistema penitenziario non avrebbero, comunque, consentito di accogliere i nazionali condannati in Italia e che, pertanto, ad ogni richiesta di trasferimento l'Albania sarebbe stata costretta ad opporre un rifiuto.

A loro giudizio ne sarebbe conseguita una situazione molto imbarazzante suscettibile di provocare accuse di carattere politico perché sarebbe stato facile obiettare, in prosieguo, che l'accordo bilaterale mentre era presentato all'opinione pubblica come lo strumento più avanzato nel contesto internazionale per il trasferimento dei detenuti, si risolveva, in pratica, in una mera finzione dato che, come detto, ad ogni richiesta di trasferimento avanzata dall'Italia sarebbe, inevitabilmente, seguito il rifiuto albanese.

4) Il secondo negoziato bilaterale

Ad oltre un anno di distanza dal fallimento del negoziato l'argomento è stato ripreso dall'attuale Ministro della Giustizia italiano che lo ha riproposto al suo collega albanese nel corso di una visita a Tirana trovando la sua disponibilità a riprendere le trattative che si sono svolte a Roma: nei giorni 3 e 4 aprile 2002.

Atteso l'interesse che la questione suscita in particolare fra i cultori della materia penitenziaria, lettori di questa Rivista, si ritiene utile fornire ad essi una informazione dettagliata e commentata sull'andamento dell'incontro.

L'accordo è stato raggiunto su due documenti.

Nel primo, intitolato "Memorandum di intesa riguardante la cooperazione tra il Ministero della Giustizia della Repubblica Italiana e il Ministero della Giustizia della Repubblica d'Albania", è esposto un vasto programma di collaborazione fra i due Paesi nel quale rientra pure il trasferimento dei detenuti, che viene considerato come impegno prioritario.

Al riguardo il documento così recita: "...in particolar modo promuoveranno con priorità: - la realizzazione di forme di cooperazione dirette a trasferire le persone detenute, soggette ad espulsione, verso i rispettivi Stati di origine, anche in assenza del loro consenso, secondo una gradualità da concordare tenendo conto della capacità ricettiva di ciascuno dei due sistemi penitenziari..."

Si tratta di una formulazione prodromica all'adozione di un accordo specifico che, come vedremo, si realizza nel secondo documento.

Si deve, però, subito notare che il "Memorandum di intesa" ha valore integrativo della Convenzione bilaterale in quanto specifica la reale portata dell'impegno che si assume.

La contemporaneità dei due documenti, sia pure di diverso valore giuridico, dimostra la volontà di attribuire al trattato formale la guida interpretativa che si desume dal Memorandum. Nella formulazione su riportata, infatti, si enuncia il criterio applicativo dell'esecuzione dell'accordo che è condizionato da "una gradualità da concordare" in considerazione "della capacità ricettiva dei due sistemi penitenziari".

Questa condizione che per un lato appare prudenzialmente limitativa, per altro lato induce a pensare che con essa si è voluto togliere il carattere di assoluta discrezionalità al diniego di ricevere il detenuto, imponendo una motivazione riferita alla inesistenza della capacità ricettiva del sistema.

Il trattato bilaterale è intitolato "Accordo aggiuntivo alla Convenzione sul Trasferimento delle Persone Condannate del 21 marzo 1983".

In effetti il trattato si atteggia più propriamente come accordo aggiuntivo al Protocollo del 18 dicembre 1997 in quanto recepisce le due importanti innovazioni che questo Protocollo ha introdotto rispetto alla Convenzione base e cioè la mancanza del consenso del detenuto e il riferimento all'espulsione.

Il collegamento con la Convenzione viene esplicitamente dichiarato dall'art.1 dell'Accordo senza che, per la verità, se ne cogliesse il bisogno.

Si legge, infatti, nel detto articolo che "i termini e le espressioni utilizzati nel presente Accordo devono essere interpretati ai sensi della Convenzione".

Si fa evidente riferimento alle definizioni date dall'articolo 1 di quest'ultima che certamente non occorre nelle relazioni fra l'Italia e l'Albania che hanno simili sistemi processuali e penali.

Per chi voglia verificare il fondamento di quanto qui affermato si trascrive il testo ufficiale in lingua inglese dell'articolo in questione:

Article 1 Definitions

For the purposes of this Convention:

- A *sentence "means any punishment or measure involving deprivation of liberty ordered by a court for a limited period of time on account of a criminal offence";*
- B *judgment "means a decision or order of a court imposing a sentence";*
- C *sentencing State "means the State in which the sentence was imposed on the person who may be, or has been, transferred";*

D administering State "means the State which the sentenced person may be, or has been, transferred in order to serve his sentence". (2)

Le disposizioni sostanziali dell'Accordo sono contenute negli articoli 2 e 3.

Al tema del trasferimento è dedicato l'articolo 3 mentre l'articolo 2 riguarda un argomento diverso e cioè il caso in cui il cittadino di uno dei due Stati, dopo la condanna nello Stato estero, si trovi nel suo Paese di origine essendo in qualche modo sfuggito alla giustizia dello Stato di condanna.

Questa ipotesi fu sottolineata in passato dal Ministro albanese *pro-tempore* della Giustizia il quale prospettò l'intollerabilità di vedere liberamente circolare in patria soggetti che avevano ricevuto pesanti condanne in Italia.

Va ricordato che il Protocollo addizionale già conteneva una simile possibilità. Pertanto nello schema discusso nel febbraio del 2001 fu previsto all'articolo 1 la possibilità dello Stato di nazionalità di eseguire la condanna irrogata nello Stato estero.

Tale possibilità riguarda piuttosto la validità internazionale dei giudizi repressivi anziché il trasferimento dei condannati.

Il che non sembra perfettamente in linea con quanto enunciato nel preambolo dell'accordo di cui trattiamo (che ricalca il preambolo del Protocollo addizionale) dove si legge: "desideriamo intensificare e facilitare la cooperazione nei rapporti tra i due Stati nell'applicazione della Convenzione europea sul trasferimento delle persone condannate del 21 marzo 1983".

Per quanto riguarda il trasferimento il testo concordato non contiene più il contestato aggettivo "*consequential*", su cui era caduta la possibilità dell'accordo nell'incontro del 2001, pur

(2) Nella traduzione italiana:

Articolo 1. Definizioni

Ai fini della presente Convenzione:

- A condanna "significa qualsiasi punizione o provvedimento che comporti la privazione della libertà ordinata da una corte per un limitato periodo di tempo a causa di un delitto";
- B giudizio "significa una decisione o ordine di una corte che impone una condanna";
- C Stato di Condanna "significa lo Stato nel quale è stata inflitta la condanna alla persona che può essere, o è stata, trasferita";
- D Stato che attua l'esecuzione "significa lo Stato al quale la persona condannata può essere, o è stata, trasferita al fine di scontare la sua condanna".

mantenendo la previsione dell'adozione di una misura di espulsione o di riaccompagnamento alla frontiera.

Questa è, evidentemente, una innovazione importante perché consente di richiedere il trasferimento del condannato non solo quando il provvedimento di espulsione sia stato adottato nel contesto della decisione di condanna ma anche quando sia stato emesso indipendentemente dalla condanna, prima o dopo di essa.

Ciò che rileva secondo il nuovo testo è la circostanza che in forza di un provvedimento di un'autorità giudiziaria o amministrativa il condannato sarebbe comunque costretto a lasciare il territorio dello Stato a condanna espiata.

L'accordo è stato firmato dai due ministri della Giustizia convenuti a Roma il 23 aprile 2002 ed entrerà in vigore dopo le ratifiche parlamentari. A questo punto ci si può interrogare circa gli effettivi risultati che esso produrrà.

Rispetto alla Convenzione multilaterale del marzo 1983 il testo in esame è molto più avanzato per quanto attiene alla possibilità di ottenere il trasferimento dei condannati. Si devono, però, realisticamente considerare le condizioni di fatto che possono frustrare le possibilità offerte dall'Accordo.

Come si è visto è rimasta la condizione del consenso dello Stato richiesto.

Abbiamo anche osservato come il contemporaneo "Memorandum d'intesa" escluda l'assoluta discrezionalità del diniego richiedendo una sua giustificazione in relazione alla ricettività del sistema.

5) Le prospettive dell'attuazione dell'Accordo

Conoscendo le attuali condizioni del sistema penitenziario albanese e facendo realistiche previsioni per il suo futuro "*rebus sic stantibus*" si deve concludere che, in termini reali, le prospettive di trasferimento dall'Italia all'Albania sono pressoché nulle se non interviene un fattore che possa comportare un mutamento del quadro.

Il "Memorandum" apre uno spiraglio in questa direzione.

In esso si prospetta "una gradualità da concordare". Si ipotizza, cioè, una procedura che trascende la decisione sul singolo caso e che comporta l'instaurazione di contatti fra autorità politiche e amministrative dei due Paesi al fine di studiare insieme la maniera di dare concreta realistica possibilità di attuazione dell'intento dell'Accordo.

Al riguardo torna in mente tutto quello che l'Italia ha fatto negli ultimi anni e sta facendo per assistere l'Albania a far progredire in senso democratico le sue istituzioni e la sua società.

Ove l'Italia, oltre che a continuare nell'opera di assistenza all'Albania, sappia finalmente gestire con continuità e coerenza il rapporto con questo Paese adriatico sarà, allora, possibile concordare un piano di aiuti che progressivamente aumenti la capacità, anche ricettiva, del sistema penitenziario albanese.

Se si riuscisse a procedere sulle linee di una controllata pianificazione il nostro Paese potrebbe trovare convenienza, anche economica, a sostenere con prestazioni di assistenza, un programma di trasferimento di condannati.

Si tratterà di fare il calcolo di quanto costa all'Italia mantenere nelle proprie carceri una considerevole aliquota di condannati albanesi.

Il trasferimento di costoro alla terra di origine comporterebbe certamente una riduzione di costi, determinando un beneficio economico che potrebbe essere destinato, fin quando occorrerà, ad accompagnare la richiesta di trasferimento del condannato con l'offerta di un aiuto materiale, totalmente o in buona parte compensato dall'alleggerimento del carico sul nostro sistema penitenziario.

L'accordo, come detto, è attualmente in attesa di ratifica parlamentare e queste sono solo le prime riflessioni sulla sua portata e sui suoi possibili effetti.

RIASSUNTO

Le accresciute possibilità di movimento internazionale delle persone hanno determinato un aumento considerevole della presenza di stranieri nelle carceri nazionali.

Il Consiglio d'Europa, a mezzo di tre convenzioni multilaterali, ha cercato di favorire il trasferimento dei detenuti nei loro Paesi d'origine; purtroppo questi strumenti si sono rivelati inefficaci.

L'Italia ha cercato di negoziare con l'Albania un trattato bilaterale che consentisse di agevolare il detto trasferimento.

Dopo un primo tentativo andato a vuoto è stato condotto un secondo negoziato che si è concluso con l'adozione di un accordo unitamente ad un "memorandum d'intesa" in cui l'accordo stesso si inquadra.

Pur essendo state superate le difficoltà che avevano resi inefficaci i trattati del Consiglio d'Europa è rimasta la logica previsione della condizione del consenso dello Stato richiesto a ciascuna proposta di trasferimento.

L'Albania non sembra in grado di dare il suo consenso per le sue attuali difficoltà economiche e per le gravi carenze del suo sistema penitenziario.

L'autore prospetta la possibilità per l'Italia di ottenere il consenso ai trasferimenti accompagnando la richiesta con l'offerta di un aiuto economico la cui convenienza può risiedere nel corrispondente alleggerimento dei costi che deriverebbero all'amministrazione italiana.

SUMMARY

The increased opportunities for the international flow of people has resulted in a considerable increase of foreign nationals in the Italian prisons.

The Council of Europe, through three multi-lateral conventions, has tried to encourage the transfer of prisoners in their home countries; unfortunately, these instruments have proved to be unfit.

Italy has tried to negotiate a bilateral treaty with Albania, in order to facilitate such transfer.

After a first unsuccessful attempt, a second negotiation has been entered and it has resulted in the adoption of an agreement and in a "memorandum of understanding", in which the agreement itself is set.

Even though the difficulties which provoked the inefficacy of the Council of Europe treaties have been overcome, the condition still stands of the consent of the requested country to each transfer proposal.

Albania does not seem to be able to give its consent, because of its current financial difficulties and heavy lacks of its penitentiary system.

The author points out the possibility for Italy to obtain consent to transfers by offering economic support, to coincide with the request for transfer; this can be convenient, due to the corresponding reduction in the costs which would be borne by the Italian Penitentiary Administration.

RÉSUMÉ

Les possibilités accrues de mouvement international des personnes ont déterminé une augmentation remarquable de la présence des étrangers dans les prisons nationales.

Le Conseil de l'Europe, par le moyen de trois conventions multilatérales, a essayé de favoriser le transfèrement des détenus dans leurs Pays d'origine. Malheureusement, ces instruments se sont démontrés inefficaces.

L'Italie a essayé de négocier avec l'Albanie un traité bilatéral qui permette de faciliter le transfèrement susmentionné.

Après une première tentative tombée à l'eau, une deuxième négociation a été menée, terminée par l'adoption d'un accord ainsi que d'un "mémoire d'entente" où l'accord même s'inscrit. Même si les difficultés qui avaient rendu inefficaces les traités du Conseil de l'Europe ont été surmontées, il reste la logique prévision de la condition du consentement de l'État demandé à chaque demande de transfèrement.

L'Albanie ne semble pas en gré de donner son consentement en raison de ses actuelles difficultés économiques et en raison des carences graves de son système pénitentiaire.

L'auteur entrevoit la possibilité pour l'Italie d'obtenir le consentement aux transfèrement en joignant à la demande l'offre d'aide économique dont l'avantage serait dans l'allègement correspondant des frais pour l'administration italienne.

LA PROBLEMATICA PENALISTICA NELLA DISCIPLINA DELL'IMMIGRAZIONE

ENRICO LANZA *

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi - 2. Il principio di obbligatorietà della legge penale rispetto agli stranieri - 3. Il diritto penale speciale per gli stranieri. a) Questioni generali. b) Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva. c) Espulsione a richiesta di parte. d) Espulsione a titolo di misura di sicurezza e altre ipotesi di diritto penale speciale per gli stranieri. - 4. I rimedi amministrativi alla clandestinità - 5. Valutazioni conclusive sulle misure espulsive - 6. I rimedi penali contro l'immigrazione clandestina

1. *Cenni introduttivi*

La regolamentazione del fenomeno migratorio costituisce oggi uno dei temi più dibattuti della politica, per la difficoltà di rinvenire soluzioni soddisfattive dei vari ideali e interessi coinvolti in questo ambito.

Dal punto di vista teorico, andrebbe favorito il contatto tra i popoli non solo perché espressione dell'inarrestabile tendenza contemporanea alla globalizzazione, ma anche perché foriero di importanti contributi nei processi di multiculturalità.

Nella realtà concreta, invece, le ragioni dell'immigrazione vanno ricercate integralmente nello squilibrio economico fra zone del mondo e nel tentativo individuale di farvi fronte; ed è rispetto alle dimensioni di questo fenomeno che si pone il problema di una disciplina puntuale ed esaustiva, poiché i flussi indiscriminati di stranieri in condizione di bisogno possono fortemente destabilizzare gli equilibri interni per i rischi di compromissione delle esigenze di difesa sociale.

La maggiore severità nelle ammissioni e negli allontanamenti non vuole avere oggi il significato di un atteggiamento di chiusura verso gli stranieri, ma rappresenta la necessaria precauzione per la stabilità interna: la tolleranza verso l'immigrazione è proporzionata al quantitativo di ingressi gestibili dalla comunità statale.

Con il decreto legislativo n. 286 del 1998 è stato emanato un testo di legge organico della materia, sostitutivo della

* Università degli Studi di Catania

precedente normazione che era invece caratterizzata da ampia parcellizzazione e che trovava riferimento nella c.d. legge Martelli del 1990. ⁽¹⁾

Malgrado l'innovazione, il problema immigratorio non pare ancora risolto e moti di riforma normativa hanno caratterizzato la nuova legislatura, come d'altronde era già accaduto negli ultimi periodi della precedente. Tali propositi di innovazione sono stati tradotti nella recentissima legge 30 luglio 2002 n. 189, c.d. Bossi-Fini, concernente la «Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo». ⁽²⁾

L'analisi delle norme giuridiche poste a disciplina del fenomeno migratorio costituisce il naturale svolgimento di un approccio che trae le mosse dagli aspetti sociologici della problematica, al fine di realizzare la comparazione tra il sentire della collettività e la traduzione giuridica di queste pulsioni e verificare se v'è o meno congruenza tra le aspettative della società e la realtà normativa.

Si tratta di una metodologia che dovrebbe sempre guidare le scelte di normazione e che nell'ambito specifico qui indicato assume pregnanza peculiare a causa della controvertibilità della materia, dei diversi approcci con i quali essa viene affrontata, spesso non dovuti a differenti impostazioni culturali, ma all'inevitabile considerazione di dati economici oggettivi.

Uno degli aspetti più controversi della normativa concerne la risposta al momento patologico dell'immigrazione, vale a dire al fenomeno della clandestinità. È oggetto di ampio dibattito, infatti, stabilire se sia o meno opportuno criminalizzare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato, visto che attualmente la presenza irregolare è soltanto causa del provvedimento amministrativo d'espulsione. ⁽³⁾

(1) Per una panoramica sulla normativa in materia di immigrazione e sui suoi riflessi operativi, V. MUSACCHIO, *Manuale pratico di legislazione sugli immigrati. Giurisprudenza - Legislazione - Modulistica - Circolari Ministeriali*, CEDAM, Padova, 2000.

(2) La legge 30 luglio 2002 n. 189 è stata pubblicata nella *G.U.R.I.* del 26 agosto 2002 n. 199.

(3) In verità, la condizione di irregolarità andrebbe distinta da quella di clandestinità. È clandestino colui che entra nello Stato in violazione delle norme di legge; è irregolare chi ha perduto i titoli che legittimano la permanenza nel territorio dopo un lecito ingresso. Nel gergo comune, tuttavia, i termini vengono usati alternativamente e, in alcune situazioni, ciò ha creato dei problemi. In un caso, ad esempio, il g.i.p. non ha distinto la condizione di clandestinità da quella di mera irregolarità di alcune prostitute straniere, sebbene l'imputato

La mancata criminalizzazione dell'ingresso nel territorio dello Stato in violazione delle norme del testo unico 286/98 è consequenziale al convincimento della sufficienza e congruità dell'istituto delle espulsioni come rimedio alla clandestinità. Si ritiene che basti impedire la protrazione della permanenza di chi è giunto in Italia privo dei requisiti prescritti dalla legge o di chi, pur essendo entrato regolarmente, ha perduto i titoli di legittimazione, per prodursi un effetto e di prevenzione speciale – nel senso di dissuasione dalla recidiva – e di prevenzione generale – nei confronti degli altri potenziali autori di ingressi illeciti –. Lo strumento penale risulterebbe sovrabbondante perché dall'esperienza carceraria non si trarrebbe nessun esito specifico che non sia già implicito nell'allontanamento coattivo; inoltre, se si ricorresse alla pena, dovrebbero sopportarsi gli oneri del procedimento penale.

Per moltissimo tempo il ricorso alla misura espulsiva ha costituito prerogativa del settore amministrativo, che in questo ambito ha esercitato ampi potere e discrezionalità. La rilevanza crescente del principio di legalità, unita all'acquisita consapevolezza dell'incidenza delle espulsioni sui diritti fondamentali della persona umana, ha spinto il legislatore a rivedere la dimensione solo amministrativistica del problema, attribuendo un ruolo via via crescente all'autorità giudiziaria nella gestione dei diritti in contesa. È stato così introdotto l'uso dell'espulsione anche come rimedio penale.

La condizione di straniero rileva, tuttavia, oltre che nei casi di clandestinità, sia con riguardo al riconoscimento della responsabilità penale per gli illeciti comuni – realizzabili cioè da qualsivoglia cittadino –, sia con riferimento alla previsione di specifiche norme di tipo penale: da quest'ultimo punto di vista, va notata l'esistenza di fattispecie incriminatrici i cui soggetti attivi possono essere solo gli stranieri, nonché, come accennato, di misure espulsive di natura penalistica. Con riguardo specifico a queste ultime, vanno sottolineate le perplessità nascenti dalla mera trasposizione in ambito penale di un rimedio concepito come sanzione amministrativa.

(segue nota 3)

fosse stato accusato di favoreggiamento dell'ingresso clandestino per tutte loro: è evidente che la contestazione non è plausibile con riguardo a chi è legittimamente entrato in Italia. Cfr. Tribunale di Bologna, ordinanza 10 aprile 2000, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 2, pp. 167 e ss., con commento di V. FERRARIS, *Sequestro preventivo penale di immobile destinato alla permanenza di prostitute senza titolo di soggiorno*, *ibidem*, pp. 63 e ss.

Con il presente lavoro si vuole fornire un quadro relativo al rapporto fra sistema penale e straniero. ⁽⁴⁾ Pertanto la disamina riguarderà, innanzitutto, la compatibilità della condizione di straniero col principio di colpevolezza, perché questione generale. Quindi si analizzeranno le norme penali che hanno come referente unico lo straniero, per concludere con un accenno sulla disciplina dell'espulsione amministrativa a causa della contiguità dell'istituto con le problematiche penalistiche. Nell'ultimo paragrafo, per ragioni di completezza e attualità delle questioni trattate, si individueranno alcuni rimedi penali attualmente previsti contro l'immigrazione clandestina.

2. Il principio di obbligatorietà della legge penale rispetto agli stranieri

Per quanto concerne la possibilità che anche lo straniero risponda degli illeciti comuni, va notato che nell'art. 3 c.p. è sancito il principio generale – di obbligatorietà della legge penale –, secondo cui chiunque, cittadino o straniero, delinqua nel territorio dello Stato sarà sottoposto alle conseguenze previste dalla legislazione penale italiana: nel nostro ordinamento vige pertanto un regime di sostanziale equiparazione tra cittadino e straniero nella pretesa del rispetto delle norme penali. Ciò, a livello teorico, non contrasta con il principio di colpevolezza perché anche per gli stranieri, come per gli italiani, sussiste il dovere di conoscere e rispettare la legislazione penale nazionale – nei limiti dell'ignoranza inevitabile –, essendo le norme penali disposte a protezione di beni che meritano tutela indiscriminata, a prescindere dunque dalle condizioni soggettive dell'agente. È evidente, però, che le concrete possibilità di conoscere la legge di un paese diverso dal proprio sono ridotte e non è ragionevole immaginare una realtà nella quale si pretenda lo studio e l'approfondimento del giurista ogni volta che ci si rechi all'estero. È anche vero, comunque, che la condizione di "ospite" di uno Stato straniero impone particolari cautele nelle scelte di comportamento, soprattutto per l'inevitabile ignoranza di alcune norme e costumi del luogo.

(4) A norma dell'art. 1 d. lgs. 286/98 sono stranieri i cittadini degli Stati non appartenenti all'Unione europea e gli apolidi.

Da tutto ciò deriva che, in ambito prettamente penalistico, il rimprovero potrà certamente essere mosso quando lo straniero commetta illeciti che offendono i c.d. diritti di natura, come la vita, la libertà personale o il patrimonio, cioè beni generalmente considerati meritevoli di tutela penale perché rispondenti ai valori fondanti di quasi tutte le organizzazioni sociali: in questi casi è ragionevole presumere la conoscibilità dell'illiceità della condotta.⁽⁵⁾ La giustezza dell'incriminazione diminuirà, invece, quanto più i comportamenti tenuti integrino illeciti di creazione legislativa, fattispecie ideate cioè per il perseguimento di determinati fini di politica criminale, poste a protezione di beni di non diffusa percezione e perciò difficilmente conoscibili da chi è occasionalmente presente nel territorio dello Stato.

In concreto, però, la commissione di tali illeciti da parte degli stranieri può considerarsi di così rara verifica da non destare problemi teorici di ordine generale; queste fattispecie, infatti, sono per lo più ideate per disciplinare attività che difficilmente possono coinvolgere chi sia saltuariamente presente sul territorio. Quando, invece, fossero gli stessi stranieri a svolgere tali attività, la simbiosi col contesto dovrebbe aver fornito elementi sufficienti per la conoscenza completa della legislazione di settore.

Esistono, comunque, delle ipotesi criminose nelle quali la rilevanza penale di dati comportamenti dipende da parametri di considerazione sociale, la cui percezione è condizionata dal contesto culturale di provenienza. Rispetto a questi casi il rischio di scadere in forme oggettive di attribuzione della responsabilità è particolarmente evidente.

3. Il diritto penale speciale per gli stranieri

a) *Questioni generali.* Come già affermato, quando si discute di legislazione penale dell'immigrazione, si fa riferimento innanzitutto alle norme che riguardano l'immigrazione clandestina

(5) Fa riferimento all'esigenza della consapevolezza del carattere antisociale del fatto F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 353 e ss. Ci si riferisce al concetto di coscienza dell'illiceità in G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Zanichelli, Bologna, 2001, pp. 357 e ss. Per un breve cenno sulla c.d. «difesa culturale» all'interno del processo penale, cfr. A. GIASANTI, *A proposito di immigrati clandestini*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, n. 2, pp. 244-245.

e i comportamenti che ad essa fanno da contorno; ma è evidente come la condizione di straniero abbia inoltre rilevanza sia per l'attribuzione della responsabilità penale dei reati comuni, sia con riferimento alle ipotesi incriminatrici peculiari di chi non abbia il possesso della cittadinanza dello Stato.

Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, non può non considerarsi il convincimento diffuso circa la particolare criminalità degli immigrati. Ovunque nella collettività dei cittadini sono guardati con sospetto coloro che provengono da realtà differenti, spesso difficili e precarie, e si teme che l'integrità dell'organizzazione sociale possa essere compromessa da soggetti che non hanno con questa alcun saldo legame.

Gli ampi studi di criminologia – branca del sapere in cui è stato sempre cospicuo l'interesse circa il rapporto fra immigrazione e criminalità – hanno, però, evidenziato che lo stereotipo dell'immigrato delinquente non corrisponde alla realtà: dai dati statistici risulta, infatti, la sostanziale omogeneità quantitativa fra i reati commessi dagli stranieri e quelli degli autoctoni, potendosi, al più, rilevare differenze qualitative collegabili alla provenienza etnica dei criminali. ⁽⁶⁾

Sono state analizzate, in particolare, le ragioni della criminalità degli immigrati di c.d. seconda generazione, cioè dei figli degli immigrati nati nel paese ospite o qui trasferitisi in tenera età; essa è stata spiegata con la difficoltà di conciliare la cultura del contesto di provenienza – loro impartita dai genitori ancora saldamente legati alle proprie origini – e la cultura della realtà nella quale vivono e nella quale vorrebbero integrarsi. ⁽⁷⁾

I dati assumono maggiore rilevanza se si considera che gli stranieri sono sottoposti a controlli sociali più cospicui in confronto agli autoctoni. ⁽⁸⁾ L'atteggiamento di diffidenza verso il "diverso", quindi, dovrebbe essere bandito perché non sufficientemente

(6) Per un'ampia panoramica sugli studi criminologici in materia, T. BANDINI – U. GATTI – M. I. MARUGO – A. VERDE, *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 454 e ss. Si è, ad esempio, affermato che gli irlandesi sono più frequentemente incriminati per reati collegati all'abuso di sostanze alcoliche, gli italiani per omicidi e lesioni personali.

(7) In tal senso, T. BANDINI – U. GATTI – M. I. MARUGO – A. VERDE, *op. cit.*, pp. 456 e ss.

(8) In tal senso, C. LONGOBARDO, *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1999, fasc. 3, p. 233, e la bibliografia ivi richiamata.

motivato da ragioni concrete;⁽⁹⁾ inoltre, l'analisi delle problematiche giuridiche relative all'immigrazione non potrà emanciparsi dai risultati delle indagini sul rapporto fra crimine e flussi di stranieri: la prova statistica dell'assenza di un'importante differenza tra la criminalità degli stranieri e quella degli autoctoni dovrebbe far propendere per l'abbandono di tecniche d'incriminazione che adottino soluzioni diverse in ragione della nazionalità dell'agente. Tuttavia, esistono nel nostro sistema soluzioni normative che attribuiscono conseguenze penali differenti a comportamenti analoghi, qualificati solo dalla cittadinanza del soggetto attivo.

Importanti esempi si hanno proprio nel decreto 286/98 con la previsione dell'espulsione a titolo di misura di sicurezza e di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione.

b) Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva. Nell'art. 16 t.u. si stabilisce che il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta delle parti nei confronti di uno straniero il quale si trovi in una delle situazioni che può portare all'espulsione su provvedimento del prefetto, può sostituire alla pena l'espulsione del reo per un periodo non inferiore a cinque anni. Condizioni necessarie per l'utilizzo di questa misura sanzionatoria sono inoltre la commissione di un fatto per il quale sia in concreto irrogabile la pena detentiva non superiore a due anni, la non sospensibilità di questa e l'immediata eseguibilità della misura.⁽¹⁰⁾

(9) Sul problema del razzismo e della sua rilevanza penalistica, K. L. KUNZ, *La discriminazione razziale e la problematicità della sua considerazione penale*, traduzione a cura di J. Rietmann-Contu e L. Petroni, in *Dei delitti e delle pene*, 1999, fasc. 3, pp. 185 e ss.

(10) A norma dell'art. 16 t.u., «1. Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale nei confronti dello straniero che si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, quando ritiene di dovere irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni e non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ai sensi dell'articolo 163 del codice penale né le cause ostative indicate nell'articolo 14, comma 1, del presente testo unico, può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni. 2. L'espulsione è eseguita dal questore anche se la sentenza non è irrevocabile, secondo le modalità di cui all'articolo 13, comma 4». Con la legge Bossi-Fini sono stati inseriti nell'art. 16 t.u. due ulteriori commi relativi all'espulsione come sanzione sostitutiva: «3. L'espulsione di cui al comma 1 non può essere disposta nei casi in cui la condanna riguardi uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, ovvero i delitti previsti dal presente testo unico, puniti con pena edittale superiore nel massimo a due anni. 4. Se lo straniero espulso a norma del comma 1 rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14, la sanzione sostitutiva è revocata dal giudice competente».

La disposizione è nata con l'obiettivo di affrontare in maniera drastica il problema dell'immigrato delinquente predisponendone il rinvio al paese d'origine o di provenienza, con evidente risparmio di risorse economiche e organizzative. Mentre le sanzioni sostitutive ordinarie presuppongono, nella maggioranza dei casi, un rapporto col territorio foriero di miglioramenti delle condizioni sociali dell'agente – nell'ottica dell'efficacia più criminogena che risocializzante dell'esperienza carceraria di breve durata –, l'espulsione equivale alla rinuncia a qualsiasi interessamento verso il colpevole e al sostanziale disconoscimento della logica rieducativa: manca, infatti, la subordinazione della concedibilità della misura alla prognosi di ravvedimento del reo, come richiesto in materia di sospensione condizionale della pena e di liberazione condizionale.

La possibilità di ricorrere al rimedio è stata circoscritta entro precisi ambiti edittali per evitare che fossero accantonate in maniera generalizzata le ragioni dell'incriminazione delle condotte umane. Sembra che il legislatore abbia ritenuto l'espulsione rimedio troppo blando per gli illeciti di maggiore gravità, ma efficace per i reati meno offensivi, seguendo una logica di tipo economicistico: se vengono commessi reati non troppo significativi dal punto di vista dell'intensità della lesione o dell'esposizione a pericolo del bene protetto, non è conveniente, sia secondo un criterio di risparmio delle risorse finanziarie sia organizzativo, sottoporre l'immigrato a trattamento sanzionatorio, carcerario o alternativo, ma è più proficuo allontanarlo. Quando, invece, l'illecito è grave, prevalgono le esigenze repressive e neutralizzatrici del reo e, pertanto, è esclusa l'espulsione – quantomeno fino all'espiazione completa della pena – e si ricorre alla sanzione tradizionale. A rafforzare questa tesi vi è il nuovo terzo comma dell'art. 16 t.u., con cui si esclude l'utilizzabilità della misura per i delitti nominalmente più gravi, anche se comportanti in concreto l'applicazione di una pena inferiore ai due anni di detenzione. Si tratta delle ipotesi di reato previste nell'art. 407, comma 2°, lettera a), c.p.p., nonché degli illeciti contemplati nel testo unico sull'immigrazione puniti con una sanzione edittale superiore nel massimo a due anni.

Nel primo comma dell'art. 16 t.u., però, è presente un difetto di coordinamento. La possibilità di ricorrere al rimedio solo per reati non colposi induce a ritenere che la misura abbia un carattere più afflittivo della pena ordinaria, come si evince, d'altronde, dalla sua durata che non può essere inferiore a cinque anni, mentre la pena sostituita non deve varcare la soglia

del biennio. Se fosse norma di favore, infatti, non vi sarebbe necessità di escludere l'utilizzazione del rimedio per gli illeciti colposi, che, seppur denotati dal coefficiente soggettivo di minore gravità fra i criteri d'imputazione della responsabilità penale, sono tuttavia punibili con sanzioni coercitive come la reclusione e l'arresto. ⁽¹¹⁾ L'eventuale natura sfavorevole, però, non fa comprendere la ragione dell'estensione della misura alle contravvenzioni visto che, quando il legislatore ha introdotto norme peggiorative della condizione del reo, ne ha normalmente limitato l'applicazione ai soli delitti non colposi (ne sono un esempio gli artt. 380 e 381 c.p.p.).

Si potrebbe aggiungere, inoltre, che l'espulsione può essere rimedio adeguato anche per alcuni reati di una certa consistenza, perché l'impossibilità di permanere nel territorio può costituire ostacolo alla reiterazione delle condotte criminose. ⁽¹²⁾

Tutto ciò significa che non è stata una logica unitaria ad avere guidato le scelte di criminalizzazione o l'individuazione delle modalità d'intervento sull'autore di reati, ma si sono previste soluzioni poliedriche contrarie alla connotazione oggettiva del sistema penale.

La scelta di espellere anziché punire appare motivata innanzitutto da ragioni economico-organizzative. Se l'allontanamento non avesse avuto carattere limitato nel tempo, il provvedimento avrebbe rappresentato la rinuncia totale alle sorti del reo, del cui recupero lo Stato non sarebbe responsabile per l'assenza del legame della cittadinanza: l'ordinamento non avrebbe avuto nessun interesse per il futuro comportamento dello straniero perché comunque non vi sarebbero state possibilità di contatto col territorio e, quindi, opportunità per delinquere (è pur vero, però, che questa ricostruzione ha un senso fintanto che si consideri imprescindibile il legame tra spazio e reato; nell'era della tecnologia multimediale e della globalizzazione queste valutazioni andrebbero riviste. ⁽¹³⁾ Probabilmente la previsione nasce dall'idea

(11) È anche vero, comunque, che nei reati colposi si applica normalmente la sospensione condizionale della pena.

(12) Questa considerazione non può certamente valere per illeciti, come l'associazione per delinquere – ma anche in generale per tutte le forme di concorso morale –, per i quali il rapporto col territorio non costituisce presupposto di realizzazione del crimine.

(13) Nell'esame del fenomeno immigratorio si dovrebbe tenere nel giusto conto un dato ormai reale: l'insufficienza dei confini territoriali per definire l'ambito di potere di un'autorità (politica, economica, militare). Mette in luce gli aspetti meno positivi della c.d. "convivenza universale" A. SPADARO, *Gli*

dell'immigrato delinquente come soggetto emarginato, versante in difficoltà economiche, autore di illeciti di microcriminalità, sovente manovalanza delle organizzazioni di stampo mafioso: in tali casi basta allontanarlo dal contesto per realizzare un'efficace tutela della collettività. ⁽¹⁴⁾ Non va taciuto, però, che l'espulsione può essere disposta solo in caso di inapplicabilità della sospensione condizionale della pena e che una delle condizioni ostative al ricorso a tale causa di estinzione del reato è la prognosi di recidiva. In teoria, quindi, l'espulsione potrebbe essere eseguita nei confronti di uno straniero che non beneficia della sospensione condizionale perché ritenuto potenziale autore di altri illeciti. ⁽¹⁵⁾

Dal punto di vista tecnico, desta dubbi la previsione della durata minima della sanzione, che non può essere inferiore a cinque anni. Oltre all'ovvia considerazione dell'illegittimità di una sanzione indeterminata nel massimo edittale, il riconoscimento al giudice del potere di fissare la durata dell'espulsione provoca il sorgere di quesiti sulla funzione della misura.

Si potrebbe replicare che esistono già nel sistema penale sanzioni di durata relativamente indeterminata nel massimo: le misure di sicurezza. È vero, però, che l'applicazione di queste è subordinata al rilievo della pericolosità sociale del reo, esame che difetta nel caso dell'art. 16. Inoltre, fra pena e misura di sicurezza non v'è un rapporto alternativo, ma le due tipologie di sanzioni perseguono fini tendenzialmente differenti, che escludono l'utilizzabilità dell'una in sostituzione dell'altra. ⁽¹⁶⁾ La

(segue nota 13)

effetti costituzionali della c.d. «globalizzazione». Storia di una metamorfosi: dalla sovranità dei popoli nazionali alla sovranità dell'opinione pubblica (e della finanza) internazionali, in *Pol. dir.*, 1998, n. 3, p. 442. L'Autore, nell'analizzare le possibili conseguenze a livello costituzionale derivanti dai processi di ammodernamento in senso ampio, evidenzia il rischio di uno scontro inevitabile «non più fra ideologie politiche o sistemi economici, ma addirittura fra culture e, quindi, fra modelli di civiltà».

(14) Questa affermazione potrebbe essere contraddetta evidenziando che senza un'attività di rieducazione del reo la tutela della collettività è garantita solo nel breve periodo, perché, scaduto il termine di allontanamento forzato, la condotta criminosa potrebbe essere reiterata: la sola espulsione, infatti, non è sufficientemente incisiva sulla libertà personale da stimolare all'osservanza delle norme per tema di una nuova condanna.

(15) In tal senso, G. LOCATELLI, *Osservazioni sull'espulsione sostitutiva della detenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, n. 8, p. 1036.

(16) È anche vero, però, che in seguito all'avvento della Costituzione le ragioni di una netta separazione tra le funzioni della pena e della misura di sicurezza sono venute meno perché nell'art. 27, comma 3°, Cost. è stata attribuita alla stessa pena finalità rieducativa.

sanzione dell'art. 16 t.u., invero, va concepita come una pena, non come una misura di sicurezza.

Occorre inoltre evidenziare che nella disciplina generale delle sanzioni sostitutive sono previste delle condizioni oggettive e soggettive che escludono il ricorso a tali rimedi, così come è necessario che nella determinazione della sanzione il giudice tenga conto dei criteri indicati nell'art. 133 c.p. e che vi sia una prognosi di positivo adempimento delle prescrizioni. Analoghi requisiti non sono contemplati con la medesima consistenza nell'art. 16 t.u., conferendosi così al magistrato un'ampia libertà di scelta. Tale discrezionalità appare lesiva sia del principio di tassatività della norma penale, perché si consentono reazioni non sufficientemente predeterminabili, che, di conseguenza, del diritto di difesa. ⁽¹⁷⁾

A questi rilievi si aggiunge il difetto di criteri cui il giudice debba attenersi per rapportare la durata dell'espulsione con la sanzione astrattamente irrogabile per il fatto di reato, ⁽¹⁸⁾ con conseguente violazione degli artt. 27, comma 3°, e 3 Cost., rispettivamente sulla funzione rieducativa della pena e in materia di eguaglianza. ⁽¹⁹⁾

Se le sanzioni sostitutive ordinarie nascono con l'intento di evitare gli effetti negativi dell'esperienza carceraria di breve durata, la disciplina dell'art. 16 citato non può trovare giustificazione nella scarsa gravità dei fatti commessi perché i limiti edittali previsti nella norma sono più ampi rispetto a quelli che consentono il ricorso alle sanzioni sostitutive per i cittadini: non si può parlare, pertanto, di rimedio alle bagattelle.

Dal punto di vista teorico, è proprio l'idea dell'indifferenza dello Stato alle sorti dell'immigrato delinquente a giustificare l'uso del rimedio. La mancanza del rapporto di cittadinanza giustifica quel c.d. inserimento differenziato, che costituisce l'antitesi alla logica dell'integrazione perché guarda con sfiducia allo straniero e lo considera un «ospite in prova perpetua». ⁽²⁰⁾ L'istituto dell'espulsione come sanzione sostitutiva della detenzione, nonché la disciplina della carta di soggiorno, la restrittività della normativa sull'acquisizione della cittadinanza italiana, l'istituzione dei

(17) A. FRANCESCHETTI, *Dall'espulsione a richiesta di parte all'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione*, in *Gli stranieri*, 2001, n. 4, p. 272.

(18) C. LONGOBARDO, *op. cit.*, p. 246.

(19) A. FRANCESCHETTI, *op. cit.*, p. 267.

(20) In tal senso, L. PEPINO, *Immigrazione, politica, diritto*, in *Quest. giust.*, 1999, p. 14.

centri di permanenza temporanea ed assistenza ⁽²¹⁾ sono considerate le prove dell'inefficacia del testo unico sull'immigrazione nella realizzazione di una politica degli immigrati.

A ciò dobbiamo aggiungere un'altra considerazione. Nell'art. 16 t.u. si contempla la possibilità di disporre la sanzione sostitutiva solo nei confronti dello straniero che versi in una delle condizioni previste nell'art. 13, comma 2°, t.u., vale a dire nei casi in cui il prefetto avrebbe dovuto procedere all'espulsione. Si tratta di situazioni che, comunque, avrebbero condotto l'immigrato fuori dal nostro territorio; pertanto, la misura anticipa semplicemente un esito inevitabile, con effetti favorevoli, da un punto di vista, e sfavorevoli, dall'altro, rispetto a quanto ordinariamente avverrebbe: beneficiando il reo con l'esenzione dalla pena detentiva e limitandone fortemente l'aspettativa di reingresso.

Tale situazione determina, però, una forte disparità di trattamento rispetto al cittadino e allo straniero regolare – che non possono fruire del rimedio sostitutivo –, soprattutto se si considera che la fonte del privilegio è una condizione di illiceità: l'ingresso o la permanenza irregolare, per lo più. È sembrato, allora, che la norma costituisse un premio alla collaborazione dei clandestini, autori di illeciti penali, i quali, per evitare la condanna, dichiarano le proprie vere generalità, consentendo così di procedere ad un'espulsione altrimenti ineseguibile. ⁽²²⁾

Nella formulazione originaria dell'art. 16 t.u. era evidente un grave difetto di previsione: non era contemplata la revoca della misura e l'applicazione della pena ordinaria in caso di trasgressione al divieto di reingresso; né potevano avere rilevanza, evidentemente, le norme che regolano i casi analoghi in materia di sanzioni sostitutive o di sospensione condizionale della pena, per il divieto di analogia *in malam partem*. ⁽²³⁾ La

(21) L'istituzione dei centri di permanenza temporanea ed assistenza ha destato da subito forti perplessità in dottrina. Si è evidenziata, tra l'altro, l'assenza di presidi penalistici nel caso di allontanamento arbitrario dello straniero dal centro: a norma dell'art. 14, comma 7°, t.u., infatti, il questore si limita in tali casi a ripristinare senza ritardo la misura. Secondo certa dottrina, potrebbe ravvisarsi al più il reato di cui all'art. 650 c.p. poiché lo straniero si è reso inottemperante a un provvedimento legalmente dato dall'autorità amministrativa per motivi che possono definirsi di ordine pubblico o sicurezza pubblica. Così, P. DUBOLINO, *La lotta all'immigrazione clandestina nella nuova disciplina normativa*, in *Riv. pol.*, 1998, p. 274.

(22) G. LOCATELLI, *op. cit.*, p. 1036.

(23) In argomento, G. LOCATELLI, *op. cit.*, p. 1036.

mancata previsione di meccanismi «di revoca della sanzione sostitutiva e di ripristino della pena detentiva in caso di sopravvenuta impossibilità di eseguire l'accompagnamento coattivo o in caso di violazione della misura espulsiva» implicava la sola utilizzabilità nelle ipotesi indicate del trattenimento presso il centro di permanenza temporanea e assistenza, di cui all'art. 14 t.u., per un massimo di trenta giorni. ⁽²⁴⁾ Per porre rimedio a questa mancanza, con l'art. 15 della legge Bossi-Fini è stato inserito nell'art. 16 t.u. il quarto comma, nel quale viene contemplata la revoca della misura sostitutiva nel caso in cui lo straniero espulso rientri illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine imposto.

L'analisi così condotta si discosta radicalmente dall'interpretazione che la Corte costituzionale ha dato dell'art. 16 t.u. ⁽²⁵⁾ La Consulta è stata investita della questione dal Pretore di Roma per un presunto contrasto della disciplina dell'espulsione come sanzione sostitutiva con gli artt. 3, 24, comma 2°, 25, comma 2°, 27, commi 2° e 3°, Cost. ⁽²⁶⁾ La peculiarità consiste nel fatto che la Corte ha respinto l'eccezione negando la natura penale della sanzione di cui si discute e riconoscendole il carattere di misura amministrativa. Tale natura si ricaverebbe, nell'impostazione della Corte, da una serie di elementi: 1) innanzitutto, l'esecuzione della misura spetta al questore (che è un'autorità amministrativa) e non al pubblico ministero, come avviene per l'esecuzione della pena; 2) in secondo luogo, nell'art. 16 sono

(24) Così, A. FRANCESCHETTI, *op. cit.*, p. 267.

(25) Corte costituzionale, ordinanza 14-28 luglio 1999 n. 369, in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 3, pp. 187 e ss.

(26) In particolare, sussisterebbe contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto, da un lato la norma discriminerebbe la posizione degli stranieri rispetto a quella dei cittadini italiani e degli altri paesi dell'Unione europea, dall'altro, sotto il profilo dell'irragionevolezza, poiché la durata almeno quinquennale della misura coincide o oltrepassa il termine necessario per l'estinzione del reato in caso di patteggiamento, svuotando di significato la scelta per l'applicazione della pena su richiesta delle parti; con l'art. 25, comma 2°, Cost., per la mancata previsione del massimo edittale (per evitare censure di incostituzionalità, si dovrebbe interpretare la norma come se prevedesse una sanzione della durata fissa di cinque anni e ciò in violazione dell'art. 3 Cost. per il conseguente trattamento sanzionatorio eguale di situazioni molto diverse tra loro) e per il difetto dei criteri di scelta sul se e sul *quantum* della sanzione; con l'art. 27, comma 2°, Cost., per la violazione del principio della presunzione di non colpevolezza, essendo l'espulsione immediatamente esecutiva; con l'art. 27, comma 3°, Cost., per l'impossibilità che questo provvedimento assolve a finalità rieducative. In tal senso, Corte costituzionale, ordinanza 14-28 luglio 1999, cit., p. 188.

richiamate le condizioni per procedere all'espulsione amministrativa; 3) infine, la rubrica dell'articolo, dove si usa la locuzione 'sanzione sostitutiva', non è probante della natura penale del rimedio perché nel dispositivo si utilizza, invece, il termine 'misura', più adatto per indicare un provvedimento amministrativo.

Se, da un lato, è vero che queste obiezioni della Consulta possono avere una certa consistenza, dall'altro, però, tale ricostruzione non riesce a spiegare un dato fondamentale della questione: lo straniero espulso ai sensi dell'art. 16 t.u. è un reo, nei confronti del quale esiste una condanna; escludere la natura penale del rimedio significa accettare un principio abnorme, e cioè che chi è riconosciuto colpevole di un reato possa, a discrezione del giudice, non subire la pena. Il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, così, verrebbe sostanzialmente vanificato, il giudice sarebbe tutt'altro che la *bouche de la loi*, bensì, al contrario, inaccettabilmente, il determinatore della rilevanza penale delle condotte umane. ⁽²⁷⁾

Anche la collocazione della norma appare contrastante con la ricostruzione effettuata dalla Corte; se, infatti, si fosse trattato di misura amministrativa, avrebbe dovuto essere più propriamente inserita nell'ambito dell'art. 13 o dopo questo, non successivamente all'art. 15, in cui è disciplinata l'espulsione quale misura di sicurezza, la cui natura penale non pare contestabile. Inoltre, l'obiezione sulla funzione amministrativa – e non giudiziaria – dell'organo dell'esecuzione può essere superata rilevando che l'art. 665 c.p.p., relativo all'individuazione del giudice competente all'esecuzione di un provvedimento, si apre con una clausola di salvaguardia che consentirebbe di conciliare il ruolo del questore con il carattere penale della sanzione sostitutiva; ⁽²⁸⁾ a norma del primo comma dell'art. 665 c.p.p., infatti, «Salvo diversa disposizione di legge, competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento è il giudice che lo ha deliberato».

La natura penale potrebbe ulteriormente ricavarsi dal disposto del secondo comma dell'art. 16 t.u., in ragione del quale l'esecuzione dell'espulsione non è subordinata all'acquisita irrevocabilità della sentenza. Tale puntualizzazione nasce, probabil-

(27) Per una critica alla decisione della Consulta, A. CASADONTE, *La Corte costituzionale e l'espulsione dello straniero: un'ordinanza che non convince*, in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 3, pp. 85 e ss. L'Autrice sostiene l'inaccettabilità della conclusione del giudice delle leggi «perché più che dimostrata essa appare apoditticamente affermata».

(28) In tal senso, A. CASADONTE, *op. cit.*, p. 88.

mente, dall'esigenza di una deroga espressa al principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza, in ragione del quale l'esecuzione dei provvedimenti di condanna va posposta al passaggio in giudicato della relativa decisione: ovviamente, è chiara così la violazione del principio in questione.⁽²⁹⁾ L'art. 16 t.u. contrasta anche con il principio di uguaglianza e con il diritto di difesa perché si prevede l'allontanamento del soggetto durante la pendenza dell'iter processuale.⁽³⁰⁾

In conclusione, può dirsi che la norma sembra connotata da una logica compromissoria tra istanze di coerenza sistemica ed esigenze di efficienza manageriale. Così, da un lato, si subordina l'uso del rimedio alla non sospensibilità della condanna, nel bisogno del rispetto della parità di trattamento avvertito come irrinunciabile; dall'altro, si abbandonano i tradizionali principi penalistici, anticipando la sanzione a momenti di ancora non definita colpevolezza e abiurando agli obiettivi di risocializzazione.

Con la legge Bossi-Fini sono stati inseriti nell'art. 16 t.u. anche i commi 5° e ss., in cui viene disciplinato il rimedio dell'espulsione come misura alternativa alla detenzione. Il legislatore, cioè, ha ritenuto opportuno ampliare l'insieme dei provvedimenti di allontanamento coattivo, utilizzandoli anche nei confronti di chi è già posto *in vinculis*, allo scopo di affrontare il problema del sovraffollamento degli istituti di pena. La misura alternativa va applicata allo straniero detenuto, che versa in una delle situazioni indicate nell'art. 13, comma 2°, t.u. (quindi, in condizione di espellibilità) e che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, conformemente ai presupposti applicativi dell'espulsione come sanzione sostitutiva. Per esigenze di difesa sociale, la misura non potrà trovare applicazione nei confronti degli autori di cri-

(29) Secondo A. FRANCESCHETTI, *op. cit.*, p. 270, la lesione del principio di non colpevolezza non sarebbe neppure colmata dal disposto dell'art. 17 t.u., a norma del quale «Lo straniero parte offesa ovvero sottoposto a procedimento penale è autorizzato a rientrare in Italia per il tempo strettamente necessario per l'esercizio del diritto di difesa, al solo fine di partecipare al giudizio o al compimento di atti per i quali è necessaria la sua presenza», poiché la possibilità di rientro è fortemente limitata nel tempo e nello spazio; manca, infatti, la previsione del permesso di soggiorno per motivi giudiziari, che era invece contemplata nella legge c.d. Martelli.

(30) A. FRANCESCHETTI, *op. cit.*, p. 267.

mini gravi (precisamente, dei reati indicati nell'art. 407, comma 2°, lettera a), c.p.p.); inoltre, per realizzare la lotta più efficace contro il fenomeno dell'immigrazione clandestina, il rimedio è escluso anche per gli autori dei delitti previsti e puniti nel testo unico 286/98. La pena è estinta decorsi dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione, sempre che nel frattempo lo straniero non sia rientrato illegittimamente nel territorio dello Stato. Se ciò dovesse verificarsi, viene ripristinato lo stato di detenzione e riprende l'esecuzione della pena.

c) *Espulsione a richiesta di parte*. Il rimedio dell'espulsione a richiesta dello straniero era stato concepito in un periodo di emergenza carceraria, quando la popolazione contenuta negli istituti di pena raggiunse il massimo storico. Si pensò allora di arginare il fenomeno attraverso l'allontanamento dal territorio dello Stato di tutti quei detenuti privi della cittadinanza, autori di illeciti di non particolare gravità e interessati al ritorno in patria piuttosto che alla prosecuzione del trattamento carcerario.⁽³¹⁾

L'introduzione della norma subì un travagliato iter, nel corso del quale essa fu consistentemente modificata. All'origine il Governo aveva previsto, nel decreto legge 13 aprile 1993 n. 107, l'attribuzione al prefetto del potere di espellere con accompagnamento alla frontiera gli stranieri detenuti o sottoposti a custodia cautelare per una determinata serie di illeciti. Il contenuto del provvedimento fu fortemente criticato per il presunto contrasto con i principi costituzionali dell'eguaglianza, del diritto di difesa, della presunzione di non colpevolezza, etc.⁽³²⁾ e la scelta governativa si tradusse in un sostanziale insuccesso a causa del mancato rispetto da parte del Parlamento del termine costituzionale per la conversione in legge dei decreti. Il Governo, allora, emanò un nuovo decreto legge, il n. 187 del 14 giugno 1993, intitolato *Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri*,⁽³³⁾ con cui mutò la natura originaria

(31) Sull'argomento, A. GUIDO, *Il provvedimento di espulsione dal territorio dello Stato a richiesta dello straniero detenuto*, in *Riv. pen.*, 1996, pp. 608 e ss.; A. FRANCESCHETTI, *op. cit.*, pp. 263 e ss.

(32) A. FRANCESCHETTI, *op. cit.*, p. 263.

(33) Il decreto fu poi convertito nella legge 12 agosto 1993, n. 296. In argomento, B. GIORDANO, *D.l. 14/6/1993 n. 187, conv. con modif. dalla l. 12/8/1993 n. 296 - Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri*, in *Leg. pen.*, 1993, pp. 677 e ss.

dell'istituto e lo trasformò nell'espulsione a richiesta dello straniero detenuto o in stato di custodia cautelare: il requisito della richiesta era volto «ad armonizzare la condizione dello straniero ai valori costituzionali cui il legislatore deve riferirsi nel prevedere una misura pur sempre incidente sulla libertà personale, cioè su un diritto inviolabile dell'uomo». ⁽³⁴⁾

Nell'attuale impianto normativo l'istituto non è stato riproposto; tuttavia analizzarne le caratteristiche sembra rilevante non solo per avere un chiaro quadro storico dell'evoluzione della materia, ma anche – e soprattutto – perché molte delle considerazioni fatte sull'argomento sono adattabili – o quantomeno richiamabili – in confronto alla previsione dell'espulsione come sanzione sostitutiva della detenzione.

In particolare, era stata lamentata dalla giurisprudenza l'incostituzionalità dell'espulsione a richiesta di parte, perché contrastante con gli artt. 3, 13, comma 2°, 27, comma 3°, e 97 Cost. ⁽³⁵⁾ Certamente, la censura più importante concerneva il preteso contrasto con il principio di eguaglianza, in ragione dell'evidente disparità di trattamento con il cittadino, che non poteva godere di questa possibilità; essa, infatti, andava ritenuta comunque vantaggiosa, sia perché alternativa alla permanenza in carcere, sia perché rendeva più difficoltosa l'esecuzione dell'eventuale sentenza definitiva di condanna a causa della farraginosità e dell'incertezza sugli esiti delle procedure di

(34) Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 1994, n. 62, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1476.

(35) In tal senso, Tribunale di Bergamo, ordinanza 15 luglio 1993, in *G. U. R. I.*, 1ª serie speciale, 27 ottobre 1993, n. 44, pp. 46 e ss.; Tribunale di Bergamo, ordinanza 10 agosto 1993, in *G. U. R. I.*, 1ª serie speciale, 27 ottobre 1993, n. 44, pp. 16 e ss.; Tribunale di Roma, ordinanza 15 ottobre 1993, in *G. U. R. I.*, 1ª serie speciale, 9 dicembre 1993, n. 50, pp. 64 e ss.

Cfr. Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 1994, cit., anche in *Giur. cost.*, 1994, pp. 350 e ss., con cui vennero dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale proposte con riferimento all'espulsione a richiesta di parte. Per una critica della sentenza, P. BONETTI, *Tra interessi dello Stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 2381 e ss. I giudici di merito avevano superato le possibili obiezioni alla declaratoria di incostituzionalità, relative al carattere comunque favorevole della norma e alla conseguente impossibilità di impedirne l'applicazione al caso di specie, non soltanto richiamando la decisione della stessa Consulta del 3 giugno 1983 n. 148, con la quale si era esclusa la preclusione delle norme penali di favore dal sindacato della Corte, ma evidenziando la natura processuale dell'istituto (in tal senso, Tribunale di Bergamo, ordinanza 10 agosto 1993, cit., p. 18).

estradizione. D'altronde, anche la previsione di specifiche preclusioni alla procedura espulsiva non era determinata dalla volontà di realizzare la parità di trattamento con i cittadini, ma piuttosto dalle esigenze del processo o dai pericoli per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale.

Premesso che non è dimostrato con certezza il carattere necessariamente favorevole dell'espulsione sostitutiva di una misura comunque non gravissima, soprattutto in considerazione del conseguente divieto di reingresso nel territorio dello Stato, v'è da evidenziare l'impossibilità di ricorrere al rimedio nei confronti del cittadino in virtù del legame, costituzionalmente garantito, che codesto ha col territorio nella forma della libertà di reingresso. ⁽³⁶⁾ Parlare di violazione del principio di eguaglianza in questo caso è considerazione puramente formale, che non tiene in conto la diversità delle situazioni sottese al possesso o meno della cittadinanza. Il rapporto ontologico del cittadino con lo Stato impedisce il ricorso a rimedi 'ablativi' come l'espulsione; essi risultano plausibili, invece, nei confronti dello straniero perché la fiducia accordata all'atto dell'ingresso è sottoposta alla condizione risolutiva del compimento di condotte contrarie alle regole della società civile. Tra straniero e cittadino esistono diversità tali da impedire un giudizio di concreta comparabilità, che è presupposto per la valutazione della violazione del principio di uguaglianza. ⁽³⁷⁾ Questo principio presuppone, infatti, la fruibilità delle situazioni giuridiche da parte di tutti i potenziali soggetti. L'espulsione, invero, non è utilizzabile per il cittadino; pertanto, applicarla, ove possibile, allo straniero può avere il significato solo di dare corso all'*extrema ratio* del diritto penale, sempre che l'obiettivo di tutela delle norme penali si ritenga così sufficientemente garantito.

È comunque innegabile che l'istituto in esame presentasse un'incongruenza di fondo ed avvalorasse la tesi della disattenzione verso i principi generali, a vantaggio della salvaguardia di ragioni organizzative contingenti, non paragonabili alle esigenze giustificatrici di interventi sulle libertà fondamentali dell'individuo. Nella norma si consentiva, infatti, che optasse per l'espulsione anche lo straniero in stato di custodia cautelare.

(36) All'art. 16, comma 2°, Cost. si statuisce, infatti, che «ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge».

(37) In tal senso, Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 1994, cit., pp. 1474-1475.

Come si conciliasse questa facoltà con le ragioni che stanno alla base di un provvedimento privativo della libertà personale in fase procedimentale è ancora da dimostrare. Una delle c.d. esigenze cautelari è costituita dal pericolo di reiterazione della condotta criminosa; l'espulsione poteva garantire – ma sempre fino ad un certo punto perché il numero quotidiano di ingressi clandestini sembra smentire qualsiasi senso di sicurezza derivante dall'esecuzione dell'allontanamento coattivo – che non si ripetessero i comportamenti criminosi unicamente all'interno del territorio dello Stato: ciò significava accettare l'idea che i beni penalmente tutelati nel nostro sistema presentassero valore solo all'interno delle mura domestiche. In sostanza, si «deroga(va) irragionevolmente alla disciplina complessiva delle misure cautelari e, soprattutto, alle cautele attinenti al concreto pericolo di fuga o di reiterazione della condotta delittuosa». ⁽³⁸⁾ D'altronde, non può dimenticarsi che la custodia cautelare è misura normativamente residuale, riservata ai casi di maggiore gravità: da questo punto di vista, l'espulsione avrebbe dovuto essere ritenuta rimedio appagante in confronto alle specifiche e gravi esigenze che avevano portato al provvedimento detentivo.

In generale, però, si pensava che la compatibilità della misura con i principi di ragionevolezza andasse cercata nell'assenza di modifiche della posizione dello straniero rispetto all'ordinamento penale: l'espulsione, infatti, produceva solo l'effetto sospensivo della custodia cautelare o dell'esecuzione della pena detentiva, senza pregiudizio per le pretese punitive dello Stato. Inoltre, esistevano tali cautele e limiti normativi da circoscrivere di molto la concreta applicabilità dell'istituto (tipologie di reato, ammontare della sanzione, discrezionalità della decisione giudiziaria di applicazione del rimedio, etc.). ⁽³⁹⁾

Analizzando le ulteriori censure mosse alla norma, la giurisprudenza di merito, pur annunciando il contrasto con l'art. 13, comma 2°, Cost., non ne aveva esplicitato le ragioni; ⁽⁴⁰⁾ con riferimento al disposto dell'art. 27, comma 3°, Cost. aveva evidenziato l'impossibilità, in caso di espulsione, di realizzare, sia pure in astratto – poiché la condanna, nel caso concreto, non era ancora passata in giudicato –, la funzione rieducativa della

(38) Ivi, p. 1470.

(39) Ivi, pp. 1475- 1476.

(40) Tribunale di Bergamo, ordinanza 15 luglio 1993, cit., pp. 46-47.

pena: «Qualora intervenisse infatti una condanna definitiva dello straniero (superiore al limite dei tre anni di reclusione, previsti dalla norma censurata), successivamente alla sua espulsione dallo Stato, sarebbe completamente svilita la stessa *ratio* della sanzione penale, in quanto non sempre (e non facilmente) può essere ottenuta l'extradizione dello straniero condannato». ⁽⁴¹⁾

L'illegittimità della norma andava anche evidenziata con riferimento al principio del buon andamento della pubblica amministrazione, certamente compromesso nel momento in cui si imponeva la prosecuzione dell'attività processuale pur nell'impossibilità fattuale – che, nei limiti in cui si riteneva di potere dar corso, con esito positivo, alla procedura di estradizione, poteva qualificarsi come estrema difficoltà – di dare esecuzione all'eventuale sentenza definitiva di condanna con conseguente spreco di attività giurisdizionale. Secondo il giudice *a quo*, non poteva neppure sostenersi che la sospensione degli effetti penali della sentenza fosse conseguenza di «una favorevole prognosi di ravvedimento del condannato (in analogia con quanto previsto nell'art. 163 c.p.), non essendo affidato al giudice alcun giudizio di merito in tal senso, ma dovendosi limitare l'autorità giudiziaria ad un semplice accertamento delle condizioni normative previste per il rilascio e l'espulsione dello straniero». ⁽⁴²⁾

La Corte costituzionale ha escluso la rilevanza dei dubbi di costituzionalità sollevati con riferimento agli artt. 27, comma 3°, e 97 Cost., in ragione della relativa ipoteticità, allo stato, e quindi inammissibilità perché ininfluenti rispetto al giudizio *a quo*, che era non definitivo; ⁽⁴³⁾ con riguardo alla funzione educativa della pena, ha addirittura affermato che l'allontanamento dal territorio dello Stato potesse essere funzionale al perseguimento di obiettivi di risocializzazione, difficilmente realizzabili in un contesto carcerario di sovraffollamento. ⁽⁴⁴⁾

In una successiva decisione, n. 283 del 1994, la Corte ha precisato che, malgrado la stessa Consulta abbia sostenuto il carattere ontologicamente rieducativo della pena (sentenza n. 313 del 1990), tale considerazione concerne il trattamento penitenziario in quanto applicato, non rilevando quando tale tratta-

(41) Ivi, p. 47.

(42) Ivi, p. 47.

(43) Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 1994, cit., p. 1472.

(44) Ivi, p. 1475.

mento sia interrotto o sospeso, come nel caso dell'espulsione a richiesta: «In altri termini, con riferimento ai momenti durante i quali lo Stato legittimamente non svolge i poteri inerenti all'esecuzione della pena o della custodia cautelare, non si può pretendere [...] che trovino applicazione le esigenze e gli imperativi che la Costituzione collega alla predetta esecuzione». ⁽⁴⁵⁾

d) Espulsione a titolo di misura di sicurezza e altre ipotesi di diritto penale speciale per gli stranieri. Nell'apparato normativo in esame si è altresì prevista l'espulsione a titolo di misura di sicurezza. ⁽⁴⁶⁾ Nell'art. 15 del decreto 286/98 si contempla la possibilità per il giudice di ordinare l'espulsione dello straniero che sia socialmente pericoloso e che sia stato condannato per taluno dei delitti di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p., al di là dei casi previsti dal codice penale: nell'art. 235 c.p., infatti, si impone l'espulsione dello straniero condannato alla reclusione per un periodo non inferiore a dieci anni. ⁽⁴⁷⁾

Tra le due norme esistono evidenti differenze. Innanzitutto, nel testo unico si fornisce al giudice una facoltà di scelta, che manca, invece, nei casi contemplati nel codice Rocco, ove, per la gravità dei fatti commessi, provata dall'ammontare della sanzione, la misura di sicurezza è soluzione obbligata, sempre nel rispetto del presupposto soggettivo per l'applicazione di questa fattispecie sanzionatoria. Inoltre, la vincolatività della previsione è compensata dal minor numero di casi in cui essa può trovare spazio.

La configurazione dell'espulsione come misura di sicurezza non appare pienamente conforme alla *ratio* sottesa all'introduzione del sistema del doppio binario. In qualsiasi testo di diritto

(45) Corte costituzionale, sentenza 6 luglio 1994 n. 283, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2501.

(46) A norma dell'art. 15 t.u., «Fuori dei casi previsti dal codice penale, il giudice può ordinare l'espulsione dello straniero che sia condannato per taluno dei delitti previsti dagli articoli 380 e 381 del codice di procedura penale, sempre che risulti socialmente pericoloso».

(47) Nell'art. 235 c.p. si statuisce l'obbligatorietà dell'espulsione anche nei casi espressamente preveduti dalla legge. Sono tali, a norma dell'art. 312 c.p., i delitti commessi dallo straniero contro la personalità interna e internazionale dello Stato, quelli contro i diritti politici del cittadino e quelli contro gli Stati esteri, i loro capi e i loro rappresentanti. Anche in tali ipotesi è evidente la funzione di difesa che l'istituto svolge. L'espulsione è inoltre applicabile nell'ambito dei delitti legati alle sostanze stupefacenti a norma dell'art. 86 del testo unico 309/90.

penale si legge che la ragione dell'affiancamento della misura di sicurezza alla pena tradizionale è da ricercare nella diatriba tra Scuola Classica e Scuola Positiva, tra l'idea del libero arbitrio e l'idea del determinismo causale, tra la logica retributiva e quella rieducativa dell'intervento penale. In particolar modo, tramite la pena si compensava la società per il male che questa aveva subito con la commissione dell'illecito, con la misura di sicurezza si perseguiva l'obiettivo della neutralizzazione del reo ingovernabile, nell'auspicio della sua risocializzazione. Tale bipartizione di ruoli, poi, era scemata di significato a causa dell'intervento del legislatore costituzionale, il quale riconobbe già alla pena funzione "tendenzialmente" rieducativa, riducendo la rilevanza dell'autonoma categoria delle misure di sicurezza.

La funzionalizzazione della sanzione alla risocializzazione, però, non viene rispettata nell'istituto dell'espulsione, in quanto il rimedio dell'allontanamento dal territorio è rinuncia al superamento delle problematiche della criminalità e soluzione efficace soltanto rispetto al proposito di annullamento delle pulsioni antisociali inarrestabili del pericoloso.

Sono state mosse delle critiche alla formulazione dell'*incipit* della norma. L'espressione «fuori dei casi previsti dal codice penale» sembrerebbe significare che per i reati contemplati in leggi speciali l'espulsione possa essere disposta ogniqualvolta si tratti di un fatto punibile con tre anni di reclusione nel massimo, mentre per quelli disciplinati nel codice servirebbe una condanna non inferiore a dieci anni di detenzione. ⁽⁴⁸⁾ Pare chiaro, però, che l'intento del legislatore fosse di estendere la misura anche al di là dei casi per i quali essa era stata originariamente prevista, sebbene si sia utilizzata una formula ambigua.

L'attribuzione al giudice della facoltà di disporre la misura di sicurezza significa anche esclusione del diritto dell'imputato straniero alla sua irrogazione: sarà sempre compito del giudicante valutare la congruità e l'opportunità di questa sanzione. ⁽⁴⁹⁾ Da ciò si evince la certa esclusione nell'attuale impianto normativo dell'espulsione a richiesta di parte. ⁽⁵⁰⁾

Secondo la giurisprudenza, inoltre, è esclusa l'applicazione della misura di sicurezza nei confronti degli stranieri coniugati

(48) C. LONGOBARDO, *op. cit.*, p. 237.

(49) Così, Corte di cassazione, sentenza 16 aprile 1999 n. 6673, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, pp. 159-160.

(50) C. LONGOBARDO, *op. cit.*, p. 238.

con cittadini italiani, vista l'operatività del disposto dell'art. 19 t.u.⁽⁵¹⁾ Tale norma trova esecuzione a prescindere dalla natura, amministrativa o penale, dell'espulsione poiché non vi sono né elementi testuali né ragioni sistematiche che facciano propendere per una soluzione diversa. D'altronde, la scelta appare armonica con la rilevanza costituzionale dell'istituzione familiare.⁽⁵²⁾

L'espulsione a titolo di misura di sicurezza e altri istituti, al di là della meritevolezza delle scelte legislative sul punto – che possono apparire non condivisibili dai teorici dell'integrazione, ma vanno comprese nel loro pragmatismo –, mostrano l'esistenza di una sorta di diritto penale speciale per gli stranieri; nella nostra legislazione, infatti, non si rinvencono semplicemente norme settoriali – espressive di esigenze peculiari – che derogano alla disciplina generale, ma il vero e proprio ribaltamento di alcuni principi basilari del diritto penale: primo fra tutti, la finalità rieducativa dell'intervento penale, che, in questo ambito più che altrove, appare subordinata ad esigenze di difesa sociale.

Probabilmente il più importante dei problemi, che la tematica pone, riguarda il limite di riconoscibilità agli stranieri di situazioni giuridiche attive. Si tratta di stabilire se, in linea generale prima e specificamente per il diritto penale poi, sia giusto mantenere, alla luce dei principi costituzionali, delle differenze sostanziali tra la posizione dei cittadini e quella degli immigrati.⁽⁵³⁾

(51) A norma dell'art. 19 t.u., «1. In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione. 2. Non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1, nei confronti: a) degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; b) degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto dell'articolo 9; c) degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge, di nazionalità italiana; d) delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono».

(52) Così, Tribunale di sorveglianza di Bologna, ordinanza 11-24 luglio 2000, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 3, pp. 162-163.

(53) Sulla condizione giuridica dello straniero, E. GROSSO, voce *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, IV ed., UTET, 1999, pp. 156 e ss.; G. D'ORAZIO, voce *Straniero (condizione giuridica dello). I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XXX, 1993.

Sulla differenza tra cittadinanza in senso giuridico e cittadinanza in senso sociologico, G. ZINCONI, *Cittadinanza e processi migratori: tesi sulle trasformazioni e i conflitti*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 4, pp. 44 e ss.

Se, da un lato, è certo che il profilo della cittadinanza sia fondamentale per il riconoscimento non solo di poteri ma anche di doveri – per cui appare improprio parlare, in tal caso, di trattamento discriminatorio –, è anche vero, però, che nell’ambito prettamente penale le ragioni soprattutto utilitaristiche, che guidano le scelte nei settori civile e amministrativo, non possono avere la stessa giustificazione. La sanzione penale incide immediatamente su beni fondamentali e irrinunciabili della persona, i quali possono essere compromessi solo se vi sono motivazioni di indiscussa rilevanza, concernenti valori che trascendono la nazionalità dei soggetti coinvolti nel reato. Se il nostro è un sistema penale del fatto, in cui rilevano obiettivamente le condotte illecite per la loro incidenza negativa sul bene protetto dalla norma, non appaiono condivisibili soluzioni normative che traccino esiti diversi in ragione del possesso o meno della cittadinanza.

Il giudice delle leggi, in più occasioni nel corso del tempo, ha affrontato la questione della posizione dello straniero nell’ambito dell’ordinamento giuridico italiano, al fine di tracciare una linea di demarcazione tra ciò che possa o non possa fare chi non gode della cittadinanza dello Stato. Al di là delle singole problematiche analizzate e risolte dalla Consulta, un dato appare chiaro: allo straniero vanno tendenzialmente riconosciuti tutti quei diritti che si traducano in strumenti di salvaguardia della libertà individuale. ⁽⁵⁴⁾

(54) Ne è un esempio la sentenza del 19 gennaio 1993 n. 10 (in *Giur. cost.*, 1993, pp. 52 e ss., con nota di E. LUPO, *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*, pp. 66 e ss.), in cui si afferma l'esigenza della sostanziale equiparazione processuale tra cittadino imputato e straniero imputato, garantita, tra l'altro, dalla presenza di un interprete in ogni fase del procedimento qualora l'imputato (o indagato) ignori la lingua italiana.

Tuttavia, la giurisprudenza, a parziale ridimensionamento della portata di questo principio, ha affermato che sussiste l'obbligo per l'autorità giudiziaria di provvedere alla nomina dell'interprete solo quando la mancata conoscenza della lingua italiana da parte della persona nei cui confronti si procede risulta dagli atti o, comunque, è accertata processualmente. Così, Corte di cassazione, sentenza 15 novembre 2000 n. 5187, in *Gli stranieri*, 2001, n.1, p. 33 e in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 128-129.

Sulla presunta menomazione del diritto di difesa nella disciplina del procedimento giurisdizionale avverso il decreto di espulsione, N. ZORZELLA, *Il diritto di difesa degli stranieri e la Corte costituzionale: spunti di analisi sulla sentenza n. 161/2000*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 2, pp. 51 e ss.

Tuttavia, che esista una differenza tra cittadino e straniero è ribadito dalla Corte stessa, secondo la quale «la diversità della posizione del cittadino rispetto a quella dello straniero, seppure non precluda il riconoscimento all'uno e all'altro dei diritti fondamentali, consente al legislatore, nell'ambito del suo ragionevole apprezzamento, di stabilire modalità normativamente diversificate nel godimento di tali situazioni soggettive costituzionalmente garantite». ⁽⁵⁵⁾

Esempio di disparità di trattamento è il disposto del terzo comma dell'art. 6 del decreto 286/98, a norma del quale è punito con l'arresto fino a sei mesi e con l'ammenda fino a lire ottocentomila lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non esibisca, senza giustificato motivo, il passaporto o altro documento di identificazione, ovvero il permesso o la carta di soggiorno. ⁽⁵⁶⁾

Il comportamento incriminato costituisce forma aggravata di un illecito già previsto in linea generale in materia di pubblica sicurezza. Dalla combinazione degli artt. 221 del t.u.l.p.s. e 294 del relativo regolamento deriva che è punito con l'arresto fino a due mesi e con l'ammenda fino a lire duecentomila chi non esibisca a richiesta degli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza la carta di identità o i titoli equipollenti. Questo differente trattamento desta perplessità, soprattutto in merito alla presunta violazione del principio di uguaglianza. Non è facilmente comprensibile, infatti, quale maggiore attitudine offensiva presenti la mancata esibizione di uno dei documenti indicati da parte dello straniero rispetto al comportamento analogo del cittadino.

⁵⁵ Corte costituzionale, sentenza 19 gennaio 1993, cit., p. 56. Cfr., altresì, Corte costituzionale, ordinanza 10 dicembre 1987 n. 503, in *Giur. cost.*, 1987, pp. 3317 e ss., con nota di N. AMODIO, *Espulsione e diritti dello straniero*, pp. 3320 e ss.

⁵⁶ In argomento, A. CASADONTE, *Del reato di omessa esibizione di documento identificativo ovvero alla ricerca della perduta nomofilachia*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, pp. 86 e ss.; I. FUSIELLO, *I destinatari dell'obbligo di esibizione dei documenti di identificazione. Brevi note in materia di art. 6, co. 3, d. lgs. 286/98*, in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 2, pp. 76 e ss. In giurisprudenza, Corte di cassazione, sentenza 11 novembre – 6 dicembre 1999 n. 14008, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, pp. 170 e ss.; Corte di cassazione, sentenza 4-29 novembre 1999 n. 13562, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, pp. 166 e ss. e in *Riv. pol.*, 2000, pp. 479 e ss., con nota di V. PEDONE, *Sul reato dello straniero clandestino che non documenta la sua identità a richiesta dell'autorità di pubblica sicurezza*, pp. 483 e ss.; Pretura di Torino, sentenza 25 ottobre – 6 novembre 1999 n. 5613, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, pp. 161 e ss. e in *Guida dir.*, 18 dicembre 1999, n. 49, pp. 82 e ss.

Se, da un lato, è vero che l'art. 3 Cost. è riferito ai cittadini, consentendo implicitamente trattamenti discriminatori verso gli stranieri, è anche vero, dall'altro, che l'uguaglianza è valore fondante di uno stato democratico, che non dovrebbe mai subire eccezioni e che rientra nell'ambito dei diritti inviolabili dell'uomo. Tale opinione è condivisa dalla stessa Corte costituzionale, che ha affermato come questo principio, riferito agli stranieri, vada considerato congiuntamente agli artt. 2 e 10, comma 2°, Cost., nel primo dei quali sono riconosciuti a tutti i diritti inviolabili della persona, mentre nell'altro si dispone la regolamentazione della condizione giuridica dello straniero con legge conforme alle norme e ai trattati internazionali. In conseguenza di ciò, sebbene nell'art. 3 Cost. si indichino espressamente soltanto i cittadini, il principio varrà anche per gli stranieri quando si tratti di rispettarne i diritti fondamentali. ⁽⁵⁷⁾

Se, da una parte, la rilevanza penale della mancata esibizione del documento d'identità o del permesso o della carta di soggiorno riguarda lo straniero in misura accentuata, dall'altra, cittadini e non sono sempre tenuti a fornire indicazioni relative alle proprie qualità personali. Con l'art. 651 c.p. si punisce chiunque, richiesto da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, rifiuta di dare indicazioni sulla propria identità personale, sul proprio stato o su altre qualità personali con l'arresto fino a un mese o l'ammenda fino a lire quattrocentomila; tra questo e l'art. 6, comma 3°, t.u. non esiste un caso di concorso apparente; le due fattispecie riguardano ambiti differenti, che possono anche coesistere. ⁽⁵⁸⁾ All'immigrato, che non esibisca il documento richiesto senza giustificato motivo, sarà addebitabile anche il reato di rifiuto d'indicazione sull'identità personale se egli non fornirà le proprie generalità: l'art. 651 c.p. si riferisce, infatti, a chiunque. Qualora, invece, egli dichiari il proprio nome e il proprio stato senza fornire quanto richiesto, risponderà del solo reato di cui al testo unico.

Ciò che desta maggiori perplessità è che la risposta sanzionatoria prevista in caso di inottemperanza al precetto di cui all'art. 651 c.p. è più lieve rispetto a quella del testo unico;

(57) In tal senso, Corte costituzionale, sentenza 23 novembre 1963 n. 120, in *Giur. cost.*, 1963, pp. 1577 e ss.

(58) È un vero e proprio caso di concorso materiale, come già evidenziato dalla giurisprudenza nella sentenza della Corte di Cassazione del 13 aprile 1989 (in *Cass. pen.*, 1990, pp. 1503 e ss.).

e non solo la pena è di ammontare più modesto, ma è anche alternativa, mentre per il reato di cui all'art. 6, comma 3°, t.u. sono cumulate sanzione detentiva e sanzione pecuniaria. La mancata indicazione delle generalità, impedendo l'identificazione della persona, dovrebbe rivestire invero un carattere più grave rispetto alla mera omessa certificazione di una situazione comunque dichiarata. Certamente, l'obbligo di esibizione dei documenti d'identità può rispondere all'esigenza di discernere la condizione di regolarità dello straniero da quella di clandestinità; tuttavia, la previsione sembra celare un atteggiamento di diffidenza verso l'immigrato, quasi che per questi vigesse un principio di presunzione di colpevolezza, in virtù del quale si sia tenuti costantemente a dimostrare a richiesta la liceità della propria posizione.

Si è anche posto il problema di stabilire se la norma dell'art. 6 citato si rivolga indistintamente a tutti gli stranieri o se il suo ambito di operatività vada circoscritto agli stranieri regolarmente presenti nel territorio dello Stato, i quali, per ragioni non plausibili, tengano una condotta conforme alla previsione legale.

Dottrina e giurisprudenza di merito sembrano condividere quest'ultima opinione per ragioni soprattutto di ordine sistematico.⁽⁵⁹⁾ In particolare, si evidenzia che l'articolo è collocato nel capo dedicato alle norme sull'ingresso e sul soggiorno dello straniero e non in quello concernente l'allontanamento degli irregolari: da ciò deriverebbe la riferibilità della disposizione a coloro i quali si trovano in Italia nel rispetto delle regole. La previsione avrebbe come fine, quindi, l'esercizio di un controllo tempestivo sulla situazione degli immigrati da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, onde evitare indagini dispendiose – dal punto di vista ed economico e organizzativo – per accertare la condizione dei suddetti. D'altronde, se si consentisse di applicare la sanzione anche agli irregolari, si introdurrebbe, surrettizia-

(59) In tal senso, I. FUSIELLO, *op. cit.*, pp. 76 e ss. e Pretura di Pinerolo, sentenza 29 maggio 1999, in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 2, pp. 217 e ss. Esprime opinione analoga la Pretura di Torino che, nella sentenza del 25 ottobre – 6 novembre 1999, cit., ha affermato che lo straniero, materialmente privo di documenti per esserne già stato sprovvisto al momento del suo ingresso in Italia, ha un giustificato motivo per non provvedere alla relativa esibizione, al pari di colui al quale i documenti manchino per furto o smarrimento. Per un contributo su questa decisione, M. NIGRA, *Contro ingressi e soggiorni irregolari l'arma delle sanzioni amministrative*, in *Guida dir.*, 18 dicembre 1999, n. 49, pp. 86-87.

mente, il reato di ingresso clandestino, contraddicendo la chiara volontà legislativa, saldamente contraria alla criminalizzazione di tale condotta.⁽⁶⁰⁾

Inoltre, v'è anche una ragione pratica da considerare. Il clandestino è normalmente sanzionato con l'espulsione o il respingimento alla frontiera; se egli fornisce le proprie generalità – e quindi consente di individuare il paese di origine o di provenienza –, non v'è molta utilità nel controllare il documento d'identificazione (ovviamente, non può pretendersi l'esibizione del permesso o della carta di soggiorno, essendo egli irregolare) perché si procederà all'espulsione, anche dopo un periodo di trattenimento presso il centro di permanenza temporanea ed assistenza più vicino. Se poi le indicazioni da lui fornite dovessero rivelarsi false e lo Stato, nel quale effettuare il rimpatrio, dovesse rifiutarsi di accoglierlo, gli si potrà muovere un rimprovero ben più grave, vale a dire l'imputazione per un delitto di falsità personale.

Se, invece, il clandestino non dovesse fornire alcuna indicazione, egli, intanto, ai sensi dell'art. 349 c.p.p., potrà essere trattenuto dalla polizia giudiziaria per non più di dodici ore; quindi, se le generalità vengono scoperte, anche attraverso ulteriori indagini, dovrà rispondere dell'art. 651 c.p. e, poi, essere espulso; fino a quando permarrà l'incertezza sull'identità fisica, verrà pregiudicato il compimento della normale attività dell'autorità procedente, come si evince dall'art. 66 c.p.p.

Pare, inoltre, che, in caso di difetto assoluto di indizi circa l'identità personale del clandestino, non si possa ricorrere al di lui ricovero presso il centro di permanenza temporanea ed assistenza, perché nell'art. 14 t.u. si subordina il trattenimento dello straniero all'impossibilità di eseguire con immediatezza l'espulsione o il respingimento per l'esigenza di accertamenti

(60) A sostegno dell'estendibilità della fattispecie anche agli stranieri irregolari si sono evidenziati la funzione dell'incriminazione, volta a garantire la celere identificazione degli stranieri, la formulazione della norma, che non discerne tra il comportamento ostruzionistico di chi rifiuta di mostrare i documenti e quello necessitato di chi non possa adempiere alla richiesta di esibizione, e l'uso dell'espressione "non esibisce", che sarebbe stata sostituita con quella "rifiuta di esibire" se si fosse voluta limitare la punibilità ai soli soggetti indisponibili alla collaborazione con le autorità (opinione riportata nella sentenza della Pretura di Torino, 29 maggio 1999, cit., p. 82). Nella giurisprudenza di merito, sull'applicabilità della norma anche agli irregolari, cfr. altresì Tribunale per i minorenni del Friuli Venezia Giulia, sentenza 15 dicembre 2000, in *Dir. imm. citt.*, 2001, n. 1, pp. 169-170.

«supplementari» in ordine alla sua identità o nazionalità: quest'ultima condizione presupporrebbe allora la conoscenza quantomeno di un minimo di elementi relativi alla situazione personale del soggetto.

Proprio per tali ragioni e secondo un'esegesi contraria a quella generalmente accolta, che consente l'uso del centro di permanenza temporanea ed assistenza come luogo di sosta in attesa della scoperta di dati personali relativi al clandestino, giaceva in Parlamento una proposta di legge – la n. 5808, presentata dall'on. Fini e altri il 15 marzo 1999 e concernente le modifiche da apportare al testo unico sull'immigrazione –, con la quale è stata avanzata, tra l'altro, l'idea di introdurre nell'art. 6 del decreto un comma 3-ter, secondo il quale «lo straniero che, interrogato sull'identità, sullo stato o su altre qualità personali, rifiuta le indicazioni o le fornisce false ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di pubblico servizio nell'esercizio delle funzioni o del servizio, è punito con la reclusione da uno a quattro anni [...] Durante il tempo necessario ad accertare le esatte generalità del reo, questi è trattenuto presso il più vicino centro di permanenza temporanea ed assistenza». ⁽⁶¹⁾ La previsione del delitto di falsa od omessa dichiarazione di generalità avrebbe risposto alla necessità di evitare che molti extracomunitari, interrogati sulla loro identità, rifiutassero di fornire le indicazioni richieste, nella certezza che, una volta trasferiti nei centri di permanenza temporanea e trascorsi i trenta giorni originariamente previsti senza che le autorità competenti fossero riuscite a ricostruire i dati riguardanti la loro identità, avrebbero potuto rimanere sul territorio italiano. ⁽⁶²⁾ La norma è stata considerata di tale rilevanza da essere riproposta dai parlamentari nel corso della quattordicesima legislatura. ⁽⁶³⁾

(61) Sta alla pagina web http://www.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/sk6000/articola/5808.htm.

(62) Dall'intervento dell'on. Landi di Chiavenna alla Commissione Affari Costituzionali nella seduta del 31 ottobre 2000, riunita per l'esame del progetto di legge n. 5808 (alla pagina web http://www.camera.it/_dati/lavori/bollet/200010/1031/html/01//comunic.htm).

(63) Cfr. art. 4 della proposta di legge n. 1413, dal titolo "Modifiche al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286", d'iniziativa dei deputati La Russa e altri, presentata alla Camera dei Deputati il 24 luglio 2001, alla pagina web http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/sk1500/articola/1413.htm.

La disposizione, oltre a destare dubbi per l'evidente disparità di trattamento fra cittadini e immigrati, con il conseguente avvalorarsi dell'idea della tendenza alla creazione di un diritto speciale per gli stranieri, appare censurabile per l'accomunare situazioni evidentemente difformi come il falso e l'omissione; è innegabile, infatti, la differenza di disvalore ricollegabile alle due condotte: nel falso il bene protetto viene leso in misura maggiore perché v'è una condotta positiva di sviamento dell'azione delle autorità.

Infine, secondo la giurisprudenza di merito, è responsabile dell'illecito di cui all'art. 6, comma 3°, t.u. lo straniero che, «avendo sulla sua persona o a sua immediata disposizione questi documenti, non li esibisca subito all'autorità che lo interpella. Ovviamente il reato sussiste quando c'è una sicura prova di tale possesso o disponibilità immediata dei documenti, con un rifiuto diretto intenzionalmente in quel momento a nascondarli». ⁽⁶⁴⁾ Poiché nella norma si prevede l'esclusione della colpevolezza in caso di giustificato motivo, la contravvenzione non sussisterebbe quando l'immigrato non abbia con sé quanto richiesto per la conseguente impossibilità di esibirlo, né quando l'immigrato sia un irregolare. Il reato non si configurerebbe neppure nell'ipotesi in cui l'immigrato, che non ha mostrato i documenti per giustificato motivo, non dica dove si trovino gli stessi, in quanto la norma punisce la sola mancata esibizione degli stessi, realizzandosene, in caso contrario, un'estensione analogica della portata applicativa, notoriamente interdetta nel diritto penale. In sostanza, si sanzionerebbe il rifiuto volontario, ma immotivato, di adempiere alla richiesta, non anche l'impossibilità materiale di darvi esecuzione.

La giurisprudenza di merito ha sottolineato di recente l'inutilità della norma, incapace, per l'esiguità della sanzione prevista e per l'estrema difficoltà che la pena irrogata sia portata a concreta esecuzione, ⁽⁶⁵⁾ di esplicare reale funzione deterrente. Inoltre, non solo il fatto appare più esiguo dell'ingresso

(64) In tal senso, Pretura di Pinerolo, sentenza 29 maggio 1999, cit., p. 218; anche Tribunale di Aosta, sentenza 23 giugno 1999 n. 534, in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 3, pp. 190-191.

(65) Infatti, la sanzione pecuniaria, che costituisce la pena ordinaria in questi casi, viene comminata con decreto penale di condanna e non è quasi mai assolta per l'irreperibilità del condannato, il quale aveva in precedenza fornito false generalità. Così, Tribunale di Venezia, ordinanza 2 giugno 2000 n. 550, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 4, p. 190.

clandestino, che non ha rilevanza penale e rispetto al quale si determina un trattamento discriminatorio, ma, poiché il relativo accertamento comporta un notevole dispendio di risorse pubbliche, si contravviene anche al principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione. Risulta, infatti, paradossalmente, addirittura più conveniente per gli stranieri non esibire i documenti d'identificazione, sicuri della permanenza nel territorio dello Stato per l'impossibilità di allontanare soggetti dall'identità incerta, piuttosto che affermare le proprie generalità e, quindi, consentire l'espulsione. Pertanto, è stata proposta questione di legittimità costituzionale per la ritenuta violazione degli artt. 3, 27 e 97 della Carta fondamentale. ⁽⁶⁶⁾

Il dubbio, però, è stato respinto per manifesta infondatezza, poiché le critiche prospettate dal giudice remittente investivano più le scelte politiche del legislatore, su cui la Corte non ha competenza d'intervento, che la violazione di parametri costituzionali. ⁽⁶⁷⁾ D'altronde, la Consulta conferma la corrente interpretativa maggioritaria della giurisprudenza di legittimità, secondo cui il reato viene integrato anche nell'ipotesi d'impossibilità di esibizione dei documenti a causa della condizione di clandestinità dello straniero. Secondo la Cassazione, infatti, dal nono comma dell'art. 6 t.u. deriverebbe il generale obbligo degli stranieri, a prescindere dalla condizione di irregolarità, di munirsi di un documento di identificazione quando permangono sul territorio italiano: l'art. 6, comma 3°, t.u. si porrebbe a sanzione di tale omissione. Farebbe eccezione il mancato possesso per motivi giustificabili e dimostrabili già prima della richiesta di esibizione, non anche per comportamento volontario.

D'altronde, tale esegesi risulterebbe dall'interpretazione sistematica di tutta la normativa vigente in materia di extracomunitari, con cui si sarebbe sostanzialmente recepito il disposto dell'abrogato art. 144 t.u.l.p.s., in ragione del quale l'autorità di pubblica sicurezza aveva facoltà d'invitare lo straniero ad esibire

(66) Tribunale di Venezia, ordinanza 2 giugno 2000, cit., pp. 188 e ss.

(67) Corte costituzionale, ordinanza 7 marzo 2001 n. 68, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 102-103 e in *Dir. imm. citt.*, 2001, n. 2, pp. 169 e ss. Cfr. anche *Clandestini senza documenti: contravvenzione «inutile» ma non irragionevole*, in *Diritto & Giustizi@*, quotidiano di informazione giuridica, alla pagina web www.dirittoegiustizia.it del 17-19 marzo 2001.

(68) A norma del quarto comma dell'art. 6 t.u., come modificato dalla legge Bossi-Fini, «Qualora vi sia motivo di dubitare della identità personale dello straniero, questi è sottoposto a rilievi fotodattiloscopici e segnaletici».

i documenti d'identificazione di cui fosse provvisto e a dare contezza di sé, oltre alla possibilità di sottoporre lo straniero a rilievi segnaletici nei casi dubbi (com'è, d'altronde, previsto oggi nel quarto comma dell'art. 6 t.u.⁽⁶⁸⁾) Durante la vigenza della norma, lo straniero, che non ottemperava alla richiesta di presentarsi alla questura per dare contezza di sé, veniva incriminato ai sensi dell'art. 650 c.p., anche se clandestino. L'art. 6, comma 3°, t.u. si porrebbe in sostituzione dell'art. 144 t.u.l.p.s.⁽⁶⁹⁾

Un atteggiamento contrario alla tendenza verso la specificazione della posizione degli stranieri può essere rinvenuto nella giurisprudenza, che, in alcune pronunce, ha tentato di porre un freno alla disapplicazione delle norme generali quando ne risultino coinvolti soggetti privi del requisito della cittadinanza. Ne è un esempio la sentenza della Cassazione n. 1990 del 27 maggio – 12 luglio 1999,⁽⁷⁰⁾ con la quale, tra l'altro, la Suprema Corte ha escluso che le misure cautelari possano essere applicate quando il pericolo di fuga dell'indagato sia rappresentato unicamente dalla sua condizione di straniero. Nell'art. 274 c.p.p. si pretende, infatti, che sussista un concreto pericolo che l'imputato si dia alla fuga, pericolo di cui la condizione di immigrato può costituire solo un indizio, ma che necessita, per avere fondamento, del concorso di un'attività positiva del soggetto dalla quale si evinca il proposito di sottrarsi al corso della giustizia. Pertanto, non sarà di per sé indice di un intento di fuga il rientro in patria dello straniero, dopo la contestazione del fatto di reato, quando tale condotta appaia fisiologica nel suo *modus vivendi*; perché il rischio di fuga si concretizzi, è necessaria la presenza di altri elementi e fatti concreti, dalla cui valutazione globale possa ricavarsi la sussistenza del pericolo.

Si è avuta invece una specificazione in positivo della situazione dello straniero con il d.P.R. 30 giugno 2000 n. 230, concernente il regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà. Con riferimento alla condizione di straniero detenuto, innanzitutto si è reiterato il principio dell'adeguamento dell'esecuzione delle misure privative della libertà personale alle difficoltà linguistiche e alle differenze culturali degli stranieri; poi sono stati previsti espressamente la figura dell'operatore di mediazione culturale,

(69) Cfr. Corte di cassazione, sentenza 4 novembre 1999, cit., pp. 166 e ss.

(70) Sta in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 4, pp. 170-171.

l'adeguamento del vitto alle prescrizioni delle diverse confessioni religiose, l'accentuazione della libertà di professione religiosa, un'offerta libraria rappresentativa del pluralismo culturale esistente nella società. ⁽⁷¹⁾

Già nel testo unico sono state comunque introdotte norme di favore. Così, nell'art. 13, comma 8°, t.u. è contemplata la possibilità che lo straniero sia ammesso al gratuito patrocinio ⁽⁷²⁾ e, per tutelare lo straniero sottoposto a violenza o a grave sfruttamento, è stata prevista all'art. 18 t.u. la possibilità di concedere uno speciale permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale. ⁽⁷³⁾

4. I rimedi amministrativi alla clandestinità

L'atteggiamento umanitario di apertura delle frontiere verso individui provenienti da condizioni di vita precarie si ridimensiona di fronte alla constatazione dell'impossibilità di accogliere tutte le istanze di ricovero; il problema della regolamentazione dei flussi costituisce oggi, infatti, un dato su cui argomentare per definire le quantità e le modalità degli ingressi, ma indiscutibile, dogmatico nella sua immanenza: nessuno, probabilmente, sosterebbe con convinzione l'idea dell'apertura totale dei confini di stato, ma il contingentamento degli accessi assurge quasi al ruolo di criterio della politica internazionale.

In questo quadro la disciplina delle modalità di allontanamento dei clandestini può costituire la rappresentazione del livello di realizzazione delle aspirazioni garantistiche nel nostro sistema istituzionale.

Il primo dei provvedimenti contemplati nel testo unico per realizzare il contrasto dell'immigrazione clandestina è costituito

(71) In argomento, S. NAPOLITANO, *Il nuovo Regolamento penitenziario d.p.r. 230/2000. L'applicazione dei benefici allo straniero. Analisi in Emilia Romagna*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 4, pp. 57 e ss. Cfr. altresì, sulla condizione degli extracomunitari detenuti, G. C. CASELLI, *Stranieri e carcere*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 3, pp. 11 e ss.

(72) In argomento, M. MASSENZ, *Il patrocinio a spese dello Stato per gli stranieri espulsi nella disciplina del Testo unico d. lgs. 286/98*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, pp. 93 e ss.

(73) In argomento, M. G. GIAMMARINARO, *Il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale previsto dall'art. 18 del T.U. sull'immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 4, pp. 34 e ss.; M. G. GIAMMARINARO, *Prime valutazioni sull'attuazione delle norme sul traffico di persone*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 3, pp. 53 e ss.

dal respingimento alla frontiera. ⁽⁷⁴⁾ Esso consiste semplicemente nell'impedimento dell'ingresso nello Stato di quei soggetti che si presentino ai valichi privi dei requisiti prescritti dalla legge ⁽⁷⁵⁾: la polizia di frontiera si limiterà a frapporre il proprio divieto alla richiesta d'ingresso.

Nel secondo comma dell'art. 10 t.u. sono contemplati due ulteriori casi in cui si ricorre all'istituto del respingimento; la particolarità consiste nel fatto che in tali ipotesi lo straniero ha già fatto ingresso nel territorio dello Stato, purtuttavia il legislatore ha preferito ricorrere al rimedio meno incisivo citato, piuttosto che far riferimento alla ben più cogente espulsione.

(74) A norma dell'art. 10 t.u., «1. La polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato. 2. Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri: a) che, entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo; b) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso».

Sulla mancata definizione normativa della forma che il provvedimento di respingimento deve assumere e sulle ragioni della preferenza per l'uso del decreto motivato, P. DUBOLINO, *op. cit.*, pp. 274-275.

(75) A norma del primo comma dell'art. 4 t.u., «L'ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del visto d'ingresso, salvi i casi di esenzione, e può avvenire, salvi i casi di forza maggiore, soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti». È necessario inoltre che lo straniero sia in possesso di una documentazione idonea a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno, «nonché la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e, fatta eccezione per i permessi di soggiorno per motivi di lavoro, anche per il ritorno nel Paese di provenienza». Non sarà consentito l'ingresso dello straniero che costituisca «una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone o che risulti condannato, anche a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati previsti dall'art. 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite». Verranno respinti poi gli stranieri già espulsi, se non hanno ottenuto la speciale autorizzazione per il reingresso o se non è interamente trascorso il periodo di divieto di ingresso, gli stranieri che devono essere espulsi e coloro che sono stati segnalati per gravi motivi di ordine pubblico, di sicurezza nazionale e di tutela delle relazioni internazionali. In ogni caso dovranno essere rispettate le prescrizioni formali contenute nel regolamento di attuazione.

La più chiara di queste ipotesi è contenuta nella lettera b) di tale secondo comma ed è costituita dal caso in cui lo straniero, malgrado fosse privo dei requisiti prescritti dalla legge per il regolare ingresso nel territorio dello Stato, vi è stato ammesso «temporaneamente» per necessità di pubblico soccorso. È una ragione umanitaria ad avere spinto il legislatore a derogare alla severità delle norme sull'ingresso quando vi siano dei beni fondamentali da salvaguardare – come innanzitutto la salute –. L'uso dell'avverbio «temporaneamente» sottolinea però il carattere transitorio dell'accesso, che non potrà quindi protrarsi al di là dell'esaurimento dell'intervento di soccorso.

A completamento della disciplina, è stata prevista nel secondo comma dell'art. 12 t.u. una causa di giustificazione per rendere inequivocabilmente certa l'esclusione della responsabilità penale degli agenti che prestino soccorso e assistenza umanitaria nei confronti di stranieri comunque presenti nel territorio dello Stato, quindi anche irregolari.

Sorgono perplessità nella disamina della lettera a) dell'art. 10 t.u., a norma della quale il respingimento con accompagnamento alla frontiera viene altresì disposto nei confronti degli stranieri entrati nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli alla frontiera, ma fermati all'ingresso o subito dopo. Si tratta delle medesime circostanze che costituiscono il presupposto dell'espulsione amministrativa: vi è un ingresso clandestino. La differenza tra le due ipotesi sta tutta nella durata della permanenza sul territorio: se lo straniero viene presto assicurato alle forze dell'ordine, si applica la disciplina del respingimento; altrimenti, si ricorrerà alla procedura espulsiva.

La distinzione non è di poco momento se si considera che chi viene respinto rientra al paese d'origine e, ottenuta la documentazione necessaria per il regolare accesso in Italia, può immediatamente giungervi; chi viene espulso, invece, non può fare ingresso nel territorio dello Stato normalmente per dieci anni.⁽⁷⁶⁾

Ciò che maggiormente fa discutere è l'attribuzione alla mera discrezionalità amministrativa del compito di definire la durata della permanenza utile ai fini del ricorso alternati-

(76) Prima della riforma del 2002, chi veniva espulso non poteva fare ingresso nel territorio dello Stato per un periodo di cinque anni, salvo che il giudice, sulla base dei motivi legittimi addotti dall'interessato e in ragione della condotta da lui complessivamente tenuta durante il periodo di permanenza, non avesse disposto una durata diversa, comunque non inferiore a tre anni.

vo agli strumenti anzidetti. L'uso del mero respingimento nei casi di immediato fermo dei clandestini appare conseguenza della scarsa idoneità offensiva della condotta di tali soggetti. Tuttavia, la mancata previsione di strumenti coercitivi potrebbe sembrare insufficiente a garantire la congrua tutela dell'ordine pubblico nei casi in cui il difetto di permanenza deriva sovente da fattori esterni alla condotta individuale di illecito ingresso: il disvalore, nonché il pericolo per i beni nazionali, sta tutto nell'attraversamento illegale delle frontiere e la protrazione della permanenza costituisce solo l'aggravamento di una situazione già in origine rischiosa.

Nell'ultimo comma dell'art. 10 t.u. si prevede la registrazione dei respingimenti effettuati dall'autorità di pubblica sicurezza. Tale disposizione va agganciata probabilmente al contenuto dell'art. 13, comma 14°, t.u., secondo cui il giudice può ridurre fino a cinque anni il periodo di divieto di reingresso successivo all'espulsione sulla base «della complessiva condotta tenuta dall'interessato nel periodo di permanenza in Italia»: l'avvenuto respingimento potrebbe costituire allora ostacolo alla decurtazione della sanzione. È evidente, però, in tal caso, l'improprietà del riferimento al concetto di «permanenza».

Il più importante tipo di reazione previsto nel sistema contro il clandestino è la c.d. espulsione amministrativa. Si tratta di un provvedimento non avente natura penale, con le conseguenze favorevoli che ciò comporta. Esso è regolamentato agli artt. 13 e 14 della normativa in esame.

L'evoluzione storica della disciplina delle espulsioni è stata nel senso del progressivo riconoscimento di limiti ai poteri delle autorità. ⁽⁷⁷⁾ Fino a qualche decennio addietro esistevano a presidio della questione poche norme, fra l'altro scarsamente coordinate tra loro; vi era una forte supplenza giudiziaria all'esiguo interessamento del legislatore e ciò aveva determinato, ad esempio, la nascita dell'istituto del permesso di soggiorno, sulla scorta di un'esegesi evidentemente creatrice della disposizione che imponeva allo straniero, arrivato sul territorio dello Stato, di dar contezza di sé. Si pervenne così all'elaborazione della legge Martelli, che ebbe finalità di sistematizzazione della materia. Le critiche a tale

(77) In argomento, A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Quest. giust.*, 1999, n. 3, pp. 424 e ss.

provvedimento normativo furono tali da richiedere interventi correttivi – i decreti c.d. Dini e Conso –, sino al definitivo riordino del settore realizzato con la legge n. 40 del 1998,⁽⁷⁸⁾ poi trasfusa nel vigente decreto legislativo 286/98, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*. La pretesa di esaustività è la caratteristica annunciata di tale decreto, che, malgrado i limiti e la necessità di revisione da vari punti di vista, può essere ritenuto comunque la base normativa di ulteriori discussioni e approfondimenti.

Le autorità che possono emettere un decreto di espulsione sono il ministro dell'Interno e il prefetto, la competenza dei quali è subordinata alla sussistenza di diversi presupposti. Il ministro dell'Interno può disporre l'espulsione dello straniero solo per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, mentre il prefetto ha facoltà più ampie: egli può infatti procedere quando lo straniero è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e senza essere respinto; quando questi si è trattenuto nel territorio dello Stato senza aver inoltrato la richiesta di permesso di soggiorno nel termine prescritto, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore; quando il permesso di soggiorno è stato annullato o revocato o è scaduto da più di sessanta giorni senza che ne sia stato chiesto il rinnovo; quando lo straniero appartiene ad una delle categorie per le quali sono applicabili le misure di prevenzione.⁽⁷⁹⁾

Chiunque sia l'autorità che emette il provvedimento, il decreto di espulsione va motivato. Già durante la vigenza della legge Martelli la Corte costituzionale era intervenuta sovente per modificare la disciplina del procedimento di espulsione, sottolineando che le esigenze di celerità e di effettività non

(78) Per un'analisi della disciplina normativa contro la clandestinità, introdotta con la legge 40/98, P. DUBOLINO, *op. cit.*, pp. 265 e ss. Per una disamina della legge 40/98 in materia di espulsione amministrativa, M. CASTELLARO, *La disciplina delle espulsioni amministrative e della connessa tutela giurisdizionale nella recente legge contenente nuove norme sull'immigrazione e sulla condizione dello straniero*, in *Riv. pol.*, 1998, pp. 345 e ss.

(79) Rientrano nell'insieme i soggetti che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi, coloro che vivono dei proventi di attività delittuose, coloro che si reputino dediti a commettere reati contro l'integrità fisica o morale, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica, gli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso (cfr. le leggi 27 dicembre 1956 n. 1423 e 31 maggio 1965 n. 575 e successive modificazioni).

potevano tradursi nel deterioramento delle garanzie costituzionali.⁽⁸⁰⁾

L'esecuzione dell'espulsione è compito del questore. Sono due le possibili modalità con cui essa può svolgersi: con accompagnamento alla frontiera o tramite semplice intimazione. In quest'ultimo caso il decreto di espulsione contiene l'ordine di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni. Fino alla riforma del 2002 il procedimento per intimazione costituiva ipotesi generale, nel senso che trovava applicazione ogniquale volta non fossero state disposte nella legge modalità esecutive più cogenti. Si procedeva all'espulsione coattiva, invece, quando il provvedimento era ministeriale; quando lo straniero permaneva nel territorio oltre il termine fissato con l'intimazione; quando, essendo lo straniero espulso perché appartenente a una delle categorie sottoponibili a misure di prevenzione, il prefetto rilevava, in base a circostanze obiettive, il concreto pericolo che quegli si sottraesse all'esecuzione del provvedimento;⁽⁸¹⁾ quando il medesimo timore sussisteva nei confronti del clandestino, non respinto alla frontiera, privo di valido documento d'identità. Con la legge Bossi-Fini è stato reso ordinario il rimedio dell'accompagnamento coattivo, mentre il procedimento per intimazione è stato riservato al solo caso in cui lo straniero si sia trattenuto nel territorio dello Stato, pur essendo scaduto il suo permesso di soggiorno da più di sessanta giorni, ed egli non ne abbia chiesto il rinnovo; anche in questa ipotesi, tuttavia, si procederà all'accompagnamento forzato se

(80) In tal senso, D. DE VINCENZIIS, *La nuova disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, 1998, p. 7.

(81) Secondo la giurisprudenza, l'accertamento della pericolosità sociale deve essere contenuto in un previo provvedimento dell'autorità giurisdizionale – nella specie, il tribunale competente per l'applicazione della misura di prevenzione –, in quanto tale facoltà non è espressamente attribuita agli organi amministrativi, investiti, secondo i principi generali, «di un mero potere di proposta in una materia che resta demandata al controllo giurisdizionale». Solo con questa interpretazione *in bonam partem*, d'altronde, si rende compatibile la norma con il principio della libertà personale. In tal senso, Tribunale di Palermo, decreto 27 dicembre 2000 – 3 gennaio 2001, in *Dir. imm. citt.*, 2001, n. 1, p. 133.

In altra decisione, però, la giurisprudenza ha distinto il concetto di pericolosità sociale, cui ricorrere nell'applicazione delle misure di sicurezza e che è indubbiamente oggetto di accertamento giudiziario, dalla pericolosità richiesta ai sensi dell'art. 13, comma 2°, lett. c), t.u., poiché il provvedimento espulsivo che ne consegue è volto semplicemente ad allontanare uno straniero ritenuto non degno di permanere sul territorio italiano per fatti obiettivi ed emendabili. Così, Tribunale di Torino, ordinanza 28 dicembre 2000, in *Dir. imm. citt.*, 2001, n. 1, p. 134.

il prefetto rileverà il pericolo concreto che l'extracomunitario si sottragga all'esecuzione del provvedimento espulsivo.

Potrebbe accadere che sia difficoltoso procedere immediatamente all'accompagnamento alla frontiera dello straniero espulso. In questo caso nella legge si consente di percorrere una strada alternativa. Se, infatti, bisogna soccorrere lo straniero, effettuare accertamenti ulteriori sulla sua identità o nazionalità, acquisire i documenti per il viaggio, ovvero se vi è indisponibilità del vettore, il questore dispone il trattenimento dello straniero, per il tempo strettamente necessario, presso il centro di permanenza temporanea ed assistenza più vicino. Si tratta di una previsione che desta perplessità perché introduce una forte limitazione alla libertà individuale con uno strumento specifico per gli immigrati. ⁽⁸²⁾ Non esiste nessuna fattispecie

(82) Erano stati prospettati dei dubbi di legittimità costituzionale con riferimento alla disciplina procedimentale degli artt. 13 e 14 t.u. nella parte in cui non si prevedeva che la mancata convalida del trattenimento nei centri di permanenza temporanea e assistenza, in caso di insussistenza dei presupposti di cui all'art. 13 t.u., elidesse gli effetti del provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera a mezzo della forza pubblica; nella parte in cui non si prevedeva che il provvedimento di allontanamento coattivo fosse comunicato all'autorità giudiziaria e assoggettato a convalida entro quarantotto ore; e nella parte in cui si prevedeva che la convalida del provvedimento del questore comportasse la permanenza nel centro per un periodo di complessivi venti giorni e non si prevedeva, invece, che la permanenza nel centro conseguisse a provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria per il periodo di tempo da questa indicato, nel rispetto del limite massimo di venti giorni. Per un'analisi delle questioni poste dalle ordinanze di rimessione, P. BONETTI, *Espulsione, accompagnamento e trattenimento dello straniero di fronte alla riserva di giurisdizione prevista dalla Costituzione*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 4, pp. 11 e ss.

Le questioni sono state dichiarate infondate. Secondo la Consulta, infatti, «il controllo del giudice deve investire non solo il trattenimento, ma anche l'espulsione amministrativa nella sua specifica modalità di esecuzione consistente nell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica che è causa immediata della limitazione della libertà personale dello straniero e insieme fondamento della successiva misura del trattenimento; nell'ipotesi in cui il giudice ritenga insussistenti o non congruamente motivate le ragioni per le quali l'autorità di polizia non si sia limitata ad adottare un provvedimento di espulsione con intimazione, ma abbia disposto l'esecuzione dell'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera, il diniego di convalida travolge, insieme al trattenimento, anche la misura dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. [...] il fatto che la convalida si riferisca all'operato dell'autorità di pubblica sicurezza e, insieme, costituisca titolo per l'ulteriore trattenimento fino al limite dei venti giorni, non comporta alcuna violazione della riserva di giurisdizione posta dall'art. 13 Cost., giacché il trattenimento convalidato è riferibile, sia per la restrizione già subita, sia per il periodo residuo entro il quale può protrarsi, ad un atto motivato dell'autorità giudiziaria». Così, Corte costituzionale, sentenza 10 aprile 2001 n. 105, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, p. 105.

analoga per i cittadini e la dottrina è giunta a definirla un'ipotesi di detenzione amministrativa.⁽⁸³⁾ In una prospettiva di carattere generale questo istituto, insieme con altri, «rivela la volontà del legislatore del 1998 di sterilizzare il controllo giurisdizionale sull'operato dell'autorità amministrativa, privandolo di ogni *chance* di effettività: in questo senso, il rinvio alla disciplina processual-civilistica costituisce l'ultima tessera di un mosaico nel quale lo straniero da espellere è assoggettato ad un vero e proprio diritto speciale, che fa leva sulla dimensione non penalistica solo

(segue nota 83)

Sulla compatibilità tra le norme relative all'accompagnamento coattivo dello straniero da espellere e al suo trattenimento nei centri di permanenza temporanea e assistenza con il principio d'inviolabilità della libertà personale dell'art. 13 Cost., V. ANGIOLINI, *L'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera e la tutela della libertà personale: con la sentenza n. 105 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire*, in *Dir. imm. citt.*, 2001, n. 2, pp. 67 e ss.

(83) In tal senso, A. CAPUTO, *Espulsione*, cit., pp. 424 e ss. In argomento, altresì, A. CAPUTO, *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, pp. 51 e ss.; A. d'AGOSTINO – F. CORVAJA, *Centri di permanenza temporanea ed esercizio del diritto alla difesa*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 2, pp. 67 e ss.; L. PEPINO, *Centri di detenzione ed espulsioni (Irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 2, pp. 11 e ss.; G. SAVIO, *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri trattenuti presso i centri di permanenza temporanea*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, pp. 63 e ss.

Sui dubbi di illegittimità costituzionale dell'istituto in questione, manifestati dalla giurisprudenza di merito, Tribunale di Milano, ordinanza 9 novembre 2000, in *Gli stranieri*, 2001, n. 1, pp. 9 e ss.

Ritiene, inoltre, che sussista contrasto con l'art. 24 Cost. l'on. Pisapia, il quale, nella relazione alla proposta di legge n. 6801, presentata alla Camera dei Deputati il 23 febbraio 2000 ed intitolata 'Modifiche al decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286, in materia di diritti dello straniero in attesa di espulsione e di riconoscimento allo straniero dell'elettorato attivo e passivo nelle consultazioni locali' (alla pagina web http://www.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/sk7000/relazion/6801.htm), evidenzia che, in materia di inviolabilità del diritto di difesa, «le garanzie giurisdizionali previste dall'art. 14 del citato testo unico [...] sono più apparenti che reali, dato il carattere sommario del procedimento penale e date le particolari condizioni dei soggetti interessati, che non comprendono la lingua italiana e che non dispongono nella maggior parte dei casi della benché minima informazione circa i loro diritti».

Secondo F. VASSALLO PALEOLOGO, *I centri di permanenza temporanea per stranieri espellendi*, in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 4, pp. 26 e ss., «la totale assenza di garanzie effettive e la quasi assoluta discrezionalità delle forze di polizia nella gestione dei centri, in contrasto con basilari principi della nostra Carta costituzionale, rendono la permanenza in queste strutture più penosa e spesso più pericolosa della stessa detenzione carceraria».

per neutralizzare le garanzie sostanziali e procedurali proprie dell'ordinamento penale, fondandosi, in realtà, su misure coercitive della libertà personale che nel sistema penale rivestono carattere di assoluta eccezionalità». ⁽⁸⁴⁾

L'ingresso clandestino diventa penalmente rilevante nell'ipotesi in cui l'immigrato, già espulso, rientri nel territorio dello Stato senza la speciale autorizzazione del ministro dell'Interno, prescritta nell'art. 13, comma 13°, t.u.; in tal caso, lo straniero sarà punibile con l'arresto da sei mesi a un anno e verrà espulso con accompagnamento immediato alla frontiera. Nel caso di espulsione disposta dal giudice, il trasgressore del divieto di reingresso è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La stessa pena si applica allo straniero che, già denunciato per il reato di cui al comma 13° ed espulso, sia rientrato nel territorio nazionale.

Con queste norme, in verità, non si criminalizza il comportamento di reingresso, ma si istituiscono degli illeciti con l'obiettivo di tutelare in maniera rafforzata l'autorità della pubblica amministrazione: è la violazione del sostanziale ordine di non reingresso, implicito nell'espulsione, a essere punita, non l'offesa all'ordine pubblico, che costituisce l'oggetto giuridico delle condotte di ingresso clandestino. Tali previsioni, pertanto, possono essere ritenute forme aggravate della contravvenzione disciplinata nell'art. 650 c.p., a norma del quale è punita l'inosservanza di un provvedimento, legalmente dato, dell'autorità per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene.

Qualche perplessità destano la durata del divieto di reingresso – che non può essere, in ogni caso, inferiore a cinque anni ⁽⁸⁵⁾ – e la previsione di una speciale autorizzazione del ministro dell'Interno come condizione per il rientro, soprattutto se si confronta questa disciplina con quanto disposto in materia di respingimento. In quest'ultimo caso, infatti, lo straniero già respinto, che sia venuto in possesso dei requisiti prescritti per l'ingresso in Italia, può entrare nel nostro Paese senza bisogno

(84) A. CAPUTO, *Espulsione*, cit., p. 434.

(85) Circa alcuni dubbi manifestati dalla giurisprudenza di merito, prima della riforma del 2002, sulla legittimità costituzionale della preclusione al prefetto di ridurre il termine quinquennale di durata dell'espulsione, nonché della presunta inoppugnabilità del decreto di allontanamento al solo fine di ottenere la riduzione del periodo di divieto di reingresso, Corte costituzionale, ordinanza 23 maggio 2001 n. 165, in *Gli stranieri*, 2001, n. 3, pp. 184 e ss., con cui la questione è stata dichiarata manifestamente infondata.

di attendere il trascorrere di alcun lasso di tempo dall'avvenuto respingimento e senza nulla osta di alcuna autorità. Il tutto viene spiegato con la considerazione che, nel caso di espulsione, lo straniero non solo ha eluso i controlli alla frontiera, ma ha anche soggiornato nel territorio dello Stato. Tuttavia, dato che il periodo di materiale residenza, necessario per procedere all'espulsione, può anche essere minimo e che al respingimento si può ricorrere anche quando gli stranieri siano fermati subito dopo l'ingresso nel territorio, appare eccessiva la diversità delle soluzioni sanzionatorie in casi sovente non dissimili. ⁽⁸⁶⁾

Un'ulteriore questione si pone con riferimento alla natura giuridica – penale o amministrativa – da attribuire all'espulsione comminata ai sensi dell'art. 13, comma 13°, t.u. in caso di trasgressione al divieto di reingresso. ⁽⁸⁷⁾ Si ritiene di escluderne l'inquadramento nell'ambito delle misure di sicurezza perché la norma non richiede la pericolosità sociale, che è condizione generale per l'irrogazione di una tale sanzione penale. L'obiezione, però, può essere superata facilmente se si considera che l'art. 202 c.p., in ragione del quale le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto previsto dalla legge come reato, è norma generale che deve trovare costante applicazione, senza bisogno di espressi richiami. Né può escludersi la natura penale della previsione di cui al comma 13° per il fatto che il legislatore del 1998 ha dettato una norma ad hoc – l'art. 15 t.u. – per individuare i casi in cui è possibile applicare l'espulsione come misura di sicurezza, casi tra cui non è ricompresa l'ipotesi dell'art. 13, comma 13°. L'art. 15, infatti, trova applicazione con riferimento agli illeciti previsti negli artt. 380 e 381 c.p.p., quindi ai soli delitti; nel comma 13° si prevede una contravvenzione ed è ben possibile che il legislatore, in via eccezionale, abbia voluto estendere a questo caso di reato contravvenzionale un trattamento grave, già riconosciuto per crimini di maggiore rilevanza.

A sostegno della natura amministrativa della sanzione si porrebbe, invece, oltre alla collocazione della norma, un elemento testuale. In tale disposizione, infatti, si statuisce che lo straniero espulso rientrato nel territorio dello Stato, oltre ad essere punito, è «nuovamente» espulso: l'avverbio significhe-

(86) Sul punto, C. LONGOBARDO, *op. cit.*, pp. 225-226.

(87) In argomento, C. LONGOBARDO, *op. cit.*, p. 229.

rebbe reiterazione di un provvedimento già preso, vale a dire l'espulsione amministrativa comminata in origine. Pertanto, nella previsione originaria del decreto 286/98, chi avesse trasgredito una seconda volta il divieto di ingresso di natura amministrativa, avrebbe risposto solamente dell'illecito di cui all'art. 13, comma 13°, t.u. Il legislatore della riforma del 2002, invece, ha punito con la reclusione l'espulso che trasgredisce il divieto di reingresso.

La funzione della sanzione, superata la logica di tipo meramente retributivo, dovrebbe tendere quantomeno a finalità preventive. Cotanto ci si dovrebbe aspettare anche dalle misure espulsive, con la peculiarità che, in questi casi, tali effetti dovrebbero esplicarsi non già nei confronti del cittadino, bensì, esclusivamente, dello straniero.

È necessario distinguere, però, l'ipotesi in cui l'espulsione costituisce rimedio all'ingresso clandestino e l'ipotesi in cui essa è corollario di una condotta criminale. Nel primo caso, l'intolleranza verso condotte contrarie alle regole sui flussi d'ingresso dovrebbe indurre gli altri potenziali autori di comportamenti analoghi a desistere. Ovviamente, l'efficacia preventiva sarà tanto maggiore quanto più certo sia il verificarsi dell'evento espulsivo. Atteggiamenti di tolleranza, anche determinati dalle difficoltà concrete di una risposta efficace al problema, non possono che incrementare il rischio della reiterazione di condotte indesiderate. Vi è comunque una difficoltà reale, costituita dalla diffusione delle informazioni sull'effettività della risposta istituzionale alla clandestinità. Presupposto perché si possa produrre un effetto di coazione indotto è infatti la rappresentazione delle conseguenze delle scelte di comportamento. Dato che il fenomeno dell'immigrazione clandestina non ha un'origine unitaria, potrebbe verificarsi un deficit d'informazione in determinate zone, che non consenta di realizzare appieno gli obiettivi auspicati.

Si tratta, però, di considerazione che vale in generale con riferimento alla funzione di orientamento culturale derivante dall'applicazione delle norme e che probabilmente è destinata a tradursi in rischio concreto soprattutto – e si spera solamente – nel breve periodo, superato il quale gli effetti di condizionamento potranno avere risonanza ulteriore rispetto alle singole realtà locali, in cui si abbia conoscenza diretta delle vicende espulsive.

Con riferimento all'espulsione come sanzione penale, invece, il rischio, nell'ottica della prevenzione, è rappresentato dal diffondersi della convinzione di un atteggiamento permissivo se

gli autori degli illeciti siano stranieri. Malgrado gli effetti concreti siano uguali a quelli derivanti dall'espulsione amministrativa, la connessione dell'espulsione con un fatto di certa rilevanza penale e il conseguente contatto con l'apparato giudiziario non possono che stimolare l'idea del disinteresse verso lo straniero, della tolleranza verso certi comportamenti, a discapito della logica dell'integrazione, a stimolo della reiterazione delle condotte (soprattutto di reingresso) perché tanto non si avverte alcun debito nei confronti di uno Stato che non vuole gli extracomunitari. In generale, può rilevarsi che l'attribuzione all'espulsione delle connotazioni della pena non tiene nel dovuto conto l'origine amministrativistica del rimedio, previsto a sanzione di comportamenti illeciti connessi alla regolarità della presenza nel territorio dello Stato. L'analogo trattamento nei confronti dello straniero criminale – solo se clandestino nel caso della sanzione sostitutiva e di quella alternativa alla detenzione – «costituisce in sostanza una rinuncia dello Stato alla effettività della sanzione penale, attuata in favore dei soli soggetti aventi *status* di clandestini, ai quali viene "abbuonata" la punizione "purché se ne vadano"». ⁽⁸⁸⁾ La maggior durata del divieto di reingresso non costituisce elemento di afflittività tale da giustificare l'uso promiscuo della misura sia per fini penali che non penali. ⁽⁸⁹⁾

5. Valutazioni conclusive sulle misure espulsive

L'istituto dell'espulsione dello straniero è, quindi, l'espressione, all'interno del sistema, di un'ineludibile tensione tra gli impulsi autarchici di politica interna e la globalizzazione come fenomeno sociale, oltre che culturale ed economico: il recupero della logica nazionalista come strumento di controllo dell'ordine pubblico. È sintomo, però, di una problematica che investe i rapporti tra l'ordinamento e le *gentes* di diversa nazionalità non solo nel momento patologico dell'allontanamento imposto, ma già nella fisiologia di una relazione nella quale i ruoli non sono stati chiaramente definiti. Diritti e doveri degli stranieri – ma già la stessa definizione del concetto di straniero aveva suscitato nel tempo ampie discussioni – costituiscono un ambito di difficile estrinsecazione, in cui si avvicinano atteggiamenti

(88) G. LOCATELLI, *op. cit.*, p. 1035.

(89) Analogamente, G. LOCATELLI, *op. cit.*, p. 1035.

contrapposti di apertura e restrizione, spesso influenzati dalle contingenze emergenziali della recrudescenza dei flussi incontrollati.

L'esigenza del mantenimento della disparità di condizione tra cittadino e straniero è stata avallata dalla stessa dottrina, che ha riconosciuto un certo margine di discrezionalità al legislatore nella scelta delle modalità di trattamento del non-cittadino, vincolata, oltre che dal rispetto generale dei diritti inviolabili dell'uomo, dal parametro della non-arbitrarietà.⁽⁹⁰⁾

Posta l'indiscutibilità della ragionevolezza della scelta di espellere, il problema concerne la compatibilità di una tale opzione con il principio di legalità e, in generale, coi valori penali costituzionalmente tutelati.

Legalità, presunzione di non colpevolezza, finalità rieducativa della sanzione costituiscono, i primi, presidi garantistici nei confronti del potere costituito, l'ultima, strumento di civiltà giuridica nei rapporti intersoggettivi. Solo quest'ultima aspirazione risulta compromessa dalla logica del disimpegno verso lo straniero, mentre le altre prerogative – che sono anche le più importanti – non subiscono alcuna attenuazione nel caso coinvolgano soggetti di nazionalità diversa da quella italiana. L'espulsione sarebbe illegittima, pertanto, solo se si riuscisse a dimostrarne l'incidenza negativa sui diritti fondamentali della persona; quindi, se si fosse in grado di affermare l'inaccettabilità di una funzione della pena diversa da quella recuperatoria: la rieducazione dovrebbe costituire, cioè, un diritto della persona, e in particolare un diritto fondamentale.

L'attualità della problematica deriva dalla constatata insufficienza del testo unico in senso tanto preventivo che repressivo e nel bisogno di un intervento tempestivo a cagione dell'annunciata crescita del fenomeno negli anni futuri, non solo per il processo di globalizzazione, ma in generale per l'andamento demografico dei prossimi anni in rapporto alla carenza di risorse nei territori d'emigrazione. L'unico antidoto efficace ad arginare il problema pare essere il miglioramento delle condizioni socio-economiche dei paesi poveri e gli sforzi della politica internazionale dovrebbero tendere a questo obiettivo. In pendenza del raggiungimento di questo risultato di lungo periodo, è apparso necessario a molte forze politiche

(90) Per una disamina della questione, E. GROSSO, *op. cit.*, pp. 162 e ss.

riformare l'apparato normativo esistente in senso più restrittivo e vincolante, per garantire anche la pacifica convivenza tra autoctoni e stranieri, che potrebbe risultare compromessa se i cittadini avvertissero come invasiva la presenza degli stranieri nel territorio dello Stato. Il decreto 286/98 è sembrato carente sia nell'esercizio del controllo degli ingressi che nella repressione dei soggiorni clandestini; così pure è parso inidoneo ad arrestare i rapporti tra criminalità italiana e internazionale e la nascita di organizzazioni criminali formate da irregolari.⁽⁹¹⁾ Il numero delle espulsioni realmente eseguite appare irrisorio rispetto al quantitativo di provvedimenti irrogati, come pochi sono i respingimenti alla frontiera in confronto agli ingressi clandestini. A ciò si accompagna un forte senso di insicurezza ed inquietudine della cittadinanza, che vede la causa della recrudescenza dei fenomeni criminali nella scarsa efficacia delle politiche di lotta all'immigrazione clandestina.⁽⁹²⁾ La criminalizzazione degli ingressi irregolari appare ad alcuni rimedio utile ai fini preventivi e repressivi, non censurabile di antidemocraticità non solo perché accolto in molti altri Paesi a tradizione fortemente democratica come il Regno Unito, la Germania, la Francia, il Canada e gli Stati Uniti d'America, ma anche perché non pare lesivo di alcun diritto fondamentale dell'uomo.⁽⁹³⁾

In molte proposte di riforma la via migliore per la disciplina del fenomeno è individuata nell'incremento delle pene, nell'obbligatorietà dei provvedimenti espulsivi in presenza di date condizioni, nell'agevolazione dei controlli sulla posizione dello straniero; ed è su questo percorso che si è inserita la recente legge Bossi-Fini.

(91) In tal senso è la relazione alla proposta di legge n. 1413, dal titolo "Modifiche al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, d'iniziativa dei deputati La Russa e altri, presentata alla Camera dei Deputati il 24 luglio 2001, alla pagina web http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/sk1500/relazion/1413.htm.

(92) In tal senso è la relazione alla proposta di legge n. 1413, cit.

(93) In tal senso è la relazione alla proposta di legge n. 1413, cit. Secondo P. BONETTI, *Tra interessi*, cit., p. 2381, «Ben poco ragionevole apparirà comunque una generale criminalizzazione delle ipotesi di clandestinità. A parte le enormi carenze di spazi negli istituti penitenziari italiani, la probabile inattuazione dell'applicazione di tali norme penali sarebbe percepita nei Paesi di emigrazione come segno di successo di future immigrazioni illegali».

6. I rimedi penali contro l'immigrazione clandestina.

Le norme di natura penale poste a presidio del fenomeno migratorio sono contenute per lo più nell'art. 12 del testo unico, in cui vengono contemplate due ipotesi criminose: il favoreggiamento dell'ingresso clandestino nel territorio dello Stato (italiano e di altri Stati) e il favoreggiamento della permanenza dell'irregolare.⁽⁹⁴⁾

Accantonate, per ragioni di sintesi, le perplessità che riguardano l'incriminazione di condotte agevolatrici di comportamenti non penalmente illeciti,⁽⁹⁵⁾ si sono posti alcuni problemi interpretativi e di opportunità in relazione alle due ipotesi di reato.

Si rilevano minori questioni nell'analisi della fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso clandestino. Con questa previsione, contenuta nel primo comma dell'art. 12, vengono punite le condotte agevolatrici della clandestinità in quanto direttamente lesive del sistema di programmazione dei flussi d'ingresso e indirettamente incidenti sulla recrudescenza del crimine: è frequente, infatti, che la condizione di irregolarità induca alla commissione di illeciti. Si tratta di un reato di mera condotta, a consumazione anticipata.⁽⁹⁶⁾

Probabilmente, però, l'obiettivo principale perseguito con la norma incriminatrice è costituito dalla lotta alle organizzazioni criminali che traggono ingenti introiti dal traffico di uomini,

(94) A norma del primo comma dell'art. 12 t.u., «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque in violazione delle disposizioni del presente testo unico compie atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato di uno straniero ovvero atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a 15.000 euro per ogni persona».

A norma del quinto comma dello stesso articolo, «Fuori dei casi previsti dai commi precedenti, e salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero o nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo, favorisce la permanenza di questi nel territorio dello Stato in violazione delle norme del presente testo unico, è punito con la reclusione fino a quattro anni e con la multa fino a lire trenta milioni».

(95) Per la disamina della questione, E. LANZA, *La repressione penale dell'immigrazione clandestina*, in *Diritto & Diritti* – Rivista giuridica elettronica, pubblicata su Internet all'indirizzo <http://www.diritto.it>, ISSN 1127-8579, ottobre 2001, p. <http://www.diritto.it/articoli/penale/lanza.html>.

(96) Analogamente, Corte di cassazione, sentenza 25 ottobre 2000 n. 4586, in *Gli stranieri*, 2001, n. 1, p. 32.

tanto che con la novella del 2002 è stata estesa l'incriminazione alle condotte di agevolazione dell'ingresso clandestino in Stati diversi da quello italiano. Da questo punto di vista, appare improprio il mancato inserimento, tra gli elementi del reato, della finalità di lucro e della pluralità di soggetti attivi, data la scarsa incidenza che le condotte d'ausilio individuali, determinate da ragioni anche altruistiche, possono avere sull'entità del fenomeno nella sua veste deteriore macroscopica.

Gli elementi citati, insieme con altre evenienze, costituiscono invece circostanze aggravanti del reato in esame. ⁽⁹⁷⁾

Secondo la recente giurisprudenza, «In tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, per "attività dirette

(97) Analogamente, Corte di cassazione, 8 febbraio 2001 n. 5360 (ud. 4 dicembre 2000), in *Gli stranieri*, 2001, n. 3, p. 205 e *Riv. pol.*, 2001, p. 534.

A norma del terzo comma dell'art. 12 t.u., «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre profitto anche indiretto, compie atti diretti a procurare l'ingresso di taluno nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico, ovvero a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona. La stessa pena si applica quando il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti». A norma dei commi 3**bis** e ss. dell'art. 12 t.u., «Le pene di cui al comma 3 sono aumentate se: a) il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone; b) per procurare l'ingresso o la permanenza illegale la persona è stata esposta a pericolo per la sua vita o la sua incolumità; c) per procurare l'ingresso o la permanenza illegale la persona è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante».

«Se i fatti di cui al comma 3 sono compiuti al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento, si applica la pena della reclusione da cinque a quindici anni e la multa di 25.000 euro per ogni persona».

«Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'art. 98 del codice penale, concorrenti con le aggravanti di cui ai commi 3**bis** e 3**ter**, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti».

«Per i delitti previsti dai commi precedenti le pene sono diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti, per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati e per la sottrazione di risorse rilevanti alla consumazione dei delitti».

a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione della legge" non devono intendersi soltanto quelle condotte specificamente mirate a consentire l'arrivo e lo sbarco degli stranieri, ma anche quelle, immediatamente successive a tale ingresso, intese a garantire la buona riuscita dell'operazione, la sottrazione ai controlli della polizia e l'avvio dei clandestini verso località lontane dallo sbarco e, in genere, tutte quelle attività di fiancheggiamento e di cooperazione con le attività direttamente e in senso stretto collegabili all'ingresso dei clandestini». ⁽⁹⁸⁾ Tale esegesi si pone in antitesi con la linea interpretativa già diffusa durante la vigenza della legge Martelli, nel cui art. 3, comma 8°, veniva descritta una fattispecie del tutto analoga all'attuale; secondo tale corrente ermeneutica, il delitto di agevolazione dell'ingresso andava configurato come reato istantaneo, per cui apparivano irrilevanti comportamenti posteriori all'attività di favoreggiamento strettamente intesa, come ad esempio il trasporto di clandestini verso altri Stati. ⁽⁹⁹⁾

Nel quarto comma dell'art. 12 è poi prevista, tra l'altro, la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per il favoreggiamento dell'ingresso clandestino, anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti. ⁽¹⁰⁰⁾ Mentre nell'originaria formulazione della norma era esclusa la misura patrimoniale se il mezzo apparteneva a persona estranea ai fatti, tale preclusione non opera più vista l'espressa abrogazione dell'inciso, determinata dall'esigenza di evitare che fossero sottratti a confisca i mezzi solo apparentemente di proprietà di persone incolpevoli.

(98) Così, Corte di cassazione, sentenza 19 maggio 2000, in *Giur. it.*, 2001, pp. 1698-1699.

(99) E. LANZA, *op. cit.*, p. 4. Secondo la giurisprudenza precedente alla riforma del 2002, inoltre, «Non costituisce reato la condotta di chi, senza essere concorso nella attività illecita diretta a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato, ovvero senza favorirne la permanenza, si adoperi per favorire la uscita dal territorio nazionale di stranieri clandestini, atteso che l'art. 10 della legge n. 40 del 1998 non prevede come reato – a differenza dell'art. 12 l. n. 143 del 1986, abrogata – l'attività di intermediazione di movimenti illeciti, o comunque clandestini, di lavoratori migranti, che non si risolvono nel favorire materialmente il loro ingresso o la loro permanenza nello Stato». Così, Corte di cassazione, sentenza 22 novembre 2000 n. 4060, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, p. 129 e in *Riv. pol.*, 2001, p. 532.

(100) A norma del quarto comma dell'art. 12 t.u., «Nei casi previsti dai commi 1 e 3, è obbligatorio l'arresto in flagranza ed è disposta la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per i medesimi reati, anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti. Nei medesimi casi si procede comunque con giudizio direttissimo, salvo che siano necessarie speciali indagini».

Tuttavia, secondo la giurisprudenza di merito, tale norma costituisce, con riferimento all'ipotesi citata, un caso di responsabilità oggettiva, contrario al principio di personalità della responsabilità penale dell'art. 27, comma 1°, Cost. Per tale motivo è stata proposta questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 4°, t.u., come modificato con il d. lgs. 133/99, nella parte in cui «non esclude la confisca nel caso in cui il mezzo di trasporto appartenga a persona estranea al reato che possa provare di non aver potuto prevedere l'illecito impiego del mezzo e di non essere incorsa in un difetto di vigilanza». ⁽¹⁰¹⁾

La Corte, però, ha respinto l'eccezione in quanto all'eliminazione dell'inciso «salvo che si tratti di mezzi appartenenti a persona estranea al reato» non consegue la confiscabilità del mezzo di proprietà di soggetto estraneo ai fatti, poiché ha sempre vigore la norma generale in materia di confisca dell'art. 240 c.p., con cui si esclude che la misura di sicurezza possa essere disposta sulle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato appartenenti a persona estranea al fatto, sempre che delle stesse non sia vietata la detenzione. ⁽¹⁰²⁾

Problemi maggiori sorgono analizzando il delitto di favoreggiamento della permanenza nel territorio dello Stato, ⁽¹⁰³⁾ poiché nel quinto comma dell'art. 12 vengono previsti degli elementi strutturali ulteriori alla mera condotta di agevolazione: il dolo specifico del fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero e l'altra condizione – alternativa – dell'agire nell'ambito delle attività punite a norma dello stesso articolo. In entrambi i casi è evidente la diversità rispetto al favoreggiamento dell'ingresso, punito a prescindere dalla particolare qualificazione dell'elemento soggettivo: basta il dolo generico.

(101) Così, Tribunale di Tolmezzo, ordinanza 26 maggio 2000, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 4, p. 188. In senso conforme, Corte di cassazione, sentenza 29 gennaio 2001 n. 15028, in *Riv. pol.*, 2001, p. 533.

(102) Corte costituzionale, ordinanza 19 marzo 2001 n. 78, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 103 e ss. e in *Dir. imm. citt.*, 2001, n. 2, pp. 171 e ss.

In senso conforme, Corte di cassazione, sentenza 9 agosto 2000, in *Gli stranieri*, 2001, n. 1, p. 31.

(103) Sulla differenza tra il delitto di favoreggiamento della permanenza dello straniero clandestino o irregolare e il delitto di induzione a recarsi nel territorio dello Stato per esercitare la prostituzione, fondata sulla diversità del bene giuridico tutelato, Corte di cassazione, sentenza 19 luglio 2000 n. 8358 (ud. 10 maggio 2000), in *Gli stranieri*, 2001, n. 1, p. 30.

Con la previsione del dolo specifico di trarre un ingiusto profitto si sana, almeno con riferimento all'agevolazione della permanenza, l'insufficiente definizione normativa del primo comma, escludendosi, in sostanza, la rilevanza penale delle condotte di favoreggiamento della permanenza determinate da motivi diversi – anche umanitari – dal vantaggio economico. ⁽¹⁰⁴⁾

I problemi si pongono esaminando l'inciso «o nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo». Sono tali le condotte di favoreggiamento dell'ingresso clandestino, sia nella versione semplice che aggravata.

Secondo la giurisprudenza, tra gli elementi circostanziali assumono autonoma rilevanza soltanto le attività qualificate dal fine di destinare lo straniero alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione e dal fine di sfruttare i minorenni in attività illecite: solo con riguardo a queste ipotesi si potrebbe avere l'agevolazione della permanenza. ⁽¹⁰⁵⁾

Va notato, tuttavia, che nell'art. 12 si reprime qualsiasi condotta di favoreggiamento dell'ingresso clandestino ed è, quindi, questo l'ambito di attività rilevante. Se ne deduce, allora, che nel quinto comma vengono punite tutte le condotte di agevolazione della permanenza aventi un antecedente nell'ingresso clandestino, mentre lo scopo di lucro è richiesto quando la condizione di irregolarità sia acquisita in una fase successiva al lecito accesso.

Sin dall'originaria formulazione dell'art. 12 t.u. ci si è chiesti se alla differente forma linguistica dei commi primo e quinto corrispondeva una diversa strutturazione dei due illeciti; nel primo comma si sanziona, infatti, chi compie attività dirette a procurare (in origine, a favorire) l'illecito ingresso, con evidente rilevanza della mera condotta criminosa; nel quinto comma, invece, si punisce chi favorisce la permanenza, come se il verificarsi di questo evento fosse necessario per la configurazione del reato. La giurisprudenza ha superato il dato letterale ritenendo che in entrambi i casi si tratti di illeciti di mera condotta poiché, da un lato, se il legislatore avesse

⁽¹⁰⁴⁾ Costituisce, ad esempio, favoreggiamento della permanenza la stipula di contratti di lavoro simulati in cambio dell'erogazione di una somma di danaro da parte dello straniero a favore del fittizio datore di lavoro. Così, Tribunale di Monza, sentenza 6-13 dicembre 1999, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 2, pp. 153 e ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Così, Tribunale di Gorizia, sentenza 19 giugno 1999, in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 3, pp. 185-186.

voluta elevare a requisito della fattispecie il verificarsi della permanenza, avrebbe ragionevolmente utilizzato l'espressione "determina la permanenza"; dall'altro, il permanere nel territorio dello Stato è comportamento totalmente ascrivibile allo straniero e, ipoteticamente, anche indipendente dalla condotta di agevolazione potendo preesistere a quest'ultima. Con la fattispecie, invero, si vuole sanzionare ogni attività astrattamente idonea a eludere o violare le norme del testo unico, specificata tramite il riferimento al concetto di permanenza. ⁽¹⁰⁶⁾

Nel secondo comma dell'art. 12 è prevista una causa di giustificazione ulteriore rispetto a quelle comuni del codice Rocco, finalizzata all'esclusione della rilevanza penale di ogni attività di soccorso e assistenza umanitaria prestata in Italia nei confronti di stranieri comunque presenti nel territorio dello Stato, quindi anche clandestini. ⁽¹⁰⁷⁾

Probabilmente, l'omissione della norma non avrebbe frustrato le esigenze che ad essa sono sottese, vista la generale operatività dell'art. 54 c.p.; ⁽¹⁰⁸⁾ tuttavia, il legislatore ha voluto includere l'esimente allo scopo di sedare ogni perplessità anche nei casi più dubbi di applicazione dello stato di necessità. Da questo punto di vista, allora, potrebbe apparire impropria la collocazione della norma al secondo comma dell'art. 12, poiché così la si rende applicabile al solo favoreggiamento dell'ingresso clandestino e non anche all'agevolazione della permanenza, disciplinata nel quinto comma dello stesso articolo. Tuttavia, poiché il favoreggiamento della permanenza risulta integrato

(106) Così, Tribunale di Monza, sentenza 6-13 dicembre 1999, cit., pp. 156-157.

(107) A norma del secondo comma dell'art. 12 t.u., «Fermo restando quanto previsto dall'art. 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato».

Per l'ampliamento dei poteri della polizia di frontiera, Corte di cassazione, sentenza 26 marzo 1998 n. 858, in *Riv. giur. pol.*, 2000, n. 2, pp. 202 e ss.

(108) La giurisprudenza di merito, contrariamente all'orientamento costante della Cassazione secondo cui si esclude lo stato di necessità nella condotta di chi agisca spinto da esigenze alimentari per la presenza di una moderna organizzazione sociale il cui compito è di provvedere a tali bisogni, ha escluso l'antigiuridicità, ai sensi dell'art. 54 c.p., nel fatto dell'extracomunitario che abbia venduto cd contraffatti per procurarsi il cibo: il numero di extracomunitari presenti nel territorio, infatti, impedisce alle organizzazioni sociali di provvedere ai loro bisogni primari. Così, Tribunale di Roma, sentenza 15 febbraio 2001, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 129 e ss., con nota di G. CARROCCIO, *Minimo il danno sociale provocato da chi, per bisogno, vende cd contraffatti*, pp. 133 e ss.

solo se v'è finalità di ingiusto profitto o se ci ritrova nell'ambito delle attività punite a norma dell'art. 12 t.u., le obiezioni possono essere superate. Il dolo specifico indicato, infatti, è in sé antitetico rispetto ai fini umanitari di cui al secondo comma. Per quanto concerne l'altro aspetto, va rilevato che il riferimento all'ambito delle attività "punite" presuppone l'esistenza di tutti gli elementi strutturali del reato, compresa l'antigiuridicità: l'intervento di assistenza esclude, pertanto, la punibilità delle attività nel cui ambito deve svolgersi l'agevolazione della permanenza e, quindi, la presenza di uno degli elementi fondamentali per aversi il reato.

A completamento della disciplina generale e con l'intento di non punire la clandestinità, ma i comportamenti che ad essa fanno da contorno, ⁽¹⁰⁹⁾ il legislatore ha sanzionato, agli artt. 22, comma 12°, e 24, comma 6°, il comportamento del datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze, anche a livello stagionale, extracomunitari privi del permesso di soggiorno o il cui permesso sia scaduto, revocato o annullato. Si tratta di un illecito contravvenzionale, come tale punibile anche a titolo di colpa: basterà che il datore di lavoro non adotti la massima diligenza nell'accertamento della situazione dello straniero perché gli possa essere mosso il rimprovero. ⁽¹¹⁰⁾ I maggiori problemi ermeneutici si pongono con riferimento alla distinzione tra questo reato contravvenzionale e l'agevolazione della permanenza, poiché frequentemente commetterà tale delitto il datore di lavoro che sfrutta lavoratori clandestini. Secondo la giurisprudenza, l'impiego di manodopera clandestina potrà integrare gli estremi del delitto di favoreggiamento della permanenza soltanto in presenza di un ingiusto profitto «che non è di per sé configurabile nell'ambito del normale svolgimento del rapporto sinallagmatico di prestazione d'opera», occorrendo, invero, «un *quid pluris* tale da connotarlo secondo la previsione incriminatrice (ad esempio, l'impiego in attività illecite o l'imposizione di condizioni gravose e discriminatorie di orario e di retribuzione)». ⁽¹¹¹⁾

(109) A. CALLAIOLI – M. CERASE, *Il testo unico delle disposizioni sull'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero: una legge organica per la programmazione dei flussi il contrasto alla criminalità e la lotta alla discriminazione*, in *La legislazione penale*, 1999, p. 270.

(110) A. CALLAIOLI – M. CERASE, *op. cit.*, p. 271.

(111) Così, Corte di cassazione, sentenza 28 giugno 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 1007.

BIBLIOGRAFIA

- AMODIO N., (1987), *Espulsione e diritti dello straniero*, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 3320 e ss;
- ANGIOLINI V., (2001), *L'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera e la tutela della libertà personale: con la sentenza n. 105 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 2, pp. 67 e ss.;
- ANTOLISEI F., (1997), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano;
- BANDINI T. – GATTI U. – MARUGO M. I. – VERDE A., (1992), *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Giuffrè, Milano;
- BONETTI P., (2000), *Espulsione, accompagnamento e trattenimento dello straniero di fronte alla riserva di giurisdizione prevista dalla Costituzione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 4, pp. 11 e ss.
- BONETTI P., (1994), *Tra interessi dello Stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2373 e ss.
- CALLAIOLI A. – CERASE M., (1999), *Il testo unico delle disposizioni sull'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero: una legge organica per la programmazione dei flussi il contrasto alla criminalità e la lotta alla discriminazione*, in *La legislazione penale*, 1999, pp. 261 e ss.;
- CAPUTO A., (2000), *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 1, pp. 51 e ss.;
- CAPUTO A., (1999), *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Questione giustizia*, n. 3, pp. 424 e ss.;
- CARROCCIO G., (2001), *Minimo il danno sociale provocato da chi, per bisogno, vende cd contraffatti*, in *Gli stranieri*, n. 2, pp. 133 e ss.;
- CASADONTE A., (2000), *Del reato di omessa esibizione di documento identificativo ovvero alla ricerca della perduta nomofilachia*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 1, pp. 86 e ss.;
- CASADONTE A., (1999), *La Corte costituzionale e l'espulsione dello straniero: un'ordinanza che non convince*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 3, pp. 85 e ss.;
- CASELLI G. C., (2000), *Stranieri e carcere*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 3, pp. 11 e ss.;
- CASTELLARO M., (1998), *La disciplina delle espulsioni amministrative e della connessa tutela giurisdizionale nella recente legge contenente nuove norme sull'immigrazione e sulla condizione dello straniero*, in *Rivista di polizia*, 1998, pp. 345 e ss.;
- D'AGOSTINO A. – CORVAJA F., (2000), *Centri di permanenza temporanea ed esercizio del diritto alla difesa*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 2, pp. 67 e ss.
- DE VINCENTIIS D., (1998), *La nuova disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*;
- D'ORAZIO G., (1993), voce *Straniero (condizione giuridica dello)*. I) *Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXX;
- DUBOLINO P., (1998), *La lotta all'immigrazione clandestina nella nuova disciplina normativa*, in *Rivista di polizia*, pp. 265 e ss.;

FERRARIS V., (2000), *Sequestro preventivo penale di immobile destinato alla permanenza di prostitute senza titolo di soggiorno*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 2, pp. 63 e ss;

FIANDACA G. – MUSCO E., (2001), *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Zanichelli, Bologna;

FRANCESCHETTA A. I., (2001), *Dall'espulsione a richiesta di parte all'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione*, in *Gli stranieri*, n. 4, pp. 263 e ss.,

FUSIELLO I., (1999), *I destinatari dell'obbligo di esibizione dei documenti di identificazione. Brevi note in materia di art. 6, co. 3, d. lgs. 286/98*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 2, pp. 76 e ss.;

GIAMMARINARO M. G., (2000), *Prime valutazioni sull'attuazione delle norme sul traffico di persone*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 3, pp. 53 e ss.

GIAMMARINARO M. G., (1999), *Il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale previsto dall'art. 18 del T.U. sull'immigrazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 4, pp. 34 e ss.;

GIASANT A. I., (1998), *A proposito di immigrati clandestini*, in *Diritto penale e processo*, n. 2, pp. 244-245;

GIORDANO B., (1993), *D.l. 14/6/1993 n. 187, conv. con modif. dalla l. 12/8/1993 n. 296 – Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri*, in *La legislazione penale*, pp. 677 e ss.;

GROSSO E., (1999), voce *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XV, IV ed., UTET, pp. 156 e ss.;

GUIDO A., (1996), *Il provvedimento di espulsione dal territorio dello Stato a richiesta dello straniero detenuto*, in *Rivista penale*, pp. 608 e ss.;

KUNZ K. L., (1999), *La discriminazione razziale e la problematicità della sua considerazione penale*, traduzione a cura di J. Rietmann-Contu e L. Petroni, in *Dei delitti e delle pene*, fasc. 3, pp. 185 e ss.;

LANZA E., (2001), *La repressione penale dell'immigrazione clandestina*, in *Diritto & Diritti – Rivista giuridica elettronica*, pubblicata su Internet all'indirizzo <http://www.diritto.it>, ISSN 1127-8579, ottobre 2001, p. <http://www.diritto.it/articoli/penale/lanza.html>;

LONGOBARDO C., (1999), *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Dei delitti e delle pene*, fasc. 3, pp. 211 e ss.;

LOCATELLI G., (1999), *Osservazioni sull'espulsione sostitutiva della detenzione*, in *Diritto penale e processo*, n. 8, pp. 1035-1036;

LUPO E., (1993), *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, pp. 66 e ss.

MASSENZ M., (2000), *Il patrocinio a spese dello Stato per gli stranieri espulsi nella disciplina del Testo unico d. lgs. 286/98*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 1, pp. 93 e ss.;

MUSACCHIO V., (2000), *Manuale pratico di legislazione sugli immigrati. Giurisprudenza – Legislazione – Modulistica – Circolari Ministeriali*, CEDAM, Padova;

NAPOLITANO S., (2000), *Il nuovo Regolamento penitenziario d.p.r. 230/2000. L'applicazione dei benefici allo straniero. Analisi in Emilia Romagna*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 4, pp. 57 e ss.,

NIGRA M., (1999), *Contro ingressi e soggiorni irregolari l'arma delle sanzioni amministrative*, in *Guida al diritto*, 18 dicembre, n. 49, pp. 86-87;

PEDONE V., (2000), *Sul reato dello straniero clandestino che non documenta la sua identità a richiesta dell'autorità di pubblica sicurezza*, in *Rivista di polizia*, pp. 483 e ss.;

PEPINO L., (2000), *Centri di detenzione ed espulsioni (Irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 2, pp. 11 e ss.;

PEPINO L., (1999), *Immigrazione, politica, diritto*, in *Questione giustizia*, pp. 1 e ss.;

SAVIO G., (2000), *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri trattenuti presso i centri di permanenza temporanea*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 1, pp. 63 e ss.;

SPADARO Antonino, (1998), *Gli effetti costituzionali della c.d. «globalizzazione». Storia di una metamorfosi: dalla sovranità dei popoli nazionali alla sovranità dell'opinione pubblica (e della finanza) internazionali*, in *Politica del diritto*, n. 3, p. 442;

VASSALLO PALEOLOGO F., (1999), *I centri di permanenza temporanea per stranieri espellendi*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 4, pp. 26 e ss.;

ZINCONE G., (2000), *Cittadinanza e processi migratori: tesi sulle trasformazioni e i conflitti*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 4, pp. 44 e ss.;

ZORZELLA N., (2000), *Il diritto di difesa degli stranieri e la Corte costituzionale: spunti di analisi sulla sentenza n. 161/2000*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 2, pp. 51 e ss.

GIURISPRUDENZA:

Corte costituzionale, sentenza 10 aprile 2001 n. 105, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 105 e ss.

Corte costituzionale, sentenza 6 luglio 1994 n. 283, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 2495 e ss.

Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 1994, n. 62, in *Cassazione penale*, 1994, pp. 1469 e ss. e in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 350 e ss.

Corte costituzionale, sentenza 19 gennaio 1993, n. 10, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, pp. 52 e ss.

Corte costituzionale, sentenza 23 novembre 1963 n. 120, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1963, pp. 1577 e ss.

Corte costituzionale, ordinanza 23 maggio 2001 n. 165, in *Gli stranieri*, 2001, n. 3, pp. 184 e ss.

Corte costituzionale, ordinanza 19 marzo 2001 n. 78, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 103 e ss. e in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2001, n. 2, pp. 171 e ss.

Corte costituzionale, ordinanza 7 marzo 2001 n. 68, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 102-103 e in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2001, n. 2, pp. 169 e ss.

Corte costituzionale, ordinanza 14-28 luglio 1999 n. 369, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, pp. 187 e ss.

Corte costituzionale, ordinanza 10 dicembre 1987 n. 503, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, pp. 3317 e ss.

Corte di cassazione, 8 febbraio 2001 n. 5360 (ud. 4 dicembre 2000), in *Gli stranieri*, 2001, n. 3, p. 205 e in *Rivista di polizia*, 2001, p. 534.

Corte di cassazione, sentenza 29 gennaio 2001 n. 15028, in *Rivista di polizia*, 2001, p. 533.

Corte di cassazione, sentenza 22 novembre 2000 n. 4060, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, p. 129 e in *Rivista di polizia*, 2001, p. 532.

Corte di cassazione, sentenza 15 novembre 2000 n. 5187, in *Gli stranieri*, 2001, n.1, p. 33 e in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 128-129.

Corte di cassazione, sentenza 25 ottobre 2000 n. 4586, in *Gli stranieri*, 2001, n. 1, p. 32.

Corte di cassazione, sentenza 9 agosto 2000, in *Gli stranieri*, 2001, n. 1, p. 31.

Corte di cassazione, sentenza 19 luglio 2000 n. 8358 (ud. 10 maggio 2000), in *Gli stranieri*, 2001, n. 1, p. 30.

Corte di cassazione, sentenza 28 giugno 2000, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, p. 1006-1007.

Corte di cassazione, sentenza 19 maggio 2000, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, pp. 1698-1699.

Corte di cassazione, sentenza 11 novembre – 6 dicembre 1999 n. 14008, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 1, pp. 170 e ss.

Corte di cassazione, sentenza 4-29 novembre 1999 n. 13562, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 1, pp. 166 e ss. e in *Rivista di polizia*, 2000, pp. 479 e ss.

Corte di cassazione, sentenza 27 maggio – 12 luglio 1999 n. 1990, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 4, pp. 170-171.

Corte di cassazione, sentenza 16 aprile 1999 n. 6673, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 1, pp. 159-160.

Corte di cassazione, sentenza 26 marzo 1998 n. 858, in *Rivista giuridica di polizia*, 2000, n. 2, pp. 202 e ss.

Corte di cassazione, sentenza 13 aprile 1989, in *Cassazione penale*, 1990, pp. 1503 e ss.

Tribunale di Aosta, sentenza 23 giugno 1999 n. 534, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, pp. 190-191.

Tribunale di Bergamo, ordinanza 10 agosto 1993, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 1^a serie speciale, 27 ottobre 1993, n. 44, pp. 16 e ss.

Tribunale di Bergamo, ordinanza 15 luglio 1993, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 1^a serie speciale, 27 ottobre 1993, n. 44, pp. 46 e ss.

Tribunale di Bologna, ordinanza 10 aprile 2000, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 2, pp. 167 e ss.

Tribunale di Gorizia, sentenza 19 giugno 1999, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, pp. 185-186.

Tribunale di Milano, ordinanza 9 novembre 2000, in *Gli stranieri*, 2001, n. 1, pp. 9 e ss.

Tribunale di Monza, sentenza 6-13 dicembre 1999, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 2, pp. 153 e ss.

Tribunale di Palermo, decreto 27 dicembre 2000 – 3 gennaio 2001, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2001, n. 1, pp. 132-133.

Tribunale di Roma, sentenza 15 febbraio 2001, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 129 e ss.

Tribunale di Roma, ordinanza 15 ottobre 1993, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 1ª serie speciale, 9 dicembre 1993, n. 50, pp. 64 e ss.

Tribunale di Tolmezzo, ordinanza 26 maggio 2000, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 4, pp. 186 e ss.

Tribunale di Torino, ordinanza 28 dicembre 2000, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2001, n. 1, pp. 133-134.

Tribunale di Venezia, ordinanza 2 giugno 2000 n. 550, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 4, pp. 188 e ss.

Tribunale di sorveglianza di Bologna, ordinanza 11-24 aprile 2000, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 3, pp. 162-163.

Tribunale per i minorenni del Friuli Venezia Giulia, sentenza 15 dicembre 2000, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2001, n. 1, pp. 169-170.

Pretura di Pinerolo, sentenza 29 maggio 1999, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 2, pp. 217 e ss.

Pretura di Torino, sentenza 25 ottobre – 6 novembre 1999 n. 5613, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 1, pp. 161 e ss. e in Guida al diritto, 18 dicembre 1999, n. 49, pp. 82 e ss.

RIASSUNTO

Nella regolamentazione del fenomeno migratorio, soprattutto dal punto di vista penalistico, è evidente il contrasto fra le esigenze interne di ordine pubblico e la tendenza attuale alla globalizzazione, propria di tutti i settori della realtà. Ci si è chiesto, nello specifico, se fosse opportuno criminalizzare la condizione di clandestinità e, in generale, se si stesse creando una sorta di diritto penale speciale per gli stranieri.

Con il presente lavoro si vuole fornire un quadro relativo al rapporto fra sistema penale e straniero. Pertanto la disamina riguarda, innanzitutto, la compatibilità della condizione di straniero col principio di colpevolezza, perché questione generale; quindi l'analisi delle norme penali che hanno come referente unico lo straniero (in particolare, gli istituti dell'espulsione come sanzione sostitutiva o alternativa della detenzione di breve durata e dell'espulsione come misura di sicurezza); infine la disciplina dell'espulsione amministrativa per la contiguità dell'istituto con le problematiche penalistiche. Nell'ultimo paragrafo sono individuati alcuni rimedi penali contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

SUMMARY

In the regulations of immigration the contrast between domestic needs of law and order, on the one hand, and the actual tendency towards globalisation, on the other, is particularly evident, especially from a penological point of view. There are two main questions,

regarding the opportunity of punishing clandestineness and the creation of a special penal law for foreigners.

In this work I examine the relationship between penal system and foreigner condition. First of all, I have analysed the compatibility of foreigner condition to principle of liability; then, penal rules concerning exclusively foreigners (in particular, regulations about expulsion as sanction substitutive of short detention, expulsion as measure alternative to short detention, expulsion as safety measure); to conclude, administrative expulsion and some penal rules against the aiding and abetting of clandestineness.

RÉSUMÉ

Dans la régulation juridique de l'immigration, en particulier du point de vue du criminaliste, il est évident le contraste entre les besoins intérieurs d'ordre public et la tendance à la globalisation. Il y a deux problèmes principaux: décider si punir la condition de clandestinité et créer un droit pénal spécial pour les étrangers.

Cet écrit analyse le rapport entre le système pénal et la condition d'étranger. L'étude concerne: 1) la compatibilité de la condition d'étranger avec le principe de responsabilité pénale; 2) les dispositions de la loi qui peuvent être appliquées aux étrangers seulement (spécialement les règles relatives à l'expulsion comme sanction substitutive de la détention brève, à l'expulsion comme mesure alternative de la détention brève et à l'expulsion comme mesure de sécurité); 3) les dispositions de la loi relatives à l'expulsion administrative et 4) les délits de facilité de l'immigration clandestine.

LE POLITICHE PENALI DELL'ERA DELLA GLOBALIZZAZIONE

EMILIO SANTORO*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Dallo Stato sociale allo "Stato penale" - 3. Dal contratto sociale alla "Tolleranza Zero" - 4. Politica penale attuariale e distribuzione del rischio

1. Premessa

Negli ultimi anni il numero di persone in stato di detenzione o in attesa di una probabile condanna è cresciuto rapidamente in quasi tutti i paesi nord-occidentali (Wacquant 1999). Tutte le democrazie sviluppate procedono alla costruzioni di nuove carceri e incrementano le spese destinate alle "forze della legge e dell'ordine", in primo luogo alle forze di polizia e al personale carcerario adibito alla custodia. Di pari passo si assiste in questi paesi alla proliferazione di misure volte a prevenire o reprimere quanto potrebbe turbare il tranquillo sviluppo delle relazioni pubbliche (si diffondono per esempio i provvedimenti che vietano o limitano la mendicizia, si istituisce il coprifuoco per gli adolescenti, eccetera), si ricorre al massiccio impiego della videosorveglianza in luoghi e mezzi di trasporto pubblici. Il controllo elettronico è sempre più impiegato, nonostante che esso tenda non a sostituirsi ma ad aggiungersi alla carcerazione.

Appare riduttivo considerare, come suggerisce il criminologo David Garland, un simile quadro frutto di una "denegazione isterica" dovuta a un'evidente impotenza nei confronti della delinquenza, impotenza che le stesse autorità preposte all'ordine pubblico riconoscerebbero, ricorrendo a strategie di delega del controllo delle aree pubbliche ed alla responsabilizzazione dei cittadini (GARLAND 1997). La progressione con cui cresce in questi paesi la quota della popolazione considerata in aperto conflitto con la giustizia e che andrebbe quindi arrestata, è tale da porre un problema di trasformazione qualitativa delle politiche penali. I dati sembrano suggerire che è successo qualcosa che rende necessario agli occhi dei governi e dell'opinione pubblica un ricorso alla istituzionalizzazione dei cittadini molto più ampio rispetto ai decenni precedenti.

Recentemente Zygmunt Bauman (1998) e Loïc Wacquant (1990 e 1999) hanno sostenuto che esiste uno stretto legame

* Università di Firenze

fra le politiche neoliberali, prima propugnate dalla destra reaganiana e tatcheriana nei paesi anglosassoni e oggi presentate come una necessità imposta dalla globalizzazione in tutto il mondo nord-occidentale, e il diffondersi delle politiche "sicuritarie". Secondo questi autori gli Stati nord-occidentali hanno intrapreso la via del trattamento penale della miseria, spinti dall'indebolimento della loro capacità d'intervento sociale e dalla perdita di molte delle prerogative della loro sovranità politica. A monte del forte espandersi del controllo sociale e dell'imbarbarirsi delle modalità attraverso cui è effettuato ci sarebbe, in ultima istanza, la globalizzazione o, più precisamente, una ideologia imperniata sull'onnipotenza del mercato. In questo saggio cercherò di mettere a fuoco il legame tra l'indebolimento dello Stato e il mutamento delle politiche penali e di illustrare le nuove politiche penali e le loro conseguenze sui diritti degli individui.

2. Dallo Stato sociale allo "Stato penale"

Sulla scia delle celebri tesi di Max Weber, Ernest Gellner ha evidenziato che il potere legislativo ed esecutivo degli Stati moderni si è appoggiato su una triplice sovranità: militare, economica e culturale. La sovranità dello Stato è storicamente inscindibilmente connessa non solo alla capacità di difendere il territorio dalle sfide di altri modelli di ordine, sia esterni sia interni, ma anche alla capacità di far quadrare i conti della *Nationalökonomie* e alla capacità di mobilitare sufficienti risorse culturali per difendere la particolarità di ogni singolo Stato mediante la specifica identità dei suoi sudditi o cittadini.

Oggi il quadro appare radicalmente cambiato. La globalizzazione dei mercati finanziari è sempre più spesso presentata come una forza irresistibile che gli Stati devono necessariamente assecondare, rinunciando al governo dell'economia. Di pari passo con questa analisi della irresistibilità dei mercati si è diffusa un'ideologia (SCOTT, 1997) secondo cui il nuovo mondo del capitale nomade, in cui sono saltate tutte le barriere create dagli Stati, renderebbe la vita di tutti migliore. La libertà, in primo luogo di commercio e di movimento dei capitali, sarebbe l'humus che permette alla ricchezza di crescere come non ha mai fatto, beneficiando tutta la popolazione mondiale. Ci si va convincendo in sostanza che il controllo del sistema economico da parte del mercato è di grandissima importanza per il benessere dell'intera

umanità e la stabilità dell'organizzazione sociale planetaria. Si è affermata la credenza che la stessa vita civile dipende dal mercato e che di conseguenza la società deve essere organizzata in modo da permettere al mercato di funzionare secondo le proprie leggi. Per l'ideologia della globalizzazione non è più l'economia a dover essere compatibile con un determinato sistema di rapporti sociali, ma sono i rapporti sociali che si devono adeguare all'economia di mercato: la regolamentazione della società diventa accessoria rispetto al funzionamento del mercato (cfr. Karl Polanyi, 1944, tr. it.: 74).

Questa impostazione riduce drasticamente lo spazio della politica. L'attività politica, quella che Claus Offe (1996: VII, IX, 37) ha definito «la capacità di compiere scelte collettive vincolanti e di metterle in atto», è diventata problematica: il discorso pubblico, creato dalla spirale ideologica sopra descritta, priva della base legittimante molte delle scelte che per quasi mezzo secolo erano state tradizionalmente riconosciute di competenza degli Stati. In particolare lo Stato appare sempre meno legittimato a regolare il mercato: non esiste più un mercato interno da sottoporre a regolamentazione. Il mercato è globale e in quanto tale fuori dal potere dei singoli Stati. La fiducia nel progresso spontaneo impedisce di concepire un ruolo del governo nella vita economica ed una totale sottrazione dell'economia agli interventi regolatori della politica comporta la totale perdita di potere della politica. In questa situazione il problema non è più "cosa vada fatto", ma è piuttosto se c'è qualcuno in grado di fare ciò che va fatto. Deregolamentazione, liberalizzazione, flessibilità, semplificazione delle transazioni sui mercati finanziari immobiliari e del lavoro, diminuzione degli oneri fiscali, tendono a rendere la sovranità statale puramente nominale e il potere che la esercita "anonimo". La tendenza è chiara: quanto più l'economia sfugge al controllo della politica, tanto più diminuiscono le risorse nella mani degli Stati che sempre meno possono permettersi di esercitare il potere anche volendolo o dovendolo fare.

In questo quadro, come sottolinea Bauman (1999, tr. it.: 76), non c'è alcuna contraddizione, né logica né pratica, tra la globalizzazione economica e finanziaria e l'emergere di nuovi Stati sovrani piccoli, deboli e impotenti. La nascita di piccole entità territoriali politicamente indipendenti dotate di scarsissime risorse, lungi dall'essere un intralcio alla nuova società mondiale basata sulla libera circolazione di capitali, merci e informazioni, è anzi funzionale al suo sviluppo. In una situazione in cui il confine tra ciò che è "interno" e ciò che è "esterno" allo Stato

si sposta continuamente, l'unica funzione che sembra destinata a rimanere chiaramente interna è il controllo di polizia del territorio e della popolazione. La tendenza sembra quella di ridurre lo Stato al minimo indispensabile, ai suoi poteri di repressione. Il nuovo ordine mondiale ha bisogno proprio di Stati deboli per conservarsi e riprodursi: essi «possono facilmente venire ridotti all'(utile) ruolo di commissariati locali di polizia, che assicurano quel minimo di ordine necessario a mandare avanti gli affari, ma che non vanno temuti come freni efficaci per la libertà delle imprese globali» (BAUMAN, 1999, tr. it.: 77). Come ha scritto un analista radicale messicano «una volta distrutta la sua base materiale, annullata la sua sovranità e la sua indipendenza, cancellata la sua classe dirigente, lo Stato nazione diviene un semplice servizio di sicurezza per le grandi imprese».⁽¹⁾

Tutti i dati tendono a mostrare che lo slittamento verso una gestione giudiziaria e carceraria della povertà è tanto più accentuato, quanto maggiormente la politica economica e sociale condotta dal governo si ispira alle teorie neoliberali improntate alla "privatizzazione" dei rapporti sociali e le garanzie dallo Stato sociale sono più deboli. Il "meno Stato" sociale, il minor interventismo economico sembra richiedere "più Stato" poliziesco e penale. Le politiche repressive appaiono come il *pendant*, in materia di "giustizia", di quelle liberiste in campo economico. L'abbandono del diritto alla sicurezza sociale, per non parlare del diritto al lavoro (a tempo pieno ed indeterminato, con le garanzie previdenziali e sociali, e con un salario dignitoso), ha come corrispettivo l'ossessiva riaffermazione del "diritto alla sicurezza". La crescita di risorse destinate alle funzioni di mantenimento dell'ordine pubblico compensa, in primo luogo sul piano simbolico, il vuoto di legittimità lasciato dalla rinuncia al governo dell'economia e alla rete di sicurezza sociale.

La politica di incarcerazione e repressione penale non viene usata tanto per rispondere allo sviluppo della criminalità, che è rimasta più o meno costante nel periodo in cui si sono affermate le nuove politiche penali, quanto per far fronte alla destrutturazione sociale provocata dalla ritirata dello Stato "caritatevole": stiamo assistendo ad un passaggio dallo Stato sociale allo Stato penale.

(1) *Sept pièces du puzzle néolibéral: la quatrième guerre mondiale a commencé, Le monde diplomatique*, agosto 1997, pp. 4-5. L'articolo è firmato "Sous-Commandant Marcos" e proviene dal territorio della ribellione rurale del Chiapas, in Messico. Citato in Bauman 1998, tr. it. 75.

Come scrive Wacquant (1999, tr. it.: 109), «la "mano invisibile" cara ad Adam Smith è ritornata, ma rivestita dal "guanto di ferro"». Questa connessione tra misure liberiste e repressione penale si può constatare sia a livello teorico sia in termini di concrete politiche pubbliche, specie negli Stati Uniti dove la via della *deregulation* economica è stata intrapresa fin dall'amministrazione Reagan.

A livello teorico, chi negli anni ottanta aveva assunto posizioni *libertarian* e negli Stati Uniti e in Gran Bretagna aveva propugnato la politica del "meno Stato", si era battuto per una drastica riduzione della regolamentazione dei mercati finanziari e del lavoro e più in generale per una drastica diminuzione delle agenzie pubbliche fornitrici di servizi essenziali ai cittadini, è spesso oggi tra coloro che invocano "più Stato" per contenere la devianza e la marginalità che delle politiche liberiste di deregolamentazione del mercato del lavoro e riduzione dei servizi sociali sono probabilmente figlie (cfr. WACQUANT, 1999, tr. it.: 14). Chi criticava il "lassismo" in materia di spesa pubblica e di politica monetaria oggi lancia accuse di "lassismo" in materia penale e di ordine pubblico.

Le politiche statunitensi mostrano come alla riduzione della spesa sociale corrisponda quasi automaticamente l'aumento di quella del settore penale:

la deregolamentazione economica e l'iper-regolazione penale vanno [...] di pari passo: il disinvestimento sociale implica e provoca il sovrainvestimento carcerario, che rappresenta l'unico strumento in grado far fronte agli sconvolgimenti suscitati dallo smantellamento dello stato sociale e dalla generalizzazione dell'insicurezza materiale che inevitabilmente si diffonde fra i gruppi collocati nelle posizioni più basse della scala sociale (WACQUANT, 1999, tr. it.: 101).

Le politiche penali sono dunque, secondo questa analisi, il "complemento socio-logico" di quelle economiche di orientamento liberistico. All'ipertrofico sviluppo delle istituzioni che suppliscono alle carenze di protezione sociale [*safety net*] si deve necessariamente accompagnare un dispiegamento nelle regioni inferiori dello spazio sociale di un reticolo poliziesco e penale [*dragnet*] dalle maglie sempre più strette e solide (WACQUANT, 1999, tr. it.: 58).

3. Dal contratto sociale alla "Tolleranza Zero"

Per la teoria liberale sette-ottocentesca la legge penale, in quanto manifestazione della volontà generale, non discrimina

alcun appartenente alla società, non favorisce alcun interesse particolare. Lo stato liberale è la forma politica più razionale e conforme alla natura umana in quanto consente la preservazione della virtù naturale dei suoi cittadini. In esso ogni individuo è titolare dei propri diritti se è un soggetto razionale degno di godere di questi diritti. La legge penale è violata solo da un ristretto gruppo di persone, che, al contrario della maggioranza dei cittadini, sono incapaci di seguire la propria volontà razionale e quindi di capire cosa è bene e cosa è male, cosa è giusto e cosa è ingiusto. Chi commette un reato, tanto più se è un recidivo, dimostra di non essere razionale e quindi di non meritare la titolarità dei diritti: è una persona che non ha sviluppato un sufficiente autocontrollo e in quanto tale non è degna di godere dei benefici del contratto sociale. L'individuo è ritenuto pienamente responsabile delle proprie azioni, poiché si assume che sia dotato di libertà di scelta e che agisca sulla base di motivazioni razionali e sotto il proprio controllo. La punizione è il mezzo per riportare sulla strada della virtù l'individuo che, per miopia, se ne è allontanato. La legge considera il crimine per se stesso, secondo un codice retributivo rigido: non è rilevante alcuna considerazione relativa alla persona che lo ha commesso o alle sue condizioni sociali. La storia che ha condotto un individuo a commettere un delitto deve restare estranea all'ambito di valutazione del giudice.

La teoria penale liberale, da Beccaria in poi, ha il suo perno nella concezione dell'individuo come soggetto proprietario, prima di tutto di se stesso, che sceglie liberamente i propri comportamenti, basandosi esclusivamente sul calcolo delle conseguenze, e se ne assume la responsabilità. Questa concezione antropologica ha rappresentato sia l'assunto fondamentale del modello di ordine sociale messo a punto dai teorici liberali dell'ottocento, sia il presupposto necessario per il funzionamento del modello stesso: il suo "inveramento" è stato così un obiettivo da conseguire utilizzando in primo luogo la politica criminale, la determinazione di cosa e come punire. Come ha sottolineato soprattutto Foucault (1975), a partire dalla fine del settecento, negli Stati Uniti prima e poi a poco a poco in Europa, ci si rese conto che per creare una società liberal-democratica stabile era necessario apprestare una serie di istituzioni -- non solo i penitenziari ma anche i manicomi, gli ospedali, le scuole, eccetera -- in grado di produrre il tipo di cittadino adatto al sistema politico liberal-democratico. Il controllo sociale e la politica penale in particolare furono dichiaratamente mirati a rafforzare, o creare

se necessario, la responsabilità individuale. Le classi più deboli vennero spinte (furono costrette?) ad adattarsi a nuove condizioni sociali attraverso la predicazione e l'inveramento istituzionale di una virtù capace di prendere il posto di quella tradizionale ormai in crisi. Era convinzione diffusa che la credenza nel libero arbitrio e nell'affidabilità personale, associata al concomitante imperativo all'autodisciplina, una volta incorporata in istituzioni e pratiche sociali, in primo luogo quelle penali, avrebbe aiutato molti a convivere con le condizioni impersonali della vita urbana ed industriale. In questo quadro una legislazione criminale deterrente, accompagnata da un efficiente sistema di polizia e da un severo sistema carcerario capace di stigmatizzare i reclusi mentre li sottopone ad una disciplina uniforme, costante e largamente impersonale, appariva non solo uno strumento pratico di controllo del crimine, ma anche ed in primo luogo un modo di rafforzare un sistema vincolante di credenze e di dare significato alla vita di ogni giorno.

Il carcere, o meglio il "penitenziario", fu l'istituzione che sembrò capace di conciliare la retorica della pena e quella della sua esecuzione. La pena privativa della libertà al suo apparire operò un'inversione rivoluzionaria nella pratica punitiva, una inversione che era in sintonia, se non con la lettera delle teorie illuministiche, almeno con i valori che le ispiravano. Essa capovolse la strategia della difesa sociale: si passò dalla concezione che vedeva nell'autore del delitto un soggetto da distruggere e annientare, all'idea che esso rimaneva, a dispetto della violazione delle norme, una parte integrante della società, per cui la punizione doveva mirare al suo reinserimento nel contesto sociale. Questa funzione cruciale del "penitenziario" assurse a perno della strategia di controllo sociale con l'affermarsi del sistema di produzione capitalistica. Nel momento della accumulazione originaria e della recinzione dei fondi questa istituzione sembrò lo strumento adatto a trasformare le masse di ex-contadini che immigravano nelle città in manovali industriali. Il penitenziario emerse come un luogo di socializzazione forzata e si strutturò prima sul modello produttivo della manifattura e successivamente su quello della fabbrica da cui mutuò la propria organizzazione interna (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 1939). Grazie al penitenziario la pena come privazione coatta di un *quantum* preventivamente determinato di libertà, riesce a unire in matrimonio la retorica liberale della pena e quella della sua esecuzione: il contratto con la disciplina, la retribuzione con la ri-educazione. Grazie alle caratteristiche del penitenziario, in

altre parole, la pena carceraria si dimostra capace da un lato di assoggettare la distruttività del castigo al parametro contrattuale (il principio della retribuzione), dall'altro di rendere funzionale lo stesso castigo al processo produttivo (il principio della rieducazione) (PAVARINI, 1980: 67). Il penitenziario è dunque il luogo, teorico e fisico, che permette il pieno dispiegamento della teoria liberale della pena secondo cui la migliore difesa sociale si può avere solo quando il trasgressore - contraente inadempiente - risarcisce il danno procurato alla società pagando con il proprio tempo e assoggettandosi contemporaneamente, in fase di esecuzione della pena, alla disciplina. Solo in questo modo chi commette un reato può essere reintegrato nel tessuto delle relazioni giuridiche come soggetto docile, non più aggressore della proprietà, ma pronto a vendere sul mercato la sua forza lavoro per sostentarsi (COSTA, 1974: 357-78).

Alla fine dell'ottocento l'impianto della politica penale liberale entrò in una crisi profonda: le teorie liberali dell'ordine sembravano incapaci di gestire le conseguenze negative dell'industrializzazione. Si diffuse la convinzione che si dovesse abbandonare l'antropologia utilitaristica, base indiscussa ed imprescindibile della giurisprudenza classica. Alla metafisica dell'interesse, e quindi della libertà e della razionalità dei soggetti, che costituiva il presupposto delle teorie economiche e sociali del diciottesimo secolo, si sostituì il paradigma elaborato dalla Scuola positiva che, rigettato l'assunto secondo il quale gli individui sono caratterizzati in primo luogo da un intangibile e non esplorabile nucleo di creatività e di scelta, si articola a partire dall'idea che gli esseri umani hanno una "personalità" o un "carattere", che non è un elemento unitario ed indipendente, ma piuttosto qualcosa di complesso e soprattutto conoscibile scientificamente e, di conseguenza, manipolabile. Proprio la conoscenza scientifica del carattere dei soggetti consente, secondo i criminologi positivisti, di sviluppare tecniche capaci di trasformare la personalità intervenendo sui suoi elementi costitutivi. Sulla base di questi presupposti viene affermato, come se fosse una verità autoevidente, che i delinquenti sono esseri distinti da caratteri speciali. Il comportamento criminale viene considerato una devianza dalla "normalità" dovuta ad una componente patologica del carattere individuale: la "criminalità".

Nel ventennio successivo alla seconda guerra mondiale si sviluppò un sapere criminologico che produsse un nuovo orientamento delle modalità di controllo sociale: vennero privilegiati gli strumenti di controllo sociale primario (scuola, famiglia,

organizzazione del tempo libero, ecc.), di cui lo Stato si assunse spesso la gestione diretta, su quelli di tipo secondario (come il carcere). La nuova strategia si rivolse in primo luogo ai soggetti marginali non criminalizzati (anziani e giovani in età scolare; disoccupati e sottoccupati; gruppi razziali minoritari e immigrati, eccetera) cercando attraverso sussidi, forme di assistenza e la predisposizione di servizi sociali la loro adesione alla struttura sociale esistente. Per le forme di disagio sociale criminalizzate, la nuova politica del controllo sociale tese a privilegiare le misure alternative alla detenzione. Si cercò di ridurre ai minimi termini la pratica custodialistica (sia manicomiale che carceraria) e di sviluppare strategie alternative di controllo in libertà, quali la *probation* (affidamento in prova al servizio sociale), la *parole* (libertà sulla parola) per i criminali e servizi di assistenza in comunità per i sofferenti psichici (PAVARINI, 1980: 55-7).

Nel corso degli anni settanta anche questo paradigma entrò in crisi. Si diffuse la sensazione che non solo la prigione è uno strumento inefficace ma anche la liberazione anticipata, l'affidamento alla comunità, le multe, eccetera, non riuscivano a conseguire quella rieducazione del reo che i sistemi penali si erano posti come obiettivo primario. Si ebbe insomma la netta impressione che, per riprendere la conclusione di una celebre rassegna della letteratura dei primi anni settanta, "niente funzionasse".⁽²⁾ I primi studi condotti sulla recidiva, considerata il parametro fondamentale per verificare il grado di efficacia dei percorsi risocializzanti, sembravano dimostrare il fallimento di tutte le strategie adottate. Più in generale le statistiche sembravano indicare che il miglioramento delle condizioni di vita degli strati più bassi della popolazione prodotto dal *welfare state* non fosse in grado di incidere sul tasso di criminalità. Questi risultati portarono alla messa in discussione dell'eziologia della deprivazione, di quella teoria cioè che riconduce la devianza a condizioni soggettive di svantaggio economico-sociale. Si diffuse la sensazione che, contro ogni aspettativa, a un miglioramento generalizzato delle condizioni economiche e a un innalzamento sostanziale del tenore di vita aveva fatto seguito una crescita dei tassi di criminalità, soprattutto di quel tipo di criminalità considerata più strettamente connessa con la condizione di deprivazione: la criminalità di strada e la microcriminalità.

(2) R. MARTISON, *What Works? -- Questions and Answers about Prison Reform*, in *The Public Interest*, XXXV (1974).

La convinzione che i dati dimostrassero l'inesistenza di un legame tra criminalità ed emarginazione ha fatto progressivamente venire meno ogni legittimazione politica delle strategie sviluppate nei vent'anni precedenti, sia quelle preventive che quelle rieducative, lasciando un vuoto teorico che sembra tuttora incolmabile. Il diffondersi della consapevolezza del fallimento di *tutte* le moderne pratiche penali sembra per la prima volta comportare la messa in discussione della loro legittimità. Negli ultimi due secoli le analisi del fallimento delle istituzioni punitive e della loro irrazionalità erano state sempre condotte sullo sfondo di una proposta di riforma. Ogni critica era stata accompagnata da un progetto che avrebbe dovuto contribuire a migliorare la funzionalità del sistema penale. Questo inno ottimistico al futuro si interrompe con la crisi della nozione di "riabilitazione" che, dal secondo dopoguerra era stata allo stesso tempo un fine ed una giustificazione per le pratiche penali, legittimandole agli occhi del pubblico: il sistema punitivo comincia ad apparire senza futuro, sembra aver perso senso.

Come ha sottolineato Castel (1991: 288) le nuove politiche penali che si stanno diffondendo sono radicalmente diverse da quelle tradizionali. Oggi intervenire sulla devianza non significa più individuare i soggetti devianti da sottoporre a disciplinamento o comunque da "prendere in cura". Ricondotto il potere di punire alla connessione naturale tra delitto e castigo, la legittimità della pena torna ad essere un dato autoevidente, la pena viene completamente svincolata dagli effetti "positivi", che può produrre sui soggetti, a cui era stata legata dall'epoca in cui si erano diffusi i penitenziari. Sembra essere divenuta irrelevante l'esigenza, per lungo tempo prioritaria, di creare istituzioni capaci di sostenere e reinserire nella società la popolazione che viene loro affidata. La politica del trattamento, o in termini critici del disciplinamento, è superata. Se trecento anni fa per fronteggiare l'invasione delle masse di soggetti espulsi dalle campagna che si riversavano sulle città, privi di mezzi di sostentamento, si fece ricorso ad istituzioni totali che avevano, come ha mostrato Foucault, nella disciplina il loro tessuto connettivo e la loro matrice di senso, oggi per fronteggiare la nuova plebe, formata soprattutto da extra-comunitari ed emarginati, in primo luogo tossicodipendenti, si fa ricorso alle mere misure incapacitanti, al mero contenimento.

La pena non deve essere più rieducativa: deve essere solamente repressiva e incapacitante. La sua funzione è general-preventiva. La pena deve servire da deterrente e la prevenzione

speciale deve limitarsi all'incapacitazione temporanea. Non le si chiede cioè di reinserire socialmente l'autore del reato: le si chiede solo di metterlo, almeno per un certo periodo di tempo, in condizioni di non nuocere. La pena è vista principalmente come il perno di una serie di strumenti che, ergendosi ad ostacoli fisici, materiali, rendono meno facile la commissione dei delitti. Ad una teoria della prevenzione della criminalità incentrata sul criminale, sul suo essere un soggetto socialmente, culturalmente, economicamente e biologicamente condizionato, subentra un discorso imperniato quasi esclusivamente sul comportamento deviante e l'ambiente in cui esso si manifesta. Di pari passo viene meno quella concezione del soggetto come materia duttile elaborata dalle scienze mediche, psichiatriche e criminologiche e dalla sociologia. Il soggetto cessa di essere visto come un'entità trattabile, trasformabile, e di conseguenza la sua normalizzazione cessa di essere il perno delle politiche di controllo sociale. Queste cambiano paradigma: intervenire sullo spazio di azione emerge come la strategia principale per prevenire la criminalità di strada. Il controllo sociale viene svincolato dagli individui e agganciato ai luoghi, specialmente alle aree metropolitane.

Lasciato cadere il miraggio della rieducazione (o l'incubo del disciplinamento), l'unico criterio per determinare quale pena comminare, o meglio quale regime di pena detentiva adottare, rimane quello dell'efficienza e dell'economicità del sistema di controllo sociale. Si assiste alla traslazione del problema della devianza: questa cessa di essere un evento "patologico" da curare per trasformarsi in una fonte di rischio da "gestire". Alla filosofia della risocializzazione si affianca e, col tempo, si sostituisce quella dell'efficienza. Questo passaggio cambia radicalmente i parametri di successo delle politiche criminali: l'esito dei programmi di reinserimento sociale sparisce dagli indicatori rilevanti per lasciare posto al rapporto tra i costi sostenuti e i livelli di sicurezza ottenuti.

L'enfasi si sposta dalla prevenzione speciale, da ottenere tramite la "risocializzazione", alla prevenzione generale. Una spinta decisiva in questa direzione è stata data dalla cosiddetta *cost benefits analysis*: l'applicazione cioè delle teorie economiche marginaliste al diritto penale e alla politica criminale. Alle tesi moralistiche dei criminologi neoclassici, secondo cui è legittimo privilegiare la funzione deterrente della pena per combattere l'invasione della criminalità e riportare la sicurezza per le strade, si sono affiancati gli argomenti pragmatico-utilitaristici

dei teorici della *cost-benefits analysis*. Secondo questi ultimi la general-prevenzione è lo strumento che meglio consente di ottimizzare il rapporto tra sicurezza e risorse per ottenerla. Il convergere di queste due impostazioni ha spostato a poco a poco i termini della politica criminale dal problema del recupero del deviante a quello della sicurezza e dell'ordine pubblico da tutelare. Nel nuovo paradigma criminologico prevenire il crimine non significa più intervenire sulle sue cause soggettive. La riduzione della criminalità, e quindi del rischio che essa comporta, può essere ottenuta solo mediante un intervento sull'ambiente, sui comportamenti esteriori dei gruppi sociali. L'impostazione eziologica lascia così il campo a un'impostazione "situazionale": si assume che le variabili che incidono sulla produzione di comportamenti criminali possono essere controllate non attraverso la gestione delle circostanze sociali o individuali della devianza, ma solo attraverso la delimitazione degli spazi di vita dei soggetti, e cioè l'elevazione di barriere che impediscono loro di commettere delitti.

La strategia di controllo della criminalità più popolare negli ultimi anni è stata la campagna *Zero Tolerance* promossa dal sindaco di New York Rudolph Giuliani e gestita dal capo della polizia William Bratton (WACQUANT, 1999). Le basi teoriche di questa politica criminale sono state poste da James Q. Wilson, probabilmente il massimo esponente della criminologia della nuova destra, ⁽³⁾ e dallo studioso di scienza politica George Kelling in un articolo pubblicato sulla *Atlantic Monthly Review* nel 1982. Fin dal suggestivo titolo, "Broken Windows", i due autori sostengono l'esistenza di uno stretto legame tra degrado urbano, incuria delle persone e criminalità. Secondo la loro tesi ecologico-behaviorista, quando si lascia andare in degrado un ambiente urbano, lo si abbandona a se stesso, tollerando ogni tipo di deturpazione, presto in quell'ambiente si manifesteranno veri e propri comportamenti criminali. Il saggio prende il proprio titolo dall'esempio usato per rendere immediatamente evidente il nucleo essenziale della teoria. Se in un edificio abbandonato si lascia che qualcuno rompa una finestra e non provvede a sostituire subito il vetro, presto verranno rotte tutte le finestre, dando vita ad una *escalation* di comportamenti illegali. Infine

(3) Wilson è autore all'inizio degli anni settanta di *Thinking About Crime* (Vintage, New York, 1971), che costituisce un po' la bibbia della criminologia della nuova destra, ed è stato consigliere per la sicurezza del presidente degli Stati Uniti Ronald Reagan.

qualcuno entrerà abusivamente nell'edificio, che diventerà in breve tempo teatro di comportamenti vandalici. Secondo Wilson e Kelling il degrado urbano è percepito come testimonianza di una mancanza di attenzione da parte dell'autorità e quindi fa pensare che si possano compiere facilmente azioni devianti, abitua la comunità a soglie di devianza sempre maggiori facilitando l'affermazione di culture criminali.

La ricetta contro la criminalità che questa tesi mira a suggerire è evidente: la polizia non deve tanto dedicarsi a punire i delitti dopo che sono stati commessi, ma prevenirli "tutelando l'ordine". Solo proteggendo l'ordine e i valori diffusi, che danno senso di appartenenza alla comunità, si preservano naturalmente le città dall'insorgere della criminalità. Compito primario della polizia deve essere quello di reprimere i comportamenti che, pur non configurando alcun reato o solo dei reati bagatelari, sono molesti e danno la sensazione al cittadino di vivere in una città degradata. Se si vuole combattere la criminalità, si devono eliminare dalla vista dei cittadini tutte "le finestre rotte", si deve cioè reprimere duramente chi disegna graffiti nelle metropolitane o sulle saracinesche, chi chiede elemosina in modo aggressivo e insistente, le prostitute di strada, gli ubriachi e i tossicodipendenti che stazionano in luoghi pubblici, i barboni e così via. Merita di essere sottolineato che ai due teorici della tolleranza zero sembrano non interessare né le "ragioni" dei comportamenti devianti (se essi siano o meno manifestazione di disagio sociale, un segnale di problemi che vanno risolti, o altro) né che questi fenomeni siano realmente estirpati dalla società. Nella loro prospettiva è rilevante solo che i comportamenti "incivili" non avvengano in pubblico (DE GIORGI, 2000: 106-7).

La tesi di Wilson e Kelling può essere letta come una versione behavioristica di quella che Hart (1968), polemizzando con Lord Devlin, Parson e Durkheim, ha definito la "teoria disintegrativa", di quella teoria cioè secondo la quale compito del diritto penale, prima ancora che reprimere e prevenire i comportamenti che causano danni materiali ai consociati, è tutelare i valori socialmente condivisi. Secondo questa tesi, che rigetta la distinzione tra diritto e morale, cuore della dottrina liberale, la mancata tutela penale dei valori condivisi comporta il rischio che – come sostengono Wilson e Kelling – la società si disintegri, perda il proprio collante, divenga anomica. I valori da tutelare non sono però, per gli autori di "Broken Windows" i valori fondamentali dell'organizzazione sociale, quelli su cui, secondo la concezione classica, si basa il contratto sociale: questa tutela

è un semplice sotto-prodotto. Quello che va garantito è il valore esteriore della pulizia e dell'ordine dell'ambiente in cui l'interazione sociale avviene. Wilson e Kelling non danno alcuna indicazione circa i criteri sulla base dei quali si devono distinguere i comportamenti pubblici ammissibili e quelli inammissibili, quelli ordinati (*orderly*) e quelli disordinati (*disorderly*). Questo compito è affidato alla polizia a cui viene conferito lo *status* di unico interprete legittimo del comune sentire dei cittadini. ⁽⁴⁾ La polizia emerge dunque come la voce autentica di una comunità angosciata dalla paura del crimine. Ad essa è affidato il compito di reprimere i comportamenti che offendono il comune sentire. Se questo poi, in concreto, voglia dire che offendono norme giuridiche, valori morali o convinzioni estetiche, non ha importanza di fronte alla promessa che questa strategia garantisce la sicurezza e la restaurazione dell'ordine.

4. Politica penale attuariale e distribuzione del rischio

Sul piano pratico questo nuovo indirizzo di politica penale comporta che a un sistema centrato sull'individuo, sulle cause che lo hanno indotto a comportarsi in modo deviante e sulla possibilità di reinserirlo socialmente, subentra un sistema di controllo rivolto verso interi gruppi sociali selezionati sulla base del rischio che essi creano per la sicurezza pubblica. Le strategie di controllo assumono a loro oggetto non il singolo soggetto "deviante", o "criminale", ma "categorie di soggetti" verso i quali dirigere la sorveglianza, l'incapacitazione e la deterrenza. Il singolo è rilevante in quanto attribuibile ad una categoria connotata in termini di valutazione probabilistica del rischio creato dai soggetti che la compongono. Paradossalmente con la crisi del *welfare state* e il successo delle politiche neoliberiste si afferma una politica criminale innervata dalla logica governamentale e disciplinare che aveva caratterizzato le politiche sociali welfariste. La politica criminale teorizzata dalle correnti neoliberiste passa infatti per una strategia di controllo, che un'impostazione

(4) Scrivono Wilson e Kelling in un secondo articolo del 1989, anch'esso pubblicato dalla *Monthly Review*: «*Like it or not, the police are about the only city agency that makes house calls around the clock. And like it or not, the public defines broadly what it thinks of as public order, and holds the police responsible for maintaining that order*». Lord Devlin (1965), contro il quale Hart polemizza, almeno affidava questo ruolo "definitorio" alla giuria popolare.

neoclassica rigorosa dovrebbe considerare centrale, – mirata al singolo individuo, se non in quanto soggetto "criminale", in quanto "soggetto di diritti" – ad una strategia di controllo rivolta a "classi" di individui che, indipendentemente dalle loro responsabilità *uti singuli*, sono istituzionalmente trattati come appartenenti a gruppi produttori di rischio.

Come ha osservato Jacques Donzelot (1984), l'organizzazione dello Stato del benessere minò le fondamenta di uno dei pilastri della teoria liberale illuminista: quello della unicità del soggetto. Essa propose un ordine sociale che in larga parte prescindeva dal principio di uguaglianza. L'attribuzione di diritti sociali, lungi dal fondare o rafforzare uno *status* di cittadinanza unitario, segnò il risorgere di *status* differenti all'interno dello stesso ordinamento dello Stato moderno. La particolarità funzionale del sistema delle assicurazioni sociali, che costituisce la struttura portante del *welfare state*, sta infatti nel collegare i diritti sociali alla socializzazione del rischio: il lavoratore infortunato, malato o disoccupato non è titolare del diritto alle prestazioni sociali in quanto soggetto individuale, ma in quanto colpito da conseguenze negative derivanti dalla divisione sociale del lavoro. Il carattere assoluto dei diritti civili e politici viene sostituito dal «carattere relativo e aleatorio degli eventi, delle circostanze e degli infortuni» (DONZELOT, 1984: 139). Lo Stato non garantisce la sicurezza delle pretese soggettive considerate legittime, non garantisce al lavoratore una società in cui non esiste il rischio disoccupazione, ma considera inevitabile questo rischio e, attraverso le assicurazioni, organizza la ridistribuzione sociale dei suoi costi. La nuova pluralità di *status* serve per gestire e distribuire il rischio. Ogni categoria di popolazione è contrassegnata da una determinata probabilità statistica di aver diritto di ricorrere a certe specifiche prestazioni sociali ed è quindi trattata sulla base del costo che rappresenta per la società nel suo complesso.

Analogamente, con le nuove politiche penali, lo Stato rinuncia al proprio ruolo di garante della sicurezza: al diritto alla sicurezza sostituisce una politica di socializzazione del rischio che mira a rendere questo più accettabile. I fattori che mettono a repentaglio la sicurezza pubblica sono gestiti, esattamente come aveva fatto lo Stato del benessere per la gestione dei rischi sociali e della perdita del lavoro, utilizzando metodologie di quantificazione e di trattamento di tipo assicurativo. Da ciò deriva la definizione di "criminologia attuariale", con la quale si sottolinea come le nuove strategie di controllo si fondino sui

procedimenti tipici della matematica delle assicurazioni (EWALD 1991 e DE GIORGI: 2000). Alla base di questa impostazione sta una significativa riconcettualizzazione del criminale che passa dall'essere visto "come soggetto in sé a rischio", che deve essere riabilitato, all'essere considerato "come *soggetto che crea rischi*" (KEMSHALL, 1996: 35).

La strategia assicurativa si impernia su tecniche di gestione razionale, economicamente efficaci, del rischio. Il suo nucleo è rappresentato dall'elaborazione di sistemi di monetizzazione dei fattori di rischio, in modo da consentire che i costi degli eventuali incidenti non si concentrino sui singoli soggetti colpiti, ma si ridistribuiscono sull'intera collettività degli assicurati. La criminologia attuariale, come lo Stato sociale, assume che nell'ambito di ogni collettività esistono fattori di rischio distribuiti casualmente e non imputabili direttamente a singoli soggetti, riconducibili solo a gruppi di popolazione definiti statisticamente in base a un maggiore o minore tasso di pericolosità (EWALD, 1991: 195). Per fronteggiare questa situazione si ricorre alla strategia assicurativa. Questa prevede in primo luogo che si proceda ad una quantificazione probabilistica, attraverso valutazioni statistiche, del tasso di rischio esistente. Si devono poi classificare i membri della collettività in funzione del rischio che creano. Compiuta questa operazione si deve trasformare il rischio in denaro, ovvero in premio assicurativo che ciascun individuo versa all'impresa assicuratrice in base alla sua appartenenza ad una delle categorie delineate. Il rischio è così trasformato in un costo che tutti i membri della collettività devono pagare, ma non in misura uguale: la logica del mercato assicurativo vuole che gli appartenenti alle categorie a rischio (pericolose) sborsino di più. Facendo propria questa logica la criminologia attuariale rivela il suo animo neoliberista e moralista, differenziandosi "politicalmente" dalla visione welfarista che mirava, attraverso le assicurazioni, a socializzare quasi interamente i rischi che incombevano sul lavoratore (infortuni, disoccupazione, maternità, eccetera). Tutti i cittadini devono pagare in termini monetari per garantirsi la sicurezza, ma i soggetti appartenenti alle categorie che creano maggiore rischio, i soggetti pericolosi, devono pagare in termini di libertà e di opportunità indipendentemente dalla loro effettiva propensione al crimine. La stessa logica assicurativa esclude infatti l'indagine sul rischio rappresentato dal singolo attore. Il sistema funziona sulla base delle classificazioni dei soggetti: sono queste classificazioni, nella loro ingiustizia, a garantire un profitto in termini di sicurezza. La logica attuariale

si basa esclusivamente sulle proprietà di classi di eventi o di classi di soggetti

Castel (1991) ha sottolineato che la nuova politica penale dissolve non solo la nozione di "soggetto", ma anche quella di "individuo" e al suo posto colloca una combinazione di "fattori di rischio". L'attenzione si sposta dalla "pericolosità" di specifici soggetti alla generica nozione di rischio. Quella di pericolosità appare oggi una nozione misteriosa e paradossale: essa è infatti una qualità immanente al soggetto e può in larga misura essere provata solo dopo che il soggetto stesso ha commesso il delitto. L'imputazione della pericolosità è sempre ipotetica poiché si tratta di una relazione più o meno probabile tra sintomi presenti e certi eventi dannosi futuri. Anche la recidiva dei criminali è qualcosa che non può essere prevista o può essere prevista solo con grandi margini di incertezza. Il deviante è quasi sempre imprevedibile. Gli interventi preventivi sono di conseguenza molto rischiosi e difficilmente giustificabili. Spesso gli operatori sono spinti ad intervenire, più che da dati oggettivi, dalla paura di essere criticati per non aver fatto niente nel caso che il soggetto deviante commetta un nuovo crimine.

Il fulcro delle nuove politiche penali è la dissociazione tra la nozione di rischio e quella di pericolosità. Una concezione della prevenzione che si limiti a predire il verificarsi di un determinato evento appare ormai arcaica e artigianale. Il rischio non è più ricondotto a specifiche persone pericolose, ma ad una serie di fattori astratti che rendono più o meno probabile la commissione di un delitto. La presenza di alcuni di questi fattori crea automaticamente una situazione di allarme: non serve che un operatore sociale, o un magistrato, riscontri l'effettiva pericolosità di un determinato soggetto. Il rischio è svincolato completamente dall'esistenza di effettivi conflitti e dedotto da categorie generali astratte. La criminologia attuariale non si rivolge ad individui, ma a fattori di rischio, a correlazioni statistiche di elementi eterogenei. Decostruisce i soggetti e al loro posto colloca una lista di circostanze da cui si ritiene derivi il rischio. Obiettivo delle nuove politiche criminali non è risolvere una situazione concreta, affrontare e contenere uno specifico soggetto "pericoloso", ma prevenire il possibile manifestarsi di comportamenti indesiderati. La prevenzione promuove il sospetto al rango scientifico di calcolo delle probabilità. Per essere sospettati non è più necessario manifestare dei sintomi particolari di pericolosità, è sufficiente avere quelle caratteristiche che i responsabili della sicurezza ritengono, in base ad inferenze statistiche, fattori di rischio (CASTEL, 1991: 287-8).

Le "ingiustizie" che possono derivare dal metodo attuariale sono messe in conto dal primo documento che ha proposto in Europa una politica criminale ad esso ispirata: il Floud Report,⁽⁵⁾ redatto in Inghilterra nel 1981, in piena epoca thatcheriana. Dal rapporto emerge la consapevolezza che la strategia attuariale può facilmente produrre ingiustizie. Si riconosce infatti che ogni giudizio predittivo può essere errato in due sensi: si può trattare di un "falso positivo", quando si prevede un evento che non si verifica, o di un "falso negativo", quando si esclude preventivamente un evento che poi accade. Più "falsi negativi" si verificano, meno il sistema attuariale è efficiente, meno sicurezza garantisce. I "falsi positivi" si risolvono invece inesorabilmente in un ingiusto pregiudizio per i diritti degli individui riguardo al cui comportamento la predizione è sbagliata. Infatti se si reclude una persona che non è in effetti pericolosa, si commette una grave ingiustizia senza alcun giovamento per la sicurezza pubblica. Questo rischio non è solo cinicamente messo in conto, ma anche candidamente giustificato: le nuove politiche penali devono ridistribuire un carico di rischio che lo Stato non è in grado di ridurre e il miglior modo per farlo è quello attuariale.

Tranquillamente messo in conto è anche il fatto che questa politica richiede che sentenze di condanna, pronunciate contro due autori dello stesso delitto, siano differenti per tipo e quantità della pena comminata. Questa infatti deve essere commisurata non al reato commesso dal soggetto ma ad indici presuntivi legati alla sua condotta, ai precedenti o alle modalità del reato, e al gruppo che egli frequenta abitualmente o saltuariamente, in poche parole alla classe di soggetti pericolosi in cui viene inserito. Per esemplificare, un soggetto che "spaccia" eroina per strada, che viene da uno dei paesi del Magreheb, che non ha un lavoro, non ha una dimora fissa, è entrato sul territorio nazionale illegalmente, costui, secondo i criteri della nuova politica penale, deve essere sottoposto a misura cautelare detentiva e incorrere in una sentenza molto più dura di quella che deve essere inflitta a un "venditore" di cocaina italiano, che lavora come intermediatore finanziario, ha una bella casa e una famiglia, distribuisce la cocaina esclusivamente a *party* ben frequentati e in queste occasioni la consuma egli stesso. Solo il primo

(5) Floud, W. Young, *Dangerousness and Criminal Justice*, *Cambridge Studies in Criminology XLVII*, Editor Sir Leon Radzinowicz, Heinemann, London 1981; un commento dell'autrice Jean Floud è pubblicato con lo stesso titolo del Report in *The British Journal of Criminology*, vol. 22, 3/1982, pp. 213-228.

soggetto infatti appartiene ad una classe pericolosa, tanto basta a giustificare un trattamento sanzionatorio differenziato.

La retorica dell'inevitabilità del rischio e della necessità di distribuirlo in modo socialmente accettabile è dunque tanto forte da oscurare quella dell'uguaglianza che dall'illuminismo in poi ha costituito una delle principali fonti di legittimazione del potere punitivo. Per la criminologia attuariale gli esseri umani devono essere trattati diversamente a seconda della classe cui appartengono. La giustificazione di questa impostazione poggia sull'idea che solo a livello di intere categorie di soggetti si può trattare il "carico di rischio" che oggi minaccia la vita di ognuno. Questa giustificazione viene apparentemente considerata sufficiente in quasi tutte le democrazie nord-occidentali: nessuno sembra porsi il problema se le classi di pericolosità non siano un paravento retorico per riprodurre una giustizia di censo, se valga la pena sacrificare il principio di uguaglianza considerato per due secoli dalla tradizione giuridica liberale lo strumento principale per contenere i possibili abusi del potere punitivo. I nuovi criteri di gestione della popolazione invece di segregare gli elementi indesiderabili e mirare alla loro reintegrazione grazie a trattamenti correttivi o terapeutici più o meno forzati, assegnano ai soggetti un "destino sociale" in virtù della loro corrispondenza agli standard ritenuti fondamentali dal corpo sociale (che sono oggi quelli della competitività e della capacità di fare profitti). Le moderne tecnologie della prevenzione sono il prodotto del sogno di un assoluto controllo, almeno sul piano classificatorio, su tutto ciò che è accidentale e che, in quanto imprevedibile, è vissuto come qualcosa di spaventoso. Questo scientismo della paura e della sicurezza, mentre fa intravedere il regno della ragione calcolatrice, propina l'idea che la felicità sia una vita in cui niente succede, nella quale non ci sono sorprese.

Si delinea un modello di società duale o a due velocità. Su un binario iperveloce viaggiano i soggetti che soddisfano i duri requisiti della competizione economica mentre su un binario secondario vengono collocati i soggetti marginali che non riescono a reggere il ritmo o ad entrare nel circolo della competitività. Si può dire che questa società duale sia sempre esistita, ma la distribuzione dei soggetti in un settore o nell'altro era teorizzata come casuale, rimessa agli eventi. Essa era considerata l'effetto del mercato e della capacità dei singoli soggetti di adattarsi e reagire alla sua logica, di reinserirsi una volta espulsi dai processi produttivi o di rimanervi inseriti. Secondo l'impostazione liberale classica la politica penale fungeva da anello di chiusura di questo sistema segregando chi non era in grado di reinserirsi e cercando, almeno in

linea di principio, di metterlo in condizioni di farlo dopo un "trattamento" intensivo. La definizione di classi di popolazione sulla base di alcune caratteristiche inferite statisticamente in base a ricerche epidemiologiche prefigura un'immagine diversa della società: essa viene concepita come uno spazio omogeneo composto da circuiti predefiniti. La stessa marginalità, invece di essere un terreno selvaggio e inesplorato, diventa una zona sociale organizzata verso cui dirigere quelle persone che, per le loro caratteristiche, sembrano in astratto inadatte ad inserirsi nel circuito della competizione economica (CASTEL, 1991: 294-5).

Questo dato non deve sorprendere più di tanto. Le nuove politiche penali non fanno infatti altro che rispecchiare la sclerosi di quella che Peter Gloz (1985) ha definito "la società dei due terzi", una società cioè in cui una quota rilevante di cittadini è esclusa dal benessere e dal possesso degli strumenti politici necessari per aggiungerlo. Nei vari sistemi di *Welfare* i circuiti dello scambio politico ed economico hanno operato una discriminazione sistematica fra gli interessi protetti da organizzazioni dotate di un forte potere contrattuale, quelli protetti da associazioni che non occupano posizioni strategiche e, infine, quelli "diffusi" che non dispongono di alcuna protezione efficace. A questi fenomeni si somma, da almeno un ventennio in Europa e da molto più tempo negli Stati Uniti, quello dell'immigrazione di masse di diseredati, provenienti da aree continentali caratterizzate da un tasso di sviluppo scarso o nullo e da un'elevata densità demografica, alla ricerca disperata dei vantaggi offerti dall'appartenenza a "cittadinanze pregiate". Questa situazione ha finito per dar vita ad una massa di soggetti economicamente e politicamente molto deboli, esclusi dall'effettivo godimento di quasi tutti i diritti. La garanzia dei diritti a favore delle maggioranze e la parallela necessità di dover restringere le garanzie sociali per la crisi fiscale dello Stato ha trasformato, come ha sostenuto J.K. Galbraith, le democrazie opulente in "dittature di una classe soddisfatta": i ricchi, gli abbienti, i benestanti, che sono sempre esistiti, ma che in passato erano minoranza, oggi sono diventati maggioranza. Non sono quindi più costretti a difendere i loro privilegi favorendo il ricambio sociale: possono permettersi l'immobilismo. Queste condizioni storico-sociali hanno portato alla produzione in tutti i paesi nord-occidentali di quella che è stata definita una *underclass*, ⁽⁶⁾ una sottoclasse

(6) La nozione di *underclass* è stata posta al centro del recente dibattito criminologico da W.J., Wilson, *The Truly Disadvantaged*, University of Chicago

sociale più o meno estesa, spesso connotata anche in termini etnici, cui è negato l'accesso legittimo alle risorse economiche e sociali disponibili e che viene rappresentata come pericolosa, percepita come una minaccia per la sicurezza urbana. Cinicamente si dovrebbe probabilmente gioire perché il potere finalmente rinuncia alla maschera della retorica dell'uguaglianza dietro cui si era a lungo nascosto, ma forse quella che chiamiamo civiltà (giuridica) non è che un insieme di maschere che ognuno deve indossare, primo fra tutti il Leviatano statale.

BIBLIOGRAFIA

BAUMAN Z. (1998), *Globalization. The Human Consequences*, Cambridge-Oxford, Polity Press, tr. it. Roma-Bari, Laterza, 1999;

CASTEL R. (1991), "From Dangerous to Risk", in G. Burchell, C. Cordon, P. Miller, *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Harvester, London;

COSTA P. (1974), *Il progetto giuridico*, Milano: Giuffrè;

DE GIORGI A., (2000) *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, DeriveApprodi;

DEVLIN P. (1965), *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford;

DONZELOT J. (1984), *L'invention du social: Essai sur le déclin des passions politiques*, Fayard, Paris;

EWALD F. (1991), "Insurance and Risk", in G. Burchell, C. Cordon, P. Miller, *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Harvester, London;

FOUCAULT M. (1975), *Surveiller et punir. Naissance de la prison* Paris, Gallimard, tr. it. Torino, Einaudi, 1976;

GARLAND D. (1997), "The Limits of the Sovereign State. Strategies of Crime Control in Contemporary Society", *The British Journal of Criminology*, 4, Autumn, pp. 445-471;

GLOZ P. (1985), *Manifest für eine neue europäische Linke*, Wolf Jobst Siedler, Berlin, tr. it. Feltrinelli, Milano, 1986;

HART H.L.A. (1968), "Social Solidarity and the Enforcement of Morals", *University of Chicago Law Review*, LV, ora in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 248-62.

KEMSHALL H. (1996), *Reviewing Risk. A Review of Research on the Assessment and Management of Risk and Dangerousness: Implications for Policy and Practice in the Probation Service*, Report for the Home Office, Research and Statistics Directorate, Croydon.

(segue nota 6)

Press, Chicago 1987. Essa ha comunque progenitori illustri come la teoria delle associazioni differenziali di E.H. Sutherland (*Criminology*, Lippincott, Philadelphia, 1924), la teoria ecologica della disorganizzazione sociale di C.D. Shaw e H.D. McKay (*Juvenile Delinquency and Urban Areas*, University of Chicago Press, Chicago 1942) e le teorie del conflitto culturale.

OFFE C. (1996), *Modernity and the State: East, West*, Polity Press, Cambridge;

PAVARINI M. (1980), *Introduzione a ... Criminologia*, Firenze, Le Monnier;

POLANYI K. (1944), *The Great Transformation*, New York, Holt, Rinehart & Winston Inc., tr. it. Torino, Einaudi, 1974;

G. RUSCHE-O. KIRCHHEIMER (1939), *Punishment and Social Structure*, New York, Columbia University Press, tr. it. Bologna, il Mulino, 1981;

SCOTT. A. (1997), "Globalization: Social Process or Political Rhetoric?", in A. Scott (ed.), *The Limits of Globalization*, London, Routledge;

WACQUANT L. (1999), *Les prisons de la misère*, Raisons d'Agir, Parigi, 1999, tr. it. *Parola d'ordine: tolleranza zero*, Feltrinelli, Milano, 2000;

WILSON Q., Kelling G. (1982), "Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety", *Atlantic Monthly Review*, March.

RIASSUNTO

In tutto il mondo nord-occidentale assistiamo alla diffusione di politiche penali radicalmente diverse da quelle tradizionali. Intervenire sulla devianza non significa più individuare i soggetti devianti da sottoporre a disciplinamento o comunque da "prendere in cura". La pena viene completamente svincolata dagli effetti "positivi", che può produrre sui soggetti, a cui era stata legata dall'epoca in cui si erano diffusi i penitenziari. La devianza cessa di essere un evento "patologico" da curare per trasformarsi in una fonte di rischio da "gestire". Sul piano pratico questo nuovo indirizzo di politica penale comporta che a un sistema centrato sull'individuo, sulle cause che lo hanno indotto a comportarsi in modo deviante e sulla possibilità di reinserirlo socialmente, subentra un sistema di controllo rivolto verso interi gruppi sociali selezionati sulla base del rischio che essi creano per la sicurezza pubblica. La nuova politica penale dissolve la nozione di "individuo" e al suo posto colloca una combinazione di "fattori di rischio". Il rischio non è più ricondotto a specifiche persone pericolose, ma ad una serie di fattori astratti che rendono più o meno probabile la commissione di un delitto. Si accetta tranquillamente quindi che la pena sia commisurata non al reato commesso dal soggetto ma ad indici presuntivi legati alla sua condotta, ai suoi precedenti o al gruppo che egli frequenta abitualmente o saltuariamente, in poche parole alla classe di soggetti pericolosi in cui viene inserito. Nessuno sembra porsi il problema se le classi di pericolosità non siano un paravento retorico per riprodurre una giustizia di censo, se in nome della prevenzione del rischio valga la pena sacrificare il principio di uguaglianza considerato per due secoli dalla tradizione giuridica liberale lo strumento principale per contenere i possibili abusi del potere punitivo.

SUMMARY

All over the Western world there are emerging new criminal policies which are radically different from the traditional ones. Intervention on deviance no longer means to single out deviant subjects to be disciplined or, at any rate, to be 'taken care of'. Unlike in the era when penitentiaries were first established, penalty is no longer connected in any way with the 'positive' impact it may have on subjects. Deviance is no longer a

'pathological' occurrence to cure and becomes a source of risk to 'manage'. In practice, this new criminal policy means that a system hinged upon individuals, the causes of their deviant behaviour, and the chances of re-socialising them, is being replaced by a system of control addressing whole social groups selected on the basis of the risk they create for public security. New criminal policies dissolve the notion of 'an individual' replacing it with a combination of 'risk factors'. Risk is no longer traced back to specific dangerous people but to a range of abstract factors making a crime more or less likely to be committed. It is accepted without dispute that penalties should not meet a crime committed by an agent so much as presumptive indices connected with her conduct, her past behaviour or the social group she usually or occasionally attends: in short, the class of dangerous agents she allegedly falls in. Nobody seems to wonder whether classes of dangerousness may be a rhetorical device to revive a census-based justice, whether preventing risk may be worth sacrificing the principle of equality that for over two centuries liberal tradition viewed as the main guarantee against a possible abuse of punishing power.

RÉSUMÉ

Dans toutes les sociétés nord occidentales on constate la diffusion de politiques pénales radicalement différentes des politiques pénales traditionnelles. Intervenir sur la déviance ne consiste plus à cerner les sujets déviants et à les soumettre à la discipline ou à les «soigner». La peine est dégagée des effets «positifs» qu'elle peut produire sur les sujets; effets auxquels elle avait été liée dès la naissance des premières prisons modernes. La déviance cesse d'être considérée comme étant un événement «pathologique» qu'il faut soigner et se transforme en une source de risque qu'il faut «gérer».

Sur le plan pratique, cette nouvelle tendance dans la politique pénale remplace un système construit autour de l'individu, des causes qui l'ont conduit à se porter de manière déviante et des moyens de favoriser sa réintégration dans la société, par un système de contrôle qui s'adresse à des groupes sociaux qui ont été classés en fonction du risque qu'ils sont en mesure de représenter pour l'ordre public.

La politique pénale nouvelle fait disparaître la notion d'individu et la remplace par une combinaison de «facteurs de risque». Le risque n'est plus reconduit à des individus considérés comme dangereux, mais il est connecté à une série de facteurs abstraits qui rendent la commission d'un délit plus au moins probable.

Par conséquent, on accepte tranquillement que la peine soit proportionnée, non pas au délit que le sujet a commis, mais à des indices présumptifs liés à sa conduite, aux précédents et au groupe qu'il fréquente habituellement ou de temps en temps; c'est-à-dire à la classe de sujets dangereux dans laquelle il a été inscrit. Personne ne semble s'interroger sur le fait que les «classes de risque» puissent servir de paravent sur le plan du discours pour reproduire une injustice sociale. On ne se demande pas s'il vaut vraiment la peine de sacrifier à la prévention du risque le principe d'égalité, que la tradition juridique libérale a considéré pour deux siècles comme étant l'instrument prince pour contenir les abus qui peuvent être commis par le pouvoir pénal.

GIUSTIZIA RIPARATIVA E MEDIAZIONE PENALE A MILANO UN'INDAGINE QUANTITATIVA E QUALITATIVA*

ADOLFO CERETTI, FRANCESCO DI CIÒ*****

SOMMARIO: 1. Giustizia riparativa: gli obiettivi - 2. La mediazione tra vittima e autore di reato - 3. La cornice normativa della mediazione penale minorile in Italia - 4. La mediazione penale a Milano: dalla costruzione del consenso alla riparazione - 4.1. L'invio - 4.2. Il primo contatto - 4.3. I colloqui preliminari - 4.4. L'incontro faccia a faccia - 4.5. La conclusione - 5. I primi risultati dell'attività di mediazione a Milano - 5.1. I casi inviati - 5.2. L'autorità inviante - 5.3. Le caratteristiche delle parti - 5.4. Il lavoro svolto - 5.5. I reati - 6. La soddisfazione delle parti: alcune anticipazioni - 6.1 il campione intervistato - 6.2. Utilità della mediazione - 6.3. La percezione degli obiettivi raggiunti - 7. Osservazioni conclusive

1. Giustizia riparativa: gli obiettivi

La funzione punitiva può essere considerata una costante nella storia della civiltà giuridica occidentale. Ciò che mutano sono essenzialmente i metodi utilizzati per "sorvegliare e punire". In estrema sintesi, la storia del diritto penale è contrassegnata da un lento processo di umanizzazione delle pene, avvenuto attraverso il progressivo abbandono delle forme più crudeli di repressione; sebbene la pena di morte continui a essere applicata in molti ordinamenti giuridici, almeno in Europa sono state da tempo abbandonate le pene corporali e infamanti.

Questo tortuoso e mai coerente percorso di "umanizzazione" del diritto penale, pieno di luci e di ombre, si svolge secondo

* Il lavoro è stato pensato e progettato congiuntamente dagli autori. Materialmente, Adolfo Ceretti ha redatto i paragrafi 1,2,3; Francesco Di Ciò ha redatto i paragrafi 4,5,6; Adolfo Ceretti e Francesco Di Ciò hanno redatto il paragrafo 7.

Parte del presente articolo è stato pubblicato, in collaborazione con Grazia Mannozi, Professore Associato di Diritto Penale Commerciale nell'Università dell'Insubria-Como, in *Il coraggio di mediare* a cura di Fulvio Scaparro, Guerini Editore, 2001

** Professore Associato di Criminologia, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Milano-Bicocca, Coordinatore Scientifico dell'Ufficio per la Mediazione di Milano.

*** Ricercatore presso l'Istituto per la Ricerca Sociale di Milano, Promotore e componente dell'Ufficio per la Mediazione di Milano.

"cicli" storici che vedono il coesistere di logiche sanzionatorie diverse: dapprima quella retributiva (che ha ascendenze nella legge vetero-testamentaria del "taglione" ⁽¹⁾ e che è volta alla compensazione del male, il delitto, con un altro male, la pena), poi quella general-preventiva - improntata alla produzione di deterrenza o, nella sua versione c.d. "positiva" al rafforzamento degli *standards* morali dei consociati -, infine l'idea rieducativa che mira al reinserimento sociale del reo e, seppure in piena crisi, mantiene, nel nostro ordinamento, fondamento costituzionale (art. 27 Costituzione).

L'ultima fase di questo cammino tortuoso verso risposte meno afflittive e più efficaci nel controllo del crimine può essere considerata quella che vede la nascita della cosiddetta *giustizia riparativa*. L'affacciarsi di questo nuovo paradigma ha prodotto e produce grandi resistenze, in un periodo storico nel quale le logiche retributive e general-preventive sembrano guadagnare nuovamente credito e consenso politico generalizzato. Si tratta di un modello di intervento sui conflitti (originati da un reato o che si sono espressi attraverso un reato) che si avvale non della pena o di alcune delle "sottoarticolazioni" sanzionatorie tradizionali, bensì di strumenti che tendono a promuovere la riparazione del danno cagionato dal fatto delittuoso e, soprattutto, la riconciliazione tra autore e vittima.

Va ricordato, in proposito, che nel sistema storico "dei delitti e delle pene" la vittima del reato - che è co-protagonista del fatto delittuoso nonché il soggetto che risente maggiormente del crimine - non ha ricevuto quasi mai la debita considerazione dalle agenzie istituzionali del controllo e della repressione del crimine. Marginale è tuttora il ruolo che la vittima riveste nel processo, spesso insoddisfatto è il suo diritto al risarcimento del danno, completamente trascurata la dimensione emozionale dell'offesa.

Il rinnovato interesse per le vittime ha dunque contribuito a promuovere l'emersione del modello "riparativo", che sta riscuotendo un interesse crescente sia in Europa che nell'area giuridica della *common law*. La giustizia riparativa può essere definita come un paradigma di giustizia che coinvolge la vittima, il reo e la comunità nella ricerca di soluzioni agli effetti del

(1) In ambito teologico è aperto un profondissimo dibattito sulla coincidenza della *lex talionis* quale forma di giustizia del Dio del Vecchio Testamento. Cfr. Acerbi et al., 1998.

conflitto generato dal fatto delittuoso, allo scopo di promuovere la riparazione del danno, la riconciliazione tra le parti e il rafforzamento del senso di sicurezza collettivo. La sfida che essa lancia, alle soglie del XXI secolo, è quella di cercare di superare la logica del castigo muovendo da una lettura relazionale del fenomeno criminoso, inteso primariamente come un conflitto che provoca la rottura di aspettative sociali simbolicamente condivise. Il reato non dovrebbe più essere considerato soltanto un illecito commesso contro la società, o come un comportamento che incrina l'ordine costituito - e che richiede una pena da espiare -, bensì come una condotta intrinsecamente dannosa e offensiva, che può provocare alle vittime privazioni, sofferenze, dolore e persino la morte, e che richiede, da parte del reo, principalmente l'attivazione di forme di riparazione del danno provocato. Sebbene i profili di dannosità dell'illecito siano stati già riconosciuti a partire dal dibattito giuridico ottocentesco, è solo con la giustizia riparativa che il danno provocato diviene il punto di partenza per la costruzione di risposte in cui il rapporto di rango tra afflizione e riparazione può essere rovesciato.

Da un punto di vista sociologico-giuridico, la giustizia riparativa si caratterizza, anzitutto, per essere una teoria "sociale" della giustizia, le cui radici affondano nella ricerca di un modello di giustizia che sia in grado di far convergere su di sé il consenso dei vari gruppi sociali stanziati su un determinato territorio. ⁽²⁾ Per queste ragioni, la giustizia riparativa non offre soluzioni a senso unico, né produce effetti stigmatizzanti. In quanto giustizia che *cura*, anziché *punire*, essa è prevalentemente orientata verso il soddisfacimento dei bisogni delle vittime e della comunità specifica in cui viene vissuta l'esperienza di vittimizzazione.

Le questioni fondamentali non sono più: "chi merita di essere punito?" e "con quali sanzioni?" bensì "cosa può essere fatto per riparare il danno?", laddove *riparare* non significa, riduttivamente, controbilanciare in termini economici il danno cagionato. Realizzabile tramite azioni positive, infatti, la riparazione ha una valenza molto più profonda e, soprattutto, uno spessore etico che la rende ben più complessa del mero risarcimento, e che affonda le proprie radici nel percorso di *mediazione* che la precede.

(2) Per una lettura filosofico-politica di questo progetto cfr. Rawls, trad.ital. 1995, soprattutto pp. 58 sgg.

La necessità di promuovere l'adozione di strumenti riparativi (*in primis* la mediazione tra autore e vittima del reato) deriva tra l'altro dalla presa di posizione delle Nazioni Unite in relazione all'opportunità di adottare, a livello sia nazionale che internazionale, politiche di riparazione e di sostegno delle vittime.

Va sottolineato come le risoluzioni 27 e 28 della "Dichiarazione di Vienna" adottate a conclusione dei lavori del *Decimo Congresso Internazionale delle Nazioni Unite sulla Prevenzione del Crimine e sul Trattamento dei Rei*, tenutosi a Vienna dal 10 al 17 aprile 2000, ⁽³⁾ non si limitino tuttavia ad incoraggiare i soli servizi di assistenza e protezione delle vittime di reato, ma contengano implicazioni per una politica di più ampio respiro, che contempli anche il consolidamento delle garanzie degli imputati e il rafforzamento della tutela della comunità. Opzione che si fonda, probabilmente, sulla consapevolezza che la promozione di una politica riparativa sbilanciata a favore delle vittime presenta un fattore di rischio non trascurabile: nella specie, quello di favorire l'attività di gruppi di pressione che "mascherano", sotto la copertura di istanze per una reale tutela delle vittime, richieste di progressivi inasprimenti sanzionatori unicamente dettati da esigenze di "legge e ordine" - e con ciò determinando una evoluzione in senso illiberale del sistema.

In concreto, i principali obiettivi che intende perseguire la giustizia riparativa possono essere riassunti secondo la seguente tassonomia:

1) *Il riconoscimento della vittima*: la parte lesa deve potersi sentire dalla parte della ragione e deve poter riguadagnare il controllo sulla propria vita e sulle proprie emozioni, superando gradualmente i sentimenti di vendetta, rancore ma anche di sfiducia verso l'autorità che avrebbe dovuto tutelarla.

(3) " § 27. Noi decidiamo di introdurre, laddove risulti opportuno, strategie di intervento a livello nazionale, regionale e internazionale a supporto delle vittime, come tecniche di mediazione e di giustizia riparativa, e fissiamo nel 2002 il termine entro il quale gli Stati sono chiamati a valutare le pratiche essenziali per promuovere ulteriori servizi di supporto alle vittime e campagne di sensibilizzazione sui diritti delle stesse, e a prendere in considerazione l'adozione di fondi per le vittime, nonché a predisporre e sviluppare programmi di protezione dei testimoni".

" § 28. Noi incoraggiamo lo sviluppo di politiche di giustizia riparativa, procedure e programmi che promuovano il rispetto dei diritti, dei bisogni e degli interessi delle vittime, degli autori di reato, della comunità e di tutte le altre parti".

N.d.R. Sulla "Dichiarazione di Vienna", si rimanda all'articolo di Grazia Mannozi "Problemi e prospettive della Giustizia riparativa alla luce della *Dichiarazione di Vienna*", in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1 - 3, 2000.

2) *La riparazione dell'offesa nella sua dimensione "globale"*: oltre alla componente strettamente economica del danno dovrebbe essere valutata, ai fini della riparazione, anche la dimensione emozionale dell'offesa, che può essere causa di insicurezza collettiva e può indurre i cittadini a modificare le abitudini comportamentali. Tutto ciò senza perdere di vista il principio di proporzionalità e senza cadere in forme di retribuzione mascherata, in quanto il comportamento attivo richiesto all'autore non è imposto in funzione afflittiva, bensì riconciliativa/riparativa.

3) *L'autoresponsabilizzazione del reo*: ogni tentativo di promuovere concrete attività riparative non può prescindere dal consenso dell'autore del reato, specialmente se si considera che la riparazione si snoda lungo un percorso che dovrebbe condurre il reo a rielaborare il conflitto e i motivi che lo hanno causato, a riconoscere la propria responsabilità e ad avvertire la necessità di riparazione.

4) *Il coinvolgimento della comunità nel processo di riparazione*: la comunità, in particolare, dovrebbe poter svolgere un duplice ruolo: non solo *riduttivamente* quello di destinatario delle politiche di riparazione ma anche, e soprattutto, quello di attore sociale nel percorso "di pace" che muove dall'azione riparativa del reo.

5) *Il rafforzamento degli standards morali*: dalla gestione comunicativa e comunitaria del conflitto e dallo svolgimento di concrete attività riparative dovrebbero emergere, infatti, concrete indicazioni di comportamento per i consociati, che vanno proprio nel senso auspicato dalle teorie della prevenzione generale positiva: quello di contribuire al rafforzamento degli *standards* morali collettivi.

6) *Il contenimento dell'allarme sociale*: si precisa fin d'ora che il raggiungimento di tale obiettivo diventa possibile solo a condizione che si restituisca alla comunità la gestione di determinati accadimenti che hanno un impatto significativo sulla percezione della sicurezza da parte dei consociati.

2. La mediazione tra vittima e autore di reato

Senza pretese di fornire una definizione esaustiva, quando si parla di mediazione ci si riferisce ad un'attività in cui una parte *terza* e *neutrale* ⁽⁴⁾ aiuta due o più soggetti a capire il

(4) Cfr. Ceretti, 2000a, p.803.

motore, l'origine di un conflitto che li oppone, a confrontare i propri punti di vista e a trovare soluzioni, sotto forma di riparazione *simbolica*, prima ancora che *materiale*. "Il mediatore dunque non deve agire per definizione alcun potere, nel senso che non spetta a lui (lei, loro) la risoluzione della disputa, il fattore neutralità non può però essere idealizzato. Tutti gli sforzi di necessario distanziamento non sono mai sufficienti per raggiungere quella neutralità tanto auspicata, dato che il modo di esprimersi, di comportarsi dei mediatori, il modo di vestirsi, la loro età, saranno a loro volta assimilati all'interno della loro esperienza dai mediati. Ciascuno di essi in funzione della sua cultura, della sua esperienza di vita, delle sue angosce, dei suoi desideri, dei suoi gesti, costruirà la percezione del mediatore, trovandolo ora ostile e favorevole all'altro, ora benevolo e dalla 'sua' parte". Giunti a questo punto sarà già chiaro che ciò che distingue il mediatore dal giudice sta nel fatto che mentre quest'ultimo è generalmente inteso come *nec utrum*, né l'uno né l'altro, quindi neutro ed equidistante, il mediatore per svolgere il suo mandato deve perdere questa neutralità e rendersi equiprossimo alle parti: in quanto mantenendosi *imparziale* deve essere *questo e quello*.⁽⁵⁾

Al centro dell'interesse vi sono anzitutto i problemi e i punti di vista dei soggetti partecipanti, i quali sono aiutati da un *mediatore* che, senza alcuna autorità di imporre una sua soluzione, si impegna a evidenziare i termini della questione e a trovare modalità soddisfacenti di discussione.

Ogni mediazione è dunque sempre preceduta da un conflitto, da una contesa, da una contrapposizione.⁽⁶⁾ Da dove venga una contesa non è sempre facile da dire. Nella vita quotidiana, un semplice sguardo, una parola ambigua pronunciata in un "certo" contesto e con una "certa" intonazione, possono depositarsi nelle pieghe dell'animo del nostro interlocutore(trice) e attivare vissuti di sofferenza, rabbia, ribellione. A volte può succedere che due persone si trovino gettate dentro a una contesa e non riescano neppure a ricordare bene quale sia stata l'origine del loro essere reciprocamente ostili; finiscono, perciò, col trovarsi a vivere una situazione angosciante che, se soffocata e non gestita, può sfociare in un conflitto palese sul piano personale e/o sociale. Altre volte, invece, l'origine del conflitto è

(5) Cfr. Resta E. 2001, p.49

(6) Cfr. Ceretti, 1997; Ceretti, 2000a.

molto chiara. Nei rapporti di vicinato, di lavoro, di amicizia, sentimentali, siamo tutti quanti, prima o poi nel corso della nostra esistenza, attori e vittime di comportamenti aggressivi, violenti, capaci di produrre, nei confronti del(della) vicino(a), del(della) collega, dell'amico(a), del *partner*, lacerazioni profonde.

Ogni manifestazione di aggressività e di violenza lascia sempre negli *altri* dei *resti* in forma di risentimenti, amarezze, paure, desideri di rivalsa, che daranno luogo - se lasciati a se stessi - a ulteriori contese, capaci di *estendersi* anche all'ambiente sociale di provenienza delle parti. I sociologi insegnano anche che questo genere di conflitti può essere straordinariamente stabile, in quanto gli attori sostituiscono aspettative incerte con aspettative problematiche ma sicure.

Tutto questo è ancora più vero, più palpabile, se il moto del conflitto è un comportamento che sappiamo essere *lesivo* di un nostro *diritto*. Essere soggetto passivo di un furto, di una rapina, di una aggressione fisica e/o verbale, di un'estorsione, di una violenza sessuale, di un danneggiamento pone automaticamente la vittima dalla parte della "ragione".

E' per questo motivo che la società moderna ha affidato ad alcune istituzioni (le istituzioni penali) il compito di stabilire i termini oggettivi di queste "ragioni".

Le istituzioni invece fanno fatica a gestire il disagio, la paura, il rancore, l'odio che la vittima può provare, nonché a tutelare la stessa dall'ulteriore colpevolizzazione che spesso avverte per il solo fatto di aver *chiesto aiuto* all'autorità giudiziaria.

Sviluppare la mediazione nell'ambito giudiziario - minorile e non - significa anzitutto superare la visione del reato quale atto isolato e astratto commesso da un soggetto *difficile*, e iniziare a leggerlo come un segmento di complesse vicende relazionali. Significa provare ad accantonare, quando questo è possibile, la concezione della pena nel suo significato retributivo-risocializzante, per lasciare il posto alla riparazione, intesa quale modalità responsabilizzante. In tale prospettiva è *l'incontro* l'elemento che caratterizza la mediazione: quest'ultima, come si diceva poc'anzi, consente al reo e alla vittima di riaprire una comunicazione interrotta dal reato o di costituirne una nuova e di raggiungere così un accordo soddisfacente.

In particolare, l'intervento in un conflitto da parte di un terzo che utilizza *tecniche* di mediazione ha la funzione:

- di far sì che i contendenti si riconoscano come *avversari* e non più come "nemici";

- di poter continuare a confliggere, se lo desiderano, ma con *regole* e *limiti*: il *riconoscimento* del "nemico" implica che le parti opposte riconoscano scambievolmente di avere diritto ad un'esistenza indipendente, quale che sia il regime interno che ognuno si dà;
- di permettere di introdurre un *ordine simbolico* capace di offrire agli individui uno spazio per differenziarsi: la mediazione ha successo quando gli antagonisti accedono a questa dimensione. Il *terzo* permette ad un soggetto di aprirsi all' "altro", di porre soprattutto l'antagonista come "altro" e di porre se stesso come "altro possibile".

Il mediatore agisce quindi come un catalizzatore, in quanto aiuta a trasformare la relazione fra gli antagonisti facendola migrare da uno stato di tensione binaria (ove regnano la simmetria, l'esclusione, la competizione e la violenza fra le parti) verso un processo a tre poli, ove il dubbio, l'interrogativo e le differenze possono esistere, e la responsabilità viene condivisa.

In un'epoca, la nostra, in cui tutto viene pubblicizzato come spiegabile, in cui la ragione ha cancellato il mistero, il disordine legato al mondo delle emozioni non ha alcun posto ragionevole e pieno di rispetto. In tal senso, sono i luoghi di mediazione a divenire spazi privilegiati dove è possibile interrompere il senso di claustrofobia creato da condotte violente, umilianti, degradanti, e ridare slancio al dia-logo, all'ascolto reciproco. Lo *spirito* delle pratiche di mediazione va difatti individuato nel fatto che a ogni gesto afasico, a ogni atto che provoca in altri sofferenza, dolore, può fare da contrappunto un luogo in cui tale dolore può essere detto e ascoltato.

Per fare mediazione, allora, occorre anzitutto reggere la paura dei potenziali effetti distruttivi di questi sentimenti sociali, e imparare a situarsi "tra" le persone che ne sono immediatamente portatrici. E' da quel non-luogo che il mediatore cerca di incontrare la fonte di quei conflitti che creano un vuoto, un isolamento dei singoli confliggenti nel proprio vissuto, nella propria versione dei fatti, nella propria solitudine e separazione dall'altro.

Prima di proseguire crediamo che vada chiarito, seppure brevemente, come dopo l'ingresso delle pratiche di mediazione nel campo penale - in Italia in modo ancora marginale, a livello sperimentale e solo in ambito minorile - sia possibile distinguere almeno tre modalità di trattamento dei conflitti penali: quella *retributiva*, quella *terapeutica-rieducativa*, quella di *mediazione*.

Proviamo a individuare, sia pure in estrema sintesi, le fondamentali differenze contenutistiche e procedurali.

Mentre il modello retributivo e quello terapeutico-rieducativo sono focalizzati sull'autore del reato, in quello di mediazione l'attenzione è spostata sulla relazione reo-vittima.

Se nel modello retributivo l'obiettivo è quello di accertare la responsabilità dell'autore del reato, e la risposta data alla condotta o all'omissione è l'applicazione di una pena, nel modello terapeutico-rieducativo ci si propone di rispondere ai bisogni individuali del colpevole, mentre la risposta consiste in un'offerta di aiuto e nella presa in carico del reo e dei suoi bisogni di risocializzazione. Nel modello di mediazione, invece, l'obiettivo è quello di gestire gli effetti/affetti del conflitto, e la risposta va individuata nel gradiente di accordo che interviene tra le parti.

Ancora: sia il modello retributivo che quello rieducativo sono dominati da una estrema formalizzazione delle procedure (il processo, appunto) che si può concludere con una sentenza di condanna ad una delle pene previste dal legislatore, sia pure a loro volta orientate, nei contenuti, al reinserimento sociale del condannato.

Nella mediazione, invece, c'è una minore formalità nella procedura, che pur essendo eteroguidata dal mediatore, si sviluppa con il consenso e con il progressivo *input* di entrambe le parti.

Possiamo ora trasferire quanto appena detto nel seguente schema riassuntivo ⁽⁷⁾:

	Modello retributivo	Modello terapeutico rieducativo	Modello di mediazione
FOCALIZZAZIONE	Autore di reato	Autore di reato	Relazione reo-vittima
OBIETTIVI	Accertamento responsabilità autore di reato	Rispondere al bisogno del reo	Gestire il conflitto
RISPOSTA	Punizione	Presa in carico del reo	Costituzione di un'intesa reo vittima
PROCEDURA	Imposizione di un processo ed eventuale pena	Ricerca del consenso del reo alla rieducazione	Costruzione del consenso reo e vittima alla partecipazione alla mediazione

7 Cfr. Ceretti, 2000.

3. La cornice normativa della mediazione penale minorile in Italia

In Italia, diversamente da quanto accaduto in molti altri Paesi europei ed extraeuropei, le pratiche mediatricie e riparatorie sono divenute oggetto di riflessione, studio e di applicazione concreta solo da pochi anni, unicamente in campo minorile ⁽⁸⁾ e in solo alcune ristrette aree geografiche.

A partire dal 1995, infatti, a Torino, Bari, Milano, Trento, Venezia, Roma, Catanzaro, Salerno, Cagliari sono state avviate, su impulso dei rispettivi Tribunali per i Minorenni, esperienze di mediazione penale, laddove gruppi promotori autoctoni hanno aderito agli inviti dell'Ufficio Centrale per la Giustizia Minorile a sperimentare l'introduzione di tale istituto (Circolari del 10/11/1995; 12/2/1996; 1/4/1996).

Una prima seria difficoltà, che non può essere sottovalutata quando si ragiona intorno ai potenziali spazi applicativi della mediazione nel nostro Paese, deriva dal fatto che, come è noto, vige da noi il principio di obbligatorietà dell'azione penale (ex art. 112 Cost.). Ne consegue che le ipotesi di ricorso alla mediazione si trovano ad essere limitate a pochi e ben individuati spazi normativi: gli artt. 9, 27, 28 del D.P.R. 448/1988 (*Disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*) e l'art. 564 c.p.p., ora abrogato e riformulato nell'art. 555 c.p.p.

Vediamo, in estrema sintesi quale sia il significato, quale siano la valenza, gli spazi operativi e le potenzialità della mediazione penale avviata a partire da tali norme.

Si ricorda che l'art. 9 ⁽⁹⁾ consente al Pubblico Ministero e/o al giudice di acquisire informazioni utili a valutare la rilevanza

(8) Per quanto riguarda gli adulti uno spazio assai "promettente" di apertura alla mediazione è costituito dall'art. 29, c. 4 del D.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 (*Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace*), che recita: "Il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti. In tal caso, qualora sia utile per favorire la conciliazione, il giudice può rinviare l'udienza per un periodo non superiore ai due mesi e, ove occorra, può avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio".

(9) Recita l'art. 9: "Il pubblico ministero e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità, valutare la rilevanza sociale del fatto nonché disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili.

Agli stessi fini il pubblico ministero e il giudice possono sempre assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minore e sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità".

del fatto e la personalità dell'indagato o dell'imputato, al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità anche attraverso il parere di esperti. In breve, la concezione della *personalità* sottesa a questa norma rivela che le carenze e gli squilibri del giovane vanno intesi direttamente come sfide, rischi, problemi operativi per il giudice e i servizi.

In base a queste premesse, l'Autorità procedente chiede agli Uffici di Mediazione un giudizio sulla esperibilità di un incontro fra l'autore e la vittima del reato, giudizio che verrà espresso valutando il *caso concreto* in rapporto ad una serie di criteri che saranno illustrati analiticamente più avanti.

L'autorità giudiziaria promuove la mediazione nella fase del processo ritenuta più idonea, e con tutte le cautele e la discrezione richieste dal caso.

Concepita in questi termini, la procedura di cui all'art. 9 soddisfa un'esigenza particolarmente sentita da chi opera nel campo della mediazione, vale a dire la tempestività della risposta alla situazione di disagio che il conflitto ha creato.

Inoltre, "tale attività preliminare assolve la doppia finalità di una più adeguata valutazione della personalità del minore, che in tal modo si confronta con il fatto-reato commesso, e di un'applicazione meno burocratizzata delle decisioni giudiziarie".⁽¹⁰⁾

Pur condividendo la *ratio* dell'art. 27 del D.P.R. 448/1988,⁽¹¹⁾ non va dimenticato che la "tenuità del fatto" e l' "occasionalità" del comportamento delittuoso da parte di un minore possono assumere, in relazione ad alcuni contesti, un significato individuale e sociale molto profondo. Talora essi rivelano la presenza di un conflitto più grave di quello espresso dalla condotta deviante, conflitto che può a sua volta degenerare qualora non venga puntualmente "preso in carico" (per esempio: delle semplici percosse possono *esprimere* molto meno di ciò che effettivamente divide l'autore e il soggetto passivo del reato; possono cioè essere la spia di un conflitto già molto profondo).

E' importante quindi non trascurare le *ricadute* che i reati anche se intrinsecamente bagatellari possono avere sul piano relazionale tra il reo e la vittima. La mediazione può costituire

(10) Documento dell'Ufficio Centrale per la Giustizia Minorile, 1/4/1996, p. 5.

(11) Recita l'art. 27, c. 1 : "Durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne".

pertanto una risposta *diversa* e rappresentare un utile strumento nello spirito della norma, consentendo di gestire situazioni *residuali* non ancora affrontate dai servizi e dando una volta di più la possibilità ai minori di confrontarsi con i loro comportamenti problematici. ⁽¹²⁾

Quando si parla di mediazione, lo spazio normativo per eccellenza a cui si può far riferimento all'interno del D.P.R. 448/1988 è costituito tuttavia dall'art. 28, il quale prevede che il giudice dell'udienza preliminare e quello del dibattimento possono "impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato". ⁽¹³⁾

L'art.28, sembra introdurre a pieno titolo il paradigma riparativo nel procedimento penale minorile. Va però rilevato che il concetto di conciliazione-riparazione è qui inteso come parte di un progetto educativo per il minore che oltrepassa il senso di un intervento puntuale sul conflitto come quello offerto dalla mediazione. Laddove per "puntuale" intendiamo un intervento di "presa in carico" e "cura" - da parte dei mediatori - *esclusivamente* degli effetti *negativi* del conflitto provocato dal reato e non, dunque, "presa in carico" e "cura" dei *soggetti* portatori del conflitto. Non è escluso quindi che l'incontro di mediazione possa trovare posto nell'ambito di una messa alla prova: è importante, però, rispettare modi, spazi, tempi di entrambi, evitando il sovrapporsi di differenti metodologie di lavoro - tenuto conto che la riparazione-conciliazione ex art.28 riguarda

(12) Si ipotizza anche una forma di mediazione *dopo* la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto. Se infatti non si è ricorsi ad alcuna forma di mediazione prima della sentenza e permangono, dopo la sua emissione, i presupposti del conflitto, il giudice potrebbe invitare le parti a recarsi all'Ufficio di Mediazione e a riferire poi dell'esito dell'incontro.

(13) Recita l'art. 28, ai c. 1 e 2: " Il giudice, sentite le parti, può disporre con ordinanza la sospensione del processo quando ritiene di dover valutare la personalità del minorenne all'esito della prova disposta a norma del comma 2. Il processo è sospeso per un periodo non superiore a tre anni quando si procede per reati per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni; negli altri casi, per un periodo non superiore a un anno. Durante tale periodo è sospeso il corso della prescrizione. Con l'ordinanza di sospensione il giudice affida il minorenne ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento, anche in collaborazione con i servizi locali, delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno. Con il medesimo provvedimento il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato".

minori già presi in carico da Servizi Sociali dell'Amministrazione della Giustizia e degli Enti locali.

L'art.564 c.p.p., oggi abrogato ⁽¹⁴⁾ in seguito alla riforma del Giudice Unico e sostituito dall'art.555 c.p.p. offriva un'ulteriore opportunità alla mediazione, questa volta, però, destinata alla giustizia penale degli adulti. In particolare l'art. 564 attribuiva al Pubblico Ministero la facoltà - delegabile alla polizia giudiziaria - di tentare la conciliazione tra querelante e querelato. L'interesse per l'art.564 c.p.p. derivava principalmente dal fatto che tale norma consentiva di "...coprire una gamma significativa di reati tipicamente minorili, quali i danneggiamenti e le lesioni personali lievi". ⁽¹⁵⁾ Si trattava, cioè, di una sorta di estensione al diritto penale degli adulti, ispirata esclusivamente dalle peculiarità oggettive delle fattispecie delittuose punibili a querela, della possibilità di avvalersi di una modalità (ri)conciliativa di soluzione del conflitto. Ora il nuovo art. 555 c.p.p. ⁽¹⁶⁾ rende obbligatorio tale tentativo di conciliazione, modificandone però l'attore istituzionale: non più il Pubblico Ministero in quanto parte processuale, bensì il giudice che, come il mediatore, riveste una posizione di terzietà tale da garantirne, potenzialmente, la *neutralità* (*nec utrum*) rispetto alle parti in conflitto.

4. La mediazione penale a Milano: dalla costruzione del consenso alla riparazione

Solo da pochi anni alcuni studiosi e operatori italiani hanno iniziato a definire una fisionomia teorica e progettuale della mediazione penale minorile. Come si è appena illustrato però, i ristretti riferimenti normativi disponibili, pur avendo consentito l'avvio di diverse sperimentazioni, non sembrano sufficienti a garantire uno sviluppo adeguato ed omogeneo della mediazione e delle sue modalità organizzative e istituzionali.

(14) Recitava l'art. 564 c.p.p.: "In caso di reati perseguibili a querela, il pubblico ministero, anche prima di compiere atti di indagine preliminare, può citare il querelante e il querelato a comparire davanti a sé al fine di verificare se il querelante è disposto a rimettere la querela e il querelato ad accettare la remissione, avvertendoli che possono farsi assistere dai difensori".

(15) Documento dell'Ufficio Centrale per la Giustizia Minorile, 1/4/1996, p. 6.

(16) Recita l'art. 555 c. 3 c.p.p.: "Il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, verifica se il querelante è disposto a rimettere la querela e il querelato ad accettare la remissione".

In questo quadro di "insufficienza normativa" e di conseguente pluralismo metodologico, valoriale e professionale, ⁽¹⁷⁾ diventa fondamentale esplicitare le procedure adottate, gli obiettivi ed i risultati ottenuti al fine di alimentare il dibattito e il confronto scientifico nazionale. E' in questa ottica che si intende presentare il modello milanese che può essere sintetizzato in cinque momenti fondamentali: l'invio, il primo contatto, i colloqui preliminari, l'incontro faccia a faccia e la conclusione.

4.1. L'invio

Prima di inviare un caso all'Ufficio per la mediazione, il magistrato procedente raccoglie il consenso del minore e dei suoi genitori nel corso dell'interrogatorio o dell'udienza; se possibile acquisisce anche il consenso della vittima o comunque la informa del successivo intervento dell'Ufficio per la Mediazione. Della segnalazione all'Ufficio viene inoltre data comunicazione ai difensori.

L'invio avviene previa ammissione di responsabilità dell'indagato/imputato resa nel corso dell'interrogatorio. E' importante allora che l'interrogatorio che precede questa forma di *iter* mediatorio conduca a risultati certi e che l'autorità contesti in forma chiara e precisa il fatto, dichiari gli elementi di prova esistenti e informi l'indagato che ha la facoltà di non rispondere (art. 65 c.p.p.). In questo modo se la persona informata dei fatti non ha la qualità di indagato o di imputato e rende dichiarazioni dalle quali emergono indizi di reità a suo carico, l'autorità procedente può interrompere l'esame, avvertire la persona che a seguito di tali dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti invitandola a nominare un difensore (art.63 c.p.p.). ⁽¹⁸⁾ Per poter intervenire con la mediazione dunque è necessaria da parte dell'accusato l'ammissione della propria responsabilità: una ammissione intesa ovviamente non in senso tecnico ⁽¹⁹⁾ ma che comunque avvenga a partire dal pieno rispetto di queste norme.

Il mediatore deve poter intervenire dunque con la certezza "sostanziale" che il fatto sussiste e che l'autore del reato se ne sia dichiarato, almeno virtualmente, responsabile, perché solo a queste condizioni può operare nella costruzione del consenso all'incontro tra le parti.

(17) De Leo, 1999, p.204.

(18) Cfr. Ceretti A., 2000a.

(19) E' noto infatti che la responsabilità penale in senso stretto, da un lato non coincide con la mera partecipazione ai fatti essendo ulteriormente richiesti

In ogni caso l'autorità giudiziaria ⁽²⁰⁾ invia solo alcuni tra i documenti che consentono al mediatore di conoscere il caso (capi di imputazione, la copia della notizia di reato (denuncia o querela) o la copia del verbale dell'udienza di rinvio). ⁽²¹⁾

4.2. *Il primo contatto*

Per primo contatto intendiamo la fase nella quale un mediatore dell'équipe provvede alla spedizione delle lettere rivolte al minore di reato, ai genitori, agli avvocati e alla persona offesa, contenenti l'invito al colloquio preliminare e un volantino illustrativo dell'attività proposta. E' naturale che l'informazione debba essere, nel contempo, sufficientemente esaustiva e comprensibile per tutti, tanto dall'avvocato quanto dallo stesso minore autore di reato, e che da questa sia possibile comprendere sinteticamente che cosa è la mediazione, come vi si accede, a cosa serve e qual è il ruolo del mediatore.

Successivamente, sempre in questa fase, il mediatore responsabile del caso contatta telefonicamente le parti invitandole ai colloqui preliminari.

Nel corso dei primi contatti telefonici il mediatore si trova spesso a tessere una complessa rete di relazioni con tutti gli attori, condividendo il percorso proposto non solo con le parti interessate ma necessariamente anche con i genitori e gli avvocati, i quali assumono il ruolo di custodi delle garanzie dei loro

(segue nota 19)

i requisiti della imputabilità e della colpevolezza; dall'altro si ottiene solo a seguito dell'accertamento giudiziale che ha luogo nel dibattimento e che prende corpo nella sentenza definitiva di condanna (secondo il precetto costituzionale della presunzione di innocenza). Richiedere per la mediazione, oltre al necessario consenso del reo, che quest'ultimo non si dichiari estraneo ai fatti è una forma di garanzia sostanziale per il soggetto. In tal modo si escludono dalla mediazione tutti coloro che si dichiarano innocenti. Si ricorda comunque che qualsiasi misura, come ad esempio la sospensione del processo e la messa alla prova, adottata in assenza di un formale accertamento della responsabilità è presa nei confronti di un soggetto che "giuridicamente" e "tecnicamente" è da considerarsi innocente.

(20) Le autorità invianti possono essere: il PM visti gli articoli 9 del D.P.R. 448/88 e 555 c.p.p., il GIP visti gli articoli 9 e 27 del D.P.R. 448/88, il GUP visti gli articoli 9, 27, 28 del D.P.R. 448/88 e 169 c.p. e il Giudice del dibattimento visti gli articoli 9, 28 D.P.R. e 169 c.p.

(21) Rispetto a questa fase, è importante però specificare che eventuali segnalazioni possono provenire anche da educatori dei Servizi Minorili, Assistenti Sociali, avvocati o dalle parti stesse che hanno la possibilità di richiedere all'autorità giudiziaria di usufruire della mediazione.

assistiti anche durante il percorso di mediazione. E' in questa fase che, ai fini dell'acquisizione del consenso delle parti alla mediazione, risulta fondamentale chiarire ulteriormente il contenuto della lettera inviata e dunque la natura *confidenziale*, *consensuale* e *gratuita* della mediazione, e come quest'ultima offra alla vittima o al minore autore di reato, la possibilità di esporre i fatti e di esprimere i sentimenti rispetto a ciò che è accaduto, di riaprire una comunicazione interrotta, di chiarire aspetti rimasti oscuri o di favorire modalità di riparazione delle conseguenze del reato.

E' già a partire da questa fase, che il mediatore si affida alla sua acquisita capacità di ascolto e di riconoscimento dei vissuti portati dalle parti. La vittima infatti può essere restia, impaurita ed ostile all'idea di incontrare il reo e per questo è fondamentale che il mediatore sia in grado di accogliere questi sentimenti e pronto a ricordare come il servizio offerto sia pensato proprio come luogo privilegiato per dare uno spazio alle angosce di chi ha subito un reato.

Ottenere il consenso in particolare dalla parte lesa al colloquio preliminare, è per noi importante a prescindere dalla possibilità di svolgere o meno la mediazione. In molti casi la vittima è latrice di sentimenti di forte solitudine e di una profonda sfiducia nelle istituzioni, dalle quali spesso si sente tradita e abbandonata. Già a partire dal primo contatto, risulta dunque fondamentale offrirle la possibilità di esprimere e riconoscere le proprie paure e di decidere liberamente se svolgere un ruolo attivo nella risoluzione del proprio conflitto attraverso l'incontro con l'altra parte.

4.3. *I colloqui preliminari*

Ai colloqui preliminari vengono invitati separatamente la parte lesa e il minore, accompagnati spesso dai genitori e, qualora lo ritengano opportuno, dai loro difensori. Dopo aver ampiamente spiegato il significato e le finalità della mediazione, si procede al vero e proprio colloquio, svolto alla presenza del solo interessato e di due mediatori.

Come si è accennato il colloquio preliminare rappresenta un momento importantissimo in sé, a prescindere dalla possibilità di svolgere o meno la mediazione. Durante i colloqui viene chiesto separatamente sia al reo che alla parte lesa di narrare quanto accaduto, lasciando contemporaneamente la possibilità di esprimere gli attuali vissuti rispetto al reato e raccogliendo solo in ultimo il consenso a partecipare all'incontro di mediazione. In questa

fase, la capacità di *ascolto empatico* rappresenta sicuramente una delle qualità necessarie per essere un buon mediatore.

4.4. *L'incontro faccia a faccia*

Come è noto, esistono vari modelli e diverse *tecniche* di mediazione che in Paesi diversi, e a seconda del contesto in cui sono applicate - familiare, sociale, penale, scolastico, etc. - fanno emergere l'aspetto *negoziale* oppure quello del *riconoscimento* e dell'*incontro* tra le persone coinvolte nel conflitto.

Si passa così da un'algida e formale "tecnologia" di risoluzione del conflitto da parte di un terzo che applica certe "regole" che dovrebbero condurre ad un compromesso, cioè al cosiddetto *problem solving* - incentrato sulla soddisfazione materiale degli interessi delle parti - alla mediazione quale procedimento che può portare alla reale *trasformazione* del conflitto attraverso l'*incontro* con l'altro, tenendo conto delle dimensioni e delle potenzialità relazionali, emotive ed umane. E' a questa ultima forma di mediazione, opportunamente integrata e adattata alle specificità del contesto penale minorile, che si è ispirato l'Ufficio per la Mediazione di Milano. ⁽²²⁾

(22) La formazione è stata condotta, presso la Scuola di formazione del Ministero di Grazia e Giustizia di Castiglione delle Stiviere o presso l'Ufficio Servizio Sociale per i Minorenni di Milano, da Jacqueline Morineau fondatrice e direttrice del *Centre de Médiation et de Formation à la Médiation* di Parigi per un totale di oltre 200 ore nell'arco di circa due anni. L'apprendimento delle tecniche di mediazione si è svolto attraverso la partecipazione attiva e il coinvolgimento diretto in *role playing*, durante i quali si è prestata particolare attenzione allo sviluppo delle tecniche di ascolto e di intervento nella relazione fra persone in conflitto a seguito di un fatto-reato, lavorando sulla comunicazione, sulla facilitazione del dialogo fra le parti e sulle modalità di riparazione. La sperimentazione pratica si è alternata a momenti di approfondimento teorico che hanno permesso di addentrarsi nella difficile conoscenza della teoria della mediazione, mettendo a fuoco i temi più significativi ed i nodi problematici anche attraverso la valorizzazione dei diversi ruoli professionali e delle specifiche caratteristiche dei singoli appartenenti al gruppo. Si è potuto così creare un modello ispirato alla mediazione elaborata da Jacqueline Morineau ma arricchito dagli apporti culturali e di esperienza dei singoli. L'iter formativo è continuato *in itinere* anche dopo l'apertura dell'Ufficio, assumendo la valenza di supervisione dei casi e delle modalità operative, sia attraverso *stages* condotti da formatori esterni, sia attraverso periodici incontri tra i mediatori. Si è ritenuto infatti fondamentale sperimentare modelli formativi anche differenti, ed integrare il modello base con l'apprendimento di altre tecniche di mediazione in grado di fornire una conoscenza approfondita delle metodologie più accreditate in campo internazionale.

"I mediatori non sono giudici, e per questo non spetta loro giudicare e dare soluzioni. La mediazione è uno spazio altro rispetto al processo, un luogo dove poter comunicare, chiarire ed esprimere i propri sentimenti rispetto a quanto accaduto. Le uniche regole che vigono in mediazione sono quelle legate alla comunicazione, al rispetto della parola dell'altro, alla possibilità di poter esprimere in libertà il proprio vissuto e il proprio punto di vista".

Queste parole sono quelle abitualmente indirizzate dai mediatori alle parti all'inizio dell'incontro faccia a faccia; con questa formula *rituale* si apre la cosiddetta fase di *accoglienza* durante la quale si restituisce la parola alle parti affinché possano esporre una dopo l'altra la loro versione dei fatti senza *mai* essere interrotte. All'inizio dunque vi è la *narrazione* di quanto è accaduto. Per la prima volta il reo e la parte offesa hanno la possibilità di *ascoltarsi* e di ri-costruire, se lo ritengono importante, una versione condivisa dei fatti. I mediatori restano, in questa fase, in una posizione di ascolto.

Solo dopo l'esposizione delle parti, uno dei tre mediatori ⁽²³⁾ presenti in mediazione provvede ad una sintesi descrittiva di tutto ciò che queste hanno raccontato, senza esprimere giudizi e restituendo solo le emozioni emerse dal loro racconto. ⁽²⁴⁾

La condizione di partenza di una mediazione è contraddistinta dalla *distanza*. Il fatto-reato ha reciso ogni possibile interazione

(segue nota n. 22)

Per ciò che concerne la negoziazione, l'Ufficio per la Mediazione penale di Milano si è rivolto al Centro Tracce di Luce diretto dalla d.ssa Isabella Buzzi, mediatrice familiare con una lunga e consolidata esperienza scientifica e pratica in Italia e negli Stati Uniti con John Haynes. Tale percorso ha consentito di acquisire tecniche di negoziazione utili per intervenire al termine di una mediazione, agevolando le parti nella ricerca, nell'elaborazione e nella conclusione di un accordo duraturo e stabile.

Per quanto riguarda invece la mediazione con gruppi e i conflitti allargati ci si è rivolti al Centro per la Terapia della Famiglia del dott. Luigi Boscolo, il quale ha sviluppato negli anni un approccio sistemico-relazionale per la gestione dei conflitti familiari e sociali. Attraverso questa formazione, è stato possibile apprendere modalità per intervenire efficacemente nelle mediazioni di gruppo (gruppi di giovani, gruppi di adulti) e soprattutto per gestire gli effetti di quei conflitti estesi che non coinvolgono soltanto i protagonisti della vicenda penale ma anche le famiglie e i membri della comunità di appartenenza.

(23) Nel modello adottato a Milano l'incontro di mediazione si svolge alla presenza di 3 mediatori mentre i colloqui preliminari sono condotti da due mediatori.

(24) Per il tema delle tecniche di mediazione cfr. Morineau, 2000 e Brunelli, 1998 p. 273-280.

e rinforzato le rappresentazioni parziali che ciascuno opera nei confronti dell'altro.

In mediazione, comunque, non è la ricostruzione condivisa dei *fatti* l'elemento capace di interrompere la violenza, la sofferenza e il dolore espressi da entrambi i confliggenti.

L'attenzione è ora rivolta ai sentimenti che hanno accompagnato il gesto deviante, la nascita del conflitto e le sue rielaborazioni da parte del reo e della vittima.

E' incontrando e accogliendo la fonte di questi sentimenti, che creano vuoto, isolamento, solitudine e separazione che i mediatori possono condurre lentamente le parti a confrontarsi e a interrogarsi vicendevolmente su questo piano, e ad entrare così nel momento topico della mediazione, la *crisi*.⁽²⁵⁾

In questo senso, l'incontro di mediazione è inteso come il luogo dove *rappresentare* il conflitto nella sua *dimensione simbolica*, perché solo a questo livello le parti possono comprendersi e riconoscersi al di là del proprio ruolo di vittima e reo. In questa prospettiva, i mediatori cercano di "uscire" dal problema, di accantonare i nodi del conflitto e di provare a favorire la conoscenza tra le parti, rivolgendo domande sulla loro vita, sul lavoro, sui normali desideri o sulle aspettative di ognuno al fine di creare nuovi strumenti per la costruzione di un dialogo e nuove regole per definire il proprio rapporto reciproco. E' in questa fase che il mediatore utilizza le sue *tecniche* e mette all'opera i suoi strumenti.⁽²⁶⁾

Nella mediazione si cerca di raggiungere una diversa percezione dell'altro, non più *inquinata* da costruzioni mentali, e perciò tale da favorire il più possibile un contatto vero e diretto con la *persona*, oltre e al di là del ruolo di *confliggente*. Il mediatore è dunque il *facilitatore* di un percorso comunicativo spesso difficile e faticoso, catalizzatore di emozioni, attore di comportamenti direttivi o semplice osservatore, flessibile di fronte a quella molteplicità di situazioni che il conflitto pone. Egli lavora con il silenzio, deve saper dosare gli interventi e l'attenzione rivolta

(25) Cfr. Morienau, 2000, p. 68.

(26) Lo strumento maggiormente utilizzato nelle tecniche proposte da Jaqueline Morineau è quello dello "specchio". Attraverso tale tecnica il mediatore si pone in una dimensione empatica cercando di restituire alle parti le emozioni e i sentimenti che emergono dai loro racconti. In questo senso l'attenzione del mediatore è rivolta alla parte nascosta del conflitto, ai sentimenti non espressi. Attraverso lo "specchio" si può fare in modo che vengano riconosciuti ed espressi i sentimenti ed i vissuti più profondi legati al conflitto.

alle parti, trovare la giusta distanza per favorire il dialogo, e proprio per questa molteplicità di ruoli e funzioni lavora sempre in *équipe* e necessita di una lunga e costante formazione. ⁽²⁷⁾

4.5. La conclusione

La conclusione è la fase nella quale viene inviato all'autorità giudiziaria l'esito della mediazione. L'esito può essere positivo, negativo, incerto o - qualora non si sia raggiunto il consenso degli interessati a partecipare all'incontro - di mediazione non effettuata. La fase della conclusione, come del resto quella dell'invio, essendo una fase di "contatto" e comunicazione con la giustizia formale, rappresenta ancora uno dei momenti più discussi e delicati nel dibattito sullo sviluppo della mediazione penale in Italia.

Nel corso della sperimentazione, infatti, la definizione di modalità soddisfacenti di comunicazione dell'esito della mediazione ha rappresentato uno dei temi più discussi nei diversi incontri fra i mediatori, pubblici ministeri e giudici del Tribunale per i Minorenni.

Nella fase finale del percorso di mediazione si presentano due esigenze contrapposte: da un lato vi è quella dei mediatori di valutare e formalizzare in completa autonomia l'esito della mediazione, rispettando la confidenzialità preventivamente assicurata agli interessati e tutelando parallelamente il proprio "segreto professionale", dall'altro quella dei magistrati di ricevere un esito che, nel rispetto di tale confidenzialità, contenga informazioni

(27) Il tema della formazione alla mediazione è oggetto, in questi ultimi anni, di un acceso dibattito mirante a definire quale debba essere la concreta preparazione del mediatore. Fino ad oggi sono pochi i Paesi in Europa che hanno stilato un codice deontologico del mediatore. Lo statuto di tale figura professionale rimane dunque ancora poco definita, anche se recenti raccomandazioni del consiglio d'Europa (N° R(99)19, 15 settembre 1999) relative alla qualificazione della figura del mediatore in ambito penale indicano come essi debbano: a) essere reperiti in tutte le aree sociali e debbano possedere una buona conoscenza delle culture locali e comunitarie; b) essere in grado di dimostrare solide capacità di giudizio e abilità interpersonali necessarie alla mediazione; c) ricevere una formazione di base iniziale e ricevere un *training* nel servizio prima di intraprendere l'attività di mediazione. Il *training* dovrebbe avere come fine quello di favorire l'acquisizione di un alto livello di competenza che tenga presenti le capacità di risoluzione del conflitto, i requisiti specifici per lavorare con le vittime e gli autori di reato, nonché una conoscenza di base del sistema di giustizia penale. Per un migliore approfondimento cfr. Documento Pagine in Formazione Ministero della Giustizia, Scuola di formazione del personale della Giustizia Minorile, 2 settembre 1999.

sufficientemente approfondite così da motivare adeguatamente le proprie scelte processuali. E' nel rispetto di queste due comprensibili esigenze che giudici, P.M. e mediatori hanno consensualmente definito le modalità di formalizzazione dell'esito giungendo alla condivisione di alcuni criteri di valutazione relativi ai risultati ottenuti in mediazione. Ma quali sono i criteri che consentono di valutare una mediazione positivamente?

Una mediazione si può dire riuscita quando, complessivamente:

- a) vi è la chiara percezione da parte dei mediatori che le parti hanno avuto la possibilità di esprimere a fondo i propri sentimenti;
- b) vi è la chiara percezione da parte dei mediatori che le parti sono giunte ad una diversa visione l'una dell'altra, ad un riconoscimento reciproco e ad un rispetto della dignità dell'altro (non necessariamente ad una riappacificazione);
- c) vi è la chiara percezione del mediatore di un cambiamento fra le parti rispetto alle modalità di comunicazione;
- d) si sia raggiunta una riparazione simbolica e/o materiale.

Non si ritengono invece indicatori necessari per la valutazione positiva di una mediazione, il fatto che le parti siano giunte ad una ricostruzione condivisa dell'episodio e, nei casi a querela, che si sia verificata la remissione della stessa.

I suddetti indicatori si riferiscono dunque al "processo mediativo," a quanto cioè è accaduto in mediazione a prescindere dai contenuti, garantendo in questo modo la confidenzialità accordata alle parti. In definitiva si fa riferimento al cambiamento del clima, delle modalità comunicative, alla ricostruzione condivisa dei fatti, ma soprattutto ad un avvenuto *riconoscimento* ⁽²⁸⁾ e alle modalità con le quali si è raggiunta una riparazione simbolica.

Attualmente, dunque, i mediatori inviano al giudice una comunicazione sintetica dell'esito della mediazione, resa però comprensibile dalla segnalazione dei criteri sopra riferiti ed eventualmente corredata da un documento contenente "ulteriori informazioni," steso con il consenso e con la collaborazione attiva delle parti, documento in cui, a prescindere dai contenuti dell'incontro, vengono esplicitati i passaggi logici che hanno condotto a quella conclusione.

(28) Cfr. Ceretti, A. 2000 b.

Come si è accennato la *riparazione simbolica* rappresenta un indicatore imprescindibile per la formulazione di un esito positivo della mediazione, in quanto sancisce formalmente l'avvenuto *riconoscimento* fra autore e vittima del reato. Per riparazione simbolica intendiamo ogni gesto volto a ricostruire positivamente la relazione fra le parti e capace di testimoniare l'avvenuto cambiamento nel rapporto interpersonale tra i soggetti. La riparazione simbolica non può, in ogni caso, rappresentare una misura afflittiva. Senza pretendere che sia necessariamente proporzionato alla gravità del reato, il gesto riparativo deve essere equo, non deve in alcun modo rappresentare il risultato di una "legale vendetta" voluta discrezionalmente dalla parte offesa, ma deve testimoniare, quanto più possibile, l'esito dell'incontro tra le parti affinché possa anche essere oggetto di valutazione ai fini della decisione giudiziale. ⁽²⁹⁾

La riparazione simbolica è dunque, a nostro parere, parte stessa della mediazione ed è il momento nel quale l'autore di reato ha la possibilità di scusarsi con l'altra parte ma soprattutto di riscattarsi, di vedersi restituita un'immagine positiva, riparando laddove possibile, anche la comunità di appartenenza (svolgendo, per esempio, giornate di attività socialmente utili presso servizi sociali o culturali).

Diversa invece è la questione della *riparazione materiale*, che consiste sostanzialmente nel risarcimento monetario dei danni subiti. L'esperienza finora condotta ha dimostrato che nei casi in cui sono ipotizzabili richieste di risarcimento dei danni è possibile che la parte lesa agisca in mediazione "comprensibili" modalità ricattatorie, rendendosi ad esempio disponibile a ritirare la querela solo a patto che venga soddisfatta la richiesta di risarcimento. ⁽³⁰⁾ Per evitare che vengano inserite nel percorso mediativo pretese economiche, oltretutto escluse – come è noto – dalla filosofia del processo penale minorile, si è ritenuto opportuno affrontare le questioni di risarcimento del danno in un eventuale momento successivo alla mediazione. In questi casi, il mediatore svolge il ruolo di semplice accompagnatore e facilitatore, offrendo alle parti e ai rispettivi avvocati lo spazio della mediazione per lo svolgimento di un'attività di transazione, la quale viene realizzata – per ciò che riguarda i contenuti – dai legali delle parti.

(29) Bouchard, 1999, p. 209 1999.

(30) Brunelli, 2000, p. 80.

5. I primi risultati dell'attività di mediazione a Milano

L'Ufficio per la Mediazione di Milano ha ritenuto che, fin dall'inizio della sperimentazione, fosse fondamentale utilizzare risorse ed energie per *monitorare* e *valutare* le modalità e l'evoluzione delle azioni intraprese.

Si è ritenuto pertanto utile predisporre un sistema di monitoraggio e di valutazione che consentisse, da un lato, di raccogliere tutte le informazioni necessarie per avere, *in itinere*, un riscontro sul lavoro svolto ⁽³¹⁾ e, dall'altro, di valutazione dell'efficacia dell'intervento attraverso l'analisi della qualità del servizio così come viene percepita dai fruitori dello stesso.

Il sistema di monitoraggio dei dati, costruito a livello informatico, coerentemente con la documentazione cartacea dei fascicoli, si è rivelato particolarmente utile per raccogliere le informazioni sui casi e per quantificare il lavoro svolto. Le informazioni raccolte hanno infatti consentito di individuare e analizzare le situazioni conflittuali più frequenti, di monitorare i tempi di realizzazione delle mediazioni e di giungere complessivamente a considerazioni utili per riorientare gli interventi.

5.1. I casi inviati

Dall'inizio della sperimentazione fino al dicembre 2000, ⁽³²⁾ sono stati inviate all'Ufficio 120 mediazioni. I fascicoli hanno riguardato prevalentemente persone residenti nella provincia di Milano (64,1%) ma molti sono stati anche i casi provenienti dalle altre provincie del distretto di competenza del Tribunale per i Minorenni di Milano. Le persone coinvolte nei procedimenti finora inviati risultano essere 366. Gli autori di reato sono 207 e 159 le parti offese. Il rapporto numerico più frequente tra le parti è stato quello di uno a uno. Dai dati raccolti emerge immediatamente un primo dato interessante: in 79 casi sono state

(31) Tali dati riguarderanno essenzialmente: il sesso, la nazionalità, il Comune di provenienza, l'età, la scolarità, la professione, il tipo di reato, il concorso con minorenni o maggiorenni, la disponibilità all'incontro di mediazione, l'esito della misura, la riparazione materiale del danno il ritiro della querela e l'esito processuale.

(32) I dati in oggetto sono relativi al periodo maggio 1998 - dicembre 2000.

coinvolte due persone, ma in più di 40 casi la mediazione vede coinvolti più soggetti. ⁽³³⁾

5.2. L'autorità inviante

E' il Pubblico Ministero la principale autorità inviante dell'Ufficio per la mediazione (75% circa), anche se dall'inizio della sperimentazione si è registrato un aumento di invii da parte del Giudice dell'Udienza Preliminare (20,8%).

Il maggior numero di invii infatti è avvenuto finora da parte della Procura ai sensi degli artt. 9 D.P.R. 448/88 e 564 c.p.p., mentre soprattutto per i reati più gravi, l'invio è avvenuto da parte del Giudice dell'Udienza Preliminare ai sensi dell'art. 9. Da qui la conferma di come la mediazione sia utilizzata prevalentemente nella fase delle indagini preliminari, e comunque non oltre l'udienza preliminare. Ne deriva che la mediazione consente di ribadire l'opportunità dei criteri guida della *minima offensività del processo* sul minore e della *rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale* – entrambi promossi dalle regole sul processo penale minorile del 1988, ponendosi in piena sintonia con i recenti principi internazionali precedentemente citati.

Pur non avendo ancora elaborato i dati definitivi disponibili a riguardo, è possibile anticipare come molti casi siano stati inviati in mediazione dal Pubblico Ministero con la "prospettiva" di pervenire alla pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, ex art 27 D.P.R. 448/88. La sperimentazione ha confermato come tale strumento normativo, se opportunamente integrato da una attività di mediazione, possa garantire al minore la rapida fuoriuscita dal processo. ⁽³⁴⁾ La mediazione, intesa quale attività extra processuale in funzione di una sentenza di "irrilevanza del fatto" o di "perdono giudiziale", può contribuire inoltre a riempire di significato norme interpretate a volte in modo indulgenziale e poco "responsabilizzante".

Per quanto riguarda l'art. 28 che, come si è accennato, risulta attualmente l'unico riferimento legislativo che contempla

(33) Per reati compiuti da gruppi di adolescenti sono state realizzate infatti diverse mediazioni sul territorio con la partecipazione dei famigliari e di alcuni componenti della comunità locale. Il percorso mediativo ha assunto in tali circostanze la forma di una *Community/Family group Conferencing*.

(34) Mazzucato, 1999, p.156.

“la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato,” i dati evidenziano come la mediazione sia stata invece poco utilizzata. Pur introducendo il paradigma riparativo nel procedimento penale minorile, l’art. 28 infatti prevede la conciliazione-riparazione come parte di un progetto educativo con obiettivi diversi da quelli di un intervento puntuale come la mediazione. Non si esclude tuttavia che, in un’ottica di confronto e collaborazione con i servizi sociali dell’Amministrazione della Giustizia e degli Enti Locali, si possa in un immediato futuro incrementare l’utilizzo della mediazione nei procedimenti di messa alla prova.

5.3. Le caratteristiche delle parti

I dati disponibili evidenziano come per quanto concerne gli autori di reato l’Ufficio per la Mediazione stia lavorando nel 91,8% dei casi con un’utenza di sesso maschile; per quanto riguarda le parti offese, la percentuale diminuisce al 69,8%: le femmine rappresentano infatti il 30,2% delle vittime. Venendo all’età delle parti, il monitoraggio ha fatto registrare che:

- l’età degli autori di reato è compresa, per quasi il 48 % dei casi, tra i 15 e i 16 anni,
- l’età delle parti offese è, nel 47 % dei casi, rappresentata da persone di età compresa tra i 15 e i 19 anni; nel restante 53% dei casi registrati risultano ben rappresentate le vittime infraquattordicenni (15,2% del totale) e ultra cinquantenni (14,5% del totale).

Per quanto riguarda la nazionalità, ad oggi sono state realizzate mediazioni con autori di reato e vittime esclusivamente di cittadinanza italiana, ma in non pochi casi sono stati coinvolti rei e vittime immigrati di seconda generazione provenienti da Paesi extraeuropei. A tale proposito, e nella prospettiva di offrire questa opportunità anche a minori stranieri, l’Ufficio ha collaborato alla sensibilizzazione e formazione di mediatori linguistico-culturali per una eventuale ipotesi di affiancamento di questi ultimi ai mediatori penali.

I casi inviati fino a oggi inoltre, hanno riguardato reati consumati spesso in piccoli centri urbani nei quali il fatto di reato è risultato essere spesso l’esito di conflitti sociali più ampi di quelli portati da rei e vittime o dove l’illecito è risultato essere un momento interlocutorio di contrapposizioni che vedevano coinvolte le famiglie delle parti. Questo fenomeno produce ulteriore complessità: come ha sottolineato Brunelli “gli adulti introducono nelle mediazioni istanze personali autonome

rispetto a quelle dei figli, pretese di diversa natura che spostano l'asse della mediazione e pregiudicano eventuali equilibri raggiunti fra gli adolescenti".⁽³⁵⁾ Nel tentativo di rispondere a queste dinamiche, e convinti della necessità di coinvolgere tutti gli attori del conflitto, nella maggioranza di queste tipologie di casi, si sono svolti, parallelamente alle mediazioni tra i ragazzi, "incontri di mediazione" anche tra i genitori delle parti che hanno potuto in questo modo confrontare i propri punti di vista senza compromettere l'esito della mediazione tra i ragazzi.⁽³⁶⁾

5.4. Il lavoro svolto

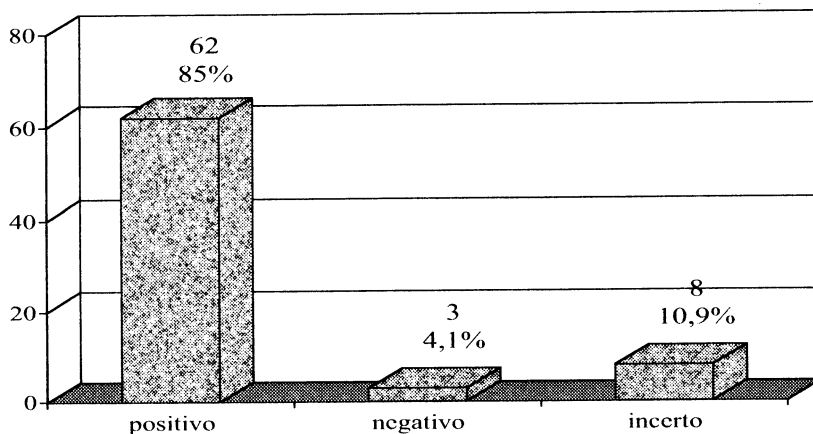
Dei 120 casi finora inviati, sono state portate a termine 73 mediazioni di cui 62 con esito positivo, 3 con esito negativo e 8 con esito incerto; 45 sono invece le mediazioni risultate non effettuabili e 2 quelle ancora attualmente in corso. Coerentemente con quanto rilevato nella prima fase della sperimentazione, si conferma la tendenza a raggiungere le condizioni di fattibilità della mediazione circa nel 62% dei casi, raggiungendo poi un risultato positivo nell'85 % delle mediazioni realizzate.

Esiti delle mediazioni	
Positivo	62
Negativo	3
Incerto	8
Mediazione non effettuata	45
Mediazione in corso	2
Totale casi inviati	120

Fonte: Ufficio per la Mediazione di Milano. Dati relativi al periodo maggio1998-novembre 2000

(35) Brunelli, 2000, p.79.

(36) Considerando le mediazioni che hanno visto la partecipazione di vittime minorenni si può infatti stimare di aver lavorato con circa 160 genitori delle parti offese e circa 350 genitori di autori di reato. La scelta di svolgere incontri di mediazione anche tra alcuni membri del nucleo familiare o della comunità locale, tiene conto dei risultati ottenuti in diversi Paesi ed in particolare dell'esperienza statunitense: un recente contributo dell'*International Institute for Restorative Practices* evidenzia infatti come le pratiche riparative che allargano a più soggetti il percorso di mediazione (*involvement hypothesis*), producano una maggiore soddisfazione delle parti lese, una maggiore percezione della correttezza del percorso mediativo da parte degli autori di reato e, soprattutto, un maggiore equilibrio nelle percezioni delle parti. Per un approfondimento cfr. McCold et al.2000.

Esito della mediazioni realizzate

Fonte: Ufficio per la Mediazione di Milano. Dati relativi al periodo maggio 1998-novembre 2000

Per quanto riguarda i colloqui preliminari all'attività di mediazione vera e propria, sono stati realizzati almeno 96 colloqui con la parte offesa e almeno 182 con gli autori di reato. I dati disponibili non rilevano il numero di colloqui preliminari realizzati con ogni persona coinvolta, ma occorre sottolineare come, in diverse mediazioni, sono stati svolti più colloqui prima di raggiungere il consenso e la disponibilità all'incontro con l'altra parte.

La disponibilità delle parti offese a partecipare alla mediazione è stata ottenuta nel 55,9% dei casi, mentre da parte degli autori di reato nel 91%. Il confronto con i dati rilevati nel 1999 evidenzia un leggero aumento della disponibilità delle parti offese a partecipare alle mediazioni, mentre rimane costante la disponibilità degli autori di reato. Pur aspirando a raggiungere una più alta percentuale di consenso alla mediazione da parte delle vittime, riteniamo importante salvaguardare il carattere *volontario* del procedimento limitando "le azioni persuasive" dei mediatori ai fini del raggiungimento del consenso.

5.5. I reati

Nel 1998, al momento dell'apertura, l'Ufficio – tenuto conto delle indicazioni dei magistrati del Tribunale e della Procura – ha inteso promuovere incontri di mediazione in relazione al compimento di reati che, se pur non necessariamente gravi,

Reati	I capo Imputazione	II capo Imputazione	III capo Imputazione	IV capo Imputazione	Totale
lesioni	54	6	3		63
rapina	17	3			20
minacce	5	11	4		20
ingiuria	4	9	3		16
furto	10	1			11
danneggiamento	8	2			10
estorsione	6	2		1	9
viol. privata		6		1	7
percosse	3	3			5
oltraggio p.u.	2				2
violenza sess.	2				2
rissa	1	1			2
molestie	1	1			2
tentato omicidio	1		1		2
molestie telef.		2			2
incendio	1				1
omicidio colp.	1				1
maltrat. animali	1				1
falsa testimon.	1				1
maltrat. famiglia	1				1
sequestro persona		1			1
porto ab. armi		2	1		3
violaz. domicilio		1			1
	120	51	12	2	185

potevano suscitare al tempo stesso un notevole allarme sociale, quali per esempio: furti, imbrattamenti, danneggiamenti, disturbi della quiete pubblica, ingiurie, oltraggi, minacce, risse, lesioni personali (sia quelle commesse ai danni di compagni di scuola, di amici, di condomini, ecc., sia quelle commesse a danno di sconosciuti), atti di violenza sessuale (con particolare riguardo a quelli "di minore gravità" e intercorsi tra soggetti che già si conoscono) rapine e reati con l'aggravante razziale.

A tre anni di distanza si conferma come la mediazione abbia manifestato tutta la sua utilità per queste fattispecie di reato, alle quali però se ne sono aggiunte anche di più

gravi, connotate da forte implicazione emotiva (per es. lesioni gravissime, violenza sessuale, incendio doloso, estorsione).

Il reato di lesioni (semplici e aggravate) si conferma comunque come quello che ricorre più frequentemente (54 casi), seguite dai reati di rapina (17), minacce (5), ingiuria (4), furto (10), danneggiamento (8) ed estorsione (6). Deve inoltre essere precisato che il reato di lesioni si accompagna in 25 casi ad altri capi di imputazione, e prevalentemente concorre con i reati di ingiuria, rapina e minaccia.

Quanto alle forme di manifestazione del reato risulta che su 120 casi, 67 riguardano un unico imputato, 39 riguardano reati compiuti in concorso con minorenni, mentre ben 14 riguardano reati perpetrati con soggetti maggiori di età.

6. La soddisfazione delle parti: alcune anticipazioni

Come si è accennato, per riuscire a raggiungere un riscontro completo sugli effetti del lavoro dell'Ufficio per la Mediazione è stato realizzato un progetto di ricerca volto a rilevare la soddisfazione dell'utenza. Sul modello di una ricerca realizzata nel 1997 presso l'Ufficio per la Mediazione di Torino,⁽³⁷⁾ l'Ufficio di Milano ha elaborato, sotto la supervisione del Centro di Giustizia Minorile, un questionario semi strutturato,⁽³⁸⁾ al fine di realizzare una valutazione dell'efficacia dell'intervento attraverso l'analisi della soddisfazione e della qualità percepita dai suoi fruitori. Attraverso questo strumento di indagine che, data la delicatezza delle situazioni affrontate e l'età dei minori, è stato somministrato direttamente alle parti con il consenso dei relativi genitori, si è inteso analizzare e *misurare* il livello di motivazione, le aspettative, la percezione degli obiettivi raggiunti e degli stati d'animo di un campione di utenti che hanno partecipato alle mediazioni.

In particolare si è inteso analizzare separatamente il vissuto e la soddisfazione delle parti offese e degli autori di reato per evidenziarne le caratteristiche comuni e gli elementi più frequenti, individuando gli aspetti critici e gli elementi di successo

(37) Di Ciò, 1998, pp.6 sgg.

(38) Il questionario è stato costruito dall'équipe di ricerca dell'Ufficio per la Mediazione coordinata da Francesco Di Ciò e composta da Carlo Riccardi, Stefania Vincenzi e Francesco Dettori. Fino a questo momento sono state realizzate circa 60 interviste in profondità nelle quali si è compilato il questionario con le parti.

della sperimentazione e fornendo così indicazioni utili alla riprogettazione dell'intervento e all'attività dell'équipe di mediatori. Questa metodologia, pur essendo purtroppo poco utilizzata in Italia nella valutazione dei servizi che operano in ambito penale (minorile e non) rappresenta, a nostro giudizio, un indicatore di qualità imprescindibile in un corretto percorso di valutazione di un servizio in fase di sperimentazione.

Volendo fornire alcune anticipazioni dei risultati finora ottenuti con i questionari di soddisfazione, ci si limita a fare osservare come si sia distribuito il giudizio delle parti circa l'utilità della mediazione penale relativamente ad alcuni aspetti quali per esempio:

- la soddisfazione del senso di giustizia,
- la comprensione da parte della vittima dei motivi a delinquere del reo e la possibilità di spiegare le ragioni per le quali si è sporta denuncia,
- la comprensione da parte dell'autore del reato di aspetti relativi al contesto e alla dinamica del reato e il raggiungimento di una versione condivisa dei fatti.

6.1. Il campione intervistato

A circa un mese di distanza dall'incontro di mediazione sono state contattate telefonicamente tutte le persone che hanno partecipato alle 73 mediazioni realizzate nel triennio di sperimentazione chiedendo loro la disponibilità ad un'intervista. In definitiva, rispettando la natura consensuale dell'incontro proposto, si è ottenuta la disponibilità all'intervista da parte di 67 persone (51 maschi e 16 femmine) di cui il 54% aveva partecipato ad una mediazione in qualità di parte offesa dal reato e il restante 46% in qualità di autore.

	<i>Autore del reato</i>	<i>%</i>	<i>Parte offesa</i>	<i>%</i>	<i>Totali</i>
Maschi	27	87.1%	24	66.7%	51
Femmine	4	12.9%	12	33.3%	16
Totali	31	100%	36	100%	67

Tabella: Il campione intervistato

Per quanto riguarda invece l'esito della mediazione alle quali gli intervistati hanno partecipato, dei 31 autori di reato 26 avevano partecipato ad una mediazione con esito positivo e 5 ad una mediazione con esito incerto, mentre nessun autore di reato delle 3 mediazioni terminate con esito negativo ha acconsentito all'intervista. Delle 36 parti offese intervistate invece, 32 avevano partecipato ad una mediazione con esito positivo e 4 ad un incontro terminato con esito incerto. Anche per quanto riguarda le parti offese non si è ottenuta la disponibilità di coloro che avevano partecipato a mediazioni con esito negativo. Considerando comunque che durante il triennio di sperimentazione sono state realizzate solo 3 mediazioni con esito negativo si ritiene che i risultati qui illustrati possano essere comunque significativi e rappresentativi della realtà incontrata.

Per ciò che concerne i capi di imputazione, ben 14 rei intervistati sono stati coinvolti in casi di lesioni, 7 di rapina, 4 di minacce, 2 di incendio e 4 rispettivamente in casi di furto, danneggiamento, estorsione e falsa testimonianza. Delle 36 parti offese intervistate invece, 13 erano state coinvolte in casi di lesioni, 8 erano state vittime di una rapina, 4 avevano subito un furto, 4 un'estorsione, 2 un danneggiamento, 2 il reato di percosse, una di oltraggio a pubblico ufficiale e un'ultima era stata vittima di violenza sessuale.

Per quanto riguarda infine l'età, sono stati intervistati autori di reato di età compresa tra i 14 e i 19 anni dove però il 48% è rappresentato da minori di età compresa tra i 15 e i 16 anni. Tra le parti offese, invece, il 61,9% aveva un'età compresa tra i 14 e i 19 anni, il 14,3% un'età compresa tra 20 e i 29 il restante 22,8% (8 persone) un'età compresa tra i 30 e i 60 anni circa.

Le caratteristiche del campione, dunque, sia per quanto riguarda il genere che per le tipologie di reato corrispondono alla realtà incontrata consentendoci di considerare questi risultati particolarmente significativi e rappresentativi.

6.2. Utilità della mediazione

La mediazione è stata giudicata un momento *molto* utile dal 45,6% delle parti offese intervistate e *abbastanza* utile dal 42,6%; per quanto riguarda gli autori di reato si registra invece un minore e forse comprensibile "entusiasmo" rispetto all'utilità della mediazione, considerando che solo il 26,4% degli intervistati giudica la mediazione *molto* utile, mentre circa il 60% la valuta solo *abbastanza* utile. Occorre comunque sottolineare che solo 4 autori di reato e 4 vittime, sulle 67 persone inter-

vistate, valutano negativamente la mediazione, rilevandone la scarsa utilità.

Una questione particolarmente delicata riguarda la capacità della mediazione di rispondere ad una domanda individuale di giustizia, ponendosi il movimento della giustizia riparativa come nuova modalità di intervento alla commissione di un reato. Anche per quanto riguarda l'utilità a "soddisfare il senso di giustizia", è differente se a rispondere sono le parti offese o gli autori di reato: questi ultimi si dichiarano meno convinti esprimendosi con il termine *molto* nel 26% dei casi e con il termine *abbastanza* nel 45% dei casi (70% in totale). Le parti offese, invece, sembrano essere più soddisfatte anche sotto questo profilo. Alla medesima domanda hanno risposto *molto* nel 45,6% dei casi e *abbastanza* nel 36% (81% in totale).

Relativamente alla domanda "quanto la mediazione influirà sul processo?" è interessante rilevare la sostanziale differenza di posizioni tra parti offese e autori di reato, che evidenzia il diverso coinvolgimento rispetto agli esiti processuali. Il 61% delle parti offese non sa rispondere a questa domanda, ma tra coloro che hanno risposto la maggioranza afferma che vi sarà un influenza della mediazione sull'esito processuale.

Gli autori di reato sembrano invece più decisi: solo 3 persone non fanno previsioni, mentre la maggioranza (59%) si esprime in termini positivi e i rimanenti in senso negativo (29%). Considerando l'alto numero di mediazioni positive che ha coinvolto i rei intervistati, la mediazione con esito positivo rappresenta, per più della metà degli autori di reato intervistati, una "speranza" che il giudice valuti positivamente tale esito.

6.3. La percezione degli obiettivi raggiunti

Ma cosa si è potuto ottenere attraverso la mediazione?

Nella percezione delle parti l'esperienza di mediazione ha condotto al raggiungimento di diversi obiettivi che, come vedremo, corrispondono nella maggioranza dei casi alle aspettative e alle motivazioni analizzate in precedenza.

La tabella qui sotto esposta chiarisce ad esempio i principali obiettivi ottenuti dalle parti offese intervistate: considerando solo le risposte con la modalità *molto* e dunque le espressioni "più decise" relativamente agli obiettivi ottenuti, i dati evidenziano come per le vittime la mediazione abbia consentito soprattutto di risolvere il conflitto faccia a faccia, di spiegare le ragioni che le hanno spinte a sporgere denuncia e ad assumere un ruolo attivo nella vicenda, *latu sensu*, processuale. In percentuale

minore invece la mediazione ha permesso di capire dinamiche che precedentemente non si erano comprese, di ricevere delle scuse e di togliersi delle paure.

La classificazione degli obiettivi raggiunti per la parte offesa	Casi	%
Risolvere il conflitto	20	55.6
Spiegare la denuncia	18	50
Incidere sul processo	17	47.2
Capire cose prima incomprese	11	30.6
Ricevere scuse	10	27.8
Togliersi delle paure	9	25
Capire perché il reo ha commesso il reato	9	25
Arrivare versione condivisa	9	25
Ottenere risarcimento	3	8.3

Tabella: Obiettivi raggiunti per la parte offesa

Se la precedente tabella fornisce una "classifica" degli obiettivi raggiunti dalle parti offese, da una disamina più analitica emergono aspetti non sempre lineari. Se ad esempio solo il 25% delle vittime ha dichiarato che attraverso l'incontro di mediazione ha potuto capire *molto* delle ragioni per cui il reo ha commesso il reato, la comprensione ai motivi a delinquere del reo sale al 47% per chi si è espresso con il termine *abbastanza*, portando il dato complessivo al 72% degli intervistati. Sette persone su 36 ritengono invece di non aver raggiunto questo obiettivo.

La mediazione sembra allora essere servita a quasi un terzo delle vittime per comprendere il *perché* del fatto reato, ma non per tutti con la stessa intensità: se il 69% che ha dichiarato come sia stata anche l'occasione per poter spiegare le ragioni per le quali si è sporta denuncia, il 50% di questi si è espresso il termine *molto* mentre il 19% solo con il termine *abbastanza*.

Contrastanti sembrano essere invece le risposte relative alla percezione di aver ricevuto scuse sincere: se per circa il 55,5% degli intervistati si sono ricevute *molto* (27,8%) e *abbastanza* scuse sincere, il 16% si esprime a riguardo in termini di *poco* e il 25% in termini di *per niente*.

Per la parte offesa la mediazione si conferma comunque un'occasione per dare un senso a quanto accaduto, e per spie-

gare concretamente le proprie ragioni e non necessariamente, o non per tutti, un luogo di riappacificazione.

Per quanto riguarda invece la percezione degli obiettivi raggiunti dagli autori di reato intervistati, è interessante notare come anche per questi ultimi la mediazione rappresenti un luogo dove poter comprendere di più le conseguenze della propria condotta deviante considerando che quasi l'80% degli intervistati (per il 42% molto e per il 38% abbastanza) dichiara infatti di aver potuto capire perché si è stati denunciati.

Più contrastanti, invece, i dati relativi alla possibilità di comprendere i motivi del proprio gesto considerando che se il 45% si esprime positivamente il restante 55% sostiene di non aver raggiunto questo scopo attraverso la mediazione.

Interessanti e relativamente coerenti invece con le risposte delle parti offese sono le risposte relative alla possibilità di "fare delle scuse sincere" e di lenire il "senso di colpa". Gli intervistati si dividono tra chi ritiene (58%) di aver potuto fare delle scuse sincere e chi no (42%), mentre per quanto riguarda la possibilità di "togliersi il senso di colpa" sembra che solo il 35% abbia ritenuto di aver raggiunto questo scopo.

Anche in questo caso, considerando solo le risposte relative alla modalità *molto*, la tabella qui sotto esposta fornisce una "classifica" dei principali obiettivi raggiunti dai rei: secondo quest'ultimi la mediazione ha consentito soprattutto di "risolvere il conflitto faccia a faccia", di capire aspetti oscuri o irrisolti della vicenda e di esplicitare i motivi della denuncia. In percentuale minore i rei ritengono che l'incontro di mediazione abbia dato la possibilità di incidere personalmente sull'esito del processo, ed abbia consentito di giungere ad una versione condivisa dei fatti.

La classificazione degli obiettivi raggiunti per l'autore di reato	Casi	%
Per risolvere il conflitto	15	48.4
Capire cose che prima non si erano comprese	14	45.2
Capire il perché della denuncia	13	41.9
Incidere sul processo	12	38.7
Arrivare versione condivisa	11	35.8
Togliersi delle paure	6	19.4
Il reato	6	19.4
Fare scuse	6	19.4
Togliersi senso di colpa	5	16.1

Tabella: I principali obiettivi raggiunti dai rei

I dati relativi alla percezione degli autori di reato e delle parti offese, rispetto al raggiungimento dei medesimi obiettivi, consentono di evidenziare differenze e aspetti comuni di grande interesse. La mediazione sembra essere soprattutto uno spazio o un'occasione dove poter "risolvere il conflitto faccia a faccia": circa l'83% delle parti lese ritiene di aver raggiunto questo scopo, e rispettivamente *molto* per il 55,5% degli intervistati e *abbastanza* per il 27% circa. Gli autori di reato si esprimono pressoché nello stesso modo sostenendo rispettivamente per il 48% e per il 35% di aver raggiunto *molto* e *abbastanza* questa finalità.

Per quanto riguarda invece la possibilità di comprendere lati oscuri o poco chiari della vicenda, il confronto tra le parti evidenzia come la mediazione contribuisca al raggiungimento di questo obiettivo per entrambe, ma in particolare per il reo (87%): sono infatti soprattutto i giovani autori di reato a sottolineare come l'incontro con l'altro sia stata un'occasione di comprensione e chiarimento. Rispetto alla possibilità di giungere ad una versione condivisa dei fatti, entrambe le parti ritengono in maggioranza di aver raggiunto questo obiettivo, anche se i rei in percentuale maggiore (35% *molto* e 38% *abbastanza*) rispetto alle parti lese (25% *molto* e 36% *abbastanza*).

Infine, i dati relativi alla possibilità di "togliersi delle paure" rispetto ai vissuti relativi al reato descrivono come questo non sia il risultato prioritario per tutte le persone intervistate: parti offese (55%) e autori di reato (51%) sostengono infatti in leggera maggioranza che la mediazione non ha contribuito a togliere delle paure, contro però un significativo 41% di autori di reato e un 44% di parti offese che sostiene di aver raggiunto questo importante risultato.

7. Osservazioni conclusive

Tutto quanto fin qui detto in tema di giustizia riparativa e di mediazione penale induce a stabilire alcuni punti fermi ma anche a evidenziare questioni ancora aperte:

- 1) dalla Raccomandazione N° R(99)19 del Consiglio d'Europa relativa alla mediazione in materia penale e dalla *Dichiarazione dei Principi Base per l'introduzione della Giustizia Riparativa in campo penale* delle Nazioni Unite (Vienna, aprile 2000) emerge come il paradigma riparativo, nel cui contesto la mediazione rappresenta lo strumento privilegiato, abbia ricevuto un adeguato riconoscimento. In particolare, nella

dichiarazione di Vienna viene espressamente incoraggiata l'introduzione generalizzata di politiche riparative a largo spettro.

2) Lo sviluppo delle diverse esperienze europee ⁽³⁹⁾ mostra la necessità di introdurre nella legislazione di ciascun Paese – come auspicato dai documenti sopra citati - linee guida e criteri di riferimento in armonia con i seguenti dichiarazioni di intenti:

a) i programmi di giustizia riparativa dovrebbero essere disponibili a tutti i livelli del processo penale (pre-processuale e processuale) ma anche nella fase esecutiva della pena;

b) alla giustizia riparativa e alla mediazione si dovrebbe ricorrere solo con il consenso libero e volontario delle parti;

c) tutte le parti dovrebbero ammettere i fatti fondamentali che concorrono a delineare il tipo e l'intensità del conflitto; è, questa una condizione imprescindibile per partecipare ad un percorso di mediazione riparazione;

d) la partecipazione ad una procedura riparativa e di mediazione non dovrebbe essere usata quale prova di ammissione e di colpevolezza in procedimenti penali successivi.

3) L'attuale fase avanzata di sviluppo dei programmi di giustizia riparativa e di mediazione che, all'estero più che in Italia, può dirsi avanzata, non esime dal confrontarsi con alcune questioni tuttora aperte e, in concreto riguardanti:

I) Le condizioni e le modalità per l'invio dei casi ai programmi di giustizia riparativa e di mediazione

II) L'incidenza e l'effettività dell'esito dei programmi di giustizia riparativa e di mediazione sul processo

III) I criteri di valutazione dell'esito dei casi trattati

IV) La qualificazione e la formazione dei mediatori

V) L'amministrazione e il finanziamento dei programmi di giustizia riparativa e di mediazione.

Ora, essendoci già soffermati sugli ultimi tre punti, vorremmo dedicare ancora qualche riflessione sui primi due, facendo riferimento principalmente a quanto l'esperienza milanese ha finora evidenziato.

Per ciò che riguarda le modalità e i criteri per l'invio dei casi di mediazione, riteniamo innanzitutto auspicabile che l'autorità

39 Cfr. Ceretti A., Di Ciò F., Mannozi G., 2001.

inviante mantenga, come del resto in parte già avviene, quale principale criterio informatore delle sue scelte la dimensione relazionale del fatto, e le possibili ricadute del reato sulle parti, in particolare sulla vittima e sulla comunità di appartenenza. I dati sulla soddisfazione delle parti mostrano infatti come la mediazione sia ritenuta, in particolare dalla parte lesa, un procedimento utile per comprendere le ragioni di quanto accaduto, per vedere soddisfatto il proprio "senso di giustizia", un'importante occasione di chiarimento capace di ridurre sia il senso di impotenza rispetto al reato subito, sia i sentimenti di timore rispetto alla possibilità di incorrere di nuovo in esperienze di vittimizzazione.

In relazione, infine, all'incidenza dell'esito della mediazione sul processo, riteniamo che una mediazione con esito positivo debba influire *positivamente* su di esso, pur non intaccando la discrezionalità del giudice nella scelta dello strumento sanzionatorio che eventualmente ritenga di applicare in vista della ottimizzazione delle esigenze educative del minore; al contrario, l'esito negativo o di mediazione non effettuata non deve produrre conseguenze sfavorevoli al reo, garantendo sempre al giudice la possibilità concreta di adottare provvedimenti non punitivi, quali il proscioglimento per irrilevanza del fatto, il perdono giudiziale o la sospensione del processo con messa alla prova, o comunque di applicare, in caso di condanna, misure non detentive.⁽⁴⁰⁾

In definitiva, gli esiti sostanzialmente positivi di questa esperienza di mediazione, incoraggiano a perseguire la via di una progressiva, ampia utilizzazione di politiche mediatriche e riparative, alla duplice condizione che vengano individuate linee guida razionali per quanto riguarda l'invio dei casi da parte dell'Autorità e che vengano formalizzate, nel rispetto delle garanzie di tutte le parti, le possibili ricadute della mediazione sul processo.

La sfida della mediazione rappresenterebbe, finalmente, l'occasione per restituire visibilità alle vittime e per introdurre un efficace correttivo all'impostazione processuale tradizionale - non abbandonata neppure con la riforma del processo penale minorile - che fa ruotare il teatro penale attorno ad uno solo dei protagonisti del conflitto: il reo.

40 Mazzucato, 1999, p.158.

BIBLIOGRAFIA

- ACERBI A., EUSEBI L. (a cura di) (1998), *La colpa e la pena. La teologia di fronte alla questione criminale*, Milano, Vita e Pensiero;
- BOUCHARD M. (1999), *Mediazione: diritto e processo penale*, in Ufficio Centrale Giustizia Minorile (a cura di): *La Mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive*, Milano, Franco Angeli;
- BRUNELLI F. (1998), *La tecnica di mediazione* in Picotti L. (a cura di): *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, CEDAM;
- BRUNELLI F. (2000), *La mediazione nel sistema penale minorile*, in Pisapia G.V. (a cura di): *Prassi e teoria della mediazione*, Padova, CEDAM;
- CERETTI A. (1997), *Progetto per un Ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, in Pisapia G.V., Antonucci D. (a cura di): *La sfida della mediazione*, Padova, CEDAM;
- CERETTI A. (2000a), *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia, Volume III, Criminologia*, Milano, Giuffrè;
- CERETTI A., Di Cio F., Mannozi G. (2001), *Giustizia riparativa e mediazione: esperienze e pratiche a confronto*, in Scaparro F. (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, parodie e pratiche di risoluzioni alternative alle controversie*, Milano, Guerini & Associati;
- CERETTI A. E MANNOZZI G. (2000), *Restorative Justice. Theoretical Aspects and Applied Models*, in *Contribution to the Tenth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, A/CONF.187/NGO.1, "Topic 4 on the provisional Agenda of the Tenth United Nations Congress": *Offenders and Victims: Accountability and Fairness in the Justice Process*, Vienna;
- DE LEO G. (1999), *Cultura, ruoli e metodi nella mediazione penale in ambito minorile* in Ufficio Centrale Giustizia Minorile (a cura di): *La Mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive*, Milano, Franco Angeli;
- DI CIÒ F. (1998), *Un modello "mite" di giustizia: la mediazione penale minorile*, in *Prospettive Sociali e Sanitarie* 4, XXVIII, 6;
- MAZZUCATO C. (1999), "L'esperienza dell'Ufficio per la Mediazione di Milano" in Ufficio Centrale Giustizia Minorile (a cura di): *La Mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive*, Milano, Franco Angeli;
- MC COLD P. E WACHTEL T. (2000), "Restorative Justice Theory Validation", *Fourth International Conference on Restorative Justice for Juveniles*, Tübingen, Germania, non pubblicato;
- MORINEAU J (1998), (trad. it. 2000): *Lo spirito della Mediazione*, Milano, Franco Angeli;
- RAWLS J. (1993), (trad. ital. 1994): *"Liberalismo politico"*, Milano, Edizioni di Comunità;
- RESTA E. (2001), *Giudicare, conciliare, mediare* in Scaparro F. (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, parodie e pratiche di risoluzioni alternative alle controversie*, Milano, Guerini & Associati.

RIASSUNTO

Gli autori descrivono i principali obiettivi, gli strumenti e le modalità operative della Restorative Justice e della mediazione penale che, come è noto, rappresenta lo strumento privilegiato con cui attuare principi e politiche di questo nuovo modello di giustizia. L'analisi di come la mediazione trovi concreta applicazione nel nostro attuale ordinamento precede l'illustrazione delle sue procedure operative e delle sue tecniche. Gli autori si soffermano infine con particolare riguardo sulle procedure e sui risultati dell'esperienza dell'Ufficio per la Mediazione di Milano, svolgendo alcune riflessioni sui dati relativi a una ricerca volta ad analizzare la soddisfazione di vittime e autori di reato.

SUMMARY

The authors describe the main purposes, the instruments, the tools of the Restorative Justice and of the Victim-Offender mediation which, as it is known, represents the preferred instrument by which it is possible to bring about principles and politics of this new pattern of justice. The analysis of how mediation is enforced in our present system comes before the illustration of the operative procedures and of their technics.

The authors particularly underline the procedures and the results of the Mediation Office in Milan, analysing the results of a research aimed to study the satisfaction of victims and authors crime.

RÉSUMÉ

Les auteurs décrivent les principaux objectifs, les instruments, les modalités opératives de la Restorative Justice et de la médiation pénale qui, comme on sait, représente l'instrument privilégié avec le quel on peut attuer les principes et les politiques de ce nouveau modèle de Justice. L'analyse des modalités avec les quelle la médiation trouve une concrète application dans notre système actuel précède l'illustration de ses procédures opératives et de ses techniques. Les auteurs enfin se arrêtent en particulier sur les résultats de l'expérience du Bureau pour la Mediation de Milan, avec des réflexions sur les éléments qui concernent une recherche qui va analyser la satisfaction des victimes et des mis en cause.

CONTRIBUTI SIGNIFICATIVI AL DIBATTITO SULLA GIUSTIZIA RIPARATIVA: PRESENTAZIONE

GILDA SCARDACCIONE *

Il Convegno sul tema *Quali prospettive per la mediazione? Riflessioni teoriche ed esperienze operative*, svoltosi a Roma il 20/21 Aprile 2001 e del quale alcuni contributi disponibili verranno pubblicati in questo numero, ha voluto riaprire il dibattito sulle possibili applicazioni di modalità alternative di intervento nei confronti del reo e della vittima all'interno del processo penale. Si vuole far riferimento a quei programmi che prevedono l'applicazione di attività riparative e riconciliative tra vittima ed autore di reato che hanno spazio ormai da un ventennio nell'amministrazione della giustizia penale in Gran Bretagna, in North America (Canada e Stati Uniti), in Australia e Nuova Zelanda e più recentemente anche in Europa e, ultima, l'Italia con sperimentazioni che interessano soprattutto la giustizia minorile e l'esecuzione della pena.

Gli scritti di G. De Leo e di E. Resta, scritti ricchi di contenuti e di spunti di riflessione, fanno da cornice ideale e qualificante al contributo di M. Wright, integrando il dibattito sulla giustizia riparativa e la mediazione con nuovi significati e riportandolo alla realtà italiana.

Ad introduzione dell'articolo di M. Wright, De Leo infatti ribadisce la diffusione negli ultimi 10 anni di una cultura della mediazione, anche se tale diffusione ha investito prevalentemente, se non esclusivamente, gli esperti e gli operatori della giustizia. Ma, nota giustamente De Leo, pur se lo sviluppo di una cultura della mediazione in Italia dovrebbe rappresentare il punto di partenza dell'operatività, lo sviluppo di sperimentazioni non ne può essere certo subordinato. Allo stato attuale risultano ancora poco diffusi i principi della giustizia riparativa in Italia, soprattutto nell'attenzione prestata alle vittime di reato, così

* Ricercatore Confermato - Dip. di Scienze Psichiatriche e Medicina Psicologica, Università di Roma "La Sapienza"

come sono necessarie maggiori garanzie scientifiche e professionali anche dal punto di vista della definizione di un codice deontologico del mediatore.

Lo scritto di M. Wright presenta con sistematicità i criteri definitori e i percorsi attuativi della giustizia riparativa, ma in una prospettiva critica che ne evidenzia i più significativi nodi problematici pur in una realtà, come quella anglosassone, dove i principi e i modi della giustizia riparativa sono ormai consolidati. Un punto che risulta essere particolarmente interessante investe, sia da un punto di vista definitorio sia applicativo, il rapporto tra riparazione e mediazione; ne consegue un quadro che lascia un ampio spazio alla riparazione come modalità di intervento prevalente e prioritaria rispetto a strategie che prevedono l'incontro diretto tra vittima ed autore del reato.

Gli anglosassoni inseriscono la mediazione all'interno della giustizia riparativa: spesso confondono la mediazione con la riparazione, il risarcimento del danno, la restituzione.

In altri paesi Europei, invece, la distinzione persiste tra la mediazione, intesa come una tecnica di risoluzione del conflitto che può avere, in aggiunta anche ad altri contesti, applicazione a comportamenti criminali e la riparazione e il risarcimento, che invece caratterizzano l'amministrazione della giustizia.

Gli scritti che seguiranno offrono lo spunto per discutere su alcuni temi essenziali che interessano la stessa amministrazione della giustizia penale, al fine di chiarire, sia dal punto di vista dei contenuti che dei programmi, significati e limiti della mediazione e della giustizia riparativa nel suo complesso.

E' confermata dai contributi pubblicati l'opportunità di non confondere la mediazione con la giustizia riparativa, pur attribuendo pari dignità ed efficacia ad entrambe all'interno dell'amministrazione della giustizia. Ed inoltre, pur se si privilegiano modalità riparative, queste non debbono venir ad assumere, in quanto prescrittive, una fisionomia sanzionatoria piuttosto che riparativa.

Ci va notare M. Wright che il legame indissolubile tra mediazione e riparazione può comportare una caratteristica di prescrittività che è insita inevitabilmente nella riparazione: in Gran Bretagna, come è stato recentemente previsto da una legge del 1998, la riparazione viene prescritta dal tribunale senza che il reo abbia avuto le possibilità di fare mediazione con la vittima e ancor più recentemente (2001) il *Community Service Order* è stato ridefinito come *Community Service Punishment Order*, accentuando pertanto la dimensione punitiva su quella riparativa.

Sembra evidenziarsi una tendenza a sviluppare all'interno della giustizia riparativa, almeno per quanto riguarda gli orientamenti del legislatore e la politica giudiziaria, una prevalenza di modalità riparative e risarcitorie rispetto alla mediazione. Ciò comporta un'indubbia prescrivibilità e il rischio di fare della riparazione una vera e propria sanzione alternativa. Ciò si determina tutte le volte che le modalità della riparazione non venga decisa dalle parti (vittima ed autore del reato), ma dal giudice stesso.

E' quello che si sta verificando nell'attività dei tribunali di Sorveglianza sul territorio nazionale ove alcuni magistrati richiedono ai servizi di inserire nell'affidamento un'attività riparativa: l'orientamento della magistratura di Sorveglianza è quello di riempire un contenitore vuoto, com'è quello dell'affidamento in prova al servizio sociale, di un effettivo contenuto risocializzativo.

Tale orientamento è certo più vicino alla *Restorative Justice*, piuttosto che alla mediazione e fa riferimento ad un paradigma che considera la riparazione come strumento di risocializzazione: piuttosto che la rivalutazione della vittima si realizza la risocializzazione del reo, pur nulla togliendo al valore pedagogico e sociale che la riparazione del danno comunque comporta. Da sempre, storicamente, la riparazione dei torti è stata considerata come uno strumento di recupero delle relazioni sociali e di riparazione del senso di sicurezza all'interno della comunità. E non va dimenticato che tale sicurezza si è maggiormente rafforzata nel momento in cui la riparazione è diventata prescrivibile.

Nota giustamente Pisapia (2000) che è nella natura stessa del c.7 dell'art. 47 l.374/75, il carattere di prescrivibilità della riparazione del danno alla vittima del reato: il contratto non è stipulato tra vittima e reo, ma tra il reo e lo stato, che accetta di rinunciare all'esecuzione della detenzione di fronte all'osservanza da parte del reo di obblighi e vincoli. Non si realizza quella che lo stesso M.Wright definisce come *Restorative Justice* in senso *democratico* avendo in mente la libera contrattazione delle parti al processo riparativo ed un ruolo di centralità della parte offesa nel processo.

Il paradigma è reato - attività riparativa - riabilitazione in funzione della risocializzazione del reo; *Nulla Quaestio*, comunque, sull'utilità, come si è detto, sociale della riparazione e sulla sua possibile maggiore efficacia dal punto di vista della politica criminale rispetto ad interventi di tipo sanzionatorio che prevedono esclusivamente l'affidamento.

Del resto possiamo affermare che la riparazione non è in contraddizione con la mediazione: ciò che ne cambia i significati e

contenuti sono i soggetti che stipulano il contratto e se sono cioè lo stato e il reo, o la vittima e il reo secondo un modello di giustizia da Wright stesso definito, come si è anticipato, "democratico".

Affinchè la prescrizione prevista dall'art.47 assuma un significato effettivamente riparativo "è necessario che l'intervento a favore della vittima non si risolva in un atto riparatorio tra privati - per esempio mero risarcimento del danno - ma acquisti la rilevanza di azione riparatoria collocata all'interno di una strategia che sia in grado di salvaguardare la finalità di difesa sociale dell'affidamento attraverso la riappropriazione della fase trattamentale (e quindi dell'uscita del reo dal circuito penitenziario) da parte della comunità tramite un suo rappresentante: la vittima; e che consenta, inoltre, di recuperare la dimensione relazionale del reato tramite una responsabilizzazione del reo nei confronti della vittima."(PISAPIA, 2000:198).

Il primo problema è pertanto chiarire il significato della stessa giustizia riparativa nel suo stesso significato semantico (M.Wright sostiene che il termine *restorative* può essere tradotto con più significati e cioè nel significato di *riparare* - *restituire* - ma anche *accordarsi* - *aggiustare*), significati che in sé definiscono il carattere intrinseco della giustizia riparativa, che, come si è detto, non può assumere una dimensione esclusivamente prescrittiva e risarcitoria, ma deve comunque prevedere il recupero delle richieste riparative della vittima in una prospettiva più ampia. Una prospettiva più ampia che possa non comprendere l'ambito esclusivamente giudiziario, ma anche quello sociale in quanto la riparazione, realizzata in una prospettiva più propriamente orientata verso la vittima, comporta un effetto allargato sulla riduzione della conflittualità sociale ed influenza pertanto la sicurezza sociale.

Nell'attribuire un significato più ampio e significativo da un punto di vista sociale alla mediazione e alla stessa giustizia riparativa si esprime lo stesso De Leo auspicando che, nell'operatività, vengano coinvolte anche organizzazioni non governative, che del resto per lo stesso M.Wright rappresentano il legame qualificante, nonostante le fisiologiche difficoltà nella gestione dei rapporti, con la comunità.

Oltre a chiarire i significati e gli spazi operativi della riparazione, secondo problema è stabilire i rapporti tra mediazione e riparazione; in tal senso si muove il contributo di Eligio Resta nel delineare la figura del mediatore come colui che non è l'"imparziale", "il terzo", ma è "equiprossimo" e che non esita pertanto a sporcarsi le mani nel confrontarsi con i conflitti,

anche se deve come mediatore assumere un ruolo non sbilanciato. In tal senso Resta mette in guardia contro la tentazione di fare del mediatore un giudice in miniatura con poteri ridotti; ma la giustizia riparativa interviene sui soggetti in carne e ossa, non solo sulle fattispecie giuridiche, implica l'attuazione del perdono che non può essere di competenza del giudice. Viene accentuato nell'intervento di Resta il carattere "autotrasformativo" della mediazione, come indicato da Wright, secondo un paradigma che impone di non parlare delle proprie colpe, ma delle proprie responsabilità, asserendo che sussiste responsabilità solo nel momento in cui dobbiamo rispondere a qualcuno.

Come fare la mediazione, come farla bene; da un recente scritto (BOSERUP, 2002) presentato in occasione dell'*International Nordic Forum for Mediation* (18-20 Gennaio 2002) si individuano più di un modello di mediazione sistemica - cognitiva - "trasformativa", con la previsione di metodologie operative che mettono l'accento a diversi livelli su ciò che le parti sentono rispetto a ciò che le parti pensano. Abbiamo detto che la riparazione occupa un settore strettamente giudiziario, mentre la mediazione coinvolge contesti di diversa natura, tutti i contesti cioè ove sorgono conflitti e pertanto in ambito sociale, comunitario e lavorativo. Lo stile "trasformativo" della mediazione predilige piuttosto l'interazione tra le parti piuttosto che la rapida risoluzione dei conflitti e predilige la comunicazione di sentimenti ed emozioni connessi all'evento che ha causato il conflitto, con l'obiettivo della realizzazione dell'effetto di *empowerment* su entrambi le parti. Lo stesso Wright, come si è detto, insiste sugli effetti "autotrasformativi" del percorso di mediazione; sia nei metodi che nelle finalità la giustizia riparativa e, soprattutto, la mediazione comportano il recupero della consapevolezza delle proprie capacità anche in relazione alle rispettive assunzioni di responsabilità. E' in tale direzione che si sviluppano i principi della mediazione "umanistica", come teorizzata da Umbreit, secondo un modello operativo che lascia ampio spazio a).

- a). alla comunicazione orizzontale tra le parti mediante incontri faccia a faccia, sebbene a seguito di incontri separati,
- b). ad un ruolo non direttivo da parte del mediatore, in quanto appunto inteso come ruolo finalizzato a facilitare il processo di dialogo e aiuto scambievole,
- c). alla libera adesione ad intraprendere il percorso di mediazione (UMBREIT, 2001).

Ma, afferma M. Wright, dall'analisi delle esperienze più recenti si individua un modello "autoritario" di mediazione, con un forte orientamento verso l'autore di reato: le vittime sono

contattate affrettatamente, si privilegia il processo e la riduzione del recidivismo.

Le vittime non sempre sono contattate dal mediatore, ma da organizzazioni pubbliche informate dalla polizia prima che la vittima abbia prestato il suo consenso. Il tribunale tende ad assumere un ruolo direttivo ed a decidere la riparazione lasciando poco spazio alla vittima. Il mediatore risulta essere troppo collaborativo nel decidere ciò che le vittime devono sapere sul processo e la mediazione risulta essere pertanto non separata dal processo di accordo sulla riparazione.

Tali affermazioni evidenziano le difficoltà che la mediazione incontra nella sua attuazione all'interno del sistema penale che è certamente più compatibile con la riparazione, che meglio si inserisce in un sistema che, anche nelle sue alternative penali, presenta caratteristiche che attribuiscono centralità al reo nell'accertarne la colpevolezza e nel promuovere il suo recupero sociale.

La giustizia riparativa e la mediazione in particolare ribaltano sotto molti aspetti i principi della giustizia retributiva e riabilitativa e pur senza voler essere una panacea introduce dei principi del tutto nuovi quali a). la rivalutazione della vittima nel processo nella sua esecuzione e nei suoi esiti, b). l'attribuzione al reo e alla vittima della capacità di contrattare gli esiti processuali, c). la creazione di una nuova figura professionale che è quella del mediatore, d). lo spostamento dell'interesse sul danno e sul conflitto piuttosto che sulla violazione della norma giuridica e). il maggiore impatto sui principi della sicurezza sociale e il coinvolgimento della comunità.

Cammino non scevro da nodi critici, e se ne è fatto cenno, che fanno sì che soprattutto la mediazione meglio si presti ad un contesto applicativo più allargato che non sia esclusivamente penale secondo un'ottica che è quella del conflitto, piuttosto che del reato; per citare nuovamente Eligio Resta la società genera conflitti, ma ha in sé anche i rimedi.

A dimostrazione di quanto detto circa le finalità e le difficoltà di "fare mediazione" nel corso del processo penale, dall'analisi degli studi di valutazione dei programmi applicati a livello internazionale (SCARDACCIONE, 2001) è significativo che soprattutto da parte delle vittime venga espresso un maggior livello di soddisfazione rispetto ad incontri faccia a faccia con l'autore del reato, cosa che dimostra come da parte delle vittime del reato sussistano bisogni che non corrispondono esclusivamente alla riparazione del danno.

Nonostante tale constatazione una recente ricerca effettuata dall'Home Office (2001) rileva una scarsa diffusione di programmi che prevedono incontri faccia a faccia e, peraltro, la stessa mediazione indiretta non sembra essere particolarmente diffusa.

I tempi della mediazione e l'incertezza dei risultati creano dubbi sulla diffusione soprattutto in relazione alle possibilità di risolvere più velocemente il maggior numero di casi.

Ma le vittime che hanno sperimentato la mediazione risultano soddisfatte soprattutto nella possibilità che hanno avuto di esprimersi, nelle scuse ricevute, ritengono che la mediazione possa aver avuto un buon effetto sugli autori; altre vittime sono scettiche rispetto alle buone intenzioni manifestate dagli autori e lamentano i tempi del processo. Rispetto al recidivismo non tutte le ricerche rilevano un' analoga caduta dei tassi di recidivismo: non è ancora dimostrato dalla ricerca internazionale quali siano i reali effetti della giustizia riparativa e della mediazione sulla riduzione del crimine, ma, in una prospettiva autoreferenziale, vengono piuttosto privilegiate le esigenze riparative della vittima e il recupero sociale del reo.

A dimostrazione di come la mediazione corrisponda ai bisogni soprattutto comunicativi delle parti offese di reato, lo studio effettuato sull'attività dell'Ufficio di mediazione di Milano rileva come per le parti offese la mediazione abbia rappresentato un luogo di chiarificazione scambievolmente con l'autore di reato e dove si possono risolvere i conflitti direttamente; per l'autore di reato viene indicata anche un maggior livello di consapevolezza circa la genesi dell'evento ed il perchè della denuncia (CERETTI, DI CIO, MANNOZZI, 2001). Tali risultati, che confermano in parte i risultati raggiunti dalle ricerche effettuate su esperienze straniere, vanno letti anche alla luce delle tipologie di reato più frequenti, che è quello di lesioni personali.

In conclusione riparazione e mediazione, pur con le dovute differenze, rappresentano aspetti speculari della giustizia riparativa e, pur se con procedure diverse, tendono entrambe a ripristinare il ruolo della vittima nel processo e a fornire al reo maggiori opportunità di reinserimento sociale; l'incontro faccia a faccia non esclude la possibilità di un esito riparativo purchè, come lo stesso Martin Wright ci avverte, siano le parti a definire le modalità e i contenuti dell'accordo. Lo stesso percorso di mediazione deve prevedere una maggiore libertà di gestione da parte di vittima e reo, al di là di rischi di prescrivibilità e autorità da parte delle istituzioni. La stessa riparazione che non comporti l'incontro con la vittima può rappresentare

un momento qualificante dell'esecuzione della pena e un'equa modalità di risoluzione di procedimenti penali relativi a reati minori: il processo penale ha le sue esigenze che sono quelle dell'economia processuale, nonché quella della riduzione della criminalità su cui non abbiamo a tutt'oggi alcuna possibilità di effettuare conclusioni. Ma, e questo è il senso di questi scritti, se si vuole effettivamente attuare autentiche alternative penali, va scagionato il rischio di inserire la riparazione esclusivamente all'interno del sistema delle sanzioni alternative, ma comunque sanzioni, per farne invece un agente di cambiamento sia rispetto alle relazioni umane che alla risoluzione della conflittualità sociale. E in tal senso, come si è visto, si esprimono gli autori dei seguenti contributi,

RIASSUNTO

Nel presentare i contributi di De Leo, Resta e Wright si vuole chiarire i possibili significati che assumono nell'amministrazione della giustizia la mediazione, la riparazione e il risarcimento spesso tra loro confusi. Viene messo in risalto il carattere prescrittivo che la riparazione sta venendo ad assumere mentre dovrebbe prevedere il recupero delle richieste riparative della vittima in una prospettiva più ampia che possa non comprendere l'ambito esclusivamente giudiziario, ma anche quello sociale.

SUMMARY

The papers of De Leo, Resta, Wright try to clarify the difference between mediation, reparation and restitution inside of the justice administration. In the law enforcement the reparation is beginning to be as a punishment by a sentence of the judge. In the contrary the reparation and the restorative justice should be an empowerment for the victim and should listen to victim's requests not only in a judicial, but also in a social perspective.

RÉSUMÉ

Les rapports de M. De Leo, M. Resta et M. Wright veulent éclaircir les possibles significations que, la médiation, la réparation et le dédommagement prennent dans l'administration de la justice, puisqu'on les confonds souvent l'un avec l'autre. On met en évidence le caractère de prescription que la réparation est en train de prendre, alors qu'elle devrait prévoir la satisfaction des requêtes de la victime dans une perspective plus vaste, qui puisse comprendre non seulement le domaine exclusivement judiciaire, mais aussi le domaine social.

TEMI E NODI DELLA MEDIAZIONE PENALE *

GAETANO DE LEO**

E' opportuno innanzitutto fare il punto sulla situazione della mediazione in Italia in tutti gli ambiti in cui essa si sta applicando, penale, familiare, sociale, scolastica, interculturale, al fine di comprenderne i livelli di attuazione, le difficoltà, gli ostacoli, le esigenze che ci sono, in modo da sensibilizzarci reciprocamente, non soltanto rispetto alla cultura della mediazione, ma anche rispetto ad esigenze pratiche nel promuoverla.

Sono circa dieci anni che la Mediazione penale in Italia ha incominciato a svolgere le prime sperimentazioni e si è cominciato, quindi, a discuterne, a diffondere una cultura della mediazione, a ragionare su di essa ed, in ambito penale, sulla giustizia riparativa, che ne rappresenta la cornice fondamentale.

Un primo punto da mettere in evidenza è che da dieci anni a questa parte, sicuramente, anche rispetto ad altri momenti in cui abbiamo fatto delle verifiche, la cultura della mediazione si è diffusa e si è allargata; ciò si è verificato però prevalentemente se non quasi esclusivamente nell'ambiente degli esperti e degli operatori della giustizia. Vi sono stati dibattiti anche critici da parte di magistrati e questo, a mio avviso, è un aspetto molto positivo perchè sono emerse perplessità, opinioni divergenti che credo siano salutari al dibattito e al progresso di questa cultura della mediazione. Il tema è stato inserito in moltissimi corsi di formazione che riguardano la giustizia, sia nell'ambito minorile che degli adulti.

Il Consiglio Superiore della Magistratura stesso ha mostrato segnali di interesse, in quanto sta inserendo questo tema nei percorsi formativi dei magistrati, almeno sotto il profilo culturale e teorico; va detto, però, che c'è ancora una scarsa diffusione della cultura della Mediazione nell'opinione pubblica, sicuramente la mediazione non fa notizia ancora, in nessun senso ed in nessun modo, non se ne parla quasi affatto.

* Contributo presentato nell'ambito del Convegno sul tema "*Quali prospettive per la mediazione? Riflessioni teoriche ed esperienze operative*", svoltosi a Roma il 20/21 Aprile 2001.

** Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

In alcune ricerche effettuate dalla cattedra di Psicologia Giuridica della Facoltà di Psicologia dell'Università di Roma "La Sapienza" anche sulle vittime di reato, si evidenzia che sotto il profilo della percezione da parte delle vittime e degli autori di reato la mediazione non è ancora considerata una prospettiva e un punto di riferimento importante: vi sono forti ambivalenze, anche se un'altra ricerca da noi effettuata all'interno del Tribunale per i minorenni ha evidenziato che le vittime hanno un notevole interesse nei confronti della Mediazione, lo esprimono in modo preciso, con una disponibilità, impreveduta dal nostro punto di vista, a confrontarsi con questo tipo di intervento. Mi verrebbe allora da dire che la cultura della Mediazione non può, nonostante sarebbe importante che lo fosse, essere considerata una premessa della mediazione; sarebbe bello che la cultura della mediazione rappresentasse nel nostro Paese una dimensione reale da cui partire per fare mediazione. Non è così; ma non possiamo aspettare che si sviluppi tale cultura per mettere in pratica sperimentazioni di mediazione. Bisogna puntare, come è avvenuto, credo anche altrove, sul fatto che le sperimentazioni e, parallelamente, una diffusione scientifica della cultura mediativa sviluppino anche una maggior cultura della mediazione fra gli esperti e nell'opinione pubblica, altrimenti saremmo paralizzati, poichè i dati che abbiamo non sono del tutto confortanti; sono sicuramente aumentati i progetti e le sperimentazioni specie nel settore minorile, grazie anche al fatto che il Dipartimento della Giustizia minorile ha inviato dei messaggi chiari in termini anche di normative interne, di circolari, con la conseguenza che quasi dappertutto si fa mediazione e vi sono delle regioni in cui vi sono centri di ricerca di grande interesse, a Torino, Trento, Venezia, Bari, Cagliari, Milano. Anche noi a Roma abbiamo fatto delle sperimentazioni, sono esperienze che contribuiscono a formare una fisionomia della mediazione stessa in ambito minorile.

Ma la mediazione oggi si fa dappertutto e qualche volta anche in modo poco regolato e poco attento sotto il profilo metodologico come forse è inevitabile che avvenga in una fase iniziale, ma tale fase comporta un'attenta valutazione della necessità di coordinamento e di proporre delle regole minime, altrimenti è possibile che qualche forma di mediazione non sia sufficientemente tutelante dei diritti degli utenti, delle persone che entrano nella mediazione.

Da studioso devo anche dire che le pubblicazioni scientifiche degli operatori sociali e giudiziari sulla mediazione penale sono in forte aumento, e che stanno acquisendo sempre più articolazione ed approfondimento, con una notevole esplicitazione di modelli

e di metodi, cosa che in precedenza avveniva molto di meno, in quanto si parlava di modelli teorici senza l'attuale tensione alla pratica, alle effettive verifiche, valutazioni e ricerche fatte sui progetti operativi. C'è inoltre un forte aumento dell'offerta e della domanda di formazione sulla mediazione e ciò implica un incremento di interesse nei giovani operatori, psicologi, pedagogisti, sociologi; d'altra parte però c'è il rischio che si crei uno squilibrio, che si formino un numero molto alto di mediatori che non troverà possibilità di inserirsi nelle istituzioni e nei servizi dove si fa mediazione; c'è ancora scarso mercato di mediazione, a parte la mediazione familiare, ma il rischio è creare un conflitto che poi vada ulteriormente "mediato".

Bisogna mettere in luce alcuni problemi, innanzitutto la mancanza di indicazioni normative minime, che facilitino e che consentano alla mediazione di realizzarsi, cosa che è stata messa in grande evidenza dal Consiglio d'Europa; oggi noi ancora non abbiamo delle norme, che non debbano essere necessariamente rigide e prescrittive, ma flessibili e che consentano la creazione di queste esperienze. Non basta ovviamente presentare delle intenzioni positive o una cultura vagamente orientata in tal senso, ma è molto importante crearne le condizioni minime affinché la mediazione emerga, si realizzi e si affermi. Così come va detto che la giustizia riparativa in Italia, seppure ben definita in ambito minorile, è ancora abbastanza marginale sotto il profilo delle prassi concrete e non possiamo certo dire che la giustizia riparativa sia oggi l'opzione prevalente nel nostro ordinamento giudiziario penale sia minorile, sia nel settore degli adulti. Ci sono norme che consentirebbero un orientamento in questa direzione, ma la messa in pratica di una giustizia riparativa è ancora debole, fragile e secondaria. D'altra parte, la vittima ha ancora un peso marginale nei processi penali, direi, ed è un paradosso, soprattutto nel processo penale minorile, centrato fortemente sul minorenni e molto di meno sulla vittima, che non ha quasi voce in capitolo; anche nel processo penale ordinario, la vittima è ancora ruolizzata in modo schematico, statico e questa è una preconditione importante ed un aspetto importante della mediazione stessa, tenendo presente che uno degli obiettivi principali di essa è quello di valorizzare il ruolo, la funzione attiva della vittima. Dal mio punto di vista anche le culture organizzative della giustizia penale non sono molto compatibili con una cultura della mediazione, a cui è concesso un debole spazio organizzativo. Ho già segnalato che c'è bisogno di maggiori garanzie scientifiche e professionali in Italia per realizzare la mediazione, non è ancora sufficiente quello che si fa. Le sperimentazioni prima citate hanno

sicuramente oggi prodotto molti lavori che rappresentano una base per queste garanzie scientifiche, perchè si esplicitano i modelli e le metodologie con relative verifiche e valutazioni, che precedentemente erano lasciate dietro le quinte: questo però non basta. E' necessario che ci siano delle regole minime per garantire i diritti della vittima, degli utenti, che vengano individuati degli standard professionali sufficientemente chiari, anche se non rigidi, di tipo pluralistico; devono essere indicate anche delle norme deontologiche del mediatore, che mancano in questa fase e che sono del tutto lasciate nell'implicito o fanno riferimento alle professioni che entrano in questo campo. Vi è oggi bisogno di una qualche forma di coordinamento tra chi fa mediazione e i responsabili istituzionali per la creazione di queste regole minime. E' necessario diffondere la Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 15 Settembre 1999, di cui non so quanti operatori o quanti magistrati ne sono a conoscenza e dove si sottolineano concetti importanti, che andrebbero diffusi. Si possono citare alcuni punti di carattere generale: la mediazione è un' opzione flessibile, globale, di *problem solving*, partecipativa, complementare o alternativa alle tradizionali procedure criminali, che tutela l'interesse legittimo delle vittime ed incrementa la consapevolezza dell'importante ruolo dell'individuo nella comunità per la prevenzione del crimine. Inoltre si esplicita in essa che la mediazione richiede delle specifiche competenze, che dà un contributo per coinvolgere anche le organizzazioni non governative oltre alle istituzioni; si sottolineano inoltre i diritti e le cautele per fare mediazione, si definisce la mediazione come una risoluzione di questioni che sorgono dal crimine attraverso l'aiuto di una terza persona imparziale che è il mediatore.

Il problema dell'imparzialità del mediatore anche nella giustizia non è ancora risolto, posto che in molte realtà magistrati ed operatori sociali coinvolti nella giustizia direttamente poi svolgono anche un ruolo importante nel campo della mediazione; su questo bisognerebbe riflettere. La Raccomandazione dice ancora che la mediazione dovrebbe essere utilizzabile e disponibile in ogni fase del processo penale, e che essa debba avere una sufficiente autonomia all'interno della giustizia criminale, ma questo comporta che vi siano delle basi legali che facilitino l'utilizzo della mediazione in ambito penale: ci dovrebbero essere, dunque, delle linee guida che definiscano l'uso della mediazione in ambito penale, così come dovrebbero esserci degli standard professionali ed operativi riconosciuti e affermati esplicitamente. Queste ed altre indicazioni nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa, che considero molto importanti, andrebbero discusse e diffuse attra-

verso strumenti all'interno della giustizia penale sia degli adulti che dei minorenni.

L'articolo di Martin Wright rappresenta un approfondimento dei temi che si sono trattati in linea generale, temi che verranno illustrati in relazione all'esperienza personale nei contesti in cui il Prof. Wright opera.

RIASSUNTO

L'intervento fa il punto sullo sviluppo della mediazione penale nella realtà della giustizia italiana, per minori e adulti. Vengono evidenziati disequilibri e carenze nell'attuazione di questa importante forma di giustizia riparativa, ma anche grandi potenzialità che si intravedono per questa tipologia di intervento che dal 1999 viene raccomandato dal Consiglio d'Europa e tutti gli Stati Membri, e che richiede la messa a punto di adeguate procedure normative e organizzative.

SUMMARY

This article defines the development of penal mediation, both for juveniles and adults, within the Italian justice system. Imbalance and lack in the implementation of this important form of reparative justice are highlighted, as well as big foreseen potentials of this typology of intervention which, since 1999, has been recommended by the Council of Europe and all the Member States, and which requires the restatement of appropriate normative and organizational procedures.

RÉSUMÉ

Cette intervention fait le point sur le développement de la médiation pénale dans la justice italienne, pour les mineurs et les adultes. L'auteur met en évidence des déséquilibres et des carences dans la réalisation de cette importante forme de justice réparatrice, ainsi que des grandes capacités qu'on entrevoit pour cette forme d'intervention qui, depuis 1999, est recommandée par le Conseil de l'Europe à tous les États membres, et qui demande la mise au point de procédures adéquates normative et organisationnelles.

IN CHE MODO LA GIUSTIZIA RIPARATIVA È RIPARATIVA? *

MARTIN WRIGHT **

Vi sono alcune cose che diamo per scontate:

- 1) che il crimine è un'offesa contro lo stato
- 2) che le persone che commettono un reato dovrebbero essere punite
- 3) che la punizione è un compito e monopolio dello stato
- 4) che le decisioni sul come trattare gli autori di reato devono essere eseguite da parte di amministratori della giustizia attraverso un procedimento legale formale.

Ciò che è incredibile della giustizia riparativa è che modifica tutte queste assunzioni: essa vede infatti il crimine non come un'offesa contro lo Stato ma come un danno alle persone e alle relazioni e, invece di punire gli autori di reato, si preoccupa di riparare al dolore inflitto dalla commissione del crimine. La vittima e l'autore del reato possono ricoprire un ruolo attivo, così come la comunità, che può sostenere la vittima e aiutare l'autore di reato ad attenersi agli accordi presi circa la riparazione del danno.

Nel sistema convenzionale, la vittima e l'autore del reato non sono in grado di raccontare per conto loro la storia di quello che è successo, ancora meno sono in grado di comunicare l'uno con l'altro. I possibili danni del sistema sono noti a tutti; tutto ciò è aggravato dal fatto che il sistema si focalizza sul proprio obiettivo – stabilire la colpevolezza o l'innocenza e decidere la sanzione – e non considera l'effetto del processo su coloro che sono coinvolti.

La giustizia riparativa, piuttosto che portar via il procedimento dagli stessi attori, offre la possibilità sia alla vittima che all'autore del reato di parlarne e decidere come gestirlo,

* Contributo presentato nell'ambito del Convegno sul tema "*Quali prospettive per la mediazione? Riflessioni teoriche ed esperienze operative*", svoltosi a Roma il 20/21 Aprile 2001.

** Visiting Research Fellow, School of Legal Studies, University of Sussex
Traduzione di Alessandra Bernardon, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, con la gentile collaborazione di Anna Boldry

attraverso la mediazione vittima/autore del reato, o una sua estensione nota come 'conferenza' (*conferencing*), ove vittima e autore del reato possono portare anche membri della loro famiglia. (Per lo scopo del seguente articolo, quando si farà riferimento a 'mediazione vittima/autore di reato' si intenderà anche altre forme come le conferenze. Non sarà invece utilizzato il termine 'mediazione penale' in quanto la mediazione viene vista come un processo riparativo, non punitivo).

Ci sono almeno cinque modi per fare ciò, ma è comunque prematuro dire che alcuni di questi sono 'meglio' o più 'riparativi' di altri; oltre a ciò, ci dovrebbe essere almeno la possibilità di scelta fra gli stessi partecipanti.

- ◆ Il primo livello, che dovrebbe essere utilizzato in tutti i casi, prevede il *contatto iniziale* con la vittima e l'autore del reato, ascoltarli, spiegare il processo ed offrire loro la possibilità di farne parte. In alcuni casi può non esserci alcun bisogno di andare oltre questo punto; l'autore del reato potrebbe inviare un messaggio alla vittima, che potrebbe accettarlo, ma potrebbe non voler prendere parte ad alcun incontro.
- ◆ Questo potrebbe richiedere che i mediatori realizzino più di un incontro con l'una e l'altra parte; si tratta della *mediazione indiretta* (*shuttle diplomacy*). Ricerche hanno dimostrato che questa modalità potrebbe implicare uno scarso livello di soddisfazione fra i partecipanti, ma essi hanno comunque la possibilità di optare per questa alternativa.
- ◆ In terzo luogo, esiste la *mediazione diretta vittima/autore di reato*, con un incontro 'faccia-a-faccia'. Ciò ha ottenuto esiti positivi, anche se dipende molto dalla competenza del mediatore nel condurre l'incontro, e soprattutto nell'utilizzare tecniche adeguate per controbilanciare ogni sbilanciamento esistente fra le due parti. A volte entrambe le parti possono essere accompagnate da membri della famiglia o da sostenitori, così che si viene a creare una distinzione fra la mediazione vittima/autore del reato e:
- ◆ *conferenze*. Sono state utilizzate per la prima volta in Nuova Zelanda e sono state chiamate '*family group conferences*' (conferenze di gruppi di famiglie). Basate sull'esperienza tradizionale dei Maori, si riuniscono la famiglia allargata dell'autore del reato (minorenne) e altre persone significative della sua vita, con l'idea di individuare strategie per tenerlo fuori dai guai. Anche la vittima farà parte di questo incontro, se vuole, portando a sua volta dei sostenitori. Questo può comportare dei rischi: l'autore del reato potrebbe sentirsi intimidito da

una stanza piena di adulti, o la vittima non potrebbe essere intimidita dalla presenza dei familiari dell'autore del reato? A un certo punto del procedimento viene concesso al reo e alla sua famiglia di trascorrere del "tempo in privato", senza la presenza di rappresentanti ufficiali o della vittima; questo non potrebbe implicare che la vittima si senta esclusa?

Un'altra versione è conosciuta come '*community conference*' (conferenza della comunità) quando il tipo di reato ha comportato un forte impatto per la comunità. Ciò solleva un problema diverso: nel caso in cui la famiglia dell'autore del reato riferisce problemi solo in parte legati al reato compiuto, gli estranei dovrebbero essere presenti mentre loro cercano di risolverli?

- ◆ Infine vi sono i '*sentencing circles*', sviluppati sulla base di diverse tradizioni indigene nel Nord del Canada. In questi casi sono presenti alcuni personaggi significativi della comunità – come per esempio consulenti per problemi legati all'alcol dipendenza, un rappresentante della camera di commercio, vicini di casa e amici – ma anche il giudice, il pubblico ministero, e l'avvocato difensore. Questo significa che il '*circle*' ha la stessa autorità del Tribunale e il giudice si esime dall'esercizio del suo potere per imporre le sentenze, anche quelle di tipo punitivo, in aggiunta a qualsiasi misura sia di tipo riparativo, sia riabilitativo che il '*circolo*' intende adottare. Anche questa modalità può comportare degli svantaggi; bisogna per esempio assicurarsi che un rappresentante della famiglia o del gruppo non domini il '*circolo*'. Riunire un ampio numero di persone richiede tempo, a volte costi per il viaggio, cosicché alla fine questo metodo viene di solito riservato per i reati più gravi. Tuttavia, alcuni osservatori (p.es., BRAITHWAITE AND STRANG, 2000; MORRIS AND YOUNG, 2000) sono propensi alle 'conferenze' e ai 'circoli' rispetto alla mediazione solo con la vittima e l'autore del reato, perché è più facile che se qualcuno tenta di prendere il sopravvento, allora qualcun altro può prenderne le difese, e che un gruppo più ampio sia maggiormente in grado di trovare delle soluzioni costruttive, e se necessario renderle attuabili – per esempio l'autore del reato potrebbe andare a vivere con loro.

Cosa accade nel concreto? 'Un'immagine vale 1000 parole', così adesso descriverò un caso in cui sono stati utilizzati i principi della giustizia riparativa.

Un ragazzo di 13 anni è stato arrestato per violenza: egli ha dato un calcio di karatè al 'signor Robertson', un uomo disabile

che soffriva di cuore. Il signor Robertson conosceva 'Dan', il ragazzo in questione, che aveva preso in giro sua figlia, anche lei di 13 anni, diffondendo la voce che faceva sesso con suo padre. Il signor Robertson gli aveva parlato di questa cosa, dicendogli che era pericoloso mettere in giro queste dicerie; dopo qualche giorno, si sono incontrati per strada e Dan l'ha colpito al petto.

Il signor Robertson, Dan e la madre di Dan erano disposti a prendere parte alla mediazione. Il mediatore ha spiegato che la madre di Dan era presente per via della giovane età del figlio, ma che Dan stesso si sarebbe dovuto occupare di parlare di quanto era successo. Dan ha detto di essersi soltanto limitato a ripetere una voce che aveva sentito da altri e che lui e i suoi amici avevano sniffato la colla. Il signor Robertson gli ha spiegato che sarebbe stato un trauma gravissimo per lui e la sua famiglia se i Servizi Sociali avessero dato credito a tale diceria.

Dan ha ammesso di non averci pensato e di essere stato molto preoccupato per il signor Robertson, perché aveva un nonno e uno zio che erano entrambi morti di infarto.

Il signor Robertson ha detto che Dan è stato molto coraggioso a partecipare all'incontro e a parlare di quello che era successo; gli è sembrato fondamentalmente 'un ragazzo a posto' e che dovrebbe bussare a casa sua ogni volta che gli viene voglia di sniffare la colla. Dan ha detto di essere stato molto impaurito dall'incontro, ma che adesso era felice che tutto fosse finito e anche felice di averlo fatto; era sorpreso che il signor Robertson fosse così comprensivo e non arrabbiato.

Dan è stato ammonito, e si è poi saputo che quando gli è stato chiesto dai suoi amici di andare a sniffare la colla, lui ha risposto che si era organizzato per andare da un'altra parte, e si era recato a far visita al signor Robertson. (MARSHALL AND MERRY, 1990: 55-7)

Quindi, in sostanza, che cosa accomuna tutte queste procedure? Quale principio teorico sta alla base? Anche se non si può parlare della giustizia riparativa come di una teoria sistematica, c'è accordo tra i fautori della giustizia riparativa nel ritenere di che cosa si tratti:

La giustizia riparativa tenta di bilanciare i bisogni della vittima e della comunità con l'esigenza di reinserire l'autore del reato nella società. Si pone come obiettivo quello di assistere la vittima nel suo percorso di recupero e di consentire a tutte le parti coinvolte nel caso di assumere un ruolo fattivo. (RJC, 1999)

Prima di procedere analizziamo per un attimo l'aspetto linguistico semantico. La parola "giustizia", deriva dal latino *ius*, legge, e non dovrebbe essere utilizzata come sinonimo di 'punizione' (come spesso si sottintende quando si sentono frasi quali 'dovrebbe essere assicurato alla giustizia'); in un contesto riparativo, l'attenzione va focalizzata meno sulla parola 'legge' e più su una società ben ordinata e pacifica, descritta dal termine ebraico *shalom* (ZEHR, 1995).

In inglese il termine *restorative* (riparativo) significa riparare qualcosa che è stato danneggiato, riportandolo alla sua condizione precedente. In italiano il termine 'riparativo' di per sé non esiste, ma esiste 'riparazione del torto o dell'offesa' e 'riparazione di danno' in termini anche di risarcimento. 'Riparare' si associa all'idea di 'rimediare a un'offesa o gaffe', o anche 'aggiustare' o 'proteggere'. 'Aggiustarsi', a sua volta, può significare 'accordarsi'. Il termine inglese *to restore* in italiano può anche significare 'restituire' o 'ripristinare'. Una singola parola, come un seme, è già diventata un albero: e tutte queste sono idee utili da tenere a mente quando facciamo riferimento alla giustizia riparativa.

Analizzeremo adesso otto diversi aspetti della giustizia riparativa, otto rami dell'albero, fra cui i partecipanti, il processo, le salvaguardie e, infine, l'utilizzo dell'esperienza per ridurre il rischio che venga nuovamente fatto del male.

PARTECIPANTI

1. La giustizia riparativa tenta di aiutare la vittima, la persona che ha subito il danno, a stare meglio.
2. La giustizia riparativa ritiene l'autore del reato responsabile per l'azione commessa e gli dà la possibilità di fare qualcosa per riparare al danno e di essere riaccettato dalla società.
3. Quando si parla di giustizia riparativa si fa anche riferimento alla comunità.

PROCESSO

4. Tutti coloro che sono direttamente coinvolti nel processo vengono rafforzati perché sta a loro stabilire l'esito, purché sia riparativo; in tal senso la vittima e l'autore del reato avranno bisogno di assistenza.
5. Quando l'esito prevede la riparazione, questa può assumere varie forme, come per esempio la riparazione alla vittima, il lavoro per la comunità, o la collaborazione con un programma di riabilitazione.

SALVAGUARDIE

6. Il tribunale continua a gestire quei casi che non sono adatti per la mediazione o altre forme di giustizia comunitaria (*conferencing*). In un sistema ideale di giustizia riparativa esso ha anche il ruolo di supervisione del processo.

7. Come ogni altro sistema, anche quello riparativo richiede delle regole per le prassi e l'amministrazione, e quindi anche per la formazione.

PREVENZIONE

8. Infine, riduzione del crimine: le informazioni relative alle cause che provocano il crimine emergeranno dalla mediazione e dalle 'conferenze'; e dovrebbero essere passate a quelle agenzie il cui lavoro può contribuire alla riduzione del crimine, mediante l'impiego di politiche di intervento.

Livelli di 'riparazione'

Vari autori hanno indicato come la possibilità di riparare non sia una caratteristica 'tutto o niente'. E' possibile parlare in termini di giustizia riparativa 'unilaterale', 'autoritaria' o 'democratica'. E' di tipo 'unilaterale' quando si basa sulla possibilità di curare o aiutare la vittima o l'autore di reato, per esempio attraverso l'assistenza alle vittime o la riabilitazione dell'autore del reato, ma senza alcuna connessione fra i due interventi. E' di tipo 'autoritario', quando sussiste una forma di 'dialogo' fra vittima e autore del reato, ma l'attenzione è rivolta principalmente alla riparazione, e, anche se si chiede alla vittima il suo consenso, l'autore del reato può non essere d'accordo e la decisione viene presa dal tribunale.

La giustizia 'democratica' non pone l'accento soltanto sul dialogo fra vittima e autore, offre loro l'opportunità di elaborare quale forma di riparazione sia più opportuna, ma coinvolge vari membri della comunità in momenti diversi (WRIGHT, 2000).

Un altro tipo di approccio pone l'enfasi sul livello di coinvolgimento delle parti. McCold and Wachtel (2000) fanno un elenco dei principali soggetti e agenzie coinvolte nel processo, grossolanamente suddivise in rivolte alla vittima, all'autore del reato, alla comunità. Questi servizi che utilizzano una sola di queste parti, come quelli a cui abbiamo già fatto riferimento, sono 'parzialmente riparativi' e si trovano a un primo livello. Fra

questi vi sono i servizi per le vittime, il risarcimento da parte dello stato, i programmi di sensibilizzazione per la vittima, e l'attività socialmente utile o il coinvolgimento comunitario con uno qualsiasi di questi sistemi.

Se sono coinvolti due di questi servizi, il sistema può essere identificato in 'prevalentemente' riparativo, come nel caso della mediazione vittima/autore del reato e il sostegno da parte della comunità sia per la vittima che per l'autore del reato. I servizi 'completamente riparativi' coinvolgono tutti e tre gli aspetti, come nel caso delle '*community conferencing*' e le '*family group conferencing*'. Quando si parla di 'comunità' si fa principalmente riferimento alla comunità che si prende cura degli altri: la famiglia e altre persone che possono offrire un sostegno alla vittima o all'autore. Questa possibilità non le copre tutte. La mediazione vittima/autore del reato, per esempio, può coinvolgere la comunità anche in un senso più allargato, inteso come persone che vivono nel quartiere, volontari che sono stati formati per essere mediatori nel caso in cui il servizio è fornito da parte di un'organizzazione indipendente, che impiega anche membri della comunità oltre che professionisti.

McCold e Wachtel affermano che il miglior test per valutare le qualità di un programma riparativo sono il livello di soddisfazione della vittima, e il senso di giustizia percepito da parte dell'autore di reato. Questi studiosi individuano che il metodo delle conferenze (*conferencing*) produce le risposte migliori a questi criteri, seguiti dai metodi individuati come 'prevalentemente riparativi' e infine quelli non riparativi.

Van Ness e Schiff (2001) elencano una serie di fattori che essi suggeriscono dovrebbero essere presenti nei programmi della giustizia riparativa. Essi propongono che i programmi dovrebbero far riferimento non alla quantità di fattori presenti, ma al livello generale di soddisfazione. Secondo gli autori è ovviamente possibile pensare che si possa raggiungere livelli di soddisfazione se sono assenti alcuni di questi fattori. Essi raggruppano questi fattori in quattro gruppi: il primo è l'incontro, un incontro o più incontri, solitamente faccia-a faccia ove ciascuna parte racconta la storia dal proprio punto di vista, esprimendo emozioni, forse comprendendo un po' di più l'altra parte e a volte raggiungendo un accordo. Il secondo è la riparazione che per gli autori dovrebbe essere corrispettiva alla gravità del reato commesso. Altri autori hanno detto invece che la riparazione dovrebbe essere determinata da parte della vittima e

dell'autore del reato sulla base di quello che loro stabiliscono essere appropriato. In terzo luogo, la reintegrazione di entrambe le parti nella comunità, creando (o riparando) le relazioni, basate sul rispetto reciproco e la condivisione dei valori e, in quarto luogo, entrambe le parti dovrebbero essere in grado di scegliere in maniera volontaria se essere coinvolte completamente nel processo riparativo.

* * *

Adesso analizzeremo in maggior dettaglio gli otto aspetti della giustizia riparativa. In ciascun caso si farà riferimento a quelli che sono i problemi con l'attuale sistema processuale penale, seguito dall'analisi di alcune caratteristiche proprie della giustizia riparativa e da considerazioni sulla capacità 'riparativa' di alcune procedure particolari. La maggior parte degli esempi è tratta dall'esperienza inglese; il lettore può far riferimento e confronti con la procedura corrente e con le prospettive future in Italia.

Partecipanti

1. LA VITTIMA

Nel sistema penale inglese, le vittime non ricoprono un ruolo particolare all'interno della giustizia se non quello di testimoni, anche se recentemente sono state intraprese iniziative per tenerle maggiormente informate su quello che riguarda il processo e nel trattarle in modo migliore quando presenziano a un processo. Anche in Italia esse sono spesso considerate come 'semplici elementi di prova', anche se in altre giurisdizioni europee esse hanno il diritto di costituirsi parte civile per la richiesta di risarcimento danni, (come avviene anche in Italia nei casi di procedimenti presso i tribunali ordinari per imputati maggiorenni). (BALDRY *ET AL.*, 1998: 377)

Le persone che hanno subito un reato presentano bisogni differenti, che il sistema della giustizia convenzionale sta solo adesso cominciando a prendere in considerazione: informazioni sul processo, riconoscimento del torto subito, interventi volti alla riparazione del danno, e la messa a punto di un processo che non comporti un danno maggiore.

La giustizia riparativa ha inizio con l'aiutare la vittima, che è stata danneggiata da un crimine, a riprendersi. Talvolta viene utilizzata la parola 'guarire' o l'espressione 'aggiustare le cose'. In alcuni casi non si può proprio parlare di una riparazione completa: quando per esempio è stato rubato qualcosa che aveva un grosso valore affettivo, o quando è stato provocato un danno fisico permanente. Questo articolo farà riferimento principalmente ad autore di reato e vittima intesi individualmente; ma potremmo trovarci anche in presenza di gruppi di vittime, 'persone giuridiche', come nel caso di negozi o banche. Se una banca viene rapinata, la banca viene intesa come 'vittima', ma le vere vittime sono gli impiegati che si sono trovati davanti i rapinatori. Ci possono essere anche gruppi di autori di reato, come nel caso delle grosse compagnie che causano inquinamento o trascurano la salute o la sicurezza dei propri lavoratori. Stabilire se il loro comportamento è criminale dipende principalmente da quello che prevede la legge del paese di riferimento. Anche nel caso che venga inteso come un reato, in alcuni casi la legge penale potrebbe non essere il modo migliore per garantire un livello di soddisfazione per le persone che hanno subito un danno o quelle che sono state private di qualcosa, e per garantire un miglioramento del comportamento della compagnia (BRAITHWAITE, 1989).

Un aspetto essenziale del principio della giustizia riparativa è che aiuta la vittima, non si tratta semplicemente di un nuovo sistema per gli autori di reato. Questo implica che i principi della giustizia riparativa non andrebbero utilizzati esclusivamente con gli autori di reato minorenni, perché si tratta di un vantaggio della vittima a prescindere dalla data di nascita del reo. Ci sono state tuttavia delle motivazioni sia pratiche che politiche per cui i principi della giustizia riparativa sono stati introdotti *in primo luogo* per gli autori di reato minorenni. Per quanto riguarda la relazione vittima/autore del reato, vi sono tre possibilità: che l'autore del reato non venga catturato; che l'autore del reato e la vittima si conoscevano già precedentemente, che il reato sia stato commesso da uno sconosciuto che viene catturato.

In primo luogo, una caratteristica principale legata alla giustizia riparativa è quella di dare alla vittima e all'autore di reato la possibilità di comunicare, ma come vedremo, nella maggior parte dei casi questo non è possibile perché l'autore di reato non viene catturato. In questi casi si dovrebbe fornire

alla vittima qualche forma di assistenza da parte della comunità (attraverso servizi come quelli forniti in Gran Bretagna da 'Victim Support') e là dove richiesto anche un intervento di tipo professionale. Un'altra possibilità è quella di organizzare dei gruppi ove le vittime possono incontrare altri autori di reato che hanno commesso reati simili nei confronti di altre vittime. Questo può servire loro per avere delle risposte ad almeno alcune delle domande.

In secondo luogo, comunque, nella gran parte dei casi di reati gravi, soprattutto quelli di violenza, il tasso di coloro che sono identificati è più alto, se non altro perché nella maggior parte dei casi si tratta di reati che avvengono fra persone che si conoscevano già precedentemente. In questi casi la mediazione può offrire la possibilità di comporre il dissidio e mantenere la relazione, se questo corrisponde a ciò che vogliono le parti. Qualora esistesse un servizio di mediazione comunitaria nella zona, il caso potrebbe essere gestito da tale servizio *invece che* dalla polizia o dal Tribunale. Esiste una teoria secondo la quale tutto ciò che può essere classificato come reato, dovrebbe esserlo; ma tutti sappiamo che se così fosse, l'intero sistema crollerebbe.

In terzo luogo, nel caso di un crimine ove sia stato identificato l'autore non precedentemente conosciuto dalla vittima, la giustizia riparativa offre la possibilità alla vittima e all'autore del reato di incontrarsi. Tuttavia se questo non verrà fatto nel migliore dei modi, non verranno espletate le potenzialità del sistema. Tre esempi possono esemplificare questa situazione. L'obiettivo, il focus generale del sistema, la persona che prende i contatti con le vittime e il modo in cui sono contattate.

In Inghilterra, uno dei problemi principali, secondo il Crime and Disorder Act 1998 (Legge su Crimine e Disordine del 1998) è che l'obiettivo primario di questo documento non è quello di aiutare la vittima bensì quello di prevenire la reiterazione del reato, focalizzandosi quindi sull'autore del reato. Inoltre, il governo ha promesso che dimezzerà il tempo necessario a condurre in tribunale i giovani delinquenti recidivi; il risultato è stato che molte vittime sono state contattate in modo affrettato o non sono state contattate affatto, poiché i tempi sono dettati dai programmi del tribunale e non dal fatto che la vittima si sia sufficientemente ristabilita per prendere in considerazione la mediazione.

I dettagli procedurali possono essere importanti; per esempio, chi stabilisce il contatto? La prima agenzia ufficiale per contattare la vittima è solitamente la polizia; ma in Inghilterra esiste una legge sulla Protezione Dati, finalizzata a proteggere la privacy, e ciò è stato inteso in modo che la polizia non deve indicare il nome e l'indirizzo della vittima ad altre agenzie, a meno che non sia la vittima a volerlo. È quindi la polizia che deve chiedere alla vittima se desidera sapere di più sulla mediazione. In alcuni distretti la polizia è stata formata per spiegare, o preferibilmente per dire che un mediatore sarebbe la persona migliore per farlo, e sono stati riferiti tassi di consenso da parte della vittima fino all'87%; ma in altri luoghi il consenso alla mediazione è stato bassissimo, il che suggerisce che è necessario un modo migliore per stabilire il contatto.

Quanto viene spiegato il processo? Questo andrebbe fatto sulla base dell'analisi di ciò che desidera la vittima, non di ciò che il mediatore ritiene che la vittima vuole; e dovrebbe evitare di creare aspettative. Ci sono due motivi comuni per desiderare di fare la mediazione: a beneficio delle vittime, per consentire loro di fare domande, di dire al delinquente cosa provano, e così via; e a beneficio del reo, quando la vittima come cittadino responsabile vuole concedere del tempo nella speranza di aiutare a cambiare gli atteggiamenti del reo e di trovare modi migliori di realizzare le sue potenzialità nella vita (che andranno anche a beneficio della comunità). In ogni caso la vittima non dovrebbe essere incoraggiata a sperare in troppo, e dovrebbe comprendere per esempio che il delinquente potrebbe addirittura non presentare le proprie scuse in modo soddisfacente: è peggio avere speranze disattese che non averne affatto e, a volte, 'rivittimizzano' la vittima.

Un'idea basilare è che il reato ha portato via una parte di autodeterminazione della vittima. Il sistema processuale penale non aiuta perché ignora le vittime, o le usa come strumento per garantire una condanna. La giustizia riparativa dovrebbe aiutarle a riacquistare la propria autonomia. Questo dipende, comunque, dal modo in cui è applicata. In Inghilterra, ai sensi della Legge su Crimine e Disordine del 1998, il tribunale può emettere un ordine di riparazione, che può includere la riparazione, e anche la mediazione vittima/autore del reato; ma la mediazione non è vista come separata dal processo di accordo sulla riparazione. È vero che la vittima deve essere consultata, ma questo avviene

in una fase precedente all'opportunità di incontro tra la vittima e il reo, e quindi non restituisce alle parti il potere di decidere ciò che vogliono. Ogni paese che tiene conto della legislazione farebbe bene a consultarsi attentamente con chi ha studiato o praticato la giustizia riparativa, per evitare tale tipo di errore.

2. IL DELINQUENTE

Per quanto riguarda il reo, nel processo convenzionale, in Inghilterra almeno, l'accusato può dover soltanto confermare il suo nome e il suo indirizzo e dichiararsi o meno colpevole; tutto il resto è detto a suo nome dal suo avvocato. Gli avvocati difensori normalmente ritengono che il loro compito sia quello di ridurre al minimo la pena del proprio cliente. Questo può essere fatto assicurando l'assoluzione, se necessario sfruttando le salvaguardie di natura procedurale contro la pena ingiusta; o, se la condanna non può essere evitata, sminuendo il crimine e la colpevolezza del delinquente. Ciò è inutile per la vittima, la cui necessità è di sentire che la gravità del reato è riconosciuta; e concentra i pensieri dell'autore del reato sul danno che la pena gli recherà, non sul danno che egli ha arrecato alla vittima.

Se c'è un'espressione di scuse, anch'essa è presentata dall'avvocato, e si pone nel contesto della richiesta di riduzione della pena, sminuendo la credibilità. In Inghilterra, la Legge su Crimine e Disordine del 1998 è insufficiente, perché al reo viene *ordinato* di riparare, senza alcuna opportunità di farlo prima volontariamente, ancor meno di discutere con la vittima la forma che dovrebbe assumere la riparazione. La sequenza di eventi non incoraggia il processo riparativo: un funzionario chiede alla vittima circa la riparazione *prima* che sia offerta l'opportunità di una mediazione vittima/reo.

La giustizia riparativa, al contrario, considera il reo responsabile del danno da lui causato. Essere 'responsabile', in inglese così come in italiano, significa sia essere responsabile (*to be responsible*), sia 'dover rispondere' o 'rendere conto' (*to have to respond or give an account*). Che effetto ha sul reo la giustizia riparativa? È un paradosso: da alcuni punti di vista essa potrebbe essere vista come 'più mite' della pena, ma affrontare la vittima può essere molto più duro. Il punto non è 'più mite' o 'più severo': la giustizia riparativa offre maggiore comprensione. La legge afferma il *fatto* che il reato è proibito; la giustizia riparativa mostra *come* e *perché* danneggiare un'altra persona

è sbagliato. L'atto è condannato, ma l'attore non è umiliato, in modo tale che la sua auto-stima non è ulteriormente danneggiata e il suo reinserimento nella società è meno difficile. In una simile atmosfera è più probabile che egli si assumerà la responsabilità della sua azione, mentre la minaccia della punizione lo incoraggia a cercare di sottrarsi alla propria responsabilità sfruttando le salvaguardie di natura procedurale che sono state introdotte per proteggere l'accusato contro una condanna ingiusta. In alcuni luoghi i metodi seguiti sotto il nome di giustizia riparativa contengono forti elementi di pena che sono stati descritti come giustizia riparativa 'autoritaria' piuttosto che 'democratica' (WRIGHT, 2000), ed essi probabilmente conducono agli stessi effetti collaterali dannosi della pena.

3. COINVOLGERE LA COMUNITÀ

Visto che la giustizia riparativa mira a risanare la comunità e gli individui direttamente implicati in un crimine, spesso è descritta come comunitaria, e può coinvolgere membri della comunità a tutti i livelli: individui, quali datori di lavoro e persone locatrici, incluse le 'persone giuridiche'; 'le comunità affettive' di vittime e autori di reato, le loro famiglie, i loro amici ed altri la cui opinione è per loro importante; le persone che vivono nel posto; e le Organizzazioni Non Governative. Tutti possono offrire aiuto e supporto in vari modi, sia alle vittime, sia ai rei. In un altro senso 'comunità' significa governo locale e nazionale, al quale gli individui pagano le tasse per pagare (tra l'altro) la fornitura di servizi.

Nell'ambito della giustizia riparativa, il coinvolgimento della comunità può essere predisposto a livello organizzativo: piuttosto che tenere l'intero procedimento nelle mani delle agenzie statutarie, l'organizzazione di mediazione e *conferencing* può essere affidata ad organizzazioni volontarie (ONG). In secondo luogo, gli individui possono essere formati per fare i mediatori, o come volontari, o come lo stesso tipo di persone 'comuni' che diventano volontari, ma viene loro pagato un compenso per ogni caso preso in carico. Un'altra possibilità è che un professionista e un volontario lavorino insieme. In alcuni paesi, tra i quali il Regno Unito, il compito di contattare le vittime per offrire supporto è in gran parte svolto da volontari.

Infine, la comunità a tutti i livelli svolge un ruolo importante sia rendendo possibile che il delinquente ripari, sia attraverso

gli sforzi degli individui (datori di lavoro, persone locatrici) nell'offerta di lavoro e di alloggio; le associazioni e i gruppi religiosi nell'offerta di supporto alla persona nonostante il suo passato; le ONG e le agenzie statutarie per iniziative come l'offerta di servizi riabilitativi quali le Alternative ai Progetti di Violenza, i programmi di trattamento per i tossicodipendenti, e le opportunità di attività riparative dirette alle persone, quali l'accompagnare nei negozi i disabili sulle loro sedie a rotelle, insegnare ai bambini disabili a cavalcare.

Il sistema di giustizia penale non si basa prevalentemente sui volontari. In Inghilterra, la più grande categoria di volontari è formata dai magistrati che presiedono le preture. In alcuni paesi, quali la Polonia, esistono *probation officer* volontari; e in tutto il mondo molti sforzi umanitari volontari, che potrebbero essere meglio utilizzati, sono rivolti a mitigare gli effetti dannosi delle misure penali imposte dallo stato stesso, mediante organizzazioni per l'assistenza ai detenuti, agli ex detenuti e alle loro famiglie.

Anche se il lavoro della comunità è attraente, deve chiaramente esserci un coinvolgimento delle agenzie statutarie, e vale la pena guardare l'esperimento della Legge su Crimine e Disordine del 1998, che ha creato le "*Youth Offending Teams*", mettendo insieme le agenzie di autorità locali; non solo quelle come Polizia e *Probation* che hanno qualche esperienza di lavoro in comune, ma anche Istruzione e Sanità, che sono relative al 'bullismo' (che a volte equivale ad aggressione o rapina), alla tossicodipendenza e all'igiene mentale. Non è stato affatto facile costruire queste nuove squadre (HOLDAWAY, et al. 2001), ma generalmente si ritiene che siano state una valida innovazione.

Quelli che credono nel massimo coinvolgimento della comunità raccomanderebbero che sia fatto il più possibile dalle ONG, e le ONG stesse dovrebbero utilizzare volontari formati come parte del processo di guarigione e rafforzamento della comunità.

Processo

4. CONFERIRE POTERE ALLE PARTI

La giustizia penale, come abbiamo visto, toglie il controllo alle parti che sono direttamente interessate. Essa stabilisce che ci siano certi risultati (condanna o assoluzione, sentenza);

il processo per raggiungerli è molto formale, e tiene conto della propria correttezza, non dell'effetto sulle parti. La giustizia riparativa invita le parti a trattare la questione esse stesse, e nel caso in cui non vogliono, o non possono, accordarsi, il tribunale, a nome dello stato, come vedremo, resta disponibile. Riconosce, inoltre, che il *processo* ha valore di per sé, e può avere effetto sulle parti anche se non è raggiunto un accordo tangibile. Può far questo in due modi: attraverso la trasformazione, rafforzando la capacità di ogni individuo di trattare la propria situazione, e il riconoscimento dell'altro, sviluppando l'empatia di ogni individuo (BUSH AND FOLGER, 1994). Entrambi sono stati mostrati nella storia del caso riassunta in precedenza.

Ma se il potere è stato naturalmente consegnato alle parti, abbiamo "noi" (lo stato) il diritto di dire quale dovrebbe essere il risultato? Se lo facciamo, riprendiamo immediatamente una parte del potere che abbiamo conferito loro. La riconciliazione, o un accordo sulla riparazione, possono sembrare auspicabili a noi, ma è quello che vogliono le parti stesse? Un presupposto della giustizia riparativa è che, diversamente dal sistema di giustizia penale, essa riconosce il valore del processo e anche il risultato. Quindi si ritiene che una discussione che non riesce a far raggiungere un accordo, ma porta le parti a comprendersi meglio, è più soddisfacente di una discussione in cui i mediatori spingono le parti ad un accordo che esse non accettano completamente. Si verificano casi in cui la vittima accetta l'accordo in base al quale il delinquente non risarcisce il valore di un articolo rubato ma offre, per esempio, un regalo in segno di scuse, o svolge del lavoro per un'organizzazione caritatevole quale la Croce Rossa, o coopera con il programma rieducativo che gli permetterà di star lontano dai guai.

Questo pone delle domande, che non possono essere trattate qui in dettaglio, ma saranno brevemente indicate alcune risposte come base per ulteriori discussioni:

- Le vittime dovrebbero essere in grado di richiedere la pena come parte dell'accordo? – No, perché non hanno né l'autorità, né la formazione per farlo, e la pena è dannosa, non riparativa.
- Dovrebbero poter richiedere la privazione della libertà, non come punizione ma per la protezione del cittadino contro il rischio concreto che il delinquente commetta altri reati? – No,

per lo stesso motivo. Visto che non è una punizione non è 'non riparativa', ma ogni decisione simile dovrebbe essere presa dal tribunale.

- Se il delinquente sembra aver bisogno di trattamento o formazione, e questo non è incluso nell'accordo, il tribunale dovrebbe imporlo? – Questo fa parte, da molto tempo, del dibattito sulla rieducazione. C'è motivo di dire che è giustificato (a) ammesso che non sia sproporzionato alla gravità del reato (che è d'altra parte una valutazione discrezionale), e (b) in casi quali la tossicodipendenza, in cui l'individuo non ha il controllo totale delle proprie azioni. In Inghilterra i nuovi *Drug Testing and Treatment Orders* operano in base a questo principio. La giustizia riparativa non riabilita solo la vittima: spesso anche il delinquente ha bisogno di supporto.

5. RIPARAZIONE

Nella legislazione inglese, gli ordini di risarcimento (pagamenti pecuniari) e gli ordini di riparazione (lavoro per le vittime o per la comunità) sono visti quasi come una pena, perché sono ordinati dai tribunali, e infatti il precedente 'ordine di lavoro per la comunità' (*community service order*) è stato rinominato, dal 1 aprile 2001, 'ordine di punizione nella comunità' (*community punishment order*) – un chiaro cambiamento di rotta dagli ideali riparativi. Si potrebbe sostenere che la prassi è diventata punitiva, e che l'attribuire un nuovo nome ha semplicemente ridotto il livello di ipocrisia; ma al contrario, abbandonare il nome più idealistico rende più difficile, in futuro, tornare all'idealismo del concetto originale. La durata di un ordine di riparazione deve essere commisurata alla gravità del reato piuttosto che ad un accordo tra la vittima e il delinquente. Ma se è accettato che ai partecipanti dovrebbe essere data *carte blanche*, nei limiti, per utilizzare la comunicazione nel modo che ritengono più opportuno, non possiamo più presumere che ci sarà un esito tangibile denominato 'riparazione'. La partecipazione del delinquente al processo può essere essa stessa la riparazione. Ma se viene concordata la riparazione, per completare il processo, essa può assumere varie forme. Può essere fatta direttamente alla vittima: le scuse, il risarcimento in denaro, un regalo, o alcune ore di lavoro (quest'ultimo è più probabile nel caso di un gruppo di vittime – 'persona giuridica'). Alcune vittime non vogliono nulla per sé stesse ma preferiscono il lavoro svolto per la comunità; in Germania, il pagamento di una somma di denaro per una causa caritatevole è una possibilità. Infine, molte vittime voglio-

no sentire che un delinquente è sincero quando dice che intende star lontano dai guai, e saranno rassicurate se egli prenderà parte ad un programma rieducativo adatto.

Ancora una volta, il modo in cui questo è realizzato può fare la differenza su quanto è riparativo. È meno riparativo se viene posta l'enfasi su quanto è difficile per il delinquente trovarsi faccia a faccia con la vittima, sulla somma di denaro pagato o il numero di ore di lavoro svolto; lo è di più se c'è dialogo e negoziazione. Se il lavoro non è qualificato, non implica contatti con i beneficiari dello stesso, e specialmente se è svolto in un luogo pubblico, non è semplicemente meno riparativo ma si avvicina all'essere una punizione travestita da riparazione.

Il principio informatore della legislazione inglese raccomanda che il lavoro dovrebbe essere, se possibile, collegato al reato; c'è un motivo per questo, ma bisognerebbe tenere a mente che il lavoro sgradevole di per sé non trova posto nella giustizia riparativa: la considerazione più importante è che molti delinquenti non hanno autostima, e l'obiettivo prioritario dovrebbe essere quello di fare in modo che essi completino un compito in modo soddisfacente e che sappiano che i beneficiari hanno apprezzato il loro contributo.

Salvaguardie

6. TRIBUNALI

Il processo riparativo dovrebbe, tuttavia, salvaguardare i diritti del delinquente quanto il processo convenzionale. La mediazione non dovrebbe aver luogo a meno che il delinquente non ammetta i *fatti* presunti; se li nega, gli stessi dovrebbero essere provati in tribunale. Non è necessario, comunque, che egli ammetta la *colpevolezza* legale, in modo tale che se il processo di mediazione non può continuare o non ha successo per qualche motivo, egli mantiene il diritto di optare per un processo in tribunale in ogni momento e di dichiararsi "Non Colpevole". Un'ulteriore salvaguardia è richiesta a causa del coinvolgimento della vittima, o piuttosto il suo diritto di scegliere se essere coinvolta oppure no. Supponiamo che un delinquente ammetta l'atto e voglia fare ammenda, ma la vittima non voglia partecipare; il delinquente dovrebbe comunque poter riparare attraverso qualche forma di servizio per la

comunità. Questo, come vedremo, pone anche l'obbligo alla comunità di fornire lavoro idoneo.

Tutti i delinquenti hanno diritti, e la giustizia riparativa mira a far loro affrontare le proprie responsabilità; inoltre, molti hanno anche dei bisogni, che devono essere considerati se il reo dovrà essere reinserito nella comunità. La giustizia riparativa non mira direttamente a impedire al soggetto di commettere altri crimini; cerca di ottenere questo persuadendo e permettendo piuttosto che minacciando una punizione. In base alla giustizia riparativa la comunità si offre di andare incontro alle necessità del delinquente, e gli chiede di cooperare come parte della riparazione, poiché le sue necessità non giustificano il fatto che egli abbia causato danno ad un'altra persona. I tribunali sono stati spesso criticati per le loro regole, la loro formalità ed altre caratteristiche; ma hanno un ruolo necessario. Il presente documento ha enfatizzato il ruolo degli individui e delle organizzazioni volontarie nel trasmettere la giustizia riparativa; ma i tribunali avrebbero due funzioni principali. In primo luogo, continuerebbero a trattare casi che non sono adatti per mediazione o *conferencing*. Essi possono includere i casi in cui l'accusato nega ogni coinvolgimento, o se una parte ha esercitato il proprio diritto di lasciare il procedimento; e quelli in cui deve essere irrogata la pena aggiuntiva di restrizione della libertà per la tutela pubblica. Per quanto possibile queste sentenze sarebbero riparative; vale a dire, le persone sottoposte a restrizione o privazione della libertà sarebbero in grado di riparare come descritto precedentemente (sezione 5). In secondo luogo, i tribunali avrebbero una nuova funzione: supervisionare il processo per assicurare che metta in pratica i principi riparativi, come avviene in Nuova Zelanda.

Anche gli avvocati avrebbero un ruolo diverso. C'è una certa preoccupazione che i loro metodi accusatori potrebbero minare il processo di mediazione, ed è stato quindi proposto che ne siano tenuti fuori. Ma in Nuova Zelanda il posto di avvocato dei minori è stato reso attraente per i legali, e gli aspiranti sono interrogati a fondo per assicurarsi che capiscano che il loro lavoro consiste nell'assicurare che il processo riparativo sia svolto bene, oltre che nella salvaguardia dei diritti degli imputati. (ZEHR, 2001b).

C'è speranza che il processo riparativo possa essere sufficientemente convincente per influenzare i tribunali in direzione

riparativa (WRIGHT, 2000: 26), e per creare pressioni affinché sia esteso dai minori agli adulti. L'esperienza di Nuova Zelanda e Australia ha mostrato che questo è possibile, ma il governo di quel paese è stato attivo nel promuovere l'idea, per esempio producendo video, e secondo David Carrithers, Giudice Capo del Tribunale Minorile di Nuova Zelanda, tale promozione continua è ancora necessaria perfino dopo 10 anni (Carruthers 2001).

La giustizia riparativa può essere introdotta nelle varie fasi del processo di giustizia penale, e in molti casi, prima è offerta meglio è per vittime e delinquenti (per non parlare del risparmio di tempo del tribunale); la sottrazione al processo, tuttavia, tende ad essere limitata ai casi meno gravi. In Inghilterra la polizia ha il potere discrezionale di impartire l'ammonizione o la diffida finale ad un giovane reo in alcuni casi. I procuratori hanno il potere di archiviare un caso quando ritengono che procedere 'non sia nell'interesse pubblico', ma questo è poco utilizzato attualmente; nell'Europa continentale, d'altra parte, i procuratori sono la fonte principale di rinvio alla mediazione vittima/delinquente. In Italia, il processo di un minore può essere sospeso, con l'affidamento, per permettere al giovane di svolgere lavoro volontario o altre attività socialmente utili, o la mediazione vittima/delinquente (art. 28, DPR 448/89, citato da BALDRY *ET AL.*, 1998: 377-8). In Italia, il principio di legalità (obbligatorietà dell'azione penale) può rendere difficile che il caso sia sottratto al sistema in questo modo prima di raggiungere il tribunale. I procuratori, tuttavia, possono assumere informazioni sul minore durante le indagini, e a Torino c'è un servizio di mediazione al quale possono inviare il caso per una valutazione. Se l'esito è positivo, il giudice archivia il caso, con il vantaggio che il delinquente ha dovuto affrontare le conseguenze del suo atto, e la vittima ha avuto l'opportunità di esprimere i propri sentimenti e di ricevere risposte alle proprie domande (BALDRY *ET AL.*, 1998: 379-80). Alcuni paesi europei hanno modificato la propria legislazione per facilitare la giustizia riparativa, in particolare modificando il principio di legalità (Trujillo); questo rappresenta uno sviluppo incoraggiante, ma bisogna stare attenti ad evitare di creare difficoltà. La Legge inglese su Crimine e Disordine è già stata menzionata; un altro esempio è la Polonia, dove i mediatori sono responsabili non verso il servizio di mediazione ma verso il giudice, e il Comitato per l'Introduzione della Mediazione ha dovuto condurre una campagna per persuadere i giudici a nominare solamente mediatori formati.

7. CERTEZZA DI QUALITÀ

Non è stato rilevato che i tribunali incoraggino monitoraggio e ricerca, ad eccezione di fattori superficiali quali il volume dei casi; e infatti i loro molteplici scopi rendono assolutamente impossibile valutare il loro lavoro, o dire se un particolare giudice sia un buon irrogatore della pena (WRIGHT, 1999). Per quanto riguarda la mediazione, come abbiamo visto, essa dipende dal processo e quindi il processo dovrebbe essere riconosciuto come fine principale. Il monitoraggio e la valutazione compiuti di routine, uniti alla ricerca periodica approfondita, dovrebbero aiutare a stabilire quali siano le buone prassi; queste dovrebbero essere poi incorporate in standard e formazione relativamente a questioni di prassi quali la riservatezza e il modo di condurre la sessione di mediazione, e a questioni amministrative quali il procedimento di reclamo per i partecipanti e la politica delle pari opportunità. Dovrebbe anche esserci una procedura per rivisitarle alla luce dell'esperienza e di nuove situazioni emergenti. Nel Regno Unito gli standard sono tratti da 'Mediation UK' (1998) e da 'Restorative Justice Consortium' (1998), ed altri paesi hanno fatto o faranno la stessa cosa: il Consiglio d'Europa (1999) e le Nazioni Unite (2000) hanno compilato principi più generali. Essi costituiranno un'utile base, anche se bisogna fare attenzione, specialmente nei documenti internazionali dove può essere difficile raggiungere un testo concordato, a garantire che formulazioni non-proprio-perfette diventino 'pietrificate'; dovrebbero anche essere abbastanza generali da permettere flessibilità, o dovrebbe esserci una procedura per revisionarle.

È semplice criticare il processo di giustizia penale esistente; ma la giustizia riparativa, come ogni altra cosa, può essere fatta bene o male. Il primo requisito è chiarire e dare priorità a scopi ed obiettivi del servizio. Un modo controverso di assicurarsi che siano seguiti è fornire ai mediatori una scaletta, dando l'esatta formulazione di ogni domanda da porre, ma molti professionisti sono riluttanti ad utilizzare questo metodo. Se lo scopo consiste nel consentire ai partecipanti di riacquistare il controllo, non sembra questo il modo di farlo.

Non c'è dubbio che ci si imbatte in una prassi scadente: screening dei casi inadeguato rispetto alla necessità di garantire la sicurezza psico-fisica dei partecipanti, rivelando informazioni sulla vittima al delinquente, mancato impiego di tecniche per equilibrare le parti, o incapacità di offrire mediazione indiretta

(*shuttle mediation*) nel caso in cui la vittima non ha potuto affrontare la mediazione diretta, o di assicurarsi che le parti siano consapevoli delle alternative alla mediazione (LANDAU AND LANDAU, 2000, scritto nel contesto della violenza familiare, ma applicabile ad altri tipi di reato).

L'autore e medico americano Mark Umbreit (1998) ha descritto alcuni modi in cui la prassi può essere più o meno riparativa. È più riparativa se sia la vittima, sia il delinquente hanno almeno un incontro preliminare che consenta di spiegare loro il processo e permettere loro di decidere se prendervi parte, e se alla vittima è permesso di scegliere dove e quando avrà luogo la sessione di mediazione. Il modo in cui i mediatori conducono l'incontro dovrebbe essere non direttivo, ed essi dovrebbero tollerare sia l'espressione di emozioni, sia i periodi di silenzio. Una sessione che dà dovuto spazio al processo curativo probabilmente durerà almeno un'ora; se sono presenti molte persone, per esempio in un *sentencing circle*, la durata tipica sarà dalle quattro alle sette ore, con una pausa per il pranzo. Quando si verifica il contrario (brevi incontri, spingere i partecipanti ad un rapido accordo, e così via), ciò avrà sulla vittima e sul delinquente un minor effetto riparativo.

Prevenzione

8. RIDUZIONE DEL CRIMINE

Come abbiamo visto, nella giustizia penale convenzionale, il punto focale è la ricostruzione dei fatti: la discussione del contesto non è incoraggiata, perché potrebbe incriminare l'accusato, o perché non è ritenuta rilevante. Al contrario, in una mediazione o conferenza emergeranno informazioni relative ai fattori che spingono al crimine; questo dovrebbe essere passato alla riduzione strategica del crimine per l'impiego di politiche di intervento. Può sembrare, per esempio, che un'area specifica abbia bisogno di maggiori strutture ricreative per i giovani, o di maggiori informazioni sui pericoli della droga, o semplicemente di maggiore impiego e migliori alloggi. Il coinvolgimento di volontari aiuterà a diffondere la comprensione di questi problemi nell'ambito della comunità. I volontari, tuttavia, dovrebbero rappresentare una sezione di raccordo della comunità, o piuttosto delle comunità esistenti in molti paesi; se le ONG e i propri volontari, per esempio, sono costituite prevalentemente da ceti sociali colti e a reddito medio-alto, esse possono non tenere conto dei segnali

di necessità di cambiamento della società. La giustizia riparativa non deve essere relegata al processo di giustizia penale. Come sempre, ci sono vantaggi nell'iniziare con i giovani. È stato mostrato che la mediazione effettuata dai bambini per i bambini (conosciuta come 'mediazione tra pari') funziona in due modi. In primo luogo, può essere efficace nel contrastare il bullismo (una parola che può essere usata per descrivere atti quali il furto e l'aggressione); in secondo luogo, può insegnare ai bambini come disciplinare sé stessi, in modo tale che gli insegnanti abbiano meno necessità di imporre loro la disciplina. Uno studio pilota a Roma ha rilevato che il 44% dei bambini che avevano subito atti di bullismo riferirono di non averne parlato ai propri insegnanti, ma il 56% ne aveva parlato ai propri amici, a dimostrazione della fiducia che essi ripongono nei pari (BALDREY, 1997: 163). La prevenzione del crimine è strettamente collegata alla politica sociale; e attirando l'attenzione sulle carenze della struttura sociale, la giustizia riparativa può aiutare a pianificare e creare una società più giusta e piacevole per tutti.

Conclusione

Ciò che abbiamo visto è l'evoluzione di un'idea. Inizialmente l'idea rievocata dal passato era la riparazione nei confronti della vittima. Poi fu vista l'importanza di coinvolgere la vittima e il delinquente nel processo di decisione della riparazione, e fu riconosciuto il fatto che il processo stesso ha potere trasformativo per diritto. Un ulteriore fattore è il coinvolgimento della comunità, che può sussistere a vari livelli, dagli individui, che possono facilitare il processo di mediazione e fornire supporto alle vittime di cui non si conoscono gli autori di reato o che, per qualche ragione non possono o non vogliono prendere parte alla mediazione, alle ONG, governi locali e nazionali, che possono creare le condizioni che permettono ai delinquenti di riparare. Infine, la giustizia riparativa chiude un circolo virtuoso: gli individui aumentano la comprensione reciproca, e la comunità apprende le origini del comportamento dannoso, in modo tale da intraprendere azioni tese a porre rimedio. La trasformazione del mondo inizia dalla trasformazione di noi stessi ⁽¹⁾.

(1) Nota dell'autore:

sono riconoscente a Margarita Zernova per i suoi preziosi commenti sulle precedenti versioni dell'articolo, ma l'autore è l'unico responsabile di quanto espresso.

BIBLIOGRAFIA

BALDRY A.C. (1997), *Bullismo a scuola e mediazione fra pari*. In: Gianvittorio Pisapia and Daniela Antonucci, eds. *La Sfida della mediazione*. Padoa: CEDAM;

BALDRY A. C., DE LEO G. and SCARDACCIONE G. (1998), *Victim/offender mediation in the Italian juvenile justice system: a first attempt at definition*. In: János Boros, Iván Münnich and Márton Szegedi, eds., *Psychology and criminal justice: international review of theory and practice*. Berlin: Walter de Gruyter;

BRAITHWAITE J. (1989), *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press;

BUSH R.A. BARUCH, and FOLGER P. J. (1994), *The promise of mediation: responding to conflict through empowerment and recognition*. San Francisco: Jossey-Bass;

CARRUTHERS D. (2001), *A mainstream restorative justice system: New Zealand youth justice at work – the theory and the reality.* Address to conference, *Restorative and community justice: inspiring the future*, Winchester, 28-31 March 2001;

CZARNECKA-DZIALUK B. (1999), *The experimental programme of mediation between the juvenile offender and the victim in Poland: underlying assumptions and first experiences*. In: Beata Czarnecka-Dzialuk and Dobrochna Wójcik, eds. *Juvenile offender-victim mediation*. Warsaw: Oficyna Naukowa;

Highfield Junior School, Plymouth (1997), *Changing our school: promoting positive behaviour*. Priscilla Alderson, ed. Highfield School, Torridge Way, Efford, Plymouth, Devon PL3 6JQ, England;

HOLDAWAY S. - NORMAN D., DIGNAN J. et al. (2001), *New strategies to address youth offending: the national evaluation of the pilot youth offending teams*. London: Research, Development and Statistics Directorate, Room 201 Home Office, 50 Queen Anne's Gate, London SW1H 9AT. www.homeoffice.gov.uk/rds/index.html;

LANDAU B., and LANDAU N. (2000), *Domestic violence policy: lessons to be learned*. *Interaction* (The Network: interaction for conflict resolution, Waterloo, Ont.), 12 (2), 4-5 (see also pp. 1, 3);

MCCOLD P. - WACHTEL T. (2000), *Restorative justice theory validation. Paper to Fourth International Conference on Restorative Justice for Juveniles*, Tübingen, Germany, 1-4 October 2000;

MARSHALL T. F (1999), *Restorative justice: an overview*. Home Office, Research, Development and Statistics Directorate, Room 201, 50 Queen Anne's Gate, London SW1H 9AT;

MARSHALL T. F, and Susan Merry (1990), *Crime and accountability: victim/offender mediation in practice*. London: HMSO;

Mediation UK (1998), *Practice standards.*: Mediation UK, Alexander House, Telephone Avenue, Bristol BS 1 4 BS;

Restorative Justice Consortium (1998), *Standards for restorative justice*. RJC, c/o Society of Black Lawyers, Room 9, Winchester House, 11 Cranmer Road, London SW9 6EJ;

Restorative Justice Consortium (1999) *Manifesto*. RJC, as above;

TRUJILLO M. - FRANCISCO J. (2000), *Mediation: would it work in Spain too?* Unpublished dissertation, Master of European Criminology, Catholic University of Leuven, Belgium;

UMBREIT M. (1998), *Victim/offender mediation continuum: from least to most restorative impact and Quality restorative justice practice: grounding interventions in restorative justice values*. Handouts from Center for Restorative Justice and Peacemaking, University of Minnesota. <http://ssw.che.umn.edu/rjp>

United Nations. Economic and Social Council. Commission on Crime Prevention and Criminal Justice (2000) *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*. Draft resolution. www.restorativejustice.org/RESTORATIVE_JUSTICE_UN_BPbody.htm

VAN NESS D. W - Schiff M. F (2001), *Satisfaction guaranteed? The meaning of satisfaction in restorative justice.* In: Gordon Bazemore and Mara Schiff, eds. *Restorative community justice: repairing harm and transforming communities*. Cincinnati, OH: Anderson Publishing;

WRIGHT M. (1999), *Restoring respect for justice: a symposium* Winchester, Waterside Press;

WRIGHT M. (2000), *Restorative justice: for whose benefit?* In: *European Forum for Victim/Offender Mediation and Restorative Justice*, ed.: *Victim/offender mediation in Europe: making restorative justice work*. Leuven, Belgium: Leuven University Press.

ZEHR H. (1995), *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. Scottsdale, PA: Herald Press;

ZEHR H. (2001a), *Offenders, victims and community: justice of the future*. Paper presented to conference, 'Restorative and community justice: inspiring the future', Winchester, 28-31 March 2001;

ZEHR H. (2001b), Talk at London Mennonite Centre, 2 April 2001.

RIASSUNTO

Nell'articolo vengono delineati 5 livelli possibili di giustizia riparativa: il contatto iniziale fra vittima e autore di reato, mediazione indiretta, mediazione diretta, 'conference', e i così detti 'sentencing circles'. Quando si parla di giustizia riparativa non si fa riferimento a un 'tutto o niente': esistono vari livelli possibili di 'riparabilità', i cui criteri prevedono le seguenti caratteristiche. Partecipazione da parte della vittima, autore del reato e della comunità. I bisogni della vittima vengono soddisfatti, l'autore del reato ha la possibilità di rendere conto della sua condotta e la vittima e l'autore del reato hanno anche la possibilità di comunicare e valutare eventualmente quale tipo di riparazione può essere la più appropriata. La comunità ricopre vari ruoli all'interno di questo processo, che hanno come scopo quello di essere altrettanto forti come l'esito dello stesso. Questi può essere una forma di riparazione, che potrebbe prevedere la cooperazione con un programma di riabilitazione. Il ruolo degli avvocati e dei tribunali prevede la supervisione che tuteli i partecipanti, come anche fornire un'alternativa al processo dove però la mediazione non risulta adatta. Infine, la giustizia riparativa può contribuire alla riduzione del crimine facendo pressioni sul mondo politico.

Questo può essere descritto come un circolo virtuoso ove gli individui aumentano le loro capacità di apprendimento interpersonale, e

la comunità si occupa di studiare le origini dell'aggressività, al fine di poter anche intraprendere azioni di rimedi.

SUMMARY

Five levels of restorative justice are outlined: initial contact with victim and offender, indirect mediation, direct mediation, conferences, and sentencing circles. Restorative justice is not all-or-nothing: there are degrees of 'restorativeness', for which the criteria include the following features. There is participation by victim, offender and community. The victim's needs are met, the offender has an opportunity to be answerable for his act, and victim and offender are offered the opportunity to communicate, and consider what reparation is appropriate. The community has various roles in the process, which aims to be as empowering as the outcome. This often takes the form of reparation, which may include co-operation with a rehabilitative programme. The roles of lawyers and courts include a supervisory one safeguarding participants, as well as providing an alternative process where mediation is not suitable. Finally restorative justice can contribute to crime reduction by noting pressures towards crime and pointing them out to social policy makers. This is described as a 'benign circle', in which individuals increase their understanding of each other, and the community learns about the origins of harmful behaviour, so that it can take remedial action.

RÉSUMÉ

L'auteur de cet article présente 5 niveaux possibles de justice réparatrice: le contact initial avec la victime et le délinquant, la médiation indirecte, la médiation directe, la "conference" et les ainsi dits "sentencing circles". Lorsqu'on parle de justice réparatrice, on ne fait pas allusion à un "tout ou rien": il existe plusieurs niveaux de réparabilité, dont les critères comprennent les caractéristiques suivantes. La participation de la victime, du délinquant et de la communauté. Les besoins de la victime sont satisfaits, l'auteur du délit a la possibilité de prendre sa conduite sur soi et la victime et le délinquant ont la possibilité de communiquer entre eux et de décider quelle sera la réparation la plus appropriée. La communauté joue plusieurs rôles à l'intérieur du procès, dont le développement est aussi important que son résultat même. Ce résultat peut aboutir à une forme de réparation, qui pourrait prévoir la coopération avec un programme de rééducation. Le rôle des avocats et des tribunaux est de superviser les participants pour les protéger, et aussi d'offrir une alternative au procès là où la médiation n'est pas indiquée.

Finalement, la justice réparatrice peut contribuer à la réduction du crime en exerçant une pression sur le monde politique. Ceci peut être décrit comme un cercle "vertueux" où les individus augmentent leur capacité d'apprendre les uns des autres, et où la communauté se charge d'étudier les origines de l'agressivité, afin de pouvoir mettre en place des actions de remède.

TEORIE DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA *

ELIGIO RESTA**

Nell'esaminare la posizione del Consiglio Superiore della Magistratura nei confronti della mediazione, si delinea una sensazione sempre più chiara che da parte della Magistratura vi sia una sorta di attenzione *curiosa* e *sospetta*: "sospetta" in quanto il giudice avverte l'impossibilità della Giustizia penale di cogliere gli aspetti più drammatici dei conflitti, ma sa anche che allo stato attuale delle cose del giudice non si può fare a meno, partendo, quindi, da una posizione di rendita in cui tutto potrebbe essere diverso, ma con la consapevolezza dell'inattuabilità di tale cambiamento.

Questa è una condizione che mi interessa molto perchè ci conduce direttamente nel campo della questione posta prima da M. Wright; il campo è esattamente uno, che definirei, riportandolo alle mie categorie, "Il tema della ecologia dei conflitti". Con esso ritornano le questioni riguardanti il Consiglio Superiore della Magistratura, il rapporto tra il giudice, i mediatori e i conflitti.

L'approccio ecologico ha il vantaggio di riportare la questione al luogo dove si producono i conflitti e allo stesso tempo si producono i rimedi: la società, gli individui stessi, liberandosi dai fantasmi hegeliani dello Stato, diventano consapevoli che all'interno della società si producono i conflitti, ma è nella stessa società che si producono anche i rimedi. Si sgombra quindi il campo da un'idea della giustizia, anche penale, per cui gli individui se sono responsabili, lo sono per propria natura, se invece sono irresponsabili è perchè la società giustifica loro tutto. Basti guardare, per una verifica, i resoconti giornalistici dei casi di cronaca di vari omicidi intra-familiari, parricidi, matricidi che si sono verificati e si troverà che c'è sempre nel fondo questo senso di colpa della società per cui gli individui sono responsabili, ma fino ad un certo punto, è sempre colpa della società: tale modello eziologico e giustificazionista che ritorna è il sintomo di una incapacità di uscire da questo gioco ecologico. Io credo che avere un

* Contributo presentato nell'ambito del Convegno sul tema "*Quali prospettive per la mediazione? Riflessioni teoriche ed esperienze operative*", svoltosi a Roma il 20/21 Aprile 2001.

** Università degli Studi di Roma "Tre"

approccio di tipo ecologico può aiutare a rendersi conto di come sia necessario pensare diversamente i cosiddetti rimedi circa i problemi che i conflitti producono.

Il termine "mediazione" ha dell'equivoco e del paradossale, ma io lo difendo e me ne approprio, poiché "equivoca" e "paradossale" sono attribuibili per le medesime ragioni alla formula usata da M. Wright di "giustizia riparativa". Cito a tal proposito un luogo classico di S. Tommaso (lo faccio con molta laicità), il quale scrive le *"Quaestiones quod libérales"*, in cui pone un problema: si può restituire la verginità alla vergine che è stata offesa? All'interno di questo paradosso della giustizia riparativa comincia a riflettere sul paradosso della giustizia stessa. Quindi, voglio dire, se la parola "mediazione" pone dei problemi, altrettanti ne pone la formula "giustizia riparativa". Le parole sono importanti è per questo che ho apprezzato molto la finezza anche linguistica di M. Wright; mi ha particolarmente colpito l'uso del termine "responsabilità", che traduce con il termine inglese *"responsible"*, con cui sottolinea che "essere responsabile dipende dalla risposta", per cui la storia dei sistemi giudiziari è la storia di una società che ha cercato da sempre di mettere insieme l'essere responsabile di qualcosa, *mentre* e *perché* si risponde a qualcuno, con tutti i problemi che questa idea della responsabilità si trascina, poiché se non c'è qualcuno che ci interroghi o che ci chiama a rispondere non siamo responsabili (per esempio non siamo responsabili nei confronti delle generazioni future le quali non potranno chiamarci a rispondere di quello che facciamo oggi, oppure non siamo responsabili nei confronti della natura perché essa non ha le sue lobbies, o meglio chi si pone a baluardo della natura lo fa solo in virtù di un preciso ruolo politico).

Quindi la storia del rapporto tra rispondere e l'essere responsabile è la storia comune alla giustizia riparativa e ai suoi paradossi, ma è anche la storia comune alla mediazione, (di cui M. Wright ha tessuto le lodi).

In base, dunque, a questo approccio ecologico, ci tengo al che si "lavori con il cesello" sul meccanismo delle differenze tra giustizia e mediazione, poiché ho l'impressione che la virtù della mediazione consista esclusivamente nel suo porsi in un ordine linguistico lontano dal meccanismo della giustizia: mai cofondere (nel senso di fondere insieme) questi due meccanismi.

Un altro discorso, fondamentale dal punto di vista proprio dell'ingegneria istituzionale, è quello di una perfetta comunicazione tra i sistemi autonomi e indipendenti della mediazione e

della giustizia. Infatti ci troviamo di fronte ad una storia in cui lo Stato si è Hegelianamente appropriato, per una serie di vicende, del potere di giudicare e del potere di punire e continuerà ad essere il monopolista della giustizia rispetto alla quale altre forme di composizione dei conflitti dovranno avere un riconoscimento o un ruolo. Diciamo che si necessita di un meccanismo comunicativo molto preciso tra giustizia e mediazione perchè lo Stato è forte, è il monopolista della decisione, non perchè esiste una virtù recondita, ma soltanto perchè per una serie di vicende storiche lo Stato si è appropriato del potere di punire e di giudicare. In parole molto semplici bisogna sapere se il processo va sospeso, se la mediazione è una condizione di procedibilità o di procedimentalizzazione, se si tratta di una causa di esclusione del reato, cioè bisogna rispondere alla giustizia sul terreno della giustizia e per questo attivare una serie di comunicazioni tra mediazione e giustizia che salvino le differenze della mediazione rispetto alle differenze della giustizia; se confondiamo questi due termini non facciamo un buon servizio, cioè penseremo ad un mediatore, così come è scritto persino nei tesi delle Raccomandazioni dell'U. E., che sarà mimetico rispetto al giudice, che viene definito "imparziale e terzo", facendo in modo che sia un modello di giudice in miniatura, senza i poteri, ma con tutti i meccanismi del giudice. Io credo che non vi sia bisogno di un altro giudice, ma c'è bisogno di un'altra "cosa".

Le parole sono importanti, M. Wright ha fatto un lavoro molto interessante sui vocaboli che in tutte le lingue indoeroupee si usano, non soltanto italiano/inglese, sarebbe interessante lavorare per esempio sul tedesco e lo spagnolo, due lingue appartenenti a culture totalmente diverse: il cattolicesimo, da una parte, il calvinismo dall'altro. In italiano, per es. la parola "aggiustare" si porta dietro esattamente questo gioco di confini tra la giustizia e la mediazione: AGGIUSTARE > AGGIUSTARSI = "ridefinire la propria posizione", "fare un autosacrificio", "ritrovare il *iustum* (la posizione corretta)". La cultura occidentale da Anassimandro in poi (a partire cioè dal famoso "detto di Anassimandro"), ci ricorda che la giustizia non è qualcosa da rimettere al giudice, il giudice è infatti competente soltanto per la contabilità, cioè deve mettere in comparazione interessi e diritti e decidere; la gestione è una questione totalmente differente, come diceva Shakespeare nell'Amleto, la giustizia è "*out of joints*" e non è competenza dei giudici rimettere giustizia. Bisogna allora scavare in un altro modo di guardare ai conflitti, ed in una revoca costante dell'idea di Stato, dice bene M. Wright

quando afferma che bisogna pensare ad una giustizia riparativa o una mediazione che sia capace di contestare che tutti i crimini sono contro lo Stato, che non è lo Stato il punto di riferimento della legittimazione del potere di punire, non lo è poichè semmai lo sarebbe una sfera pubblica in cui siano coinvolti tutti gli individui: tra Stato e sfera pubblica corre un mare di differenza, soltanto dagli Stati autoritari in poi questo meccanismo è stato confuso, cioè la sfera pubblica è stata incorporata all'interno dello Stato. Basti guardare l'architettura dei codici penali, specie quelli italiani, nel Codice Rocco, per esempio, se si andasse a verificare qual'è la forma dei valori tutelati nella parte speciale del codice, quella più difficile da riformare. Nel Codice Rocco, ma anche in altri Codici europei, si trova, p.es., una figura centrale di reato, che è il reato contro lo Stato, senza il quale non è pensabile tutto l'altro meccanismo, alla base ci sono i reati contro la proprietà e la libertà individuale che sono intanto riconosciuti in quanto rappresentativi del potere di punire dello Stato. Lo Stato è questa figura centrale di cui bisogna liberarsi, la giustizia penale non è affare dello Stato: questo è il primo grande passaggio che bisognerebbe fare, per cui non esistono crimini senza vittime, nè esiste una figura impersonale che deve tutelare tutta la comunità. La giustizia penale è affare della comunità, dunque bisogna cominciare a dire che non esistono reati che non abbiano un autore ed una vittima. Significa guardare alla giustizia penale non più dal punto di vista dell'astrazione, ma della concretezza dei soggetti coinvolti. Dunque è merito della giustizia riparativa o della mediazione riparlare di *vittima* e *offensore*, di questi soggetti in carne ed ossa e non invece delle *fattispecie giuridiche*, che parlano in astratto di soggetto che ha commesso il reato e di soggetto che ha subito un danno. Non solo bisognerebbe ragionare in termini più concreti di vittima e autore del reato, ma anche azzardare l'ipotesi di stipulare una sorta di contratto tra i due, correre anche il rischio di parlare di contratto, pur di ridare protagonismo a questi soggetti.

L'altro problema importante è che mentre nella giustizia ordinaria si pensa alla *responsabilità* in funzione della pena e del castigo, nella mediazione pur essendo essa fondamentale, non lo è in relazione al problema della punizione, ma è soltanto la capacità di rimettere comunicazione all'interno di due mondi che sono stati interrotti dall'offesa. In questo senso è molto interessante l'esperienza di un'altra forma diffusa a livello politico, ma che difficilmente riusciamo a tematizzare a livello

giuridico: la questione del *perdono*. In Italia è diventato attuale da quando si parla molto di "revisionismo", di revisionismo della storia, ma anche di che cosa fare nei confronti di alcuni fatti drammatici della storia italiana che non hanno potuto avere un esito giudiziario, e che, tutto sommato, ci impegnano ad una responsabilità collettiva: le violenze della guerra, il terrorismo, tangentopoli. La questione del perdono è molto vicina ai temi di cui stiamo parlando, anzi, la vedo in consonanza molto forte con l'ultima frase di M. Wright sulla trasformazione della comunità che è *autotrasformazione*, perchè il perdono non è questa capacità di donare ad altri, ossia l'esonero della colpa, non c'è questa onnipotenza: noi non perdoniamo all'altro nel senso che possiamo regalarli la sua *irresponsabilità*, possiamo invece perdonare quando abbiamo una capacità anamnestiche di autoanalisi che ci consente di incominciare a pensare che essere fermi al risentimento non produce alcuna conseguenza, ci fa soltanto vivere male, ma non realizza il cambiamento che ci aspetteremmo. Colui che perdona attraverso questo meccanismo di anamnesi ha questo potere sconfinato di far rifluire il tempo; il risentito, colui che non perdona, è, invece, colui che ferma l'orologio della storia all'offesa ricevuta e aspetta lì come la vecchia metafora cinese, aspettando che il corpo del nemico passi davanti al fiume. Quindi *anamnesi* vuol dire esattamente questa capacità di mettersi in discussione e di cambiare la comunità attraverso il processo di *self - transformation*; questo è un nodo fondamentale, la giustizia non si può occupare di queste cose, la giustizia deve dire il diritto ed evitare che si produca la cattiva infinità delle liti: essa deve dire che d'ora in poi questi due che stanno litigando non litigheranno più, è esattamente una economia del tempo. Il giudice nell'interrompere la lite non si preoccupa del risentimento, del perdono, se lo fa, è solo ad un livello subdolo, che è preoccupante, ma non è il suo compito. Una giustizia riparativa è diversa in quanto rimette in gioco un'altra dimensione della vita che è più importante, un meccanismo virtuoso attraverso il quale il processo di cambiamento è un processo che riguarda tutti, ma parte da sé stesso.

L'ultimo punto implica una questione difficile da risolvere che ha delle conseguenze anche dal punto di vista istituzionale: il giudice si presenta come terzo equidistante ed imparziale, la sua figura è costruita da sempre sulla più grande astrazione dell'Occidente, la figura del terzo. Il terzo che è *equi-distante* dai confliggenti, che non è *nè questo nè quello* e la parola

neutro significa esattamente "nec utrum" (nè l'uno nè l'altro). Abbiamo dovuto inventare la figura del terzo e l'abbiamo dovuta attaccare come la gelatina sul muro all'idea della legge perchè ci fosse la possibilità di un giudizio dentro la società, ma fuori dalla società, per cui il giudice è competente a decidere come terzo su tutto, anche sulle questioni della vita in cui "non può essere" se non *questo* o *quello*. Esempio? Un esempio che porto sempre è il fatto che il giudice spesso decide su questioni di genere o di sesso, anche quando non lo sa, e lo fa sulla base di una legge che non può non essere *questo* o *quello*. Noi affermiamo che è terzo anche quando non può essere nè questo nè quello, ma è terzo anche quando decide sulla questione delle generazioni e non può essere terzo rispetto alle generazioni! Pensiamo anche alla giustizia internazionale che è un altro dei campi più difficili di comprensione e di applicazione: attribuiamo criteri di giudizio a soggetti che fanno parte della comunità internazionale e che in assenza di alcuna legalità non sono altro che Stati che hanno vinto, facciamo così esattamente come suggeriva Musatti "tappandoci il naso e facendo finta che sia vero".

Che cosa mette in gioco di diverso la Mediazione che deve diventare anche una proposizione normativa? Mette in gioco non questa neutralità e becera equidistanza hegeliana, ma la capacità di essere questo e quello: il mediatore non è l'imparziale ed il terzo. Lo asserisco da tempo, ma vi è una difficoltà insita nella cultura a capire e a ricadere nel tranello del terzo. Il mediatore è il mezzo della riattivazione della comunicazione, egli non è equi-distante, ma *equi-prossimo* ai due confliggenti e deve sporcarsi le mani con i conflitti, così come si sporca le mani il soggetto della comunità che si prende carico dei conflitti di un piccolo gruppo, ciò significa vivere nella comunità.

C'è una bellissima ricostruzione che è stata fatta in una ricerca in vari Paesi del mondo sull'uso della Mediazione rispetto ai conflitti, in cui c'è un saggio finale di P. Berger, il quale analizza una prassi che esiste in tutti i Paesi e che ha a che fare con la comunicazione politica. Dalla sua analisi scaturiscono tre modelli di mediazione dei conflitti.

Il primo è quello della *Imperative Mediation*, cioè la mediazione di tipo coercitivo di chi deve costringere le parti in gioco, che nonostante le norme sono attaccate ad interessi, ad attuare una composizione dei loro interessi, per es. i conflitti del lavoro. "Mediazione coercitiva" è un ossimoro, ma è una prassi utilizzata in modo efficace, si tratta di una coercizione con effetti mediativi.

Il secondo modello è la *Mediazione pragmatica*: il pragmatismo nella mediazione consiste nel cercare costantemente attraverso l'*informal setting* di tradurre le norme in interessi, attraverso un riposizionamento informale, allo scopo di ridurre l'arroganza degli interessi stessi. Questo tipo di setting, che ho definito "informale" è molto diffuso, è una modalità sostenuta da una grande sapienza che ci aiuta a capire i conflitti da mediare, come mediarli e soprattutto da chi devono essere mediati.

L'ultimo esempio, quello più interessante per cui vale la pena lavorare molto per una diffusione della cultura mediativa - riparativa è la *Dialogical mediation* (mediazione dialogante), in cui la parola "dialogante" non vuole significare una assunzione delle differenze normative come esistenti, ma trovare compromessi ideali, non certo di interesse; ad esempio il revisionismo in Italia, tutte le volte che c'è da fare i conti con la propria storia.

A proposito c'è un'espressione di M. Wright che mi sento di condividere fino in fondo: uno dei modi di raccontare la propria storia, che è il più drammatico, ma anche il più autotrasformativo è *parlare non delle proprie colpe, ma della propria responsabilità*.

RIASSUNTO

Il contributo di Eligio Resta delinea la figura del mediatore come colui che a differenza del giudice non è equidistante, ma equi-prossimo non esita cioè a sporcarsi le mani nel confrontarsi con i conflitti, anche se deve come mediatore assumere un ruolo non sbilanciato. In tal senso nell'amministrazione della giustizia il mediatore non deve essere un giudice in miniatura cioè con poteri ridotti poiché la giustizia riparativa implica l'attuazione del perdono che non può essere di competenza del giudice. La mediazione infatti adotta un paradigma che impone di non parlare delle proprie colpe, ma delle proprie responsabilità, asserendo che sussiste responsabilità solo nel momento in cui dobbiamo rispondere a qualcuno.

SUMMARY

For Eligio Resta the mediator must be directly engaged with victim and offender and must take a balanced approach between victim and offender. In the law enforcement the mediator hasn't be a minor judge with a low power; the restorative justice take the pardon that doesn't involve the judge competence. Mediation apologizes the responsibility, not the guilty, sustaining that there is responsibility only when we must answer to someone.

RÉSUMÉ

La contribution de M. Resta décrit le médiateur comme celui qui, contrairement au juge, n'est pas équidistant, mais équi-proche ; c'est-à-dire qu'il n'hésite pas à se salir les mains en se confrontant aux conflits, même si, en tant que médiateur, il doit jouer un rôle non déséquilibré. En ce sens, dans l'administration de la justice, le médiateur ne doit pas être un juge en miniature c'est-à-dire avec des pouvoirs réduits puisque la justice réparatrice entraîne la réalisation du pardon, qui ne peut pas être du ressort du juge. La médiation, en effet, adopte un paradigme qui impose de ne pas parler de ses propres fautes, mais de ses responsabilités, en affirmant que la responsabilité existe seulement lorsque nous devons répondre à quelqu'un.

CONSIDERAZIONI SULLA NORMATIVA REGOLANTE I RAPPORTI FRA DETENZIONE E INFEZIONE DA HIV

PAOLA COMUCCI *

Sommario: 1. Le prime soluzioni al problema della compatibilità tra infezione da HIV e detenzione carceraria. - 2. La legge n. 231 del 1999. - 3. Le critiche mosse alla legge sotto il profilo scientifico. - 4. Alcune considerazioni critiche con riferimento al settore dell'esecuzione penale. - 5. Dati statistici

1 - Le prime soluzioni al problema della compatibilità tra infezione da HIV e detenzione carceraria

Il problema della compatibilità tra la patologia di AIDS e la detenzione in carcere si prospetta su piano giuridico intorno alla fine degli anni ottanta quando si verifica negli istituti penitenziari del nostro paese un aumento particolarmente consistente del numero di detenuti affetti da HIV. ⁽¹⁾ Si fa allora pressante l'esigenza di rispettare alcune garanzie costituzionali, innanzitutto quella del diritto alla salute riconosciuta ad ogni individuo, e quindi anche alla persona detenuta, ⁽²⁾ dall'art. 32 della Costituzione, ribadito in sede internazionale dal testo delle Regole penitenziarie europee (v. in particolare regola 26.2) e, sullo sfondo, l'esigenza di non contravvenire al principio generale, cardine di tutto il sistema penitenziario, secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato (art. 27 comma 3 Cost.).

Per risolvere i casi di incompatibilità tra carcere e AIDS il giudice, in particolare la magistratura di sorveglianza, fa ricorso inizialmente alla normativa di carattere generale, già presente nell'ordinamento penale, che prevede strumenti giuridici funzionali allo scopo di interrompere o non consentire l'inizio della detenzione intramuraria - sia dovuta a esigenze di custodia cautelare che a ragioni di esecuzione di una pena detentiva - qualora il carcere si manifesti inadeguato a garantire la tutela della salute, perché non in grado di apprestare le cure richieste dal caso specifico. ⁽³⁾ Fin dal 1930 il codice penale disciplina il

* Docente di Diritto penitenziario nell'Università di Milano - Bicocca

(1) Nel 1987, anno da cui inizia da parte del Ministero della Giustizia la rilevazione dei dati sulla diffusione dell'infezione da HIV negli istituti penitenziari, il numero dei detenuti portatori del virus risulta pari a 3648.

(2) Cfr. Corte. cost. sentenza n. 414 del 1990.

(3) Sul punto cfr. C. Crestati - D. Bordigon, *Incompatibilità tra condizioni di salute e stato di detenzione. Aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.* VIII, 1986, p. 406 ss.

rinvio facoltativo (sospensione o differimento) dell'esecuzione di una pena per i condannati che si trovino in condizioni di grave infermità fisica (art. 147) e dal 1986 l'art. 47-ter comma 1 della legge penitenziaria consente di espiare la pena (all'epoca non superiore a tre anni) in regime di detenzione domiciliare in presenza di grave malattia fisica o psichica. A sua volta il nuovo testo del codice di procedura penale emanato nel 1988 include fra i casi in cui di regola va applicata la misura degli arresti domiciliari invece della custodia cautelare in carcere quello della persona che si trovi in condizioni di salute particolarmente gravi (art. 275 c.p.p.). Tuttavia l'esigenza di dare adeguate soluzioni alla peculiare problematicità che la patologia in questione assume in ambiente carcerario - ove il sovraffollamento, l'elevata incidenza della malattia nei detenuti stranieri che rappresentano una buona parte della popolazione, la frequente correlazione con la tossicodipendenza, comportano il pericolo di sviluppo di importanti patologie nei soggetti immunodepressi ma anche maggiori rischi di diffusione dell'infezione fra gli altri detenuti che con queste persone vivono a stretto contatto ⁽⁴⁾ - induce ad approntare una disciplina specifica che, peraltro, proprio perché predisposta sull'onda di questa drammatica situazione, è di tipo emergenziale, ispirata soprattutto a scopi deflativi. Le norme emanate nel 1993 sanciscono alcuni casi di incompatibilità automatica tra detenzione e sieropositività in stadio avanzato (situazioni di AIDS conclamata e grave deficienza immunitaria), così da imporre a seconda dei casi la scarcerazione, la sospensione dell'ordine di esecuzione ovvero il divieto di custodia cautelare in carcere, per tutti i soggetti nelle condizioni rispondenti a quelle normativamente individuate. ⁽⁵⁾

(4) Basta ricordare a tale proposito l'alto rischio di contagio per la scarsa presenza di igiene nelle celle, per la promiscuità fra detenuti sani e tossicodipendenti, per la diffusione di alcune abitudini quotidiane di scambio di lamette da barba e di siringhe, a causa infine della diffusa pratica dei tatuaggi e quant'altro.

(5) V. d.l. 14.5.1993 n. 39 convertito in l. 14.7.1993 n. 222 che nel disciplinare per la prima volta il problema riguardante il rapporto fra stato di detenzione carceraria e condizioni di salute di soggetto portatore di infezione da HIV introduceva nel codice di procedura penale l'art. 286-bis comma 1, contenente il divieto di custodia cautelare in carcere per gli imputati e nel codice penale l'art. 146 comma 1 n. 3, contenente il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena per i condannati affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria. Il D.M. 25 maggio 1993 precisava poi che la situazione di AIDS conclamata ricorre quando la persona sia affetta da AIDS conclamata e segnalata in base alle disposizioni di cui alla circolare del Ministero della Sanità 13 febbraio 1987 n. 5. La grave deficienza immunitaria, ai fini della medesima disposizione, ricorre

Questa soluzione, risultata del tutto impopolare per aver sostanzialmente creato una categoria di individui *penalmente immuni*, e tuttavia socialmente pericolosi, dopo qualche resistenza, ⁽⁶⁾ viene censurata anche dalla Corte costituzionale che in due sentenze del 1995 dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 146 comma 1 n.3 c.p. e dell'art. 286-*bis* comma 1 c.p.p. nella parte in cui prevedono rispettivamente il differimento della pena e il divieto di custodia cautelare in carcere nei riguardi di soggetti affetti da HIV nei casi di incompatibilità con lo stato di detenzione, ai sensi dell'art. 286-*bis* comma 1 c.p.p., anche quando l'espiazione della pena e l'applicazione della misura cautelare possono "avvenire senza pregiudizio alla salute del soggetto e di quella degli altri detenuti". ⁽⁷⁾ Dopo questo intervento la problematica dell'AIDS in carcere ritorna ad essere risolta discrezionalmente dal giudice attraverso il ricorso alla normativa genericamente prevista in tema di incompatibilità carceraria per motivi di salute.

2. La legge n. 231 del 1999

L'intervento del 1999, attuato con la legge n.231 e completato con il decreto ministeriale del 21 ottobre successivo, ⁽⁸⁾ propone nuovamente una disciplina specifica della materia che almeno apparentemente sembra colmare le lacune e superare i limiti della normativa del 1993. ⁽⁹⁾ Per gli imputati è previsto

(segue nota n. 5)

quando, anche in assenza di identificazione e segnalazione ai sensi della citata circolare, la persona presenti un deficit immunitario esplicitato da un numero di linfociti T/CD4+ pari o inferiore a 100/mm³ come valore ottenuto in almeno due esami consecutivi effettuati a distanza di quindici giorni uno dall'altro.

(6) Cfr. Le sentenze della Corte costituzionale n. 70 e n. 210 del 1994 che dichiaravano inammissibili le questioni proposte.

(7) Cfr. Corte cost. sent. 18 ottobre 1995 n.438 e n. 439.

(8) Attualmente la definizione di AIDS conclamata si rifà alla circolare del ministero della sanità 29 aprile 1994, n.9 che accoglie la definizione della patologia adottata in Europa, nel senso che per parlare di AIDS, oltre i risultati di laboratorio che diano i CD4<200/mm³, è necessaria anche la presenza di una condizione clinica indicativa di AIDS. Per i casi di "grave deficienza immunitaria" v. decreto Min. Sanità 7 maggio 2001 (Gazz. Uff. 19 ottobre 2001 n.244 S. Gen.).

(9) Un passo avanti rispetto al passato è rappresentato dall'equiparazione di trattamento fra i malati affetti da AIDS conclamata o da grave immunodeficienza e soggetti affetti da altre patologie particolarmente gravi incompatibili con il regime carcerario, attuata attraverso la previsione, in entrambi i casi, del rinvio obbligatorio dell'esecuzione ex art. 146 comma 1 n.3 c.p., "quando la persona si trova in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più

il divieto assoluto di disporre o di mantenere la custodia cautelare in carcere se i soggetti sono affetti da AIDS conclamata o da grave immunodeficienza accertate ai sensi dell'art. 286-*bis*, comma 2 c.p.p., se la malattia si trova in una fase così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative (art. 275 comma 4-*quinqies* c.p.p.); il divieto continua a sussistere se le condizioni di salute del soggetto, seppure non così gravissime come nel caso precedente, risultano comunque incompatibili con lo stato di detenzione e tali da non consentire cure in ambito intramurario (art. 275 comma 4-*bis* c.p.p.); tuttavia se, a fronte di una situazione che non rende possibile la custodia cautelare in carcere senza pregiudizio per la salute dell'imputato o di quella degli altri detenuti, sussistono esigenze cautelari di eccezionale rilevanza è comunque obbligatoria l'applicazione della misura degli arresti domiciliari, anche presso ospedali con reparti apprestati per la cura specifica di tali patologie, (art. 275 comma 4-*ter* c.p.p.); ed infine, è comunque consentita l'applicazione o il ripristino della custodia cautelare in carcere, seppur in istituti dotati di reparti attrezzati per la cura e l'assistenza di queste specifiche patologie, per coloro che, beneficiando del particolare regime previsto dall'art. 275 comma 4-*bis* e *ter*, risultino imputati o siano sottoposti ad altra misura cautelare per uno dei delitti di cui all'art. 380 c.p.p., per fatti commessi nel corso della sottoposizione al regime soprarichiamato (art. 275 comma 4-*quater* c.p.p.).

Analoga disciplina è stata predisposta nel contesto dell'esecuzione di una pena detentiva o di una misura di sicurezza. Nei confronti di condannati o internati, ⁽¹⁰⁾ solo se le patologie in questione si trovano in una fase talmente avanzata da non reagire più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili o alle terapie curative è previsto il rinvio obbligatorio dell'esecuzione (art. 146 comma 1 n. 3 c.p. e art. 211-*bis* c.p.). Se non si riscontra una situazione di questo tipo, insomma qualora malato risulti

(10) Un altro aspetto qualificante della legge è l'estensione della disciplina contenuta negli art. 146 e 147 c.p. agli internati, auspicata dalla Corte costituzionale con la sentenza 15 luglio 1994 n. 308. La Consulta infatti era costretta a dichiarare l'inammissibilità della questione relativa alla disparità di trattamento lamentata nei confronti di questi soggetti, ignorati dal legislatore nel predisporre la disciplina per i malati di AIDS poiché richiedente una soluzione meramente additiva, come tale estranea ai suoi poteri.

ancora reattivo alle cure, il principio della indefettibilità della sanzione penale non può essere eluso; può essere tuttavia temperato attraverso forme di espiatione attenuata rispetto alla detenzione intramuraria. Infatti, a condizione che il sistema immunitario del paziente sia ancora in grado di contenere gli effetti distruttivi della malattia se aiutato dalla medicina, qualunque sia l'entità della pena da espiare, il tribunale di sorveglianza può concedere a colui che, personalmente o tramite il proprio difensore, ne faccia richiesta, l'affidamento in prova al servizio sociale o la detenzione domiciliare, con il fine di intraprendere un programma di cura e assistenza presso determinati centri (art.47- *quater* comma 1 ord. penit.). Si prevede peraltro la revoca del particolare regime di favore ed il ripristino della detenzione allorché il soggetto in AIDS conclamata o affetto da grave deficienza immunitaria, abbia dato luogo dopo la concessione di uno dei benefici a ulteriori e significative manifestazioni di pericolosità (art.47- *quater* comma 1 ord. penit.).⁽¹¹⁾ In questi casi tuttavia – con l'effetto di meglio tutelare la salute del malato, ma anche di salvaguardare la salute collettiva penitenziaria ed extrapenitenziaria – la pena non deve essere espiata in un istituto qualsiasi ma in strutture dotate di centri specializzati nella cura specifica di tali malattie.⁽¹²⁾ Nei medesimi centri debbono essere inseriti anche i soggetti detenuti o internati affetti dalle patologie in questione per i quali la legge non consenta né il rinvio dell'esecuzione né il ricorso alle misure dell'affidamento o della detenzione domiciliare ai sensi dell' art.47- *quater* ord. penit. E a tal proposito va detto, per inciso, che la presenza di queste strutture, seppure ancora insufficienti, consente oggi di gestire in maniera più appropriata la molteplicità dei problemi correlati alle varie manifestazioni e ai diversi gradi della patologia in questione, consentendo, fra l'altro, una diminuzione dei casi in cui è necessario ricorrere alla scarcerazione per garantire la tutela del diritto alla salute.

(11) Per un commento critico alla legge n.231 del 1999 si rinvia a P. Comucci, *Problemi applicativi della detenzione domiciliare*, in *Riv. dir. e proc. pen* 2000, p. 211 ss.; cfr. anche L. Cesaris, *Commento all'art. 47-quater*, in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, Padova, 2000, p. 470 ss.

(12) Proprio al fine di assicurare una più accurata e adeguata assistenza terapeutica ai detenuti affetti da HIV, l'Amministrazione penitenziaria nel corso degli ultimi anni, ha dotato alcuni istituti penitenziari di una serie di strutture e mezzi terapeutici e diagnostici specializzati nella cura delle patologie derivate.

3. Le critiche mosse alla legge sotto il profilo scientifico

L'intento del legislatore di aggiustare il tiro rispetto al passato prospettando, fra l'altro, soluzioni diversificate in risposta a stadi diversi della patologia in questione è chiaro. Tuttavia anche se il ventaglio di opportunità offerte dalla legge sembrerebbe - con esclusivo riferimento allo specifico settore considerato - idoneo a garantire un buon bilanciamento degli interessi in gioco - da un lato la certezza e indefettibilità della sanzione penale, dall'altro il diritto alla salute del recluso - ⁽¹³⁾, in realtà il quadro normativo si fonda su una premessa opinabile che rimette in discussione tutto il sistema predisposto. Il legislatore ha infatti ritenuto degni di considerazione ai fini della incompatibilità tra stato di detenzione carceraria e affezione da HIV solo le situazioni di AIDS conclamata o di grave deficienza immunitaria e tale assunto non trova consenzienti i medici-legali secondo i quali la definizione di AIDS conclamata ha oggi solo un significato epidemiologico, mentre dal punto di vista clinico-prognostico risulta ormai priva di ogni valore. ⁽¹⁴⁾ A dimostrazione di questa affermazione si richiamano casi definiti di AIDS conclamata per la presenza di infezioni opportunistiche che peraltro sono del tutto compatibili con lo stato detentivo (v. la polmonite da *pneumocystis carini*, il sarcoma di Kaposi, la candidosi oro-faringea) essendo sufficiente per la loro cura la

(13) Se infatti, a causa delle patologie in questione si prospetta un problema di compatibilità con l'esecuzione della pena in forma intramuraria, qualora le condizioni sanitarie del paziente siano suscettibili di miglioramenti, tanto la cura della malattia quanto l'espiazione possono essere garantite nelle forme dell'affidamento in prova e della detenzione domiciliare ex art. 47- *quater* ord. penit. Se, peraltro le opportunità offerte saranno "bruciate" da comportamenti che mettono in pericolo la vita dei consociati, la pretesa punitiva dello Stato prenderà nuovamente il sopravvento in tutta la sua espansione, provocando l'emissione di un ordine di carcerazione a carico del trasgressore. Ragioni di umanità imporranno invece la compressione totale della pretesa punitiva statale e la sospensione di qualsiasi forma di espiazione in presenza di un quadro clinico a prognosi infausta a breve termine (art.146 comma 1 n.3 c.p.). Del resto se, come enuncia l'art. 27 della Costituzione, la funzione della pena è quella di tendere alla rieducazione del condannato, che senso avrebbe l'esecuzione in simili circostanze? Quale significato se non quello di esclusiva afflittività e quindi di disumanità si potrebbe attribuirle? Analoghe considerazioni, *mutatis mutandis*, si possono svolgere in ordine alla disciplina predisposta in tema di custodia cautelare (art. 275 - *bis* c.p.p.) le cui esigenze di tutela sono condizionate dallo stadio della malattia e dai comportamenti posti in essere dall'imputato.

(14) Cfr. da ultimo A. Demori, D. Roncali, M. Tafani, *Compatibilità carceraria, HIV/AIDS e "malattia particolarmente grave"*, Milano, 2001, p.95 ss.

mera somministrazione di una terapia a livello ambulatoriale. Gli esperti mettono in discussione anche la scelta ministeriale di avere ricollegato la definizione di grave deficienza immunitaria ai risultati dei livelli linfocitari ottenuti in laboratorio poiché, pur prescindendo dall'incidenza che sui risultati possono avere alcune variabili quali l'affidabilità dei laboratori o le modalità di preparazione del campione e via dicendo, questo tipo di accertamento è ritenuto assolutamente inadeguato a decidere, di per sé, la compatibilità carceraria. ⁽¹⁵⁾

Queste fondate critiche comprovano purtroppo come il legislatore, da un lato ostinato nel voler predisporre una disciplina peculiare in materia, dall'altro lato abbia, nella sostanza, eluso il problema rifugiandosi dietro lo schermo di ormai obsolete "etichette" e di aprioristiche valutazioni, soprattutto senza tenere nella dovuta considerazione i risultati ottenuti in questi anni in ambito scientifico nella cura dell' AIDS.

4. Alcune considerazioni critiche con riferimento al settore dell'esecuzione penale

Nel settore dell'esecuzione penale ove, a causa della specificità dell'intervento legislativo, sono comunque prospettabili situazioni di disparità di trattamento a danno di condannati affetti da patologie diverse da quelle in questione ai quali è irragionevolmente preclusa la fruizione dell'affidamento in prova e della detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-*quater* ord. penit., ⁽¹⁶⁾ il sospetto di ingiustificate discriminazioni per la discutibile validità dei parametri fissati dalla legge si pone anche nei riguardi di soggetti comunque colpiti da infezione da HIV ma esclusi dalla fruizione dei benefici in questione perché i risultati degli accertamenti diagnostici su di loro effettuati non rientrano tra quelli prefissati. Non si può infatti ignorare il vincolo imposto al tribunale di sorveglianza con l'obbligo di richiamarsi ai parametri definiti agli artt. 1 e 2 del decreto mini-

(15) Cfr. A. Demori, D. Roncali, M. Tafani, *Compatibilità carceraria, HIV/AIDS e "malattia particolarmente grave"*, cit., p.105 e 106.

(16) Non si possono nascondere le perplessità che suscita in particolare il ricorso all'affidamento in prova, strutturato secondo il modulo, positivamente sperimentato sul piano dell'incentivazione alla cura e al recupero sociale, dell'affidamento terapeutico previsto dall'art. 94 d.p.r. n.309/90. Qui tuttavia sia i presupposti che le finalità appaiono diverse; soprattutto la misura sembra modularsi esclusivamente come modalità di esecuzione della pena meno affittiva del carcere e pertanto perde definitivamente la sua natura.

steriale, alla sola condizione che gli accertamenti provengano da strutture dalla legge autorizzate o dalle stesse convalidate allorché sia investito di decisioni riguardanti l'applicazione dei regimi e degli istituti sopra citati.

Nel provvedere al nuovo innesto normativo inoltre non sembra si sia tenuto alcun conto della legge n. 165 del 1998, di poco precedente, con la quale sono state inserite nell'ordinamento penitenziario delle disposizioni che, pur affrontando in maniera generalizzata il problema della compatibilità carceraria con il diritto alla salute, operano anche nello specifico settore delle infezioni da HIV. Quella legge, infatti, oltre a incrementare la fruizione della detenzione domiciliare per ragioni umanitarie, ai sensi dell' art. 47-ter comma 1 ord. penit, ha esteso l'applicabilità della misura ai casi di rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione in sostituzione di quest'ultimo istituto (art. 47-ter comma 1-ter ord. penit.) qualora le condizioni di salute del condannato non compatibili con il regime intramurario, lo siano invece con il meno rigido regime detentivo domiciliare che consente l'espiazione della pena piuttosto che un suo rinvio a tempo indeterminato.⁽¹⁷⁾ In tale contesto sia la persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, quanto quella solamente HIV positiva, quanto, infine, la persona affetta da altra patologia riconducibile nell'ambito delle "condizioni di grave infermità fisica", possono trovare adeguata tutela, a seconda dei casi, con l'applicazione del beneficio del rinvio dell'esecuzione ai sensi dell'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. ovvero della concessione della detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47 ter comma 1 e comma 1-ter ord. penit. Le situazioni patologiche disciplinate dalla legge n. 231 del 1999 trovavano dunque già adeguata e più razionale tutela nella normativa preesistente. La stessa comporta oltre tutto il vantaggio di non imporre aprioristici vincoli agli accertamenti e alla valutazione del giudice di fronte a ogni singolo caso specifico nonché quello di consentire, laddove la documentazione medica in atti non sia sufficientemente chiara ai fini del decidere, il ricorso all'ausilio di un perito o, meglio ancora di un collegio peritale, in grado di valutare, allo stato, tanto il lato clinico della patologia quanto il suo rilievo su piano legislativo, offrendo al tribunale di sorveglianza corretti elementi per una adeguata motivazione circa il rilevante pregiudizio derivante dalla

(17) Sul punto si rinvia a P. Comucci, *La detenzione domiciliare sostitutiva del rinvio dell'esecuzione: il recupero dell'indefettibilità della sanzione penale*, in *Foro ambr.* 1999, p. 219 ss.

detenzione carceraria in relazione alla praticabilità degli interventi terapeutici necessari. Sono infatti l'attualità di uno stato morboso passibile di gravi complicazioni nonché l'interferenza negativa dell'ambiente carcerario sull'evoluzione clinica della patologia e sulla risposta alla terapia ad escludere la praticabilità di cure in carcere, sia pure in centri clinici adeguatamente attrezzati. ⁽¹⁸⁾

Questo complesso quadro normativo, già ricco di istituti in grado di bilanciare l'interesse all'esecuzione della pena con la tutela del diritto alla salute, ha reso pressoché superflua la disciplina sopravvenuta con la legge n. 231 del 1999 ⁽¹⁹⁾ ed infatti a distanza di due anni non risulta che gli specifici benefici penitenziari previsti dall'art. 47 - *quater* ord. penit. abbiano trovato ampia applicazione a dimostrazione che le situazioni di conflitto tra esigenze di tutela della salute del soggetto portatore di infezione da HIV e quelle di tutela della collettività sono state e continuano ad essere più razionalmente risolte attraverso il ricorso alle opportunità offerte dall'art. 47- *ter* comma 1 e comma 1-*ter* ord. penit ovvero con l'istituto del rinvio dell'esecuzione ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p..

5. Dati statistici

Riportiamo di seguito alcuni dati statistici forniti dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria relativi all'andamento delle scarcerazioni e delle misure extracarcerarie adottate (arresti domiciliari ex art. 286 bis c.p.p. e rinvio dell'esecuzione ex art. 146 c.p.) nei confronti di detenuti affetti da HIV per incompatibilità con il regime carcerario nell'arco di tempo che va dal periodo immediatamente precedente l'emanazione dei primi provvedimenti legislativi ad hoc (d.l.14 maggio 1993 n.39 convertito in legge 14 luglio 1993 n. 222) fino al primo semestre dell'anno 2000 (periodo di circa un anno successivo all'introduzione della legge 12 luglio 1999 n.231).

(18) Cfr. S. Bernasconi, Commento all'art. 11 in, Grevi, Giostra, Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, cit., p.123 ss e la giurisprudenza ivi richiamata.

(19) Anche per la disposizione introdotta all'art. 146 comma 1 n.3 c.p. già se ne è sottolineata, in altra sede, la superfluità, poiché nell'ambito della discrezionalità riconosciuta al tribunale di sorveglianza dall'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. il rinvio dell'esecuzione diventa doveroso quando lo stadio raggiunto dalla patologia presente nel condannato sia tale da non dare più alcun senso all'esecuzione della pena sotto il profilo rieducativo. Cfr. P. Comucci, *Problemi applicativi della detenzione domiciliare*, cit, p.220.

Periodo di rilevamento	Arresti domiciliari	Rinvio dell'esecuzione
13/07/92 -01/11/92	37	56
01/11/92 -13/10/93	275	412
14/10/93 -31/12/93	76	123
01/01/94 -10/5/94	129	166
11/05/94 -31/12/94	205	296
01/01/95 -30/06/95	315	270
01/07/95 -31/12/95	204	237
01/01/96 -30/06/96	142	161
01/07/96 -31/12/96	168	210
01/01/97 -30/06/97	180	225
01/07/97 -31/12/97	134	149
01/01/98 -30/06/98	184	157
01/07/98 -31/12/98	299	122
01/01/99 -30/06/99	260	112
01/07/99 -31/12/99	173	124
01/01/00 -30/06/00	149	115

Un altro dato pubblicato riguarda il numero di detenuti affetti da HIV presenti negli istituti penitenziari fra il 1990 al 1999.

Data	Detenuti presenti	sieropositivi: % sui presenti	affetti da AIDS: % sui detenuti sieropositivi
31/12/90	25.573	9,73	1,57
30/06/91	30.774	9,22	1,69
31/12/91	35.168	9,01	2,65
30/06/92	44.108	8,81	2,16
31/12/92	46.968	7,52	1,42
30/06/93	51.513	7,06	1,59
31/12/93	49.983	6,82	2,52
30/06/94	54.098	5,52	1,67
31/12/94	50.723	5,46	1,08
30/06/95	51.530	4,79	1,42
31/12/95	46.525	4,80	2,78
30/06/96	48.348	4,52	5,04
31/12/96	47.586	4,44	3,52
30/06/97	49.216	3,95	6,07
31/12/97	48.209	3,81	5,77
30/06/98	50.278	3,46	7,36
31/12/98	47.560	3,25	7,63
30/06/99	50.579	3,26	8,13
31/12/99	51.604	3,17	9,95

E' interessante rilevare, in particolare, lo stato della situazione alla fine del 1990 (momento in cui il fenomeno dell'infezione da HIV si è manifestato in maniera consistente negli istituti penitenziari) alla fine di giugno 1993 (periodo immediatamente preceden-

te l'approvazione della legge n. 222/93), dopo gli interventi abrogativi della Corte costituzionale del 1995 (sent. n. 448 e n.449) e nei periodi successivi all'emanazione delle leggi n. 165/98 e n. 231/99. Alla data del 31 dicembre 1990 si registra la percentuale più alta di detenuti sieropositivi rispetto alla popolazione presente negli istituti e una delle più basse per quanto riguarda i malati affetti da AIDS. Nei semestri successivi fino al dicembre del 1999 la percentuale di sieropositivi detenuti è andata costantemente decrescendo fino a raggiungere alla data del 31 dicembre 1999 il 3,17% di tutta la popolazione ristretta che peraltro risulta più che raddoppiata rispetto al 1990. Fra i detenuti sieropositivi le percentuali di malati di AIDS sono basse, anche se variabili, fino al giugno 1995. Successivamente si riscontra un rialzo improvviso dei dati con un aumento, nei semestri successivi, pressoché costante fino al raggiungimento di un dato finale del 9,95% che rappresenta il picco più alto registrato nell'arco di tutto il periodo considerato. ⁽²⁰⁾

Le statistiche riportate offrono peraltro un quadro incompleto ai fini di una corretta valutazione della effettiva incidenza dei provvedimenti legislativi sopra richiamati sull'andamento delle scarcerazioni e delle misure adottabili in presenza di detenuti affetti da AIDS. Non è infatti dato di conoscere la percentuale di soggetti scarcerati per concessione del rinvio dell'esecuzione ai sensi dell'art. 147 c.p. ovvero sottoposti a detenzione domiciliare in sostituzione del rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione ex art. 47-ter comma 1- ter ord. penit. e, infine, quelli relativi alla concessione delle misure previste dall'art. 47- quater ord. penit.

RIASSUNTO

Nell'articolo sono svolte alcune considerazioni sulla normativa regolante i rapporti tra detenzione e infezione da HIV dopo l'emanazione della legge n.231 del 1999 che ha introdotto disposizioni specifiche in materia di esecuzione della pena, di misure di sicurezza e di misure cautelari nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria o da altra malattia particolarmente grave. Dopo un richiamo alle soluzioni emergenziali adottate al manifestarsi del problema prima dalla giurisprudenza e poi dal legislatore che nel 1993 sancì alcuni casi di incompatibilità automatica tra detenzione e

(20) Tutti i dati riportati sono dati ufficiali del DAP, pubblicati nell'Annuario sociale (anni 1998 - 2001) redatto dall'Ufficio Stampa e Comunicazione del Gruppo Abele.

situazioni di AIDS conclamata o di grave deficienza immunitaria, successivamente censurati dalla Corte costituzionale, l'autrice si sofferma sulle novità introdotte con l'ultimo intervento legislativo ove, fra l'altro, il collegamento tra AIDS conclamata (o grave deficienza immunitaria) e incompatibilità carceraria viene riproposto prevedendo peraltro una gamma di istituti giuridici, applicabili in risposta ai diversi stadi della malattia. Dopo aver riferito come tale collegamento non abbia trovato consensi su piano scientifico perché la definizione di AIDS conclamata per la medicina legale oggi ha solo in significato epidemiologico e non clinico – prognostico (anche i risultati di laboratorio cui è demandata la definizione di grave deficienza immunitaria sono ritenuti del tutto inadeguati a decidere di per sé, la compatibilità carceraria), l'A. critica la normativa in questione anche su piano giuridico rilevando, in particolare, come alla luce delle disposizioni già immesse nell'ordinamento con la legge n. 165 del 1998, di poco precedente, le patologie in questione trovassero già adeguata e più razionale tutela con il vantaggio di non imporre aprioristici vincoli agli accertamenti e alle valutazioni del giudice. A riprova di quanto sostenuto vengono richiamati alcuni dati che testimoniano la scarsa applicazione della normativa in questione.

SUMMARY

This article deals with the provisions governing the links between detention and HIV infection after the issuing of law n. 231 of 1999, which introduced specific provisions on the execution of penalties, security measures and pre-trial measures towards persons suffering from full blown AIDS, or serious immunodeficiency, or any other particularly serious disease. The author hints at the emergency solutions adopted, when the problem arose, first by the jurisprudence and then by the legislator who, in 1993, ratified some cases of automatic incompatibility between detention and situations of full blown AIDS or of serious immunodeficiency, which were later censored by the Constitutional Court. Moreover, the author highlights the innovations introduced by the last legislative intervention where, on the other hand, the link between full blown AIDS (or serious immunodeficiency) and prison incompatibility is newly re-proposed, also providing for a number of legal institutes applicable for the different stages of the disease. The author reports that such a link has not had any consent on the scientific point of view because the definition of full blown AIDS, according to forensic medicine has now only an epidemiological meaning and not a clinical-prognostic meaning (also the laboratory results, whose task is to define serious immunodeficiency, are considered completely unsuitable to decide, by themselves, on prison compatibility). In addition, the author criticizes the concerned set of rules also by the legal point of view, as she points out, in particular, that the concerned pathologies were more adequately and rationally safeguarded, in the light of the provisions already introduced in the regulations by the law n. 165 of 1998, with the advantage that aprioristic obligations on the investigations and assessments by the judge are not imposed.

Some data are pointed out to support what has been argued and to bear witness to the limited application of the concerned set of rules.

RÉSUMÉ

Dans cet article nous retrouvons des observations concernant la normative sur les relations entre détention et infection de VIH, après la promulgation de la loi n. 231 de 1999, qui a introduit des dispositions spécifiques en matière d'exécution de la peine, de mesures de sécurité et de mesures de précaution envers des sujets atteints de SIDA évidente ou de déficience immunitaire grave ou d'autre maladie particulièrement grave. L'auteur rappelle d'abord les solutions d'urgence adoptées au moment de l'apparition du problème par la jurisprudence et ensuite par les législateurs, qui en 1993 établirent des cas d'incompatibilité automatique entre la détention et certaines situations de SIDA évidente ou de grave déficience immunitaire, successivement censurées par la Cour Constitutionnelle ; ensuite, elle s'arrête sur les nouveautés introduites par la dernière intervention législative où la connexion entre SIDA évidente (ou grave déficience immunitaire) et incompatibilité carcérale est proposée de nouveau, en prévoyant une série d'instruments juridiques, applicables selon les différentes phases de la maladie. Après avoir dit que cette connexion ne trouve pas de consentement sur le plan scientifique puisque aujourd'hui la définition de SIDA évidente pour la médecine légale a seulement une signification épidémiologique et non clinique-pronostique (les résultats de laboratoire auxquels la définition de grave déficience immunitaire est déferée sont considérés tout à fait inadéquats à décider en eux-mêmes de la compatibilité carcérale), l'Auteur critique la normative en question aussi sur le plan juridique en mettant en évidence, en particulier, que, à la lumière des dispositions déjà insérées dans la normative par la loi n. 165 de 1998, les pathologies en question trouvaient déjà une protection adéquate et rationnelle, avec l'avantage de ne pas imposer des liens aprioristes aux contrôles et aux évaluations du juge. Comme preuve de ce qu'elle vient de dire, elle rappelle des données qui témoignent de l'application insuffisante de la normative en question.

Giurisprudenza Internazionale

Corte eur. Dir. Uomo, Sez. I, 9 gennaio 2001, Natoli c. Italia

Corte eur. Dir. Uomo, Sez. II, 21 dicembre 2000, Rinzivillo c. Italia

Corte eur. Dir. Uomo, Sez. IV, 26 luglio 2001, Di Giovine c. Italia

(Artt. 8, 13 Conv. Eur. dir. uomo)

Il ricorrente – detenuto a seguito di una condanna all’ergastolo per associazione a delinquere, omicidio, rapimento, violazione di domicilio e traffico di stupefacenti – era stato sottoposto al regime previsto dall’art. 41-bis ord. Penit. Dopo numerosi reclami ed impugnazioni previste nell’ordinamento interno, il ricorrente aveva adito la Corte europea dei diritti dell’uomo, lamentando, tra l’altro, la violazione dell’art. 8 Conv. Eur. A causa del controllo cui era stata sottoposta la propria corrispondenza in applicazione dell’art. 18 ord. Penit. I giudici di Strasburgo hanno individuato, nel caso di specie, una “ingerenza di una autorità pubblica” nell’esercizio del diritto del ricorrente – garantito dall’art. 8 Conv. Eur. – al rispetto della propria corrispondenza. Tale ingerenza – ha ricordato la Corte – deve ritenersi conforme alla Convenzione europea dei diritti umani soltanto qualora sia prevista da una legge, sia volta a perseguire uno dei fini legittimi di cui all’art. 8 par. 2 Conv. Eur. e si sia resa necessaria in una società democratica per il loro raggiungimento. La Corte ha richiamato a tale proposito le proprie pronunce intervenute nel merito, secondo le quali l’art. 18 ord. Penit. non prevedendo né la durata del controllo della corrispondenza né i motivi che possono giustificare una tale misura, deve ritenersi indeterminato sotto il profilo del potere di apprezzamento concesso alle autorità competenti. I giudici hanno, infine, osservato, da un lato, che il progetto di legge italiano volto a conformare l’ordinamento interno a quanto statuito nelle decisioni *Diana c. Italia* e *Domenichelli c. Italia* non è stato approvato e, dall’altro, che il regolamento penitenziario interno, entrato in vigore il 6 novembre 2000, pur escludendo il controllo sulla corrispondenza inviata agli organi della Convenzione, non pare modificare il fondamento legale dell’art. 18 ord. Penit. I giudici di Strasburgo pertanto, considerando come non previste dalla legge le misure di controllo sulla corrispondenza del ricorrente, hanno individuato nel caso di specie una violazione dell’art. 8 Conv. Eur.

Risoluzione interinale del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, n. DH (2001) 178, relativa al controllo della corrispondenza dei detenuti in Italia (misure di carattere generale), 5 dicembre 2001.

Premessa. Il mancato turbamento della coscienza di fronte a sistematiche violazioni dei diritti umani determina a lungo andare un *humus* favorevole a fenomeni degenerativi della società e richiede, da parte di tutti, cittadini e operatori del diritto, una attiva vigilanza. Di ciò era ben conscio Pierre Henri Teitgen (parlamentare ed autorevole uomo di Governo in Francia, relatore sul progetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e poi giudice alla Corte europea), quando, oltre cinquant'anni fa, nel corso dei lavori dell'Assemblea parlamentare, che condussero nel settembre del 1949 all'approvazione del progetto della Convenzione, affermò che «la tentazione dell'intolleranza, della sopraffazione, della violenza, si annida in tutte le società, anche le più progredite e nell'animo, purtroppo, di ogni uomo»: egli cercava così di contrastare la tesi, da più parti avanzata, secondo cui le violazioni dei diritti dell'uomo rappresentavano nei Paesi europei, per le loro consolidate tradizioni democratiche, un fatto assolutamente eccezionale.

L'Italia è costantemente oggetto di condanne da parte della Corte di Strasburgo per violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Condanne che, in larga misura, potrebbero essere evitate se solo l'ordinamento si adeguasse realmente alla giurisprudenza di Strasburgo.

In particolare, la conformità dovrebbe essere assicurata principalmente attraverso due canali: la previsione di disposizioni in astratto già in armonia con il dettato convenzionale, e l'interpretazione del diritto interno condotta in base alle disposizioni convenzionali nella loro esatta portata, vale a dire utilizzando il diritto generale europeo, quale formatosi secondo la pratica giurisprudenziale, come parametro interpretativo della norma interna. ⁽¹⁾

La giurisprudenza elaborata dalla Corte di Strasburgo ha definito, arricchendolo, il contenuto dei diritti e delle libertà che sono, per lo più enunciati in termini assai netti nella Convenzione (ed in alcuni dei suoi Protocolli aggiuntivi) ed ha dato luogo alla creazione, in Europa, di quello che viene definito "il diritto della libertà".

Questo diritto europeo è in continua evoluzione perché – come ha ripetutamente chiarito la Corte – "la Convenzione è uno strumento vivente ed i diritti in essa riconosciuti devono essere valutati alla luce delle concezioni ai nostri giorni prevalenti negli Stati democratici". ⁽²⁾

(1) Cfr., *amplius*, V. ESPOSITO, *Le radici della crisi italiana sul giusto processo*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 1-2, p. 1 s.

(2) Corte eur. dir. uomo, 13 giugno 1979, *Mardx c. Belgio*, Serie A, n. 31, par. 12.

Tale diritto costituisce, quindi, il denominatore comune di libertà che unisce oggi i Paesi Europei, ma non impedisce, come del resto ammette la Convenzione, che uno standard superiore possa già essere tutelato in un Paese e che a questo livello possa domani estendersi la garanzia della Convenzione.

Linee guida della giurisprudenza europea in tema di tutela del diritto alla riservatezza della corrispondenza del detenuto. Il visto di controllo sulla corrispondenza è una misura direttamente incidente sul diritto di libertà e di segretezza solennemente sancito dall'art. 15 della Costituzione italiana e dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In particolare l'art. 8 par. 2 Conv. Eur. è la norma cui la Corte europea fa riferimento per giustificare l'imposizione di limiti alla libertà ed alla segretezza della corrispondenza dei detenuti, dato che in essa, con "formula piuttosto ampia", ⁽³⁾ si ammettono interferenze nella privacy epistolare da parte di una "pubblica autorità", purché siano previste dalla legge e risultino necessarie "per la sicurezza nazionale, per la sicurezza pubblica, per il benessere economico del Paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà degli altri".

In applicazione di tale principio, nel solco di una giurisprudenza ormai consolidata, ⁽⁴⁾ la Corte di Strasburgo, con le decisioni in epigrafe, ha condannato nuovamente l'Italia, affermando che, in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti, la disciplina dettata dall'art. 18 commi 7, 8 e 9 ord.penit. viola, sotto due concorrenti profili, la Convenzione europea.

Da un lato, infatti, rimanendo totalmente silente circa le finalità e i limiti della misura, tale disciplina accorda alle autorità competenti eccessivi margini di discrezionalità: essa si limita infatti ad identificare la categoria delle persone la cui corrispondenza può essere sottoposta a controllo e l'autorità giudiziaria competente, senza preoccuparsi della durata del provvedimento né dei motivi che possono giustificarlo.

Dall'altro lato l'ordinamento penitenziario non contempla alcun mezzo di tutela giurisdizionale contro il provvedimento del giudice che dispone il visto: di qui il contrasto con l'art. 13 Conv. Eur., in forza del quale ogni persona i cui diritti e le cui libertà, riconosciute dalla

(3) Cfr. GREVI, *La corrispondenza fra imputato detenuto e difensore (riflessioni sistematiche e prospettive di riforma)*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.* 1972, p. 86.

(4) Cfr., per quanto riguarda le sole condanne verso l'Italia, Corte eur. dir. uomo, 15 novembre 1996, Diana Calogero c. Italia, Serie A, n. 229-A; Corte eur. dir. uomo, 15 novembre 1996, Domenichini c. Italia, Serie A, 1996, n. 11789; Corte eur. dir. uomo, 6 aprile 2000, Labita c. Italia, Serie A, n. 159; Corte eur. dir. uomo, 28 settembre 2000, Messina c. Italia, Serie A, n. 437. Si leggano, con riferimento alle prime due sentenze citate, le osservazioni di UBERTIS, *Due casi italiani di violata segretezza della corrispondenza tra detenuto e difensore*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 162.

Convenzione stessa, risultino violati, deve poter fruire di un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale. In particolare la sistematica violazione del termine di dieci giorni entro il quale il tribunale di sorveglianza deve provvedere ex art. 14-ter ord. Penit. In ordine al reclamo proposto dall'interessato negherebbe di fatto il controllo giurisdizionale sul provvedimento del Ministro emesso ai sensi dell'art.41-bis comma 2 ord.penit.

Forma inoltre oggetto di censura la circostanza che il controllo possa estendersi anche alla corrispondenza indirizzata alla Corte europea, profilo che appare atrizia e con l'Accordo concernente le persone che partecipano alle procedure davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, concluso a Strasburgo il 5 marzo 1996 e ratificato in Italia con la legge 2 ottobre 1997, n. 348.

I fatti esposti nelle tre sentenze richiamate presentano profili simili e sollevano problematiche invero già riscontrate in precedenti decisioni: il ricorrente, detenuto in seguito a numerose condanne per attività di tipo mafioso, omicidio e traffico di stupefacenti, era stato sottoposto al regime detentivo previsto dall'art. 41-*bis* comma 2 ord. Penit. Il regime speciale era stato più volte prorogato e, nell'ambito di tale provvedimento, era stato disposto il controllo della corrispondenza. Il ricorrente, dopo numerosi reclami ed impugnazioni previsti nell'ordinamento interno, si rivolgeva alla Corte europea lamentando, tra l'altro, la violazione degli artt. 8 e 13 Conv. Eur. In particolare, il ricorrente Natoli aveva osservato che il vaglio della censura sulla corrispondenza – protrattosi oltre il periodo di applicazione del regime speciale previsto dall'art. 41-*bis* ord.penit – risultava sfornito della prevista base legale oltre che disposto, almeno in un primo tempo, da un soggetto – il ministro della giustizia – privo della qualifica di autorità giurisdizionale. Allo stesso modo il ricorrente Di Giovine aveva lamentato che due sue lettere indirizzate alla Commissione europea dei diritti dell'uomo erano state sottoposte al visto della censura da parte dell'amministrazione penitenziaria di Cuneo.

L'art. 8 Conv. Eur. intende essenzialmente garantire ogni soggetto da interferenze arbitrarie nella sua sfera privata, assicurando l'esigenza che notizie relative a vicende personali non siano conoscibili da terzi né divulgate da chi ne sia venuto legittimamente al corrente, salvo che l'interessato presti il suo consenso.

A tale proposito, la Corte ha più volte sottolineato come le eccezioni alla garanzia della libertà di corrispondenza vadano interpretate "restrittivamente", poiché il potere di limitare le libertà dei cittadini è tollerabile, in una società democratica, solo nella misura "strettamente necessaria".⁽⁵⁾

Gli Stati, in base al sistema predisposto dai redattori della Convenzione, in quanto primi garanti del rispetto delle norme della Con-

(5) In tal senso sin dalla Corte eur. dir. uomo, 25 marzo 1983, Silver c. Regno Unito, Serie A, n. 161, par. 23.

venzione stessa, hanno un certo margine di apprezzamento circa le misure più idonee a garantire in maniera effettiva le garanzie previste dalla Convenzione europea, ma tale potere non è illimitato. La Corte ne controlla l'esercizio, valutando sia l'entità delle restrizioni imposte all'esercizio dei diritti, sia le finalità perseguite, sia la necessità della loro applicazione: spetta cioè ad essa decidere se le restrizioni siano o meno compatibili con gli articoli della Convenzione.

Ingerenze nell'ambito della *privacy* sono pertanto consentite esclusivamente nei casi e alle condizioni contemplati dall'art. 8 par. 2 Conv. Eur., e cioè sulla base di una "legge"; "per conseguire un fine legittimo"; "quando siano necessarie in una società democratica".

Innanzitutto la giurisprudenza europea riguardo al termine "legge" ha affermato che esso va inteso in senso "materiale" e "non formale", includendo nel vocabolo non soltanto il diritto interno scritto, ma anche quello giurisprudenziale formato nei sistemi di *common law* e, in particolare per gli ordinamenti di *civil law*, l'interpretazione e l'applicazione che delle disposizioni normative operano gli organi giurisdizionali ⁽⁶⁾.

Tale "legge" deve comunque essere facilmente accessibile (nel senso che gli interessati devono disporre di informazioni sufficienti, adeguate alle circostanze della causa, sulle norme applicabili alla concreta vicenda) e deve stabilire in maniera precisa in quali circostanze e a quali condizioni i pubblici poteri sono abilitati a violare il diritto alla riservatezza della corrispondenza, così da consentire a chiunque di adeguare il proprio comportamento. ⁽⁷⁾

Per quanto riguarda, poi, la condizione della "necessità" che giustifica in una società democratica provvedimenti restrittivi all'esercizio di una libertà, si rileva che tale espressione, pur non indicando qualcosa di assolutamente indispensabile, sta a significare in ogni caso un "bisogno sociale imperioso", pressante, che implica connotati ben più forti di quanto non possa essere l'idea di misura "ammissibile, normale, utile, opportuna o ragionevole". ⁽⁸⁾ E' compito delle Autorità interne, che hanno continui e diretti contatti con la realtà del loro Paese, stabilire quando sussiste tale bisogno ed eventualmente adottare provvedimenti, che però devono sempre essere proporzionati agli scopi – legittimi – perseguiti.

A tale proposito, tuttavia, come ha sottolineato la dottrina più attenta, ⁽⁹⁾ la giurisprudenza europea non ha desunto dal requisito della "necessità"

(6) Cfr. Corte eur. dir. uomo, 16 febbraio 2000, Amann c. Svizzera, Serie A, n. 88, par. 56.

(7) Cfr., ancora, Corte eur. dir. uomo, 16 febbraio 2000, Amann c. Svizzera, cit., par. 56.

(8) L'elaborazione del concetto di "necessità" come "bisogno sociale imperioso" è costante nella giurisprudenza europea: cfr., per tutte, Corte eur. dir. uomo, 25 marzo 1983, Silver c. Regno Unito, cit.

(9) Cfr. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, 2000, Milano, Cortina, p. 73.

un principio di sussidiarietà, in forza del quale sussisterebbe un divieto di interferenze nella vita privata, qualora gli stessi elementi di prova ottenuti attraverso le medesime interferenze potrebbero acquisirsi al processo per mezzo di procedimenti gnoseologici che non ledono i diritti tutelati dall'art. 8 Conv. Eur. Essa ha invece chiarito come la nozione di "necessità" implichi soltanto che l'ingerenza sia proporzionata allo scopo legittimamente perseguito, riconoscendo a ciascuno Stato un certo margine di discrezionalità nella valutazione relativa alla pertinenza e alla sufficienza dei motivi addotti per giustificare l'interferenza in questione, nonché al rispetto del suddetto criterio di proporzionalità, e assicurandosi che comunque la legislazione e la sua prassi applicativa offrano adeguate garanzie contro gli abusi. ⁽¹⁰⁾

Partendo da queste premesse, la Corte, nei singoli casi sottoposti al suo giudizio, passa in esame tutte le lettere intercettate, con lo scopo di stabilire, in base al loro contenuto, se la censura subita dai ricorrenti fosse "necessaria in una società democratica" nel senso precisato.

Così, per esempio, in un caso inglese, ⁽¹¹⁾ la Corte europea ha ritenuto che le autorità carcerarie non avevano violato l'art. 8 in relazione a quelle lettere in cui venivano minacciate violenze, a quella in cui un condannato per truffa dava istruzioni per operazioni immobiliari in termini che potevano far pensare ad un'attività di lucro esercitata coi profitti del reato, e a quella con cui si rendeva nota la presenza in prigione di alcuni particolari detenuti. In questi casi la Corte, sotto il profilo del "perseguimento dei fini", ha ritenuto che il sequestro perseguisse dei fini legittimi (difesa dell'ordine, prevenzione dei reati) e che esso è pertanto giustificabile in base al par. 2 dell'art. 8 Conv. Eur.

Per contro, a giudizio della Corte, in relazione ad altri casi, non sussistevano motivi come quelli citati tali da giustificare un'ingerenza nella libertà di corrispondenza dei detenuti: avevano violato l'art. 8 tutte le decisioni di intercettare le lettere inviate ad amici o parenti, quelle che trattavano questioni giuridiche, quelle che contenevano lamentele nei confronti delle Autorità, quelle che avevano lo scopo di suscitare petizioni pubbliche.

Per i detenuti, in particolare, il diritto al rispetto della corrispondenza presenta, poi, alcuni profili ulteriori in ragione dello *status* peculiare in cui si trovano. ⁽¹²⁾

Da un lato, ad essi si riconosce la possibilità di invocare la tutela prevista dall'art. 8 Conv. Eur. anche con riferimento ad un eventuale divieto in toto di corrispondere, dato che risulta "inconcepibile" escludere dall'ambito dell'articolo in questione tale evenienza, quando vi rientra pacificamente quella del semplice

(10) Cfr. Corte eur. dir. uomo, 16 dicembre 1997, *Commensind c. Svizzera*, Serie A, 1997, n. 777.

(11) Cfr. Corte eur. dir. uomo, 30 agosto 1990, *McCullum c. Regno Unito*, Serie A, n. 183.

(12) Cfr. Corte eur. dir. uomo, 25 marzo 1983, *Silver e altri c. Regno Unito*, cit., par. 98.

controllo: come ha sottolineato la dottrina, sarebbe, infatti, paradossale che un detenuto potesse invocare la disposizione atrizia qualora avesse violato il divieto e si vedesse intercettare la propria corrispondenza, ma perdesse la protezione della medesima in caso di ottemperanza alla proibizione. ⁽¹³⁾ Dall'altro, non sembra possibile far discendere dal dettato convenzionale alcuna "limitazione implicita", desunta dall'esistenza in quanto tale di una pena privativa della libertà personale e diversa dalle esigenze normali e ragionevoli della detenzione, oltre a quanto espressamente contemplato dall'art. 8 Conv. Eur. ⁽¹⁴⁾

Un provvedimento di controllo può, quindi, ammettersi solo in presenza di motivi plausibili tali da far ritenere che la corrispondenza inviata contenga elementi illeciti, e comunque con la garanzia che non sia letta da terzi, ad esempio attraverso la previsione che la missiva venga aperta alla presenza del detenuto. La lettura potrà essere consentita solo in casi eccezionali, quando si abbia ragione di credere che il suo contenuto rivesta i caratteri di un reato. ⁽¹⁵⁾

Sussiste, invece, un divieto assoluto di aprire la corrispondenza intercorrente tra gli organi di Strasburgo e un detenuto per il rischio che questi sia esposto a rappresaglie a opera del personale penitenziario eventualmente implicato nel procedimento. ⁽¹⁶⁾

Si è anche ritenuto contrario alla norma atrizia non recapitare a un detenuto la lettera con la quale un avvocato – a prescindere dalla circostanza che non fosse stato ancora formalmente indicato come difensore dall'interessato – gli consigliava di esercitare il diritto al silenzio. ⁽¹⁷⁾

La corrispondenza dei detenuti può quindi essere sottoposta a controllo solo in base a una legge che non si limiti a indicare le categorie di persone a esso assoggettabili e l'organo competente a emanare il relativo provvedimento, ma precisi anche la durata della misura e le ragioni che la giustificano. ⁽¹⁸⁾

I detenuti devono poter corrispondere anche con persone che non siano né parenti né amici e quindi pure con giornalisti. ⁽¹⁹⁾

Per quanto riguarda, infine, più specificatamente i rapporti epi-

(13) Cfr. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, cit., p. 73.

(14) Cfr. Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1975, Golder c. Regno Unito, Serie A, n. 18, par. 44-45.

(15) Cfr. Corte eur. dir. uomo, 25 marzo 1992, Campbell c. Regno Unito, Serie A, n. 80, par. 48.

(16) Cfr. Corte eur. dir. uomo, 25 marzo 1992, Campbell c. Regno Unito, cit., par. 62-64.

(17) Cfr., fra le tante, Corte eur. dir. uomo, 20 giugno 1988, Schonenberger e Durmaz c. Svizzera, Serie A, n. 78, par. 28 – 30.

(18) Cfr. Corte eur. dir. uomo, 15 novembre 1996, Calogero Diana c. Italia, cit., par. 32; Corte eur. dir. uomo, 15 novembre 1996, Domenichini c. Italia, cit., par. 32. Da ultimo v. Corte eur. dir. uomo, 14 marzo 2002, Puzinas c. Lituania, in L.P. 2002, p. 881.

(19) Cfr. Corte eur. dir. uomo, 25 febbraio 1992, Pfeifer e Plankl c. Austria, Serie A, n. 227, par. 47.

stolari fra imputato detenuto e difensore, la dottrina più sensibile è concorde nel riferire a tale contesto la garanzia sancita dall'art. 6 par. 3 lett. B Conv. Eur. nella misura in cui si attribuisce all'imputato il "diritto di disporre delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa".⁽²⁰⁾ Nel novero di tali "facilitazioni" va compresa, infatti, anche la possibilità, specialmente per l'imputato detenuto, di avvalersi di comunicazioni riservate con il proprio difensore.⁽²¹⁾

Il mancato adeguamento dell'ordinamento penitenziario alle indicazioni della Corte di Strasburgo per il visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti. Non è certo la prima volta che l'Italia subisce una condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per difetto di chiarezza della normativa interna nella parte in cui riconosce alle autorità nazionali un ampio margine discrezionale, specie con riferimento alla durata del controllo ed ai motivi che lo giustificano, ed autorizza, tra l'altro, il visto sulla corrispondenza diretta agli organi della Convenzione europea dei diritti umani, senza prevedere alcun rimedio effettivo esperibile avverso le relative decisioni.⁽²²⁾ Recentemente, a tale proposito, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha emanato una risoluzione interinale

(20) Sulla riferibilità della garanzia sancita dall'art. 6 par. 3 lett. b Conv. eur. ai rapporti di comunicazione fra imputato detenuto e difensore è concorde la dottrina, anche in forza del collegamento con la garanzia dell'"assistenza di un difensore" consacrata nella lett. c dello stesso articolo; in particolare oltre a GREVI, *La corrispondenza fra imputato detenuto e difensore (riflessioni sistematiche e prospettive di riforma)*, cit., p. 69, si veda CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 311; HARRIS, "The right to a fair trial in Criminal Proceedings", in *The international and Comparative Law Quarterly*, n. 16, 1967, p. 363.

(21) Rispetto al testo della Convenzione europea dei diritti umani è più ampio il dettato della corrispondente norma del Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 14 par. 3 lett. b), in cui, fra le garanzie difensive minime, previste in sede processuale penale, si prevede che l'imputato ha il diritto non solo di «disporre (...) dei mezzi necessari alla preparazione della difesa», ma pure di «comunicare con un difensore di sua scelta», esplicitando così quanto nella Convenzione è stato ricavato grazie all'attività interpretativa della Corte.

Tra le disposizioni internazionali non si possono non ricordare le Regole minime per il trattamento dei detenuti approvate dall'ONU, nella cui parte dedicata alla carcerazione preventiva ed, in particolare, ai rapporti col difensore, si legge che l'imputato detenuto deve «poter preparare e trasmettere allo stesso istruzioni confidenziali», aggiungendosi che allo scopo, «se lo desidera, gli deve essere fornito materiale per scrivere». Infine, in termini più generali, con riferimento alla tutela del soggetto detenuto, un cenno è doveroso alla Raccomandazione (87) 3, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 2 febbraio 1987, secondo cui ogni detenuto in attesa di giudizio «deve potere (...) predisporre la difesa (...), preparare e trasmettere al proprio avvocato (...) istruzioni confidenziali e riceverne» (art.93).

(22) Si rinvia alle sentenze della Corte europea citate nella nota 4. In dottrina, sul punto v., tra gli altri, LA GRECA, *Persone detenute davanti alla Corte*

concernente proprio l'adeguamento dell'Italia alle pronunce con le quali la Corte aveva censurato la vigente disciplina relativa al controllo sulla corrispondenza dei detenuti sottoposti al regime speciale previsto dall'art. 41-bis comma 2 ord. Penit.⁽²³⁾

Come è noto, l'obbligo per gli Stati di conformarsi alle sentenze della Corte stabilito dall'art. 46 comma 1 Conv. Eur. comporta non soltanto la rimozione delle conseguenze pregiudizievoli subite dalla vittima e, per quanto possibile, la sua reintegrazione nello *status quo ante*, ma anche, ove necessario, l'eliminazione delle cause che hanno dato luogo alla violazione medesima, onde evitarne il ripetersi in situazioni analoghe. Proprio su quest'ultimo aspetto si accentra l'attenzione del Comitato dei Ministri giacché, come nel caso di specie, la violazione accertata dalla Corte è ricollegabile ad una carenza dell'ordinamento giuridico, la quale richiede, per essere colmata, un intervento di natura legislativa o amministrativa.

Considerato che, alla luce della natura delle violazioni accertate dalla Corte nelle sentenze in questione, a tali violazioni non poteva essere posto rimedio semplicemente attraverso una evoluzione della giurisprudenza dei tribunali italiani, il Governo italiano aveva intrapreso nel 1997 una riforma legislativa, con la quale intendeva allineare l'ordinamento penitenziario con i principi fissati nella Convenzione, così da risolvere il problema dell'assenza di una base legale per il controllo della corrispondenza dei detenuti in Italia e quello dell'assenza di un rimedio effettivo contro il controllo medesimo. Successivamente, la mancata previsione di rimedi è stata altresì ritenuta in contrasto con la Costituzione italiana dalla Corte costituzionale,⁽²⁴⁾ proprio in ragione del carattere inviolabile dei diritti umani. Nel 1999, il Governo aveva presentato in Parlamento un disegno di legge⁽²⁵⁾ recante modifiche agli artt. 18 e 35 ord.penit. al fine di circoscrivere il potere di controllo sulla corrispondenza e di introdurre rimedi effettivi. Tuttavia, il Parlamento

(segue nota n. 22)

europea, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 111 s.; CIRIGNOTTA-TURRINI, *Adeguamento alle indicazioni della Corte di Strasburgo per il visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, ibidem, p. 1153 s.

(23) Cfr. la Risoluzione interinale del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, n. DH (2001) 178, 5 dicembre 2001, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 389 s. con commento di SACCUCCI, *Non ancora completo adeguamento alle pronunce della Corte europea sul controllo della corrispondenza dei detenuti ex art. 41-bis ord. penit.*

(24) Cfr. Corte cost. 8-11 febbraio 1999, n. 26, in *Giur. cost.* 1999, p. 176 ed i commenti di S. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, ibidem, p. 190; E. FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, ivi, p. 199; M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, ibidem, p. 203; C. SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, ibidem, p. 222.

(25) Si tratta del disegno di legge contenente "Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di tutela dei diritti dei detenuti e degli internati", presentato dal Ministro della giustizia il 23 luglio 1999, in *Camera dei Deputati. XIII legislatura. Disegni di legge e relazioni*, stamp. n. 4172.

non è stato in grado di varare la nuova disciplina prima della scadenza della legislatura fissata ad aprile 2001.

Parallelamente a queste iniziative legislative sono state adottate alcune misure transitorie dirette ad informare le competenti autorità amministrative e giudiziarie dei requisiti di cui all'art. 8 Conv. Eur., come individuati dalla giurisprudenza della Corte europea, relativamente al controllo sulla corrispondenza dei detenuti, onde rimediare almeno in parte alle carenze della legge italiana. In questa prospettiva si colloca la circolare emanata il 31 marzo 1999 dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, destinata ai direttori dei penitenziari, ove si stabiliva, tra l'altro, che le istanze di autorizzazione al controllo sulla corrispondenza dovevano essere formulate per periodi di sei mesi, salva richiesta di proroga.⁽²⁶⁾ Inoltre, il Direttore degli affari penali del Ministero della Giustizia ha inviato una circolare ai tribunali in data 26 aprile 1999, richiamando l'attenzione sull'importanza che le autorità giudiziarie competenti in ordine al controllo sulla corrispondenza dei detenuti tenessero conto dei principi enucleati dalla Corte europea dei diritti umani al fine di evitare ulteriori condanne a carico dell'Italia.⁽²⁷⁾ Veniva di conseguenza sottolineata la necessità di motivare in modo adeguato i provvedimenti di autorizzazione al controllo sulla corrispondenza dei detenuti e l'opportunità di limitare la durata in modo da garantire il riesame periodico delle esigenze del controllo.

Il problema del visto sulla corrispondenza inviata dai detenuti agli organi della Convenzione europea dei diritti umani è stato, invece, risolto definitivamente a livello legislativo con il nuovo regolamento penitenziario entrato in vigore il 6 settembre 2000.⁽²⁸⁾ L'art. 138 comma 1 del nuovo regolamento vieta, infatti, ogni tipo di visto sulla corrispondenza inviata dai detenuti alle organizzazioni internazionali impegnate nella protezione dei diritti umani.

Il Comitato dei Ministri ha preso atto nella risoluzione citata delle misure provvisorie adottate dallo Stato italiano al fine di prevenire, per quanto possibile, nuove violazioni della Convenzione. Tuttavia i profili di violazione riscontrati dalla Corte europea relativamente al difetto di chiarezza della normativa italiana ed alla mancanza di rimedi effettivi non possono ancora dirsi "rimossi" nel senso prescritto dall'art. 46 par. 1 Conv. Eur. Il Comitato dei Ministri ha, dunque, esortato le autorità italiane a completare rapidamente (entro comunque la sua prima riunione del 2003) la riforma legislativa in corso, rinviando quindi l'esame delle misure di carattere generale predisposte al fine di dare integrale esecuzione all'insegnamento della Corte di Strasburgo.

(26) Cfr. per il testo della circolare *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1050.

(27) Cfr. per il testo della circolare *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1051.

(28) Ci si riferisce al d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 pubblicato in *Gazz. Uff.* 22 agosto 2000, n. 131.

E' evidente che una modifica della disciplina del controllo sulla corrispondenza del detenuto capace di porsi in linea con i dettami della giurisprudenza europea non è più procrastinabile. ⁽²⁹⁾

A tale proposito il recente disegno di legge ⁽³⁰⁾ sembra, finalmente, venire incontro a questa esigenza. Riservando ad un'altra occasione l'esame approfondito di tale disegno di legge, la cui formulazione attuale si presta, in realtà, a rilievi critici di non scarso profilo, in questa sede pare opportuno, comunque, segnalarne gli aspetti più significativi. In particolare, l'articolo 1 del disegno di legge ridisegna la fisionomia dell'istituto del visto, specificando, in una norma apposita (l'art. 18-ter), le finalità, i limiti oggettivi e temporali e la competenza in ordine all'adozione dei provvedimenti che comprimono il diritto alla segretezza della corrispondenza e dei relativi mezzi di impugnazione. La nuova disciplina riguarda non soltanto il visto di controllo sulla corrispondenza, ma anche il provvedimento con il quale siano disposte limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica ed il controllo del mero contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza la lettura della medesima. Vengono poi indicati gli specifici fini ed i limiti del "visto", individuando gli atti non assoggettabili a controllo e limitazioni, e viene definita la competenza delle autorità che possono applicarlo. Quest'ultima spetterà all'autorità giudiziaria procedente qualora vi siano esigenze di carattere investigativo o sussistano specifiche esigenze connesse a procedimenti penali in corso. Spetterà, invece, al magistrato di sorveglianza, su richiesta del direttore dell'istituto, qualora la misura sia adottata per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto penitenziario. Il provvedimento dovrà essere adottato con decreto motivato e non potrà avere inizialmente durata superiore a sei mesi. Il termine potrà essere successivamente prorogato per periodi non superiori a tre mesi. Avverso i provvedimenti menzionati sarà possibile attivare il procedimento di riesame ai sensi degli artt. 324 e 325 c.p.p. ⁽³¹⁾, se adottati nell'ambito di procedimenti penali in corso, ovvero la procedura del reclamo prevista dall'articolo 14-ter ord.penit., qualora abbia provveduto alla loro applicazione il magistrato di sorveglianza.

(29) Lo conferma drammaticamente l'ennesima decisione, seppur non definitiva, di condanna per l'Italia a seguito di ricorso presentato dallo stesso ricorrente: si tratta di Corte eur. 24 ottobre 2002, Messina c. Italia, in www.echr.coe.int.

(30) Cfr. il disegno di legge, presentato dal Ministro della giustizia alla Camera il 19 aprile 2002, contenente "Nuove disposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti", in *Camera dei Deputati. XIV legislatura. Disegni di legge e relazioni*, stamp. n. 2675.

(31) Senza pretesa di approfondire l'argomento in questa sede, non ci si può esimere dall'osservare come, proprio il riferimento al procedimento di riesame, quale possibile gravame, porti ad equiparare, di fatto, il provvedimento di controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza ad una misura cautelare reale quale il sequestro.

L'auspicio, allora, è quello che si inserisca, senza indugiare oltre ⁽³²⁾, nel nostro ordinamento un nuovo tassello di adeguamento reale ed effettivo con la giurisprudenza europea.

(Simone Lonati)

Corte eur. Dir. Uomo, Sez. II, 2 agosto 2001, Vittorio e Luigi Mancini c. Italia

Arresti domiciliari - Ritardo nel trasferimento dal carcere all'abitazione - Responsabilità dello Stato - Parametro di valutazione

(art. 5 § 1 Conv. Eur. Dir. Uomo) – Violazione.

I ricorrenti, imputati in custodia cautelare, avevano ottenuto la misura coercitiva degli arresti domiciliari a seguito di reclamo al tribunale del riesame. L'ordinanza, emessa il 7 gennaio 1998, notificata il 10 gennaio 1998, era stata eseguita solo il 13 gennaio 1998 a causa della mancanza di un servizio di polizia disponibile per la traduzione degli imputati dal carcere alla loro abitazione.

I ricorrenti avevano lamentato la violazione dell'art.5 §1 Conv. Eur. dir. uomo in ragione della presunta illegalità della detenzione subita nel periodo tra il 7 ed il 13 gennaio 1998. Il Governo italiano aveva per contro sostenuto l'inapplicabilità dell'art. 5 §1 a fronte della equiparabilità degli arresti domiciliari alla custodia cautelare.

La Corte, richiamando un proprio precedente (sent. 28 maggio 1985, Ashingdane c. Regno Unito), ha precisato come, nel caso all'esame, il trasferimento dei ricorrenti dal carcere all'abitazione avrebbe determinato un notevole mutamento nel loro *status libertatis*, dato che la detenzione in istituto penitenziario comporta un controllo assai pesante sugli aspetti principali della vita quotidiana: sulla base di questa premessa ha ritenuto la doglianza ricevibile e valutabile alla luce della garanzia espressa nell'art. 5 §1.

La Corte, dopo aver rilevato che il ritardo nella traduzione dei ricorrenti era da imputarsi esclusivamente ad una cattiva organizzazione dell'amministrazione, ha ricordato che le eccezioni previste nell'art.5 §1 devono essere interpretate restrittivamente. Sulla base di un precedente (sent. 22 marzo 1995, Quinn c. Francia) in cui il ritardo di undici ore era stato giudicato incompatibile con la garanzia espressa nell'art.5 §1 ha ravvisato nel caso in esame una violazione di tale norma.

(32) Il disegno di legge è stato assegnato già dal 6 maggio 2002 alla 2ª Commissione (Giustizia) in sede referente, ma a tutt'oggi non ne è ancora iniziato l'esame.

Corte eur. Dir. Uomo, Sez. I, 8 novembre 2001, Palmas c. Italia

Trasferimento di cittadino italiano detenuto all'estero - Lunghezza della procedura - Parametro di valutazione (art. 6 Conv. eur.dir. uomo) - Ricorso manifestamente infondato- Irricevibilità.

Effetti delle sentenze penali straniere - Determinazione della pena più grave in Italia - Parametro di valutazione (art.6) - Omessa proposizione di ricorso in cassazione - Non esaurimento delle vie interne di ricorso - Irricevibilità.

Il ricorrente, cittadino italiano detenuto in Grecia, che aveva chiesto il trasferimento in Italia per espiare il residuo di pena, aveva presentato ricorso alla Corte europea, lamentando una generica violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per la lunghezza della procedura di trasferimento e per la maggior gravità della pena risultante in Italia dal riconoscimento della sentenza penale straniera.

La Corte europea, riconducendo le presunte violazioni all'art. 6 Conv. eur. dir. uomo, ha giudicato il ricorso irricevibile in relazione ad entrambi i motivi addotti: in relazione alla durata della procedura di trasferimento, il ricorso è stato giudicato manifestamente infondato in base della complessità della procedura stessa; in relazione alla determinazione della pena, la Corte ha rilevato che non era stato presentato ricorso in cassazione per lamentare la maggior gravità della pena e che quindi non erano state esperiti tutti i mezzi interni di ricorso.

Giurisprudenza di merito

(A cura di Laura Cesaris)

Tribunale di sorveglianza Venezia – Ord.18 luglio 2000- Pres. Dragone
- Est. Vono - Cond. Segato *

Ordinamento penitenziario – Affidamento in prova al servizio sociale – Giudizio prognostico - Elementi - Sufficienza ai fini del diniego - Inidoneità della misura a contribuire alla rieducazione e a prevenire il pericolo di recidiva.

(Art.47 legge 26 luglio 1975, n. 354)

In tema di concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, il tribunale di sorveglianza può legittimamente desumere elementi negativi di valutazione dalla gravità dei reati commessi e dal ruolo rivestito dal condannato, dall'assenza di revisione critica dei fatti criminosi commessi, dalla pendenza di procedimenti penali nonché da comprovate informative di polizia. (1)

Nel procedimento sull'istanza presentata da Segato Giuseppe, nato a Borgorico il 17/6/54, ivi residente in Via Lovara 56,

tendente ad ottenere il beneficio dell'affidamento in prova al servizio sociale ex art. 47 l.o.p. e della liberazione anticipata in relazione alla pena inflitta con Sentenza Corte d'Assise di Venezia in data 18/3/98, parz. rif. da Corte d'Assise d'Appello di Venezia in data 12/1/99 (anni tre, mesi sette di reclusione)

1. L'istante é stato condannato con la sentenza in epigrafe, a titolo di concorso morale, per i reati di attentato alla sicurezza dei trasporti, impossessamento di nave mediante minaccia, sequestro di persona, detenzione e porto illegale di armi e munizioni, danneggiamento aggravato e occupazione di edificio pubblico, minaccia aggravata a pubblico ufficiale e interruzione di pubblico servizio, reati tutti commessi con l'aggravante del fine di eversione dell'ordinamento costituzionale. I fatti oggetto di condanna riguardano la nota vicenda dell'assalto al Campanile di Piazza San Marco posto in essere nella notte tra il giorno 8 e il giorno 9 maggio 97, quando otto persone, appartenenti all'associazione Veneto Serenissimo Governo e Veneta Serenissima Repubblica, si impossessarono, con la costante minaccia delle armi, di una motonave attraccata al Tronchetto, privando della libertà i membri dell'equipaggio e alcuni passeggeri, quindi intimarono al comandante di salpare e lo costrinsero a deviare verso Piazza San Marco, costringendo le forze dell'ordine che cercavano di impedire l'azione criminosa

(1) La nota di Laura Cesaris a questa ordinanza è a pag. 252.

a desistere da tale atto del loro ufficio con la minaccia di un fucile e un mezzo lanciafiamme; infine, salirono e si asserragliarono sull'omonimo campanile innalzando la loro bandiera e proclamando la liberazione di Piazza San Marco dall'occupazione dello Stato italiano.

Il Segato ha sofferto custodia cautelare dal 10/5/97 al 13/1/98, ed è stato ristretto in espiazione pena presso la Casa di Reclusione di Padova dal 2/2/00 al 9/3/00, non potendo beneficiare della sospensione dell'ordine di esecuzione ex art. 656 comma V per essere stato condannato per reati compresi nella previsione dell'art. 4 bis; è stato poi scarcerato in data 9/3/00 per effetto del provvedimento di provvisoria sospensione dell'esecuzione della pena emesso dal Magistrato di Sorveglianza di Padova, ex art. 47 comma IV, sul presupposto della ritenuta sussistenza del fumus dell'istanza, per la dichiarata dissociazione del Segato dall'ideologia che animò la spedizione in Piazza San Marco, e del *periculum in mora*, per la probabile perdita dell'attività lavorativa prospettata.

Detratta la pena già espia e il periodo di custodia cautelare (complessivi mesi otto giorni cinque), il residuo di pena è inferiore a tre anni e pertanto l'odierna istanza di affidamento in prova è ammissibile.

A sostegno della richiesta, la difesa adduce l'avvenuta dissociazione del condannato dall'associazione denominata Veneto Serenissimo Governo, avendo il Segato "maturato la consapevolezza di dover perseguire il proprio pensiero politico attraverso atti leciti e rispettosi delle leggi vigenti". Sostiene inoltre la difesa che a riprova dei mutati metodi politici del condannato deve essere valorizzata la candidatura dello stesso per le elezioni amministrative del 16/4/00 nelle liste Veneti per l'Europa.

E' stato infine prospettato lo svolgimento da parte dell'istante, ai fini del reinserimento sociale, dell'attività di autore-editore svolta prima della carcerazione, nonché di un'attività lavorativa quale associato in partecipazione presso l'impresa Franceschi Luciano, operante nel commercio di latticini e prodotti caseari e alimentari in genere, con sede in Borgoricco, Via Roma 56-58 (in alcuni documenti è indicato, quale numero civico, il n. 56 - v. ad esempio visura camerale in atti-, che è anche indicato quale numero civico della residenza del Franceschi nella nota della Questura di Padova sulla quale in seguito si dirà, mentre in altri è indicato il n. 58, come nel contratto prodotto dalla difesa). Riguardo a tale attività è stato prodotto in copia il contratto di associazione in partecipazione stipulato tra il Segato e il Franceschi in data 23/11/99, da cui risulta che i compiti attribuiti al Segato consistono prevalentemente nella commercializzazione e pubblicizzazione dei prodotti mediante l'uso di strumenti telematici (televisione interattiva con decoder web e collegamento internet; sul punto v. contratto in atti del 23/11/99). Alla precedente udienza del 23/5/00 è stato concesso alla difesa termine di giorni 15 per il deposito di ulteriore documentazione sull'effettività dell'attività lavorativa prospettata; il difensore ha quindi prodotto un riepilogo a firma dell'associante Franceschi Luciano relativo alle spettanze corrisposte all'associato nel periodo dicembre 99

- maggio 00 (complessive L. 5.307.967 al netto della ritenuta d'imposta del 20%); non è stata invece prodotta altra documentazione contabile relativa a tali compensi. In relazione all'attività di autore - editore, invece, è stata depositata solo documentazione relativa ai redditi dell'ultimo trimestre del 1999 (copia registro tirature e registro IVA).

Al riguardo risulta comunque dagli atti che di recente il condannato ha pubblicato un libro autobiografico dal titolo "Io credo - Anno 2000: arresto, carcerazione, elezioni, splendore e altro. Le avventure di un uomo che crede nel futuro del Veneto", riguardante le vicende vissute dalla data dell'ultimo arresto alle elezioni regionali dello scorso 16 aprile. Il volume è edito dalla Casa Editrice Editoria Universitaria Venezia, dell'editore veneziano Gardin Alberto, noto quale promotore del movimento politico "Congresso de la Nazione Veneta" e "Veneto Serenissimo Governo", nonché organizzatore di numerose iniziative di solidarietà durante la carcerazione del Segato (v. sul punto informazioni fornite dalla Questura di Padova).

Passando ora a esaminare la sussistenza delle condizioni per la concessione del beneficio, va premesso che, stante il riconoscimento in sentenza dell'aggravante del fine di eversione dell'ordinamento costituzionale, l'affidamento in prova può essere concesso solo "se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva" (v. art. 4-*bis* ord. pen.). A tal fine, il Tribunale di Sorveglianza ha l'obbligo di acquisire dettagliate informazioni dal Questore (cfr art. 4-*bis* cit. comma III). E' inoltre necessario, secondo l'art. 47 ord. pen. e secondo l'orientamento costante della giurisprudenza di legittimità e di merito, che in base agli elementi emersi nell'istruttoria sia formulabile un favorevole giudizio prognostico sul contenimento della residua pericolosità sociale del condannato con gli strumenti propri dell'istituto, e sulla rieducazione dello stesso attraverso le prescrizioni tipiche della misura.

Ai fini della formulazione di detto giudizio, il Tribunale deve tenere adeguatamente conto, come punto di partenza, della pericolosità sociale di base, desumibile dal tipo di reato commesso, dai motivi a delinquere, e dai precedenti penali o pendenze, dati che non possono comunque assumere di per sé sola rilevanza decisiva, dovendo essere adeguatamente confrontati con i risultati dell'osservazione della personalità condotta in istituto, o, in assenza di osservazione, con il comportamento tenuto in libertà dopo la commissione del reato o il periodo di custodia cautelare, sicché il beneficio va legittimamente adottato o, al contrario, negato, secondo che la pericolosità di base, posta in relazione con i risultati dell'osservazione della personalità (ovvero con il comportamento tenuto in libertà) autorizzi o meno la prognosi favorevole (v. Cass. pen. sez. I 23/8/94 n. 3112).

Qualora sussistano fondati dubbi sull'avvenuto inizio da parte del condannato di un percorso di revisione critica dei fatti criminosi commessi, al giudice incombe l'obbligo di sottoporlo all'osservazione penitenziaria, che di norma è richiesta e alla quale può derogarsi per

coloro che sono in libertà esclusivamente nei casi in cui con ragionevole certezza, possa ritenersi l'idoneità della misura alternativa alla rieducazione e alla prevenzione dal pericolo di commissione di ulteriori atti illeciti (Cass. pen. sez. I 23/2/93 n. 160).

Nella fattispecie, va ricordato che nella sentenza di condanna - che ha ritenuto che il fine del sodalizio fosse di sovvertire l'ordine costituzionale, imponendo un diverso assetto statale - è ampiamente illustrato il ruolo di rilievo del Segato nell'organizzazione. In particolare, la responsabilità dell'odierno istante è stata riconosciuta per il rilevante contributo fornito nella fase dell'organizzazione e progettazione dell'azione (ad esempio nella scelta dell'obiettivo, nella predisposizione di gran parte dei volantini inneggianti alla liberazione di Piazza San Marco e alla indipendenza e sovranità della Veneta Serenissima Repubblica), per l' incisivo rafforzamento della determinazione degli altri correi, e inoltre per aver accettato il compito, tutt'altro che marginale, di fungere da Ambasciatore della Veneta Serenissima Repubblica e formulare in nome di questa proposte e istanze ai rappresentanti del Governo Italiano (sul ruolo del Segato v. sentenza di primo grado pagg. 67, 101, 116).

A carico del Segato, che non ha riportato altre condanne, risulta tuttora pendente un procedimento penale presso la Procura della Repubblica di Verona per i reati di cui agli artt. 306 in relazione agli artt. 270, 270 bis, 271 c.p. e 1 D.L. 15 dicembre 1979 n. 625 conv. in L. 6/2/80 n. 15, nonché di cui agli artt. 270 bis, 271, 340 c.p., riguardante fatti antecedenti al maggio 97 (nel procedimento è stata sollevata eccezione di costituzionalità dell'art. 271 c.p., ritenuta non manifestamente infondata e rilevante dal giudice *a quo*, che ha rimesso gli atti alla Corte Costituzionale).

In merito ad eventuali collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva del condannato la Questura di Padova ha rappresentato di non essere in possesso di elementi oggettivi al riguardo, anche se "non è da escludere che costui, vista la fortissima motivazione ideologica che lo anima e le iniziative associative di cui di recente si è fatto promotore, possa intrattenere contatti con ambienti della delinquenza politica ai fini di eversione dell'ordine democratico".

Dalla nota inviata dal Comando Carabinieri Provinciale di Padova datata 9/5/00 risulta, invece, che "non possono escludersi altre frequentazioni tra il Segato e altri componenti del gruppo che assaltò il campanile".

A parte tali generiche informative, di per sé inidonee a precludere la concessione del beneficio, va osservato che un decisivo rilievo nell'istruttoria assumono invece i concreti elementi risultanti dalle note prot. 01639/00/DIGOS-Sez I datate 28/2/00, 7/7/00, 13/7/00 trasmesse dalla Questura di Padova, che ha rappresentato che "il condannato, pur essendosi pubblicamente discostato in passato dalle posizioni degli altri partecipanti all'azione in Piazza San Marco, ha continuato a manifestarsi quale convinto propugnatore della 'autonomia Venetista',

nel culto dell'antica Repubblica Veneta"; in particolare, nel luglio del 1999 il condannato, unitamente a Franceschi Luciano, ha redatto "degli atti in dialetto veneto in cui, sulla base dell'asserita applicazione del principio di autodeterminazione dei popoli, dichiarava la autodeterminazione del popolo veneto, nonché l'istituzione di una lista di cittadini veneti"; nello stesso contesto, entrambi si autonominavano *Caoministri de l'autogoverno provvisorio del popeo veneto*, sedicente istituzione con recapito in Borgoricco (PD), Via Roma 58 (sede della ditta Franceschi Luciano, presso la quale presta attività il Segato; in altri documenti del sedicente Governo del Popolo Veneto è indicato invece il numero civico 56).

Tale documentazione è stata pubblicata sul sito internet "<http://autogovernoveneto.8m.com>", insieme a un ulteriore scritto in cui tale Palmerini Loris dichiarandosi espressamente "incaricato dall'autogoverno del Popolo Veneto per l'attuazione dei diritti del popolo veneto presso tutte le Istituzioni", argomentava sui fondamenti giuridici della sovranità del popolo veneto.

Nel settembre dello scorso anno sempre presso il citato sito telematico è stata rilevata l'asserita costituzione da parte delle stesse persone (v. nota Questura di Padova del 28/2/00 cit.) del "Tribunale del Popolo Veneto" con giurisdizione generale a tutela dei diritti soggettivi e interessi dei cittadini veneti secondo le leggi dell'autogoverno del popolo veneto".

Va a questo punto ricordato che durante l'ultima carcerazione del Segato, nel mese di febbraio 2000, Palmerini Loris ha depositato presso l'Ufficio di Sorveglianza di Padova, dove era pendente procedimento per la concessione della provvisoria sospensione dell'esecuzione della pena, una intimidazione, nella forma di "ordinanza", recante l'intestazione "Tribunale del Popolo Veneto", con la quale, richiamate le asserite competenze di tale organo "riconosciute dalla legge veneta" veniva "ordinato" al Magistrato di Sorveglianza di Padova (ivi denominato "Magistrato Vigilante presso il Tribunale della Repubblica Italiana di Padova), il rilascio immediato del cittadino veneto Segato Giuseppe, di nazionalità veneta, di madrelingua veneta e regolarmente iscritto alla Lista dei Cittadini veneti tenuta dal regolare Autogoverno del Popolo Veneto, in base al presupposto dell'incompetenza della Magistratura italiana per le questioni riguardanti i cittadini veneti.

Il Segato in quell'occasione si è dissociato da tale iniziativa, inviando al Magistrato di Sorveglianza di Padova uno scritto datato 29/2/00, nel quale dichiara di non avere alcun contatto con gli autori del documento e di non aver richiesto tale ingerenza, da lui assertivamente non approvata sia nella forma che nella sostanza (v. dichiarazione nel fascicolo del Magistrato di Sorveglianza di Padova).

Risulta ancora dalle informative della Questura di Padova che nel mese di aprile 2000 (dopo la scarcerazione del Segato a seguito del provvedimento interlocutorio del Magistrato di Sorveglianza di Padova) Palmerini Loris ha personalmente consegnato al vice Prefetto

di Padova un' altra "ordinanza" del Presidente del sedicente Tribunale del Popolo Veneto firmato sia dallo stesso Palmerini che da Franceschi Luciano, qualificatisi rispettivamente Presidente Supplente al Tribunale del Popolo Veneto e Caoministro responsabile del governo del Popolo Veneto, nel quale viene disposta la "decolonizzazione dello stato italiano a favore delle istituzioni venete", ovvero il passaggio di tutti gli enti statali e locali alle dipendenze del Governo del Popolo Veneto. Nel documento viene ordinato a tutte le amministrazioni italiane presenti nei territori veneti di seguire le direttive politiche, organizzative del Governo del Popolo Veneto e le direttive di legge dell'Autorità giudiziaria del Tribunale del Popolo Veneto, alle forze di polizia e di pubblica sicurezza si intima di applicare solo le leggi venete pubblicate sul sito Internet "<http://autogovernoveneto.8m.com>", mentre ai "sedicenti " Prefetti, Questori, Comandanti dei Carabinieri e Polizia viene ordinato di presentarsi al Ministro del Governo del Popolo Veneto, ponendosi immediatamente al suo servizio e giurando fedeltà a questo e alla sua bandiera, o in caso contrario dare le dimissioni, (v. documento allegato alla nota della Questura di Padova del 13 luglio 00).

Nel mese di luglio, inoltre, è stata trasmessa tramite posta elettronica alle Prefetture del Nord Italia un'Ordinanza del Presidente del Tribunale del popolo Veneto firmata da Palmerini Loris, nella quale viene ulteriormente specificato il processo di decolonizzazione, previa individuazione dei confini del territorio del Governo del Popolo Veneto, sottratto ad ogni autorità della Repubblica Italiana (coincidente con il territorio dell'antica Veneta Serenissima Repubblica); tra l' altro, viene ordinata nel documento la liberazione dei cittadini veneti condannati dallo stato italiano per reati politici, compresi gli appartenenti al cosiddetto Commando dei Serenissimi. "I dipendenti delle ex amministrazioni italiane, che vogliono conservare i diritti maturati, - si legge ancora nel documento - devono presentare domanda di riconoscimento della carriera e indirizzare le domande di ottenimento della cittadinanza veneta per motivi speciali alla sede del Governo Veneto, in Borgoricco, Padova, Via Roma 56 (sede dell'impresa Franceschi Luciano)." Va poi rilevato che nello stesso atto si afferma che la legittimità del Tribunale del Popolo Veneto è stata riconosciuta da parte del Magistrato di Sorveglianza di Padova nel decreto n. 21/2000 del 9/3/00 (con il quale è stata concessa al Segato la provvisoria sospensione dell'esecuzione).

Va infine ricordato che nel corso della notte antecedente l'odierna udienza è pervenuta nella Cancelleria di questo Giudice un'Ordinanza intestata al sedicente organo di autogoverno, firmata da Palmerini Loris, con la quale viene intimata la sospensione del procedimento con trasmissione degli atti al Tribunale del Popolo Veneto, sul presupposto dell'incompetenza della magistratura italiana sulla questione, e del diritto del Segato, che viene ancora definito "iscritto alla lista dei Cittadini Veneti tenuta dal regolare Autogoverno del Popolo Veneto" a un tribunale imparziale di "madrelingua veneta".

All'odierna udienza il Segato ha dichiarato di non condividere le iniziative del Palmerini, da lui asseritamente invitato più volte a desistere da tali comportamenti, e di non essere iscritto alla lista dei Cittadini Veneti.

2. Ritiene il Collegio che le dichiarazioni del condannato non trovano conferma negli atti, anzi sono smentite da elementi concreti e univoci, quali: l'istituzione da parte del Segato stesso, insieme al Franceschi, dell'autogoverno provvisorio del popolo veneto e della lista dei cittadini veneti nel luglio del 1999, nonché del Tribunale del Popolo Veneto nel settembre 99, ovvero circa due anni dopo i fatti oggetto di condanna, facendo uso dello stesso sito internet sul quale Palmerini Loris ha contestualmente pubblicato i primi scritti sui fondamenti della sovranità del Popolo Veneto e tuttora vengono pubblicati "gli atti normativi" del Governo del popolo Veneto (v. nota prot. 01639/00/DIGOS-Sez I datata 28/2/00, della Questura di Padova); la innegabile vicinanza al Franceschi, che per quanto risulta dagli atti è assiduamente frequentato dal condannato, oltre che per motivi di lavoro, anche per la condivisione delle stesse idee nonché "per l'organizzazione di manifestazioni politiche in ambito provinciale del Club Veneto Libero (v. sul punto anche nota Comando Carabinieri Provinciale di Padova del 9/5/00 in atti); i perduranti collegamenti personali tra il Franceschi e il Palmerini, risultanti dalla firma da parte di entrambi dell'Ordinanza del Popolo Veneto divulgata nel mese di aprile 2000 (v. sopra nota Questura di Padova), e dalla circostanza che in molti atti del sedicente Governo del Popolo Veneto viene indicato quale indirizzo della sede dell'organo di autogoverno quello dell'impresa del Franceschi (v. ordinanza trasmessa il 5/7/00 alle Prefetture del Nord Est sopra citata), senza contare che allo stesso indirizzo dovrebbero essere inviate le domande di "ottenimento della cittadinanza veneta per motivi speciali"; la circostanza che nell'Ordinanza trasmessa a questo Tribunale di Sorveglianza nella notte tra il 17 e il 18 luglio 00 il Segato viene tuttora definito "cittadino di nazionalità veneta regolarmente iscritto alla lista dei Cittadini Veneti tenuta dal regolare autogoverno del Popolo Veneto" (sui collegamenti personali tra Segato, Palmerini e Franceschi, v. anche nota del 7/7/00 della Questura di Padova, mentre sul conto del Franceschi v. anche nota in atti della Stazione Carabinieri di Campodarsego in merito ai comportamenti dallo stesso posti in essere nei mesi di luglio e agosto 98 insieme ad altri appartenenti al "Club Veneto Libero", in nome e su ordine del sedicente "Riccardo, Comandante della Decima Armata", fatti oggetto di informative trasmesse alla Procura della Repubblica di Padova).

Non spetta al Collegio valutare l'eventuale rilevanza penale dell'organizzazione e dei comportamenti sopra descritti, né formulare un giudizio di valore sulle idee politiche del Segato e delle persone a lui vicine, quali il Palmerini e il Franceschi, e gli altri iscritti alla Lista dei

Cittadini Veneti (allo stato sconosciuti), stante la tutela costituzionale della libertà di opinione e di associazione. Tali contatti, se non possono di per sé assumere rilievo assorbente ai fini della preclusione disposta dall'art. 4-*bis* ord. pen., non potendo essere definiti collegamenti con la criminalità eversiva in assenza di condanne definitive per reati eversivi o associativi degli interessati, entrano tuttavia legittimamente nel novero degli elementi valutabili da questo Tribunale ai fini della decisione sull'istanza.

Ritiene, infatti, questo Giudice che i collegamenti personali e associativi e le opinioni politiche chiaramente manifestate e divulgate dal condannato dopo i fatti oggetto di condanna, lungi dal confermare la dichiarata "dissociazione" del Segato dall'ideologia del Gruppo dei Serenissimi, denotano la persistenza di quelle stesse idee (mancato riconoscimento della sovranità della Repubblica italiana sui territori dell'antica Veneta Serenissima Repubblica, affermazione dell'indipendenza di tale territorio come Nazione autonoma) che si sono tradotte nell'azione eversiva e nei reati che vi furono connessi, fatti che videro il Segato in posizione preminente per le maggiori capacità organizzative e ideative.

Per escludere tale persistenza di ideologia politica - che qui rileva solo in quanto indice sintomatico del pericolo di reiterazione di atti illeciti con metodi di lotta non consentiti, e non per il relativo contenuto, sottratto ad ogni sindacato nel merito da parte di questo Giudice - ritiene il Collegio che non possa darsi rilievo alla diversa denominazione dell'organizzazione e alle diverse terminologie utilizzate per indicare gli organi di autogoverno, né alla circostanza che al momento non risultano posti in essere atti di violenza da parte delle persone che ne fanno parte. Infatti, l'attuale fase di divulgazione di idee - peraltro facendo uso di strumenti telematici di innegabile diffusività - non esclude di per sé una successiva fase di azione, né può trascurarsi la circostanza che anche la spedizione di Piazza San Marco è stata "attuazione di un progetto lungamente studiato, perfezionato" nel corso degli anni, preceduta da una fase propagandistica, in quanto il Piano d' Emergenza Risveglio del Leone (c.d. Piano P.E.R.L.), preordinato alla ricostituzione del Veneto Serenissimo Governo, era programmato in tre fasi, la prima con carattere divulgativo- informativo, la seconda di stampo militare, la terza di carattere politico (v. sentenza di I grado pagg. 12 e 13, 25 e 26).

Va aggiunto che la formale dichiarazione di avvenuta dissociazione dalle pregresse ideologie e metodi politici è priva di univoci elementi di conferma agli atti, non risultando il Segato aver prestato collaborazione con la giustizia, né aver mai contrastato il possibile effetto di emulazione delle proprie condotte illecite mediante scritti o altre forme di manifestazione di un serio distacco dai pregressi metodi di azione, mentre sono rinvenibili agli atti molteplici elementi di segno contrario.

Né può essere oltremodo valorizzata, in assenza di altri comportamenti significativi, l'accettazione, da parte del condannato della candidatura nella lista Veneti d'Europa per le elezioni amministrative dell' 2000, attesa anche la vicinanza del condannato a persone che asseriscono la "nullità" delle elezioni indette dalla Repubblica Italiana (v. sul punto l'ordinanza del Tribunale del Popolo veneto del mese di aprile 00 a firma di Franceschi e Palmerini).

Neppure le risultanze della indagine sociofamiliare del C.S.S.A. di Padova sono in alcun modo sufficienti a legittimare una favorevole prognosi di non recidiva, sulla sola base del comportamento disponibile e corretto tenuto dal condannato nella fase di osservazione.

Infatti le dichiarazioni rese in sede di indagine sociofamiliare (v. rel. del 7/7/00 in atti) appaiono improntate più al desiderio di minimizzare la portata offensiva della pregressa azione criminosa, asseritamente compiuta con "l'intento di lanciare un messaggio con un'azione clamorosa" che alla convinta presa di distanza dai precedenti metodi di lotta, posto che a sostegno dell'asserita dissociazione dal gruppo Veneto Serenissimo (il quale si sarebbe scisso "sia sotto l'aspetto pratico che ideologico") vengono riferite solo le riflessioni "sui rischi concreti e sulle conseguenze penali" dell'azione. Non sono peraltro disponibili i risultati dell'osservazione della personalità, che avrebbero potuto costituire valido punto di riferimento per una seria verifica delle dichiarazioni di intenti del condannato, in quanto per la brevità della restrizione carceraria l'équipe dell'istituto non ha redatto la relazione di osservazione (v. rel. Casa di Reclusione di Padova in atti)

Nessun concreto rilievo può, poi riconoscersi, al "parere favorevole" trasmesso dalla Prefettura di Padova, parere che non in alcun modo motivato, e neppure previsto e richiesto dalla legge, che attribuisce a tale organo solo il compito di rendere "dettagliate informazioni" sulla sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva, informazioni invece non fornite (v. art. 4-*bis* comma III ord. pen.).

Quanto all'attività lavorativa prospettata, non può certo ritenersi "idonea al reinserimento sociale", sia per i dubbi che residuano sull'effettività dell'attività lavorativa svolta dal Segato per conto dell'impresa, attesa la carente documentazione prodotta, sia, principalmente, per la coincidenza tra la sede della ditta e quella del sedente Governo del Popolo Veneto, per le già evidenziate iniziative del Franceschi divulgate per via telematica, per la circostanza che il lavoro svolto dal Segato si svolge prevalentemente con l'uso di strumenti telematici (v. sul punto informative della Questura di Padova).

3. All'esito dell'istruttoria, per le ragioni esposte, il comportamento tenuto in libertà dal condannato, posto in relazione con la pericolosità sociale di base, non legittima una favorevole prognosi di non recidiva.

Non sfugge al Collegio che la misura alternativa é ben lontana dal richiedere un ravvedimento certo e meno ancora un qualche pen-

timento morale o un'imposizione ideologica, tuttavia la valutazione del processo di rieducazione, che deve risultare già avviato ai fini della concessione della misura, non può certo essere condizionata da dichiarazioni più o meno attendibili di autocritica di ripudio del proprio passato (afferenti più la sfera morale che giuridica) dovendosi aver riguardo, essenzialmente, in armonia con la visione laica cui si ispira l'ordinamento giuridico, alla prospettiva che il condannato acquisisca la consapevolezza della necessità di rispettare le leggi penali e di conformare il proprio agire ai valori e doveri sanciti dall'ordinamento medesimo (Cass. pen. sez. I 27/4/98 n. 688).

Orbene, in base agli elementi emersi non può fondatamente ritenersi avviato un processo di revisione critica - sia pure in senso "laico" - delle pregresse scelte criminose, con l'acquisizione della consapevolezza della necessità di rispettare, come cittadino, l'ordinamento giuridico oggi vigente, ordinamento che al contrario il Segato ha inequivocabilmente dimostrato di non riconoscere. Giova ricordare che le persistenti motivazioni politiche e le concrete iniziative intraprese dopo i fatti oggetto di condanna, i collegamenti personali e associativi con persone animate dagli stessi intenti, la possibilità di contattare quotidianamente e con strumenti di alta diffusività gli altri iscritti alla Lista dei Cittadini Veneti durante l'attività lavorativa, svolta proprio presso la sede del Governo del popolo Veneto, sono tutti elementi che costituiscono, in ultima analisi, il ripristino delle condizioni ambientali in cui maturarono i delitti oggetto di condanna, e in tale contesto sociolavorativo ben poca incisività potrebbero avere le prescrizioni tipiche dell'affidamento in prova, del tutto inidonee a neutralizzare il pericolo di ricaduta nel reato.

Sotto il profilo della rieducazione, premesso che il concetto di reinserimento sociale non può essere inteso in senso tradizionale, non provenendo il condannato da un contesto di emarginazione socioeconomica, non va poi sottaciuto che non appare neppure esigibile una sincera e convinta collaborazione con le istituzioni di uno stato del quale il condannato ha più volte dimostrato di non riconoscere i valori cardine, né praticabile un trattamento psico-sociale, stante il principio democratico dell'incoercibilità delle opinioni e ideali politici, da parte del servizio sociale, il quale dovrebbe concentrare i suoi interventi sul piano del controllo della condotta dell'affidato, piuttosto che nell'apprestamento dell'opera di sostegno morale.

A fronte della gravità dei reati, si impone una rigorosa verifica dell'effettività del percorso riabilitativo asseritamente intrapreso, essendo sempre presente il rischio, in questo come in altri casi, di un *agere* strumentale del detenuto diretto ad eludere l'esecuzione inframuraria della pena.

Per tutte le suesposte ragioni ritiene il Tribunale che la domanda non possa trovare accoglimento, imprescindibile apparendo la necessità dell'osservazione intramurale.

5. Passando ora a esaminare la domanda di liberazione anticipata, va preliminarmente rilevato che l'istante ha espiato complessivamente mesi 8 e gg. 5, e pertanto è oggi valutabile solo il semestre maturato

dal 10/5/97 al 9/11/97, trascorso interamente in regime di misura cautelare (in parte in custodia cautelare in carcere, presso la Casa di Reclusione di Padova e la Casa Circondariale di Vicenza, in parte agli arresti domiciliari nella propria abitazione di Borgoricco).

Va al riguardo premesso che anche con riferimento al periodo di custodia cautelare il beneficio della liberazione anticipata è comunque finalizzato a un più efficace reinserimento del condannato nella società, e pertanto è sempre subordinato alla prova della partecipazione all'opera di rieducazione.

A tal fine, l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità e di merito non ritiene sufficiente la regolare condotta carceraria, che costituisce la norma di comportamento del detenuto (Cass. 17/5/95), ma è necessaria la partecipazione attiva al trattamento, tale da legittimare un giudizio indicativo dell'evoluzione della personalità verso modelli socialmente validi, comportante una revisione delle motivazioni che avevano indotto il condannato a scelte criminali (tra le altre, cfr. Cass. 13/10/95).

In difetto dell'osservazione scientifica della personalità e del trattamento rieducativo, per il periodo di presofferto tale partecipazione non può essere accertata in base ai criteri dall'art. 94, 2° c. reg. es. o.p., ma il Tribunale di Sorveglianza deve reperire *aliunde* gli elementi utili alla formazione del suo convincimento, e può legittimamente valutare la condotta serbata in libertà dal condannato, dopo la cessazione della custodia cautelare (cfr. Cass. 1/4/94 n. 853).

Dalle relazioni degli istituti di pena il Segato risulta aver tenuto condotta regolare e adeguata alle regole istituzionali, socializzando con i compagni di detenzione, frequentando la biblioteca. Durante il regime di arresti domiciliari per quanto riferito dai Carabinieri di Campodarsego ha tenuto comportamento irreprensibile, rispettando le prescrizioni e mantenendo un comportamento garbato e corretto con i militari operanti.

In assenza di osservazione inframuraria adeguata, e non risultando sufficiente la prova della partecipazione all'opera di rieducazione sulla sola base della regolarità della condotta, può aversi riguardo al comportamento tenuto in libertà, che per quanto già ampiamente sopra esposto non legittima un favorevole giudizio di avvenuta partecipazione all'opera di rieducazione, sia pure tenendo presente che il requisito soggettivo richiesto per la riduzione di pena non può che rappresentare un *quid minoris* rispetto a quello necessario per la concessione di benefici di più ampia portata.

Anche l'istanza di liberazione anticipata non può, pertanto trovare accoglimento, in difetto di prova sufficiente di avvenuta partecipazione all'opera di rieducazione.

P.Q.M.

Visti gli artt. 678 c.p.p., 47, 54 l.o.p.,

RIGETTA l'istanza di affidamento in prova al servizio sociale e di liberazione anticipata per il periodo dal 10/5/97 al 9/11/97.

Tribunale di sorveglianza Venezia – Ord. 17 ottobre 2000 – Pres. Dragone – Est. Vono – Cond. Zulian

Ordinamento penitenziario – Affidamento in prova al servizio sociale – Giudizio prognostico - Elementi – Sufficienza ai fini del diniego- Inidoneità della misura a contribuire alla rieducazione e a prevenire il pericolo di recidiva.

(Art.47 legge 26 luglio 1975, n. 354)

Ai fini del giudizio di ammissione all'affidamento in prova al servizio sociale di condannati autori di reati sessuali, la valutazione deve essere particolarmente attenta a valutare il percorso rieducativo posto in essere, in specie nella prospettiva di risolvere le cause della propria devianza. La sottoposizione ad un trattamento psicoterapeutico solo dopo le denunce all'autorità giudiziaria da parte delle vittime delle violenze e l'assenza di una qualche forma di offerta risarcitoria escludono una prognosi favorevole di non recidiva e di contenimento della pericolosità sociale. (2)

Nel procedimento sull'istanza presentata da Zulian Maurizio, nato a Venezia il 20/6/1959, residente in Camponogara, via Papa Giovanni XXIII , 70, in regime di arresti domiciliari,

tendente ad ottenere il beneficio dell'affidamento in prova al servizio sociale ex art. 47 l.o.p., e , in subordine della detenzione domiciliare, in relazione alla pena inflitta con Sentenza emessa dal GIP Tribunale di Venezia in data 22/2/99, conf. con Sent. Corte d' Appello di Venezia in data 15/7/99.

L'istante é stato condannato con la sentenza in epigrafe per il reato di violenza sessuale aggravata su minori di età.

In particolare, Zulian ha commesso gli episodi criminosi oggetto della sentenza di condanna, che si sono protratti per cinque anni (dal 1992 al dicembre 1997), ai danni del figlio, del nipote, del cugino e di un amico che frequentava abitualmente la casa, fin da quando alcuni dei minori avevano sei anni.

Esclusa la diminuzione del vizio parziale di mente, e riconosciute le attenuanti generiche per l'incensuratezza del condannato, é stata applicata in sentenza la pena di anni tre e mesi otto con la riduzione per il rito. Zulian é stato ristretto in custodia cautelare in carcere per circa due mesi dal settembre al novembre 98, e successivamente sottoposto alla misura degli arresti domiciliari (v. ordinanza emessa in data 20/11/98 dal Tribunale del riesame di Venezia), misura tuttora in esecuzione ai sensi dell'art. 656 c. 10 c.p.p.

(2) La nota di Laura Cesaris a questa ordinanza è a pag. 252.

Il residuo di pena é inferiore a due anni e pertanto entrambe le istanze odierne sono ammissibili (attuale fine pena previsto per il 23/5/02).

A sostegno della richiesta, la difesa adduce che il condannato ha confessato spontaneamente tutti i fatti criminosi davanti al medico del consultorio familiare dal quale é poi stata trasmessa la notizia di reato, e che lo stesso nel corso della misura cautelare degli arresti domiciliari ha dimostrato la volontà di reinserimento sociale rispettando tutte le prescrizioni e svolgendo attività lavorativa presso la Centrale termoelettrica dell'ENEL dal mese di agosto 99, a seguito di autorizzazione concessagli dalla Corte d'Appello di Venezia. Sostiene inoltre la difesa che a riprova della attenuata pericolosità sociale del condannato deve essere valorizzata la volontaria sottoposizione a trattamento psicoterapico dal luglio 98 presso il Centro di Salute Mentale del Dipartimento di Psichiatria dell'Az. U.L.S.S. di Mirano. Infine, é rimarcato nell'istanza che nel mese di settembre 99 é stata diagnosticata al condannato "una grave forma di diabete mellito tipo I".

Agli atti non é disponibile la relazione sociofamiliare del competente C.S.S.A. di Venezia, tuttavia ritiene il Collegio che gli elementi emersi nell'istruttoria consentano una decisione sull'istanza, attese le risultanze agli atti.

Passando a esaminare la sussistenza delle condizioni per la concessione del più ampio beneficio richiesto, va premesso che a tal fine é necessario, secondo l'orientamento costante della giurisprudenza di legittimità e di merito, che in base agli elementi emersi nell'istruttoria sia formulabile un favorevole giudizio prognostico sul contenimento della residua pericolosità sociale del condannato con gli strumenti propri dell'istituto, e sulla rieducazione dello stesso attraverso le prescrizioni tipiche della misura.

Ai fini della formulazione di detto giudizio, il Tribunale deve tenere adeguatamente conto, come punto di partenza, della pericolosità sociale di base, desumibile dal tipo di reato commesso, dai motivi a delinquere, e dai precedenti penali o pendenze, dati che non possono comunque assumere di per sé soli rilevanza decisiva, dovendo essere adeguatamente confrontati con i risultati dell'osservazione della personalità condotta in istituto, o, in assenza di osservazione, con il comportamento tenuto in libertà dopo la commissione del reato o il periodo di custodia cautelare, sicché il beneficio va legittimamente adottato o, al contrario, negato, secondo che la pericolosità di base, posta in relazione con i risultati dell'osservazione della personalità ovvero con il comportamento tenuto in libertà) autorizzi o meno la prognosi favorevole (v. Cass. pen. sez. I 23/8/94 n. 3112).

Qualora sussistano fondati dubbi sulla concedibilità della misura richiesta, al giudice incombe l'obbligo di sottoporre il condannato all'osservazione penitenziaria, che di norma é richiesta e alla

quale può derogarsi per coloro che sono in libertà esclusivamente nei casi in cui, con ragionevole certezza, possa ritenersi l'idoneità della misura alternativa alla rieducazione e alla prevenzione dal pericolo di commissione di ulteriori atti illeciti (Cass. pen. sez. I 23/2/93 n. 160).

Nella fattispecie, va ricordato che nella sentenza di condanna viene posta in risalto l'obiettivo gravità dei fatti, sia in ragione dei rapporti di parentela o amicizia con le vittime, sia per il numero di episodi, verificatisi ripetutamente (con frequenza settimanale o comunque ogni volta che se ne presentava l'occasione, in casa del condannato, in auto, e nel corso di gite o vacanze), sia per le modalità di realizzazione degli atti compiuti. I minori venivano indotti, con minaccia e "meschini ricatti", oltre che in ragione dell'ascendente esercitato su di loro per i rapporti intercorrenti, a subire e a compiere palpeggiamenti, coiti orali e masturbazioni, sia tra loro che con il condannato, nonché ad assistere alla visione di immagini pornografiche tramite il computer dello stesso Zulian, abile utilizzatore di strumenti elettronici e telematici. Per indurli al silenzio, inoltre, il condannato non esitava a suscitare nelle minori vittime sensi di colpa per l'accaduto.

Per quanto risulta dalla sentenza, il condannato non riusciva a controllare i propri istinti sessuali in presenza dei minori, tranne che con il figlioletto Mattia e lo stesso ha confidato a una delle vittime che pur avendo rapporti sessuali con la moglie "gli piaceva farlo con i bambini".

Emerge inoltre dagli atti, e il Collegio ritiene di dover valorizzare tale circostanza, che nonostante la notevole durata nel tempo dei comportamenti criminosi, abilmente celati nel contesto sociofamiliare, non è riscontrabile "una contropinta criminosa vissuta dall'imputato". Gli abusi sono infatti venuti alla luce solo a seguito delle rivelazioni fatte da due delle vittime ai propri genitori, i quali si sono poi rivolti a un medico del consultorio familiare del luogo. Convocato con la moglie nel gennaio 98 presso il consultorio, Zulian ha reso solo "flebili ammissioni" riguardo ad alcuni episodi criminosi segnalati dalle vittime, minimizzandone la portata offensiva, circostanza, questa, contrastante con le affermazioni difensive.

Quanto alla sottoposizione a trattamento psicoterapeutico, la documentazione agli atti conferma che Zulian dal luglio 98 è seguito su sua richiesta dal Centro di Salute Mentale di Milano, con sedute a frequenza settimanale. Non può, però, essere sottaciuto che il trattamento è stato intrapreso solo dopo le rivelazioni delle vittime riguardo agli abusi subiti e la conseguente segnalazione all'autorità giudiziaria (effettuata dallo stesso consultorio nell'aprile del 98), mentre non risulta che un'analoga iniziativa sia stata mai presa dal condannato nei cinque anni di protrazione della condotta criminosa, circostanza che legittima quantomeno dei dubbi sulla effettiva spontaneità della richiesta terapeutica. Inoltre, emerge dalla condanna

che nel mese di agosto 98 (dopo l'inizio del trattamento) Zulian ha minacciato una delle vittime, al fine di indurla al silenzio sugli abusi subiti, rappresentandogli che "avrebbe fatto il suo nome" se la vicenda avesse avuto un seguito".

Peraltro, la relazione medica del Servizio di psichiatria di Milano datata 5/10/00 (che nulla aggiunge rispetto alla documentazione presentata dalla difesa) pur evidenziando l'opportunità che il paziente prosegua il programma di colloqui "per ulteriormente approfondire l'elaborazione dei vissuti emotivi e delle motivazioni di base delle sue difficoltà", non chiarisce in alcun modo l'attuale stato delle capacità di autocontrollo delle anomale pulsioni sessuali del soggetto, né si esprime sull'eventuale attenuazione della pericolosità sociale del condannato. In tal senso, non è sufficiente il prospettato "miglioramento" della disponibilità a raggiungere modalità relazionali serene e positive nei confronti delle figure di riferimento affettivo del presente e del passato e la disponibilità dimostrata ad affrontare le problematiche relazionali.

Va altresì rilevato che a fronte dei gravi danni cagionati ai quattro minori (sul punto v. ampiamente la sentenza di condanna per i negativi effetti dei comportamenti criminosi sulle fantasie e inclinazioni sessuali delle vittime), nessuna forma di offerta risarcitoria risulta dagli atti prospettata, e al riguardo alcun valore esimente può riconoscersi alla mancata costituzione di parte civile nel processo di cognizione (come argomentato dalla difesa all'odierna udienza), posto che l'attivazione nei confronti delle vittime ha rilevanza in tema di misure alternative quale indice sintomatico di resipiscenza, indipendentemente da circostanze di rilievo meramente civilistico quali la formale richiesta o messa in mora da parte delle vittime, o eventuali prescrizioni dell'azione risarcitoria.

Ritiene il Collegio che all'esito dell'istruttoria non appaia compiutamente formulabile una favorevole prognosi di non recidiva e contenimento della pericolosità sociale del soggetto con le prescrizioni tipiche della misura, del tutto inidonee a fronteggiare le diminuite capacità di controllo e di inibizione delle anomale pulsioni sessuali causa della specifica devianza, attesa la gravità e perduranza nel tempo, senza contropunte criminose, degli abusi sui minori, il breve tempo trascorso dai fatti, la mancanza di concrete indicazioni sull'attuale stato delle capacità del soggetto di autocontrollo e di dominio delle inclinazioni sessuali, la mancata attivazione in favore delle vittime del reato, elementi tutti che impongono un'adeguata osservazione intramurale, da effettuarsi con il necessario supposto psichiatrico.

A fronte della gravità dei reati, si impone una rigorosa verifica dell'effettività del percorso riabilitativo asseritamente intrapreso, essendo sempre presente il rischio, in questo come in altri casi, di un *agere* strumentale del detenuto diretto ad eludere l'esecuzione inframuraria della pena.

Per tutto quanto esposto, non si é ritenuto strettamente necessario, come già innanzi precisato, disporre un rinvio del procedimento al fine di acquisire la relazione sociofamiliare del CSSA, che nulla avrebbe potuto aggiungere al materiale probatorio utilizzato per la decisione.

Le stesse circostanze impediscono una favorevole prognosi ai fini della concessione della detenzione domiciliare, attese altresì le circostanze di tempo e di luogo dei reati, commessi anche in pieno giorno, nella propria abitazione o in automobile, nonché la particolare debolezza delle vittime delle inclinazioni sessuali, e la triste diffusione del fenomeno pedofilico tramite strumenti elettronici e telematici, di cui il condanato é abile utilizzatore. Gli elementi considerati non consentono di ritenere fronteggiabile la pericolosità sociale residua del soggetto con la semplice imposizione del divieto di utilizzare i predetti strumenti (la cui violazione é difficilmente verificabile) e di avere rapporti o frequentazioni con persone diverse dai genitori conviventi, attese le attuali facoltà di movimento per ragioni di lavoro e per la sottoposizione alla psicoterapia, facoltà peraltro non conculcabili, pena la compressione della finalità rieducativa della pena, che va invece salvaguardata anche nella forma della detenzione domiciliare.

Né si ritiene oltremodo valorizzabile, in assenza di altri utili elementi, la concessione della misura degli arresti domiciliari da parte del giudice della cautela, e il regolare svolgimento della stessa, attesa la diversità dei presupposti e delle finalità delle pene e delle misure cautelari: queste ultime hanno infatti natura eccezionale e sono finalizzate solo alla prevenzione dei reati e alla salvaguardia di esigenze processuali con il minore sacrificio per l'imputato, mentre la pena, che deve essere adeguata alla concreta pericolosità sociale del condannato, ha nel vigente ordinamento una composita funzione special preventiva e rieducativa.

Infine, va rilevato che neppure gli allegati problemi di salute del condannato appaiono tali da giustificare la concessione della misura ex art. 47 ter I comma lett. c), non risultando dagli atti particolarmente gravi o comunque incompatibili con la restrizione in carcere, attesa la cadenza solo mensile delle visite di controllo documentate dalla difesa.

Per tutte le esposte ragioni entrambe le istanze non possono trovare accoglimento, imprescindibile apparendo l'osservazione in istituto, con prosecuzione del trattamento psicoterapico.

P.Q.M.

Visti gli artt. 678 c.p.p., 47, 47-ter, 54 l.o.p.,

RIGETTA l'istanza di affidamento in prova al servizio sociale e di detenzione domiciliare.

Tribunale di sorveglianza Trieste –Ord. 22 gennaio 2002- Pres. Mangoni
- Est. Del Tedesco - Cond. Di Meo

Ordinamento penitenziario – Affidamento in prova al servizio sociale – Giudizio prognostico - Elementi – Sufficienza ai fini del diniego - Inidoneità della misura a contribuire alla rieducazione e a prevenire il pericolo di recidiva.

(Art. 47 legge 26 luglio 1975, n. 354)

Ai fini del giudizio di ammissione all'affidamento in prova al servizio sociale di condannati autori di reati sessuali, la valutazione deve essere particolarmente attenta a valutare il percorso rieducativo posto in essere, che deve essere esaminato sotto il duplice profilo della condotta tenuta durante l'esecuzione della pena detentiva e delle scelte operate per risolvere le cause della propria devianza. In particolare la negazione delle proprie responsabilità, il mancato risarcimento del danno alle vittime del delitto, l'assenza di un trattamento psicoterapeutico sono elementi che inducono ad un giudizio negativo circa l'asserita volontà rieducativa e l'assenza di pericolo di recidiva. (3)

Nel procedimento iscritto al n. 193112001 R.G. relativo a Di Meo Michele nato a Partenopoli (AV) il 5.03.1945 residente a Trieste via Banelli 17 in detenzione domiciliare per affidamento in prova al Servizio Sociale in sede di rinvio dalla Suprema Corte di Cassazione e liberazione anticipata.

Di Meo Michele propose istanza intesa ad ottenere i benefici di cui agli artt. 47, 47-ter comma I lett. c), 54 della Legge 26.7.1975 n. 354 in relazione alla pena di anni 8 mesi 6 di reclusione inflittagli con la sentenza dd.10.05.1995 dal Tribunale di Trieste per i reati continuati di lesioni personali e violenza carnale commessi nel 1976, 1980 e 1994. Il fine pena previsto per il 20.12.2003.

Le Corte di Cassazione con sentenza dd. 11.10.2001 ha annullato l'ordinanza dd. 9.01.2001 n. 48/2001 con cui questo Tribunale, nel concedere la misura della detenzione domiciliare per motivi di salute, negava il beneficio chiesto in via principale dell'affidamento in prova, rinviando per un nuovo esame limitatamente alla relativa istanza.

Deve, inoltre, precisarsi che questo Tribunale analogamente rigettava una nuova istanza di affidamento in prova con ordinanza dd. 19.06.2001 n.869/2001, a sua volta impugnata ed attualmente sottoposta a giudizio della Suprema Corte.

Alla luce del principio richiamato dalla Suprema Corte secondo cui "l'istituto dell'affidamento presuppone la formulazione di una prognosi circa il comportamento del condannato, con esclusione del pericolo di reiterazione di condotte illecite e di un giudizio di adeguatezza della misura alternativa al finalismo rieducativo del trattamento", si deve esaminare nel merito la richiesta del detenuto diretta ad ottenere la misura più ampia.

(3) La nota di Laura Cesaris a questa ordinanza è a pag. 252.

A carico del soggetto risultano un precedente per violazione delle norme sulla circolazione stradale commesso nel 1959 e uno per oltraggio a P.U. commesso nel 1995. Non vi sono procedimenti pendenti né ulteriori segnalazioni di Polizia.

Il reato in esame è consistito nell'aver costretto a congiungersi con lui carnalmente le due figlie rispettivamente dall'età di sette, otto anni fino all'età di 17 anni e 22 anni, pervenendo a penetrazione vaginale ovvero anale o altri equivalenti fino a propria completa soddisfazione, nonché per avere provocato lesioni personali ad entrambe usando violenza consistita, per l'una in pugni al capo e colpi con il calcio di un'arma puntata e minacce di percuoterla in caso di mancata accondiscendenza, e per l'altra in schiaffi e pugni per lo stesso motivo.

Con la sentenza in esame il soggetto, a cui veniva interdetta la potestà genitoriale, veniva condannato anche al risarcimento del danno senza indicazione dei "quantum", da determinarsi in sede civilistica.

Pertanto sul punto, il CSSA di Trieste con nota dd.18.01.2002 precisa che il Di Meo ha riferito di non aver potuto procedere alla liquidazione del danno in quanto le figlie avrebbero rinunciato ad esigerla. Nel contempo si aggiunge che il soggetto non ha disponibilità economiche, tanto da aver inoltrato la richiesta di remissione del debito all'Ufficio di Sorveglianza. In proposito, si deve, tuttavia, osservare che all'udienza odierna il Di Meo ha dichiarato di avere contribuito a garantire alla famiglia, di cui si occupava in quanto la moglie, e solo lei, lavorava come operaia, un tenore di vita molto alto, tanto da possedere una barca e organizzato vacanze, reperendo il denaro da attività lavorative, non meglio precisate, svolte senza regolare contratto.

Quale forma di giustizia riparativa viene, altresì, riferita la sua disponibilità a svolgere attività di volontariato presso la parrocchia di Servola ove frequenta le funzioni religiose. A tal proposito agli atti è prodotta dichiarazione di disponibilità resa dal Parroco di S. Lorenzo Martire ad accogliere il Di Meo come volontario nell'espletamento di talune mansioni in qualità di giardiniere, sagrestano, fattorino e custode campo giochi.

Infine, in relazione all'atteggiamento del Di Meo sotto il profilo dell'ammissione di responsabilità, viene evidenziato che il medesimo ha sempre negato la propria colpevolezza, ascrivendo tale vicenda alla volontà delle figlie di svincolarsi dalla severa educazione da lui impartita con l'intento di tenerle a freno, con particolare riferimento alla più giovane che aveva allacciato una relazione affettiva con un soggetto, a suo dire, non affidabile.

Invero, è doveroso precisare che dalla lettura della sentenza risulta che in fase processuale, tali menzionate giustificazioni hanno rappresentato la linea difensiva del condannato. In particolare, a fronte di molteplici episodi di violenza posta in essere nei confronti dei figli, compreso il maschio terzogenito, provati testimonialmente, il medesimo, nell'ammettere di aver adottato una tecnica educativa molto severa, anche con l'uso di maniere forti, riconduceva a questa scelta l'intento delle figlie di complottare la denuncia.

A tal proposito si rammenta che in sentenza è stata ritenuta l'infondatezza di tali argomentazioni in quanto l'iniziativa della denuncia è stata assunta dalle figlie nel 1994 ossia quando, già adulte, avevano già avviato una propria vita familiare autonoma.

Orbene, quanto premesso appare quanto mai necessario per comprendere il motivo per cui, a parere di questo Collegio, il percorso rieducativo del soggetto, da cui, in ottemperanza ai precetti della Cassazione su menzionati, non può prescindere ai fini della concessione della misura richiesta, deve essere analizzato sotto il duplice profilo della condotta mantenuta dal soggetto rispetto a se stesso e al proprio stile di vita e delle scelte in concreto poste in essere per affrontare le problematiche personali collegate alla vicenda ed attenuare con ogni mezzo possibile le conseguenze della propria condotta delittuosa: elemento, quest'ultima, che nel caso di specie, deve ritenersi di importanza prioritaria proprio in considerazione della natura del reato, a cui deve ricollegarsi anche la valutazione in concreto del principio rieducativo della pena da espiare.

In relazione al primo punto il Tribunale prende atto che il soggetto, i cui rapporti con le figlie, nonché con il figlio maschio estraneo alla vicenda, si sono interrotti, malgrado il suo desiderio di riavviare i contatti, in questi 7 anni non ha più commesso altri reati, si è attenuto alle prescrizioni della misura della detenzione domiciliare, ha praticato assiduamente il rito religioso e si è offerto per svolgere la menzionata attività di volontariato.

In merito al secondo punto si osserva, che sia dalla lettura della sentenza che da quanto riferito dal CSSA, il Di Meo, non solo non ha mai rivisitato criticamente e messo in discussione la propria condotta, ma ha sempre negato le sue responsabilità, omettendo, dunque, di porre in essere tentativi di qualsiasi genere per offrire alle figlie quegli strumenti di comprensione dell'accaduto e di aiuto ad affrontare e superare, per quanto possibile, il trauma provocato, anche a costo di esporsi a delusioni, rifiuti e vergogna.

Rispetto alle figlie, infatti, il soggetto nient'altro ha fatto se non destituire di credibilità le loro dichiarazioni, anche con argomenti scientificamente smentiti (cfr. pg. 69 relativamente alle risultanze mediche-specilistiche circa la non riscontrata asserita impotenza) e rassegnarsi a smettere dopo oltre 10 anni (!!!) di far loro del male, lasciando che la loro vita proseguisse con tutto il grave peso di quella esperienza.

Tale comportamento, oltre ad indicare una assenza totale di rielaborazione dei meccanismi che lo hanno indotto a porre in essere le azioni sopra descritte, e quindi la presumibile permanenza delle problematiche personologiche sottese ai gravi delitti in questione, contraddice nella sostanza quella correttezza formale a cui si appella per ottenere l'ampio beneficio dell'affidamento. Non può, infatti, ritenersi sufficiente per formulare una prognosi favorevole del condannato il mero riferimento ad una condotta formalmente corretta.

Se è vero, come insegna la Suprema Corte, che il giudizio prognostico circa il reinserimento del condannato nel contesto sociale deve "essere sorretto da una valutazione approfondita dei risultati

emersi dal l'osservazione", ebbene, alla luce di quanto sopra riferito, è parere di questo Tribunale che tali risultati non sono affatto rassicuranti sia sotto il profilo rieducativo che preventivo, non essendo emersa una evoluzione sostanzialmente positiva degli atteggiamenti del soggetto, né sussistendo i presupposti di una effettiva revisione critica.

La condotta deviante posta in essere dal soggetto ha caratteristiche peculiari e va, infatti, valutata con criteri adeguati, in base ai quali possa desumersi che le cause di tali devianza possano ritenersi, quanto meno affrontate, ed elaborate.

Precisato che, a prescindere dagli episodi di violenza carnale, in base a talune testimonianze, peraltro non smentite dalla difesa, sono stati in sentenza individuati ed analizzati comportamenti di tipo morboso, quali toccamenti e apprezzamenti pesanti su parti intime del corpo delle figlie, posti in essere in presenza di altri assume rilevanza anche il fatto che, come riferito dal CSSA con la suindicata nota non è stato possibile ipotizzare la presa in carico del soggetto da parte dei Servizi territoriali per un trattamento psicoterapeutico: elemento di giudizio che depone in senso negativo circa l'idoneità del tipo di attività di volontariato che il soggetto intenderebbe svolgere in qualità, tra l'altro, anche di custode campo giochi.

Peraltro, la suddetta disponibilità al volontariato, nel caso in esame, non appare significativa nemmeno sotto il profilo risarcitorio. A prescindere dal fatto le parti offese, allontanatesi definitivamente dal padre, hanno rinunciato a coltivare la causa civile, deve rilevarsi che i delitti ascritti al condannato rappresentano una condotta criminosa dalle conseguenze così devastanti sui soggetti offesi da rendere davvero impossibile immaginare i danni provocati, dovendosi gli stessi essere rapportati alle inestimabili sofferenze fisiche e psicologiche che per tutta la vita sono destinate a segnare chi le ha subite.

Sulla base di quanto esposto, il Collegio ritiene che la formale correttezza comportamentale dimostrata dal detenuto nel corso della misura non possa considerarsi indicativa di una reale volontà rieducativa né, di per sé, rassicurante circa l'assenza del pericolo di recidiva, talché non sussistono i presupposti per la concessione della misura dell'affidamento in prova.

In occasione della fissazione dell'udienza per la discussione dell'affidamento in prova in sede di rinvio, il soggetto in data 28 dicembre 2001 ha proposto istanza di liberazione anticipata relativamente al semestre 10 giugno 2001-10 dicembre 2001.

Poiché, come già ribadito, la condotta nel corso della detenzione risulta essere stata corretta, il beneficio può essere concesso, con conseguente riduzione di pena di giorni 45.

P.Q.M.

Su parere conforme dei P.G.

Visti gli artt.47 e 54 Legge 26.7.1975 N. 354;

RIGETTA a Di Meo Michele l'istanza di affidamento in prova.

CONCEDE a Di Meo Michele una riduzione di pena di giorni 45 con riferimento ai semestre 10 giugno 2001-10 dicembre 2001.

Tribunale di sorveglianza Trieste – Ord. 19 febbraio 2002 - Pres. Mangoni - Est. Del Tedesco - Cond. Sticotti

Ordinamento penitenziario – Affidamento in prova al servizio sociale – Giudizio prognostico - Elementi - Inidoneità della misura a contribuire alla rieducazione e a prevenire il pericolo di recidiva.

(Art. 47 legge 26 luglio 1975, n. 354)

In tema di concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, il tribunale di sorveglianza può legittimamente desumere elementi negativi di valutazione dalla gravità dei reati commessi, dall'assenza di revisione critica delle condotte pregresse, dall'omesso risarcimento del danno, nonché dalla prosecuzione della medesima attività professionale che ha occasionato la commissione dei reati. (4)

Nel procedimento iscritto al n. 95512001 R.G. relativo a Sticotti Antonio nato a Zara (HR) il 29 maggio 1940 residente a Trieste vicolo Scaglioni 8 per affidamento in prova al Servizio Sociale e detenzione domiciliare, Sticotti Antonio ha proposto istanza intesa ad ottenere i benefici di cui agli artt. 47 e 47-ter comma 1 bis della Legge 26 luglio 1975 n. 354 in relazione alla pena di anni 1 mesi 7 di reclusione applicatagli con sentenza n. 410 dd. 15 dicembre 1998 per i reati di concorso in bancarotta fraudolenta (223 L.F.), violazione degli obblighi degli amministratori e sindaci (artt. 2630-2632 c.c.) e valutazione esagerata degli acquisti e conferimenti in società (art.1629 c.c.) per un numero di oltre 60 capi di imputazione commessi tra il 1989 e il 1993 in qualità di amministratore della Srl Interscambi, di amministratore della SpA Finarma, di socio e amministratore di fatto della Marbell's Srl (sommariamente: distrazione di somme di denaro destinate a finanziamenti a soggetti di cui era conosciuta l'insolvibilità per un ammontare dell'ordine di decine di miliardi di lire cap.1, 7, 18, 29, 47, emissione di fatture per operazioni inesistenti per ammontari variabili tra L. 30.000.000 e L. 100.000.000 ciascuna, somme talvolta destinate a confluire sui conti correnti personali di Sticotti cap. 2, 3, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 48, 49, 51, distrazione di somme di denaro o disponibilità di bilancio della Interscambi Srl mediante emissione o utilizzazione di ricevute per operazioni inesistenti talune emesse dalla moglie Urbanis Luisella, su richiesta e nell'interesse di

(4) La nota di Laura Cesaris a questa ordinanza è a pag. 252.

Sticotti cap. 4, 5, 25, 52 occultamento delle condizioni economiche della società e dell'ammontare dei crediti in sofferenza (15, 26, 37, 53, 55), omessa convocazione dell'assemblea in presenza di perdite che avevano eroso completamente il capitale sociale (16, 38, 54-57), conferimento in aumento di capitale di L. 20.000.000 a una società controllata Esseti Abbigliamento corrispondenti a crediti che la Interscambi risultava fittiziamente avere nei confronti dell'altra società controllata Marbell's in realtà non esigibili (36), indicazione fittizia del valore del corrispettivo dell'alienazione dalla srl Interscambi alla SpA Finarma di un terreno in L. 2 miliardi, con la consecuzione di una plusvalenza di L. 994.000.000 fittizia perché la Finarma non provvedeva a pagare integralmente tale corrispettivo (44), distrazione e dissimulazione del patrimonio di Interscambi di circa £.5 miliardi in favore di Finarma SpA (46), distrazione di somme della Interscambi Srl attraverso emissione di fatture per operazioni inesistenti emesse dalla SaS Ter.Fin. di cui era socio accomandatario (50, 51), esposizione fraudolenta nei bilanci e nelle comunicazioni sociali della Finarma Spa di fatti non corrispondenti al vero allo scopo di mantenere in piedi la società da tempo in grave crisi finanziaria e di consentire manovre di cessione di partecipazione all'interno delle società del gruppo TRIPCOVICH.

Precisamente trattasi di una sentenza emessa a seguito dello stralcio di un unico originario procedimento comprensivo di un rilevante numero di capi di imputazione instaurato a carico di diversi soggetti, implicati a vario titolo in una serie di delitti di bancarotta fraudolenta ed altri reati societari e violazioni finanziarie, derivanti dalla gestione e/o dalle dichiarazioni di fallimento di società e di persone fisiche facenti capo direttamente o indirettamente ad un unico gruppo imprenditoriale (cd. gruppo TRIPCOVICH).

Nella complessa vicenda suindicata la posizione dello Sticotti veniva definita con una ulteriore sentenza contestuale a quella in esame di patteggiamento n.411/98 ad anni 1 mesi 11 di reclusione in relazione alla quale gli è stata concessa la sospensione condizionale della pena.

Dalla lettura del titolo in esame emerge che il giudizio di congruità della pena complessiva di anni 3 mesi 6 di reclusione, ottenuta per effetto delle riduzioni di pena operato a seguito del duplice patteggiamento, scaturisce, oltre che dall'opportunità di evitare un dibattimento complesso e difficilmente gestibile sia sotto il profilo della ricostruzione della vicenda che dell'accertamento delle varie responsabilità, anche dalla positiva valutazione della condotta processuale dell'imputato, "improntata a concreta collaborazione e sfociata in chiare confessioni della propria responsabilità, in ammissioni di fatti di reato non altrimenti accertabili, nella restituzione di ingenti somme di denaro, nonché nel pagamento parziale del risarcimento".

In relazione a quest'ultima circostanza, invero citata con riferimento a tutti i coimputati coinvolti nella medesima vicenda giudiziaria, deve rilevarsi che dagli atti acquisiti non risulta che il soggetto abbia personalmente provveduto al benché minimo risarcimento del danno.

In particolare, in relazione al fallimento Interscambi Srl, dalle note dd. 3 gennaio 2002, 4 febbraio 2002 e 5 febbraio 2002 del curatore fallimentare avv. Majo e del Presidente della società Evoluzione '94, assuntrice del concordato fallimentare, risulta che nessuna delle due società ha ricevuto alcunché a titolo risarcitorio. Deve precisarsi che la società Evoluzione '94 è stata costituita dalle banche creditrici al fine di contenere i danni alle stesse provocati dai fallimenti per effetto della mancata restituzione delle somme erogate alle fallite per la loro attività di finanziamento a terzi debitori, nonché per evitare possibili azioni revocatorie e inutili contenziosi. Inoltre, come risulta dalla nota dd. 5 febbraio 2002, in epoca precedente all'assunzione del concordato, il fallimento ha recuperato una certa somma quale corrispettivo della cessione dei crediti della Interscambi alla Srl Studio COGEFIN di Trieste con contratto dd. 12 giugno 1997 previa autorizzazione del Giudice Delegato.

Alla luce di quanto esposto è evidente che quanto realizzato dalla fallita Interscambi è il frutto di operazioni effettuate a vario titolo, con assoluta esclusione di qualsivoglia esborso di beni, denaro od altro da parte dello Sticotti.

Analogamente, in relazione al fallimento FINARMA SpA, tutt'ora aperto, dalla nota dd. 31 gennaio 2002 risulta che il parziale risarcimento sino ad oggi operato a favore dei creditori (calcolato approssimativamente facendo la differenza tra il passivo di circa 50 miliardi e l'attivo realizzato di L. 7.350.000.000 e dal realizzare di L. 300.000.000) è stato effettuato con somme recuperate a vario titolo, ma nessun importo risulta essere stato versato dallo Sticotti.

Quindi l'aspetto risarcitorio così come indicato nella suesposta motivazione e che in quanto riferito alla globale situazione economica scaturita dall'intera vicenda ha contribuito a giustificare la duplice applicazione del rito premiale, nonché la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena per uno dei titoli, non può, del pari, essere oggetto di valutazione in questa sede, poiché, in concreto, non concerne azioni di carattere risarcitorio poste in essere dallo Sticotti.

Inoltre, come emerge dai capi di imputazione, nello stesso periodo in cui venivano dichiarate fallite le predette società, con sentenza del Tribunale di Trieste dd. 30 maggio 1995 veniva dichiarato anche il fallimento personale dello Sticotti quale socio accomandatario della SaS TER.FIN, analogamente alle altre, collegata al gruppo TRIPCOVICH e operante nel settore finanziario.

All'udienza odierna il difensore ha prodotto i tre verbali di udienza tutti dd. 2 aprile 1996 avanti al Giudice Delegato da cui risulta l'ammissione al passivo del fallimento personale dello Sticotti dei crediti vantati da Finarma, Interscambi (L.15 miliardi ciascuna) e Trisea (L. 17.268.500.000).

Tuttavia, tale circostanza è irrilevante ai fini della decisione, non solo perché concerne la vicenda a cui si riferisce la sentenza n. 411198, ma anche perché, anche in relazione a quella, dal piano di riparto

finale risulta che l'attivo realizzato corrisponde ad una somma minima rispetto all'entità del danno.

Dal punto di vista della situazione giudiziaria, oltre al precedente di cui sopra, la Questura di Trieste riferisce che il soggetto il 30.06.1995 è stato arrestato per acquisto e messa in circolazione valori di bollo contraffatti e il 30 giugno 1996 è stato indagato dalla Procura della Repubblica di Napoli per usura.

Dal certificato dei carichi pendenti risulta che presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Napoli a carico dello Sticotti pende il procedimento n. 00/120146 per reati di concorso in corruzione propria e falsificazione di valori di bollo, commessi in Napoli il 31 dicembre 1991 e 1° gennaio 1989. Inoltre, presso la stessa Procura sono in corso indagini preliminari (proc. n. 11377197R.G.) per il reato di usura, che, in base alla lettura degli atti acquisiti, concerne modalità di calcolo degli interessi praticati dalla "Finarma" nelle proprie operazioni di finanziamento.

Circa lo stato patrimoniale, con nota dd. 2 novembre 2001, la Guardia di Finanza di Trieste ha comunicato che il medesimo, privo di proprietà immobiliari, risulta intestatario esclusivamente di due autovetture immatricolate nel 1969 e nel 1976.

Il CSSA di Trieste riferisce che il condannato, il quale ha svolto le mansioni di Consigliere di Amministrazione e Amministratore Delegato di alcune società del ramo finanziario del gruppo Tripovich dal 1981 al 1992, in precedenza, dal 1969 al 1981, è stato impiegato come funzionario per la Banca Nazionale del Lavoro. Dopo il fallimento personale, il medesimo, coniugato e padre di due figli studenti universitari, ha provveduto alle esigenze economiche della famiglia - con le disponibilità patrimoniali della moglie e dei fratelli della medesima. Attualmente egli ha dichiarato di seguire un corso di vendita per la De Agostini e collabora in qualità di agente con due Istituti che si occupano del recupero di crediti. Agli atti è prodotta documentazione relativa al conferimento di incarico di collaborazione della ditta INTELLCREDIT Srl, TELKOM Srl, entrambe correnti in Roma e JANUS Srl con sede in Milano, da cui risulta che le zone di competenza sono ubicate nella provincia di Trieste e Udine. Nulla viene riferito in merito all'entità del reddito percepito con tale attività.

Tutto ciò precisato, si osserva che l'elemento di maggiore evidenza emergente dalle informazioni assunte e dalla lettura dei capi di imputazione attiene al ruolo e alle specifiche qualità professionali in virtù delle quali lo Sticotti, introdotto nell'ambiente economico-sociale più significativo del territorio provinciale, ha concorso a determinare le vicende fallimentari, operando specificatamente nel settore finanziario, in cui tutt'oggi, seppur a titolo diverso, egli continua a svolgere la sua attività per trarre un reddito occupandosi del recupero di crediti.

Da tali osservazioni scaturisce, innanzitutto un ragionevole dubbio circa l'impossibilità oggettiva a risarcire il danno, e, conseguentemente, l'assenza di una benchè minima volontà da parte del condannato di

ridurre, per quanto possibile, il danno cagionato a causa di condotte in relazione a cui, come sopra specificato, il giudice di cognizione ha accettato la proposta del duplice patteggiamento, basato anche su chiare confessioni e ammissioni di fatti di reato.

Tuttavia, alla luce del comportamento successivamente tenuto dal soggetto sino ad oggi, tale condotta collaborativa che ha giovato al condannato la segmentazione del processo ed una duplice riduzione di pena, non sembra essersi tradotta anche in una rivisitazione critica del suo operato.

In questi ultimi anni lo Sticotti, oltre a non essersi attivato in alcun modo per risarcire il danno, ha avviato una attività professionale in tutto attinente a quella in cui si è sostanziata la sua condotta criminosa, avvalendosi proprio di quella esperienza maturata in un contesto socio-economico peculiare da cui non sembra aver preso le distanze.

Peraltro, nello stesso senso depone l'esistenza di procedimenti pendenti di cui uno per il reato di usura, collegato all'attività finanziaria di una delle società fallite, che, seppur non ancora accertato, rafforza il negativo giudizio anche riguardo all'idoneità dell'attività di recupero crediti sotto il profilo rieducativo, dovendosi invece ritenere che la stessa possa rappresentare occasione per la reiterazione dei reati.

I dati sin qui esposti, unitamente alla tipologia dei reati commessi dal condannato, evidenziano che in questa sede non ci si trova innanzi ad un soggetto portatore di disadattamento sociale bisognoso di effettuare un percorso di risocializzazione attraverso la fruizione della misura alternativa, benché ad una persona "iperintegrata" in un comitato socio-economico ove il perseguimento di interessi particolari si è tradotto nel dispregio delle regole dettate dal consenso sociale.

In tali ipotesi, la misura alternativa, priva della sua comune funzione risocializzante, rappresenta uno strumento di neutralizzazione del pericolo di ricaduta nel reato che presuppone la dimostrata capacità del soggetto di superare nei fatti la sua peculiare pericolosità, talché l'eventuale espiazione della pena detentiva risulterebbe inopportuna in quanto superflua non potendo avere la stessa, né una funzione rieducativa né di prevenzione del pericolo di recidiva.

Nel caso in esame, pare non potersi ravvisare il benché minimo accenno a quel processo di revisione critica di cui questo Giudice necessita per formulare una prognosi favorevole circa l'assenza del pericolo di recidiva e la funzione rieducativa della misura alternativa richiesta.

Invero, gli elementi di giudizio illustrati depongono per una valutazione di tenore contrario. Il soggetto non ha mai operato scelte significative, quali lo spontaneo risarcimento del danno, l'abbandono del tipo di attività e del ruolo rivestito al momento della commissione dei reati, la disponibilità a svolgere una attività di utilità collettiva, od altro, da cui possa desumersi il pentimento per quanto cagionato, l'estraniamento dal tipo di interessi propri della categoria privilegiata di appartenenza allorquando aveva commesso i reati, la rinnegazione

della scala di valori che condizionavano le sue scelte di vita fino a degenerare in condotte criminose e conseguente accettazione dei valori sociali tutelati dall'ordinamento.

L'assenza di consapevolezza della gravità delle condotte delittuose protrattesi per anni e che hanno concorso significativamente a determinare il tracollo economico di plurime società con un danno per i creditori, tra cui banche, piccoli risparmiatori azionisti e obbligazionisti, fornitori e professionisti, stimato nell'ordine di centinaia di miliardi, è desumibile anche dall'ostinata perseveranza con cui il soggetto, al fine di ottenere le misure alternative, ripropone di lavorare nel mondo finanziario.

A tali considerazioni attinenti alla gravità dei reati e alla personalità del condannato, deve aggiungersi l'ulteriore osservazione che scaturisce dal fatto che per i motivi menzionati in premessa, il medesimo avendo risolto la sua vicenda giudiziaria con due contestuali patteggiamenti e relative riduzioni pena, godendo per una di esse della sospensione condizionale e conseguente contenimento di quella in esecuzione nella soglia di ammissibilità per la concedibilità delle misure alternative, ha fruito di fatto già di molteplici benefici. Ebbene, il Tribunale di Sorveglianza nell'adottare i provvedimenti di sua competenza, non può prescindere dalla considerazione che i benefici in astratto concedibili, se cumulati senza una rigorosa ed attenta valutazione di tutte le risultanze processuali, comporterebbero inevitabilmente il venir meno di ogni concreto contenuto delle norme penali poste a tutela di beni di particolare importanza o, comunque, l'affievolimento oltre misura delle finalità di prevenzione generale e speciale.

Tutto ciò premesso, il Collegio ritiene che per la gravità dei reati commessi, l'entità considerevole della complessiva pena da espiare, la mancanza dei benché minimo risarcimento, la riscontrata assenza di rivisitazione critica delle condotte delittuose, la prosecuzione della stessa attività professionale che ha occasionato la commissione dei numerosi fatti di reato, non possa allo stato considerarsi l'affidamento in prova, né altra misura alternativa, idonea a contribuire alla rieducazione dei reo né a prevenire il pericolo di recidiva.

P.Q.M.

Su parere conforme dei P.G. Visti gli artt. 47 e 47-ter comma 1-bis della Legge 26.7.1975 N. 354;

RIGETTA le istanze di affidamento in prova e detenzione domiciliare.

Tribunale di sorveglianza Trieste – Ord. 14 maggio 2002 – Pres. Mangoni – Cond. Montecchio

Ordinamento penitenziario – Affidamento in prova al servizio sociale – Giudizio prognostico – Elementi – Risarcimento del danno- Mancata effettuazione – Inidoneità della misura a contribuire alla rieducazione e a prevenire il pericolo di recidiva.

(Art. 47 legge 26 luglio 1975, n. 354)

In tema di concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, il tribunale di sorveglianza può legittimamente desumere elementi negativi di valutazione dal mancato risarcimento del danno, dalla linea difensiva, perpetuata nei colloqui in carcere, di negazione delle proprie responsabilità e di addebito alla vittima, nonché dalla mancata revisione critica della propria condotta. (5)

Nei procedimenti iscritti al n. 1/2002 R.G. e n. 748/2002 relativi a Montecchio Maurizio, nato il 12 agosto 1941 ad Este (PD) residente a S. Urbano ristretto nella Casa Circondariale di Pordenone, per liberazione anticipata, affidamento in prova al servizio sociale e detenzione domiciliare.

All'odierna udienza vengono preliminarmente riuniti i fascicoli n. 1/2002 R.G. e n. 748/2002 R.G. relativi alle istanze presentate da Montecchio Maurizio intese ad ottenere i benefici di cui agli artt. 54, 47 e 47 ter, comma 1-bis, della legge n. 354/75 e successive modifiche.

Arrestato il 12 novembre 2001, sta espiando la pena di anni 3, mesi 9, giorni 10 di reclusione (condonati anni 2) inflittagli con sentenza dd. 8 febbraio 2000 emessa dalla Corte d'Appello di Venezia (ordine di esecuzione della pena dd. 31.10.2001 n. 15/2001 emesso dalla Procura Generale della Repubblica di Venezia).

L'istanza di liberazione anticipata può essere accolta.

Dagli atti risulta che il soggetto ha partecipato all'opera di rieducazione, mantenendo regolare condotta, dimostrandosi educato e rispettoso nei confronti del personale di custodia e dei compagni di detenzione e disponibile con gli operatori

Al richiedente, che dal 12 novembre 2001 al 12 maggio 2002 ha interamente espiato 1 semestre di pena detentiva, può quindi essere concessa una riduzione di pena di giorni 45.

Deve, invece, essere respinta la richiesta di affidamento in prova al servizio sociale.

Si richiama preliminarmente la motivazione, condivisa da questo collegio - a prescindere dal richiamo ad una condanna diversa da quella in esecuzione erroneamente annotata sui certificati dei Casellario - dell'ordinanza emessa dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia in data 16 ottobre 2001, di rigetto delle misure alternative richieste dal soggetto prima che avesse inizio l'esecuzione della pena.

(5) La nota di Laura Cesaris a questa ordinanza è a pag. 252.

Avverso tale ordinanza pende ancora ricorso presso la Corte di Cassazione e, occorre rilevare, sarebbe stato quanto mai utile conoscere l'esito dell'impugnazione prima di emettere altra pronuncia sullo stesso oggetto.

L'unico elemento di novità, comunque, è costituito dall'osservazione della personalità svolta nel corso della detenzione subita dal condannato.

Orbene, i risultati dell'osservazione della personalità in carcere non sono tali poter formulare una prognosi del tutto favorevole in ordine al pericolo di ulteriori recidive.

Sono ancora insufficienti le notizie utili a valutare il movente dei delitti e le condizioni che avevano indotto il prevenuto a porre in essere le gravi condotte per le quali ha riportato condanna (appaiono rilevanti, peraltro, anche i delitti in ordine ai quali è intervenuta la prescrizione, senza che si siano ravvisate le condizioni per assolvere nel merito il prevenuto).

Non vi è prova di un ravvedimento in quanto, solo in epoca recente, egli ha ammesso le proprie responsabilità per le prolungate violenze sessuali poste in essere ai danni della figlia per circa nove anni a partire dall'epoca in cui la bambina aveva solo sei anni.

Riprovevole appare invece la linea difensiva assunta nel corso dei colloqui iniziali in carcere, di diniego dei fatti e di rovesciamento delle responsabilità con addebito alla vittima di essersi fatta influenzare nelle sue accuse dal suo compagno di vita.

A tale proposito la difesa ha rappresentato l'esistenza di difficoltà nei colloqui dovute all'interruzione dell'osservazione conseguita al trasferimento del soggetto dall'istituto penitenziario di Padova a quello di Pordenone, ma detta circostanza non pare sussistere posto che il trasferimento è avvenuto 12 giorni dopo l'arresto.

Anche rispetto al risarcimento del danno non è stata fornita prova dell'integrale versamento di quanto liquidato in via provvisoria, peraltro contestato nel corso del giudizio perché ritenuto eccessivo a fronte di evidentemente irreparabili danni cagionati ad una figlia fin dall'infanzia della stessa.

Quanto esposto rende evidente che non vi sono sufficienti progressi nell'evoluzione della personalità del Montecchio rispetto ad un delitto di gravità estrema che dovrebbe indurre anche le persone più semplici a profonde sofferenze e meditazioni con conseguenti risultati tangibili a livello di evoluzione dei pensieri, dei sentimenti e degli atteggiamenti.

L'assenza di significative e durature novità rispetto alle citate carenze induce - tenuto conto anche della funzione retributiva e di quella di prevenzione generale e speciale della pena, oltre che di quella della rieducazione che pare, nel caso in esame, appena avviata nonché del principio della gradualità nel trattamento penitenziario che potrebbe essere perseguito attraverso l'iniziale concessione di permessi premio - un giudizio di inadeguatezza dell'affidamento ad assicurare un efficace reinserimento sociale del richiedente ed una non recidività ulteriore.

Dette osservazioni valgono anche rispetto alla detenzione domiciliare, beneficio che deve perseguire, come tutte le misure alternative concedibili nel corso dell'espiazione della pena, la finalità della rieducazione e di un efficace reinserimento sociale, ciò che presuppone la sussistenza di condizioni personali di meritevolezza più avanzate rispetto a quelle finora riscontrate nel caso in esame per i motivi già esposti.

P.Q.M.

sentiti il conforme parere dei P.G. e la difesa che ha concluso come in atti; visti gli artt. 54, 47 e 47 ter, comma 1 bis, l. n. 354/75 e succ. mod.;

RESPINGE l'istanza di affidamento in prova al servizio sociale e di detenzione domiciliare presentata da Montecchio Maurizio.

CONCEDE a Montecchio Maurizio una riduzione di pena di giorni 45 in relazione alla pena di cui in motivazione e con riferimento al semestre maturato dal 12 novembre 2001 al 12 maggio 2002.

Tribunale di sorveglianza Trieste – ord.11 giugno 2002 – Pres. Cunial – Est. Manazzone – Cond. Bevilacqua

Ordinamento penitenziario – Affidamento in prova al servizio sociale – Giudizio prognostico – Inidoneità della misura a contribuire alla rieducazione e a prevenire il pericolo di recidiva.

(Art. 47 legge 26 luglio 1975, n. 354)

Ai fini del giudizio prognostico relativo alla concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, l'assenza di elementi idonei a dimostrare una positiva evoluzione della personalità induce legittimamente a ritenere che le prescrizioni inerenti alla misura alternativa non saranno sufficienti per la rieducazione del condannato e per prevenire il pericolo di reiterazione di altri delitti. (6)

Nel procedimento iscritto al n. 621/02 R.G. relativo a Bevilacqua Lodovico, nato il 19 maggio 1944 a Casteggio (PV) residente a Milano via Randaccio n. 3, per affidamento in prova al servizio sociale.

Bevilacqua Lodovico ha chiesto di essere affidato in prova al servizio sociale ai sensi dell'art 47 della legge 26 luglio 1975 n. 354 in relazione alle pene rispettivamente di anni 1, mesi 6 di reclusione applicata con sentenza n. 411/98 dd. 15 dicembre 1998 emessa dal G.U.P. presso il Tribunale di Trieste e di anni 1, mesi 4 di reclusione applicata con sentenza n. 411/98 dd. 15 dicembre 1998 emessa dal G.U.P.

(6) La nota di Laura Cesaris a questa ordinanza è a pag. 252.

presso il Tribunale di Trieste, comprese nel provvedimento di cumulo n. 155/99 R. Es. dd. 17 gennaio 2001 della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trieste che ha determinato la pena da eseguire in anni 2, mesi 10 di reclusione.

Il presente procedimento concerne il riesame della domanda del Bevilacqua disposto dalla Corte di Cassazione con sentenza dd. 29 novembre 2001 di annullamento dell'ordinanza di questo Tribunale emessa il 9 gennaio 2001.

Detta ordinanza motivava il rigetto della richiesta del ricorrente ponendo in rilievo la gravità dei reati commessi dal soggetto, già pregiudicato in relazione a non modesti e specifici precedenti penali, e l'omesso risarcimento dell'ingentissimo danno complessivamente cagionato alle persone offese.

La Suprema Corte, nel disporre il rinvio per un nuovo esame dell'istanza, ha stabilito che gli elementi negativi messi in evidenza nell'ordinanza impugnata erano da ritenersi secondari rispetto alla "osservazione della personalità del condannato al fine di valutare la idoneità della misura dell'affidamento a contribuire alla rieducazione del reo ed assicurare la prevenzione del pericolo di recidiva".

Prima di procedere ad un nuovo esame degli elementi di merito, pare opportuno specificare quale debba essere, alla luce del principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte, l'oggetto del presente giudizio.

Per definire correttamente tale oggetto si può fare ricorso ad altra pronuncia della Corte di Cassazione che specifica in modo piuttosto esauriente i presupposti per la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale ai sensi dell'art. 47 della Legge 354/1975, affermando che "l'affidamento in prova al servizio sociale presuppone la formulazione di un giudizio prognostico positivo di reinserimento del condannato nel contesto sociale e di idoneità della misura alla sua completa emenda, con esclusione del pericolo di reiterazione di condotte illecite. L'adozione della misura *de qua*, dunque, deve essere preceduta da un attento esame della personalità, che consenta di escludere o ritenere estremamente improbabile la ricaduta del condannato in condotte devianti. Ne consegue che la natura del reato commesso e la sussistenza di pendenze giudiziarie non hanno intrinseca valenza preclusiva, ma possono essere assunte, unitamente ad altri elementi, come indici della personalità del condannato, al fine specifico di ammettere o escludere l'evenienza di reiterazione di condotte criminose e di pronosticare, quindi, l'utile esperibilità della misura" (cfr. Cass. 27 novembre 2001 - 8 gennaio 2002 n.416, Dilani).

Ebbene, il nuovo giudizio di questo collegio, valutati tutti gli elementi indicati dalla giurisprudenza di diritto, risulta sfavorevole all'interessato, con la conseguenza che la domanda non può essere accolta.

Il caso in esame presenta, infatti, due peculiarità inerenti, rispettivamente, alla pesante "storia giudiziaria" del condannato ed ai sintomi rivelatori della mancanza, per quanto è noto allo stato attuale ed

in assenza di una specifica opera di osservazione della personalità, di una effettiva e credibile modificazione in senso positivo della sua personalità in epoca successiva alla commissione dei delitti che andremo a descrivere sinteticamente.

Quanto ai titoli esecutivi richiamati nella premessa si deve rilevare che trattasi di due sentenze di patteggiamento rese possibili dallo stralcio di un unico procedimento per svariati e gravissimi delitti di bancarotta, false comunicazioni sociali ed altro attinenti a società collegate alla S.p.a. Tripcovic.

La citata sentenza n. 410/98 riguarda, nella parte riferibile al Bevilacqua, membro del Consiglio di amministrazione della S.p.a. Finarma dal 25 giugno 1990 all'aprile del 1993, il delitto di cui agli artt. 110 c.p., 216, 219 e 223 legge fallimentare, in relazione all'art. 2621 c.c., per aver esposto fraudolentemente, anche allo scopo di mantenere in vita una società da tempo in grave crisi finanziaria e di consentire fraudolente manovre di cessione di partecipazioni all'interno delle società del gruppo Tripcovich, voci di bilancio attive per circa due decine di miliardi.

La sentenza n. 411/98 contiene 30 capi d'imputazione per reati attribuiti all'interessato, in qualità di amministratore della S.p.a. Triesea, concernenti il concorso in distrazioni e dissipazioni per svariate decine di miliardi, fatti di bancarotta documentale, violazioni fiscali ed altro, reati commessi fino al 1993.

Al contenimento delle due pene nei limiti ricordati il giudice della cognizione è giunto concedendo le circostanze attenuanti generiche - in considerazione della lealtà processuale di alcuni imputati (vengono, a tale proposito, menzionate delle confessioni, una delle quali riferibile al Bevilacqua) e di parziali risarcimenti forniti esclusivamente da alcuni coimputati - dichiarate prevalenti sulle aggravanti, ed applicando la riduzione di pena prevista dalla legge per la scelta del rito alternativo.

Quanto al ruolo specificamente assunto nell'ambito della disastrosa gestione delle due citate società collegate al gruppo Tripcovich, giova ricordare che il Bevilacqua era un amministratore che non aveva conferito, per quanto risulti a questo collegio, dei capitali, ma era stato assunto e veniva retribuito per la gestione di dette imprese proprio in ragione delle sue specifiche capacità tecnico professionali, ciò che preclude un giudizio di estraneità o di ignoranza in ordine alla natura ed alle conseguenze delle singole azioni delittuose ascrittegli.

Per concludere la disamina riguardante i delitti attribuiti al Bevilacqua vi è da rilevare che costui, mentre nel corso delle procedure fallimentari e delle azioni di responsabilità conseguenti aveva creato notevoli difficoltà per le notifiche, rendendosi irreperibile in tutti i domicili noti, solo nei primi mesi del corrente anno (dopo la prima pronuncia negativa di questo Tribunale) ha provveduto a versare la somma complessiva di lire 50.850.000 lire al curatore fallimentare ed all'assuntore del concordato delle due citate società, i quali hanno dichiarato che, anche tenuto conto dell'assenza di risorse finanziarie dell'interessato, tale risarcimento riveste natura liberatoria.

Quanto ai precedenti penali del soggetto si deve registrare una condanna per emissione di assegni a vuoto nel 1981; una a 5 anni di reclusione per bancarotta fraudolenta risalente al 1981: una per violazione del codice della navigazione; una per falsità materiale commessa dal privato in certificati nel 1988; una per violazioni fiscali avvenute nel 1984 ed un'altra condanna a 10 mesi di reclusione per bancarotta fraudolenta in continuazione con quella già menzionata.

Rispetto alle pene detentive inflitte, per un totale di anni 6 e mesi 1 di reclusione, vi è da osservare che la pena di 5 anni è stata condonata nella misura di anni 3 e che in ordine alla pena residua il Bevilacqua ha ottenuto la grazia nel 1990, ciò che non ha costituito una remora alla perpetrazione dei reati attinenti alla pena in esame, quella di mesi 3 di reclusione per il reato di falso è stata amnistiata e quella di mesi 10, in continuazione, estinta in seguito ad un'ulteriore applicazione dell'indulto nel 1991 cioè, quindi, sempre mentre l'interessato rivestiva la carica di amministratore presso la Trisea e la Finarma.

Esaurita la descrizione dei precedenti del soggetto pare doveroso rilevare preliminarmente che, sebbene i singoli delitti commessi debbano essere considerati, come insegna la Suprema Corte, elementi secondari, non può invece ritenersi elemento secondario di giudizio la propensione alla recidiva del soggetto, cui l'inflizione di svariati anni di reclusione, mai eseguiti, e la concessione di plurimi benefici, quali la grazia, eccezionale e specialissimo istituto per l'estinzione della pena, non hanno consentito di incidere sullo stile di vita e su una effettiva educazione al rispetto delle norme penali vigenti.

Quanto alle valutazioni sulla personalità di soggetti non devianti ma socialmente integrati - quali devono ritenersi i c.d. "colletti bianchi" che commettono prevalentemente reati, come il Bevilacqua, in ambito societario e finanziario - occorre ricordare che ciò che rileva ai fini di un corretto giudizio prognostico deve riferirsi ad una seria revisione critica e consapevolezza dell'effettivo disvalore delle pregresse condotte delittuose e ad una presa di distanza, qualora non risulti già positivamente avviata una effettiva rieducazione, dalle attività lavorative che avevano favorito la consumazione dei reati.

Passando, dunque, ad esaminare lo stile di vita mantenuto dal Bevilacqua dopo la consumazione dei delitti richiamati, si rileva che presso gli uffici giudiziari di Trieste e di Milano, ove è stata effettuata la relativa ricerca, non risultano procedimenti pendenti.

Il Bevilacqua - risposato con una signora di origine giapponese che non risulta svolgere attività lavorativa con carattere di continuità, e padre di una bambina di circa 4 anni - ha svolto in modo impegnativo e costante attività di volontariato presso il Convento dei frati minori di Milano e l'Associazione Medici nel mondo fin dal 1997 e, quindi, fin da un anno prima che fossero pronunciate le due sentenze di patteggiamento da eseguirsi.

Quanto all'attività lavorativa, il condannato ha dichiarato di avere cessato la precedente collaborazione con l'università Bocconi di Milano, di scrivere articoli per la parte economica del quotidiano La Repubblica, di avere dato le dimissioni da tutte le cariche societarie che ricopriva fin

dal 1997 e di collaborare, per la vendita di prodotti, con la "Cogep" di Milano e la "Casoni" di Finale Emilia (cfr. relazioni dei CSSA di Milano, nota manoscritta dal soggetto e verbali d'udienza in atti).

Ed ecco, allora, che si apre un nuovo capitolo negativo rivelatore della personalità del soggetto.

Costui, infatti, ha inizialmente dichiarato di avere cessato di svolgere qualsivoglia carica sociale fin dal 1997, producendo però in questo giudizio numerose lettere di dimissione riportanti diverse date del 1999, ciò che rivela già una prima contraddizione.

Dalle informazioni assunte attraverso la Guardia di finanza, tuttavia, risulta che da due cariche è cessato nel 2000, che nel novembre del 2001 è stato rappresentante legaie, sebbene per un breve periodo, della Santa Maria alla Porta n. 1 S.p.a. e che permangono i suoi poteri di rappresentanza presso altre società.

In occasione della scorsa udienza egli ha rilevato, a tale proposito, che probabilmente vi è stato un ritardo nella registrazione delle sue dimissioni, richiamandosi alle sue lettere già citate.

Rispetto a tali lettere, però, occorre rilevare che mancano le dimissioni dalla Smirna e che risultano, invece, quelle dalla "Casoni", sulle quali è venuto il momento di riferire.

All'udienza del 21 maggio 2002, infatti, il Bevilacqua, nel confermare di non rivestire più cariche sociali, ha dichiarato a questo Tribunale che "la Casoni ha tramutato la mia collaborazione in semplice consulenza per mia incompatibilità" e che attualmente ha "due consulenze con la Casoni Fabbricazioni Liquori e con una ditta petrolifera. Nulla mi è assicurato. Solo se vendo mi spetta una percentuale...".

Ebbene, dagli ulteriori accertamenti tramite la Guardia di finanza per valutare la serietà delle attività prospettate e l'assenza di poteri di rappresentanza in capo al prevenuto, è emerso che nella "ditta petrolifera" la sorella del Bevilacqua è presidente del Consiglio di amministrazione, il cognato vice presidente e due nipoti sono i rimanenti consiglieri dell'intero organo societario.

Avendo il Bevilacqua sottaciuto tale circostanza sebbene fosse stato interrogato proprio sul tipo di funzioni che avrebbe potuto svolgere, anche solo di fatto, la sua credibilità ed affidabilità ai fini del giudizio sulla sua personalità risultano gravemente compromesse, anche volendo dare qualche credito alle non esaurienti giustificazioni fornite sul punto in data odierna circa la ritenuta non rilevanza di tali informazioni.

Più evidente ancora l'atteggiamento quantomeno sleale del richiedente con riferimento al lavoro svolto presso la "Casoni", ove è ancora membro del Consiglio di amministrazione e non viene affatto retribuito in percentuale come aveva dichiarato più volte, anche avanti a questo collegio.

Oggi ha affermato che credeva di essere cessato dalla carica, ma tale affermazione viene smentita dalla circostanza che egli stesso ha ammesso che nel 2000 aveva inviato un'altra lettera di dimissioni (a cosa serviva, se veramente ignorava di permanere nel suo incarico?) e che nulla era cambiato, dopo il 1999, rispetto alle precedenti modalità della sua retribuzione.

In conclusione, volendo tracciare un profilo del soggetto per come desumibile dagli atti acquisiti da questo Tribunale, si deve rilevare che ci troviamo di fronte ad una persona che ha gravi precedenti penali e che ha persistito nel corso di diversi anni nella consumazione di delitti anche dopo aver usufruito di numerosi e consistenti benefici e, perfino, della grazia.

Egli si è sottratto all'adempimento delle obbligazioni civili nell'ambito delle procedure fallimentari e si è attivato in tale direzione solo in vista di quest'ultimo procedimento e, peraltro, solo recentissimamente.

Il ruolo di "tecnico" svolto presso le due imprese fallite più volte citate non consente di ravvisare elementi per sminuire la sua responsabilità in ordine ai reati ascrittigli.

Venuto in contatto con gli operatori dell'area penitenziaria e del diritto per la trattazione del presente procedimento, egli ha più volte affermato fatti non rispondenti al vero e sottaciuto circostanze relevantissime per il giudizio, risultando, alla fine, quantomeno sleale ed inattendibile.

Tali negativi elementi di giudizio precludono la possibilità di valorizzare, allo stato, gli sforzi positivi comunque compiuti dal soggetto, ad esempio nello svolgimento di un'attività di volontariato, poiché sono talmente ripetitivi e pregnanti quanto alla recidiva ed alla slealtà rivelata fino ad oggi da gettare un'ombra anche sulla effettiva valenza rieducativa o meno dell'impegno profuso in opere di volontariato.

In conclusione, pertanto, si deve affermare non può dirsi accertata, ed anzi risulta smentita, la sussistenza di un effettivo cambiamento dello stile di vita attraverso l'assunzione di scelte significative e credibili volte a favorire il suo ravvedimento ed il suo effettivo reinserimento sociale.

Ne consegue che la propensione alla recidiva del soggetto, l'assenza di elementi idonei a dimostrare una positiva evoluzione della sua personalità ed anzi la presenza di elementi che rendono del tutto verosimile la situazione opposta e la sua slealtà processuale inducono questo Tribunale a ritenere che le prescrizioni inerenti alla misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale non sarebbero sufficienti per la sua rieducazione e per prevenire il pericolo che il medesimo commetta ulteriori reati.

Si osserva, infine, che la semilibertà non potrebbe essere concessa a causa delle caratteristiche delle attività lavorative prospettate dal soggetto, le quali, tra l'altro, non garantirebbero l'assenza di ingerenze "di fatto" nell'amministrazione delle due citate imprese, e che la detenzione domiciliare "generica" è inammissibile in considerazione dell'entità della pena da espiare.

P.Q.M.

Sentiti il difforme parere dei P.G. e la difesa che ha concluso come in atti; visto l'art. 47 della Legge 26 luglio 1975 N. 354;

RIGETTA l'istanza di affidamento in prova al servizio sociale.

Tribunale di sorveglianza Venezia – Ord. 27 agosto 2002 - Pres. Dragone – Est. Pavarin - Cond. Ronchitelli

Ordinamento penitenziario – Affidamento in prova al servizio sociale – Giudizio prognostico - Inidoneità della misura a contribuire alla rieducazione e a prevenire il pericolo di recidiva.

(Art. 47 legge 26 luglio 1975, n. 354)

In tema di concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, il tribunale di sorveglianza può legittimamente desumere elementi negativi di valutazione dalla gravità dei reati commessi, dall'assenza di revisione critica delle condotte delittuose pregresse e della mentalità che ne ha propiziato il compimento, nonché dalla generica dichiarazione di collaborazione a titolo volontario presso una imprecisata associazione. (7)

Sull'istanza, avanzata da Ronchitelli Riccardo, nato ad Auronzo di Cadore (BI) il 27 luglio 1952, detenuto presso la Casa di Reclusione di Padova, volta alla concessione dei benefici di cui agli artt. 47, 47-ter e 54 o.p., in relazione alla condanna inflittagli con sentenza del g.i.p. del Tribunale di Padova del 18 settembre 2001.

Con sua ordinanza n. 18 17/2002 del 16 aprile 2002, questo Tribunale rigettava le istanze del Ronchitelli volte alla concessione di misure alternative alla detenzione, con motivazione che in questa sede appare opportuno richiamare per la parte di interesse.

«..... condannato alla pena della reclusione di anni due per i delitti di associazione a delinquere aggravata, concorso in abuso d'ufficio aggravato dalla rilevante gravità dell'ingiusto vantaggio patrimoniale conseguito, rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio, collusione fiscale, concorso in concussione aggravata dalla rilevante gravità del danno patrimoniale arrecato e per tentata concussione, il Ronchitelli - al momento del passaggio in giudicato della sentenza - si trovava agli arresti domiciliari.

La sentenza, frutto di un accordo tra le parti avente ad oggetto l'applicazione della pena detentiva sopra indicata (senza il beneficio della sospensione condizionale), concerne diversi episodi che hanno visto il Ronchitelli ed alcuni esponenti della Guardia di Finanza procurarsi assai rilevanti vantaggi patrimoniali (trattasi di somme miliardarie: in lire) mediante un'azione concussiva consumata ai danni di alcuni imprenditori, i quali venivano per così dire costretti a cospicui esborsi in contanti per assicurarsi che le verifiche fiscali che avrebbero di lì a qualche tempo interessato le loro aziende, e delle quali venivano preavvertiti, fossero "morbide".

Dalla relazione del C.S.S.A. di Padova del 10 aprile 2002 risulta che l'interessato, già assessore al patrimonio del Comune di Padova ed

(7) La nota di Laura Cesaris a questa ordinanza è a pag. 252.

esercente la professione di avvocato in Padova, appare conscio delle proprie responsabilità e fin qui rispettoso (salvo quanto si dirà a breve) delle limitazioni impostegli mediante la misura oggi in corso.

Ritiene il Collegio che, nonostante la condizione di incensuratezza del condannato, non sussistano le condizioni per la concessione di alcuna misura alternativa.

Il Ronchitelli, che risulta aver esercitato per sei anni le funzioni di vice procuratore onorario della Repubblica presso le Preture, proviene da famiglia normoinserita e superintegrata, essa stessa stupita ed amareggiata di quanto accaduto.

Il padre del Ronchitelli, anch'egli esercente la professione legale unitamente al figlio, ha riferito che il percorso di vita del proprio congiunto risultava esente da qualsiasi elemento di inadeguatezza che potesse in qualche modo segnalare una situazione a rischio.

Non è chi non veda come in siffatta situazione si imponga un'attività di osservazione mirata all'individuazione dei dati tutti di cui all'ultima parte del 1° comma dell'art. 27 d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230, evidente essendo come alla formulazione del giudizio prognostico favorevole di cui al 2° comma dell'art. 47 o.p., come pure alla formulazione di qualsivoglia giudizio in ordine all'idoneità della detenzione domiciliare a preservare la società dal rischio della reitera, non sia di certo sufficiente che il condannato abbia dichiarato all'assistente sociale che la propria esperienza delittuosa gli abbia prodotto un "arricchimento interiore".

Vero è che il Ronchitelli ha provato di dimostrare un interesse davvero enorme per le ricchezze esteriori comunque conseguite, pur essendo egli di estrazione non marginale, ma anzi parte integrante di una classe dirigente, di una grossa comunità urbana; vero è che il Ronchitelli - fin qui inspiegabilmente - non ha esitato a violare quella parte del codice penale recettizia di quella porzione di diritto naturale avvertito come tale fin dagli albori del sistema punitivo pubblico (si pensi al *crimen repetundarum*, ed alla distinzione fattane dal diritto romano rispetto al mero *delictum*, la cui punizione era invece rimessa alla volontà del parte offesa o del suo clan).

Ma non è solo per tali motivi, del resto corroborati dal permanere della misura cautelare degli arresti domiciliari anche dopo il passaggio in cosa giudicata del titolo, che il Tribunale esercita in senso sfavorevole al condannato il proprio potere discrezionale di concedere le richieste misure alternative: se, a livello di teoria generale e nello stesso orientamento della Suprema Corte, tra i concorrenti profili giustificativi della pena detentiva trova oggi una significativa rivalutazione la componente retributiva, non può non osservarsi come la gravità delle condotte poste in essere dal condannato rievochi immediatamente, nella coscienza giuridica dell'interprete, la mai del tutto superata concezione del carcere quale *Malum passionis propter malum actionis*, senza che l'avvenuto riconoscimento in sentenza dell'attenuante dell'avvenuto risarcimento del danno possa dunque avere soverchio rilievo sulla decisione avente ad oggetto la qualità della pena inflitta.»

Avuto per tale via inizio il periodo di osservazione intramurale, nei confronti del Ronchitelli non è stata fin qui ancora compiutamente espletata l'attività di osservazione della personalità prevista dalla legge.

Stante il non lontano fine pena (destinato ad ulteriormente accorciarsi a motivo della concessione della liberazione anticipata), è stata però redatta una corposa relazione comportamentale in data 10 giugno 2002, i cui risultati il Collegio ritiene assolutamente insoddisfacenti ai fini della concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale.

Dal colletto bianco in espiazione di pena per gravi reati contro la Pubblica Amministrazione si può e si deve esigere, ai fini dell'ammissione al più ampio dei benefici previsti dalla legge penitenziaria, una inequivoca dichiarazione di consapevolezza critica dell'illecito commesso, il dichiarato distacco dai metodi e dalla mentalità che ne hanno propiziato il compimento, una convinta rivisitazione (sincera e immediatamente intelligibile agli operatori penitenziari) della propria distorta interpretazione del ruolo del pubblico amministratore.

Nulla di tutto questo emerge dagli atti acquisiti dal Tribunale, leggendosi solo che il Ronchitelli ha semplicemente riconosciuto di aver agito con disinvoltura, con leggerezza, quasi senza la consapevolezza dell'assoluto disvalore dei gravissimi fatti stigmatizzati dal Collegio con l'ordinanza sopra richiamata.

Se un periodo di esecuzione intramurale ha sortito solo questi effetti, certamente non si può sperare di meglio dalla concessione di una misura alternativa quale sarebbe quella che dovrebbe vedere il Ronchitelli prestare la sua collaborazione a titolo di volontario presso una qualche associazione, con ampi spazi di autonomia.

Appare evidente che la funzione rieducativa della pena non ha, nel caso di specie, raggiunto finora gli effetti suoi propri.

Solo considerazioni di sano realismo e la brevità della pena residua inducono il Collegio alla concessione della detenzione domiciliare, nella convinzione che almeno il senso di vergogna (non è dato sapere, se dovuto a sincera rivisitazione critica, o solo conseguenza reattiva per l'avvenuta restrizione in carcere) di cui è dato atto nella citata relazione induca il Ronchitelli all'astensione dalla reitera ad alla ripulsa (fin qui, ripetesi, indimostrata) di quella concezione della Pubblica Amministrazione che da sola ha reso possibile la consumazione dei reati in espiazione.

L'istanza di liberazione anticipata, concernente il semestre compreso tra il 19 settembre 2001 ed il 18 marzo 2002, può essere accolta in ragione della regolarità del comportamento serbato nel corso degli arresti domiciliari, quale appare dall'avvenuta archiviazione del procedimento per evasione scaturito dall'assenza al controllo disposto dalla Questura di Padova in data 19 marzo 2002.

P.Q.M.

Visti artt. 47, 47 ter e 54 o.p.

1) RIGETTA l'istanza di affidamento in prova al servizio sociale;

2) CONCEDE a Ronchitelli Riccardo una detrazione di giorni 45 sulla pena espiata dal 19 settembre 2001 al 18 marzo 2002;

3) CONCEDE a Ronchitelli Riccardo il beneficio della detenzione domiciliare, autorizzando l'immediato trasferimento dell'interessato senza scorta presso la sua abitazione.

Affida la vigilanza alla Questura di Padova ed indicato in quello di Padova l'Ufficio di sorveglianza competente a sovrintendere lo svolgimento della misura, fa obbligo al condannato di rispettare le prescrizioni tutte di cui al foglio allegato alla presente ordinanza, che fa parte integrante della stessa.

(Omissis)

Nota di Laura Cesaris

(1-7) Le ordinanze pubblicate affrontano, pur con riferimento a casi assai diversi fra loro, il problema della funzione svolta dall'affidamento in prova al servizio sociale, nonché quello strettamente connesso degli elementi sulla base dei quali formulare il giudizio circa la concedibilità della misura.

Allineandosi con la giurisprudenza prevalente, i giudici ribadiscono che la concessione dell'affidamento in prova si fonda su un giudizio prognostico positivo di reinserimento del condannato nel contesto sociale e di idoneità della misura, che escluda il pericolo di reiterazione di condotte illecite. L'attenzione è accentrata sull'esame della personalità del soggetto e sugli elementi utili ad effettuare detto esame. Tra questi assumono particolare rilievo – specie ove l'istanza provenga da condannati liberi, per i quali manca l'osservazione della personalità ed un trattamento risocializzante – i precedenti penali e le pendenze giudiziarie, che, pur non rivestendo autonoma valenza preclusiva, contribuiscono unitamente con altri indici alla formulazione della prognosi circa l'affidabilità del soggetto.

Se è pur vero che le precedenti condanne devono essere considerate elementi secondari del giudizio, è altresì vero che esse sono sintomatiche della propensione alla recidiva del soggetto, la quale assume, invece, valenza prioritaria nel giudizio di concessione della misura alternativa. Il tribunale di sorveglianza non manca di sottolineare, nelle ordinanze citate, come le condanne già subite (nel caso del condannato Bevilacqua peraltro mai eseguite) e la concessione di numerosi benefici (tra cui persino la grazia, come nel caso appena ricordato) non abbiano affatto inciso sullo stile di vita del condannato né tanto meno l'abbiano indotto al rispetto delle norme penali. Ciò è confermato dall'assenza di un percorso di rivisitazione delle condotte pregresse e di una seria consapevolezza dell'effettivo disvalore dei comportamenti delittuosi posti in essere. Questo è quanto si richiede per la concessione della misura in una visione laica dell'ordinamento, che esclude un ravvedimento certo o un pentimento morale o un'imposizione ideologica, ed

esige, invece, la consapevolezza della necessità di rispettare le leggi penali e di conformare il proprio agire ai valori e ai doveri sanciti dall'ordinamento medesimo. ⁽¹⁾

Proprio l'assenza di elementi che dimostrino un'evoluzione positiva nella condotta riveste una valenza assai significativa ai fini della prognosi di affidabilità, che acquista vieppiù peso qualora riguardi – come in alcuni dei casi esaminati – soggetti socialmente integrati, riconducibili alla categoria dei c.d. colletti bianchi. Nei confronti di questa categoria il giudizio – così sembra dedursi dalle ordinanze – deve essere particolarmente attento a cogliere indici sintomatici di un processo di revisione critica, quali ad es. « lo spontaneo risarcimento del danno, l'abbandono del tipo di attività e del ruolo rivestito al momento della commissione del reato, la disponibilità a svolgere attività di utilità collettiva...la rinnegazione della scala di valori che condizionavano le scelte di vita fino a degenerare in condotte criminose e conseguente accettazione di valori sociali tutelati», proprio perché per tali soggetti, ad avviso del tribunale di sorveglianza, l'affidamento in prova al servizio sociale non è destinato a svolgere una funzione risocializzante, ma rappresenta uno strumento di neutralizzazione del pericolo di ricaduta nel reato. In questa prospettiva il tribunale di sorveglianza si spinge sino ad affermare che la valutazione circa la ammissibilità della misura alternativa «non può prescindere dalla considerazione che i benefici in astratto concedibili, se cumulati senza una rigorosa ed attenta valutazione di tutte le risultanze processuali, comporterebbero inevitabilmente il venir meno di ogni concreto contenuto delle norme penali poste a tutela di beni di particolare importanza o comunque l'affievolimento oltre misura delle finalità di prevenzione generale e speciale».

Le argomentazioni del tribunale di sorveglianza paiono condivisibili laddove, con riferimento a "colletti bianchi", si concentrano in particolare sulla necessità di una seria analisi critica delle condotte devianti, proprio perché tali soggetti, essendo "normointegrati", sono in grado di sviluppare una forte «capacità seduttiva» ⁽²⁾ nei confronti degli operatori penitenziari, che dunque formulerebbero valutazioni poco attendibili, e di influenzare anche i rapporti informativi delle forze di polizia; suscitano, tuttavia, qualche perplessità laddove sembrano negare all'affidamento in prova valenza e funzione risocializzante nei confronti della particolare categoria di devianti.

Non vi è dubbio che l'affidamento in prova, pensato dal legislatore del 1975 per soggetti appartenenti alle c.d. fasce deboli, carenti culturalmente e socialmente, dimostri dei limiti quando sia applicato a soggetti "iperintegrati", ⁽³⁾ specie perché risulta difficile individuare prescrizioni calibrate sulle reali carenze di tali soggetti ed idonee a favorire un processo di risocializzazione teso ad incidere sull'acquisizione dei valori fondamentali di una società e delle c.d. "regole minime" del vivere civile. Conferma della scarsa adattabilità della misura alternativa viene proprio dalla giurisprudenza di merito, che ha enucleato indici valutativi peculiari, quali la respiscenza rispetto al delitto, ⁽⁴⁾ la revisione critica dei compor-

tamenti, ⁽⁵⁾ lo svolgimento di attività lavorative diverse da quella svolta precedentemente e collegata al delitto, ⁽⁶⁾ la condotta processuale, ⁽⁷⁾ ed ha valorizzato il risarcimento del danno ⁽⁸⁾ e lo svolgimento di attività socialmente utili quali sintomi di una prognosi di non recidiva.

Il problema sembra allora spostarsi sulle prescrizioni, che dovrebbero da un lato incidere sul processo di risocializzazione e dall'altro neutralizzare eventuali fattori di recidiva, e che dovrebbero quindi essere specificamente ritagliate sulle carenze e sulle esigenze manifestate dal soggetto.

Su questo aspetto ha insistito la Cassazione per ribadire che ogni reato, e quindi anche quelli commessi da colletti bianchi, rivela l'esistenza di un disagio e di un disattamento sociale, a cui può porsi rimedio mediante un trattamento rieducativo da realizzarsi con misure alternative. ⁽⁹⁾

E' pur vero, tuttavia, che largo spazio nella stessa disciplina dell'art.47 ord.penit. è attribuito alle prescrizioni a contenuto impeditivo, che si concretano in divieti o obblighi di soggiorno o in limitazioni che incidono sullo svolgimento di attività o sulla frequentazione di luoghi o di persone, mentre minor rilievo sembrano assumere le prescrizioni a contenuto positivo, quali quelle relative ai rapporti con il servizio sociale, al lavoro, agli obblighi di solidarietà verso la vittima del reato e verso la propria famiglia, previsti dall'art. 47 comma 7 ord.penit.

Proprio gli obblighi di solidarietà sono valorizzati dalla giurisprudenza di merito (conferma si ha dalla lettura delle ordinanze in esame), finendo quasi con l'assumere un valore predominante, tanto che non solo l'assenza ma anche l'inadeguatezza di una prescrizione con tali obblighi riveste valenza negativa. ⁽¹⁰⁾ In tal senso si è espresso il tribunale di sorveglianza in una delle ordinanze citate, ritenendo insufficiente per la concessione della misura alternativa la prestazione di un'attività di collaborazione non ben definita «presso una qualche associazione», e desumendo quindi dalla genericità e dalla vaghezza della prestazione indici di prognosi sfavorevole a carico del condannato.

Pur nella consapevolezza delle difficoltà di calibrare le prescrizioni in funzione dei singoli casi concreti, l'accentuata valorizzazione delle prescrizioni c.d. di solidarietà suscita dubbi, perché spesso risarcimento del danno ed attività a favore della vittima del reato sembrano quasi coincidere, nel senso che la seconda per lo più si traduce nel pagamento di somme di denaro. Il che finisce con lo svilire la valenza di responsabilizzazione insita nella prescrizione in esame, la quale così connotata risulta più facilmente solvibile da parte dei soggetti economicamente dotati, senza che tuttavia al versamento della somma corrisponda una reale presa di coscienza del disvalore della propria condotta. Non solo, ma una prescrizione solidaristica, che si risolvesse nella previsione del pagamento di una somma di denaro, finirebbe con il privilegiare soggetti abbienti, dando luogo a disparità nell'ammissione all'affidamento in prova a tutto discapito di coloro che versino in disagiate condizioni economiche.

L'auspicio è che una prescrizione così importante, quale è quella a favore della vittima del reato, si traduca davvero e concretamente nello svolgimento di attività, che dimostrino un effettivo interessamento per la vittima del reato, e, ove il danno sia stato cagionato a categorie di cittadini o all'intera collettività, nella prestazione di attività solidaristiche, ad es. a favore di persone anziane, di minori, di portatori di handicap, di malati lungodegenti, o ancora di attività a titolo gratuito presso le amministrazioni pubbliche danneggiate. Sono esempi questi, forse pure banali, di attività che meriterebbero più attenzione, per avviare un percorso di responsabilizzazione e di accettazione delle "regole minime" del vivere civile. Ad una prestazione di «dare» si affianca o si sostituisce una prestazione di «fare», che presuppone una partecipazione ed un coinvolgimento da parte dei servizi sociali al fine di individuare la prestazione, che possa favorire un processo risocializzante nel condannato e nel contempo rappresenti un ristoro per la vittima, e di assicurare poi l'effettivo svolgimento dell'attività concordata.

In tal modo si darebbe finalmente attuazione al dettato dell'art. 47 comma 7 ord. penit e nel contempo si consentirebbe la fruibilità dell'affidamento in prova in chiave risocializzante anche da parte di quei soggetti che fino ad oggi sono stati spesso esclusi a causa della tipologia del reato commesso o delle loro caratteristiche socioculturali.

Queste considerazioni sembrano valere anche per gli autori di abusi sessuali su minori, che al pari dei c.d. colletti bianchi sono considerati assai poco "affidabili", come confermano anche alcune delle ordinanze in esame. A prescindere dalle soluzioni adottate in relazione alle vicende prese in esame (che peraltro si condividono), non si può non esprimere il timore che l'odiosità del delitto commesso possa essere intesa dal tribunale di sorveglianza come una preclusione oggettiva (non codificata) all'ammissibilità dell'affidamento in prova per sedare lo sdegno e l'allarme sociale suscitato nell'opinione pubblica da simili episodi criminosi. Al di là del rilievo che le preclusioni alla concessione della misura alternativa sono indicate nell'art.4-*bis* ord.penit., non si può non osservare che, così operando, il giudice snaturerebbe tale misura, privandola della funzione che le è essenziale, quella risocializzante. E proprio di interventi socio-riabilitativi sembrano essere più bisognosi di altri i condannati per abusi su minori, nei confronti dei quali il processo di rielaborazione delle proprie condotte passa anche e soprattutto attraverso trattamenti psicoterapeutici, che conducano il soggetto a prendere coscienza delle difficoltà di relazione e a controllare ed inibire le anomale pulsioni sessuali.

Tali trattamenti potrebbero avere maggiori possibilità di successo se fossero svolti con l'ausilio di strutture e di personale particolarmente qualificato, ⁽¹¹⁾ che sono invece carenti in carcere, e soprattutto se fossero previsti come prescrizione specifica. Con ciò non si sottovalutano le difficoltà di realizzare anche in libertà simili programmi, né si pone nel nulla la preoccupazione (assai avvertita dai tribunali di sorveglianza) di neutralizzare con strumenti adeguati la pericolosità sociale degli

autori di violenze sessuali, a fronte anche della debolezza delle loro potenziali vittime. ⁽¹²⁾

E' interessante a questo proposito ricordare che in Francia è stato recentemente introdotta ⁽¹³⁾ per gli autori di reati sessuali una sanzione specifica «le suivi socio-judiciaire», che può essere irrogata come pena autonoma o come pena accessoria ad una pena detentiva. Disciplinata in un nuovo titolo del codice penale negli articoli da 131-6-1 a 131-36-8, essa consiste nell'imposizione, oltre che degli obblighi previsti dal «sursis probatoire» (artt.132-44 e 132-45 CP), di divieti particolari indicati nell'art. 131-36-2 CP (ad es. di recarsi in luoghi abitualmente frequentati da minori, e di svolgere attività professionali o a titolo volontario che comportino contatti con minori), nonché di prescrizioni specifiche, tra cui quella di sottoporsi a terapie e cure. Quest'ultima prescrizione, delineata nell'art.131-36-4 CP e nell'art. 763-3 CPP, può essere imposta solo dopo l'effettuazione di una perizia medica, dalla quale risulti che il condannato può essere oggetto di un trattamento, e ciò perché condizione per l'applicazione del «suivi socio-judiciaire» è che le misure di sorveglianza e di assistenza, delle quali si compone, siano volte a neutralizzare il rischio di recidiva e a favorire il reinserimento del soggetto. Ulteriore condizione è il consenso del condannato a sottoporsi al trattamento, cui peraltro fa da contraltare l'incarcerazione, disposta ai sensi dell'art. 131-36-4 CP e dell'art. 763-3 CPP, in caso di rifiuto a curarsi, essendo questo equiparato a violazione degli obblighi imposti.

Benché inserita in un complesso di interventi, che hanno dato vita ad un regime penale e penitenziario speciale e più afflittivo per gli autori di delitti sessuali, la nuova sanzione offre spunti di riflessione interessanti proprio perché sottolinea il ruolo sempre più preponderante che i trattamenti terapeutici devono assumere nel contesto di un programma volto ad una effettiva risocializzazione di questi particolari condannati.

Laura Cesaris

(1) Cfr. Cass. 5 febbraio 1998, Cusani, in *Riv.pen.* 1998, p. 813.

(2) L'espressione è di DEL NEVO, *Misure alternative alla detenzione e «colletti bianchi»*, in *Quest. giust.* 1998, p. 470.

(3) Il problema si era già posto negli anni 70 del secolo scorso in relazione ad alcuni condannati eccellenti: cfr. Sez. sorv. Roma 23 agosto 1979, Tanassi, in *Cass. pen.* 1979, p. 1626; Sez. sorv. Roma 23 luglio 1979, O. Lefébvre d'Ovidio, *ivi*, 1979, p. 1632; Sez. sorv. Roma 23 luglio 1979, A. Lefébvre d'Ovidio, *ivi* 1979, p. 1637. Si veda altresì Cass. 13 marzo 1978, Marzollo, *ivi* 1979, p. 1004. In dottrina per tutti cfr. V. ZAGREBELSKY, *ivi* 1979, p. 1626.

(4) Cfr. ad es. Trib.sorv. Milano 3 aprile 1997, Pillitteri, in *Foro.it.* 1998, II, c. 33; Trib.sorv. Milano 25 maggio 1997, Tassan Din, *ivi*, II, 33; Trib.sorv. Milano 4 marzo 1998, Schemmari, in *Quest. giust.* 1998, p.478.

(5) Cfr. Trib.sorv. Milano 23 luglio 1997, Cusani, in *Foro it.*, 1998, II, c.31.

(6) Cfr. Trib.sorv. Milano 11 febbraio 1998, Ligresti, in *Quest. giust.* 1998, p. 476

(7) Cfr. Trib.sorv. Milano 4 marzo 1998, Schemmari, cit.

(8) Cfr. Trib. sorv. Milano, 11 febbraio 1998, Ligresti, cit.; Trib. sorv. Milano 4 marzo 1998, Schemmari, cit.

(9) Cfr. Cass. 9 dicembre 1997, Armanini, in *Giust. pen.* 1998, II, c. 575; Id. 5 febbraio 1998, Cusani, cit.

(10) Di segno contrario appare l'orientamento della Cassazione, secondo cui il risarcimento del danno non costituisce presupposto per l'ammissibilità al beneficio (cfr. Cass. 22 maggio 2000, Giorgio, *Ced* 216623), ma solo una condotta che può essere richiesta al condannato mediante apposita prescrizione (cfr. Cass. 20 novembre 2000, Fratini, *Ced* 218219; Id. 7 dicembre 1999, Nanocchio, *Ced* 215204). Così che il fatto che il condannato abbia o meno adoperarsi a favore della vittima del reato non può di per sé giustificare il diniego dell'affidamento in prova (cfr. Cass. 8 marzo 2001, Gammaidoni, *Ced* 218 405).

(11) Non si può non ricordare a questo proposito che il ministero della giustizia ha elaborato, già dal 1998, un progetto di ricerca, denominato Wolf, sul trattamento dei condannati per reati sessuali nei confronti di minori e sulla formazione del personale penitenziario. A questo è seguito un ulteriore progetto, denominato for -Wolf, teso ad attuare un percorso formativo indirizzato agli operatori penitenziari, che si trovino a lavorare con *sex offenders*, allo scopo di fornire loro una sempre più qualificata conoscenza del fenomeno deviante e della realtà con cui si trovano ad interagire, nonché una efficace capacità di elaborare progetti di intervento trattamentale nei confronti di questi particolari condannati.

(12) Proprio questa preoccupazione ha indotto i giudici di Venezia (nel caso Zulian) a negare anche la detenzione domiciliare con la motivazione che le circostanze di tempo e di luogo dei reati, commessi anche in pieno giorno in casa ed in auto, la particolare debolezza delle vittime delle inclinazioni sessuali, la diffusione della pedofilia tramite strumenti informatici, di cui il condannato è abile utilizzatore, rappresentano indici negativi, che non consentono di ritenere fronteggiabile la pericolosità sociale mediante il divieto di utilizzazione dei predetti strumenti o di frequentazione di persone diverse da quelle che con il condannato coabitano.

(13) Cfr. la legge n. 98-468 del 17 giugno 1998, che si inserisce nel filone degli interventi emergenziali di risposta alla forte emozione suscitata nell'opinione pubblica da alcuni episodi di violenza efferata commessi su minori, tra cui spicca la legge n.94-89 del 1°febbraio 1994

Tribunale di sorveglianza di Venezia - Ord. 23 luglio 2002 - Pres. Dragone - Cond. Desiderio

Ordinamento penitenziario - Permesso premio - Decreto del Magistrato di Sorveglianza concessivo del beneficio - Reclamo del detenuto - Circostanze successive al decreto - Valutabilità da parte del Tribunale - Revoca del permesso premio.

(Art. 30-bis legge 26 luglio 1975, n. 354, comma primo, comma quarto 30-ter, comma ottavo)

Il Tribunale di Sorveglianza, adito a seguito di reclamo avverso il decreto del Magistrato di Sorveglianza concessivo di un permesso premio con il quale il detenuto lamenti l'eccessività delle limitazioni poste dal Magistrato di Sorveglianza medesimo, può e deve considerare tutte le circostanze incidenti sull'esistenza o sul venir meno dei requisiti richiesti dalla legge per la concessione del beneficio premiale, incluse quelle sopravvenute successivamente all'emanazione del decreto del Magistrato di Sorveglianza (in particolare, il Tribunale ha revocato il permesso premio in considerazione delle espressioni particolarmente ostili e rancorose nei confronti delle istituzioni contenute in denunce sporte dal detenuto contro alcuni rappresentanti delle istituzioni successivamente alla proposizione del reclamo proposto dallo stesso contro il decreto del Magistrato di Sorveglianza, ed ha ritenuto che una simile valutazione negativa non sia esclusa dalla eventuale non punibilità, ai sensi dell'art. 598 C.P., di quelle espressioni).

Sul reclamo, avanzato da Desiderio Luigi, nato a Nocera Superiore (Sa) il 1.2.1952, ristretto presso la Casa di Reclusione di Padova in esecuzione della pena determinata con provvedimento di cumulo della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Mantova del 30.10.1998 (inizio pena: 23 dicembre 1989; attuale fine pena: 14 luglio 2008), avverso il decreto n. 1060/2002 Perm. del 7.6.2002, con cui il magistrato di sorveglianza di Padova concedeva allo stesso un permesso premio di giorni due.

Con sua istanza del 6 maggio 2002, pervenuta all'Ufficio di Sorveglianza di Padova in data 28 maggio 2002, il Desiderio chiedeva otto giorni di permesso-premio ai sensi dell'art. 30-ter o.p., da fruirsi dal 17 al 24 giugno 2002, allo scopo di recarsi in Padova presso l'Istituto Teologico S. Massimo, con richiesta di essere libero da vincoli per poter telefonare, visitare chiese e musei ed effettuare spese personali.

In data 7 giugno 2002 il magistrato di sorveglianza di Padova, in persona del dr. Alessandro Rizzieri, concedeva al condannato due giorni di permesso-premio (dalle ore 9.00 del 28 giugno 2002 alle ore 22.00 del 29 giugno 2002), consentendo al Desiderio di uscire dalla sopra nominata struttura dalle ore 15.00 alle ore 18.00, a condizione che fosse accompagnato dalla moglie, ed imponendo al medesimo il divieto di usare il telefono cellulare.

Avverso tale provvedimento concessivo avanzava tempestivo reclamo il detenuto, manifestando "grande sorpresa" per il fatto che gli erano state concesse solo poco più di 36 ore, pur sperando egli in un permesso più "libero e più consistente di quelli pregressi".

Si doleva poi il Desiderio delle "innumerevoli limitazioni", in special modo di quella che gli faceva divieto di utilizzare il telefono cellulare.

Manifestando la propria profonda delusione ed amarezza "sia sotto il profilo umano sia sotto quello giuridico" nei confronti del magistrato di sorveglianza concedente, rilevava il reclamante che, anche posto che la struttura ospitante avesse dato la propria disponibilità ad accoglierlo solo per poche ore, sarebbe stato obbligo del magistrato quello di trovare "un'altra alternativa".

Con sua nota prot. 3198 del 12 giugno 2002, il Direttore della Casa di Reclusione di Padova chiedeva al magistrato di sorveglianza se il permesso avesse dovuto eseguirsi anche in pendenza del reclamo.

Il magistrato di sorveglianza di Padova, con nota apposta in calce alla richiesta il giorno successivo e trasmessa via fax alla Direzione, disponeva la non esecuzione del permesso, avendo il reclamo avverso lo stesso interposto efficacia sospensiva ai sensi del 7° comma dell'art. 30-bis o.p.

Con atto di "denuncia-querela" datato 4 luglio 2002, indirizzato alla Procura della Repubblica di Trento e trasmesso per conoscenza al Ministro della Giustizia, al Consiglio Superiore della Magistratura, al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione ed a questo Tribunale, il Desiderio chiedeva «...di procedere penalmente nei confronti del magistrato di sorveglianza dr. Alessandro Rizzieri per abuso di potere; omissione di atti di ufficio, utilizzo per fini personalistici del potere giudiziario; istigazione alla commissione del reato nei confronti della Direzione della Casa di Reclusione di Padova affinché non ponesse in esecuzione il decreto n. 10 60/2002 Perm.

Instava ulteriormente il Desiderio affinché si verificasse «... se non vi siano gli estremi per la contestazione di un'associazione per delinquere finalizzata al sovvertimento delle regole dello stato. Se tali ipotesi di reato troveranno conferme, si chiede l'emissione di ordinanze di custodia cautelare nei confronti di tutti i responsabili che con la loro opera hanno contribuito alla commissione dei reati...».

Nella premessa a tale denuncia, l'odierno reclamante rilevava tra l'altro «... che il dr. Rizzieri con provvedimento abnorme faceva pervenire nota alla Direzione in forma ufficiosa affinché questi non ponesse in esecuzione il decreto di permesso premio... aggiungendo che il dr. Rizzieri sa bene che per revocare un decreto ci devono essere le condizioni imposte dalla legge. Solo allora il magistrato potrà emettere un decreto di revoca motivato con le violazioni che hanno indotto la decadenza del decreto stesso. E'perlomeno strano che un Magistrato si alteri perché un detenuto ha impugnato, come prevede la legge, un decreto di concessione premio... questi istericamente ha ordinato alla Direzione senza le necessarie procedure previste dalla legge, la revoca del permesso premio. Non ci sono attenuanti nei confronti di un

magistrato che ben conosce la legge e nei confronti della Direzione, perfettamente a conoscenza, come in un gioco delle parti, che l'omessa esecuzione del decreto di permesso comporterà una denuncia penale nei confronti della Direzione che sarà presentata alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Padova...»

Alla manifestata intenzione di avanzare denuncia anche nei confronti della Direzione della Casa di Reclusione di Padova il Desiderio faceva immediato seguito, chiedendo alla Procura della Repubblica di Padova - con atto del 4 luglio 2002, anch'esso trasmesso per conoscenza al Ministro della Giustizia, al Direttore Generale del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, all'Ufficio di Sorveglianza di Padova ed a questo Tribunale - di verificare se nell'operato della Direzione medesima fossero configurabili i reati di abuso di potere, di omissione di atti d'ufficio e di corruzione in atti giudiziari.

Tanto premesso in punto di fatto, ritiene il Collegio che il reclamo avanzato dal Desiderio non possa essere deciso senza prendere nella debita considerazione quanto accaduto a seguito della concessione al detenuto del permesso-premio impugnato.

Il reclamo avverso il decreto (concessivo o reiettivo) emesso dal magistrato di sorveglianza sull'istanza di permesso-premio avanzata dal condannato è invero disciplinato dal 3° e dal 4° comma dell'art. 30-*bis* o.p.: ciò in virtù del rinvio a tali disposizioni contenuto nel 7° comma del successivo art. 30-*ter*, quale introdotto dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663.

Il Tribunale deve dunque decidere assunte, ove occorra, sommarie informazioni: se è indubbio che le medesime debbano riguardare la fondatezza o meno dei motivi della doglianza avanzata (dal Pubblico Ministero o dal detenuto) avverso la decisione impugnata, appare innegabile che il Tribunale possa e debba tenere in considerazione anche tutte le altre circostanze in ipotesi incidenti sull'esistenza (o sul venir meno) dei requisiti di legittimità e di merito richiesti dalla legge per l'inizio o per la prosecuzione dell'esperienza dei permessi-premio, che la Corte Costituzionale ha più volte definito come lo "snodo cruciale" del trattamento.

Può pensarsi al caso in cui nelle more della decisione sopravvenga un nuovo titolo esecutivo tale da comportare lo slittamento del fine pena oltre i limiti di ammissibilità temporale di cui al 4° comma dell'art. 30-*ter* o.p., ovvero ad un accadimento successivo all'impugnazione (oppure preesistente, ma conosciuto solo dopo) tale da incidere sui requisiti di merito della regolarità - della condotta o dell'assenza di pericolosità sociale, assunti dal 1° comma dello stesso art. 30-*ter* quali parametri guida per orientare l'esercizio del potere discrezionale del magistrato di sorveglianza in materia di concessione dei permessi-premio.

Che l'impugnazione in discorso configura un mezzo interamente devolutivo è comprovato da altra considerazione.

Per concorde dottrina, la quale si è più volte occupata dei limiti del giudicato in *subiecta materia*, le decisioni del Tribunale di Sorveglianza (sia che lo si riguardi come organo della giurisdizione rieducativa, sia

che lo si definisca quale giudice della pena, chiamato cioè a stabilire il *quando*, il *quomodo* ed il *quantum* della pena in concreto da espiare) sono emesse "allo stato degli atti": ciò nel duplice senso della loro revocabilità ove la situazione (fattuale o giuridica) si riveli diversa da quella presa in considerazione al momento della loro formazione, sia nel senso della necessità della loro *costante attualità* rispetto alla situazione in cui il detenuto (o il libero condannato) si trovi nel momento preciso dell'emissione dell'ordinanza che lo riguardi.

Ciò premesso, il Collegio non può non interrogarsi sul significato da attribuire al comportamento del Desiderio, il quale, raggiunto da un provvedimento favorevole, ma non nella misura sperata, non ha esitato ad interessare le denunce sopra riportate con espressioni e considerazioni tali da gettare un'ombra davvero nuova (e per certi versi inquietante) sui risultati fin qui conseguiti nel corso del trattamento.

Ritiene il Tribunale che il senso di responsabilità e di correttezza nel comportamento personale, che l'ultimo comma dell'art. 30-ter o.p. contempla quale elemento specificante il requisito della regolarità della condotta, non possa essere riconosciuto a chi rivela un atteggiamento a tal punto ostile nei confronti delle istituzioni (magistrato di sorveglianza e Direzione) da non impedirgli di usare espressioni cui è sottesa una così grave non celata rancorosità, che ben può essere riportato a quella che alcuni trattamentalisti ancor oggi non esitano a definire come sub-cultura carceraria.

Premesso che la vicenda, sotto il profilo giuridico, è di assai semplice ricostruzione (rilascio di un permesso-premio meno ampio rispetto alla richiesta, reclamo del detenuto, effetto sospensivo automatico previsto dalla legge senza distinguere a seconda che a reclamare sia il P.M. ovvero il condannato), il Tribunale è dell'avviso che i termini cui il Desiderio ha fatto ricorso si collocano obiettivamente al di là dei confini contrassegnati dal pur legittimo esercizio del diritto di critica delle decisioni giudiziarie, e disvelano il mancato raggiungimento degli obiettivi minimi che sarebbe stato lecito attendersi che il condannato avesse raggiunto dopo gli anni di trattamento penitenziario fin qui praticati.

La valutazione del Tribunale, si badi, è improntata a criteri affatto diversi da quelli che l'ordinamento potrebbe riservare al comportamento del Desiderio in termini penalistici: se la causa di non punibilità - eventualmente sussistente - individuata dall'art. 598 c.p. (offese in scritti e discorsi pronunciati dinanzi alle Autorità giudiziarie o amministrative) segna un momento di autorinuncia da parte dello Stato all'esercizio del proprio *ius puniendi* improntata ad ovvi criteri di opportunità e bilanciamento degli interessi, la giurisdizione rieducativa non può e non deve certamente rimanere indifferente a fronte ad un inquietante segnale: spetterà dunque anzitutto all'èquipe di aggiornare gli esiti dell'osservazione, allo scopo di verificare se l'atteggiamento del Desiderio disveli un tratto della personalità fin qui non emerso, ovvero configuri un suo sostanziale rifiuto ad usufruire degli interventi del trattamento.

Va a tal proposito rammentato che, ai fini dell'osservazione, il 1° comma dell'art. 27 d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230, prevede che si

provveda all'acquisizione dei dati giudiziari e penitenziari, clinici, psicologici e sociali, ed alla loro valutazione con riferimento al modo in cui il soggetto ha vissuto le sue esperienze e alla sua attuale *disponibilità ad usufruire* degli interventi del trattamento.

Da tutto quanto sopra esposto discende la necessità di provvedere alla revoca del permesso-premio concesso al Desiderio da parte del Tribunale, da un lato non essendo previsto dal sistema un rinvio dell'udienza in attesa della - doverosa - decisione del Magistrato di Sorveglianza, dall'altro potendosi ritenere che la competenza del Collegio assorba quella di quest'ultimo. Sul reclamo il Tribunale dichiara dunque non luogo a deliberare a causa del venir meno (in diritto) del suo presupposto, costituito dall'esistenza di un provvedimento concessivo meno ampio rispetto ai *desiderata* del condannato.

Il magistrato di sorveglianza di Padova potrà provvedere alla rivalutazione della situazione del condannato dopo gli opportuni aggiornamenti da parte dell'èquipe, ferme restando le preclusioni di legge ove l'interessato dovesse essere raggiunto da iniziative giudiziarie preclusive ai sensi del disposto di cui al 5° comma dell'art. 30-ter O.P.

P.Q.M.

visti gli artt. 678 c.p.p., 30-bis e 30-ter o.p.,

REVOCA il permesso-premio n. 1060/2002 Perm. concesso a Desiderio Luigi dal magistrato di sorveglianza di Padova in data 7 giugno 2002, per l'effetto dichiarando non luogo a deliberare sul reclamo avverso il medesimo avanzato dall'interessato.

LEGISLAZIONE E DOCUMENTAZIONE

LEGGI

L. 25 luglio 1988, n. 334⁽¹⁾. RATIFICA ED ESECUZIONE DELLA CONVENZIONE, SUL TRASFERIMENTO DELLE PERSONE CONDANNATE, ADOTTATA A STRASBURGO IL 21 MARZO 1983⁽²⁾.

1. 1. Il Presidente della Repubblica è autorizzato a ratificare la convenzione sul trasferimento delle persone condannate, adottata a Strasburgo il 21 marzo 1983.

2. 1. Piena ed intera esecuzione è data alla convenzione di cui all'articolo 1 a decorrere dalla sua entrata in vigore in conformità a quanto disposto dall'articolo 18 della convenzione stessa.

3. 1. Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, della convenzione è esclusa l'applicazione della procedura prevista nell'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), della convenzione stessa.

4. 1. All'onere derivante dall'attuazione della presente legge, pari a lire 160 milioni per ciascuno degli anni 1989, 1989 e 1990, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 1988-1990, al capitolo 6856 dello stato di previsione del Ministero del tesoro per l'anno 1988, all'uopo parzialmente utilizzando lo specifico accantonamento «Abrogazione della ritenuta dei tre decimi della mercede dei detenuti. Interventi per i detenuti tossicodipendenti. Revisione della normativa concernente i custodi di beni sequestrati per misure antimafia. Ratifica delle convenzioni per la esecuzione delle sentenze penali straniere e per il trasferimento delle persone condannate. Riforma del sistema della giustizia minorile».

2. Il Ministro del tesoro è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

5. 1. La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

Convenzione sul trasferimento delle persone condannate*.

Gli Stati membri del Consiglio d'Europa e gli altri Stati, firmatari della presente Convenzione,

(1) Pubblicata nella Gazz. Uff. 11 agosto 1988, n. 183, S.O.

(2) Della convenzione si riporta soltanto il testo della traduzione non ufficiale.

(*) Traduzione non ufficiale

Considerato che l'obiettivo del Consiglio d'Europa è quello di realizzare una unione più stretta tra i suoi membri;

Desiderosi di sviluppare ulteriormente la cooperazione internazionale in materia penale;

Considerando che tale cooperazione deve essere indirizzata alla buona amministrazione della giustizia e a favorire il reinserimento sociale delle persone condannate;

Considerando che questi obiettivi richiedono che gli stranieri privati della libertà a seguito della commissione di un reato abbiano la possibilità di scontare la condanna nell'ambiente sociale d'origine;

Considerando che il miglior mezzo per raggiungere tale scopo è quello di trasferirli nei loro paesi,

Hanno convenuto quanto segue:

Articolo 1

Definizioni

Ai fini della presente Convenzione:

a) «condanna», significa qualsiasi pena o misura privativa della libertà, di durata limitata o illimitata, inflitta dal giudice a seguito della commissione di un reato;

b) «sentenza», significa una decisione o un ordine del giudice con il quale venga inflitta una condanna;

c) «Stato di condanna», significa lo Stato in cui è stata inflitta la condanna alla persona che può essere o è già stata trasferita;

d) «Stato di esecuzione» significa lo Stato in cui la persona condannata può essere, o è già stata trasferita, per scontare la pena.

Articolo 2

Principi generali

1. Le Parti si impegnano a prestarsi reciprocamente la più ampia cooperazione possibile in materia di trasferimento delle persone condannate conformemente alle disposizioni della presente Convenzione.

2. Una persona condannata nel territorio di una Parte può, conformemente alle disposizioni della presente Convenzione, essere trasferita nel territorio di un'altra Parte per scontare la pena inflittale. A tal fine essa può manifestare, presso lo Stato di condanna, o presso lo Stato di esecuzione, il desiderio di essere trasferita in applicazione della presente Convenzione.

3. Il trasferimento può essere richiesto o dallo Stato di condanna, o dallo Stato di esecuzione.

Articolo 3

Condizioni per il trasferiniento

1. Una persona condannata può essere trasferita in applicazione della presente Convenzione se ricorrono le seguenti condizioni:

- a) la persona condannata è cittadino dello Stato di esecuzione;
- b) la sentenza è definitiva;
- c) la durata della pena che la persona condannata deve ancora scontare è di almeno sei mesi alla data di ricevimento della richiesta di trasferimento, o indeterminata;

d) la persona condannata - o, allorquando in considerazione: della sua età o delle sue condizioni fisiche o mentali uno dei due Stati lo ritenga necessario, il suo rappresentante legale - acconsente al trasferimento;

e) gli atti o le omissioni per i quali è stata inflitta la condanna costituiscano reato ai sensi della legge dello Stato di esecuzione o costituirebbero reato se fossero commessi sul suo territorio;

f) lo Stato di condanna e lo Stato di esecuzione sono d'accordo sul trasferimento.

2. In casi eccezionali, le Parti possono concordare il trasferimento anche se la durata della pena che la persona condannata deve ancora scontare è inferiore a quella prevista al paragrafo 1, lettera c).

3. Ogni Stato può, al momento della firma o del deposito dello strumento di ratifica, di accettazione, di approvazione o di adesione, per mezzo di una dichiarazione indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, indicare che intende escludere l'applicazione di una delle procedure previste all'articolo 9, paragrafo 1, lettere a) e b) nelle sue relazioni con le altre Parti.

4. Ogni Stato può, in qualsiasi momento, per mezzo di una dichiarazione indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, definire, per quanto lo riguarda, il termine «cittadino» ai fini della presente Convenzione.

Articolo 4

Obbligo di fornire informazioni

1. Ogni persona condannata alla quale può essere applicata la presente Convenzione deve essere informata dallo Stato di condanna del contenuto della presente Convenzione.

2. Se la persona condannata ha espresso allo Stato di condanna il desiderio di venire trasferita in applicazione della presente Convenzione - questo Stato deve informare lo Stato di esecuzione il più presto possibile dopo che la sentenza è divenuta definitiva.

3. Le informazioni devono comprendere:

- a) il nome, la data ed il luogo di nascita della persona condannata;
- b) se del caso, il suo indirizzo nello Stato di esecuzione;

- c) una esposizione dei fatti sui quali si basa la condanna;
- d) la natura, la durata e la data dell'inizio della condanna.

4. Se la persona condannata ha espresso allo Stato di esecuzione il desiderio di essere trasferita in applicazione della presente Convenzione, lo Stato di condanna comunica le informazioni di cui al precedente paragrafo 3 allo Stato di esecuzione, se questo le richiede.

5. La persona condannata deve essere informata per iscritto di ogni azione intrapresa dallo Stato di condanna o dallo Stato di esecuzione in applicazione dei paragrafi precedenti, così come di ogni decisione presa da uno dei due Stati in merito ad una richiesta di trasferimento.

Articolo 5

Domande e risposte

1. Le domande e le risposte devono essere formulate per iscritto.
2. Le domande devono essere indirizzate dal Ministero della giustizia dello Stato richiedente al Ministero della giustizia dello Stato richiesto. Le risposte devono essere comunicate attraverso gli stessi canali.
3. Ogni Parte può, con una dichiarazione indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, indicare che utilizzerà altri canali di comunicazione.
4. Lo Stato richiesto deve, nel minor tempo possibile, informare lo Stato richiedente della sua decisione se accettare o no il trasferimento richiesto.

Articolo 6

Documentazione da allegare

1. Lo Stato di esecuzione deve, a richiesta dello Stato di condanna, fornire a quest'ultimo:

- a) un documento o una dichiarazione da cui risulti che la persona condannata è suo cittadino;
- b) una copia delle disposizioni di legge dello Stato di esecuzione da cui risulti che gli atti o le omissioni per i quali è stata inflitta la condanna nello Stato di condanna costituiscono reato ai sensi della legge dello Stato di esecuzione o costituirebbero reato se fossero commessi sul suo territorio;

c) una dichiarazione contenente le informazioni previste all'art. 9, paragrafo 2.

2. In caso di richiesta di trasferimento, lo Stato di condanna deve fornire i seguenti documenti allo Stato di esecuzione, salvo che l'uno o l'altro dei due Stati abbia già comunicato che non darà il suo consenso per il trasferimento:

- a) una copia autenticata della sentenza e delle disposizioni di legge su cui è fondata;

b) una dichiarazione che indichi il periodo di pena già scontata, incluse tutte le informazioni relative alla custodia cautelare, al condono di pena o a qualsiasi altro elemento relativo all'esecuzione della condanna;

c) una dichiarazione da cui risulti il consenso al trasferimento ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera d);

d) quando sarà il caso, ogni rapporto medico o sociale sulla persona condannata, ogni informazione sul trattamento nello Stato di condanna ed ogni raccomandazione per la prosecuzione del trattamento nello Stato di esecuzione.

3. Ciascuno Stato può chiedere di ricevere uno qualunque dei documenti o dichiarazioni di cui ai precedenti paragrafi 1 e 2 prima di fare una richiesta di trasferimento o di prendere la decisione di accettare o rifiutare il trasferimento.

Articolo 7

Consenso e verifica

1. Lo Stato di condanna garantirà che la persona che deve dare il consenso al trasferimento ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera d), lo faccia volontariamente e con la piena consapevolezza delle conseguenze giuridiche che ne derivano. La procedura da seguire a tale scopo sarà regolata dalla legge dello Stato di condanna.

2. Lo Stato di condanna deve dare allo Stato di esecuzione la possibilità di verificare, per il tramite di un console o di un altro funzionario designato d'accordo con lo Stato di esecuzione, che il consenso è stato prestato conformemente a quanto previsto al precedente paragrafo 1.

Articolo 8

Effetti del trasferimento per lo Stato di condanna

1. La presa in carico della persona condannata da parte delle autorità dello Stato di esecuzione ha l'effetto di sospendere l'esecuzione della pena nello Stato di condanna.

2. Lo Stato di condanna non può più eseguire la pena se lo Stato di esecuzione considera che l'esecuzione della pena è stata completata.

Articolo 9

Effetti del trasferimento per lo Stato di esecuzione

1. Le autorità competenti dello Stato di esecuzione devono:

a) continuare l'esecuzione della condanna immediatamente o sulla base di una decisione giudiziaria o amministrativa, alle condizioni previste dall'articolo 10;

b) convertire, per mezzo di una procedura giudiziaria o amministrativa, la condanna in una decisione di detto Stato, sostituendo in tal

modo la pena inflitta nello Stato di condanna con una sanzione prevista dalla legge dello Stato di esecuzione per lo stesso reato, alle condizioni previste all'articolo 11.

2. Lo Stato di esecuzione deve, se richiesto, indicare allo Stato di condanna, prima del trasferimento della persona condannata, quale delle Procedure intende seguire.

3. L'esecuzione della condanna è regolata dalla legge, dello Stato di esecuzione e questo Stato è l'unico competente a prendere ogni decisione al riguardo.

4. Ogni Stato che, secondo la propria legge nazionale, non può ricorrere ad una delle procedure di cui al paragrafo 1 per eseguire le misure imposte nel territorio di un'altra Parte nei confronti di persone che, in ragione del loro stato mentale, sono state dichiarate non imputabili della commissione di un reato, e che è disposto a prendersi carico di tali persone per la prosecuzione del trattamento può, con una dichiarazione indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, indicare le procedure che seguirà in questi casi.

Articolo 10

Continuazione dell'esecuzione

1. In caso di continuazione dell'esecuzione lo Stato di esecuzione è vincolato alla natura giuridica e alla durata della sanzione così come stabilita dallo Stato di condanna.

2. Tuttavia, se la natura o la durata della sanzione sono incompatibili con la legge dello Stato di esecuzione, o se la sua legge lo esige, questo Stato può, per mezzo di una decisione giudiziaria o amministrativa, adattare la sanzione alla pena o misura prevista dalla propria legge interna per lo stesso tipo di reato. La natura di tale pena o misura deve corrispondere, per quanto possibile, a quella inflitta con la condanna da eseguirsi. Essa non può essere più grave, per natura o durata, della sanzione imposta nello Stato di condanna, né eccedere il massimo previsto dalla legge dello Stato di esecuzione.

Articolo 11

Conversione della condanna

1. In caso di conversione della condanna si applica la procedura prevista dalla legge dello Stato di esecuzione. All'atto della conversione, l'autorità competente:

a) è vincolata alla constatazione dei fatti così come figurano esplicitamente o implicitamente nella sentenza pronunciata nello Stato di condanna;

b) non può convertire una sanzione privativa della libertà in una sanzione pecuniaria;

c) deve dedurre integralmente il periodo di privazione di libertà espiato dalla persona condannata; e

d) non deve aggravare la posizione penale della persona condannata e non è vincolata dal minimo della pena eventualmente previsto dalla legge dello Stato di esecuzione per il reato o i reati commessi.

2. Se la procedura di conversione ha luogo dopo il trasferimento della persona condannata, lo Stato di esecuzione deve tenere in custodia questa persona o adottare altre misure idonee ad assicurare la sua presenza nello Stato di esecuzione fino al termine della procedura stessa.

Articolo 12

Grazia, amnistia, commutazione

Ciascuna Parte può accordare la grazia, l'amnistia o la commutazione della condanna conformemente alla propria Costituzione o ad altre leggi.

Articolo 13

Revisione della sentenza

Soltanto lo Stato di condanna ha diritto di decidere sulle domande di revisione della sentenza.

Articolo 14

Cessazione dell'esecuzione

Lo Stato di esecuzione deve cessare l'esecuzione della pena non appena è informato dallo Stato di condanna di qualsiasi decisione o misura in forza della quale la pena cessa di essere eseguibile.

Articolo 15

Informazioni concernenti l'esecuzione

Lo Stato di esecuzione fornisce informazioni allo Stato di condanna sull'esecuzione della pena:

- a) allorché consideri terminata l'esecuzione della pena;
- b) se la persona condannata evade prima che l'esecuzione della pena sia terminata; o
- c) se lo Stato di condanna richiede un rapporto speciale.

Articolo 16

Transito

1. Una Parte deve, ai sensi della propria legge, accogliere una richiesta di transito sul suo territorio di una persona condannata se tale richiesta viene fatta da un'altra Parte che abbia concordato con un'al-

tra Parte o con uno Stato terzo il trasferimento della persona condannata per o dal suo territorio.

2. Una Parte può rifiutarsi di accordare il transito:

a) se la persona condannata è un suo cittadino, ovvero

b) se il fatto che ha dato luogo alla condanna non costituisce reato ai sensi della sua legge.

3. Le richieste di transito e le risposte debbono essere comunicate attraverso i canali menzionati all'articolo 5, paragrafi 2 e 3.

4. Una Parte può accogliere una richiesta, formulata da uno Stato terzo, di transito sul proprio territorio di una persona condannata, se quello Stato ha concordato con un'altra Parte il trasferimento per o dal suo territorio.

5. La Parte alla quale è richiesto il transito può tenere la persona condannata in custodia per il tempo strettamente necessario al transito attraverso il suo territorio.

6. La Parte richiesta di accordare il transito può essere invitata a dare assicurazioni che la persona condannata non sarà perseguita, né detenuta, salvo quanto previsto al paragrafo precedente, né sottoposta ad alcuna altra restrizione della sua libertà personale sul territorio dello Stato di transito per reati commessi o condanne inflitte anteriormente alla sua partenza dal territorio dello Stato di condanna.

7. Non è necessaria alcuna richiesta di transito se viene utilizzata la via aerea sopra il territorio di una Parte e non è previsto alcun atterraggio. Tuttavia, ogni Stato può, con una dichiarazione indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa al momento della firma o del deposito dello strumento di ratifica, di accettazione di approvazione o di adesione, richiedere che gli venga data comunicazione di ogni transito al di sopra del suo territorio.

Articolo 17

Lingue e spese

1. Le informazioni ai sensi dell'articolo 4, paragrafi da 2 a 4, debbono essere fornite nella lingua della Parte cui sono indirizzate o in una delle lingue ufficiali del Consiglio d'Europa.

2. Salvo quanto previsto al seguente paragrafo 3, non è necessaria alcuna traduzione delle domande di trasferimento o dei documenti allegati.

3. Ogni Stato può, al momento della firma o del deposito dello strumento di ratifica, di accettazione, di approvazione o di adesione, con una dichiarazione indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, richiedere che le domande di trasferimento e i documenti allegati siano accompagnati da una traduzione nella propria lingua o in una delle lingue ufficiali del Consiglio d'Europa o in quella fra queste lingue che indicherà. In tale occasione può dichiarare che è disposto ad

accettare traduzioni in qualsiasi altra lingua oltre alla lingua ufficiale, o alle lingue ufficiali, del Consiglio d'Europa.

4. Salvo l'eccezione prevista all'articolo 6, paragrafo 2, lettera a), i documenti trasmessi in applicazione alla presente Convenzione non devono essere autenticati.

5. I costi derivanti dall'applicazione della presente Convenzione sono a carico dello Stato di esecuzione, tranne le spese verificatesi esclusivamente sul territorio dello Stato di condanna.

Articolo 18

Firma ed entrata in vigore

1. La presente Convenzione è aperta alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa e degli Stati non membri che hanno partecipato alla sua elaborazione. Essa è sottoposta a ratifica, accettazione o approvazione. Gli strumenti di ratifica, di accettazione o di approvazione saranno depositati presso il Segretario Generale del Consiglio d'Europa.

2. La presente Convenzione entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi decorrente dalla data in cui tre Stati membri del Consiglio d'Europa hanno espresso il loro consenso ad essere parti della Convenzione, conformemente a quanto previsto al paragrafo 1.

3. Per ogni Stato firmatario che successivamente esprimerà il suo assenso ad essere parte della Convenzione, essa entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo lo scadere di un periodo di tre mesi decorrente dalla data del deposito dello strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione.

Articolo 19

Adesione degli Stati non membri

1. Dopo l'entrata in vigore della presente Convenzione, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, dopo aver consultato gli Stati contraenti potrà invitare ogni Stato non membro del Consiglio e non menzionato all'articolo 18, paragrafo 1, ad aderire alla presente Convenzione, mediante una decisione presa con la maggioranza prevista dall'articolo 20, lettera d), dello Statuto del Consiglio d'Europa, con voto unanime dei rappresentanti degli Stati contraenti aventi diritto di sedere nel Comitato.

2. Nei confronti di ogni Stato aderente, la Convenzione entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo allo scadere di un periodo di tre mesi decorrente dalla data del deposito dello strumento di adesione presso il Segretario Generale del Consiglio d'Europa.

Articolo 20

Applicazione territoriale

1. Ogni Stato può, al momento della firma o al momento del deposito dello strumento di ratifica, di accettazione, di approvazione o di adesione, designare il o i territori ai quali applicherà la presente Convenzione.

2. Ogni Stato può, in qualsiasi momento successivo, mediante una dichiarazione indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, estendere l'applicazione della Presente Convenzione a qualsiasi altro territorio indicato nella dichiarazione. Rispetto a detto territorio, la Convenzione entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo allo scadere di un periodo di tre mesi decorrente dalla data di ricevimento della dichiarazione da parte del Segretario Generale.

3. Ogni dichiarazione fatta in applicazione dei due paragrafi precedenti potrà essere ritirata, con riguardo a qualsiasi territorio indicato nella dichiarazione, mediante notifica indirizzata al Segretario Generale. Il ritiro avrà efficacia il primo giorno del mese successivo allo scadere di un periodo di tre mesi decorrente dalla data del ricevimento della notifica da parte del Segretario Generale.

Articolo 21

Applicazione nel tempo

La presente Convenzione sarà applicabile alla esecuzione di condanne pronunciate sia prima che dopo la sua entrata in vigore.

Articolo 22

Relazioni con altre convenzioni ed accordi

1. La presente Convenzione non pregiudica i diritti e gli obblighi derivanti da trattati di estradizione ed altri trattati di cooperazione internazionale in materia penale che prevedono il trasferimento di persone detenute allo scopo di confronti o testimonianze.

2. Due o più Parti che abbiano già concluso, o concludano in futuro, un accordo o un trattato sul trasferimento delle persone condannate, ovvero che abbiano regolato, o regolino in futuro, in un altro modo le loro relazioni in questo campo, avranno la facoltà di applicare detto accordo o trattato o intesa al posto della presente Convenzione.

3. La presente Convenzione non pregiudica il diritto degli Stati che sono Parti della Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi di concludere tra loro accordi bilaterali o multilaterali, relativi a materie regolate da quella Convenzione e diretti a completare le disposizioni o facilitare l'applicazione dei principi in essa contenuti.

4. Se una domanda di trasferimento rientra nell'ambito di applica-

zione della presente Convenzione e della Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi o di un altro accordo o trattato relativo al trasferimento delle persone condannate, lo Stato richiedente deve, quando formula la domanda, precisare sulla base di quale strumento essa viene formulata.

Articolo 23

Composizione amichevole

Il Comitato europeo per i problemi criminali del Consiglio d'Europa sarà informato della applicazione della presente Convenzione e farà quanto necessario per facilitare la composizione amichevole di ogni difficoltà che può nascere per la sua applicazione.

Articolo 24

Denuncia

1. Ogni Parte può in qualsiasi momento denunciare la presente Convenzione, con una notifica indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa.

2. La denuncia ha effetto dal primo giorno del mese successivo allo scadere di un periodo di tre mesi decorrente dalla data di ricevimento della notifica da parte del Segretario Generale.

3. La presente Convenzione, tuttavia, continuerà ad applicarsi per l'esecuzione di condanne relative a persone che sono state trasferite in applicazione della Convenzione prima della data in cui la denuncia ha effetto.

Articolo 25

Notifiche

Il Segretario Generale del Consiglio d'Europa notificherà agli Stati membri del Consiglio d'Europa, agli Stati non membri che hanno partecipato all'elaborazione della presente Convenzione, così come ad ogni Stato che vi abbia aderito:

- a) tutte le firme;
- b) il deposito di tutti gli strumenti di ratifica, di accettazione, di approvazione o di adesione;
- c) tutte le date di entrata in vigore della presente Convenzione conformemente all'articolo 18, paragrafi 2 e 3, all'articolo 19, paragrafo 2, ed all'articolo 20, paragrafi 2 e 3;
- d) ogni altro atto, dichiarazione, notifica o comunicazione relativi alla presente Convenzione.

In fede di che, i sottoscritti, debitamente autorizzati a tale scopo, hanno firmato la presente Convenzione.

Fatta a Strasburgo il 21 marzo 1983, in francese e in inglese, i due testi facenti ugualmente fede, in un solo esemplare che sarà depositato negli archivi del Consiglio d'Europa. Il Segretario Generale del Consiglio d'Europa trasmetterà copia autentica a ciascuno Stato membro del Consiglio d'Europa, agli Stati non membri che hanno partecipato all'elaborazione della presente Convenzione e ad ogni altro Stato invitato ad aderirvi.

LEGISLAZIONE E DOCUMENTAZIONE

CIRCOLARI

Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria - Direzione Generale dei Detenuti e del trattamento

Lettera Circolare n. 0212241 del 10 maggio 2002

OGGETTO: Comunicazione dell'ingresso di cittadini stranieri agli Uffici Consolari degli stati di appartenenza

La Lettera Circolare 3571/6021 del 15 febbraio 2002 ha compiutamente disciplinato la materia in oggetto.

Continuano tuttavia a pervenire ripetute segnalazioni da parte degli Uffici Consolari e delle Ambasciate di ritardi od omissioni nell'inoltro delle comunicazioni.

Si torna a raccomandare alle LL. SS. massima solerzia nel vigilare sul puntuale e tempestivo adempimento, rammentando l'estrema delicatezza di tali comunicazioni.

Nei casi, non infrequenti in cui il detenuto abbia vietato di comunicare l'arresto al proprio ufficio consolare (allegato 1 della circolare citata) si vorrà accuratamente annotare tale diniego così da permettere un tempestivo controllo da parte di questa Sede, quando vi sia richiesta di notizie da parte del Consolato interessato.

IL CAPO DEL DIPARTIMENTO

Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria - Ufficio Studi, Ricerche, Legislazione e Rapporti Internazionali

Nota n. 0205689 del 7 maggio 2002

OGGETTO: Convenzione sul trasferimento delle persone condannate adottata a Strasburgo il 21 marzo 1983.

Al fine di dare il maggiore impulso possibile alla applicazione della Convenzione in oggetto questo Ufficio ritiene opportuno semplificare e snellire la procedura per la richiesta di trasferimento nel paese di cittadinanza da parte dei detenuti interessati.

Pertanto, ha elaborato un Modulo di richiesta (Alleg. 1) che dovrà essere diffuso a cura delle Direzioni ai detenuti stranieri in esecuzione di pena definitiva, preceduto ed accompagnato da un Avviso (Alleg. 2) alla popolazione detenuta in cui vengono illustrati sinteticamente i requisiti necessari per poter ottenere il trasferimento ed indicate le

modalità per accedere alle altre informazioni utili.

Il testo dell'Avviso potrà essere modificato secondo le esigenze specifiche delle Direzioni osservando comunque l'obbligo, espressamente previsto all'art. 4 della L. 25 luglio 1988 n. 334, di fornire informazioni sul contenuto della Convenzione (Alleg. 3).

Si prega, pertanto, di dare la massima diffusione all'iniziativa e di predisporre quanto necessario per la conoscenza della normativa in argomento da parte dei detenuti stranieri e per la verifica dei dati giuridici prima della trasmissione delle richieste al Dipartimento per gli Affari di Giustizia.

Al Dipartimento che legge per conoscenza, si chiede di trasmettere l'elenco aggiornato degli Stati che hanno aderito alla Convenzione ed ogni documentazione utile alla sua corretta applicazione, per la successiva trasmissione alle sedi periferiche di questa Amministrazione.

IL DIRETTORE DELL'UFFICIO

AL MINISTERO DELLA
GIUSTIZIA
DIPARTIMENTO
DELL'AMMINISTRAZIONE
PENITENZIARIA
Direzione della

TO THE MINISTRY OF
JUSTICE
DEPARTMENT OF
PENITENTIARY
ADMINISTRATION
Management of the

AU MINISTRE DE LA
JUSTICE
DÉPARTEMENT DE
L'ADMINISTRATION
PÉNITENTIAIRE
Direction de la

MODULO di RICHIESTA

Per l'applicazione della Convenzione di Strasburgo
del 21 marzo 1988 sul trasferimento dei condannati

APPLICATIONFORM

*for the enforcement of the Convention of
Strasbourg of the 21st March 1988 on the
transfer of sentenced persons*

FORMULAIRE DE DEMANDE

*Pour l'application de la Convention de
Strasbourg du 21 mars 1988 sur le
transfertement des personnes condamnées*

Il sottoscritto

(The undersigned, Je soussigné(e))

COGNOME _____

(Surname, nom de famille)

NOME _____

(Name, Prénom)

ANNO DI NASCITA _____

(year of birth, né(e) en)

SESSO

☐ m

☐ f

(gender, genre)

LUOGO DI NASCITA _____

(place of birth, lieu de naissance)

PAESE _____

(country, état)

CITTADINANZA⁽¹⁾ _____

(citizenship, nationalité)

EVENTUALE INDIRIZZO IN ITALIA _____

(address in Italy, if any - adresse éventuelle en Italie)

⁽¹⁾ Se si ha doppia nazionalità, indicare anche l'altra. (If the person concerned has dual citizenship, it must be mentioned. Si l'intéressé(e) a la double nationalité il faut noler les deux).

CHIEDE, volontariamente e con la piena consapevolezza delle conseguenze giuridiche che ne derivano, di avvalersi di quanto previsto dalla Convenzione di Strasburgo e, quindi, di ESSERE TRASFERITO VERSO IL PROPRIO PAESE DI CITTADINANZA PER ESEGUIRE LA PENA INFLITTA dallo Stato italiano.

ASKS, voluntarily and being fully aware of the judicial consequences following such a request, to make use of what is provided for by the Convention of Strasbourg, that is TO BE TRANSFERRED TO THE COUNTRY OF HIS/HER CITIZENSHIP IN ORDER TO SERVE THE SENTENCE IMPOSED by the Italian State

DEMANDE, volontairement et en pleine conscience des conséquences juridiques qui en dérivent, d'utiliser de ce que la Convention de Strasbourg établit, et donc D'ÊTRE TRANSFÉRÉ(E) DANS MON PROPRE PAYS PURGER LA PEINE INFLIGÉE par l'Etat italien.

Data _____ Firma _____
(date) (signature)

Il detenuto ha firmato davanti a me, dipendente addetto/a a ricevere la richiesta

(cognome e nome) _____

The prisoner has undersigned before me, worker authorised to accept the application (surname and name)

Le détenu a signé devant moi, employé(e) autorisé(e) à recevoir cette demande, (nom de famille et prénom)

Firma _____ Data _____
(Signature) (Date)

INFORMAZIONI DELL'UFFICIO MATRICOLA (information of the enrolment office, informations du greffe)

Posizione giuridica.....
(Judicial Status, status juridique)

Descrizione del fatto su cui si basa la condanna (art. di reato).....
Description of the crime upon which the sentence is based (article of the Criminal Code) - Description du fait sur lequel la condamnation se base (article du Code Pénal)

.....

Natura, durata e data dell'inizio della condanna (es. condannato a 10 anni e 6 mesi di reclusione con decorrenza 20 dicembre 2000)
.....

Type, length and date of start of the sentence (e.g.: sentenced to 10 years and 6 months of imprisonment starting from the 20th December 2000) Type, durée et date du début de la condamnation (ex.: condamné(e) à 10 ans et 6 mois d'imprisonnement à compter du 20 décembre 2000)

.....

Firma del responsabile _____ Data
(Signature of the person responsible, signature du/de la responsable) (Date)

AVVISO

Si comunica che, in applicazione della Convenzione di Strasburgo⁽¹⁾ i detenuti stranieri possono chiedere di essere trasferiti nel proprio paese di cittadinanza per eseguire la condanna inflittagli dallo Stato italiano.

Per ottenere il trasferimento è necessario:

- essere cittadini di uno Stato che ha sottoscritto la convenzione
- manifestare il proprio consenso
- che la condanna sia definitiva
- che la pena, anche se residua, sia almeno di sei mesi
- che il fatto commesso in Italia sia considerato reato anche nel paese dove si vuole eseguire la pena
- che lo Stato di condanna e lo Stato di esecuzione siano d'accordo al trasferimento

Presso la biblioteca e presso la bacheca del reparto di detenzione è possibile consultare il **testo della convenzione di Strasburgo** e l'**elenco degli Stati** che attualmente vi aderiscono.

Per rendere più veloci le pratiche per il trasferimento, si pregano gli interessati di esprimere il proprio consenso compilando il modulo di richiesta qui allegato e di firmarlo davanti all'addetto.

LA DIREZIONE

Sede e data

(1) Convenzione sul trasferimento delle persone condannate adottata a Strasburgo il 21 marzo 1983 e ratificata in Italia con la **Legge 25 luglio 1988, n. 334** (in G.U. 11 agosto 1988, n. 188 s.o.).

NOTICE

In terms of the Convention of Strasbourg⁽²⁾ foreign prisoners may ask to be transferred to the country of their citizenship in order to serve the sentence the Italian State has imposed to them.

In order to get the transfer, it is necessary:

- To be nationals of a Country which has signed the convention
- To express one's consent
- That the sentence is final
- That the length of the sentence to be served, or even the remaining part of it, is at least six months
- That the crime perpetrated in Italy is considered a crime also in the country where the prisoner wishes to serve his/her sentence
- That the Country imposing the sentence and the Country where the prisoner wishes to serve his/her sentence agree upon the transfer

In the Library and on the notice board of the section of detention it is possible to view **the text of the Convention of Strasbourg as well as the list of the States** having signed it so far.

In order to get the procedures faster for the transfer, the concerned prisoners are requested to express their consent by filling the enclosed **application form** and **by under-signing it before the authorised penitentiary worker**.

THE MANAGEMENT

Place and date

AVIS

En application de la Convention de Strasbourg⁽³⁾, les détenu(e)s étrangers/étrangères peuvent demander d'être transféré(e)s dans le pays dont ils/elles ont la nationalité pour purger la condamnation infligée par l'État italien.

Pour obtenir ce transfèrement il faut:

- être citoyens d'un État qui a signé la convention
- manifester son propre consentement
- que la condamnation soit définitive
- que la durée de la peine (qui reste) à purger soit de six mois au moins
- que le fait commis en Italie soit considéré un crime aussi dans le pays où l'on désire purger sa peine
- que l'État de condamnation et l'État d'exécution accèdent au transfèrement

À la bibliothèque et au tableau d'affichage de la section de détention il est possible de consulter **le texte de la Convention de Strasbourg et la liste des États** qui y ont adhéré, jusqu'à aujourd'hui.

Pour accélérer les procédures pour le transfèrement, les détenu(e)s intéressé(e)s sont prié(e)s d'exprimer leur consentement en remplissant le formulaire de demande ci-joint et de le signer devant l'employé(e) autorisé(e).

LA DIRECTION

Lieu et date

(2) Convention on the transfer of sentenced persons adopted in Strasbourg on the 21st March 1983 and ratified in Italy by the law 25th July 1988, n. 334 (published in the Gazzetta Ufficiale of the 11th August 1988, n. 188 s.o.)

(3) Convention sur le transfèrement des personnes condamnées, adoptée à Strasbourg le 21 mars 1983, et ratifiée en Italie par la loi 25 juillet 1988, n. 334 (publiée dans la Gazzetta Ufficiale du 11 août 1988, n. 188 s.o.)

RECENSIONI

G. DE LEO, P. PATRIZI, *Psicologia Giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 290, Euro 17,50 (*Maria Stella Di Tullio D'Elisiis*)

Pubblicato nella collana "Aspetti della Psicologia", che la casa editrice "Il Mulino" dedica a specifici aspetti della ricerca e della pratica in questo settore, il nuovo manuale di psicologia giuridica affronta le tematiche psicologiche inerenti il diritto e la giustizia, attraverso un'attenta riflessione teorica, metodologica ed esperienziale, e per mezzo di una sistematizzazione che rende più agevole la fruibilità di contenuti complessi quali quelli di cui il testo si occupa.

Il difficile rapporto tra l'individuo ed il sistema della giustizia ritorna quale *leit motiv* del libro, costantemente orientato ad una descrizione approfondita di contesti, strumenti e metodi con i quali lo psicologo giuridico deve confrontarsi costantemente ogni qual volta incontra i possibili destinatari del proprio agire professionale. Indicativa, in questo senso, la metafora della rappresentazione grafica stilizzata in copertina, dove la testa di un ometto fa capolino da un piatto di una bilancia, mentre sull'altro piatto – in equilibrio rispetto al precedente –, appare il tipico copricapo del giurista.

L'intento degli autori è, in effetti, quello di presentare riflessioni sulla disciplina, ma anche di porre interrogativi e di confrontarsi tanto con i passaggi "chiave" quanto con i *nodi* che caratterizzano il profilo dello psicologo giuridico ed il suo *sapere* e *saper fare* nella pratica professionale. L'attenzione ai possibili piani di intervento si arricchisce, dunque, di spunti critici che accompagnano il lettore nella conoscenza dei fenomeni che si vanno man mano ad affrontare, e negli approfondimenti inerenti le diverse possibilità operative.

La scelta paradigmatica che fa da sfondo alla trattazione dei contenuti in oggetto riconduce ad un approccio psicologico-sociale e di comunità, che orienta le attività - di studio, ricerca e lavoro - che interessano lo psicologo giuridico, ponendo particolare attenzione alla specificità dei contesti con cui il professionista si interfaccia, ai significati che la norma giuridica assume nel momento in cui si traduce sul piano dell'interazione sociale, ed alla necessità di fare del proprio agire professionale un'occasione di ricerca, elaborazione di metodo, e verifica *interprofessionale*.

L'intervento mirato – e cioè rivolto ad interlocutori quali il minore in condizioni di rischio psicosociale o vittima di abuso

sessuale, l'autore di reato minorenne, l'adulto inserito all'interno del contesto penitenziario - viene, dunque, affrontato a partire dall'approfondimento dei presupposti legislativi di riferimento, e dai contesti specifici di ogni "spazio" problematico, quale cornice o *confine* all'interno del quale è necessario collocarsi professionalmente. Ciascun ambito di intervento viene poi osservato in relazione alle caratteristiche specifiche dell'utenza, alle metodologie scientifiche ed agli strumenti operativi più utili ad affrontare la peculiarità di ogni singola problematica esaminata.

La tipologia delle possibili azioni professionali dello psicologo giuridico viene quindi ampliata agli attuali nuovi ambiti di intervento di questa disciplina, quali la psicologia investigativa, la mediazione dei conflitti, ed i contesti peritali inerenti il danno alla persona ed il cambiamento di sesso, settori di recente sviluppo, che attualmente sono interessati da un dibattito attivo in merito a metodologie e modalità funzionali in termini di intervento. Simile - seppur in altro ambito - è la riflessione critica proposta in tema di prevenzione del crimine e sicurezza sociale che, più che entrare negli aspetti esplicativi del crimine stesso, pone il focus sulla valenza che assume nella nostra società l'azione preventiva, di fronte alla difficoltà delle scienze sociali e delle istituzioni di "adattarsi" alla rapidità di cambiamento imposta dal fenomeno deviante.

Conclude questa complessa e dettagliata panoramica uno spazio dedicato specificamente alle questioni ed ai percorsi formativi che interessano la professione di psicologo giuridico, nell'intento di offrire indicazioni specifiche in merito al profilo di competenze che è necessario acquisire per lavorare in questo spazio interattivo che mette a confronto la disciplina psicologica con temi e problemi dell'universo giuridico.