

***rassegna
penitenziaria
e criminologica***

1 *rassegna*
2007 *penitenziaria*
 e criminologica

Fondata da GIUSEPPE ALTAVISTA

DIRETTORE RESPONSABILE

ETTORE FERRARA

VICE DIRETTORE

EMILIO DI SOMMA

PRESIDENTE DEL COMITATO DI DIREZIONE

GIOVANNI CONSO

COMITATO DI DIREZIONE

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

COMITATO DI GARANZIA

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

REDATTORE CAPO

GIUSEPPE CAPOCCIA

REDAZIONE

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

AVVERTENZE PER GLI AUTORI

La *Rassegna penitenziaria e criminologica* è pubblicata quadrimestralmente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

AVVERTENZE PER GLI AUTORI

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

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

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

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

Inoltre:

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

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

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

SOMMARIO

DOTTRINA

G. DI GENNARO

<i>I diritti umani ieri e oggi</i>	pag.	7
--	------	---

DIBATTITI

L. DEGL'INNOCENTI

<i>Le cause di non sospensione dell'esecuzione della pena detentiva ex art. 656 comma 9 c.p.p. alla luce delle modifiche legislative</i>	»	35
--	---	----

G. CAPOCCIA

<i>Istituzione di una banca dati del Dna a fini identificativi e di giustizia</i>		
1. Premessa: il quadro internazionale.....	»	47
2. Il gruppo di lavoro presso la presidenza del Consiglio dei Ministri.....	»	49
3. Il progetto del nuovo articolo 224 bis c.p.p.....	»	49
4. Il progetto di una banca dati dei profili del DNA	»	54
5. I soggetti da sottoporre a prelievo ai fini dell'inserimento nell'Archivio nazionale dei profili del DNA.....	»	56
6. la struttura della banca dati del DNA.....	»	58
7. La questione della conservazione dei campioni.....	»	59

F. MULAS

<i>L'informatica come fattore di crescita e di evoluzione dell'amministrazione penitenziaria</i>	pag.	61
Premessa	»	61
<i>L'informatizzazione dei servizi penitenziari: lo stato dell'arte</i>	»	66
1. L'informatizzazione dell'attività istituzionale	»	66
2. L'informatizzazione dell'attività di supporto o di auto amministrazione	»	72
3. Il sistema informativo direzionale	»	85
4. Le problematiche organizzative	»	88
5. Conclusioni e proposte operative	»	93

GIURISPRUDENZA

E. RUBOLINO

<i>La sospensione condizionata della parte finale della pena (l. 207/03) anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 255/06</i>	»	97
--	---	----

RECENSIONI

G. CAPOCCIA

SALVATORE ALEO, ALESSANDRO CENTONZE, ENRICO LANZA <i>La responsabilità penale del medico</i> <i>Giuffrè, Milano, 2007</i>	»	111
--	---	-----

I DIRITTI UMANI IERI E OGGI

GIUSEPPE DI GENNARO *

SOMMARIO: 1. Importanza e vaghezza dell'argomento. 2. I precedenti storici. 3. L'età contemporanea. 4. La definizione: l'autore della violazione. 5. La definizione: l'atto normativo. 6. Tipologia dei diritti umani. 7. I comportamenti lesivi. 8. Diritti umani e procedura penale. 9. Diritti umani nell'area penale. 10. L'adempimento da parte dell'Italia. 11. Il relativismo giuridico: l'appello del pubblico ministero.

1. Importanza e vaghezza dell'argomento

Subito dopo la fine del secondo conflitto mondiale il tema dei "diritti umani" è divenuto ricorrente nei dibattiti politici nazionali e, specialmente, internazionali.

I capi di Stato e di governo li ricordano continuamente e ad essi si fa richiamo per giudicare la qualità politica delle Nazioni, distinguendole fra buone e cattive.

Negli Stati Uniti d'America – dove già nel 1917 il Presidente Wilson aveva menzionato i diritti umani violati per giustificare l'intervento in guerra – su di essi si è progressivamente accentrata l'attenzione popolare e dei politici al punto da indurre il Congresso a richiedere al Dipartimento di Stato una relazione annuale, estesa e completa (*a full and complete report*) sullo stato e le pratiche dei diritti umani nel mondo.

La prima relazione, che è stata presentata al Congresso nel 1977, includeva 82 Stati, mentre le relazioni successive al 2000 coprono, praticamente, tutto il pianeta.

Sulla base di questi resoconti il Congresso decide se offrire o negare aiuti economici e preferenze commerciali.

Anche nelle valutazioni politiche dell'Europa Unita l'argomento non è certo secondario, come dimostra l'attenzione ad esso rivolta durante le procedure di accesso dei Paesi terzi.

Che il tema sia divenuto di primaria importanza agli occhi del mondo lo dimostrano gli apparati di monitoraggio e di controllo

* Presidente aggiunto onorario della Corte Suprema di Cassazione

che sono stati creati a livello della Organizzazione delle Nazioni Unite e delle associazioni regionali di Stati.

La concentrazione di così vasti interessi ha, inevitabilmente, suscitato riflessioni che vanno oltre gli aspetti meramente giuridici per estendersi all'etica e alla politica.

Questo spiega, in parte, perché il relativo approfondimento giuridico, alla ricerca di una appropriata definizione, non ha avuto grande spazio, trovandosi il diritto inserito in un concerto a più voci dove, frequentemente, esso viene surclassato da altri importanti valori.

Una esplorazione fra le definizioni correnti conferma la loro vaghezza concettuale. A titolo di esempio, se ne riportano, di seguito, alcune fra le più accreditate.

Secondo l'*Human Rights Resource Center* "i diritti umani sono quegli standard basilari senza dei quali le persone non possono vivere con dignità. Violare i diritti umani di un individuo vuol dire trattare quella persona come se non fosse un essere umano. Affermare i diritti umani significa richiedere che la dignità della persona sia rispettata".

Nell'*American Heritage Dictionary* si legge "diritti e libertà fondamentali spettanti a tutti gli esseri umani fra i quali, spesso, si includono il diritto alla vita e alla libertà, la libertà di pensiero e di espressione e l'uguaglianza di fronte alla legge".

L'Enciclopedia Britannica afferma: "diritti che appartengono all'individuo come conseguenza di essere umano...secondo l'odierno intendimento essi attengono a una vasta varietà di valori e capacità che riflettono la diversità delle circostanze e della storia umane".

L'Enciclopedia della Storia Americana afferma: "il concetto di diritti umani si è evoluto nel tempo e i vari Paesi hanno sottolineato differenti aspetti dei loro principi e della loro politica".

Per l'*Utopic Onlus* "dal punto di vista giuridico essi sono un insieme dei diritti che consuetudini e trattati internazionali attribuiscono, in linea di principio, ad ogni persona".

La Chiesa Cattolica, pur avendo sostenuto da sempre il rispetto della dignità umana, ha fatto riferimento al concetto di "diritti umani" solo di recente per sottolinearne i valori etici e politici.

Ne parla per la prima volta nel 1963 Giovanni XXIII nell'Enciclica *Pacem in terris* dove, testualmente, è scritto: "non ci può essere pace senza giustizia e, quindi, un discorso sulle regole deve, necessariamente, muovere dalla cultura dei diritti umani".

Dopo di lui Giovanni Paolo II fa continuo appello a questi valori. Li ricorda nel messaggio del 2 dicembre 1978 affermando

che "la dignità della persona trova 'diretta sorgente' nei diritti umani". Ne parla nel messaggio dell'ottobre 1979 alla Corte e alla Commissione Europea per i Diritti dell'Uomo dove si legge che è sulla "nozione di dignità della persona che poggia il fondamento delle diverse categorie dei diritti dell'uomo".

Nell'allocuzione alla 34° Assemblea Generale dell'ONU del 2 ottobre 1979 accenna alla "minaccia sistematica contro i diritti dell'uomo".

Nel messaggio del 21 dicembre 1981 ribadisce: "una società politica non può effettivamente collaborare alla costruzione della pace internazionale se essa non è pacificata, cioè se al proprio interno essa non prende sul serio la promozione dei diritti umani".

Nell'Enciclica *Sollicitudo rei socialis* del 1987 sottolinea "la necessità di uno sviluppo che rispetti e promuova i diritti umani personali, sociali, economici e politici".

Nel discorso al Congresso Mondiale sulla Pastorale dei Diritti Umani del luglio 1998 lamenta le "disuguaglianze economiche come autentico scandalo che ostacola in modo molto grave il pieno esercizio dei diritti umani".

Ancora ai membri della Fondazione *Centesimus Annus*, il 19 maggio 1998, indica la "necessità di lavorare per una cultura delle regole, che non guardi soltanto agli aspetti commerciali, ma si faccia carico della difesa dei diritti umani in tutto il mondo".

Infine, nel messaggio del dicembre 1998, ammonisce che "nessun diritto umano è sicuro se non ci si impegna a tutelarli tutti".

Con assoluta continuità Benedetto XVI, il primo gennaio di quest'anno, durante la celebrazione della Giornata della Pace, esorta la comunità internazionale a "congiungere i propri sforzi perché, in nome di Dio, si costruisca un mondo in cui gli essenziali diritti dell'uomo siano da tutti rispettati", e osserva che "una vera e stabile pace presuppone il rispetto dei diritti umani".

Molte altre citazioni di autorità politiche e religiose si potrebbero aggiungere ma quanto fin qui esposto sembra sufficiente per concludere che il rispetto dei diritti umani è ritenuto, da coloro che nel mondo democratico guidano gli uomini e le coscienze, una esigenza assoluta.

Tutti quelli che ne parlano convengono sulla loro importanza, ne intuiscono l'oggetto senza, però, riferirsi ad una identificazione dalle precise connotazioni giuridiche.

Ci troviamo di fronte a uno di quei casi di concezione ad oggetto sfumato, di cui si avverte il valore positivo e sulla quale, quindi, si concorda anche se manca una precisa definizione.

Ciò non preoccupa fino a quando si fa uso politico del termine,

poichè la politica vive di approssimazione se non di ambiguità.

Non è lo stesso, invece, quando si tratta di questioni giuridiche perché anche se è vero che "omnis definitio in jure periculosa, parum est enim ut subverti non posset (nel campo del diritto ogni definizione è pericolosa perché è difficile che non possa essere sovvertita", come avverte Giovaleno (D.50.17.102), - non può dubitarsi che il diritto richiede la chiarezza della cosa di cui si discute.

Questo scritto ambisce a fornire un contributo all'impegno definitorio di questo oggetto grave e sfuggente senza pretendere, tuttavia, di giungere a un risultato finale e incontestabile. Esso potrà, in ogni modo, rappresentare un parametro di riferimento, un elemento dialettico, con cui confrontarsi.

Nell'intraprendere il compito, va preliminarmente osservato che la lingua italiana e le sue consorelle neo-latine non ne agevolano l'adempimento.

Nella nostra lingua il termine "diritto" indica sia un potere attribuito a un soggetto, sia il sistema di norme da cui detto potere discende. Pertanto si parla ugualmente, per fare un esempio, di diritto di proprietà, per indicare la potestà di un soggetto su un bene, come di diritto pubblico per significare l'intero ordinamento giuridico attinente alla cosa pubblica (quod ad statum rei publicae pertinet).

Ugualmente in latino il vocabolo "jus" vale per indicare ambedue gli oggetti.

Non è così, invece, in altre lingue, come in inglese, dove *right* sta per diritto individuale e *law* sta per sistema normativo.

La promiscuità terminologica della lingua italiana agevola errate opinioni, almeno fra i non specialisti, come quella che fa derivare i diritti umani dal diritto naturale (quod natura omnia animalia docuit) affermando che essi sono già in natura configurati come precetti normativi operanti nell'ordinamento degli Stati.

Il collegamento fra i diritti umani e il diritto naturale certamente esiste ma non nel senso che il diritto naturale già possessa in se stesso precetti vincolanti, propri del diritto positivo, ma che esistono nell'ordine della natura e, quindi, nel momento pre-giuridico, esigenze non disconoscibili, le quali, secondo i diversi orientamenti culturali e religiosi, si ritengono espressione di determinati valori.

Queste esigenze si atteggiavano come un imperativo morale dettato ai legislatori e ai detentori del potere perché li rivestano con l'autorità della legge e li facciano rispettare coattivamente.

È corretto, quindi, affermare che il diritto naturale non è diritto, tanto nell'accezione della locuzione inglese *law* quanto in quella

di *right*, ma è solo il fondamento di esso.

A questa corretta concezione ha aderito il Papa Benedetto XVI quando, nel citato discorso, ha accennato al “fondamento naturale” dei diritti umani.

L’aggettivo “umani” non va inteso come indicativo di diritti pertinenti all’uomo per differenziarli da diritti attribuiti ad altre entità.

Con la chiarezza tipica dei giuristi latini, Giustiniano ci tramanda nel Digesto (1.5.2.) la massima: “*hominum causa omne jus constitutum est*” per significare che il destinatario delle norme giuridiche è sempre l’uomo anche quando esse sono dirette, per esempio, alla tutela degli animali o dei defunti.

Quindi l’aggettivo “umani”, che preso alla lettera sarebbe un pleonasma, ha una funzione rafforzativa che qualifica la primaria importanza dell’oggetto.

Qualche volta si confonde l’espressione “diritti umani” con quella di “diritto umanitario”. Si tratta di un equivoco: il diritto umanitario attiene alle leggi e alle consuetudini della guerra, tanto che esso è conosciuto anche come “legge della guerra” o “legge dei conflitti armati” in quanto definisce le condotte e le responsabilità della Nazioni belligeranti e neutrali nonché degli individui che combattono. Tale diritto si è basato, originariamente, sulle Convenzioni di Ginevra del 1864 e dell’Aja del 1907 a cui sono seguiti vari altri trattati, poi incorporati nelle “Quattro Convenzioni di Ginevra” del 12 agosto 1949, che sono state successivamente arricchite da vari protocolli.

Vero è che alcune disposizioni di queste Convenzioni riguardano il trattamento e la protezione dei prigionieri di guerra e, come tali, possono entrare nella definizione di “diritti umani”. È quindi appropriato sostenere che nell’ambito del diritto umanitario sono contemplati anche diritti umani ma non è altrettanto corretto confondere le due sfere giuridiche.

2. I precedenti storici

Dalla storia dei diritti umani, o meglio, dalle opinioni correnti su questa storia, si ricavano elementi utili alla definizione.

Ne faccio rapido cenno.

Alcuni ne fanno risalire l’origine a Ur-Nammu, re di Ur, che nel 2050 a.C. emanò quello che si conosce come il primo testo di leggi scritte. Altri risalgono al codice di Hammurabi, datato a circa

il 1780 a.C.. Altri, ancora fanno riferimento al Cilindro di Ciro - scoperto nel 1879 - che fu scolpito nel 539 a.C.

Anche se in uno di questi, e cioè nel Cilindro di Ciro, si rinvenivano alcune norme che, secondo la definizione a cui perverrò, possono qualificarsi diritti umani, propendo per ritenere che le su accennate opinioni riflettano la concezione di chi ritiene che la legge scritta, quindi, la garanzia della certezza del diritto positivo, sia da identificarsi con la salvaguardia dei diritti umani.

L'esistenza del diritto positivo e le garanzie offerte dalla legge scritta si atteggiano come un 'genere' rispetto alla 'specie' diritti umani, pertanto non vi è coincidenza fra essi ma solo il rapporto che esiste fra contenitore e contenuto.

Nella mia concezione, come vedremo, si può parlare di diritti umani solo quando i beni tutelati sono offesi dall'autorità.

Nella rassegna che segue mi limito, pertanto, a ricordare quei precedenti che hanno questa componente.

Nel 1215, sotto la pressione del Papa e dei baroni inglesi, che chiedevano al sovrano di rinunciare a certi diritti, rispettare certe procedure legali e accettare che il suo volere fosse condizionato dalla legge, il re Giovanni Senza Terra emanò la "Magna Carta" che, a ragione, può essere considerata un antecedente storico dei diritti umani. Essa conteneva norme regolatrici del potere sovrano e di rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini. La "Magna Carta" è una vera e propria legge positiva che avrebbe potuto segnare uno straordinario progresso sulla via della democratizzazione se fosse stata rispettata come, purtroppo, non avvenne. Tuttavia essa ha costituito un precedente che ha avuto influenza anche a distanza di secoli.

Bisogna guardare ancora all'Inghilterra per trovare un altro evento di grande significato nella storia dei diritti umani.

Il 7 giugno del 1628 i membri puritani del Parlamento, fra i quali sedeva il giovane Oliver Cromwell, si accordarono per presentare una petizione al re Carlo I perché si impegnasse a far cessare gli abusi del potere reale.

Seguirono molte turbolente vicende che sfociarono nella guerra civile.

Nel 1649 il re fu giustiziato e Cromwell fondò la Repubblica assumendo il titolo di Lord Protettore.

Quando fu ristabilita la monarchia sia Carlo II che Giacomo II tornarono agli antichi abusi, fino a che, nel 1689, il Parlamento prevalse riuscendo ad adottare la prima legge inglese, redatta dai rappresentanti del popolo, che garantiva il rispetto dei diritti umani contro l'abuso del potere.

La legge, a cui fu dato il lungo titolo *An act declaring the rights and liberties of the subject and settling the succession of the Crown*, viene ricordata come *The Bill of Rights*:

Questo evento fu l'epilogo della lunga lotta che si svolse nel secolo XVII fra la dinastia degli Stuart e il Parlamento.

La conquista ebbe immediata risonanza e seguito tanto che, subito dopo, il Regno separato di Scozia emanò il *Claim of Rights* il quale, sia pure con diversa formulazione, provvedeva ugualmente a controllare gli abusi di potere e a garantire i diritti dei cittadini di fronte ad esso.

A distanza di quasi un secolo, nel 1776, gli Stati Uniti d'America, nel sottrarsi al dominio inglese, proclamarono la Dichiarazione di Indipendenza in cui era scritto: "Tutti gli uomini sono creati uguali e sono dotati dal loro Creatore di certi diritti inalienabili fra i quali la vita, la libertà e il perseguimento della felicità".

La Dichiarazione di Indipendenza, che ben a ragione è considerata la più avanzata manifestazione di progresso democratico del tempo, mostra, tuttavia, i limiti del livello di civilizzazione e di sensibilità dell'epoca. Mentre, infatti, si proclamava che "tutti gli uomini sono creati uguali" si manteneva la schiavitù e non sin riconosceva uguaglianza di diritti alle donne.

Trascorreranno altri undici anni prima che il nuovo Stato indipendente si desse una Costituzione. Ciò avvenne in Filadelfia il 17 settembre 1787.

All'entusiasmo per l'adottata Costituzione seguì, subito, un ripensamento suscitato da quei politici che constatarono come nella legge primaria dello Stato mancassero previsioni dirette ad affermare e garantire i diritti fondamentali dei cittadini.

Fu così che, meno di due anni dopo la promulgazione della Costituzione, il 25 settembre del 1789, si ebbe il primo emendamento che modificò gli articoli da 3 a 12 introducendo le volute garanzie. Questi dieci nuovi articoli presero anch'essi il nome di *Bill of Right*.

Nello stesso anno, in Francia, l'Assemblea Nazionale Costituente, formata nella prima fase del movimento rivoluzionario, varò il testo della "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino" che conteneva l'elenco dei diritti fondamentali inviolabili.

Dopo aver proclamato l'eguaglianza fra tutti gli esseri umani, la Dichiarazione prosegue elencando i predetti diritti e, nel regolare i rapporti fra i cittadini e lo Stato, introduce il principio basilare della legalità in materia penale

Come è noto, la "Dichiarazione dei diritti dell'uomo" è divenuta il testo di riferimento per i vari movimenti nazionali a soste-

gno della democrazia e dello Stato di diritto.

3. L'età contemporanea

Ricordati i momenti salienti della storia antica e moderna si può, ora, volgere lo sguardo all'età contemporanea.

In questa fase la data di inizio della storia dei diritti umani si può fissare al giugno del 1945 quando a San Francisco viene sottoscritta la Carta delle Nazioni Unite nel cui preambolo si legge: "Noi, il popolo delle Nazioni Unite. Determinato a...riaffermare la fede nei diritti umani fondamentali, nella dignità e nel valore della persona umana".

È la prima volta che l'espressione "diritti umani" appare in un documento internazionale.

Successivamente, il 10 dicembre 1948, essa assume grande risalto poiché la più solenne Dichiarazione delle Nazioni Unite viene intitolata: *Universal Declaration of Human Rights*. Questo atto, non avendo forma di Convenzione, è un documento privo di forza giuridica ma il suo valore morale è tale che ad esso si sono ispirati e si sono riferiti gli strumenti pattizi internazionali, anche regionali, da cui discendono le obbligazioni degli Stati Parte nella materia.

I principi esaltati nella Dichiarazione sono stati, nel dicembre 1966, ribaditi in due Convenzioni internazionali adottate dall'Assemblea Generale e di cui sono divenuti parte, praticamente, tutti i Paesi del mondo: la Convenzione Internazionale sui diritti civili e politici e la Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali.

L'insieme dei tre documenti ONU viene indicato come *The International Bill of Rights*.

Si è aggiunto, poi, il secondo Protocollo Addizionale alla Convenzione sui diritti civili e politici che prevede l'abolizione della pena di morte e che è entrato in vigore l'11 luglio 1991.

Dall'*International Bill of Rights* hanno tratto ispirazione, oltre alla Convenzione Europea sui Diritti Umani, altre Convenzioni regionali quali la *American Convention on Human Rights*, adottata dall'*Organization of American States*, entrata in vigore il 1° gennaio 1980, e l'*African Charter of Human Rights*, adottata dalla *Organization of African Unity*, entrata in vigore il 27 giugno 1981. Analoga ispirazione ha avuto la *Universal Islamic Declaration of Human Rights*, adottata dall'*Islamic Council* il 19 settembre del 1981.

Per trasformare in norme imperative i principi della Dichiarazione Universale l'Assemblea Generale dell'ONU ha impiegato ben diciotto anni a causa della difficoltà di mettere d'accordo Paesi

appartenenti a culture diverse.

L'omogeneità culturale fra gli Stati europei ha reso, invece, possibile al Consiglio d'Europa di agire con grande celerità sopravanzando le Nazioni Unite. Infatti la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali è stata aperta alla firma a Roma il 4 novembre 1950.

L'ispirazione tratta dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo delle Nazioni Unite è esplicitamente affermata nel preambolo.

Alla Convenzione Europea hanno fatto seguito alcuni Protocolli addizionali fra i quali, quelli che qui interessano, il I° del 20 marzo 1952, il IV° del 16 settembre 1963, il VI° del 28 aprile 1983 e il VII° del 22 novembre 1984.

La sequenza temporale di questi strumenti europei, così come la sequenza degli strumenti ONU in tema di diritti umani, offrono spunti interessanti nella ricerca di una definizione che vada oltre le generiche affermazioni sulla loro importanza.

4. La definizione: l'autore della violazione

Premesso che vi è accordo nell'includere fra i diritti umani beni essenziali, quali la vita e la libertà, possiamo affermare che i reati comuni di omicidio e di sequestro di persona, che il nostro codice colloca sotto il titolo dedicato ai reati contro la persona e che possono essere commessi da chiunque, sono, di per sé, violazione di diritti umani?

Commettono violazione di diritti umani i delinquenti per passione o per finalità di lucro che uccidono o sequestrano?

Certamente no e la storia dei diritti umani ce lo insegna.

La storia dei difensori dei diritti umani, la storia dei movimenti che li hanno sostenuti e affermati, la storia delle leggi che li hanno contemplati e da cui si sono generati gli strumenti internazionali, prima citati, indicano chiaramente che si parla di diritti umani quando la violazione dei beni fondamentali, a cui fanno riferimento le auliche definizioni, di cui ho riportato una selezione, è attribuita al comportamento dell'autorità.

Gli omicidi voluti dal dittatore, l'arbitraria privazione della libertà da parte di chi esercita il potere, la condanna senza le regole del giudizio, la tortura degli arrestati sono fra le fattispecie criminose che ha in mente chi parla di violazione di diritti umani.

Quando si accusa uno Stato di questa responsabilità non ci

si riferisce al numero di reati comuni gravi, come quelli contro la persona, che avvengono nel suo territorio, ma alla responsabilità del potere per la violazione di diritti che, come tutte le definizioni affermano, ineriscono alla dignità dell'uomo.

In altre parole può dirsi che non è solo la qualità del bene protetto a definire un diritto umano ma anche la provenienza della sua violazione.

Una autorevole conferma formale del mio assunto è data dalla Convenzione Europea che, nel prevedere la facoltà di ricorso alla Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo, precisa che può rivolgersi ad essa chi lamenta "di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti Contraenti (leggi: Stato) dei diritti riconosciuti dalla presente Convenzione". Il che significa che la Convenzione non è stata voluta per tutelare i cittadini d'Europa nei confronti di chiunque commetta omicidio, sequestro di persona, violazione della privacy o di qualsiasi altro interesse protetto internazionalmente. La tutela offerta dal Trattato riguarda esclusivamente le violazioni commesse dallo Stato e, quindi, da qualsiasi autorità che eserciti pubblici poteri.

Analogamente il primo Protocollo Addizionale alla Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici, adottato ed entrato in vigore insieme alla Convenzione, e che, evidentemente, si ispira alla Convenzione Europea, nel prevedere il ricorso individuale al Comitato dei Diritti dell'Uomo dell'ONU, così specifica nell'articolo 1: "Uno Stato Parte della Convenzione, che diviene anche parte del presente Protocollo, riconosce la Competenza del Comitato a ricevere e considerare reclami di individui, soggetti alla sua giurisdizione, i quali lamentano di essere vittime di violazioni, da parte di questo Stato, di alcuno dei diritti previsti dalla Convenzione".

Ulteriori conferme possono trarsi da documenti prodotti dall'ONU.

Scelgo, fra tanti, due atti che sono emblematici del mio assunto.

Nel dicembre del 1975 l'Assemblea Generale ha adottato la Dichiarazione sulla Protezione di Tutte le Persone Soggette a Tortura o a Trattamenti e Punizioni Crudeli, Inumani e Degradanti.

La Dichiarazione, come si legge nel suo preambolo, è stata voluta per dare interpretazione autentica e rafforzamento ai precetti contenuti nell'art. 5 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e nell'art. 7 della Convenzione Internazionale sui Diritti civili e Politici, dove è stabilita la proibizione di tali comportamenti.

Nell'art. 1 dell'Atto in questione viene data la definizione di tortura precisando che per essa "si intende qualsiasi atto a mezzo

del quale vengono intenzionalmente inflitti forte dolore e sofferenza da parte o per istigazione di un pubblico ufficiale...".

Nel maggio del 1989 il Consiglio Economico e Sociale dell'ONU ha adottato la Risoluzione sui Principi per le Effettive Prevenzione e Investigazione delle Esecuzioni Extra-legali, Arbitrarie e Sommarie. Anche in questo caso viene specificato, nel preambolo, che la Risoluzione intende dare forza alle previsioni degli Strumenti internazionali sui diritti umani e, in particolare, si richiama l'art. 3 della Dichiarazione Universale e il paragrafo 1 dell'art. 6 della Convenzione sui Diritti Civili e Politici, dove è affermata la inviolabilità del diritto alla vita.

Nel testo dei principi, annesso alla Risoluzione, si stabilisce (art. 2) che "al fine di prevenire le esecuzioni extra-legali, arbitrarie e sommarie, i Governi devono effettuare rigorosi controlli, inclusa una chiara catena di comando, su tutti i pubblici funzionari autorizzati dalla legge a fare uso della forza e delle armi".

Viene, così, autorevolmente confermato che la violazione dei diritti umani ricorre quando i beni protetti dalle Convenzioni internazionali in materia sono lesi da pubbliche autorità.

A tal proposito va ricordata una gloria italiana: Nicola Spedalieri, sacerdote filosofo, nato a Bronte nel 1740. Anche se la sua memoria è stata onorata da una statua che lo raffigura, in piazza Cesarini Sforza a Roma, pochi lo ricordano.

Eppure è stato un antesignano. Secondo le mie ricerche è stato il primo a parlare di diritti umani nel senso di beni fondamentali dell'individuo violati dall'abuso di potere.

Fu Spedalieri a denunciare, nel suo libro "De' Diritti dell'Uomo", gli abusi dei regimi assoluti e il diritto del popolo di abbattere la tirannia.

Egli affermò la sacralità dei principi di uguaglianza e di libertà basati sui diritti naturali.

Sulla facciata della casa ove nacque è stata posta, nel 1878, una lapide che ne esalta l'opera ricordando che "rivendicando da Roma, con eroismo senza esempio, il diritto umano e la sovranità del popolo, abbatteva la radice delle vecchie tirannie".

I poteri di allora, civili ed ecclesiastici, reagirono con preoccupazione alla denuncia dello Spedalieri tanto che il suo libro fu bandito da tutte le Corti europee e tornò in circolazione solo nel 1860.

5. La definizione: l'atto normativo

Ma il collegamento fra la violazione e il suo autore non basta

per una completa definizione.

Un diritto in tanto sussiste in quanto è così definito dalla legge.

In mancanza della legge si può parlare di un interesse da difendere, di esistenza di un "fondamento naturale" che impone l'obbligo di prevedere un diritto, come ha sostenuto Benedetto XVI, di un diritto naturale, ma non di un diritto nel senso del termine inglese *right*.

La prima volta che determinati beni sono stati indicati come diritti umani a livello internazionale è avvenuto, come si è avanti detto, nel 1948, con la Dichiarazione Universale dell'ONU.

Anche se la Dichiarazione non lo afferma esplicitamente da essa si deduce che la comunità internazionale ha voluto, con quell'atto, denunciare l'uso scorretto del potere e mobilitare tutti i Paesi a proibirne e punirne l'eventualità.

Sono particolarmente significativi al riguardo due paragrafi del preambolo che così recitano: "Ritenuto che è essenziale, affinché l'uomo non sia costretto a fare ricorso, come estremo rimedio, alla ribellione contro la tirannia e l'oppressione, che i "diritti umani" siano protetti dalla forza della legge..".

E ancora: "Ritenuto che gli Stati Membri si sono essi stessi impegnati a provvedere, in cooperazione con le Nazioni Unite, alla promozione del rispetto universale e alla protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali".

Dopo queste premesse la Dichiarazione elenca quelli che le Nazioni del mondo devono considerare "diritti umani" allorché la responsabilità della loro violazione, sia per omissione, quando non si provveda a proteggerli con la legislazione domestica, sia per commissione, quando la legge viene infranta, risale ai pubblici poteri.

È la Dichiarazione, quindi, che determina l'effetto di elevare alla categoria di diritti umani quelli che essa menziona come tali. Al riguardo deve sottolinearsi che il valore dichiarativo di questo Atto è di portata atemporale, perchè la qualifica che esso attribuisce a determinati diritti vale per il futuro come per il passato.

Se oggi possiamo ritenere come leggi a tutela dei diritti umani strumenti quali la Magna Carta, il Bill of Rights del 1689, la Dichiarazione di Indipendenza, la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, lo dobbiamo alla Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

A questo punto possiamo tentare una più articolata definizione affermando che alla base della nozione vi sono diritti comuni i quali, generalmente, sono riconosciuti e tutelati dagli ordinamenti interni dei Paesi civilizzati. Tali diritti assumono la qualità di "dirit-

ti umani" quando sono sanciti da Convenzioni internazionali che impongono la loro protezione nei confronti del potere.

Da questa particolare origine derivano conseguenze peculiari come l'estensione della definizione anche alle violazioni commesse da autorità di Paesi che non sono Parte delle Convenzioni in materia.

Altra notevole conseguenza riguarda la tipologia dei diritti in questione. Poiché, come si è detto, essi traggono origine da una particolare fonte normativa, cioè dalle Convenzioni internazionali, sono cioè creati per legge, la loro tipologia, e anche il loro numero, possono variare con il variare della fonte normativa.

6. Tipologia dei diritti umani

Quali sono, dunque, questi diritti umani di cui tanto si parla?

Già al loro primo apparire nel testo della Dichiarazione Universale si nota che sono stati messi insieme, come meritevoli di uguale tutela, diritti di diversa importanza e che, in alcuni casi, non sono formulati veri e propri diritti ma è enunciato, in termini generali, un indirizzo di comportamento, come il divieto di discriminare o l'eguaglianza di fronte alla legge, da cui possono derivare violazioni di particolari diritti.

La distinzione fra diritti di diversa importanza, che non è fatta dalla Dichiarazione, non può essere ignorata.

Per convincersi di tanto è sufficiente guardare alla "Proclamazione" introduttiva. Essa riflette la prudenza dell'Assemblea Generale e la sua consapevolezza che non tutti i Paesi del mondo sono allo stesso livello di sviluppo economico, sociale e culturale e che, perciò, non si può richiedere indiscriminatamente di dare immediata e completa attuazione di tutto quanto previsto.

Si vuole solo che gli Stati "si sforzino...di promuovere il rispetto" per "i diritti e le libertà" enunciati adottando "misure progressive".

In sostanza si esprime comprensione per chi non ha l'immediata capacità di eseguire e, di conseguenza, si manifesta tolleranza per il ritardo nell'adempimento.

In linea con questa posizione sono anche le due Convenzioni che concorrono a formare il trittico dell'International Bill of Rights, come si evince dagli articoli 2 dei loro rispettivi testi.

Ma è evidente che questa tolleranza non può riguardare tutti i diritti in questione.

Non è pensabile che si tolleri la violazione del diritto alla vita,

la schiavitù o la tortura.

Viceversa è concepibile che si possa pretendere solo l'impegno di assicurare, in prosieguo, il diritto a "una libera scelta del lavoro", "condizioni favorevoli di lavoro" a protezione contro la disoccupazione" (art. 23), o anche a "condizioni di vita adeguate al benessere proprio e della famiglia inclusi...il vestiario, l'abitazione...i necessari servizi sociali...la sicurezza in caso di vedovanza o di vecchiaia" (art. 24).

È da notare che la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, dopo aver affermato che i Governi degli Stati europei sono "animati da uno stesso spirito e forti di un patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, rispetto delle libertà e di preminenza del diritto", e cioè, dopo aver sottolineato la sostanziale omogeneità socio-culturale dei Paesi Membri, non contiene alcuna moratoria. Fra le sue disposizioni mancano norme di natura programmatica, tutti i suoi precetti sono cogenti e di immediata applicazione.

Deve, però, osservarsi che i diritti previsti da questa Convenzione riguardano, sostanzialmente, solo otto interessi o gruppi di interessi veramente fondamentali: la vita; la proibizione di torture; pene e trattamenti inumani e degradanti; la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato; il processo penale giusto; la privacy; la libertà di pensiero, di coscienza, di religione e di espressione; la libertà di riunione e associazione; il diritto di sposarsi.

Vero è che i Protocolli addizionali aggiungeranno, poi, altri diritti di minore intensità, anche se meno numerosi di quelli dell'International Bill of Rights. Ma il fatto che la Convenzione madre, adottata due anni dopo la Dichiarazione Universale, non abbia incluso tutti i diritti in quella indicati ma si sia limitata agli otto suddetti, sta a significare che l'Europa ha fatto una graduatoria di valori.

È forse ardito, ma, a mio giudizio, necessario distinguere varie categorie di diritti umani sia ai fini della tolleranza del ritardo del loro rispetto, sia per anettere alla loro violazione diversi livelli di stigmatizzazione.

L'esperienza degli ultimi anni ci mostra che quando si lancia contro uno Stato l'accusa di violazione di diritti umani non si pensa alla sicurezza sociale o al vestiario ma ad alcuno dei diritti enunciati dalla Convenzione Europea.

La distinzione dei diritti umani in categorie, d'altra parte, è stata proposta autorevolmente da Karel Vasak, primo Segretario Generale dell'Istituto dei Diritti Umani di Strasburgo dal 1969 al 1980. Istituto che fu creato dal Premio Nobel René Cassin.

Egli ha proposto di distinguere tre generazioni: alla prima ha assegnato i diritti civili e politici; alla seconda i diritti economici, sociali e culturali; alla terza i diritti di solidarietà che includono il diritto alla pace e all'ambiente sano.

Anche Giovanni Paolo II, nel citato Messaggio dell'ottobre 1979, ha parlato di "diverse categorie di diritti dell'uomo".

Una guida per poter individuare quelli di primaria importanza potrebbe trarsi proprio dalla Convenzione Europea che, come abbiamo visto, fa una selezione molto rigorosa.

Nessun aiuto, invece, può ottenersi dal testo del "Trattato che adotta la Costituzione per l'Europa" redatto dalla Conferenza dei Rappresentanti degli Stati Membri e finalizzato a Bruxelles il 29 ottobre 2004.

Le vicende del Trattato sono note: esso non ha ottenuto il consenso di tutti gli Stati Membri ed è, attualmente, in una situazione di stallo da cui certamente uscirà a seguito di concordati aggiustamenti.

È, quindi, un documento che non può essere trascurato in questo contesto.

Purtroppo da esso non si traggono indicazioni che valgano a chiarire il tema che ci interessa.

Al contrario si constata una certa confusione terminologica che complica la ricerca.

Come si vedrà, per riferirsi, presumibilmente, allo stesso oggetto, sono usati promiscuamente termini diversi quali "diritti umani", "libertà fondamentali", "diritti fondamentali".

Sotto il Titolo della Parte I^o, che concerne la Definizione e Obiettivi dell'Unione e, in particolare, nell'art. I-2, dedicato ai "Valori dell'Unione", si afferma che "l'Unione si fonda sui valori...del rispetto dei diritti umani". I medesimi diritti si menzionano ancora nell'art. I-3, dove si afferma che l'Unione contribuisce "nelle relazioni con il resto del mondo alla tutela dei diritti umani".

L'art. I-4 è intitolato Libertà Fondamentali e non Discriminazione, ma, evidentemente, l'accezione di "Libertà Fondamentali" non è quella dell'analoga espressione che si rinviene nella Dichiarazione Universale e nella Convenzione Europea, poiché nell'articolo si parla solo della "libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali" nonché della "libertà di stabilimento".

Il Titolo II è intestato ai Diritti Fondamentali, così come anche l'art. I-9 dove si legge che "l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei Diritti Fondamentali che costituisce la Parte II. Nello stesso articolo è scritto i "diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione Europea".

Si introduce, in tal modo, una terminologia nuova dato che nella Carta delle Nazioni Unite si menzionano i "diritti umani fondamentali" mentre negli Strumenti successivi si parla solo di "diritti umani" riservando l'aggettivo "fondamentale" alle libertà.

La Parte II, che ha per titolo Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione, recita, nel preambolo, che "l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi enunciati in appresso".

Nell'elenco che segue, e che va dall'art. II-61 all'art. II-110, sono elencati, oltre a veri e propri diritti, fra i quali quelli che tutelano beni essenziali come la vita e la libertà, anche principi direttivi che i Paesi Membri sono chiamati a seguire per migliorare la qualità della vita come, per esempio, la tutela dell'ambiente (art. II-97), il diritto a una buona amministrazione (art. II-101) e la garanzia di un livello elevato di protezione dei consumatori (art. II-98).

Come si vede mentre il titolo della Parte II enuncia i Diritti Fondamentali, poi, nel suo testo, tratta non solo di diritti ma anche di suggerimenti programmatici di azione socio-politica.

Ciò considerato c'è da domandarsi se il considerevole allargamento della previsione dei diritti umani sia veramente giovevole o se non incida negativamente sul valore pregnante che deve caratterizzare gli interessi che attengono strettamente al bene della vita e delle sue qualità essenziali.

Con specifico riferimento alla Convenzione Europea va precisato che il discorso su una possibile limitazione o differenziazione fra categorie più o meno importanti di diritti umani, che ha certamente una sua rilevanza politica nei rapporti internazionali, non può estendersi agli aspetti giuridici in quanto tutte le fattispecie previste nel Trattato godono delle medesime garanzie.

Di esse si occupano gli articoli 24 e 25. Il primo tratta dei ricorsi che ogni Parte contraente può inoltrare alla Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo, "per ogni inosservanza delle disposizioni della presente Convenzione", il secondo disciplina la materia dei ricorsi che possono essere presentati alla detta Autorità "da ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che sostengano di essere vittime di una violazione commessa da una delle Alte Parti Contraenti dei diritti riconosciuti nella presente Convenzione".

7. I comportamenti lesivi

Gli accenni fatti alla diversa rilevanza dei beni protetti e al loro

oggetto rende, ora, possibile affrontare il tema della qualità dei comportamenti lesivi.

I precetti internazionali, che regolano la materia, impartiscono due diversi tipi di prescrizione dell'agire.

In alcuni casi viene imposto il dovere di astenersi dal fare, in altri casi, invece, è comandato un dovere di fare.

Secondo la dottrina penalistica si deve, di conseguenza, distinguere fra comportamenti illeciti di azione e di omissione.

Per alcune fattispecie, quali l'arbitraria privazione della libertà o la tortura, non può esservi dubbio che l'autore della violazione agisca volontariamente e con consapevolezza dell'offensività della sua azione.

Si tratta, quindi, di intento doloso e, poiché l'attore può essere soltanto un rappresentante del potere pubblico e non chiunque, si deve parlare di "reato proprio".

Nella generalità dei casi, tranne rare eccezioni, i comportamenti in questione sono definiti reati dolosi negli stessi ordinamenti degli Stati in cui le violazioni avvengono, dove, evidentemente, tali illeciti sono commessi dal potere in spregio al diritto vigente.

Per altre fattispecie (si pensi al processo che si prolunga oltre il tempo ragionevole o alla mancanza di un valido trattamento rieducativo per i condannati detenuti) si prospetta il comportamento omissivo o, potrebbe anche ritenersi, la colpa civile e, cioè, l'ina-dempimento di una obbligazione.

8. Diritti Umani e procedura penale

Nel concludere va sottolineato che in tutta la storia dei diritti umani, fin dall'origine, ha avuto sempre una parte centrale il diritto penale e, soprattutto, la procedura penale.

È proprio in quest'area, infatti, che il cittadino si confronta direttamente con la coercizione del potere.

Le norme della procedura penale regolano il confronto fra l'autorità che accusa il cittadino di aver violato la legge penale e lo minaccia di punizione e l'individuo che si difende attraverso la possibilità che gli è offerta di dimostrare l'infondatezza dell'accusa o di ottenere una punizione adeguata alla sua colpa.

Ma la procedura penale nella prassi, come l'esperienza conferma, è un'arma a doppio taglio. Per un verso essa stabilisce le regole che il potere - in questo caso rappresentato dalla polizia, dal pubblico ministero, dal giudice e dall'Amministrazione penitenziaria

- deve seguire quando ritiene che sia stato commesso un reato, ai fini del suo accertamento e della sua punizione.

Si osservi che nel caso in cui un individuo sia stato vittima di un abuso di potere la procedura penale soccorre in suo favore offrendogli la possibilità di adire la giustizia per avere riparazione e la punizione del colpevole.

Per altro verso, come purtroppo avviene in alcuni regimi, la procedura penale e, quindi, la gestione del processo, offre all'autorità la possibilità di abusi che vengono commessi sotto l'apparenza della legalità.

Ecco perché nelle democrazie avanzate viene oggi data grande attenzione alla procedura penale diversamente da quanto avveniva in passato.

Fino alla metà del XIX secolo in Italia la procedura era, più o meno, una appendice del codice penale.

Il principio della indipendenza del giudice era radicato nella nostra tradizione ma la sensibilità culturale dell'epoca non si era ancora affinata al punto da capire che la realizzazione di una piena indipendenza si ottiene solo attraverso un sistema articolato di norme che rendano possibile di vigilare e intervenire nei vari momenti della procedura dove l'assoluta imparzialità può essere messa a rischio.

Come ben si sa il diritto è morfologia della prassi, esiste una stretta relazione di *feed back* fra realtà sociale e legge.

Nell'Italia dell'800 solo una piccola parte della popolazione era alfabetata e pochissimi erano coloro che avevano superato gli studi universitari.

In questa situazione, ovviamente, la guida del Paese e la gestione delle pubbliche istituzioni era nelle mani di una ristretta élite.

I giudici, di necessità, provenivano da questa minoranza e partecipavano della sua cultura. Senza che ne avessero piena avvertenza, essi erano, in qualche modo, "giudici di parte" e coloro che contavano si sentivano sufficientemente garantiti, certi che gli amministratori della legge operassero in coerenza con la loro cultura e i loro interessi.

Da qui la trascuratezza per la procedura penale.

Ma, come emerge con chiarezza dalla storia dei diritti umani, ogni volta che il popolo è riuscito a prevalere, come nella rivoluzione inglese e in quella francese, l'interesse si è concentrato sulle garanzie processuali.

Col volgere del tempo la procedura penale ha preso sempre più importanza.

Per restare al caso Italia notiamo la progressiva moltiplicazione delle norme processuali e la crescente attenzione rivolta ad esse dalla giustizia ordinaria e costituzionale.

La recente rielaborazione dell'articolo 111 della Costituzione, dovuta alla tensione verso l'istaurazione del "giusto processo", è emblematica della avvertita importanza delle garanzie processuali.

Oggi è condivisa l'opinione che la democrazia esige, per la sua stessa esistenza, regole e prassi di conduzione del processo penale di provata garanzia.

La prova che questo è l'orientamento di tutti i Paesi democratici ci è data direttamente dagli strumenti internazionali in tema di diritti umani.

In essi l'argomento delle garanzie penal-processuali occupa uno spazio di gran lunga maggiore di quello dato ad altri argomenti.

Nella Convenzione Europea ne trattano gli articoli da 2 a 7 che coprono l'intero percorso processuale dalla "notizia criminis" fino all'esecuzione delle pene detentive.

9. Diritti Umani nell'area penale

L'adesione alle Convenzioni sui diritti umani comporta obblighi di adeguamento delle leggi e delle prassi interne dei Paesi aderenti.

Un esame approfondito di questi obblighi comporterebbe la redazione di un intero trattato.

Pur limitandosi al contesto europeo si dovrebbe dar conto, fra l'altro, non solo della copiosa giurisprudenza nazionale ma anche di quella, molto vasta, della Commissione e della Corte europee dei Diritti dell'Uomo.

L'esposizione che segue non ambisce a tanto, essa va vista solo come un rapido excursus sulla materia penale, sufficiente a metterne in luce l'importanza e a sondare il livello di risposta dell'Italia ai suoi impegni internazionali.

Nell'accingermi a tanto, inizio col ricordare che l'intero sistema è basato sulle statuizioni della Dichiarazione Universale dove sono enunciati, negli articoli 5-9-10 e 11 sei principi cardine:

1°) proibizione della tortura e di trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti (art.5);

2°) proibizione di arresto e detenzione arbitrari (art.9);

3°) diritto a udienza pubblica (art.10);

4° diritto a tribunale indipendente e imparziale (art. 10);

5° presunzione di innocenza (art. 11);

6° *nullum crimen nulla poena sine lege* (art. 11);

La Convenzione Europea che, come si è visto, segue di soli due anni la Dichiarazione Universale, oltre ad accogliere questi principi, ne aggiunge altri dieci e cioè:

1° proibizione del lavoro forzato (art. 14);

2° diritto della persona arrestata ad essere informata, al più presto, dei motivi dell'arresto (art. 5,2);

3° diritto della persona arrestata ad essere tradotta, al più presto, davanti a un giudice o a un funzionario autorizzato ad esercitare funzioni giudiziarie e ad essere giudicata entro un termine ragionevole o a ottenere la libertà provvisoria (art. 5,3);

4° diritto della persona arrestata a ricorrere a un tribunale per verificare la legittimità dell'arresto e, ove questo sia dichiarato illegittimo, diritto ad ottenere una riparazione (art. 5,4 e 5);

5° diritto a un processo in tempo ragionevole (art. 6,1);

6° diritto ad essere informato, nel più breve tempo possibile, dell'accusa (art. 6,3a);

7° diritto al tempo e alle facilitazioni per preparare la difesa (art. 6,3b);

8° diritto alla difesa personale o professionale e, in certe circostanze, gratuita (art. 6,3c);

9° diritto all'esame dei testimoni (art. 6,3d);

10) diritto all'interprete (art. 6,3e).

Successivamente il Protocollo addizionale n° 6, del 28 aprile 1983, aggiunge la proibizione della pena di morte e il Protocollo addizionale n° 7, del 22 novembre 1984, aggiunge il "diritto all'appello", il "diritto al risarcimento in caso di annullamento della condanna a seguito di revisione" e il "divieto di un secondo giudizio dopo una sentenza definitiva".

La Convenzione ONU sui Diritti Civili e Politici, del 16 dicembre 1966, trae, evidentemente, ispirazione dalla Convenzione Europea, come dimostra il fatto che, oltre ai principi enunciati dalla Dichiarazione Universale, ne aggiunge altri quattro derivati da quella, quali:

1° proibizione del lavoro forzato (art. 8);

2° diritto della persona arrestata ad essere informata sui motivi dell'arresto (art. 9,2);

3° diritto della persona arrestata ad essere tradotta, al più presto, avanti a un giudice o un funzionario autorizzato ad esercitare funzioni giudiziarie e ad essere giudicata entro un termine ragio-

vole o a ottenere la libertà provvisoria (art. 9,3);

4°) diritto della persona arrestata a ricorrere a un tribunale per verificare la legittimità dell'arresto e, ove questo sia dichiarato illegittimo, diritto ad una riparazione (art. 9,4 e 5).

Senonché, la medesima Convenzione va anche oltre quella Europea, in una gara di reciproco superamento, aggiungendo ben otto ulteriori diritti:

1°) diritto dei detenuti ad essere trattati con umanità e rispetto della loro dignità (art. 10,1);

2°) separazione dei detenuti imputati dai condannati (art. 10,2);

3°) separazione dei detenuti minorenni dagli adulti (art. 10,2b e 3)

4°) diritto al trattamento penitenziario rieducativo (art. 10,3);

5°) diritto a non essere obbligato a testimoniare contro se stesso o a confessare (art. 14,3g);

6°) diritto dei minorenni ad essere giudicati con una procedura che tenga conto della loro età e promuova la loro riabilitazione (art. 14,4);

7°) diritto del condannato all'appello (art. 14,5);

8°) divieto di un secondo giudizio dopo una sentenza definitiva (art. 14,7).

L'Europa, come si è visto, recupererà il "diritto all'appello" e il "divieto di un secondo giudizio dopo una sentenza definitiva" con il Protocollo Addizionale del 1984, mentre per tutte le materie che riguardano il sistema penitenziario ha ritenuto, evidentemente, sufficienti le Regole Europee sulla Prigione (*European Prison Rules*), le quali, pur non avendo natura di trattato internazionale, hanno un impegnativo valore morale.

Da quanto esposto si comprende come la comunità internazionale, dopo il secondo conflitto mondiale, si sia dedicata intensamente a creare direttive e leggi internazionali a tutela dei diritti umani. In ciò si coglie una decisa reazione agli abusi che avevano caratterizzato i regimi totalitari sconfitti.

Ma, come sembra, in questa comune tensione è prevalsa l'ansia di fare trascurando, in qualche modo, il coordinamento fra le diverse iniziative

I Paesi europei, fra i quali, *in primis*, l'Italia, sono stati molto attivi nel campo e non solo hanno partecipato attivamente alla redazione dei testi ma hanno anche, con convinzione, ratificato tempestivamente i Trattati.

Essi si sono vincolati, quindi, ad una doppia obbligazione ver-

so gli Strumenti dell'ONU e quelli del Consiglio d'Europa.

Ciò comporta, comprensibilmente, qualche difficoltà a volte dovuta alla diversa formulazione dei testi dalla quale derivano adempimenti non sempre del tutto coincidenti.

Valga a dimostrarlo un solo esempio che si può scegliere fra tanti.

Il secondo comma dell'articolo 5 della Convenzione Europea, nel prevedere il diritto della persona arrestata ad essere informata dei motivi dell'arresto, stabilisce che ciò debba avvenire "al più presto" (*promptly*).

La Corte Europea è intervenuta più volte per dare l'esatta interpretazione di questo avverbio.

Nella decisione Fox, Campbell and Hartley del 30 agosto 1990, ha stabilito che non è necessario dare completa informazione al momento dell'arresto. Nel caso di specie i tre ricorrenti, a quel momento, avevano avuto solo un accenno di informazione, mentre erano stati successivamente messi al corrente dei motivi dell'arresto durante gli interrogatori che avevano avuto luogo, rispettivamente, quattro ore e mezzo, sei ore e mezzo e tre ore dopo quel momento. La Corte, in vista di ciò, ha concluso che questi intervalli di tempo non possono ritenersi in violazione all'obbligo di informare *promptly*. Secondo questa decisione gli agenti che procedono all'arresto non sono, quindi, obbligati a dare la prevista completa informazione in concomitanza con l'arresto.

Nella decisione Murray del 28 ottobre 1994, la Corte è tornata sull'argomento precisando che, normalmente, un intervallo di alcune ore fra l'arresto e l'informativa non viola l'articolo 5, indipendentemente dalla circostanza che l'individuo sia stato interrogato o meno nel frattempo.

La Convenzione sui Diritti Civili e Politici, nel trattare la stessa materia, prescrive, nel secondo comma dell'articolo 9, che "chiunque è arrestato deve essere informato al momento dell'arresto (*at the time of arrest*) delle ragioni del suo arresto".

Il raffronto fra l'espressione "*promptly*" e "*at the time of arrest*" induce a ritenere che esse non siano perfettamente sovrapponibili e che la giurisprudenza europea, la quale si basa sull'avverbio *promptly*, difficilmente potrebbe invocarsi per interpretare l'obbligo imposto dalla Convenzione ONU.

10. L'adempimento da parte dell'Italia

Quale giudizio deve darsi sull'adempimento nel settore penale, da parte dell'Italia, dei doveri assunti con la ratifica delle due Convenzioni?

Per dare una risposta si deve distinguere fra legislazione e prassi e fra doveri discendenti dalla Convenzione ONU e quelli imposti dalla Convenzione Europea e suoi Protocolli.

Circa la legislazione va, anzitutto, sottolineato l'intervento della legge 23 novembre 1999 n° 2. dal titolo "Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione".

Nella nuova versione di questo articolo sono affermati i seguenti principi che rispondono agli impegni assunti con la ratifica delle Convenzioni internazionali:

- giudice terzo e imparziale (al precetto che il giudice deve essere "costituito per legge" rispondeva già l'art. 25 che dispone "nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge");

- informazione alla persona accusata, nel più breve tempo possibile, della natura e dei motivi dell'accusa (anche se non si specifica che la notizia va data, nel caso di arresto, in concomitanza con esso);

- disponibilità del tempo e delle condizioni per preparare la difesa;

- diritto di interrogare e fare interrogare i testimoni;

- diritto all'interprete.

Il principio del *nullum crimen nulla poena sine lege* era già previsto dall'art. 25. Così come alla "presunzione di innocenza", nella forma di "presunzione di non colpevolezza", era già dedicato l'art. 27, il quale enuncia anche il principio che "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità" e quello della "finalità rieducativa del trattamento penitenziario".

L'omissione, nella Carta Costituzionale, degli altri doveri imposti dalle Convenzioni internazionali non significa che l'Italia si sottragga al loro rispetto poiché ad essi provvede con numerose norme contenute nella legislazione ordinaria.

Quanto alla prassi è doveroso ammettere che nei confronti della Convenzione Europea siamo manchevoli del rispetto del diritto sancito dal primo comma dell'art. 6, il quale richiede che il processo si svolga entro "un termine ragionevole", come confermano le numerose condanne inflitte dalla Corte Europea al nostro Governo.

Rispetto alla Convenzione ONU dobbiamo riconoscere la nostra incapacità a rispettare sempre il dettato che impone la separa-

zione, nel carcere, degli imputati dai condannati e la difficoltà di dare puntuale adempimento al precetto del terzo comma dell'art. 10 il quale prescrive che "il sistema penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale".

Queste violazioni di cui è responsabile il nostro Paese, pur essendo disdicevoli, rientrano nella categoria meno grave sia per il livello di rilevanza del bene protetto, sia per la natura del comportamento lesivo caratterizzato dall'elemento della colpa civile per inadempimento di una obbligazione assunta.

11. Il relativismo giuridico: l'appello del pubblico ministero

Una questione interessante, che offre occasione di meditare sul relativismo giuridico, riguarda l'argomento della impugnabilità delle sentenze di assoluzione, emesse dai giudici di merito, da parte del pubblico ministero.

Nel sistema penale italiano la questione non si era mai posta in passato. Per inveterata tradizione, pur nella successione delle leggi processuali, il diritto del pubblico ministero ad impugnare in appello, ogni qual volta la decisione gli fosse parsa inadeguata o errata, era stato sempre riconosciuto.

Il ruolo del pubblico ministero, visto come garante del rispetto della legge, comportava il suo diritto a far riesaminare il merito del processo a un giudice superiore, non solo per ottenere un più severo giudizio ma anche per correggere eccessi di severità. Io non ho memoria di questo secondo caso mentre ho constatato la frequenza di appelli per ottenere una "reformatio in pejus".

La rottura della tradizione è stata operata dalla legge n° 46 del 20 febbraio 2006, dal titolo "Modifiche al codice di procedura penale in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento" meglio conosciuta come "legge Pecorella" dal nome del suo proponente.

Subito dopo l'approvazione della legge si levarono proteste scandalizzate da ogni parte e, cosa del tutto inusitata, lo stesso Presidente della Corte di Cassazione rilasciò una intervista stampa di dura critica.

Come c'era da attendersi, la legge fu sottoposta, in breve tempo, al vaglio di legittimità della Corte Costituzionale.

Con sentenza n° 26 del 24 gennaio 2007, la Corte Costituzionale ne ha dichiarato l'illegittimità.

A tale decisione i Supremi Giudici sono giunti osservando che tale divieto "viola il principio costituzionale della parità delle parti nel processo, sancito dall'articolo 111 della Costituzione" e che "la menomazione recata dalla disciplina impugnata ai poteri della parte pubblica, nei confronti con quelli speculari dell'imputato, eccede il limite di tollerabilità costituzionale, in quanto non sorretta da una ratio adeguata in rapporto al carattere radicale, generale e unilaterale della menomazione stessa, oltre a risultare intrinsecamente contraddittoria rispetto al mantenimento del potere d'appello del pubblico ministero contro le sentenze di condanna".

Secondo i giudici della Consulta "il principio di parità fra accusa e difesa non comporta necessariamente l'identità fra i poteri del pubblico ministero e quelli dell'imputato"; "le fisiologiche differenze che connotano le posizioni delle due parti necessarie del processo penale...impediscono di ritenere che il principio di parità debba (e possa) indefettibilmente tradursi nella cornice di ogni singolo segmento dell'iter processuale, in una assoluta simmetria di poteri e facoltà".

Ma le alterazioni a tale simmetria sono compatibili con il principio di parità "ad una duplice condizione", da un lato "che trovino una adeguata ratio giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero", dall'altro che "risultino comunque contenute entro i limiti della ragionevolezza". La legge in questione determina una "dissimmetria radicale", conclude la sentenza.

Nulla quaestio sul rigore logico di questa decisione, anche se, con argomenti diversi, altrettanto logici, si sarebbe potuto arrivare a un parere contrario, al quale aderiscono, con convinzione, politici e giuristi di culture ugualmente democratiche.

Si pensi ai Paesi di *common law*, dove la pubblica accusa non può fare appello avverso le sentenze di proscioglimento.

Anche da loro vige il principio della parità delle parti, che viene indicato con l'espressione "*equality of arms*" e, cioè, parità delle armi.

Il principio non è letteralmente espresso nelle Convenzioni internazionali ma lo si rileva da tutto il loro contesto.

Viceversa le Convenzioni prevedono esplicitamente l'appello dell'imputato sia contro la dichiarazione di colpevolezza (*conviction*) che avverso la condanna (*sentence*).

Su questo tema l'ONU ha preceduto il Consiglio d'Europa.

Infatti la Convenzione Europea del 1950 non ne fa parola mentre la previsione figura nella Convenzione ONU del 1966.

Il Consiglio d'Europa si è messo in linea a mezzo del Protocollo Addizionale n° 7 del 22 novembre 1984, ripetendo, verbatim,

che "ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale ha diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da un tribunale di giurisdizione superiore".

Nessuno strumento internazionale menziona il diritto del pubblico ministero all'appello.

Per i giuristi di *common law* ciò è ovvio perché essi considerano la sentenza di proscioglimento come definitiva e rimetterla in discussione violerebbe il diritto umano, sancito universalmente, a non subire un nuovo giudizio dopo la condanna definitiva.

La decisione della nostra Corte Costituzionale, inquadrata nello sviluppo storico della nostra procedura penale, segnala una situazione di transizione culturale dal rito inquisitorio a quello accusatorio; una transizione, certamente voluta, come dimostra l'adozione del codice di procedura penale del 1988, ma non ancora completamente maturata sul piano culturale.

Nel rito inquisitorio il fine, la ragione stessa del processo, è la ricerca della verità sostanziale che solo al termine dell'impegno investigativo (a cui partecipa anche il giudice del dibattimento) viene coperta dalla verità formale. *Judicatum pro veritate habetur*.

Il rito accusatorio, o "*adversary procedure*", come viene chiamato nel mondo anglo-sassone, si è sviluppato su una diversa concezione del processo. Il giudice non indaga, non agisce. Siede terzo, come arbitro, fra le due parti, assistendo al conflitto fra i due avversari e dando ragione a colui che prevale.

Non vi è dubbio che in un rito accusatorio puro la capacità tecnica dei due contendenti fa gioco sulla decisione.

Guardando a quel che avviene nelle Corti statunitensi si può tranquillamente condividere l'opinione di illustri giuristi americani che affermano che esse sono diventate teatri di combattimento (*combat zones*).

Il pubblico ministero è impegnato in una lotta da cui uscirà vincitore o perdente, la sua accusa contro l'imputato è percepita come un attacco personale da cui il perseguitato cerca di liberarsi. Se vi riesce, ottenendo dal giudice di primo grado l'assoluzione, il sistema si appaga e non consente che la persecuzione continui.

La nostra Corte Costituzionale, come abbiamo visto, pur affermando la parità fra le parti, ammette che vi possano essere alterazioni in questa simmetria a condizione che "trovino una adeguata giustificazione nel ruolo del pubblico ministero" e che "risultino contenute nei limiti della ragionevolezza".

Ebbene, per i giuristi di *common law* è del tutto ragionevole che il divieto di appello trovi giustificazione nel ruolo del pubblico ministero comparato con quello dell'imputato.

Essi sono avversari ma sono, evidentemente, esposti a rischi differenti.

Se l'accusato perde la causa è destinato a subire le gravi conseguenze della condanna penale; se perde il pubblico ministero nessun danno gli deriva all'interno della procedura anche se, all'esterno di essa, in alcuni casi subisce una perdita di prestigio agli occhi del pubblico.

È questa asimmetria che il sistema accusatorio puro considera e da cui fa derivare una risposta, altrettanto asimmetrica, in tema di appello.

Soluzione, questa, non in contrasto con le norme internazionali e ispirata al generale principio del "*favor rei*".

Questo mio argomentare non deve far pensare che io sia a favore del divieto di appello del pubblico ministero ma, solamente, che io ritengo trattarsi di una questione opinabile da risolversi nell'ambito di ciascuna cultura, secondo un giudizio di opportunità.

In un caso e nell'altro non è in gioco la sacralità del giusto processo.

**LE CAUSE DI NON SOSPENSIONE
DELL'ESECUZIONE DELLA PENA DETENTIVA
EX ART. 656 COMMA 9 C.P.P. ALLA LUCE DELLE
MODIFICHE LEGISLATIVE**

LEONARDO DEGL'INNOCENTI*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Le cause di non sospensione dell'esecuzione della pena detentiva

1. Premessa

L'art. 656 comma 5 c.p.p., così come modificato dall'art. 4-undevicies lett. a) della L. 21/2/2006 n. 49, di conversione del D.L. 30.12.2005 n. 272, prevede che qualora la pena detentiva da eseguirsi, anche se costituente residuo di maggior pena, non sia superiore a tre anni od a sei anni nei casi contemplati dagli artt. 90 e 94 D.P.R. 09.10.1990 n. 309 (Testo Unico Leggi Stupefacenti), il Pubblico Ministero, salvo quanto previsto dai commi 7 e 9 dello stesso art. 656 c.p.p., ne sospende l'esecuzione.

L'ordine di esecuzione ed il decreto di sospensione sono, quindi, notificati al condannato ed al difensore eventualmente nominato per la fase dell'esecuzione o, in difetto di tale nomina, al difensore che ha assistito il condannato nella fase del giudizio, con l'avviso che, nel termine di trenta giorni, può essere presentata apposita istanza, da depositare presso la Segreteria del P.M. che cura l'esecuzione, ovviamente corredata dalle necessarie indicazioni e documentazioni (documentazioni, comunque e salvi i casi di inammissibilità, depositabili nella Cancelleria del Tribunale di Sorveglianza fino a cinque giorni prima dell'udienza fissata ai sensi dell'art. 666 comma 3 c.p.p. ed acquisibile anche d'ufficio dal predetto Tribunale), finalizzata ad ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione previste dagli art. 47 (affidamento in prova al servizio sociale), 47-ter (detenzione domiciliare) e 50 comma 1 (semilibertà) della Legge 26.7.1975 n. 354 (Ordinamento

* Magistrato

Penitenziario) nonché dal ricordato art. 94 D.P.R. 309/90 (affidamento in prova al servizio sociale in casi particolari - c.d. affidamento in prova terapeutico) ovvero la sospensione dell'esecuzione della pena contemplata dal menzionato art. 90 stesso D.P.R..

L'avviso, infine, contiene l'informazione che, ove l'istanza non sia stata presentata nel termine stabilito o venga dichiarata inammissibile ai sensi degli artt. 90 e ss. D.P.R. 309/90, l'esecuzione della pena detentiva avrà corso immediato.

Con riferimento alla sospensione dell'esecuzione della pena stabilita dall'art. 90 D.P.R. 309/90 ed all'applicazione della misura alternativa alla detenzione di cui all'art. 94 D.P.R. cit., deve essere aggiunto, per ciò che concerne i limiti di pena, come gli artt. 4-septies e 4-undecies della L. 49/2006 cit. abbiano stabilito che in tali ipotesi la pena detentiva da esporsi, anche residua e congiunta a pena pecuniaria, non deve essere superiore a sei anni od a quattro anni se relativa a titolo esecutivo comprendente reato di cui all'art. 4-bis O.P..

Ancora, va precisato che in caso di condannato straniero, l'ordine di esecuzione, il decreto di sospensione e l'avviso di cui sopra devono, fatta salva l'ipotesi che dagli atti risulti la conoscenza da parte di quest'ultimo della lingua italiana, essere tradotti nella lingua al medesimo nota⁽¹⁾.

Con specifico riferimento alle modalità di presentazione dell'istanza in questione, è interessante notare come, di recente, la S.C. di Cassazione abbia affermato che ove l'istanza sia presentata, anziché presso la Segreteria del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione, all'Ufficio del Magistrato di Sorveglianza, ciò, pur non determinando l'inammissibilità dell'istanza stessa, comporta la cessazione degli effetti della disposta sospensione essendo stata realizzata una frustrazione della *ratio* della norma violata che è quella di rendere edotto il Pubblico Ministero dell'avvenuta presentazione della istanza medesima e, quindi, della non eseguibilità della condanna fino alla decisione del competente Tribunale di Sorveglianza.⁽²⁾

Per completezza, va aggiunto che, qualora la ricordata istanza sia stata presentata prima dell'ordine di esecuzione e della relativa notifica, non occorre alcuna successiva reiterazione e non si verifica una caducazione dell'effetto sospensivo a causa dell'inerzia del condannato, a seguito della notifica stessa.⁽³⁾

Giusto il disposto del comma 7 del più volte menzionato art.

⁽¹⁾Così Cass., I, 19.04.2000, Ugochukwu e Cass., VI, 08.03.1995, Tounsi

⁽²⁾Cfr., in termini, Cass., I, 17.03.2005, Simone.

⁽³⁾Cfr. Cass., I, 09.05.2002, Corzo.

656, la sospensione dell'esecuzione per la medesima condanna non può essere disposta più di una volta sia che la nuova istanza riguardi una diversa misura alternativa sia che attenga alla medesima misura diversamente motivata sia, infine, che concerna la sospensione dell'esecuzione della pena di cui all'art. 90 D.P.R. 309/90⁽⁴⁾.

Non costituisce, però, ostacolo alla sospensione dell'esecuzione della pena determinata a seguito di provvedimento di cumulo ex art. 663 c.p.p., la circostanza che nel cumulo stesso sia contenuta una pena per la quale era già stata concessa la sospensione dell'esecuzione.⁽⁵⁾

Analogamente, il divieto di reiterazione della sospensione dell'esecuzione non opera nell'ipotesi in cui il condannato abbia precedentemente fruito soltanto, ex art. 147 c.p., del rinvio dell'esecuzione per ragioni di salute.⁽⁶⁾

Il comma 8 del predetto art. 656 prevede, quindi, che fatta salva la disposizione del comma 8-bis (disposizione che prevede come il Pubblico Ministero possa, ove sia provato od appaia probabile che il condannato non abbia avuto effettiva conoscenza dell'avviso previsto dal comma 5, assumere, anche presso il difensore, opportune informazioni in esito alle quali può disporre il rinnovo della notifica), il Pubblico Ministero revochi immediatamente il decreto di sospensione dell'esecuzione quando:

- a) l'istanza non sia stata tempestivamente presentata;
- b) il Tribunale di Sorveglianza abbia dichiarato inammissibile od abbia respinto l'istanza stessa;
- c) l'istanza sia inammissibile ai sensi degli artt. 90 e ss. D.P.R. 309/90;
- d) nelle more della decisione del Tribunale di Sorveglianza il programma di recupero previsto dall'art. 94 stesso D.P.R. non risulta essere stato iniziato entro cinque giorni dalla data di presentazione dell'istanza oppure risulta essere stato interrotto.

Sul punto, segnalato come le ipotesi sub c) e d) siano state in-

⁽⁴⁾Cfr. Cass., I, 04.07.2003, Iacobelli.

⁽⁵⁾Cfr., sul punto, Cass., I, 02.07.2003, Schiavone, giusta la quale la previsione contenuta nell'art. 656 comma 7 c.p.p. non può essere interpretata in senso estensivo oltre l'ipotesi ivi prevista ed in contrasto con il consolidato orientamento giurisprudenziale in forza del quale il cumulo deve essere sciolto quando ne possano derivare effetti pregiudizievole per l'interessato. In argomento cfr. anche Cass., VI, 06.04.2003 n. 24245, giusta la quale se la sospensione è già stata concessa in relazione ad alcune delle condanne oggetto di cumulo, non lo può più essere in relazione ad un nuovo provvedimento di cumulo che inglobi quello precedente, nell'ipotesi in cui la richiesta di concessione di misura alternativa relativa al primo sia stata rigettata, a nulla rilevando che la pena complessiva risultante dal cumulo rientri nei limiti in cui la sospensione è imposta.

⁽⁶⁾Così Cass., I, 04.07.2003, Iacobelli cit..

trodotte dall'art. 4-undecies L. 49/2006, occorre anche ricordare come la norma da ultimo richiamata preveda che, proprio al fine dell'eventuale revoca della sospensione dell'esecuzione in caso di mancato inizio o di interruzione del programma di recupero, il Pubblico Ministero disponga, nel trasmettere gli atti al Tribunale di Sorveglianza, gli opportuni accertamenti.

2. Le cause di non sospensione dell'esecuzione della pena detentiva

Tutto ciò sinteticamente premesso, deve essere subito sottolineato che, secondo l'orientamento ormai consolidato della S.C. di Cassazione, l'istituto della sospensione della esecuzione della pena detentiva è ispirato alla *ratio* di impedire l'ingresso in carcere dei condannati che possono ottenere l'ammissione ad una misura alternativa alla detenzione con la conseguenza che esso non trova applicazione qualora sopraggiunga un nuovo titolo esecutivo nei confronti di persona che si trovi già in esecuzione di pena per altra causa.⁽⁷⁾

In tale ultimo caso, dunque, il Pubblico Ministero dovrà provvedere soltanto a comunicare al Ministero della Giustizia la notificazione del nuovo ordine di esecuzione all'interessato il quale potrà, ovviamente, richiedere l'applicazione di misure alternative.

Né va, infine, dimenticato che la disposizione del comma 5 dell'art. 656 c.p.p. si applica soltanto alle sentenze di condanna e non ad ordini di esecuzione relativi a titoli diversi, quali quelli conseguenti alla conversione in pena detentiva della semidetenzione o della libertà controllata.⁽⁸⁾

Ciò chiarito, va rilevato come il comma 9 dell'art. 656 c.p.p. preveda tre ipotesi, contemplate dalle lett. a), b) e c), in presenza delle quali la sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 non può essere disposta.

Prima di esaminare partitamente ciascuna di dette ipotesi deve essere ricordato come le stesse abbiano carattere generale e si applichino, pertanto e salvo quanto di seguito precisato, anche ai tossicodipendenti che abbiano presentato istanza per la concessione di uno dei benefici previsti dagli artt. 90 e 94 D.P.R. 309/90.⁽⁹⁾

⁽⁷⁾Cfr., tra le numerose e da ultimo, Cass., I, 27.01.2005, Errico; Cass., I, 25.01.2005, Salvatore; Cass., V, 08.11.2004, Ahmetovic; Cass., I, 03.12.2003, Raffio; nonché Cass., V, 19.11.2003, Palumbo.

⁽⁸⁾Cfr., in termini, Cass., I, 26.10.1999, Azzolina.

⁽⁹⁾Cfr. Cass., I, 21.10.2005, Ruggeri, a tenore della quale, appunto, è stato ritenuto illegittimo il provvedimento con il quale il Giudice dell'esecuzione aveva sospeso il

Passando, ora, all'esame delle tre ipotesi contemplate dal comma 9 dell'art. 656 c.p.p., occorre, in primo luogo, evidenziare che, come previsto dalla lett. a) del citato comma, la sospensione dell'esecuzione non può essere disposta nei confronti dei condannati per delitti di cui all'art. 4-bis O.P., salvo che, in ossequio al principio del *favor rei*, il condannato abbia già interamente espiato la quota di pena imputabile al reato ostativo in custodia cautelare.⁽¹⁰⁾

In proposito, deve essere segnalato come in presenza di condanna per uno dei delitti contemplati dall'art. 4-bis O.P. non abbia alcuna rilevanza che, secondo la specifica disciplina dettata a tutt'altro fine dallo stesso art. 4-bis cit., il condannato possa o meno fruire dei benefici penitenziari in relazione alla sussistenza o meno di determinate condizioni ivi compresa quella relativa alla assenza od alla presenza di elementi indicativi di collegamenti con la criminalità organizzata.⁽¹¹⁾

A questo riguardo, deve, poi, essere ricordato come il divieto di sospensione in questione operi anche quando il condannato sia un soggetto ammesso allo speciale programma di protezione previsto per i "collaboratori di giustizia", in quanto la disposizione in esame non contiene alcuna deroga analoga a quella prevista per i medesimi collaboratori con riguardo alla fruizione dei benefici penitenziari e, essendo norma del tutto eccezionale rispetto al principio di immediata esecuzione dei giudicati di condanna, non è suscettibile di interpretazione analogica⁽¹²⁾.

Il divieto di sospensione dell'esecuzione in caso di condanna per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis O.P. opera anche nell'ipotesi in cui sia intervenuta, per uno di detti delitti, sentenza di "patteggiamento" ed anche quando, essendo indicato nell'art. 4-bis cit. un reato soltanto nella forma aggravata, la sentenza (di condanna o, appunto, di "patteggiamento") abbia ritenuto l'equivalenza o

provvedimento di esecuzione della pena nei confronti di soggetto condannato per reato ostativo ex art. 4-bis O.P. che aveva presentato domanda di affidamento in prova al servizio sociale c.d. terapeutico; nello stesso senso cfr. Cass., III, 26.03.2004, Moncada. Di recente, però, Cass., I, 21.3.2006, Sitzia, ha affermato che, qualora il condannato avanzi richiesta di concessione di una delle due misure alternative per i tossicodipendenti previste rispettivamente dagli artt. 90 e 94 D.P.R. 309/90 "il potere di sospensione della esecuzione del pubblico ministero trova fondamento in quanto previsto nei commi 3 e 4 dell'art. 91 del decreto stesso, e non nella nuova formulazione del comma 5 dell'art. 656 cpp" e non sono, pertanto, applicabili i divieti di sospensione in esame.

⁽¹⁰⁾Cfr., in termini e da ultimo, Cass., I, 31.05.2005, De Carlo.

⁽¹¹⁾Così, esattamente, Cass., I, 01.07.2004, Maffei.

⁽¹²⁾Cfr., in questo senso, tra le altre, Cass., V, 28.04.2000, Salemi e Cass., I, 19.12.1999, Callarame. Sul punto cfr. anche Cass., I, 18.10.2000, Nistri, che ha dichiarato la manifesta infondatezza della relativa questione di legittimità costituzionale.

la prevalenza, su tale aggravante contestata, delle attenuanti generiche, posto che il giudizio di comparazione può comportare l'elisione dell'aggravante soltanto *quoad poenam*, ma non escluderla dalla fattispecie criminosa della quale essa fa parte come elemento accessorio tipizzante la condotta dell'agente.⁽¹³⁾

In argomento, deve, infine, essere sottolineato come l'art. 4-un-devicies lett. d) della L. 49/2006 abbia, però, previsto un'eccezione al divieto di sospensione in esame stabilendo che lo stesso non deve essere applicato nei confronti di coloro che si trovino agli arresti domiciliari disposti ai sensi dell'art. 89 D.P.R. 309/90 (così come modificato dall'art. 4-sexies L. 49/2006).

Sul punto, va aggiunto che, non contenendo detta norma un esplicito riferimento al fatto oggetto della condanna da eseguire, appare preferibile l'interpretazione a tenore della quale la sospensione operi anche nel caso in cui la misura cautelare degli arresti domiciliari sia stata disposta nell'ambito di un procedimento diverso da quello definito con la sentenza di condanna che ha inflitto la pena da eseguire.

Per concludere, è, quindi, importante osservare che, fatto salvo il caso contemplato dall'art. 89 D.P.R. 309/90, il divieto di sospensione dell'esecuzione previsto dalla lett. a) del comma 9 dell'art. 656 c.p.p. opera anche nella fattispecie contemplata dal successivo comma 10 e cioè qualora il condannato per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis O.P. si trovi, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, agli arresti domiciliari.⁽¹⁴⁾

Infatti, aderendo alla tesi contraria si verrebbe a delineare una irragionevole disparità di trattamento tra soggetti condannati per uno dei delitti di cui all'art 4-bis della legge 354/1975.

Invero, mentre il condannato che al momento del passaggio in giudicato della sentenza si trova in stato di libertà si vede preclusa la possibilità di beneficiare della sospensione dell'ordine di carcerazione, altrettanto non accadrebbe per il condannato che si trova sottoposto alla misura cautelare degli arresti domiciliari che pure nel sistema delle misure cautelari è equiparata alla custodia in car-

⁽¹³⁾Cfr., in termini, Cass., I, 06.07.2005, Posada Suescun, ove si precisa come la soluzione interpretativa non sia affetta da illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 27 comma 3 Cost., posto che non è irrazionale, ed appartiene alla scelta discrezionale del legislatore, affidare al titolo del commesso reato una presunzione di particolare - od al contrario di ridotta - pericolosità del condannato - per di più in modo non assoluto potendo detta presunzione essere superata, in concreto e ricorrendo determinate condizioni, nel procedimento di Sorveglianza -; nello stesso senso cfr., anche con riferimento alla sentenza di "patteggiamento", Cass., II, 28.06.2000, Grasso.

⁽¹⁴⁾Cfr., tra le numerose, Cass, II, 25.01.2002, Ambrosino; Cass., I, 10.10.2001, Tursi; Cass., II, 20.09.2001, Maglione.

cere. Ne consegue che il condannato che al momento del passaggio in giudicato della sentenza è sottoposto alla misura cautelare degli arresti domiciliari verrebbe a fruire, in modo del tutto irragionevole, di un trattamento più favorevole rispetto al condannato che si trova in libertà.

Per concludere in merito all'analisi del divieto di sospensione dell'esecuzione delle pene detentive previsto dalla lett. a) dell'art. 656 c.p.p., occorre evidenziare come la Corte di Cassazione abbia affermato, a Sezioni Unite, che detto divieto, che riguardava le condanne per associazione per delinquere finalizzata alla commissione di delitti di violenza sessuale, ma non anche quelle per i delitti-fine elencati nell'art. 4-bis O.P., cui la norma processuale fa rinvio, per effetto della modifica dell'art. 4-bis cit. effettuata dall'art. 15 della L. 38/2006, opera, dopo l'entrata in vigore di detta Legge, anche per gli specifici delitti in materia sessuale di cui agli artt. 609-bis e ss. c.p., pure commessi al di fuori del vincolo associativo e che, non avendo la nuova disciplina natura di norma penale sostanziale, per il principio *tempus regit actum* trova immediata applicazione per tutti i procedimenti esecutivi non ancora esauriti al momento dell'entrata in vigore della L. 38/2006.⁽¹⁵⁾

La seconda ipotesi di non sospensione è prevista dalla lett. b) del comma 9 dell'art. 656 c.p.p. nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano, al momento in cui la relativa sentenza diviene esecutiva, in stato di custodia cautelare in carcere.

Sul punto, deve essere sottolineato che, secondo la giurisprudenza prevalente della S.C. di Cassazione e così come risulta anche dalla lettera della norma, non costituisce causa preclusiva della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva la circostanza che il condannato istante si trovi in stato di custodia cautelare in carcere per causa diversa dal titolo in esecuzione.⁽¹⁶⁾

Né, poi, può ritenersi in stato di libertà chi, intervenuta una sentenza di condanna, si trovi di fatto libero per essersi reso, per la stessa o per altra causa, latitante o per essere evaso.⁽¹⁷⁾

⁽¹⁵⁾Cfr. Cass., SS.UU., 30.05.2006, Aloï, consultabile in www.italgiure.giustizia.it

⁽¹⁶⁾Cfr., in termini e da ultimo, Cass., V, 14.01.2005, Spinelli; Cass., I, 22.06.2004, Di Pietro; nonché Cass., I, 23.11.2004, Grilli, ove si precisa come detta circostanza non sia neanche preclusiva della concessione di una misura alternativa alla detenzione incidendo soltanto sulla eseguibilità pratica della stessa che dovrà essere postergata alla cessazione della misura cautelare.

⁽¹⁷⁾Così Cass., II, 10.10.2003, Moutarabbes, ove è stato, appunto, precisato che la condizione del latitante o dell'evaso è equiparata a quella del detenuto con conseguente preclusione della sospensione dell'esecuzione; *contra*, in relazione all'ipotesi contemplata dal comma 10 dell'art. 656 c.p.p., cfr. Cass., IV, 13.03.2002, Ahmetovic. Sul punto, cfr., poi, Cass., I, 13.11.2000, Arseni, a tenore della quale il

Deve, invece, procedersi alla sospensione dell'esecuzione nel caso di irreperibilità del condannato.⁽¹⁸⁾

Venendo, ora, all'esame dell'ulteriore ipotesi di divieto di sospensione dell'esecuzione, prevista dalla lett. c) dell'art. 656 comma 9 c.p.p., occorre premettere che la stessa è stata introdotta dall'art. 9 della L. 05.12.2005 n. 251 (c.d. Legge ex-Cirielli), che ha, appunto, previsto come la sospensione dell'esecuzione non possa essere disposta nei confronti dei condannati ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99 comma 4 c.p. così come modificato dall'art. 4 della stessa Legge.

A questo proposito, deve, innanzitutto, essere evidenziato come la L. 251/2005 abbia limitato l'ambito di operatività dell'istituto della recidiva ai soli delitti dolosi, mentre in passato ai fini delle configurabilità della stessa potevano assumere rilievo anche i delitti colposi e le contravvenzioni.

Da quanto esposto discende, allora e con tutta evidenza, come il divieto di sospensione dell'esecuzione in esame non possa trovare applicazione allorquando la recidiva reiterata sia stata applicata in caso di condanna per contravvenzioni o delitti colposi.⁽¹⁹⁾

Ancora, deve essere sottolineato come sia sufficiente che la recidiva reiterata, contestata dal Pubblico Ministero, sia stata ritenuta sussistente dal Giudice della cognizione, indipendentemente dall'esito del giudizio di bilanciamento (al riguardo deve essere ricordato come l'art 69 comma 4 c.p., modificato sul punto dalla L. 251/2005, preveda che le circostanze attenuanti, *in primis* le attenuanti generiche di cui all'art 62-bis c.p., non possono essere ritenute prevalenti rispetto alla recidiva reiterata), mentre è sicuramente irrilevante la c.d. recidiva di fatto, desumibile dalla pluralità di condanne che figurano nel certificato penale.⁽²⁰⁾

divieto di sospensione in questione opera anche nei confronti di chi, detenuto in custodia cautelare per il fatto oggetto della condanna da espiare fino al momento in cui la sentenza è divenuta irrevocabile e successivamente scarcerato per avere ottenuto l'espulsione volontaria dal territorio dello Stato, sia rientrato illegalmente in Italia.

⁽¹⁸⁾Cfr., in termini, Cass., V, 15.06.2001, Campopiano, la quale precisa che non può desumersi dalla irreperibilità del condannato una volontà del medesimo di sottrarsi alle conseguenze del reato.

⁽¹⁹⁾Cfr. Cass., I, 25.05.2006, Foria

⁽²⁰⁾In proposito ha, però, precisato la Corte di Cassazione che la recidiva reiterata non può dirsi applicata qualora il giudice della cognizione abbia dichiarato prevalenti le attenuanti, poiché in tale caso la recidiva, non incidendo sull'entità della pena, non produce, in concreto, nessuno degli effetti che le sono propri: così Cass., I, 22.11.2006, Raso; Cass., I, 25.10.2006, Di Munno; Cass., I, 11.10.2006, Cuzzovaglia; Cass., I, 28.09.2006, Buonomo; Cass., I, 22.09.2006, Steiner; Cass., I, 22.09.2006, Helt; Cass., I, 21.09.2006, Vecchia; Cass., I, 11.07.2006, De Rosa e Cass., I, 27.06.2006, Debuggias. Cfr., poi, in ordine all'impossibilità di desumere la recidiva dall'esame del certificato penale, Cass., I, 28.06.2006, Lucchese; cfr, in argomento, anche Cass., VI, 16.09.2004,

Appare, poi, sostenibile che il divieto di sospensione in oggetto riguardi soltanto l'esecuzione della condanna aggravata dalla recidiva ai sensi dell'art. 99 comma 4 c.p., così come si evince dal raffronto con le altre ipotesi, già esaminate, previste dalle lett. a) e b) del comma 9 dell'art. 656 c.p.p.⁽²¹⁾

La preclusione *de qua* appare, quindi, rivestire natura di norma processuale e non essere, come tale, soggetta al principio di irretroattività della legge sfavorevole, con conseguente applicabilità anche alle sentenze passate in giudicato anteriormente all'entrata in vigore della L. 251/2005.⁽²²⁾

In proposito, deve essere ricordato come la Corte di Cassazione avesse avuto modo di precisare che la norma introdotta dalla Legge 27.05.1998 n. 165, che aveva modificato l'art. 665 comma 9 c.p.p., ha natura processuale con conseguente applicazione, per il principio *tempus regit actum*, della normativa vigente al momento

Bonfanti, a tenore della quale "in tema di patteggiamento, al fine della preclusione prevista dall'art. 444, comma 1 bis c.p.p., non è sufficiente che dal certificato penale emerga una situazione riportabile alla recidiva ex art. 99, 4 comma c.p., ma occorre una specifica declaratoria della recidiva stessa, che ne presuppone la rituale contestazione". Contra, in materia di c.d. patteggiamento allargato, Cass., IV, 20.09.2005, Pesce e Cass., II, 27.10.2005, Canale, che afferma l'irrilevanza del giudizio di bilanciamento. Cfr. anche Trib. Sorv. Cagliari, ord. 12.01.2006, secondo cui "sulla scorta di una non recente ma sempre attuale pronuncia della Cassazione (Cass., I, 12.01.1987, Prestipino), può dunque ritenersi che, nelle ipotesi di recidiva sottoposta a giudizio di comparazione nel quale la stessa non sia stata giudicata prevalente, sia stato neutralizzato il suo principale effetto di influire sull'entità della pena, ma continui a produrre gli altri effetti attribuiti dalle legge. Deve dunque ritenersi che, avendo nella specie il giudice tenuto conto della recidiva nel giudizio di comparazione, la recidiva stessa sia stata "applicata" nel senso voluto dall'art. 7 della legge 251 citata".

⁽²¹⁾Così Fiorentin, "Giro di vite sui tossicodipendenti", in Guida al Diritto, Dossier n. 1/2006, p. 86, il quale osserva come "... non vi siano argomenti interpretativi di forza tale da rompere la coerenza interna della norma con riferimento alla lettera c) di nuova introduzione che ha formulazione stilisticamente affine a quella di cui alla lettera a)". Nello stesso senso cfr. Cass., I, 11.10.2006, Cuzzovaglia cit. nonché, più di recente, Cass., I, 30.01.2007, Lebiati, ove si precisa che argomenti a sostegno di detta conclusione sono ricavabili anche, *a contrario*, dall'art. 47-ter comma 01 O.P., introdotto dall'art. 7 comma 2 L. 251/2005, che, nel fissare l'ambito di applicabilità della detenzione domiciliare "... quale forma alternativa alla reclusione in carcere in relazione alla pena per qualunque reato - salvo quelli ostativi tassativamente elencati nel medesimo articolo - nei confronti di persona che, al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena o dopo l'inizio della stessa, abbia compiuto i settanta anni di età, prevede espressamente, tra l'altro, che deve trattarsi di soggetto che non "sia mai stato condannato" con l'aggravante di cui all'art. 99 c.p.p."

⁽²²⁾Cfr., in termini, Trib. Pisa ord. 23.03.2006, Sehovi, inedita. Viceversa secondo Trib. Cagliari, ord. 23.02.2006, la preclusione *de qua* può operare soltanto con riguardo alle sentenze pronunciate dopo l'8.12.2005 che hanno applicato la nuova disciplina introdotta dalla L. 251/2005, e ciò in quanto il divieto di sospensione, previsto dalla citata norma processuale, costituisce l'effetto preclusivo che si riconnette alla nuova disciplina della recidiva reiterata da considerarsi come effetto penale della condanna, che può operare soltanto se la sentenza abbia applicato la recidiva reiterata nella "nuova" configurazione prevista dalla legge ex-Cirielli.

dell'emissione dell'ordine di carcerazione.⁽²³⁾

Sul punto deve essere evidenziata, oltre alla sentenza riportata alla nota 15, anche la recente pronuncia con la quale la S.C. ha precisato che "alle norme che disciplinano l'esecuzione e le misure a questa alternative e le condizioni per la concessione di queste ultime, poichè non possono essere ritenute norme di natura penale sostanziale, non prevedendo nuove ipotesi di reato né modificando ipotesi di reato già previste da altre disposizioni di legge penale, non si applicano ... i principi di cui all'art. 2 c.p. e all'art. 25 Cost. ..., cosicchè il legislatore, affidandosi al principio generale del *tempus regit actum*, per cui la nuova disposizione in materia di esecuzione della pena ha efficacia operativa immediata, potrebbe in ipotesi stabilire addirittura la retroattività della disposizione più sfavorevole".⁽²⁴⁾

Per concludere, occorre evidenziare come appaia sostenibile che, anche nel caso contemplato dalla lett. c), qualora la sentenza di condanna con la quale è stata applicata la recidiva reiterata sia stata assorbita in un provvedimento di cumulo, debba trovare applicazione, in ossequio al principio del *favor rei*, la regola che impone di effettuare lo scioglimento del cumulo *in bonam partem* in modo che, una volta imputato l'eventuale presofferto alla pena qualificata dalla recidiva, il Pubblico Ministero possa procedere alla sospensione

⁽²³⁾Così, esattamente, Cass., II, 19.10.1999 n. 4605. Nel caso di specie la S.C. ha annullato con rinvio l'ordinanza con la quale il G.I.P. aveva dichiarato inefficace l'ordine di esecuzione emesso nei confronti di un soggetto condannato in data anteriore a quella di entrata in vigore della predetta Legge, ritenendo che l'emissione dell'ordine di esecuzione dovesse essere effettuata in base alla previgente disciplina.

⁽²⁴⁾Così, esattamente, Cass., I, 09.05.2006, Rea, consultabile in www.penale.it. Nello stesso senso cfr. Cass., I, 25.10.2006, Di Munno cit. ; Cass., I, 05.10.2006, D'Agostino; Cass., I, 21.09.2006, Vecchia cit. e Cass., I, 11.07.2006, De Rosa cit. la quale afferma come la nuova disciplina nulla abbia innovato in tema di definizione della recidiva reiterata. In argomento occorre ricordare come la Corte Costituzionale abbia, con sentenza 07.06.2006 n. 257, leggibile in www.italgiure.giustizia.it, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30-quater della L. 354/1975, introdotto dalla L. 251/2005, nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso sulla base della normativa previgente ai condannati che, antecedentemente alla data di entrata in vigore della citata L. 251/2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto, così implicitamente accogliendo la tesi giusta secondo la quale la disciplina restrittiva introdotta dalla c.d. Legge ex-Cirielli si applica anche ai condannati autori di reati commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della legge stessa. Analogamente e più di recente, la Corte Costituzionale ha, con sentenza 16.03.2007 n. 79, leggibile in www.cortecostituzionale.it e www.penale.it, dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 1 e 7-bis dell'art. 58-quater della L. 354/1975, introdotti dall'art. 7 commi 6 e 7 della L. 251/2005, nella parte in cui non prevedono che i benefici previsti dalle norme censurate possono essere concessi, sulla base della normativa previgente, ai condannati che, prima dalla data di entrata in vigore della citata L. 251/2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti. Sul punto cfr. anche Cass., I, 10.07.2006, Debuggias cit..

dell'ordine di carcerazione rispetto alle pene inflitte con le altre sentenze comprese nel provvedimento di cumulo ed ove ne ricorrano le condizioni.

Tuttavia, la preclusione in esame non si applica, in forza di quanto dispone l'art 4 della Legge 49/2006, "ai condannati tossicodipendenti o alcooldipendenti, che abbiano in corso al momento del deposito della sentenza definitiva, un programma terapeutico di recupero presso i servizi pubblici per l'assistenza ai tossicodipendenti ovvero nell'ambito di una struttura autorizzata nei casi in cui l'interruzione del programma può pregiudicarne la disintossicazione. In tal caso il pubblico ministero stabilisce i controlli necessari per accertare che il tossicodipendente o l'alcooldipendente prosegua il programma terapeutico fino alla decisione del Tribunale di Sorveglianza e revoca la sospensione dell'esecuzione quando accerta che la persona lo ha interrotto".

ISTITUZIONE DI UNA BANCA DATI DEL DNA A FINI IDENTIFICATIVI E DI GIUSTIZIA

GIUSEPPE CAPOCCIA*

1. Premessa: il quadro internazionale

L'analisi del DNA e le correlate banche dati del DNA rappresentano, per valutazione unanime, uno degli strumenti più efficaci nel campo delle investigazioni criminali. Ma, mentre sul piano scientifico e tecnico gli standard hanno ormai raggiunto livelli eccellenti e omogeneamente diffusi in ogni parte del mondo, il vero fattore di efficienza ed efficacia di tali strumenti è dato dalla normativa che definisce in quali casi è consentito l'utilizzo di tali tecniche di investigazione nonché dalla legislazione che istituisce la banca dati, dettandone le caratteristiche; invero, anche se gli standard operativi dei laboratori sono eccellenti ed i tempi di elaborazione assai rapidi, l'assenza di una normativa che regolamenti l'utilizzo di tali tecniche ne vanifica l'enorme efficacia potenziale. Infatti, in mancanza di una banca dati del DNA, la tecnica di identificazione mediante analisi del DNA perde la gran parte delle sue incisività nell'individuazione dell'autore del reato, perché spesso non sussiste alcun soggetto sospettato con cui operare un confronto del reperto anonimo, ovvero ci si deve limitare a confronti tra una cerchia ristretta (per numeri e per lasso temporale) di soggetti: in tali casi, la tecnica – seppur sofisticata – è inefficace o comunque insufficiente; al contrario, ove, attraverso una banca dati del DNA, sia possibile operare il confronto con un vasto numero di profili del DNA, i risultati, spesso sorprendenti, sono raggiunti anche in assenza di persone sospettate per il caso specifico investigato ⁽¹⁾.

Sul punto valgono solo alcuni dati: nel Regno Unito (ove si dispone di una banca dati del DNA particolarmente ampia) la

* Magistrato

⁽¹⁾Martin, Schmitter, Schneider, *A brief history of the formation of DNA databases in forensic science within Europe*, in *Forensic Science International*, 119, 2001, 225 – 231, con ampia bibliografia citata.

percentuale di identificazione dei responsabili di delitti contro il patrimonio in abitazione si innalza dal 14% al 44% se si dispone di un profilo del DNA prelevato dalla scena del reato. In Canada, in cinque mesi sono stati ottenuti 359 confronti positivi (ossia identità tra reperto anonimo e soggetto inserito in banca dati DNA); in Virginia ogni mese, mediante la banca dati del DNA, vengono risolti circa 30 casi a carico di ignoti, mentre, con la stessa metodologia, in Florida negli ultimi due anni sono stati risolti circa 1000 casi a carico di ignoti⁽²⁾.

Il riconoscimento delle potenzialità e della efficacia delle tecniche di identificazione del DNA in sinergia con le banche dati del DNA è ormai attestato anche nella normativa dell'Unione Europea: con la Risoluzione del Consiglio del 9 giugno 1997 sono stati sollecitati gli Stati membri *"a prevedere la costituzione di banche dati nazionali relative al DNA"*, aggiungendo che *"ai fini di uno scambio di risultati di analisi del DNA tra gli Stati membri, questi ultimi sono incoraggiati a costituire tali banche dati secondo gli stessi standard e in modo che siano compatibili tra loro"*. Un ulteriore passo è poi stato compiuto con la Risoluzione del Consiglio del 25 giugno 2001, avente ad oggetto lo *"scambio dei risultati delle analisi del DNA"* tra gli Stati membri dell'Unione, nell'ambito della quale sono state enunciate in maniera espressa le definizioni degli elementi che dovrebbero comporre l'informazione sul DNA da scambiare, nonché gli standard da adottare⁽³⁾.

Secondo i dati forniti dall'INTERPOL, 36 Stati, sui 46 Stati europei aderenti all'Organizzazione, utilizzano tecniche di definizione del profilo del DNA, 34 Stati hanno istituito o contano di realizzare una banca dati del DNA, mentre 26 Stati prevedono la possibilità di scambio dei dati in ambito internazionale⁽⁴⁾. Ed in tale contesto, l'Italia, le cui strutture investigative godono di prestigio ed apprezzamento in ambito internazionale, rischia di rimanere irrimediabilmente tagliata fuori dal progetto di creazione di una rete di interscambio di profili del DNA che si intende realizzare per combattere più efficacemente la criminalità transnazionale, non solo di matrice terroristica, ma anche concernente il traffico di esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini (così la Risoluzione del 2001, sopra citata).

⁽²⁾fonte: Forensic Science Service, UK, consultabile sul sito Internet www.forensic.gov.uk alla pagina Annual reports.

⁽³⁾Vedila in GUCE 2001/C 187/01.

⁽⁴⁾Cfr. tali informazioni sul sito internet dell'Interpol, nella sezione Interpol DNA Unit. Per una analisi accurata della situazione in Europa, cfr. Schneider, Martin, *Criminal DNA databases: the European situation*, in *Forensic Science International*, 119, 2001, 232 - 238, con ampia bibliografia.

2. Il gruppo di lavoro presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri

Per avviare una riflessione che dovrebbe condurre a colmare questa significativa lacuna nell'apparato investigativo, con decreto del Presidente del Consiglio in data 3 marzo 2004 veniva istituito, in seno al Comitato nazionale per la Biosicurezza e le Biotecnologie, un apposito gruppo di lavoro con il compito di affrontare due questioni divenute ormai cruciali:

1. verificare entro quali spazi fosse possibile dettare una normativa per i prelievi di materiale biologico su persona vivente ai fini identificativi nel processo penale;

2. elaborare un modello di banca dati del DNA attuabile in Italia, alla luce delle esperienze straniere e della normativa comunitaria.

Entro il termine assegnato di un anno il gruppo ha redatto un documento finale, consegnato alla Presidenza del Consiglio per le eventuali iniziative legislative.

3. Segue: il progetto del nuovo articolo 224 bis c.p.p.

Riguardo al primo punto, è stato elaborato uno schema normativo che dovrebbe inserirsi nel codice di procedura penale, colmando una lacuna ormai non più tollerabile: è noto infatti che, con la sentenza n. 238 del 27 giugno 1996, la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'articolo 224, comma 2, c.p.p. *"nella parte in cui consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificatamente previste nei "casi" e nei "modi" dalla legge"*⁽⁵⁾. In conseguenza di tale declaratoria di incostituzionalità, nella pratica si è sviluppata un'ampia e fantasiosa casistica di modalità di acquisizione di piccole quantità di campione biologico del soggetto sospettato, in genere attraverso l'apprensione di cose sulle quali fosse rinvenibile una traccia di saliva o capelli (tazzina del caffè, bicchiere, mozzicone di sigaretta, chew-gum, copricapo ed ogni altro oggetto che la creatività investigativa suggerisce); attività in certo modo necessitata e spesso fruttuosa, ma non immune da rischi di errore e comunque sottratta al doveroso contraddittorio tra le parti processuali.

⁽⁵⁾pubblicata in Cass. pen., 1996, n.2000, p. 3567 e ss. con nota di Santacroce G., *Prelievo coattivo del sangue a scopo probatorio e tutela della libertà personale*; cfr. anche Felicioni P., *L'esecuzione coattiva del prelievo ematico: profili problematici*, in Cass. pen, 1997, n. 183, p. 315 ss. e bibliografia ivi citata.

Lo schema normativo proposto dal gruppo di lavoro ha abbandonato la tradizionale distinzione tra prelievi invasivi e prelievi non invasivi, in ragione della assenza di un criterio distintivo chiaro e oggettivo; se infatti negli esempi tradizionali la differenza è palmare (il prelievo di sangue è invasivo - così la sentenza della Corte Costituzionale prima citata), un approfondimento della casistica ne mette in luce tutta l'arbitrarietà (se il prelievo di un capello non è invasivo, per qual motivo lo sarebbe invece quello di un pelo pubico? Eppure in Gran Bretagna v'è tale distinzione)⁽⁶⁾. Si è pertanto preferito puntare sulla rigorosa definizione di un procedimento controllato in ogni fase dal giudice e nel quale all'interessato sia fornita ogni garanzia in termini di sicurezza, incolumità, riservatezza e diritto di difesa; non già, quindi, una graduazione delle garanzie a seconda della maggiore o minore invasività del prelievo, bensì garanzie costanti al massimo livello, nell'ambito delle quali l'interessato ha possibilità di far valere le proprie obiezioni sia sui presupposti, sia sulla scelta del tipo di prelievo disposto dal giudice. Lo schema ipotizzato ha carattere generale e pur partendo dalla necessità di regolare le modalità di prelievo di materiale biologico, estende il procedimento a tutti i casi in cui sia comunque necessario intervenire su persona vivente, con la sola esclusione della ispezione personale, già espressamente regolata dal codice di rito (art. 245 c.p.p.).

Rispondendo alla censura della Corte Costituzionale, si sono stabiliti con assoluta chiarezza e rigore i "casi" in cui è possibile procedere a prelievi coattivi o ad accertamenti medici su persona vivente nel procedimento penale; ciò potrà avvenire solo quando sia *assolutamente indispensabile per l'accertamento dei fatti* e sempre che si proceda per *un reato per il quale è stabilita la pena dell'ergastolo o la reclusione superiore a tre anni*, ossia il limite dell'arresto facoltativo in flagranza (art. 381 c.p.p.) e delle misure cautelari coercitive (art. 280 c.p.p.). Inoltre - ed era la seconda censura della Corte Costituzionale circa i "modi" - il giudice dovrà anche indicare il tipo di prelievo da eseguire e le ragioni per le quali non si possa optare per modalità alternative meno invasive, facendo notificare all'interessato ed al suo difensore l'ordinanza almeno tre giorni prima della data fissata per la esecuzione; se il soggetto non si presenta nel luogo e nella data fissati, il giudice, valutata ingiustificata l'assenza, ne ordina l'accompagnamento coattivo nonché il coattivo prelievo.

Per chiarire la situazione in cui tale sub-procedimento si colloca, occorre rammentare che la nuova norma dovrebbe seguire

⁽⁶⁾cfr. Felicioni P., L'esecuzione, cit., in nota 5.

immediatamente quella sulla perizia (art. 224 c.p.p.), così da operare dopo che il giudice, nel contraddittorio delle parti, abbia disposto tale mezzo di prova il cui contenuto è stato definito con il contributo di tutte le parti. L'ipotesi del nuovo art. 224-bis c.p.p. si riferisce, quindi, all'evenienza che, per la esecuzione della perizia sia necessario un prelievo di campione biologico ovvero un accertamento medico su persona vivente. Come prima accennato, non si tratta esclusivamente di casi di prelievo ai fini della determinazione del profilo del DNA, ma anche di casi in cui occorre accertare stati patologici o comunque circostanze che necessitano di prassi mediche invasive su persona vivente, ponendosi come limite inferiore le sole ispezioni personali, già espressamente regolate dall'art. 245 c.p.p. (si pensi al caso *ante litteram* dell'articolo 16 della legge 15 febbraio 1996, n. 66 per i soggetti sospettati di violenza sessuale e per i quali occorre accertare se non siano affetti da stati patologici sessualmente trasmissibili).

Per sovvenire alle ipotesi di urgenza, al pari degli altri casi previsti dall'ordinamento in base al paradigma dell'articolo 13 della Costituzione, è stata stabilita una limitatissima possibilità di un siffatto accertamento anche in capo al pubblico ministero, quale potere accessorio del già riconosciuto potere di disporre accertamenti tecnici ripetibili; si è infatti ipotizzato il nuovo articolo 359-bis c.p.p. che riguarda, però, esclusivamente le ipotesi di urgenza del solo prelievo di mucosa boccale (con esclusione di ogni altro tipo di prelievo o accertamento medico); tale prelievo potrà essere eseguito anche in forma coattiva, ma gli atti dovranno essere trasmessi entro quarantotto ore al giudice per la convalida dei presupposti del prelievo entro le quarantotto ore successive. La sanzione processuale in caso di inosservanza dei presupposti e dei termini sarebbe la inutilizzabilità del prelievo e dei risultati ottenuti⁽⁷⁾.

A fronte di questa ristretta finestra di attività del pubblico ministero, è stato ipotizzato l'ampliamento (con l'inserimento di un'espressa ipotesi nel secondo comma dell'articolo 392 c.p.p.)

⁽⁷⁾Eco assai distorta dei risultati del documento del gruppo di lavoro si può cogliere nella norma inserita nell'art. 348 c.p.p. col decreto-legge n.144/2005: infatti, si individua l'intervento del pubblico ministero anche se in termini incerti e si limita il prelievo alla sola mucosa boccale ed ai capelli. Disposizione approssimativa, confusa e contraddittoria che suscita molti dubbi sia per il livello di garanzie assicurato (si sottopone a prelievo il semplice fermato per identificazione) e soprattutto nulla si dice sul trattamento e la conservazione del campione prelevato: chi lo detiene? con cosa lo si confronta? chi lo conserva? per quanto tempo? si può scambiare con altre Autorità straniere? Tutte domande senza risposta e che – ad onor del vero – hanno reso la norma pressoché inapplicata. Cfr. sulle varie problematiche sollevate dalla norma De Leo F., *Terrorismo: le scappatoie per uscire dall'incostituzionalità sul prelievo del DNA*, in *Guida al diritto*, n.37/2005, p.11 s.

della previsione di poter ricorrere all'incidente probatorio in tutti i casi in cui per l'espletamento di una perizia sia necessario eseguire prelievi o accertamenti su persona vivente, affiancandola alla già prevista ipotesi di una perizia che potrebbe determinare una sospensione del dibattimento per un tempo superiore a sessanta giorni. Il lavoro svolto ha cercato di recepire il meglio delle proposte di legge che sia nel passato, sia al momento presente hanno affrontato la questione⁽⁸⁾ ed ha fatto delle scelte nette ed evidenti: quella decisiva, che in certo modo caratterizza la proposta, è quella riguardante la conseguenza della mancata collaborazione spontanea del soggetto da sottoporre a prelievo o ad accertamento medico; infatti, in via d'ipotesi (ed anche di concrete proposte legislative), alla opzione prescelta di una coazione fisica per eseguire il prelievo o l'accertamento medico, si contrappongono le differenti soluzioni di una apposita figura di reato per il caso di rifiuto ingiustificato, ovvero la previsione che il rifiuto ingiustificato possa essere valutato quale elemento di prova del fatto contrario.

Orbene, sulla questione sono prospettabili almeno tre ordini di ragioni in favore della scelta operata. Una prima ragione è di ordine sistematico e di garanzia. Il processo penale non può tollerare un meccanismo di prova legale (simile al giuramento decisorio del processo civile), da cui discende un vincolo per il giudice, privato della libertà di formazione del suo convincimento. Allo stesso modo, non v'è mai stata ipotesi che criminalizza la semplice omissione da parte dell'imputato, così come non può ipotizzarsi una sua responsabilità per reticenza.

Il procedimento penale conosce invece ipotesi di coazione fisica dell'indagato che può essere, ad esempio, sottoposto a perquisizione personale (art. 352 c.p.p.), a rilievi fotografici, dattiloscopici, antropometrici (art. 349 c.p.p.), a ricognizione personale (art. 213 c.p.p.) ovvero ad ispezione personale (art. 245 c.p.p.). Tale ben radicata tradizione processual-penalistica è stata poi consacrata nella Costituzione: il principio della presunzione di innocenza ed il diritto inviolabile di difesa escludono qualsiasi inversione dell'one-

⁽⁸⁾ XIII Legislatura, disegno di legge (n. 3009) presentato dal Ministro della giustizia Flick "Disciplina dei prelievi di campioni biologici e degli accertamenti medici coattivi nel procedimento penale".

XIII Legislatura, proposta di legge AC/2572, Melandri ed altri, "Introduzione dell'articolo 224-bis del codice di procedura penale in materia di accertamenti ematici e di esami di comparazione del codice genetico".

XIV Legislatura, proposta di legge AC/4682, Onnis ed altri: "Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici invasivi".

XIV Legislatura, proposta di legge AC/4161, Franz ed altri: "Disposizioni in materia di prelievo coattivo di materiale biologico finalizzato all'esecuzione delle analisi del DNA dell'imputato o dell'indagato".

re della prova in danno dell'imputato, nonché qualsiasi ipotesi di criminalizzazione di condotte negatorie o reticenti; affatto diversa è invece la situazione riguardo alla libertà personale che, secondo l'articolo 13 della Costituzione, può essere limitata solo per provvedimento dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge; ed infatti la sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 27 luglio 1996 aveva cassato l'articolo 224 c.p.p. proprio in riferimento all'articolo 13 Cost. per carenza dei precetti in esso dettati. Quindi anche il quadro costituzionale orienta, in maniera univoca, verso la scelta effettuata dal gruppo di lavoro.

Ma v'è, a mio avviso, un'ulteriore ragione che rende tale scelta assolutamente preferibile alle altre. Il processo penale non può chiudersi al mondo, ignorando gli enormi sviluppi della scienza e della tecnologia che oggi tanto diffusamente si intersecano con ogni aspetto della nostra esistenza. Orbene, se è pienamente condivisibile che di fronte a condotte umane (azioni, omissioni, dichiarazioni) sia necessario adottare parametri di valutazione tratti da storiche elaborazioni radicate nella cultura giuridica di radice romanistica, tale scelta deve essere abbandonata quando la scienza e la tecnologia offrono certezze fattuali che sarebbe irresponsabile ignorare: e se la tecnica di identificazione personale basata sul profilo del DNA è - a livello mondiale - ritenuta assolutamente affidabile, il processo penale non può ignorare tale conquista.

L'enorme apporto conoscitivo in termini di certezza rappresenta certamente un'adeguata e congrua ragione giustificativa per la lieve limitazione della libertà personale (ben inferiore ad una accurata perquisizione corporale) cui il soggetto viene sottoposto per il prelievo di una piccola quantità di saliva mediante l'introduzione di uno stick nel cavo orale.

Nell'ultimo scorcio della XIV Legislatura il Governo non ha inteso assumere un'iniziativa legislativa, ma la questione è stata ripresa con rinnovato slancio nella XV Legislatura e fin dai primi giorni sono stati presentati in Parlamento due disegni di legge in materia (AC 782, on. Contento; AC 809, on. Ascierio); ad essi si è poi sovrapposto il disegno di legge di iniziativa del Ministro della giustizia (AC 1967)⁽⁹⁾; a seguito dei lavori della II Commissione permanente (giustizia) della Camera l'8 marzo 2007 è stato licenziato un testo unificato che, pressochè integralmente, riprende le linee ed

⁽⁹⁾Il disegno di legge governativo è stato dapprima presentato al Senato (AS 1133) il 31 ottobre 2006 e poi restituito il 21 novembre 2006 al Governo per essere presentato alla Camera dove già erano presenti gli altri disegni di legge sulla medesima materia.

i punti cardine del documento finale del gruppo di lavoro ("Modifiche al codice di procedura penale per il compimento su persone viventi di prelievi di campioni biologici o accertamenti medici"). Il 12 marzo 2007 è stata svolta in Aula la relazione (on. Palomba) ed avviata la discussione generale, registrandosi un'ampia convergenza di tutti i gruppi parlamentari.

4. Segue: il progetto di una banca dati dei profili del DNA

Ben più impegnativo è stato il compito assegnato al gruppo di lavoro di predisporre uno schema normativo per una banca dati del DNA; come è facile intuire, infatti, le questioni, i problemi ed anche i pregiudizi sono sull'argomento molto forti e radicati⁽¹⁰⁾.

La prima questione affrontata in seno al gruppo di lavoro è stata quella di definire gli obiettivi della banca dati del DNA. L'analisi del DNA secondo gli standard unanimemente accolti in ambito internazionale è una metodologia di identificazione personale e soltanto di identificazione personale, sicché essa si pone nel solco evolutivo delle altre metodiche del genere, quali la fotografia e soprattutto i rilievi dattiloscopici, rappresentando un approdo di certezza ed eliminando i dubbi interpretativi cui danno luogo le identificazioni mediante impronte digitali. In maniera esplicita il documento finale del gruppo di lavoro afferma che l'analisi si applica a segmenti non codificanti del DNA (articolo 1, comma 2), ossia le metodologie che si utilizzano non sono in grado di individuare tutte quelle caratteristiche che pure dal genoma umano sono desumibili, quali malattie, predisposizione a malattie, tendenze sessuali e caratteristiche della persona. Tutto questo nell'analisi del DNA non c'è e non potrà mai esserci. A ben riflettere, sul piano scientifico, dire che la banca dati del DNA è istituita a soli fini di identificazione personale è una squisita tautologia, in quanto l'analisi del DNA serve proprio ed esclusivamente per identificare un soggetto. Ma si è ritenuto necessario inserirlo espressamente per eliminare ogni dubbio circa l'utilizzazione della banca dati.

Ma, preso atto della non decisività della locuzione "a fini di

⁽¹⁰⁾Conferma di siffatta difficoltà si può rilevare anche negli interventi dei rappresentanti dei Gruppi parlamentari nel corso della discussione generale svoltasi in Aula il 12 marzo 2007: pur ribadendo la necessità che alla nuova disciplina sui prelievi coattivi sia affiancata quella sulla banca dati del DNA, tutti hanno convenuto che si tratta di una normativa assai complessa che deve essere affrontata con grande prudenza.

identificazione personale", la questione che il gruppo di lavoro ha affrontato è stata quella di definire quale fosse il campo di operatività della banca dati del DNA, ossia quale fosse la sfera in cui si dovesse esplicitare quella capacità identificativa del DNA. Anche su questo punto il gruppo in maniera unanime ha concluso che il settore deve esser quello delle investigazioni penali, ossia il settore proprio della polizia giudiziaria e della giurisdizione penale. E ciò è perfettamente in linea con la scelta, prima esposta, riguardo alle finalità di questo tipo di analisi: la definizione del profilo del DNA rappresenta la evoluzione scientifica di modalità identificative già largamente utilizzate per fini di polizia giudiziaria, quali i rilievi dattiloscopici; è pertanto consequenziale che le nuove tecniche di definizione e archiviazione si muovano nel medesimo solco. Peraltro, la novità di un archivio centrale dei profili del DNA (novità di carattere culturale per l'opinione pubblica, non certo a livello scientifico) ha suggerito prudenza nella delimitazione del campo operativo che è stato circoscritto al solo settore della polizia giudiziaria, escludendosi qualsiasi possibilità di utilizzazione per la polizia di sicurezza ovvero in altri settori della giurisdizione (ad esempio del diritto di famiglia). Ciò rappresenta, si ripete, una scelta consapevole di prudenza che il gruppo ha inteso condividere per evitare un impatto troppo forte sul comune sentire che avrebbe potuto interpretare la banca dati come una sorta di grande schedatura da utilizzare in ogni circostanza. Non è così. Si tratta di una banca dati per le investigazioni di polizia giudiziaria.

Tale opzione, conforme a tutte (ma proprio a tutte) le esperienze straniere, ha poi reso agevole delineare la struttura dell'archivio. Infatti, in primo luogo, la banca dati deve contenere tutti i dati inerenti i reperti acquisiti nel corso di investigazioni penali (di regola non attribuiti a nessuno), che rappresentano in certo senso l'in sé della banca dati, la ragion d'essere della stessa, quello per cui la stessa viene costituita ed alimentata: identificare il soggetto cui si riferiscono i reperti provenienti dalle scene del reato; questa metodologia investigativa è alla base dell'analisi del DNA, ma, mentre in via ordinaria il confronto nell'ambito investigativo viene effettuato nella ristretta cerchia dei soggetti sui quali possono coagularsi i sospetti, la banca dati consente un confronto con una platea di soggetti estesissima. Accanto ad un primo settore dell'archivio (che contiene i reperti acquisiti sulla scena del reato), un secondo settore è rappresentato proprio dai profili del DNA di persone note, ossia l'insieme dei soggetti nei confronti dei quali è stato acquisito il profilo del DNA e che continuamente vengono confrontati con i reperti biologici rimasti ignoti.

5. *Segue: i soggetti da sottoporre a prelievo ai fini dell'inserimento nell'Archivio nazionale dei profili del DNA*

Sulla individuazione della griglia di selezione di tali soggetti, in seno al gruppo di lavoro si è svolto un confronto particolarmente lungo ed approfondito: si intende bene, infatti, la delicatezza della scelta che doveva trovare un ragionevole equilibrio tra due spinte contrapposte: da un lato, la banca dati funziona tanto meglio quanto più grande è il numero dei soggetti con i quali si effettua il confronto (la tendenza di tale spinta è ovviamente quella di inserire in banca dati tutti i soggetti, innalzando di conseguenza la percentuale di successo nel confronto); per l'opposta tendenza, invece, è necessario contenere il confine dei soggetti da sottoporre a prelievo per non creare inutili allarmismi di una insussistente schedatura della popolazione. E la soluzione approvata risulta ottimale per assicurare una dimensione della banca dati tale da garantire la sua efficienza (invero, se i campioni di confronto risultano troppo esigui, la banca dati non funziona, perché la probabilità di imbattersi in un confronto positivo diventa molto bassa).

Anche per giungere a questa soluzione si è partiti dalla opzione iniziale di integrare la banca dati nel sistema generale degli strumenti che vengono utilizzati nelle investigazioni penali, senza creare anomalie o eccezioni. L'*iter* argomentativo può essere così sintetizzato: i soggetti da cui trarre il DNA da inserire in banca dati sono soggetti che devono subire un prelievo coattivo, ossia una sia pur minima limitazione della libertà personale (si tratta di prendere con uno stick idrofilo una minuscola quantità di saliva). Se tale operazione fosse indirizzata nei confronti di persona in libertà, vi sarebbe la non semplice questione di individuare l'organo competente ad ordinare tale limitazione della libertà; organo che nel nostro ordinamento non può che essere, per vincolo costituzionale, l'Autorità giudiziaria. Ciò avrebbe imposto che per ogni prelievo nei confronti di persona libera, si sarebbe dovuto ottenere previamente dal giudice un'autorizzazione, peraltro attraverso forme che avrebbero dovuto comunque garantire il contraddittorio con l'interessato; individuando poi le procedure coattive per accompagnare il soggetto e sottoporlo al prelievo.

Si è quindi deciso di abbandonare tale strada e di ribaltare la prospettiva, inserendo il prelievo coattivo di saliva in una procedura limitativa della libertà personale già disposta in base ad altri titoli ed a criteri che già l'ordinamento ha stabilito. In altre parole, si è ipotizzato che il prelievo di saliva ai fini dell'inserimento nella

banca dati del DNA sia eseguito soltanto a carico delle persone che a qualsiasi titolo sono private della libertà personale secondo le norme dell'ordinamento: quindi, persone arrestate in flagranza di reato ovvero nei casi in cui l'arresto è consentito fuori dai casi di flagranza, persone sottoposte a fermo di polizia giudiziaria, persone cui è applicata la misura cautelare della custodia in carcere, persone detenute o internate per sentenza definitiva.

È evidente che tale griglia rappresenta un criterio estraneo alla banca dati del DNA, ma di cui la banca dati si serve per dare ragione della limitazione della libertà personale dei soggetti che vengono sottoposti a prelievo della saliva. Ancora una volta, il richiamo al parametro sistemico chiarisce meglio la scelta. Il soggetto privato della libertà personale è sottoposto ad una serie di rilievi che hanno varie finalità: viene fotografato, gli vengono rilevate le impronte dattiloscopiche ed è sottoposto a prelievo ematico per verificare la presenza di infezione da HIV o altre malattie a carattere epidemico. È quindi evidente che in tale procedura ben si può inserire anche il prelievo coattivo della saliva, sul presupposto soggettivo che la persona privata della libertà personale è comunque soggetto nei cui confronti sussistono elementi di responsabilità di una certa rilevanza. Puntuale contraltare di una tale ricostruzione è la previsione del potere per l'interessato di chiedere la cancellazione dei propri dati dall'archivio (e la distruzione del campione biologico) nel caso egli sia poi stato assolto con sentenza definitiva all'esito del processo penale nel quale era stato privato della libertà.

Il criterio così individuato è più raffinato di quanto possa apparire a prima vista: non è vero infatti che non esiste un criterio di selezione basato sulla gravità delle condotte, in quanto le regole di privazione della libertà personale sono esattamente calibrate su tali parametri, sicché, anche in virtù dei limiti edittali, ovvero degli istituti alternativi alla detenzione in caso di condanne brevi, il soggetto ben potrebbe, per il caso di reati lievi, non essere mai privato della libertà personale e di conseguenza, non essere mai sottoposto al prelievo di saliva ed al conseguente inserimento in banca dati. Inoltre, l'aver legato i presupposti del prelievo alla generale normativa processual-penalistica consente in modo agevole di mantenere i criteri della banca dati del tutto aderenti all'evoluzione del sistema penale, nel senso che essi seguiranno in maniera puntuale le variazioni che il legislatore intenderà adottare al quadro valutativo della gravità delle condotte di reato.

6. *Segue: la struttura della banca dati del DNA*

Il gruppo di lavoro ha inteso non prendere posizione riguardo alla collocazione organizzativa della banca dati del DNA, lasciando al legislatore di scegliere l'opzione ritenuta meglio confacente per contemperare differenti esigenze: garanzia di efficienza, ottimizzazione dei costi, affidabilità ed autonomia dal momento investigativo, salvaguardia delle professionalità investigative. Ha, però, previsto, anche sulla scorta di alcune esperienze straniere, un organismo diverso ed autonomo che, estraneo all'attività propria della banca dati, svolgesse un autorevole compito di controllo del funzionamento e della sicurezza, anche informatica, della banca dati, riferendo annualmente alla presidenza del Consiglio dei Ministri, funzioni di studio e sperimentazione di nuove tecnologie da applicare all'analisi del DNA, della normativa comunitaria e di quella straniera in materia di banche dati del DNA, di coordinamento delle relazioni con le banche dati del DNA di altri Paesi o di organismi internazionali, al fine dello scambio di esperienze; verifica dell'idoneità, ai fini forensi, dei laboratori accreditati all'accertamento dei profili del DNA; attività consultiva vincolante sulle istanze proposte dai soggetti interessati alla rettifica o alla cancellazione dei propri dati inseriti nell'Archivio. Si è ipotizzato che tale comitato scientifico di vigilanza sia collocato all'interno del Comitato nazionale per la biosicurezza e le biotecnologie e di esso vengano chiamati a far parte eminenti personalità del campo scientifico e giuridico. Si tratta di una scelta importante da cui dipende l'autorevolezza e l'affidabilità, anche internazionale, della banca dati del DNA e dei suoi risultati, assicurando un costante aggiornamento delle metodiche alla luce delle esperienze che maturano anche in campo internazionale. Inoltre, l'aver previsto un potere di controllo pure sui laboratori che svolgono le analisi del DNA per fini forensi (controllo evidentemente su base consensuale), costituisce il presupposto per un generale miglioramento degli standard di qualità dei laboratori privati, tenuto conto dell'ovvio effetto emulativo che indurrà ciascun laboratorio a cercare di ottenere l'attestazione di idoneità, per potersi collocare tra quelli i cui risultati sono ritenuti affidabili dalla banca dati nazionale e che pertanto possono in essa essere inseriti.

Riguardo al trattamento dei dati ed alla loro sicurezza è stabilito il divieto di qualsiasi interconnessione della banca dati con altri archivi e l'interrogazione dovrà avvenire solo ad opera del personale addetto ed autorizzato, secondo modalità che ne consentano la tracciabilità ossia la individuazione della postazione e del

soggetto che ha effettuato l'accesso alla banca dati; in buona sostanza, le richieste potranno provenire soltanto dalle Forze di polizia, dall'Autorità giudiziaria, nonché, nei limiti della legislazione, dai difensori nel quadro delle investigazioni difensive. E da dire, inoltre, che nel comitato scientifico di vigilanza è prevista la presenza anche di un componente designato dal Garante per la protezione dei dati personali.

D'altro canto, occorre sul punto essere estremamente chiari: la banca dati del DNA non effettua trattamento di dati genetici, limitandosi all'analisi di settori non codificanti del genoma umano, ossia specifici *loci* dai quali non è possibile trarre alcuna caratteristica genetica del soggetto; sicché, non può trovare applicazione il disposto dell'articolo 55 del codice della privacy (D.Lgs. n.196/2003) che fa riferimento a *banche di dati genetici o biometrici*. La banca dati del DNA non sarà mai una banca di dati genetici perché ciò è estraneo alle sue finalità, al suo modulo operativo, alla ragione per cui deve essere istituita, alle metodiche utilizzate e perché tale rischio non si è mai concretizzato in nessuna altra banca dati similare operante nel mondo.

7. *Segue: la questione della conservazione dei campioni*

Circa la questione della conservazione, in seno alla banca dati, dei campioni biologici dai quali è stato tratto il profilo identificativo, la scelta del gruppo di lavoro è stata in senso affermativo, non solo per maggior garanzia dei cittadini sottoposti a prelievo (potendo i risultati essere ri-verificati), ma soprattutto per evitare che la banca dati possa divenire, nel giro di pochi anni, in larga parte inutile; infatti, lo sviluppo della ricerca scientifica consente di aggiornare all'incirca ogni cinque anni le tecniche di definizione del DNA, sicché i risultati più risalenti devono essere rielaborati per renderli comparabili con i profili ottenuti nelle investigazioni più recenti. Emblematico sul punto è il dibattito in corso in Germania, dove la legislazione impone la distruzione dei campioni successivamente all'analisi, ma un caso di omicidio assai noto è stato risolto soltanto grazie al ri-processamento di un vecchio campione che era rimasto conservato e col quale sono stati ottenuti risultati comparabili con i profili definiti nell'indagine (diversamente, attesi i differenti standard utilizzati, non sarebbe mai emersa la identità).

Per completare il quadro della struttura della banca dati, aggiungo che, accanto al profilo del DNA dei reperti acquisiti nell'attività di polizia giudiziaria sul luogo del fatto, oltre ai profili

(e relativo campione) dei soggetti privati della libertà personale, l'archivio contiene, al pari delle similari esperienze straniere, i profili del DNA dei cadaveri non identificati e dei consanguinei delle persone scomparse; per quanto riguarda i cadaveri non identificati, il meccanismo di acquisizione del profilo del DNA è simile a quello dei reperti sul luogo del fatto di reato (peraltro, ai sensi dell'articolo 117 disp. att. c.p.p., è chiaro che, nella massima parte dei casi, dal ritrovamento di un cadavere non identificato scaturisce un procedimento penale per l'accertamento di eventuali responsabilità). I consanguinei delle persone scomparse forniscono invece il loro apporto su base esclusivamente volontaria; per evitare drammatici conflitti di coscienza è espressamente stabilito che nessun confronto può essere effettuato tra il profilo del DNA dei consanguinei e quello dei reperti provenienti da reato, per escludere in radice che un soggetto, nel timore di venir individuato quale responsabile di un reato, si astenga dal fornire il suo essenziale contributo per la ricerca di un congiunto scomparso (eventi spesso catastrofici, quale il recente cataclisma nel Sud Est asiatico, riportano alla ribalta della cronaca il contributo di questo particolare sistema di identificazione).

Un ultimo accenno al problema del tempo di conservazione dei profili dei soggetti sottoposti a prelievo coattivo: le esperienze straniere sono quanto mai variegate, tanto da apparire un gioco di numeri a caso; eppure esistono dei limiti ai quali non si può derogare; è evidente che il funzionamento della banca dati è legato al fenomeno della recidiva: ossia, le possibilità che il profilo del DNA di un soggetto arrestato per un qualsivoglia reato siano riconosciute corrispondenti alle tracce di un altro reato aumentano in proporzione alla ampiezza del lasso temporale in cui tale confronto è possibile; al di sotto di un limite minimo la banca dati potrebbe risultare inutile (tenendo conto di un primo periodo in cui il soggetto resta detenuto); allo stesso tempo, occorre comunque fissare un limite massimo di conservazione, per evitare un' indefinita sottoposizione a controllo anche a distanze di tempo considerevoli che, probabilmente, finiscono col violare il principio costituzionale della personalità della responsabilità penale. Il gruppo di lavoro propone un termine di quarant'anni che rappresenta un lasso di tempo congruo per superare, secondo un dato di esperienza, il periodo di possibile recidiva: prendendo in considerazione un soggetto che commette un reato a ridosso del raggiungimento della maggiore età, il limite di quaranta anni consente di conservare il suo profilo del DNA sino alla soglia dei sessant'anni che rappresenta un salto generazionale sufficiente per ritenere mutati anche i caratteri della personalità.

L'INFORMATICA COME FATTORE DI CRESCITA E DI EVOLUZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA

FERDINANDO MULAS*

Premessa

Negli anni scorsi, la modernizzazione del sistema penitenziario è stata perseguita, essenzialmente, con atti di ristrutturazione organizzativa dell'amministrazione, con la riforma degli ordinamenti del personale, con la cura dell'immagine del Corpo di polizia penitenziaria.

Gli interventi effettuati non sono, però, valsi ad incidere sull'efficienza complessiva del sistema, né a semplificare e ad innovare in modo sostanziale i metodi, gli strumenti ed i processi di lavoro, attraverso i quali vengono diretti, gestiti e garantiti i servizi penitenziari. In pratica, le riforme poste in essere hanno modificato gli assetti organizzativi formali dell'Amministrazione, ma non hanno sostanzialmente innovato, né migliorato, sul piano dell'efficienza e dell'efficacia, gli schemi funzionali ed i processi operativi di gestione.

Fermo restando che anche l'attuale modello di organizzazione formale meriterebbe una seria revisione per renderlo più aderente alle esigenze funzionali dell'Amministrazione, la soluzione per realizzare il cambiamento delle condizioni di funzionamento dell'organizzazione penitenziaria può trovare una base importante nella completa informatizzazione dei servizi penitenziari.

Le tecnologie informatiche, infatti, costituiscono, oggi, il principale fattore abilitante per l'innovazione delle strutture e delle modalità operative sia delle imprese private - dove sono utilizzate, ormai, in "chiave strategica" per aumentare la capacità di competizione aziendale e non soltanto come mezzo per gestire le informazioni ed i flussi di attività - sia nella Pubblica Amministrazione - dove il valore strategico dell'ICT⁽¹⁾ è sancito da norme (ad

* Direttore dell'Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo - DAP

⁽¹⁾Information&Communication Technology

es. il D.L.vo N.39/93) e da direttive di Governo, che considerano l'informatizzazione dei servizi pubblici "fattore di crescita organizzativa, procedurale, formativa e culturale", che va finalizzato a conferire efficienza, efficacia e trasparenza all'azione amministrativa, a potenziare i supporti conoscitivi per le decisioni pubbliche, a migliorare i servizi al cittadino e a ridurre i costi.

Di qui la necessità, ma anche l'obbligo, per le Amministrazioni Pubbliche di impostare e realizzare sistemi informativi automatizzati in grado di:

- semplificare e standardizzare i processi di lavoro sostituendo le procedure tradizionali con quelle automatizzate;
- facilitare i processi di comunicazione, di scambio e di condivisione delle informazioni, attraverso banche dati accessibili ai vari livelli d'utenza;
- fornire la base di conoscenza per migliorare i processi decisionali;
- favorire l'integrazione organizzativa con l'adozione di nuovi schemi funzionali.

In questo scenario risultano, pertanto, chiari gli indirizzi e le modalità da seguire nella realizzazione di interventi di informatizzazione, ma risulta altrettanto chiaro quale deve essere, nell'ineludibile processo di riforma e di ammodernamento dell'Amministrazione Penitenziaria, il ruolo del sistema informativo automatizzato: *non più bene strumentale devoluto alla esecuzione dei*

compiti operativi dell'organizzazione ("la meccanizzazione"), bensì parte costitutiva e non isolabile dell'Amministrazione stessa, essenziale tanto per lo svolgimento dell'intero spettro dei compiti istituzionali che per il supporto ai processi di gestione delle risorse umane, finanziarie e strumentali in dotazione.

Il sistema attualmente in esercizio già opera in questa direzione e possiede i requisiti di base e le potenzialità per essere, realmente:

- *strumento generalizzato e standardizzato di supporto operativo* per tutte le attività gestionali, al fine di semplificare e rendere più efficiente l'azione amministrativa;
- *strumento di conoscenza* e quindi di supporto alle decisioni per il governo ed il controllo dell'organizzazione penitenziaria, al fine di garantire l'efficacia della sua azione.
- *motore di cambiamento* di tutti i processi di servizio per favorire l'evoluzione, anche culturale, e la riforma dell'Amministrazione nei suoi schemi organizzativi e funzionali.

Esso, infatti:

- *sul piano applicativo*, copre con l'automazione la quasi totalità dei processi istituzionali ed una parte significativa di quelli finalizzati alla gestione delle risorse;
- *sul piano tecnico*, è un sistema omogeneo e coerente con l'organizzazione cui fornisce supporto ai vari livelli della struttura; è caratterizzato dalla integrazione logico-funzionale di tutti i suoi componenti; si avvale di una architettura innovativa che accentra i dati e le applicazioni e distribuisce i suoi servizi alle diverse classi di utenza;
- *sul piano gestionale*, è governato e gestito da personale tecnico dell'Amministrazione; ha assorbito, per la sua realizzazione, un volume di spesa assolutamente modesto (circa il 10%) in rapporto alle risorse finanziarie impiegate globalmente in ambito Giustizia e la sua gestione non è particolarmente dispendiosa.

L'innovazione del sistema penitenziario - intesa come azione complessiva diretta a migliorare, in modo durevole e permanente, la qualità della vita e le condizioni di umanità del sistema, ad elevare la funzionalità dei servizi agli standard di qualità, di efficienza e di efficacia richiesti dalle norme e dai regolamenti ancorandoli a parametri misurabili - non può perciò, prescindere da un corretto e pervasivo impiego delle tecnologie informatiche per la trasformazione di tutti i processi di servizio, e ciò a cominciare dai luoghi dove i servizi primari vengono erogati: gli istituti penitenziari e gli uffici per l'esecuzione penale esterna.

Solo così, l'informatizzazione può consentire il recupero di risorse umane, finanziarie e strumentali e di concentrare l'impegno professionale e le energie migliori sulla missione istituzionale: assicurare la custodia e la sicurezza dei detenuti, garantendo l'umanità della pena ed il trattamento individualizzato volto al reinserimento sociale delle persone condannate. Essa può anche arricchire e qualificare un'azione amministrativa aperta allo scambio delle esperienze e alla condivisione di programmi con le istituzioni del territorio (sanità, istruzione, welfare) o con le agenzie in grado di dare opportunità di reinserimento (mercato del lavoro, formazione, cultura).

Un investimento strategico sulla completa informatizzazione delle attività degli istituti penitenziari e degli uffici per l'esecuzione penale esterna - sorretto da *un indirizzo di governo destinato a coniugare innovazione tecnologica, cambiamento culturale ed organizzativo, ristrutturazione dei processi e riduzione dei costi* - invertirebbe la tendenza ad accrescere i fabbisogni di personale, migliorerebbe

l'accesso ai servizi per la popolazione detenuta, semplificherebbe il lavoro degli operatori penitenziari, costituirebbe la base di conoscenza, per i livelli decisionali, per costruire l'indispensabile supporto all'analisi del sistema penitenziario nella sua fisiologia più profonda ed alla programmazione delle risorse umane, finanziarie e strumentali necessarie al suo corretto funzionamento.

Naturalmente, tutto ciò presuppone:

1) *la definizione di una strategia indirizzata a realizzare un vero rinnovamento dell'Amministrazione Penitenziaria*, nell'ambito della quale venga anche valorizzato il ruolo portante del sistema informativo automatizzato, dell'Ufficio deputato a svilupparlo e a gestirlo, del personale che vi opera;

2) *l'utilizzo corretto ed intelligente delle tecnologie.*

Sotto quest'ultimo aspetto, l'esperienza dimostra che, se l'approccio all'automazione mira semplicemente a rendere più veloce l'esecuzione delle attività operative, i vantaggi conseguibili sono limitati; se invece l'approccio è quello di ridisegnare il processo nella sua globalità si possono ottenere ben altri risultati.

Il problema, cioè, non è *nella quantità di tecnologia che si impiega*, quanto *nella capacità di indirizzarla efficacemente* alla cura delle difficoltà delle organizzazioni. Le "best practices" al riguardo, evidenziano che l'innovazione tecnologica va orientata, oltre che al fisiologico tema della maggiore efficienza dei processi operativi, alla impostazione di un sistema coerente con la missione istituzionale, ponendo particolare attenzione al supporto ai processi decisionali e di controllo ed alla fruizione, per ciascun livello della struttura organizzativa, di informazioni compatibili con la relativa sfera di responsabilità. Nel contempo, i casi di successo confermano che l'innovazione tecnologica incide, con l'auspicata profondità, nel tessuto organizzativo e con garanzie di stabilità temporale solo se associata ad un programma di coerenti e coraggiose azioni di revisione organizzativa.

Queste condizioni sono indispensabili per fronteggiare e superare le problematiche organizzative, che inevitabilmente accompagnano, in qualsiasi contesto, i processi di cambiamento connessi alla informatizzazione dei servizi.

In ogni caso, il processo di informatizzazione dell'Amministrazione è stato portato avanti con importanti realizzazioni, qui di seguito descritte in dettaglio, operanti sul territorio nazionale: esso - sebbene abbia bisogno di essere consolidato, di essere messo in sicurezza soprattutto per gli aspetti di continuità operativa, di essere completato negli interventi applicativi e migliorato per alcuni

livelli di servizio - può rappresentare un buon punto di partenza per consentire all'Amministrazione Penitenziaria di impostare una linea di rinnovamento generale.

Tenuto conto dell'ampiezza delle aree di intervento applicativo, delle caratteristiche tecnico-organizzative e del livello di sviluppo raggiunto dal sistema in esercizio, sussiste, infatti, la concreta possibilità di completare, in tempi relativamente brevi, il processo di informatizzazione in atto.

In questa prospettiva, costituiscono un'ulteriore garanzia le competenze professionali espresse dall'Ufficio preposto allo sviluppo ed alla gestione del sistema informativo stesso, che:

- esercita direttamente il governo e la conduzione operativa del sistema informativo, ricorrendo al mercato per il fabbisogno di beni strumentali e di servizi professionali specialistici, essenzialmente per l'attività di sviluppo software ovvero per attività tecnico-sistemistiche di alto livello;

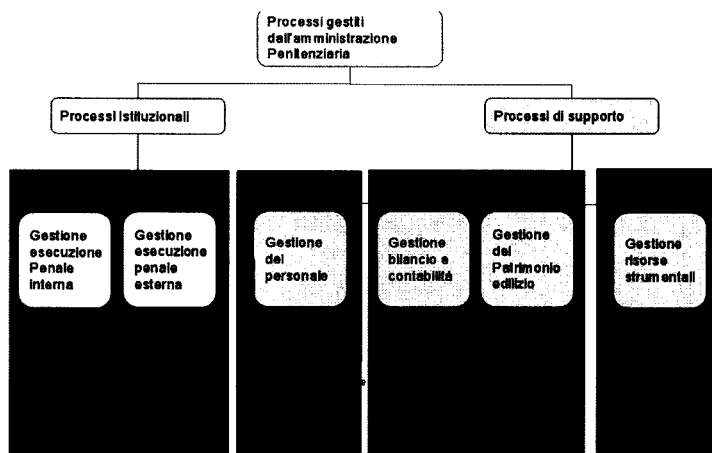
- ha provveduto a sviluppare il sistema informativo *in modo coerente col fine istituzionale* e ad impostarlo secondo una visione logica unitaria e globale, recependo ed interpretando correttamente gli obiettivi strategici e le esigenze complessive dell'Amministrazione;

- ha effettuato scelte architettoniche e tecnologiche in grado di assicurare lo sviluppo progressivo e modulare delle applicazioni; l'integrazione dei dati e la loro fruibilità da parte di una vasta platea di utenti anche esterni (Uffici Giudiziari, Forze di Polizia); la cooperazione applicativa con il Ministero dell'Interno.

La suddetta strategia deve naturalmente contenere le linee d'azione per affrontare e risolvere le problematiche di tipo organizzativo che, di fatto, ne condizionano lo sviluppo, come:

1. l'attuale assetto organizzativo dell'informatica nella Giustizia;
2. l'estrema limitatezza delle risorse finanziarie;
3. la politica di gestione del personale informatico;
4. l'attaccamento alla tradizione ed alle prassi in uso e le resistenze al cambiamento presenti in taluni settori dell'Amministrazione.

Il contesto funzionale del Sistema informativo dell'Amministrazione Penitenziaria



L'INFORMATIZZAZIONE DEI SERVIZI PENITENZIARI: LO STATO DELL'ARTE

1. L'INFORMATIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ ISTITUZIONALE

Per attività istituzionale si intende quella direttamente collegata all'attuazione del fine istituzionale dell'Amministrazione, ovvero la custodia ed il trattamento dei soggetti in esecuzione di pena, di misura cautelare in carcere, di misura alternativa alla detenzione, di misura di sicurezza.

Le suddette attività sono eseguite dagli Istituti Penitenziari e dagli Uffici per l'Esecuzione Penale Esterna, mentre ai Provveditorati Regionali e al Dipartimento sono affidate funzioni di indirizzo, di coordinamento e di controllo.

Il sistema deputato a fornire supporto all'attività istituzionale è il sistema SIAP/AFIS (sistema informativo amministrazione penitenziaria / Automatic finger print identification systems), che copre, con l'automazione, tutte le aree operative degli istituti e servizi periferici ed alimenta contestualmente una Banca Dati Nazionale

dei detenuti, degli internati e dei sottoposti a misura cautelare o alternativa alla detenzione (c.d. Anagrafe Penitenziaria).

1.1. Gli obiettivi dell'automazione.

Gli obiettivi dell'automazione sono quelli di:

a) migliorare l'efficienza dei processi operativi, semplificando e standardizzando tutti gli adempimenti svolti dagli Istituti e Servizi Periferici nei confronti dei soggetti in esecuzione penale (interna ed esterna) sostituendo con procedure automatizzate tutte le attività eseguite in modo tradizionale;

b) alimentare in modo automatico, grazie all'automazione delle attività operative periferiche, una banca dati nazionale, idonea ad assicurare una conoscenza precisa e completa dei soggetti in carico all'Amministrazione;

c) fornire un servizio di informazione generalizzato agli Uffici Giudiziari ed alle Forze di Polizia;

d) fornire le elaborazioni statistiche al Sistema Statistico Nazionale;

e) utilizzare il patrimonio informativo a fini di supporto decisionale della Direzione del DAP, del Ministro della Giustizia e del Governo, nonché come base di conoscenza a fini di supporto informativo e di analisi dei fenomeni connessi con la criminalità e la giustizia.

Gli obiettivi di cui alle lettere a), b), c) sono propri di un sistema automatizzato gestionale, mentre gli obiettivi di cui alle lettere d) ed e) sono tipici di un sistema conoscitivo o di supporto direzionale.

1.2. L'ambito di applicazione del sistema SIAP/AFIS.

Le aree di intervento specifiche del sistema SIAP/AFIS sono rappresentate da:

1. *la gestione automatizzata delle impronte digitali e del fotosegnalammento*, basata sul software AFIS (Automatic Fingerprint Identification System) e sulle apparecchiature SPAID, già in uso alla Polizia Scientifica, per assicurare l'identificazione certa dei soggetti;

2. *le attività e le funzioni proprie dell'Ufficio Matricola:*

- Anagrafe soggetti (soggetti collegati, altre generalità, alias)
- Ingresso in Istituto

- Cartella del Detenuto
 - Detenzioni
 - Posizione Giuridica
 - Udienze Avvocato difensore
 - Movimenti
 - Dislocazione
 - Adempimenti speciali (Isolamento, Censura, Grande sorveglianza, ecc)
 - Semilibertà
 - Criminalità organizzata
 - Classificazione
 - Incompatibilità
 - Stampe, comunicazioni di rito
3. *le attività dell'Area Trattamento:*
- osservazioni e trattamento
 - relazione di sintesi
 - programma trattamento
 - relazione comportamentale
 - richiesta sentenze
 - richieste carichi pendenti
 - documenti collegati
 - colloqui con educatori
 - corsi di formazione e di istruzione
 - attività lavorative
 - istanze
 - infrazioni / ricompense
 - sorveglianze particolari
4. *le attività dell'Area Sanitaria*
- Gestione della cartella sanitaria, contenente:
 - la registrazione delle visite: rilevazione stato fisico;
 - esami; prestazioni specialistiche; terapie;
 - l'anamnesi patologica;
 - scheda tossicologica;
 - scheda infettivologica;
 - scheda psicologica;
 - scheda condotta autolesiva.
 - Gestione del Registro 99.
5. *altre attività collegate alla permanenza in istituto, quali:*
- Colloqui familiari (anagrafe familiari, colloqui, storicizzazione colloqui, stampe);

- Colloqui avvocati / interpreti (anagrafe avvocati / interpreti, colloqui e storicizzazione, stampe);
- Versamento denaro (gestione e storicizzazione versamenti e stampe);
- Telefonate (anagrafe familiari / conoscenti, gestione telefonate, stampe);
- Pacchi (selezione detenuti, selezione pacchi, mittenti pacchi, tipo pacco, istituto che invia / riceve il pacco, stampe);
- Traduzioni (la procedura per la gestione delle traduzioni – SIAT – è integrato con il sistema SIAP/AFIS a livello di anagrafica detenuti, al fine di ottenere in modo automatico le informazioni proprie del detenuto e delle relative traduzioni presenti);
- Casellario, per la gestione degli oggetti che il detenuto deve consegnare al momento del suo ingresso in Istituto (casellario, selezione detenuti, oggetti di valore, denaro, stampe).

6. *le attività comprese nell'Area Contabile:*

- conti correnti;
- sopravvitto;
- mercedi.

7. *le attività proprie degli U.E.P.E.*

Il relativo progetto di automazione era stato inizialmente avviato autonomamente rispetto agli istituti di pena. Alla fine del 2002, l'Amministrazione ha deciso l'unificazione completa del sistema degli U.E.P.E. con quello degli istituti. Il SIAP/AFIS comprende pertanto, come area di intervento, anche gli U.E.P.E. per i quali è stato sviluppato un ramo ad hoc. Quest'ultimo, già sperimentato operativamente in alcuni uffici, è ancora oggetto delle ultime revisioni, completate le quali potrà essere progressivamente attivato negli Uffici.

8. *Il sistema di consultazione: SIDET / WEB2.*

Il sistema di consultazione ha l'obiettivo di mettere a disposizione degli utenti, sia interni che esterni, una infrastruttura capace di rispondere efficacemente al fabbisogno sempre crescente di informazioni, senza appesantire il carico di lavoro sull'archivio di produzione. A tale fine, i dati di SIAP/AFIS sono replicati in tempo reale nel CED di Napoli e sono accessibili dall'utenza attraverso la procedura Sidet Web 2, già rilasciata ad un numero limitato di utenti prima del rilascio definitivo, ormai imminente, a tutta l'utenza.

1.3. Stato di attuazione

I moduli funzionali di cui ai punti 1, 2, 3, 4, 5 e 6 sono già resi disponibili per l'esercizio, anche se non tutti gli istituti li usano integralmente.

Le procedure relative al punto 7, ancorché già sperimentate, sono, come già detto, nella fase delle verifiche finali.

Sotto il profilo dello sviluppo del software il sistema SIAP/AFIS è quasi completo. Le attività da ultimare riguardano: alcune funzioni della cartella sanitaria, alcune modifiche per gli U.E.PE, la piena integrazione, nella piattaforma in uso, delle applicazioni per la gestione di Conti Correnti, Mercedi e Sopravvitto.

Ulteriori interventi, individuati come opportuni, afferiscono allo sviluppo di funzionalità aggiuntive e all'adozione di strumenti, che realizzano un'autenticazione forte degli utenti allorché accedono al sistema, finalizzati a garantire meglio gli aspetti della sicurezza. Essi si basano sull'impiego di una gamma di dispositivi USB (token con certificato digitale incorporato, lettore di smart card, lettore integrato di smart card e dati biometrici) scelti in funzione di specifiche necessità di identificazione dell'operatore.

1.4. Gli utenti di SIAP/AFIS

Gli utenti registrati di SIAP/AFIS sono circa 100.000, di cui circa 5.000 sono gli utenti interni e gli altri sono costituiti da utenti esterni. Essi generano complessivamente un carico di interrogazioni giornaliero sui sistemi operazionali di circa 1.500.000 interrogazioni e un carico giornaliero di circa 130.000 inserimenti/aggiornamenti.

I primi sono rappresentati dagli operatori penitenziari, opportunamente abilitati all'alimentazione e all'aggiornamento della Banca Dati, nelle varie aree degli Istituti e Servizi penitenziari.

A livello centrale, la Direzione Generale Detenuti e Trattamento utilizza massicciamente il sistema in consultazione per i suoi compiti d'Ufficio.

Gli utenti esterni accedono al sistema solo in consultazione e sono rappresentati dagli Uffici Giudiziari e da tutte le Forze di Polizia.

1.5. Vantaggi ed aspetti qualificanti del sistema

Le caratteristiche qualificanti ed innovative del nuovo sistema sono costituite da:

- la cooperazione applicativa col Ministero dell'Interno (Casellario delle Impronte Digitali gestito dalla Polizia Scientifica); tale cooperazione sta per essere estesa anche al Sistema SDI (Sistema d'indagine) gestito dal Centro InterForze;

- la completa integrazione fra le funzioni destinate agli Istituti e quelle destinate agli UEPE;

- la gestione di un *unico archivio nazionale dei soggetti affidati all'Amministrazione Penitenziaria*, sia dei presenti sia di quelli che confluiscono nell'archivio storico, *alimentato in modo automatico per effetto dell'automazione dei processi periferici*.

Pertanto, il nuovo sistema di automazione, oltre a realizzare l'automazione pressoché totale dei principali processi di lavoro svolti negli istituti e servizi periferici, amplia in modo considerevole la base di conoscenza dell'Amministrazione e consente di potenziare gli strumenti di supporto alle decisioni. Sotto questo aspetto, è opportuno rimarcare l'importanza del ruolo che l'Anagrafe Penitenziaria ha assunto nella politica di sicurezza, di cui questa Amministrazione è uno dei capisaldi. Essa, infatti:

- è uno strumento essenziale di conoscenza dei soggetti affidati all'Amministrazione Penitenziaria;

- assicura un importante servizio di informazione agli Uffici Giudiziari ed alle Forze di Polizia, sia per esigenze processuali sia per esigenze investigative o di polizia giudiziaria;

- è idonea ad assicurare il supporto ai processi di tipo direzionale, quali la pianificazione delle attività, la programmazione degli interventi, il controllo nell'impiego delle risorse;

- fornisce le rilevazioni, utilizzate dal Sistema Statistico Nazionale, per l'analisi socio-demografica della criminalità.

Inoltre, i dati dell'Anagrafe Penitenziaria sono diventati indispensabili per:

- effettuare indagini ed analisi statistiche complesse e sofisticate, richieste in particolare dalla Direzione di Analisi Criminale del Dipartimento di P.S., dalla D.I.A. e dalla D.N.A., relativamente ai vari fenomeni legati alla criminalità ed alla recidiva; alla classificazione dei detenuti per tipologie significative atte a graduare il regime di sorveglianza in base all'appartenenza ad organizzazioni criminali;

- far fronte a frequenti richieste di informazioni non prevedibili a priori, quali ad esempio quelle relative alla valutazione preventiva dell'impatto derivante da provvedimenti o da modifiche legislative in campo penale (amnistia, indulto, modifiche di pena ecc.), ovvero alla valutazione successiva degli effetti di determinate leggi, richieste dagli organi legislativi e di governo.

Per effetto dell'integrazione con il sistema AFIS ed il Casellario delle Impronte, gestiti dalla Polizia Scientifica, l'Anagrafe Penitenziaria accresce considerevolmente le sue potenzialità d'uso nell'azione di contrasto della criminalità. Attraverso il C.U.I. (codice identificativo univoco) associato ad ogni impronta è possibile, infatti, mettere a fattor comune dati trattati per finalità ed esigenze differenziate: quelle di polizia, quelle giudiziarie e quelle penitenziarie, garantendone anche la consistenza nel tempo.

Ulteriori vantaggi sono costituiti dalla possibilità di:

- ricostruire il curriculum penale e penitenziario del soggetto con tutte le carcerazioni pregresse ed i movimenti nei vari istituti;
 - individuare i suoi collegamenti con la criminalità organizzata;
 - delineare i livelli di pericolosità e quindi il regime di sorveglianza da adottare;
 - monitorare i vari fenomeni criminosi;
- con riflessi significativi nella lotta alla criminalità e nella attuazione di una politica generale di sicurezza.

Non vanno, comunque, sottovalutati i vantaggi di questo sistema in termini di risparmio economico, di miglior impiego del personale, di qualità del servizio offerto.

2. L'INFORMATIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ DI SUPPORTO O DI AUTO-AMMINISTRAZIONE

Per l'attività di supporto o di auto-amministrazione si intende l'attività di gestione delle risorse umane, finanziarie e strumentali messe a disposizione dell'Amministrazione per conseguire il fine istituzionale.

Il livello di informatizzazione dell'attività di supporto è certamente più basso di quello relativo all'attività istituzionale, ma anche qui sono stati fatti passi importanti con i sistemi di seguito descritti:

- SIGP, Sistema di gestione del personale;
- GOLF, teleformazione;
- SI.CO.GE., sistema per la gestione finanziaria;
- SI.CEAP., sistema per la contabilità economico-analitica e patrimoniale;
- SIAT, sistema per la gestione degli AUTOMEZZI e delle TRADUZIONI;

- SADAV, sistema per la gestione del vestiario e i magazzini;
- ALICE LAVORI, per la gestione dell'iter amministrativo per l'affidamento dei lavori.

Obiettivi dell'automazione

Per le attività di auto-amministrazione, gli obiettivi principali dell'automazione sono quelli di:

- a) migliorare l'efficienza dei processi di gestione, semplificando e standardizzando tutti gli adempimenti giuridico-amministrativi;
- b) migliorare le attività di pianificazione dei fabbisogni, il governo della spesa e degli investimenti, il controllo dell'impiego delle risorse e della gestione complessiva.

2.1 Sistema Informativo per la gestione del Personale (SIGP)

SIGP è il sistema integrato di gestione del personale penitenziario che automatizza sia le procedure amministrative degli Uffici competenti, centrali e periferici, a partire dalle procedure di assunzione fino alla cessazione del rapporto per quiescenza, sia i processi operativi riguardanti l'impiego nei vari servizi e la distribuzione territoriale del personale di polizia penitenziaria.

Esso distingue le funzioni automatizzate per gli appartenenti al Corpo di Polizia Penitenziaria e quelli per il Personale Amministrativo e Tecnico.

2.1.1 Polizia Penitenziaria

Le aree di intervento possono essere ripartite in tre macroaree:

a. Gestione Amministrativa, che comprende le seguenti procedure automatizzate:

- Concorsi pubblici
 - Immatricolazione
 - Dotazione
 - Gestione carichi familiari
 - Avanzamento e ricostruzione di carriera
 - Posizione di stato/assenze
 - Rapporto informativo e disciplina
 - Mobilità interna (trasferimenti, distacchi, etc.)
 - Trattamento di quiescenza
- b. Trattamento economico
- Trattamento busta paga
 - Trattamento accessorio

- Trattamento fiscale e previdenziale
 - Flussi mensili per RGS e Banca d'Italia
- c. Gestione operativa
- turni di servizio
 - presenze/assenze

2.1.2 Stato di Attuazione del Progetto

Le procedure di cui alla lettera b. sono in esercizio dal 1 gennaio 2002.

Le procedure di gestione amministrativa sono state rilasciate a tutta l'utenza, centrale e periferica, nello scorso mese di gennaio, mentre per i turni di servizio, che richiedono un notevole sforzo organizzativo ed economico, si procederà in modo progressivo per provveditorato.

In definitiva i programmi software sono stati tutti realizzati e sono già disponibili; il personale che dovrà utilizzarli è stato in parte addestrato; resta ancora aperto il completamento del caricamento dei dati non disponibili su supporto elettronico, che dovranno essere necessariamente estratti dai fascicoli cartacei e caricati sull'archivio elettronico da parte degli uffici interessati; questa attività, essendo onerosa, risulta avviata solo in parte e procederà gradualmente con l'uso.

2.1.3 Vantaggi e benefici

Oltre a semplificare e rendere più efficiente l'attività gestionale, i vantaggi del progetto SIGP consistono nell'assicurare, attraverso la disponibilità di una base dati completa e di appropriati strumenti di consultazione, le informazioni utili ai fini di supporto decisionale, ed in particolare per :

- la pianificazione delle posizioni e dell'impiego del personale nella organizzazione;
- la conoscenza delle abilità professionali e dei corsi frequentati;
- la rilevazione delle presenze e la consuntivazione dei servizi svolti;
- il calcolo automatico delle prestazioni accessorie;
- la disponibilità di un'ampia varietà di report sui dati;

2.1.4 Personale Amministrativo e Tecnico

Gli interventi di automazione previsti si basano sull'adeguamento delle procedure già sviluppate per il personale di Polizia Penitenziaria, con esclusione della parte riguardante il trattamento

economico, che è gestita dal Ministero dell' Economia.

2.1.5 Stato di attuazione del progetto

La carenza di risorse finanziarie non ha consentito finora di realizzare il progetto, che potrebbe essere realizzato, per effetto del riuolo, in pochi mesi.

2.2 Sistema informativo per la gestione finanziaria ed economico-patrimoniale

2.2.1 La gestione amministrativo-contabile

L'automazione dei processi amministrativo - contabili si basa su due linee di intervento, che hanno come ambito specifico di riferimento, da un lato, la contabilità finanziaria e, dall'altro, la contabilità economico-analitica e patrimoniale.

La prima riguarda la gestione dei capitoli di bilancio e delle relative risorse finanziarie, basata sull'utilizzo dell'applicazione **SI.CO.GE.**, ormai pienamente operativa ed integrata recentemente con le funzioni proprie per la gestione delle attività del funzionario delegato.

La seconda (**SI.CEAP**) riguarda invece la gestione economico-patrimoniale, i processi di approvvigionamento di beni e servizi ed il controllo di gestione per i quali è stata già realizzata un'applicazione pilota, idonea ad essere estesa, dopo la fase di test operativo, a tutta l'Amministrazione.

Questa applicazione permette, infatti, la gestione informatizzata dei processi d'acquisto di beni e di servizi, il c.d. "Ciclo passivo", integrata con la "Contabilità economico-patrimoniale", con la "Contabilità Finanziaria" e con la "Contabilità analitica", in linea con quanto previsto dal D.L.vo N. 279 del 1997 e dal DPR n. 97 del 2003 e successivi provvedimenti.

Stato di attuazione

Sperimentata concretamente ed operativamente presso la C.C. di Viterbo l'applicazione, anzidetta è disponibile ed ha grandi potenzialità d'uso, essendo già idonea ad assicurare a tutti gli istituti e servizi penitenziari la gestione completa del ciclo degli acquisti di beni e di servizi, la gestione dei beni capitalizzabili e di magazzino integrata con la contabilità economico-patrimoniale e con quella

finanziaria.

Essa, infatti, è concepita e strutturata in modo da operare su scala nazionale per fornire, ai tre livelli in cui si articola la struttura organizzativa dell'Amministrazione (D.A.P., P.R.A.P., Istituti e Servizi penitenziari), i servizi di supporto alla gestione:

- del *Budget* (previsionale, approvato, assegnato);
- del *ciclo completo degli acquisti*, (l'anagrafica dei materiali e dei fornitori; le richieste di offerta e di acquisto; l'albo fornitori; la gestione del listino dei prezzi con possibilità di scelta del fornitore sulla base del prezzo migliore; gli ordini d'acquisto; l'imputazione dei costi alle merci; l'imputazione del debito con la registrazione delle fatture ed il loro pagamento);
- *dei cespiti, degli inventari e dei magazzini*.

L'applicazione stessa, inoltre, è integrata, per ora solo in senso unidirezionale, con la procedura SI.CO.GE., per quanto riguarda la gestione finanziaria e l'emissione del mandato informatico.

Vantaggi e benefici.

I possibili vantaggi che potrebbero ottenersi dalla piena diffusione del sistema di gestione economico-patrimoniale sono rilevanti:

- il coordinamento e la standardizzazione del processo degli acquisti per migliorare le attività di pianificazione dei fabbisogni, delle spese e degli investimenti con il fine di ottimizzare le attività di controllo e gestione dei costi;
- la conoscenza, per il DAP, della situazione istantanea e/o di dettaglio circa gli acquisti effettuati a tutti i livelli della struttura organizzativa;
- la possibilità di analisi incrociate per un controllo analitico della spesa e di ogni tipo di verifica sugli acquisti, sui fondi impiegati, sui destinatari, ecc.;
- il miglioramento dell'impiego e della distribuzione dei fondi.

2.2.2 La gestione delle risorse strumentali e dei beni patrimoniali

Riguarda l'automazione dei processi tecnico-gestionali relativi alle risorse strumentali in dotazione all'Amministrazione, ivi compreso il patrimonio edilizio.

Le applicazioni in atto sono:

A. SIAT, è il sistema di supporto alla gestione degli automezzi e delle traduzioni.

Esso è articolato in tre moduli:

1. Modulo DAP, che consente l'accesso all'intera banca dati, con le seguenti funzionalità:

- Pianificazione degli acquisti e delle dismissioni dei veicoli e gestione centralizzata degli spostamenti tra uffici;
- Localizzazione sul territorio, in tempo reale, della disponibilità dei veicoli (con caratteristiche particolari);
- Interrogazione dei servizi e delle traduzioni programmati, in corso ed effettuati;
- Monitoraggio delle traduzioni (es. verifica del rispetto del modello organizzativo, ottimizzazione dei percorsi e viaggi, etc.),
- Controllo delle spese sostenute dagli enti periferici relativamente a carburante, manutenzione, sinistri;
- Statistiche, in tempo reale, relative a spese, utilizzi, servizi, sinistri.

2. Modulo PRAP, che consente l'accesso ai dati relativi al proprio ufficio e a tutti gli enti periferici della propria regione, con le seguenti funzionalità:

- Monitoraggio dei veicoli e dei servizi e elaborazione di statistiche simili a quelle del DAP ma relative agli enti gestiti;
- Monitoraggio relativo al transito dei veicoli afferenti ad altri PRAP sul proprio territorio;
- Gestione informatizzata del fuori uso.

3. Modulo Periferico, limitato ai soli dati dell'Istituto o servizio periferico, con le seguenti funzionalità:

- Informatizzazione delle procedure operative relative all'esecuzione dei servizi e delle traduzioni;
- Produzione automatica delle evidenze amministrative di uso quotidiano;
- Scadenario degli interventi di manutenzione e dei principali certificati (bolli, revisioni,...)
- Pianificazione dei servizi e delle traduzioni;
- Monitoraggio dei veicoli e dei servizi e elaborazione di statistiche simili a quelle del DAP ma relative alla Periferia.

Stato di attuazione

Il sistema deriva da uno dei pacchetti applicativi che costituiscono il SIAMM (sistema amministrativo) destinato ad essere distribuito ed utilizzato localmente presso ciascun ufficio giudiziario.

Acquisito gratuitamente dal DAP, esso è stato ristrutturato in funzione delle esigenze dei servizi penitenziari e trasformato per funzionare, in rete, come applicazione nazionale idonea a dare adeguato supporto ai tre livelli organizzativi dell'Amministrazione. Operativo su tutto il territorio nazionale con piena soddisfazione dell'utenza, rappresenta un caso di riuso che ha avuto successo.

Vantaggi e benefici

I vantaggi derivanti da questo sistema sono molteplici e significativi:

- La pianificazione e la gestione centralizzata degli acquisti e delle dismissioni degli automezzi;
- La localizzazione, in tempo reale, sul territorio della disponibilità dei veicoli e l'interrogazione dei servizi e delle traduzioni programmati, in corso o effettuati;
- Il monitoraggio dei veicoli e dei servizi, il controllo delle spese sostenute e la riduzione dei costi.

Ulteriori ed importanti vantaggi derivano dalla integrazione tra SIAT e SIAP/AFIS, che consente l'acquisizione automatica dello scadenzario udienze e la pianificazione delle traduzioni a livello interregionale.

B. SADAV.

Questa applicazione è idonea a gestire:

- L'anagrafica del personale di polizia penitenziaria, dei capi di vestiario e delle sedi dove operano gli agenti;
- Gli acquisti, i fornitori ed i contratti;
- Il magazzino centralizzato con la gestione delle richieste provenienti dagli istituti per le nuove acquisizioni e le scorte, le spedizioni con bolle e fatture.

Stato di attuazione

L'applicazione, pur sostanzialmente completa sotto l'aspetto funzionale, necessita, per il suo passaggio in produzione, di due tipi di intervento: uno rivolto all'adeguamento della piattaforma tecnologica, che deve necessariamente evolvere da Windows N.T. a Windows Server 2003; l'altro per l'integrazione, nell'applicazione, di un nuovo sistema di rilevazione delle misure antropometriche del personale in luogo di quello adottato inizialmente per la determinazione delle taglie.

Vantaggi e benefici

I principali benefici derivanti da questa applicazione sono:

- Migliore servizio per il personale di polizia penitenziaria, grazie alla possibilità di gestire con precisione e flessibilità, per effetto della conoscenza delle misure antropometriche di ciascun agente, le assegnazioni dei capi di vestiario e gli altri effetti di corredo;
- Maggiore efficienza degli uffici amministrativi, con l'eliminazione delle trascrizioni su supporto cartaceo dei movimenti effettuati;
- Una gestione più precisa e sicura dei magazzini e delle scorte.

2.2.3 La gestione automatizzata del patrimonio edilizio.

Gli interventi significativi in atto sono due:

Il primo, basato sull'applicazione "ALICE LAVORI", riguarda l'iter contrattuale per l'affidamento e la gestione dei lavori.

Il secondo riguarda la creazione di una banca dati e la gestione del fascicolo elettronico, del fabbricato, contenente:

- ❖ la documentazione dei progetti, degli appalti dei lavori in esecuzione e degli interventi di manutenzione;
- ❖ le caratteristiche architettoniche degli edifici carcerari;
- ❖ gli impianti tecnologici degli edifici;
- ❖ gli elementi relativi alla qualità ed alla sicurezza degli edifici;
- ❖ i rilievi fotografici e planimetrici in 2D/3D.

Stato di attuazione

L'applicazione "ALICE LAVORI" è ormai pienamente operativa ed è usata presso la competente Direzione Generale del DAP. Essa è in corso di rilascio anche ai Provveditorati Regionali.

Per quanto riguarda *la banca dati ed il fascicolo del fabbricato*, il progetto è ancora in fase di definizione e di approvazione; in ogni caso, esso non dispone del relativo finanziamento.

Vantaggi e benefici

Una specifica esigenza dell'Amministrazione Penitenziaria è quella di disporre di una banca dati elettronica che contenga tutti i dati strutturali, edilizi ed architettonici degli edifici penitenziari e quelli relativi alle infrastrutture impiantistiche.

In quest'ottica potrebbe essere fonte di importanti vantaggi la realizzazione di un archivio centralizzato - contenente l'Anagrafica degli edifici, con elenco degli immobili del patrimonio corredato

dei dati catastali e urbanistici, nonché delle caratteristiche edilizie; esecuzione di ispezioni e verifica dello stato del degrado; classificazione e livello tecnologico degli impianti presenti; storicizzazione delle informazioni mediante schede di rilevazione periodiche; generazione automatica del Fascicolo del Fabbricato sulla base dei dati presenti .

L'Amministrazione, infatti, potrà avere a disposizione:

- 1) uno strumento di dialogo condiviso, anche a distanza, fra i vari operatori (tecnici e amministrativi) e di supporto decisionale per la Direzione Generale delle Risorse Materiali dei Beni e dei Servizi per la gestione del patrimonio immobiliare e delle relative attività;
- 2) un efficace strumento di programmazione, di controllo di gestione e di ottimizzazione delle risorse finanziarie e dei costi;
- 3) uno strumento idoneo a snellire ed archiviare il lavoro dei progettisti e degli esecutori.

2.2.4 La radiolocalizzazione degli automezzi e l'accesso, via GPRS, alle Banche Dati dell'Amministrazione

Questa applicazione, basata sulla combinazione di una pluralità di componenti tecnologici è finalizzata a realizzare un efficiente e sicuro sistema di comunicazione e di localizzazione degli automezzi a supporto del Servizio di Traduzione dei detenuti consentendo ai nuclei addetti al servizio di interagire con modalità sicure ed innovative con le sale operative dell'Amministrazione. Nel contempo essa consente altresì l'accesso via GPRS, mediante "Palmari" alle Base Dati dell'Amministrazione.

Stato di attuazione

L'applicazione è realizzata come pilota.

Vantaggi e benefici

La soluzione individuata, che dà luogo ad una infrastruttura tecnologica di localizzazione, di comunicazione, di sicurezza fisica e logica, opportunamente integrata dal software applicativo per la gestione degli automezzi e del personale e da un sistema di cartografia digitale, è idonea a fornire all'Amministrazione importanti vantaggi in termini di efficienza, sicurezza ed economicità di gestione, quali in particolare:

- il miglioramento in termini di razionalizzazione e snellimento della gestione logistica delle traduzioni, con l'interfacciamento diretto al SIAT (Sistema informativo automezzi e traduzioni)

e al SIGP (Sistema informativo per la gestione del personale) e ad un sistema di cartografia digitale. Ciò renderebbe possibile anche la riduzione dei costi di viaggio, missione, manutenzione automezzi e carburante; la rotazione dei mezzi e la razionalizzazione degli acquisti degli stessi; l'ottimizzazione della gestione del personale impiegato;

- la possibilità di pianificare l'uso dei mezzi, delle risorse e dei percorsi, ottimizzandone l'impiego;
- la comunicazione sicura bidirezionale, tra le centrali operative ed il sistema veicolare mediante scambio di messaggi telematici (GPRS);
- il monitoraggio ed il controllo in tempo reale delle diverse attività, con localizzazione e visualizzazione su cartografia della posizione dei veicoli ed il controllo remoto di vari dispositivi installati a bordo dei veicoli;
- l'accesso alle banche dati dell'Amministrazione (Archivio Nazionale dei detenuti; Archivio Nazionale del Personale; Archivio automezzi, ecc) da terminali mobili.

2.3 Il sistema di gestione elettronica dei documenti e dei processi d'ufficio

I sistemi di gestione dei processi d'ufficio riguardano:

- *il Protocollo e la gestione documentale comprensiva di workflow;*
- *le applicazioni per l'automazione dell'Ufficio del Contenzioso;*
- *le applicazioni per l'automazione di alcune attività dell'Ufficio Studi e Ricerche;*
- *l'applicazione per la gestione della Biblioteca.*

Stato di attuazione

Pur essendo in esercizio, presso il DAP, fin dal 2001, e presso alcune altre sedi dal 2003, l'applicazione Pro.ge.doc@DAP per il protocollo e la gestione documentale incontra non poche difficoltà, economiche ed organizzative, per essere diffusa in tutta l'Amministrazione.

Le applicazioni per la gestione del *Contenzioso*, *l'Archivio Pareri* e *l'Automazione della Biblioteca* per l'Ufficio Studi sono realizzate e disponibili all'uso.

Vantaggi e benefici

Pro.ge.doc@DAP consente di gestire l'intero ciclo di vita dei singoli documenti, rendendoli disponibili agli utenti sotto forma di informazioni ed esperienze riutilizzabili. Quale strumento di knowledge management, esso rappresenta l'infrastruttura di base per poter avviare l'automazione completa delle attività degli uffici.

Il progetto per l'Ufficio del Contenzioso soddisfa l'esigenza di rendere più efficiente la gestione degli Affari di Contenzioso costituendo un sistema elettronico di archiviazione dei "Fascicoli di Contenzioso", che consente l'identificazione univoca dell'Affare di Contenzioso, la gestione dei dati e dei documenti relativi ai casi trattati e la produzione di elaborazioni statistiche su di essi.

Vantaggi analoghi è in grado di trarre l'Ufficio Studi e Ricerche dall'archivio elettronico dei pareri e delle attività.

2.4 Il Portale WEB dell'Amministrazione

Un'altra realizzazione importante è il **nuovo portale del Dipartimento**, che si presenta con una nuova veste grafica ed è conforme alla normativa vigente per la realizzazione di siti WEB nella Pubblica Amministrazione, con le caratteristiche di sobrietà e serietà indispensabili per una corretta rappresentazione dell'Istituzione.

Il nuovo Portale si configura operativamente sia come strumento per la pubblicazione di informazioni e dati per tutti gli Uffici dell'Amministrazione, attraverso un sistema di redazione distribuita (Content Management), sia come punto unico di accesso ai servizi informatici resi disponibili dal competente ufficio.

Esso si articola, perciò, in due sezioni distinte, una **pubblica** ed una **privata**; nella sezione pubblica vengono raggruppate tutte le funzionalità che il portale offre agli uffici, centrali e periferici, dell'Amministrazione senza alcuna necessità di autenticazione; essa, cioè, è visibile via Internet e via Intranet; la sezione privata è invece accessibile previa autorizzazione ed autenticazione degli utenti, sulla base dei profili di autorizzazione stabiliti per accedere ai vari servizi ed applicazioni dell'Amministrazione.

2.5 Gli strumenti di supporto alla formazione

L'Ufficio per lo Sviluppo e la Gestione del Sistema Informativo ha provveduto a realizzare, fin dal 2004, un portale per la teleformazione denominato G.O.L.F. (Gestione On Line della Formazione), come strumento complementare all'attività di formazio-

ne del personale.

Attualmente, quindi, il DAP dispone di una soluzione informatica idonea a supportare sia la formazione a distanza che quella tradizionale in aula, rispondente alle indicazioni contenute nelle più recenti normative e direttive sulla formazione, emanate da organi interni ed esterni all'Amministrazione (Funzione Pubblica, Ministero della Giustizia, CNIPA, DAP – Piano Annuale della formazione del 2005, ecc.).

Questo strumento può consentire una gestione complessiva della progettazione, organizzazione, erogazione e valutazione dell'attività didattica, contribuendo a risolvere le problematiche di erogazione della formazione a distanza, nonché della possibile gestione di alcuni aspetti di quella tradizionale, anche se il GOLF nasce principalmente per gestire la FAD (Formazione a distanza).

Un aspetto di particolare interesse è che l'applicazione consente alle unità organizzative preposte alla formazione di gestire l'attività di competenza in modo diverso da quello tradizionale, ma conservando la propria autonomia e secondo le proprie esigenze organizzative.

Attraverso il portale GOLF è possibile veicolare la formazione a distanza in maniera capillare, attraverso la rete *intranet* dell'Amministrazione, in modalità *web*: da una qualunque stazione di lavoro (PC) collegata alla rete informatica dell'Amministrazione, sussiste, dunque, la possibilità di accedere ai servizi formativi, senza la necessità di installare nessun tipo di software aggiuntivo o di configurazione per chiunque voglia fruire del sistema.

Il portale è stato sviluppato e personalizzato utilizzando il sistema Docent, un prodotto internazionale per *e-learning* basato su piattaforma Microsoft e LMS (Learning Management System). Lo strumento supporta gli standard Learning Objects in formato XML (eXtensible Markup Language) e lo SCORM, standard di sviluppo conforme alle direttive impartite dal CNIPA.

Attraverso l'applicazione è possibile gestire tre aree di lavoro:

1. *Formazione (in aula e a distanza)*

- Catalogo e calendario corsi
- Gestione attrezzature necessarie e materiale didattico
- Valutazione livello conoscenza (*assessment* per la creazione di classi omogenee e verifiche di fine corso)
- Registrazione frequenza (ore per corsi *on line*, presenza per corsi aula)
- Attestazione frequenza (finale per corso, attestante durata)

ed ore di frequenza)

- Gestione amministrativa dei corsi in aula
- Feedback di valutazione corso
- Supporto alla definizione del piano annuale di formazione
- Monitoraggio esecuzione corsi in aula affidati ad enti esterni
- Consultazione dati frequenza singolo discente per generazione storia formativa
- Report* contenenti storia formativa del discente per uno o più anni

2. *Comunicazione*

- Portafoglio esigenze: uno strumento per rilevare le esigenze formative
- News: un elenco delle ultime novità sul portale e sulla formazione
- Newsletter: il notiziario che viene inviato per posta elettronica agli utenti che lo richiedono
- Forum: la discussione on line sulle tematiche della formazione
- FAQ: le risposte alle domande più frequenti degli utenti
- Guestbook: il libro degli ospiti, dove gli utenti possono scrivere i loro commenti
- Sondaggi: i sondaggi di feedback sui corsi e i sondaggi di opinione sulla formazione
- Reclami: i reclami degli utenti con le risposte e gli interventi dei gestori
- Questionari: strumenti di rilevazione e di ricerca

3. *Amministrazione del Sistema*

- Funzione di gestione generale del sistema
- Creazione di domini
- Supervisione tecnica e operativa
- Accesso protetto alle funzioni di gestione della comunicazione.

2.6 Applicazione Help Desk informatico

Il sistema di Help Desk informatizzato è finalizzato a fornire un supporto informativo efficiente in merito all'utilizzo di tutte le procedure automatizzate descritte in precedenza, nonché sulle problematiche relative a: la rete di trasporto; i collegamenti in rete locale (LAN) dei personal computer in dotazione; l'aggiornamento del sistema antivirus.

Gli utenti interagiscono con il sistema di Help Desk servendosi

del Browser, di cui è dotato ogni personal computer, oppure contattando, **in assenza di collegamento**, il **numero verde 800659110**. Il servizio è attivo tutti i giorni feriali dalle ore 8,00 alle ore 18,00 e dalle ore 8,00 alle ore 14,00 nelle giornate di sabato e semifestivi, mentre l'apertura di richieste di assistenza e/o la consultazione via Browser può essere fatta anche al di fuori dei citati orari.

La modalità principale di utilizzo del servizio è la segnalazione del problema attraverso il personal computer. Nella pagina iniziale dell'applicazione Help Desk "Sezione Utenti" è stata, infatti, inserita una guida "HELP ONLINE" per la compilazione delle richieste, la verifica dello stato delle richieste e la consultazione dei problemi noti.

Pertanto, prima di procedere alla segnalazione di un determinato problema, l'utente consulterà in via prioritaria l'elenco dei problemi noti (suddivisi per materia), per tentare di trovare autonomamente la soluzione del problema; solo successivamente, nel caso in cui il problema in atto non sia riportato nella casistica e non trovi le indicazioni specifiche di soluzione, egli compilerà la richiesta, che verrà opportunamente gestita dal Gruppo centrale di supporto entro le 6/12 ore successive all'inoltro della richiesta stessa.

3. IL SISTEMA INFORMATIVO DIREZIONALE

L'Amministrazione Penitenziaria rappresenta un contesto organizzativo di difficile gestione sia per la complessità intrinseca di un'attività come l'esecuzione penale, sia per la dimensione delle risorse impiegate e dei vari fattori in gioco.

Queste caratteristiche determinano la necessità di poter disporre di informazioni adeguate a fini di supporto decisionale e di controllo di gestione.

In particolare l'alta Direzione dell'Amministrazione manifesta sempre di più l'esigenza di disporre di efficaci sistemi informativi per le funzioni di:

- pianificazione a medio e lungo termine;
- programmazione a breve termine (budget);
- controllo direzionale.

sia per quanto riguarda le attività di tipo istituzionale, sia per quanto riguarda la distribuzione e l'impiego delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili.

In questo quadro, tali sistemi devono essere in grado di soddi-

sfare le seguenti esigenze:

- aiutare nella formulazione di stime o previsioni;
- favorire l'analisi delle conseguenze di certe decisioni;
- rispondere in tempi brevissimi e a costi ridotti a specifiche esigenze informative;
- favorire la stesura e l'aggiornamento dei budget utilizzando specifici modelli;
- fornire un monitoraggio dello stato dell'organizzazione attraverso bilanci, consuntivi raffrontati ai budgets; indici e parametri significativi ai fini, ad esempio, del controllo della qualità e dei livelli di servizio.

Per poter essere efficace e disporre di informazioni affidabili, il Sistema Informativo Direzionale dell'Amministrazione Penitenziaria (SIDAP), come qualsiasi altro S.I.D., non può essere impostato e realizzato come pura raccolta di dati avulso dai processi gestionali, ma deve essere emanazione diretta e specifica, come livello superiore, dei sistemi di automazione delle attività operative facenti capo ai processi di servizio, istituzionali e di auto-amministrazione, dai quali deve estrarre i dati di cui necessita.

Nella realizzazione di un sistema informativo direzionale è d'obbligo perciò partire da un efficiente e valido sistema di automazione delle attività operativo-gestionali, dal quale poter estrarre dati utili ed affidabili.

Se non si dispone di un sistema gestionale completo che automatizza le attività svolte dall'Amministrazione in tutte le sue articolazioni, la realizzazione di un sistema informativo direzionale è un'operazione velleitaria, equiparabile alla costruzione di una casa senza fondamenta.

I dati estratti dai sistemi gestionali sono, pertanto, la base di conoscenza dei sistemi c.d. direzionali o di supporto alle decisioni; essi devono essere, comunque, rielaborati per poter essere trasformati in informazioni congruenti e significative in relazione alle esigenze derivanti dal contesto e dal modello di utilizzo.

La tecnica che, oggi, sta alla base dei sistemi informativi direzionali va sotto il nome di "data warehousing" (immagazzinamento dei dati); essa realizza la trasformazione dei dati operativo-gestionali in informazioni significative, consente di creare un collegamento fra sistemi gestionali, che provvedono all'automazione dei processi operativi, e i sistemi direzionali.

Come già detto, nell'Amministrazione Penitenziaria, le aree gestionali a cui corrispondono specifici sistemi di automazione sono:

- l'Area dei soggetti in esecuzione penale, in misura cautelare, in misura di sicurezza, in cui si colloca il sistema SIAP/AFIS;

- l'Area del Personale, in cui si colloca il sistema SIGP ed i Turni di Servizio;
- l'Area dei Processi Amministrativo- Contabili e di gestione delle risorse strumentali, in cui si collocano vari sistemi;
- l'area dei processi d'ufficio.

Il sistema informativo direzionale dell'Amministrazione Penitenziaria (SIDAP), il cui progetto è in fase di realizzazione, è destinato a svilupparsi sulla struttura portante dei dati operativi estraendoli dai sistemi di automazione delle diverse aree gestionali; tali dati saranno rielaborati e resi disponibili con le modalità richieste in funzione delle esigenze informative proprie dell'Alta Direzione:

- informazioni sintetiche ed aggregate che inquadrano in modo significativo i vari fenomeni;
- informazioni idonee a consentire la formulazione di stime e previsioni a medio/lungo termine;
- informazioni utili alla pianificazione strategica, alla programmazione e al controllo;
- informazioni derivanti dall'utilizzo di modelli simulazione.

Il sistema informativo direzionale, basato sull'utilizzo del "Data Warehouse" servirà perciò a produrre, con la massima tempestività, attraverso prodotti software ad hoc, informazioni di sintesi e di analisi di dati indispensabili per il governo complessivo dell'organizzazione penitenziaria:

- facili da usare da parte degli utenti;
- contenenti un'ampia disponibilità di informazioni significative;
- ottimizzate dal punto di vista dello sfruttamento del patrimonio informativo disponibile;
- affidabili e veritiere perché estratte dalle procedure di automazione che gestiscono i processi operativi.

Naturalmente le modalità d'uso da parte dell'utenza sono differenziate in base alle esigenze. Sotto questo aspetto è possibile individuare alcune tipologie di utenti:

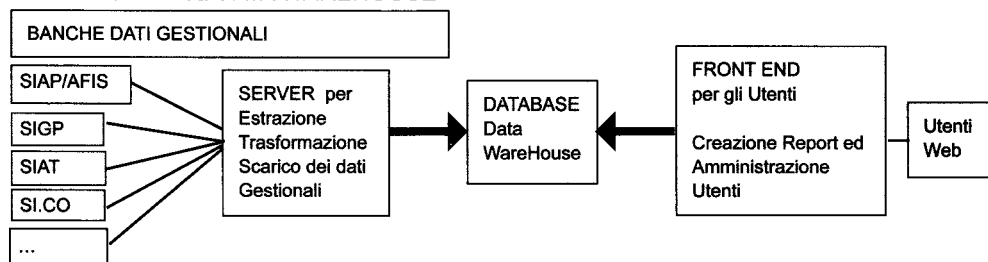
- i livelli direzionali più elevati avranno a disposizione specifici "cruscotti" informativi, contenenti dati al massimo livello di sintesi ma anche estremamente significativi, ricavati attraverso applicazioni predefinite che riportano i valori aggiornati di alcuni

indicatori stabiliti;

- i direttori degli uffici sia centrali che periferici, potranno:
 - utilizzare dei report predefiniti, aggiornandoli direttamente in funzione delle loro specifiche esigenze;
 - effettuare analisi interattive libere, allorché le loro richieste non sono definite a priori: in questo secondo caso essi avranno la possibilità di procedere nell'analisi e di formulare nuove query in funzione dei risultati ottenuti;
- l'ufficio Studi e quello di Statistica, oltre alle analisi di tipo OLAP (On Line Analytical Processing), potranno effettuare, attraverso tecniche e strumenti di data mining, analisi ed esplorazioni del patrimonio informativo alla ricerca di correlazioni nascoste tra i dati.
- gli utenti generici potranno accedere a report predefiniti di dati destinati alla pubblicazione sul Portale Web.

Qui di seguito è riportato il modello tecnico – funzionale su cui si baserà il S.I.D.A.P.

STRUTTURA DEL DATA WAREHOUSE



Stato di attuazione

Il progetto è in fase di realizzazione e dovrebbe concludersi entro il 2007.

4. LE PROBLEMATICHE ORGANIZZATIVE

4.1 - L'importanza del fattore umano nel processo di informatizzazione.

È noto che il successo o l'insuccesso di un sistema informativo dipende in larga misura dall'atteggiamento che assumono nei suoi confronti le persone che a vario titolo sono interessate ad esso. Può

infatti succedere che sistemi ben progettati e realizzati incontrino notevoli difficoltà ad essere utilizzati, mentre altri, che, sulla carta possono apparire mediocri, riescono invece ad incontrare il favore dei destinatari. Ciò dipende molto dal ruolo e dal diverso atteggiamento che possono assumere le persone a contatto diretto col sistema, e cioè gli utenti ai vari livelli e gli esperti informatici, che nel processo di informatizzazione costituiscono appunto il fattore umano.

In effetti, quest'ultimo può rappresentare, in alcuni casi, un condizionamento ed un vincolo sia in fase di realizzazione sia in fase di utilizzo, allorché il sistema è disponibile ed è possibile sfruttarne le capacità.

In generale, le motivazioni che stanno alla base di tali situazioni sono rappresentate da:

- il timore che il nuovo sistema metta in pericolo gli status acquisiti;
- il senso di frustrazione causato dalle modalità di lavoro imposte dal nuovo sistema;
- un generico senso di insoddisfazione del personale per la propria condizione lavorativa;
- le difficoltà ad apprendere e ad utilizzare le procedure automatizzate.

Questi aspetti si riscontrano essenzialmente nel personale operativo, mentre per la dirigenza le motivazioni sono di altra natura e riguardano in particolare:

- talvolta il disinteresse ed altre volte la non consapevolezza delle potenzialità delle tecnologie dell'informazione a supporto dell'attività decisionale e del controllo;
- la frequente tendenza a richiedere soluzioni immediate e quindi a privilegiare applicazioni informatiche di tipo settoriale, che automatizzano una parte del processo di servizio, piuttosto che applicazioni verticali in grado di coprire tutto il processo.

Queste difficoltà si superano, generalmente, con interventi formativi atti a far comprendere il ruolo ed il giusto impiego del sistema di automazione e l'importanza di poter avere a disposizione le informazioni necessarie per le decisioni di competenza.

Non può essere comunque trascurata la politica per la valorizzazione del personale tecnico impiegato nel settore informatico per avere e mantenere un contingente di specialisti adeguato e idoneo a garantire il governo ed il funzionamento del sistema informativo senza dipendere totalmente da ditte esterne.

Nel panorama della Giustizia, l'Amministrazione Penitenziaria è quella che, fin dall'inizio dell'avvento dell'informatica al suo

interno (1970), ha sempre avuto un proprio contingente di personale tecnico, col quale ha provveduto autonomamente al governo ed alla gestione del sistema informativo, facendo ricorso ad apporti professionali esterni per servizi circoscritti e determinati nel tempo.

Questa scelta intelligente dell'Amministrazione deve essere sorretta da una politica di gestione delle competenze, idonea a valorizzare e ad incrementare un patrimonio di professionalità e di esperienza, costituitosi negli anni, e dalla disponibilità di incentivi adeguati a garantire la stabilità e la permanenza di un organico di personale tecnico, professionalmente valido e numericamente adeguato.

4.2 - L'Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo: ruolo, collocazione organizzativa, struttura funzionale, personale addetto.

4.2.1 Ruolo e collocazione organizzativa

In base al D.M. 22.1.2002 l'Ufficio per lo sviluppo e la gestione del Sistema Informativo ha il compito di:

- provvedere allo sviluppo ed alla gestione del sistema informativo automatizzato;
- applicare le tecnologie informatiche in tutti i processi di servizio dell'Amministrazione;
- provvedere alla raccolta, alla elaborazione ed alla distribuzione dei dati a fini informativi, statistici o di supporto direzionale;
- gestire i sistemi di elaborazione e le applicazioni in esercizio;
- curare tutti i progetti di sviluppo in atto.

Nella struttura organizzativa del Dipartimento, l'Ufficio per lo Sviluppo e la Gestione del Sistema Informativo Automatizzato è un Ufficio dirigenziale di livello non generale, collocato nell'Ufficio del Capo del Dipartimento come Ufficio di staff.

Ad esso è proposto un dirigente dell'area informatica, che dipende gerarchicamente ed organicamente dal Capo del Dipartimento e funzionalmente dal Direttore Generale dei Sistemi Informativi Automatizzati del Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria

Col D.P.R. n. 55/2001 è stata, infatti, istituita presso il Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria, la Direzione Generale dei Sistemi Informativi Automatizzati (D.G.S.I.A.), che viene identificata, sostanzialmente, come il Centro di Responsabilità dell'applicazione.

cazione dell'informatica in tutti i settori della Giustizia, incluso il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, nonché Unità Previsionale di base per la spesa per l'informatica.

Il D.A.P., pertanto, dipende dal Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria sia per gli interventi di informatizzazione che per la gestione dei fondi destinati all'informatica.

La D.G.S.I.A. amministra i capitoli di bilancio destinati alla spesa informatica, compreso quello relativo alle spese per il funzionamento del sistema informativo penitenziario, come Centro Unificato di spesa.

Il dirigente responsabile dell'Ufficio per lo Sviluppo e la Gestione del Sistema Informativo Automatizzato del DAP, pur godendo di un certo livello di autonomia tecnica, non dispone di una sfera di autonomia amministrativa propria a fronte di un determinato budget, ma viene delegato di volta in volta dal Direttore Generale per i Sistemi Informativi Automatizzati per ogni singolo contratto che occorre stipulare.

Questo assetto organizzativo costituisce un'eccezione rispetto al quadro normativo generale (D.L.vo n°300/1999), che attribuisce ai Dipartimenti la titolarità delle risorse e la responsabilità del loro impiego. Ed è un'eccezione di non poco conto, poiché tra le risorse strumentali, le tecnologie informatiche sono ormai fondamentali proprio per il conseguimento dei fini istituzionali di ciascuna organizzazione.

Di qui l'opportunità di garantire al D.A.P. il giusto livello di autonomia nella gestione delle risorse informatiche, così come avviene per il personale, per l'edilizia e le altre risorse strumentali. D'altra parte, il sistema informativo penitenziario si è sviluppato su architetture tecnologiche ed applicative totalmente diverse rispetto al sistema giudiziario (con cui condivide solo la rete di telecomunicazioni) ed ha raggiunto una tale complessità da richiedere, necessariamente, oltre ad un livello di autonomia adeguato ai compiti svolti ed ai servizi erogati, la valorizzazione della struttura organizzativa preposta al suo sviluppo ed alla sua gestione.

4.2.2 La struttura organizzativa e funzionale

L'ufficio per lo Sviluppo e la Gestione del Sistema Informativo Automatizzato è suddiviso in sezioni corrispondenti a specifiche aree funzionali che caratterizzano e definiscono la sua struttura organizzativa:

- la pianificazione tecnica, operativa e logistica delle attività e delle risorse;
- lo sviluppo e la manutenzione del software applicativo;

- la conduzione operativa dei sistemi e delle reti;
- la gestione delle banche dati e la protezione delle informazioni;
- il supporto tecnico, applicativo ed informativo all'utenza, sia interna che esterna all'Amministrazione Penitenziaria;
- il monitoraggio, la raccolta e la elaborazione dei dati;
- l'amministrazione e la contabilità delle risorse hardware e software.

Si tratta di una struttura organizzata per processi, modellata in funzione dei servizi da produrre e da erogare ad una vasta platea di utenti, che, per lo sviluppo e la complessità raggiunti dal sistema informativo penitenziario e l'ampiezza delle sue aree di intervento, dovrebbe essere integrata, funzionalmente, anche da strutture territoriali, presso i Provveditorati Regionali, per assicurare all'utenza i necessari servizi di assistenza e di supporto locale.

In questo quadro, la direzione dell'ufficio si configura come incarico gravoso e complesso, che richiede, oltre ad una specifica professionalità tecnica, capacità manageriale, conoscenza amministrativa e capacità di relazione.

4.2.3 Il personale addetto

Il contingente di personale addetto all'Ufficio per lo Sviluppo e la Gestione del Sistema Informativo Automatizzato è costituito da N. 100 Unità, così suddivise:

N. 1 dirigente dell'area informatica;

N. 43 esperti informatici, di cui:

esperti informatici	C3	n. 5
esperti informatici	C2	n. 7
esperti Informatici	C1	n. 10
esperti Informatici	B	n. 21

N. 3 esperti statistici;

N. 8 unità con profilo amministrativo;

N. 47 unità di polizia penitenziaria, suddivise, a loro volta, in:
 unità che svolgono mansioni informatiche: n. 24
 unità adibite a compiti amministrativi o di supporto: n. 23

4.3 Le risorse finanziarie

Si è accennato in premessa che uno dei vincoli principali che condizionano o ritardano il processo di informatizzazione dell'Amministrazione Penitenziaria è la scarsità delle risorse finanziarie messe a sua disposizione. Negli ultimi dodici anni si è verificata una evidente differenza di impiego di fondi fra settore giudiziario e settore penitenziario, come risulta efficacemente dalla tabella che segue, che riporta gli

Stanzamenti preventivi di bilancio con relativo assestamento destinati alla spesa informatica presso il Ministero della Giustizia

Periodo	Altri Dipartimenti (*)	%	D.A.P.	%	Totale
1994-2006	1.669.102.811	92	143.489.342	8	1.812.592.153

Nota

(*) Centri di responsabilità DAG - DOG - DGM - Archivi Notarili

Questa situazione deriva da una serie di fattori, come i tagli di bilancio degli ultimi anni, l'assetto organizzativo sopra esposto, che ha influito sulla ripartizione delle risorse, ma anche la mancata destinazione, nel Bilancio, di un capitolo specifico per spese di investimento in materia informatica, esclusivo per il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, come previsto per le spese di funzionamento.

5. - CONCLUSIONI E PROPOSTE OPERATIVE

Col presente resoconto si è voluto dare, da un lato, un quadro d'insieme sullo stato dell'arte del processo di informatizzazione dei servizi penitenziari e sugli sviluppi possibili a breve termine; dall'altro, contribuire a creare, negli organi decisionali dell'Amministrazione, la piena consapevolezza circa:

- l'importanza del ruolo che le tecnologie dell'informazione, se correttamente impiegate, oggi giocano sia per il conseguimento dei fini istituzionali, dando così piena efficacia all'azione amministrativa, sia nell'assicurare efficienza, economicità, trasparenza nella gestione delle risorse;

- il fatto che il sistema informativo automatizzato operante in ambito penitenziario non è, né può essere considerato, una *strut-*

tura di puro supporto tecnico per l'applicazione delle tecnologie informatiche, alla quale si ricorre per far fronte alle difficoltà operative di alcuni settori dell'Amministrazione o alle emergenze che di tanto in tanto si presentano, al di fuori di un disegno progettuale complessivo, ma può essere invece, a certe condizioni, una leva decisiva per l'evoluzione e la crescita dell'Amministrazione;

- le problematiche organizzative connesse ai processi di informatizzazione e la necessità di azioni specifiche tese a rimuoverle.

L'Amministrazione dovrebbe prendere atto di tutti questi aspetti e garantire ogni utile supporto a strutture fortemente impegnate per raggiungere obiettivi che, per l'Amministrazione, hanno valenza strategica.

I criteri generali di impostazione e le scelte tecnico-applicative di realizzazione dei progetti sopradescritti si basano, infatti, su:

- *un approccio sistemico al problema della informatizzazione;*
- *una visione unitaria ed integrata dei processi che fanno capo all'Amministrazione;*
- *un'architettura aperta modulare e tecnologicamente avanzata, che consente una realizzazione graduale, con moduli funzionali, indipendenti ma integrati tra loro, e la scalabilità tecnico-funzionale nel tempo e nelle funzionalità.*

I progetti stessi rappresentano, perciò, una base solida per una completa ed organica informatizzazione dei servizi penitenziari, anche se molto ancora resta da fare. In particolare occorre:

sul piano tecnico-applicativo

- completare gli interventi per il completo ed integrale utilizzo di SIAP/AFIS anche negli U.E.P.E;
- attivare il servizio di consultazione on-line (c.d. Sidet Web) per tutti gli Uffici Giudiziari e le Forze di Polizia;
- attivare il nuovo Portale dell'Amministrazione come unico punto di accesso ai servizi informatici;
- attivare l'uso generalizzato di SIGP e dei Turni di Servizio per la gestione del personale di polizia penitenziaria;
- attivare l'uso generalizzato di SI.CEAP. per la gestione economico-analitica e patrimoniale;
- avviare (e finanziare) operativamente il progetto per la Banca Dati del patrimonio edilizio;
- realizzare la diffusione, sul territorio nazionale, del protocollo informatico e del sistema di gestione documentale, completo di posta certificata e di firma digitale;
- dotare di nuove postazioni di lavoro (circa 2.000) gli istituti e servizi penitenziari.

Sul piano organizzativo

- definire una strategia complessiva di sviluppo dell'informatizzazione dei servizi;
- adeguare l'assetto organizzativo dell'informatica, descritto in precedenza, per assicurare al DAP il giusto livello di autonomia tecnica ed amministrativa ;
- definire un piano di formazione del personale coerente con la strategia di sviluppo;
- dar corso alla costituzione dei Presidi Informatici Regionali;
- assegnare all'Ufficio per lo Sviluppo e la Gestione del Sistema Informativo Automatizzato il personale con profilo informatico operante in uffici amministrativi e creare le condizioni per poter valorizzare il personale più qualificato.

Sul piano finanziario

- adeguare il budget sul cap. 1751, assolutamente insufficiente a far fronte alle spese di funzionamento del sistema;
- costituire, per l'Amministrazione Penitenziaria, uno specifico capitolo destinato alle spese di investimento.

**LA SOSPENSIONE CONDIZIONATA
DELLA PARTE FINALE DELLA PENA
(L. 207/03) ANCHE ALLA LUCE DELLA SENTENZA
DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 255/06**

EUGENIO RUBOLINO*

**Corte Costituzionale, sent. n. 255,
21 giugno 2006 – 04 luglio 2006
Pres. Marini – Rel. Finocchiaro**

È costituzionalmente illegittimo l'art. 1, comma 1, della legge 1° agosto 2003, n. 207 (Sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni), nella parte in cui non prevede che il giudice di sorveglianza subordini la concessione al condannato della sospensione condizionata della esecuzione della pena residua ad un giudizio di meritevolezza, negandola se ritiene il beneficio non adeguato alle finalità previste dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione. La norma censurata, infatti, nel disporre, a seguito della modifica intervenuta per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 278 del 2005, che la sospensione condizionata degli ultimi due anni della pena detentiva sia concessa - ricorrendo requisiti quali la non recidività o il non esser stati condannati per determinati reati - in maniera automatica, a prescindere da un giudizio di meritevolezza operato dal magistrato di sorveglianza, si pone in contrasto sia con il principio di uguaglianza, omologando, senza alcuna giustificazione, situazioni fra loro diverse, sia con la funzione rieducativa della pena, posto che la concessione del beneficio, non correlata alla positiva valutazione del trattamento penitenziario, compromette i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena.

* * *

A) Cenni introduttivi e natura giuridica alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale con sentenza n. 255/06.

Nell'ambito degli istituti oggetto di questa trattazione si è giunti, con l'esame della sospensione condizionata della pena, c.d. indultino, ad affrontare quello che meglio di ogni altro doveva

* Magistrato

rappresentare, nelle intenzioni del legislatore, lo strumento volto a risolvere l'annoso problema del sovraffollamento delle carceri.

La legge 1 agosto 2003 n. 207 ha introdotto nel sistema dell'esecuzione penale un'inedita misura, subito ribattezzata indultino, che ha sollevato un ampio dibattito in dottrina per la sua equivoca natura giuridica, da cui la difficoltà di un corretto inquadramento sistematico ed *impasse* in giurisprudenza, in fase applicativa, per le notevoli difficoltà dovute alla non ineccepibile qualità del testo di legge.

Il tutto è sicuramente riconducibile alla difficoltà incontrata dal legislatore nel dover individuare una soluzione di compromesso tra l'esigenza di migliorare le condizioni di vita in carcere con un provvedimento deflattivo da un lato e l'opposta esigenza di salvaguardare la sicurezza dei cittadini dall'altro.

A questo si aggiunge la necessità di realizzare l'obiettivo evitando di ricorrere ad un formale provvedimento di indulto che avrebbe richiesto maggioranze parlamentari qualificate.

Per quanto attiene alle difficoltà di un inquadramento sistematico si ricorda un iniziale orientamento in dottrina che riconduceva l'istituto in esame al *genus* delle misure alternative alla detenzione nella forma di un affidamento in prova al servizio sociale *sui generis*, e questo per i numerosi richiami nella l. 207/03 all'art. 47 o.p., con particolare riferimento al comma 5 del citato articolo relativo alle prescrizioni, all'art. 51 bis e 51 ter o.p..

Altri in dottrina propendevano per l'assimilazione all'indulto individuando quali elementi di analogia:

la tendenziale automaticità della concessione, in mancanza di alcun apprezzamento discrezionale da parte del magistrato di sorveglianza in ordine alla meritevolezza del beneficio ed alla sua idoneità rieducativa;

la disciplina della revoca a causa della commissione di un delitto non colposo entro il termine previsto dalla legge e l'estinzione della pena in caso di esito positivo.

L'indultino, secondo altro orientamento, costituirebbe una fattispecie atipica di sospensione dell'esecuzione penale quale espressione della volontà dello Stato di rinunciare all'esercizio della pretesa punitiva, in determinate condizioni. A questa tesi è facile obiettare che qualora il legislatore avesse voluto perseguire la strada sopra indicata avrebbe dovuto seguire il procedimento legislativo di cui all'art. 79 Cost. previsto per amnistia ed indulto con la previsione di una maggioranza qualificata (due terzi dei componenti di ciascuna Camera).

Infine l'indultino, data l'impossibilità di ricondurlo nell'alveo

di istituti già noti e tipici, potrebbe essere definito quale un *tertium genus* e cioè una forma autonoma di esecuzione della pena (sembra infatti del tutto inappropriato il *nomen* "sospensione" per le caratteristiche dell'istituto che saranno esaminate nel prosieguo) che ha in sé forti analogie con l'affidamento in prova al servizio sociale e qualche aspetto, oltre il nome attribuitogli nella prassi, con l'indulto (nel senso del *tertium genus* v. Fiorentin-Marcheselli in *Ordinamento Penitenziario*, Utet, pag. 273).

Un ruolo decisivo nella determinazione della natura dell'istituto deve certamente riconoscersi alla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 255/06 del 21-6-2006, depositata il 4-7-2006 (Presidente Marini, Redattore Finocchiaro).

La Corte, infatti, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 1 comma 1 della legge 207/03 "nella parte in cui non prevede che il giudice di sorveglianza possa negare la sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva al condannato quando ritiene il beneficio non adeguato alle finalità previste dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione."

Questa dirompente pronuncia, nell'allontanare definitivamente l'istituto dall'alveo dei provvedimenti clemenziali, introduce, ai fini della concessione del beneficio in questione, un doveroso giudizio discrezionale del magistrato di sorveglianza nel quale dovrà essere valutata in concreto la meritevolezza o meno del beneficio sulla falsariga dei giudizi espressi ordinariamente dalla magistratura di sorveglianza in ordine all'ammissione a misure alternative.

In particolare nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, scaturita in un procedimento nel quale veniva richiesto l'indultino da soggetto reduce da una recente revoca di misura alternativa per gravi violazioni, "il magistrato di sorveglianza di Venezia dubita della legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 1° agosto 2003, n. 207 (Sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni), nella parte in cui, al ricorrere dei requisiti di cui all'art. 1, obbliga il magistrato di sorveglianza a concedere il beneficio della sospensione condizionata della pena anche nel caso in cui ritenga il condannato immeritevole di tale beneficio:

per violazione dell'art. 3 della Costituzione, per l'irragionevolezza di un sistema basato su un automatismo che, a fronte di determinati comportamenti del condannato, tali da determinare la revoca di una misura alternativa e la preclusione per un certo tempo di determinati benefici, al contempo gli consenta, in presenza di requisiti formali, di accedere a un beneficio più ampio

di quello appena dimostratosi inidoneo, senza che possa essere in alcun modo valutato quello stesso comportamento precedentemente sanzionato con la revoca;

per violazione dell'art. 27, terzo comma, della Costituzione, perché, ponendosi in contrasto con i principi del finalismo rieducativo della pena, dell'individualizzazione del trattamento e della progressività trattamentale, la pena non avrebbe alcuna funzione rieducativa o preventiva, non disponendo il giudice di sorveglianza di alcun potere di apprezzamento discrezionale sulla concessione del beneficio;

per violazione dell'art. 79, primo comma, della Costituzione, in quanto la norma in questione, pur prevedendo nella sostanza un indulto (perché attribuisce il beneficio della sospensione della pena indistintamente a tutti, purché ricorrano determinate condizioni e purché siano osservate determinate prescrizioni), non è stata deliberata con le relative forme previste dalla Costituzione, ovvero sia a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale;

per violazione, infine, dell'art. 102 della Costituzione, perché il denunciato automatismo, che impone al giudice l'obbligo di ammettere una persona condannata a una pena detentiva legalmente inflitta a un ampio beneficio extramurario previa la mera verifica della sussistenza dei requisiti previsti dalla legge, senza alcuna valutazione di merito, priva l'attività del giudice chiamato a decidere sull'istanza di qualsivoglia contenuto giurisdizionale".

La sentenza in esame, nell'accogliere la questione di illegittimità costituzionale, precisa che "Questa Corte, con giurisprudenza costante, ha affermato il principio secondo cui la tipizzazione per titoli di reato non è lo strumento più idoneo per realizzare appieno i principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario (sentenze n. 445 del 1997; n. 504 del 1995; n. 306 del 1993) e che a loro volta discendono dagli artt. 27, primo e terzo comma, e 3 della Costituzione (sentenze n. 203 del 1991 e n. 50 del 1980), nel senso che eguaglianza di fronte alla pena significa proporzione della medesima alle personali responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguono (sentenze n. 349 del 1993 e n. 299 del 1992).

Per l'attuazione di tali principi, ed in funzione della risocializzazione del reo, è necessario assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena (sentenze n. 445 del 1997 e 306 del 1993) e, conseguentemente, un potere discrezionale al magistrato di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari (sentenza n. 504 del 1995).

È del tutto evidente, infatti, che la generalizzata applicazione del trattamento di favore previsto dalla disposizione censurata, nell'assegnare un identico beneficio a condannati che presentino fra loro differenti stadi di percorso di risocializzazione, compromette, ad un tempo, non soltanto il principio di uguaglianza, finendo per omologare fra loro, senza alcuna plausibile *ratio*, situazioni diverse, ma anche la stessa funzione rieducativa della pena, posto che il riconoscimento di un beneficio penitenziario che non risulti correlato alla positiva evoluzione del trattamento, compromette inevitabilmente l'essenza stessa della progressività, che costituisce il tratto saliente dell'*iter* riabilitativo.

L'automatismo che si rinviene nella norma denunciata è sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena come precisati dalla richiamata giurisprudenza e va, pertanto, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 1° agosto 2003, n. 207, in riferimento agli articoli 3 e 27, terzo comma, della Costituzione, nella parte in cui non prevede che il giudice di sorveglianza possa negare la sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva al condannato quando ritiene il beneficio non adeguato alle finalità previste dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione.

L'accoglimento della questione di costituzionalità in riferimento ai rilevati parametri comporta l'assorbimento delle ulteriori censure".

Per effetto della sentenza della Corte Costituzionale appena esaminata è ormai da ritenere pacifica una quasi completa equiparazione tra la più ampia delle misure alternative (l'affidamento in prova al servizio sociale) e l'istituto in esame.

B) Requisiti per l'ammissibilità al beneficio, condizioni ostative ed ambito di applicazione della legge in esame.

Dalla lettura dell'art. 1 comma 1 L. 207/03 emerge la fondamentale caratteristica dell'istituto, ravvisabile nella doverosità della concessione del beneficio, in assenza di ogni tipo di valutazione discrezionale da parte del magistrato di sorveglianza competente, purchè sussistano le condizioni formali previste dalla legge.

Recita infatti l'art. 1 comma 1: "nei confronti del condannato che ha scontato almeno metà della pena detentiva è sospesa per la parte residua la pena nel limite di due anni...".

Inequivocabile pertanto il sostanziale automatismo nella concessione e l'estraneità dell'istituto dal novero delle misure alternative nelle quali invece è pregnante, in ossequio al principio

rieducativo di cui all'art. 27 Cost., un giudizio discrezionale da parte della magistratura di sorveglianza che tenga conto sia dei progressi intervenuti nella rieducazione sia dei profili inerenti alla pericolosità sociale del soggetto.

Per quanto attiene ai requisiti formali previsti dalla legge e la cui sussistenza deve essere verificata dal magistrato, essi sono:

una pena detentiva che nel residuo non superi i due anni;

l'avvenuta espiazione di almeno metà della pena.

Tra le cause ostative all'ammissione al beneficio abbiamo:

la precedente fruizione dello stesso beneficio ai sensi della stessa legge;

l'esecuzione di una pena per reati c.d. ostativi. Limitazione questa resasi necessaria per garantire, nei limiti del possibile, la sicurezza con l'esclusione delle pene per reati più gravi e di maggiore allarme sociale (reati indicati dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, ovvero reati di cui agli articoli da 600 a 604 c.p.; reati di cui agli articoli 609 bis, 609 quater, 609 octies c.p.; reati di cui al già noto art. 4 bis o.p.);

l'intervenuta dichiarazione di delinquenza abituale, professionale o per tendenza;

la sottoposizione al regime di sorveglianza particolare ai sensi dell'art. 14 bis o.p. salvo il caso di accoglimento di reclamo ai sensi dell'art. 14 ter o.p.;

l'ammissione a misure alternative prevista dall'art. 1 comma 3 lettera d L. 207/03 (disposizione dichiarata incostituzionale con sentenza emessa in data 7-7-2005 dalla Corte Costituzionale n. 278/05 di cui si dirà in modo approfondito nel prosieguo);

la rinuncia dell'interessato.

Seguirà un esame più approfondito di quelle condizioni sopra elencate che più si sono prestate nella prassi a dubbie interpretazioni.

A tal proposito è necessario innanzitutto dire che non vi sono dubbi nel ricondurre nell'ambito del concetto di pena detentiva la pena dell'arresto e della reclusione in carcere con esclusione dell'ergastolo, ai fini dell'applicabilità dell'indultino, per l'impossibilità di calcolare la metà della pena ed il residuo contenuto nei due anni.

Inoltre l'indultino è sicuramente applicabile nei casi di semi-detenzione, data la natura detentiva della misura stessa (in questo senso v. Marcheselli in *Guida al Diritto* n. 33 del 30-8-2003 pag. 22).

Altre misure di sicuro carattere detentivo sono quelle della semilibertà, detenzione domiciliare ed arresti domiciliari c.d. esecutivi, di cui all'art. 656 comma 10 c.p.p. per le quali però, nella vigenza dell'ormai abrogato art. 1 comma 3 lettera d L. 207/03, era

posta in dubbio la possibilità di ammissione all'indultino per il loro carattere di misura alternativa;

problema oggi superato per effetto della citata sentenza della Corte Costituzionale, di cui si dirà più diffusamente in seguito, per cui allo stato non vi sono più dubbi in ordine alla possibilità di ammettere detenuti domiciliari e semiliberi al beneficio dell'indultino.

Per quanto attiene alle cause ostative viene in rilievo la lampante contraddizione tra quanto previsto, da un lato, dall'art. 1 comma 2 L. 207/03 secondo cui "la sospensione dell'esecuzione della pena può essere disposta una sola volta" e quanto previsto, da altro lato, dall'art. 2 comma 8 stessa legge, secondo cui "si osservano in quanto applicabili le disposizioni degli articoli 51 bis...".

Ne deriva, dall'esame congiunto delle due disposizioni, che la sospensione non può essere concessa una seconda volta (in caso di conclusione di una prima misura) ma che può comunque essere estesa a titoli sopravvenuti (in corso di esecuzione di un primo titolo) con conseguenze pratiche spesso paradossali e di dubbia costituzionalità.

Infatti, nella prassi sono frequenti i casi di prosecuzioni su nuovo titolo sopravvenuto, ai sensi dell'art. 51 bis o.p., sia chiaro sempre in presenza dei requisiti di legge (metà pena e residuo inferiore ad anni due), per cui per assurdo la sospensione della pena potrebbe durare molto più di due anni.

Sono però altrettanto frequenti anche i casi di inammissibilità dichiarata dal magistrato di sorveglianza nei confronti di soggetto nei cui confronti sopraggiunga un nuovo titolo subito dopo la cessazione della misura precedentemente concessa (magari per pene di breve durata e per reati datati nel tempo), in applicazione del divieto, sopra citato, di concessione del beneficio per più di una volta.

Nell'esempio citato è lampante l'effetto distorsivo derivante dall'applicazione delle disposizioni richiamate, dipendendo esclusivamente da fattori casuali che esulano completamente da profili di meritevolezza (il momento di sopravvenienza di nuovi titoli) la nuova ammissione o meno al beneficio, tanto che già nell'immediatezza dell'entrata in vigore della legge in esame venivano sollevati da autorevole dottrina (Marcheselli in *Guida al Diritto* n. 33 del 30-8-2003, pag. 24) seri dubbi di costituzionalità, per violazione dell'art. 3 e 27 della Costituzione.

Altra questione che appassiona il dibattito in dottrina e giurisprudenza attiene alla problematica che scaturisce dalle ipotesi, piuttosto frequenti nella prassi, di condannati in espiazione di pena

per reati c.d. ostativi (per i quali non può essere concesso il beneficio) e reati comuni contenuti in un unico titolo esecutivo (c.d. cumulo di pene).

Trattasi del noto problema dello scioglimento del cumulo, già affrontato in passato e risolto positivamente con riferimento ai benefici penitenziari (permessi premio e misure alternative), per effetto del quale la parte di pena già espiata verrebbe imputata al reato ostativo consentendo, nel nostro caso, di superare lo scoglio dell'inammissibilità di cui all'art. 1 comma 3 lettera a della L. 207/03.

Si è già accennato che, con riferimento ai benefici tradizionali, è ormai pacifica l'ammissibilità di tale operazione, da compiersi in via incidentale, da parte della magistratura di sorveglianza.

In questo senso, limitatamente ai permessi e misure alternative, è infatti ormai pacifico l'orientamento della Suprema Corte (Cass. Sez.1 n. 11320, del 12-4-1999, Grassi) che in sostanza ha recepito il messaggio contenuto nella illuminante sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale n. 361/94.

Il principio affermato è quello secondo cui essendo il cumulo delle pene un istituto a favore del condannato, ne è ammesso lo scioglimento ogni volta che l'unitarietà della pena produca effetti sfavorevoli per il reo con conseguente possibilità di prendere in esame le singole condanne ed imputare la pena già espiata ai reati ostativi all'accesso ai benefici. Stesso ragionamento ha seguito poi la Corte di Cassazione nell'affrontare il problema del reato continuato (Cass. SS.UU. 30-6-1999, n.14, Ronga).

Per quanto attiene, invece, al beneficio dell'indultino si registra un opposto orientamento della Suprema Corte (Cass. Sez. I, 23-9-2004, n. 3543), in disarmonia con il prevalente corso giurisprudenziale sopra citato.

La citata sentenza, che non appare condivisibile e nella prassi è disattesa dalla giurisprudenza di merito, stabilisce, nel non consentire lo scioglimento del cumulo, che con la legge 207/03 il legislatore avrebbe preso in considerazione determinate condizioni o situazioni soggettive sintomatiche, in sé, di pericolosità sociale.

Così ragionando, con la citata sentenza, la Suprema Corte avrebbe avallato la rilevanza di figure di pericolosità sociale presunta ex lege in contrasto con la costante giurisprudenza costituzionale (in questo senso anche Fiorentin-Marcheselli, *op. cit.* pag. 280).

Infine, appare opportuno soffermarsi sulle vicende relative all'altra causa ostativa prevista dall'art. 1 comma 3 lettera d) della legge n. 207/03 laddove si prevedeva il divieto di concessione del

beneficio "quando la persona condannata è stata ammessa alle misure alternative alla detenzione".

Si è già accennato alla pronuncia della Corte Costituzionale con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità della norma citata per cui si rende necessario in questa sede un approfondimento.

La norma, per come era stata formulata, nell'escludere dall'ambito applicativo i soggetti ammessi a misure alternative, rispecchiava sicuramente le lodevoli intenzioni del legislatore che non erano certo volte a riservare un trattamento punitivo nei confronti dei soggetti ammessi a misure alternative (anche se poi di fatto è quello che si è verificato e da cui è scaturita la pronuncia del giudice delle leggi). L'intenzione del legislatore era infatti quella di cercare di risolvere l'annoso problema del sovraffollamento delle carceri.

In questa ottica, sarebbe stato del tutto inutile estendere il beneficio a chi, usufruendo di misure alternative, già non gravava più sulle strutture carcerarie (anche se comunque sarebbe stato necessario distinguere tra misure alternative detentive e non, e nell'ambito delle prime tra carcerarie, quale la semilibertà alla quale si sarebbe dovuto estendere il beneficio, e non carcerarie, quale la detenzione domiciliare estranea al beneficio).

La norma, nella pratica applicazione, si è però subito mostrata criticabile sotto il profilo della ragionevolezza per la inaccettabile disparità di trattamento che veniva a creare, con l'esclusione dei soggetti ammessi a misura alternativa, tra il condannato che in quanto meritevole era stato ammesso a misura alternativa ed il condannato che, o perché immeritevole o perché privo dei requisiti oggettivi non era stato ammesso alla fruizione di misure alternative, consentendo solo a quest'ultimo di ottenere la sospensione condizionata della pena e poi, in mancanza di commissione di ulteriori reati dolosi nei cinque anni, l'estinzione della pena stessa.

Precisa, infatti, la Corte Costituzionale (sentenza n. 278/05 del 7-7-2005), nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 1 comma 3 lettera d) della legge 207/03, che: "è bensì vero che rientra nella discrezionalità del legislatore modulare in vario modo i benefici da concedere ai condannati, con l'unico limite della non manifesta irragionevolezza, ma questo limite, nella specie, risulta violato, non potendo la circostanza dell'ammissione o meno a misure alternative alla detenzione costituire un discrimine per il godimento del c.d. indultino, e ciò soprattutto ove si tenga presente che di quest'ultimo verrebbero a godere condannati ritenuti non meritevoli di misure alternative e non anche quelli che sono stati giudicati meritevoli di tali misure".

Altro risultato aberrante e paradossale, cui portava l'applica-

zione del divieto ormai venuto meno, si verificava nei casi di diniego del beneficio a condannato in misura alternativa e concessione dello stesso a condannato reduce da revoca, anche per fatti colpevoli, di misura alternativa. Ciò era possibile perché trattavasi di soggetto non più in misura alternativa ed in assenza di un esplicito richiamo all'art. 58 *quater* o.p., che invece solo avrebbe potuto far scattare un divieto triennale di concessione del beneficio in caso di revoca di misura alternativa.

In questi casi v'è tuttavia da dire che, per evitare decisioni abnormi, la prevalente giurisprudenza di merito non concedeva l'indultino a soggetti destinatari di revoca di misura alternativa con un'interpretazione letterale della legge "sono stati ammessi a misure alternative" facendo quindi riferimento al fatto storico dell'essere stati ammessi comunque in passato a misure alternative.

Ma anche in questo caso si rischiava di commettere ingiustizie ponendo sullo stesso piano soggetti non più in misura alternativa per fatti colpevoli e soggetti che avevano cessato la misura per fatti non colpevoli.

Non resta pertanto che salutare con entusiasmo l'intervento della Corte Costituzionale per il contributo offerto nel rendere più uniformi e meno cervellotiche le decisioni dei giudici di merito e di legittimità sul punto.

Allo stato, in disaccordo con parte della giurisprudenza di merito ancora attiva e della giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. I, 28-10-2004, n. 42273, Fabrizi), non sembra, tanto più alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale appena esaminata, assolutamente negabile l'indultino ai condannati che abbiano subito, nel corso sia pure della stessa esecuzione penale, la revoca, anche colpevole, della misura alternativa alla detenzione.

La soluzione indicata sembra obbligata sia perché non potrebbe farsi luogo ad un'estensione analogica *in malam partem* dell'art. 58 *quater*, in quanto non richiamato nella legge 207/03, sia perché non potrebbe più farsi riferimento alla precedente ammissione a misura alternativa, quale fatto storico, essendo venuto meno in blocco il divieto di ammissione all'indultino per soggetti già ammessi a misure alternative.

Venendo, infine, all'ambito di applicazione della legge n. 207/03 l'art. 7 stabilisce che: "le disposizioni della presente legge si applicano nei confronti dei condannati in stato di detenzione ovvero in attesa di esecuzione della pena alla data di entrata in vigore della medesima". Da una prima lettura sembrava dovesse esaurirsi in tempi brevi l'applicazione del beneficio. Un esame più attento e la prassi che vede tuttora impegnati gli uffici di

sorveglianza smentisce la prima impressione.

Infatti, l'indultino non si applica solo a coloro che relizzavano le condizioni di legge (metà pena; residuo contenuto in due anni; assenza di reati ostativi etc.) al momento di entrata in vigore della legge (i requisiti richiesti all'entrata in vigore della legge erano solo, alternativamente, l'espiazione in detenzione o l'attesa di esecuzione su un titolo già definitivo) ma anche a coloro che le realizzeranno in futuro.

Altro aspetto dibattuto, ma risolto in senso favorevole dalla giurisprudenza di merito e legittimità, attiene, sempre in ordine all'ambito applicativo della legge, alla possibilità o meno di concedere il beneficio in caso di concorrenza tra titolo definitivo (per il quale si chiede il beneficio) e misura cautelare. Sul punto la giurisprudenza della Cassazione è pacifica nell'ammettere la possibilità di concessione della misura alternativa (e per analogia può dirsi dell'indultino) a colui che per altra causa sia destinatario di misura cautelare una volta valutata in concreto la compatibilità tra l'una misura e l'altra (Cass. Sez. I del 19-12-2002, n. 43226, De Tommaso).

La ratio è in sostanza la stessa sottesa alla non necessarietà della revoca di misure alternative in caso di sopravvenienza di misura cautelare, dovendosi valutare di volta in volta, da parte del giudice di merito, la compatibilità e l'opportunità della prosecuzione della misura alternativa con esclusione di meccanismi automatici di diniego del beneficio o di revoca di beneficio già in corso.

C) Procedimento per la concessione del beneficio e contenuti della misura. Eventuale revoca del beneficio: presupposti e competenza.

In apertura si è già sottolineata la natura ibrida dell'istituto in esame per cui lo stesso presenta, possiamo dire, nella sua fase genetica caratteristiche che lo assimilano a provvedimenti clemenziali ed in particolare all'indulto mentre nella sua fase esecutiva caratteristiche che inducono a confonderlo con la più ampia delle misure alternative, l'affidamento in prova al servizio sociale.

Invero, l'adozione del provvedimento, di competenza del magistrato di sorveglianza competente sull'istituto di pena per i detenuti, individuato ai sensi dell'art. 677 c.p.p. per i soggetti in attesa di esecuzione, avviene in modo del tutto automatico, senza alcuna valutazione discrezionale da parte dell'A.G. (almeno fino all'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 255/06 del 21-6-2006, depositata il 4-7-2006, di cui si è detto diffusamente nel trattare della natura giuridica dell'istituto).

Il magistrato deve solo verificare la sussistenza di tutte le condizioni formali previste dalla legge e sopra esaminate.

Unica attività istruttoria compiuta dagli uffici, con conseguente valutazione discrezionale, attiene alla verifica della idoneità del luogo di dimora indicato, come previsto dall'art. 4 comma 1 lettera b) L. 207/03, cui può seguire in caso di verifica negativa il rigetto dell'istanza.

Resta comunque salva la possibilità per l'interessato di reiterare l'istanza con indicazione di diverso luogo di dimora essendo le decisioni della magistratura di sorveglianza valide "*rebus sic stantibus*" e pertanto sempre rivedibili con la prospettazione di nuovi elementi.

Il magistrato provvede con ordinanza emessa in camera di consiglio senza la presenza delle parti e senza il parere del PM (in buona sostanza come se decidesse un permesso premio) e la decisione, in assenza di contraddittorio, è immediatamente esecutiva.

Avverso la decisione del magistrato di sorveglianza è consentita l'impugnazione del PM, dell'interessato o del difensore entro dieci giorni dalla comunicazione o notificazione.

L'organo competente a decidere sull'impugnazione è il tribunale di sorveglianza nel cui distretto si trova il magistrato che ha adottato il provvedimento, con il rito previsto per il procedimento di sorveglianza di cui all'art. 678 c.p.p..

L'esame dei contenuti della misura fa propendere, come già anticipato, per un accostamento all'affidamento in prova al servizio sociale alla cui base però, per le considerazioni appena svolte, manca alcun giudizio prognostico e di validità rieducativa (valutazione che invece sarà ora necessaria per effetto della sopraggiunta pronuncia della Corte Costituzionale, n. 255/06, sopra esaminata).

L'art. 4 della legge 207/03 è dedicato alle prescrizioni da introdursi nel provvedimento e delinea quindi il contenuto della misura stessa che, come vedremo, ben lungi dall'essere una sospensione si profila quale una forma alternativa di esecuzione (d'altronde il nome della legge è "sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva", lasciando quindi spazio, come in concreto fa, ad una esecuzione non detentiva).

Le due prescrizioni indefettibili e congiunte sono:

1) l'obbligo del condannato di presentarsi alla firma presso un ufficio di polizia indicato dal magistrato di sorveglianza il quale fissa i giorni di presentazione. Per quanto attiene agli orari gli stessi sono concordati tra forza di polizia ed interessato;

2) l'obbligo del condannato di non allontanarsi dal territorio del comune di dimora abituale o del luogo in cui svolge attività

lavorativa.

Segue il richiamo, in quanto compatibili, agli artt. 282 *bis* e 283 c.p.p. al fine di adottare cautele per evitare il rischio di commissione di ulteriori reati (con l'allontanamento dall'ambiente familiare in caso di pericolo di atti di violenza) e con la possibilità di limitare gli orari di uscita dal domicilio e gli allontanamenti dal territorio, compatibilmente con esigenze di alloggio e di lavoro.

Dall'esame delle norme restrittive richiamate, volte a limitare e controllare gli spostamenti del soggetto, emerge la preoccupazione del legislatore in ordine alla sicurezza dei cittadini.

L'art. 2 comma IV della legge 207/03 compie un richiamo, nei limiti dell'applicabilità, ai commi 5,6,7,8,9, e 10 dell'art. 47 o.p.

È prevista pertanto la redazione del verbale con prescrizioni relative ai rapporti con il CSSA, ora UEPE, relative alla dimora, alla libertà di locomozione, alle frequentazioni di locali, al lavoro. Nella fase esecutiva dovrebbe pertanto assumere un ruolo di direzione e controllo l'UEPE e di fatto nella prassi le prescrizioni adottate dagli uffici di sorveglianza ricalcano, quasi pedissequamente, quelle previste per l'affidamento in prova al servizio sociale.

L'esecuzione della misura può essere interrotta per effetto di sospensione e successivamente di revoca ai sensi dell'art. 51 *ter* o.p. in caso di violazione non giustificata delle prescrizioni, così come avviene in caso di procedimento di revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale. Allo stesso modo il tribunale di sorveglianza deve calcolare, in caso di revoca, la quantità di pena residua da espiare. Quindi potrà verificarsi una revoca retroattiva c.d. "*ex tunc*", per le violazioni più gravi, o irretroattiva, c.d. "*ex nunc*", per i casi meno gravi di violazione delle prescrizioni.

Altra ipotesi di revoca della misura si verifica in caso di sopravvenuta condanna irrevocabile per un delitto non colposo commesso entro cinque anni dall'applicazione della misura.

Il decorso del termine di cinque anni dall'applicazione della misura comporta, invece, l'estinzione della pena ed in questo caso, a differenza di quanto avviene per l'affidamento in prova al servizio sociale non è necessaria la declaratoria di cui all'art. 47 comma 12 o.p. da parte del tribunale di sorveglianza.

D) Conclusioni

La valutazione che si può esprimere in ordine alla riuscita della finalità, sicuramente encomiabile, perseguita dal legislatore ovvero la soluzione per il grave fenomeno del sovraffollamento carcerario, non può che essere negativa.

Le ragioni del fallimento, con la mancata realizzazione di quell'alleggerimento della popolazione detenuta che ci si aspettava, sono da ricondurre essenzialmente a due cause:

1) presenza di numerose condizioni formali richieste, sia in positivo che in negativo, che si traducono in insormontabili barriere per la concessione del beneficio (pena residua non superiore a due anni; metà pena espiata; esclusione delle pene per reati c.d. ostativi; esclusione degli stranieri non in regola con il permesso di soggiorno);

2) imposizione di numerose e rigide prescrizioni da rispettare per tutta la durata della pena residua, sospesa, per cui si assiste, nella prassi, a frequenti revocche dell'indultino, a causa delle perpetratozioni di violazioni delle prescrizioni, con conseguente ed inevitabile reingresso in carcere.

RECENSIONI
A CURA DI GIUSEPPE CAPOCCIA

SALVATORE ALEO, ALESSANDRO CENTONZE, ENRICO LANZA
LA RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO
Giuffrè, Milano, 2007

In questo lavoro di Salvatore Aleo, Alessandro Centonze ed Enrico Lanza viene affrontato il tema della responsabilità penale del medico, che costituisce argomento particolarmente controverso nella dottrina e nella giurisprudenza italiane per la difficoltà di definire parametri di attribuzione della colpevolezza del sanitario espressivi delle esigenze di certezza nelle vicende umane. In particolare, nel volume viene posta attenzione al problema della responsabilizzazione del medico per le diagnosi errate o per l'omissione delle terapie doverose in situazioni, peraltro, in cui la conoscenza dei nessi eziologici fra condotta umana ed evoluzione della patologia presenta margini di dubbio.

Le ragioni dell'interesse verso questo tema risiedono nelle difficoltà di conciliare le garanzie individuali della verifica giurisdizionale con la tutela delle persone offese da reati che suscitano particolare allarme sociale. Il merito principale di questo lavoro risiede proprio nella consapevolezza dell'importanza di questa irrisolta contrapposizione, che rende il tema della responsabilità penale del medico un momento di verifica nel dibattito sull'attualità e l'estensione del modello classico di diritto penale e sulle finalità delle scienze giuridiche.

In tale contesto, peculiare rilevanza deve essere attribuita alla prima parte curata da Salvatore Aleo, dedicata all'analisi delle teorie causali sulla responsabilità penale e al possibile contributo del metodo funzionalistico.

Il lavoro è espressione della consapevolezza circa il carattere multi-fattoriale dell'analisi medica contemporanea e della necessità di esaminare il processo di causazione di una patologia come conseguenza di una pluralità di fattori intervenienti. Soltanto un approccio metodologico multi-fattoriale, secondo gli Autori, consente di comprendere che, nella rete di cause di una malattia, raramente è isolabile il ruolo determinante di un unico elemento, con la conseguenza che la singola patologia ben difficilmente si può attribuire, in termini di certezza scientifica, a un fattore decisivo piuttosto che a un altro.

Questa difficoltà, a ben vedere, è la ragione delle oscillazioni caratterizzanti il percorso evolutivo della giurisprudenza di legittimità nell'ultimo trentennio, che, nella seconda parte dell'opera, è oggetto dell'analisi di Enrico Lanza, dalla sentenza Melis in avanti, con particolare attenzione alla sentenza Franzese, che ha portato all'affermazione secondo la quale la necessità di individuare il nesso di causalità per affermare la responsabilità penale del medico debba portare ad un giudizio espresso in termini non tanto di certezza oggettiva, storica e scientifica, quanto piuttosto di certezza processuale, che può essere raggiunta solo con l'utilizzo degli strumenti di analisi di cui il giudice dispone per le sue valutazioni probatorie.

Il giudizio di responsabilità penale del medico, in questa prospettiva, comporta la verifica circa l'idoneità del comportamento posto in essere dall'agente a impedire la realizzazione dell'evento patologico che si considera. Tale procedimento postula la valutazione del contesto professionale e ambientale nel quale si è verificata la degenerazione patologica, fondata sulle competenze del medico, sulla gravità della malattia riscontrata al paziente, sulla tempestività e sulla correttezza della diagnosi formulata, sul livello di organizzazione e di efficienza della struttura sanitaria in cui l'evento lesivo si è realizzato.

Nella terza parte del lavoro, infine, si affronta il problema dell'accertamento processuale della responsabilità penale del medico, partendo dalla presa di coscienza – scientifica prima ancora che giurisdizionale – che i processi eziologici delle attività umane – e delle stesse malattie – sono sempre più multi-fattoriali. Ciò determina l'impossibilità di circoscrivere cronologicamente l'origine delle disfunzioni patologiche, in ragione del fatto che non si è mai in grado di individuare il momento – o anche solo l'arco temporale – in cui ha avuto inizio il procedimento di degenerazione, che è il frutto di una successione di variabili evolutesi negli anni.

Queste considerazioni inducono Alessandro Centonze ad affermare che il problema dell'accertamento della responsabilità penale nell'esercizio delle professioni medico-chirurgiche non può che risolversi nell'individuazione delle relazioni esistenti tra l'evento patologico e il modello alternativo di comportamento doveroso imposto al medico dall'ordinamento giuridico, prescindendo dall'effettivo processo di causazione della malattia e dalle variabili interagenti nella sua patogenesi.

In questa prospettiva sistematica, in cui il profilo della diligenza appare prevalente, gli Autori si chiedono dell'opportunità di costruire il sistema della responsabilità del medico sulla violazione

degli obblighi di condotta piuttosto che sull'evento lesivo, ponendosi però il problema di deferire l'intera tematica ai settori civile ed amministrativo per recuperare il *minus* di garanzie che da codesta scelta deriverebbe.

Merita di essere segnalata, infine, la ricca bibliografia posta in appendice del lavoro, curata da Simona Tigano.

Stampa



Il Profumo delle Parole

presso la Casa Circondariale di Bologna

2 *rassegna*
2007 *penitenziaria*
 e criminologica

Fondata da GIUSEPPE ALTAVISTA

DIRETTORE RESPONSABILE

ETTORE FERRARA

VICE DIRETTORE

EMILIO DI SOMMA

PRESIDENTE DEL COMITATO DI DIREZIONE

GIOVANNI CONSO

COMITATO DI DIREZIONE

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

COMITATO DI GARANZIA

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

REDATTORE CAPO

GIUSEPPE CAPOCCIA

REDAZIONE

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

AVVERTENZE PER GLI AUTORI

La *Rassegna penitenziaria e criminologica* è pubblicata quadrimestralmente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

AVVERTENZE PER GLI AUTORI

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

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

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

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

Inoltre:

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

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

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

SOMMARIO

DOTTRINA

F. LEONARDI

*Le misure alternative alla detenzione tra
reinserimento sociale e abbattimento della recidiva* pag. 7

F. LANZA

*Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria.
Considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale
n. 78 del 2007* » 27

DIBATTITI

P. CIARDIELLO

*Riparazione e mediazione nell'ambito
dell'esecuzione penale per adulti* » 95

R. M. GENNARO

*La percezione del sistema penale italiano
da parte dei detenuti stranieri* » 109

LEGISLAZIONE E DOCUMENTAZIONE

E. RUBOLINO

Brevi note sul trattamento penitenziario e l'esecuzione penale esterna nei confronti dei tossicodipendenti ed alcolodipendenti con particolare riferimento alle novità introdotte dal decreto legge 30 dicembre 2005 n. 272 (c.d. "decreto Olimpiadi") convertito dalla legge 21 febbraio 2006 n. 49..... pag. 145

CIRCOLARI Direzione Generale E. P. E. del 16.3.06 e del 06.4.06 aventi per oggetto D. L. 30.12.2005 n. 272, convertito con modificazioni in legge 21.01.2006, n. 49. » 153

GIURISPRUDENZA

Sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 16 marzo 2007 (Stranieri e misure alternative alla detenzione). » 159

*Sentenza della Corte cost. n. 79 del 2007
Commento di G. La Greca.* » 167

RECENSIONI

S. ALEO

*FRANCESCO SAVERIO FORTUNA
Reati contro la famiglia e minori
Giuffrè, Milano, 2006* » 173

**LE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE
TRA REINSERIMENTO SOCIALE E
ABBATTIMENTO DELLA RECIDIVA¹**

FABRIZIO LEONARDI *

La recidiva

Il fenomeno della recidiva è poco conosciuto sia rispetto alla sua consistenza che alle dinamiche e alle caratteristiche che lo contraddistinguono. Una quota elevata di crimini viene attribuita a un numero ristretto di individui definiti *cronici*, *abituali* o *pluri-recidivi*. Mancano dati certi e osservazioni sufficientemente prolungate nel tempo sulla commissione di reati, in particolare per coloro che hanno fruito delle misure alternative alla detenzione. Per questo motivo, soprattutto sui mezzi di comunicazione di massa e, di conseguenza, nel sentire comune, quando si affronta questo argomento spesso si corre il rischio di lasciarsi guidare dai pregiudizi. Invece è necessario un ragionamento complesso che è fondato su una notevole varietà di problemi ed è condizionato dai diversi punti di vista da cui può essere affrontato.

Per valutare opportunamente la recidiva occorre considerare i numerosi fattori che evidenziano aspetti problematici sia del singolo, che ricade nell'attività criminale, che dell'istituzione penitenziaria che non riesce a compiere fino in fondo il proprio ruolo di fautore del reinserimento sociale. La recidiva, dunque, costituisce un parametro per misurare il successo dell'attività rieducativa: la mancanza di recidiva indica un buon risultato dell'attività riabilita-

¹ L'autore ringrazia Roberto Macelloni, Torquato Tarparelli e Laura Zuppante che con il lavoro di raccolta e inserimento dei dati hanno reso possibile questa ricerca.

* Direttore dell'Osservatorio delle misure alternative presso la Direzione Generale dell'esecuzione penale esterna del Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria.

tiva, mentre la ricaduta nel reato dovrebbe segnalare l'insufficienza di tale attività.

Finora per valutare il successo delle misure alternative si poteva fare riferimento quasi esclusivamente al numero di provvedimenti revocati. I dati sulle revoche dell'affidamento in prova al servizio sociale sono disponibili a partire dal 1999 (grafico 1). Fino al 2005 i casi di affidamento in prova al servizio sociale revocati oscillavano intorno al 5% con un minimo di 4,32% nel 1999 e un massimo di 5,33% nel 2005.

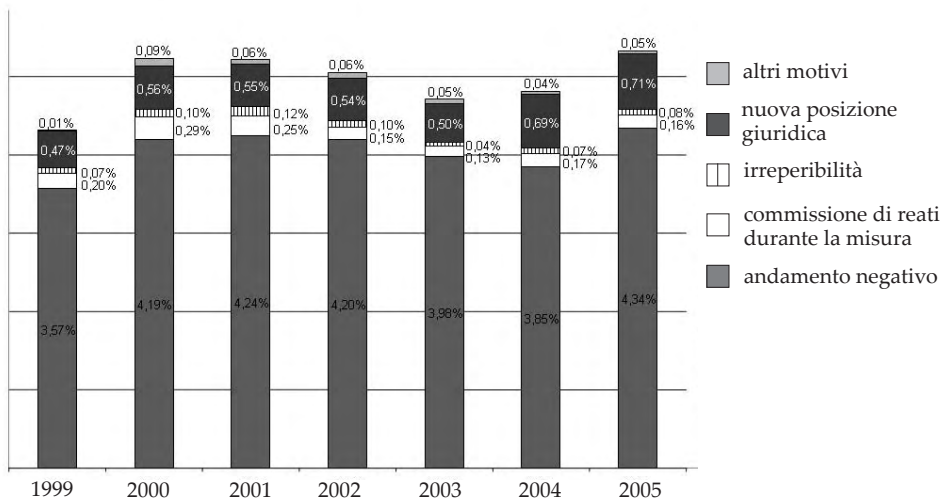


Grafico 1 – Le percentuali di revoca nell'affidamento in prova al servizio sociale

La tenuta di una condotta che viola i vincoli prescritti mostrando un andamento negativo della misura alternativa è il motivo più frequente di revoca. I casi di irreperibilità dell'affidato sono di scarsa rilevanza statistica e l'allarme sociale creato su singoli casi di cronaca non è giustificato dalla quantità di revoche conseguenti alla commissione di reati durante la misura, soprattutto in considerazione del numero elevato di soggetti a cui viene offerta tale opportunità di reinserimento. Inoltre se durante l'esecuzione della misura interviene una nuova sentenza di condanna ad altra pena detentiva, che modifica dunque la durata della pena per cui non sussistono più le condizioni per la prosecuzione della misura alternativa, la misura può essere revocata.

Escludendo dal conteggio i casi revocati per nuova posizione giuridica, che non denotano per se stessi un comportamento negativo successivo all'inizio della misura, e che in ogni caso si verificano meno di una volta ogni 100 casi, le revoche dovute alla mancata

riuscita della misura alternativa risultano ancora inferiori.

Per valutare opportunamente il numero esiguo di revoche dovute a esito negativo dell'affidamento per la mancata osservazione degli obblighi o per la commissione di nuovi reati occorre tenere nella dovuta considerazione la prudenza nel comportamento da parte di quei soggetti che si sentono sotto osservazione fintanto che è in corso la misura e che tornano poi a delinquere come in passato quando cessa il rischio di revoca. Queste persone tendono a conformarsi alle prescrizioni solo per evitare di tornare in carcere. Si aggiunga che il periodo di osservazione, rappresentato dalla durata della condanna da scontare, è troppo breve per poter utilizzare il numero delle revoche quale indicatore del reinserimento per i condannati in misura alternativa alla detenzione.

Il calcolo della recidiva rappresenta una misura più accurata riguardo alla riuscita delle misure alternative alla detenzione: obiettivo della ricerca è stabilire il tasso di recidiva tra gli affidati che abbiano compiuto il percorso previsto dall'affidamento in prova al servizio sociale, sia ordinario che terapeutico. Per procedere occorre innanzi tutto definire il concetto di recidiva. Ci sono modi diversi per darne una definizione. In diritto la recidiva è una circostanza che, ai sensi dell'articolo 99 del codice penale, comporta un aumento della pena per «chi, dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro». Ma la recidiva può essere definita anche secondo altre accezioni. In senso criminologico è recidivo colui che dopo essere stato condannato commette un nuovo reato, anche se questo non viene scoperto, mentre in senso penitenziario si può ritenere recidivo chi si trova in carcere o in misura alternativa alla detenzione dopo esservi già stato per scontare una o più condanne.

A questo proposito lo studio delle «carriere criminali» ha per oggetto i comportamenti criminali sistematizzati e assunti a modello di vita. Uno dei modi per rilevare l'importanza delle carriere criminali è quello di quantificare la popolazione che ripetutamente ha contatti con il sistema giustizia, del quale il sistema penitenziario rappresenta il momento di esecuzione della condanna.

L'indagine è stata condotta come uno studio di caso, con l'obiettivo di individuare la percentuale di condannati per i quali il trattamento extra-murale, realizzato per mezzo della misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, non ha raggiunto lo scopo del reinserimento in società. La valutazione della recidiva è stata effettuata tramite una ricerca quantitativa longitudinale, esaminando il gruppo degli affidati in prova al servizio sociale per i quali la misura è stata archiviata nel 1998 e verificando se gli stessi soggetti,

negli anni successivi fino al settembre 2005, hanno commesso ulteriori reati per i quali siano stati condannati con sentenza definitiva. In questo studio non si è tenuto conto se al momento della misura in esame, archiviata nel 1998, il soggetto risultava già recidivo, proprio perché si intendeva valutare la riuscita di quella specifica misura alternativa alla detenzione terminata nel 1998, prescindendo dalla carriera criminale del singolo intesa in senso criminologico. L'attendibilità della misurazione della recidiva effettuata tramite la consultazione degli archivi del casellario risente però, negativamente, del ritardo con cui può essere effettuato l'aggiornamento di tali archivi.

L'esecuzione penale esterna

La valutazione sulle attività trattamentali realizzate sui condannati in misura alternativa alla detenzione raggiunge la massima utilità se è finalizzata all'applicazione pratica delle conoscenze acquisite per ottenere la riduzione del fenomeno criminale. Ciò può avvenire attraverso una misurazione dell'efficacia dell'affidamento in prova al servizio sociale e una verifica sulla funzione delle misure alternative alla detenzione con riferimento al presupposto, previsto dall'art. 47 dell'ordinamento penitenziario, e cioè l'idoneità della misura a prevenire la ricaduta del soggetto nelle attività criminose.

La prevenzione della recidiva resta l'obiettivo primario della criminologia applicata, per raggiungerlo sono stati elaborati metodi e strumenti volti a diminuire l'intensità del fenomeno criminale e la sua frequenza, anche attraverso programmi di trattamento del delinquente. Attraverso questa ricerca si vogliono individuare alcune tipologie di condannati in esecuzione penale esterna con il fine di focalizzare l'attenzione e le risorse delle strutture del servizio sociale penitenziario su quelle categorie che si possono considerare maggiormente a rischio. Comprendere quali tipologie di utenti sono a rischio di recidiva può guidare l'individuazione delle migliori strategie su cui concentrare il trattamento extra-murale. L'esame della recidiva infatti può essere utilizzato per misurare il grado di successo dei sistemi penitenziari.

Sarà dunque utile una valutazione, anche indiretta, sulle attività e sui programmi trattamentali all'esterno, con il fine di verificarne gli effetti concreti, per fornire indicazioni adeguate a individuare limiti, prospettive e capacità operative. A tale scopo si è ritenuto un efficace strumento di misurazione della recidiva l'aver riportato una o più condanne che risultassero negli archivi del casellario giu-

diziale e che fossero relative a reati commessi successivamente alla fine della misura alternativa alla detenzione. Dopo avere individuato quei soggetti che hanno scontato una condanna in affidamento in prova al servizio sociale conclusa nel 1998, si è verificato quanti di loro avessero avuto condanne iscritte al casellario giudiziale per nuovi reati. Tuttavia non essendo disponibili le variabili relative alle condizioni soggettive, sia personali che sociali, che possono influire sul comportamento criminale delle persone oggetto dell'indagine, l'analisi è stata condotta solo a livello descrittivo.

Modalità alternative al carcere per scontare la pena sono state introdotte con la legge n. 354 di riforma dell'ordinamento penitenziario, del 26 luglio 1975. I dati rilevati dall'Amministrazione penitenziaria nel periodo 1976-2005² indicano il numero dei soggetti seguiti nel corso di ciascun anno dagli uffici di esecuzione penale esterna³ nonché il numero dei condannati ristretti negli istituti penitenziari presenti in carcere il 31 dicembre di ogni anno (tabella 1).

Le rilevazioni sull'esecuzione extra e infra-murale riportate in tabella 1 non sono direttamente confrontabili: le misure alternative sono considerate nel numero complessivo di casi seguiti nel corso di un anno solare (cioè il numero di casi già in esecuzione all'inizio dell'anno, ai quali si aggiungono quelli presi in carico dagli uffici nel periodo di riferimento) mentre il numero dei detenuti è quello dei condannati presenti in carcere nell'ultimo giorno dell'anno. Dunque è possibile una comparazione tra i due fenomeni solo analizzandone separatamente il *trend*. Il numero di persone sottoposte a condanna penale è visibilmente aumentato negli anni, in particolare per l'esecuzione esterna rispetto a quella nelle strutture di reclusione. Infatti, posto uguale a 100 il numero di condannati rilevato per l'anno 1977, l'indice dell'esecuzione penale all'esterno per l'anno 2005 è pari a 1.011 mentre quello per l'esecuzione in carcere è 292.

La tendenza di lungo periodo all'incremento dei casi è ben visibile in entrambe le distribuzioni (grafico 2), anche se sono presenti alcune oscillazioni; quelle in riduzione sono riferibili a interventi normativi che hanno avuto ricadute dirette sulla durata della pena e, conseguentemente, sul numero delle persone ammesse alle mi-

² Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria. I dati sulla popolazione detenuta sono forniti dall'Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato, quelli sulle misure alternative dall'Osservatorio delle misure alternative presso la Direzione generale dell'esecuzione penale esterna.

³ La denominazione dei centri di servizio sociale per adulti è stata modificata in uffici di esecuzione penale esterna dall'art. 3 della legge 27 luglio 2005, n.154.

sure alternative, cioè i provvedimenti di indulto e amnistia negli anni 1981 e 1990. La crescita, invece, oltre che dall'evidente tendenza all'aumento riscontrata anche nelle detenzioni, è stata favorita dagli interventi legislativi che hanno agevolato l'esecuzione della pena in misura alternativa alla detenzione introducendo, negli anni, anche nuove misure, come la legge Gozzini⁴ nel 1986 e la Simone-Saraceni⁵ nel 1998.

Dopo il 1998 la crescita percentuale delle misure alternative è stata corrispondente a quella dei detenuti. Nel periodo 1999 - 2005 le misure alternative sono aumentate del 137,97%, mentre il numero di detenuti condannati si è incrementato del 137,50%.

Tabella 1 - Misure alternative e detenuti condannati: anni 1976-2005

Anno	Misure alternative alla detenzione (casi seguiti)	Detenuti condannati (presenti al 31/12)
1976	599	11.186
1977	4.647	12.557
1978	4.738	6.452
1979	2.774	8.065
1980	4.219	9.191
1981	6.020	7.500
1982	2.840	9.294
1983	4.512	10.438
1984	5.705	12.751
1985	7.613	16.051
1986	8.923	11.679
1987	5.325	12.053
1988	6.835	15.833
1989	7.988	15.774
1990	6.252	11.053
1991	4.489	14.319
1992	6.901	20.567
1993	10.116	25.503
1994	13.198	26.265
1995	15.292	26.089
1996	18.393	26.962
1997	35.200	26.646
1998	35.347	24.551

⁴ Legge 10 ottobre 1986, n. 663.

⁵ Legge 27 maggio 1998, n. 165.

1999	34.036	26.674
2000	36.320	27.414
2001	39.861	30.658
2002	43.239	32.854
2003	45.603	32.865
2004	47.163	35.033
2005	46.960	36.676

Nel 1998 otto persone su dieci sottoposte a una misura alternativa alla detenzione in carico agli uffici di esecuzione penale esterna, pari al 78,23%, erano affidate in prova al servizio sociale (grafico 3). Dei 27.651 affidati seguiti nel 1998, 15.711 cioè più della metà, sono stati presi in carico nel corso dell'anno, mentre per i restanti 11.940 si trattava della prosecuzione di una detenzione precedente.

Tra le tipologie di affidamento in prova al servizio sociale l'affidamento ordinario era quello più frequente con quasi sette casi ogni dieci affidati seguiti dalle strutture sociali penitenziarie. In particolare il 46,76% erano affidati ordinari presi in carico dalla libertà, mentre per il 20,32% si trattava di proseguire con l'affidamento in prova al servizio sociale di tipo ordinario una condanna la cui esecuzione era iniziata in carcere (grafico 4).

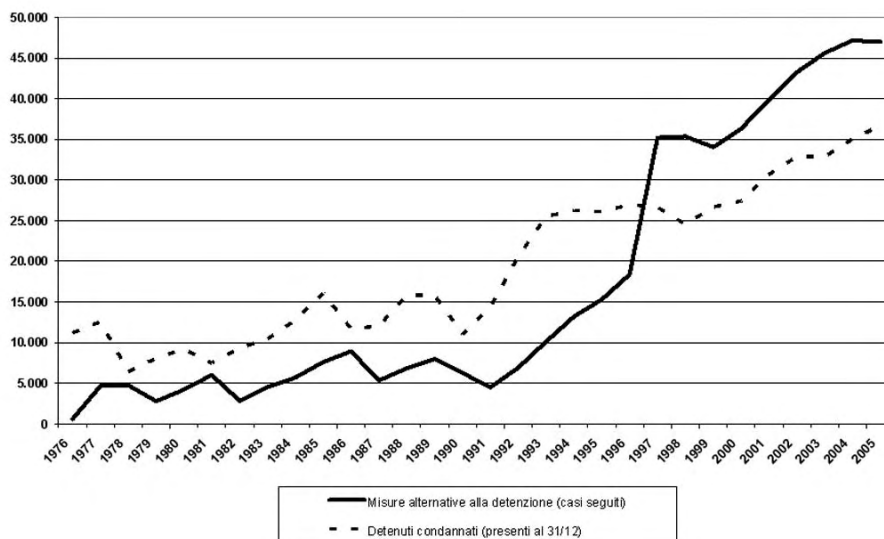


Grafico 2 – Esecuzione penale: serie storica anni 1976-2005

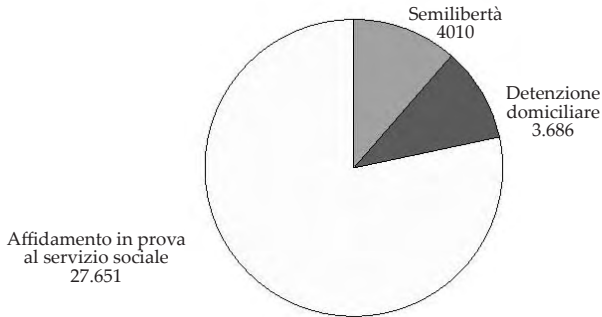


Grafico 3 – Misure alternative alla detenzione: anno 1998

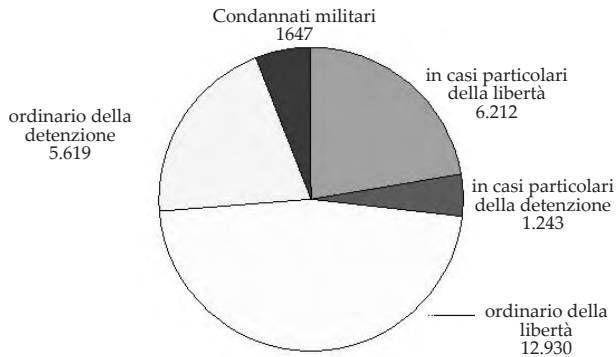


Grafico 4 – Affidamento in prova al servizio sociale: casi seguiti nel 1998

La raccolta dei dati

Le fonti utilizzate nell'analisi del fenomeno della recidiva tra gli affidati in prova al servizio sociale sono state:

- la banca dati informatica degli uffici di esecuzione penale esterna, per i dati sulle misure alternative alla detenzione;
- le statistiche penitenziarie, per i dati sulla popolazione detenuta;
- il Casellario giudiziale, per i dati sulla recidiva e sui reati commessi.

Gli uffici di esecuzione penale esterna usano un sistema informatico per la gestione degli ordini di servizio con cui vengono presi in carico i soggetti in misura alternativa alla detenzione. Le segreterie tecniche degli uffici di esecuzione penale esterna, competenti all'esecuzione delle misure alternative, rappresentano gli organi di rilevazione periferica di un sistema informativo che

consente all'Osservatorio delle misure alternative, costituito presso la Direzione Generale dell'esecuzione penale esterna del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, di produrre una serie di pubblicazioni periodiche sull'esecuzione penale esterna.

Come già si è detto, sono stati selezionati i casi di affidamento in prova al servizio sociale archiviati nel 1998 con l'esclusione di quei casi che presentavano motivi di chiusura che non implicano l'estinzione della pena o che comportano l'irreperibilità del soggetto. Si sono presi in considerazione gli affidati ordinari, i condannati militari, e gli affidati in casi particolari, alcoldipendenti e tossicodipendenti in affidamento terapeutico. Sono stati così individuati 11.336 soggetti per i quali è stato richiesto il certificato penale al Casellario giudiziale centrale.

Attraverso il sistema informatico del Casellario, nel mese di settembre 2005 sono state trovate informazioni su 8.817 soggetti, pari al 77,78% del totale. Poiché tale selezione è avvenuta in modo casuale si può ritenere che le valutazioni che verranno fatte sul fenomeno osservato possano essere generalizzate al totale dei casi archiviati nel 1998.

Nel campione così determinato sono risultati recidivi secondo la definizione adottata 1.677 soggetti, pari al 19% (grafico 5), 94 dei quali sono donne. Si possono avanzare varie interpretazioni del fenomeno e comunque ci sono concause. Tuttavia è bene ricordare che le persone ammesse alle misure alternative sono "selezionate" con un'attenzione all'affidabilità, una sorta di scrematura che abbassa, almeno in teoria, la possibilità che le stesse persone commettano nuovi reati.

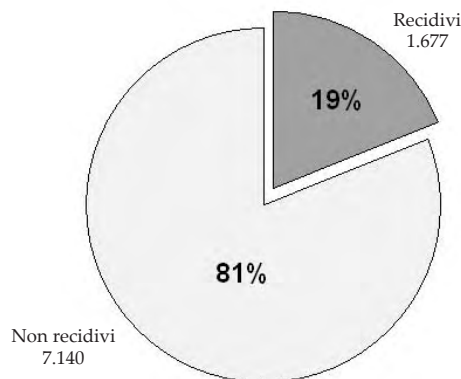


Grafico 5 – Affidamento in prova al servizio sociale: successo del reinserimento e recidiva

Caratteristiche dei recidivi

L'età

Il collegamento tra età e recidivismo è da tempo documentato in letteratura in relazione all'età della prima condanna e all'intervallo tra il primo e gli ulteriori reati. Ne consegue che, per quanto riguarda il trattamento dei condannati, ci dovrebbero essere sforzi diretti a rendere maggiormente efficaci i sistemi correzionali relativi ai minorenni e ai giovani adulti, poiché sono questi a costituire il maggiore problema nel campo della recidiva. I giovani adulti, che hanno un'età compresa tra i 18 e i 25 anni, vengono accostati ai minori perché si suppone abbiano un denominatore comune nella incompleta maturazione sociale. In realtà la maggior parte delle manifestazioni criminali si concentra fino ai 35/40 anni, per poi scendere rapidamente fino ai 65 anni e diventare statisticamente esigue negli anni successivi.

L'età del campione al momento dell'archiviazione della misura alternativa era compresa tra i 19 e i 73 anni, l'età media era di 38,77 anni. Un quarto dei soggetti studiati aveva meno di 31 anni e tre su quattro ne avevano meno di 48. Il 90% degli affidati aveva meno di 57 anni. A conferma che l'età influenza i comportamenti criminali, che tendono a diminuire con il progredire degli anni, i recidivi sono

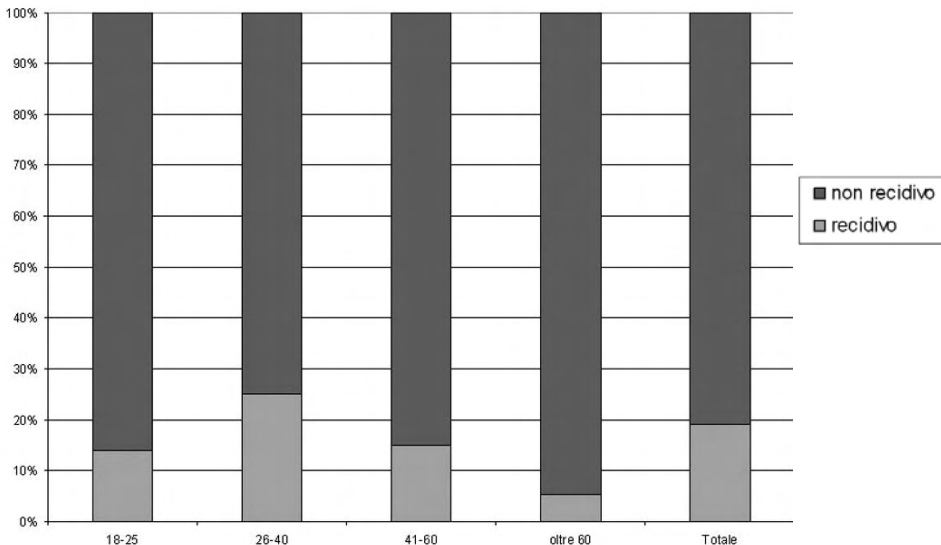


Grafico 6 – Recidivi per classi di età

risultati, nel complesso, più giovani. Tra di loro, infatti, l'età media era di 36,3 anni, il campo di variazione conferma il limite minimo di 19 anni e arriva al massimo a 71 anni. Il 25% dei recidivi aveva meno di 30 anni mentre 3 soggetti su 4 ne avevano solo fino a 42: il 95% aveva meno di 55 anni.

Il campione è stato suddiviso in quattro classi di età (grafico 6). Solo nella classe 26-40 anni l'incidenza della recidiva supera quella media. La recidiva per questa classe di età è del 25,1%, cioè di 6 punti percentuali superiore al valore generale.

Le differenze di genere

Le statistiche più recenti (Istat, 2006) indicano che le donne rappresentano circa il 12% dei condannati nel 2004, confermando la scarsa delittuosità femminile rispetto a quella maschile. Negli ultimi 50 anni si è assistito a una costante diminuzione della percentuale di donne tra i condannati, anche se il «tasso di aumento percentuale della delinquenza femminile supera quello maschile» (Gaddi, 1999). Infatti sebbene i maschi commettano il maggior numero di reati, la delinquenza femminile aumenta molto più velocemente.

Sono state fornite motivazioni diverse, legate alla minore partecipazione delle donne alle attività relazionali, oppure all'atteggiamento indulgenziale della polizia o della magistratura influenzate benevolmente dalla donna soprattutto nel suo ruolo di madre, ma anche le spiegazioni già affermate dai Positivisti in chiave biologica sono state aggiornate e fondate sulle differenze fisiologiche e ormonali. In parte, poi, la ragione sarebbe da ricercare nel fatto che il numero oscuro, il numero, cioè, di delitti commessi ma non denunciati né rilevati ufficialmente, per le donne sarebbe più elevato di quello dei reati commessi dagli uomini. In sintonia con i dati Istat sui condannati la percentuale di donne in affidamento al servizio sociale nel 1998 era notevolmente più bassa rispetto alla presenza maschile che risultava, invece, sempre superiore al 90% dei casi seguiti per tutte le tipologie di affidamento (grafico 7).

Secondo le statistiche penitenziarie il 31 dicembre 1998 le donne erano il 3,83% della popolazione detenuta mentre le affidate in prova al servizio sociale rappresentavano l'8,73% dei casi seguiti nel 1998, oltre il doppio rispetto alla percentuale in detenzione. Dunque la presenza femminile nell'esecuzione penale era molto più significativa all'esterno che in carcere, confermando la propensione a favorire l'esecuzione della condanna all'esterno per le donne.

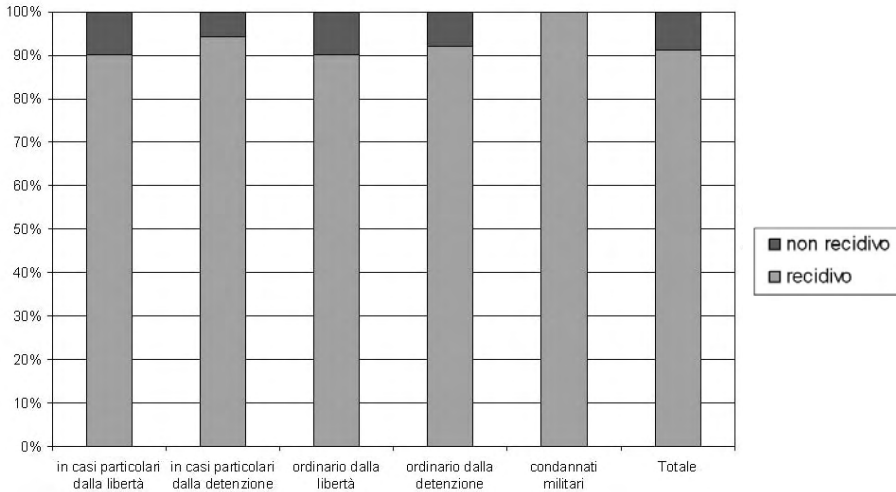


Grafico 7 – Affidamento in prova al servizio sociale anno 1998: ripartizione percentuale per genere

Il campione era formato da 8.071 uomini, che ne costituivano il 91,5%, e da 746 donne, pari al 8,5%, quindi con una rappresentazione per genere sovrapponibile a quella dei casi seguiti nello stesso anno in esecuzione esterna. Nel sotto-campione femminile la recidiva ha avuto un'incidenza decisamente inferiore, che corrisponde al 12,6% dei casi (grafico 8). Il valore saliva invece al 19,6% tra gli uomini.

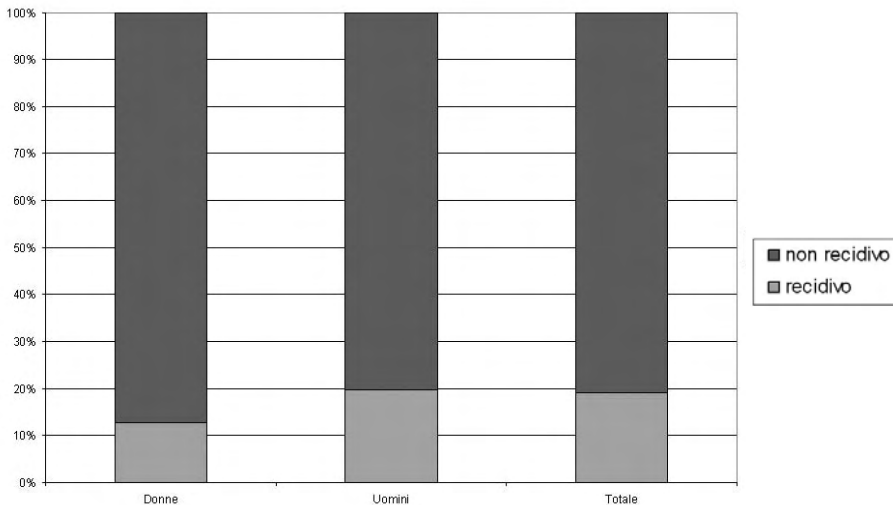


Grafico 8 – Recidivi: distinzione per genere

L'area geografica

Le caratteristiche socio-economiche del territorio influiscono direttamente sulle misure alternative. La riuscita di queste misure, per la loro particolarità di esecuzione, è direttamente collegata al contesto sociale nel quale vengono attuate, ma anche la criminalità è influenzata oltre che dai caratteri delle personalità individuali anche dall'ambiente sociale. Per questo motivo è interessante osservare le differenti percentuali di recidiva calcolate con riferimento alla regioni nelle quali ha sede l'ufficio dove era eseguita la misura alternativa (tabella 2).

Tabella 2 – Percentuale di recidiva per regione di esecuzione della misura alternativa

<i>Regione</i>	<i>Recidiva %</i>	
Sardegna	26,2	↑
Molise	25,6	
Toscana	25,6	
Marche	21,5	
Emilia Romagna	21,2	
Umbria	21,1	
Friuli Venezia Giulia	20,4	
Abruzzo	20,3	
Liguria	20,1	
Veneto	19,8	
Lombardia	17,9	↓
Puglia	17,9	
Piemonte	17,0	
Campania	16,9	
Basilicata	16,9	
Lazio	15,9	
Sicilia	15,7	
Calabria	14,9	

In tabella 2 mancano le notizie su Trentino Alto Adige e Valle d'Aosta perché nel 1998 sul territorio di queste regioni erano competenti altri uffici, non essendo ancora attive strutture locali autonome.

Da notare come 8 regioni su 18 hanno una percentuale di recidiva inferiore al 19%: nel Lazio, in Sicilia e in Calabria il tasso di recidiva è inferiore al 16%. Le regioni nelle quali il fenomeno è più rilevante, con una percentuale superiore al 25,5%, sono Sardegna, Molise e Toscana.

La ripartizione in Nord, Centro e Sud (tabella 3) evidenzia una recidiva superiore nelle regioni centrali (22%), quasi in linea con la media nazionale al settentrione (19%) e inferiore alla media nel mezzogiorno d'Italia (18%).

Tabella 3 – Recidivi per zona geografica

<i>Zona geografica</i>	<i>Non recidivi</i>	<i>Recidivi</i>	<i>Recidivi %</i>
Nord	2.901	676	18,9
Centro	1.218	341	21,9
Sud	3.021	660	17,9

Le tipologie di affidamento in prova al servizio sociale

Nel tempo i meccanismi di accesso all'affidamento in prova al servizio sociale, sia ordinario che terapeutico, hanno influito sull'ingresso alla misura alternativa. Fino al 1998 di fatto l'affidamento era concesso direttamente dallo stato di libertà solo ai tossicodipendenti e alcolodipendenti. Per l'affidamento ordinario, occorre una buona conoscenza dei meccanismi giudiziari, infatti entro cinque giorni dalla condanna il condannato doveva chiedere al Tribunale di Sorveglianza di scontare la pena in misura alternativa, senza che gli venisse notificato alcun provvedimento che lo informava della possibilità di accedere al beneficio. Questo meccanismo favoriva l'accesso alle misure alternative a quei soggetti che avevano maggiore conoscenza dei meccanismi penali e che molto spesso erano recidivi.

La legge 27 maggio 1998, n. 165, (legge Simeone-Saraceni)

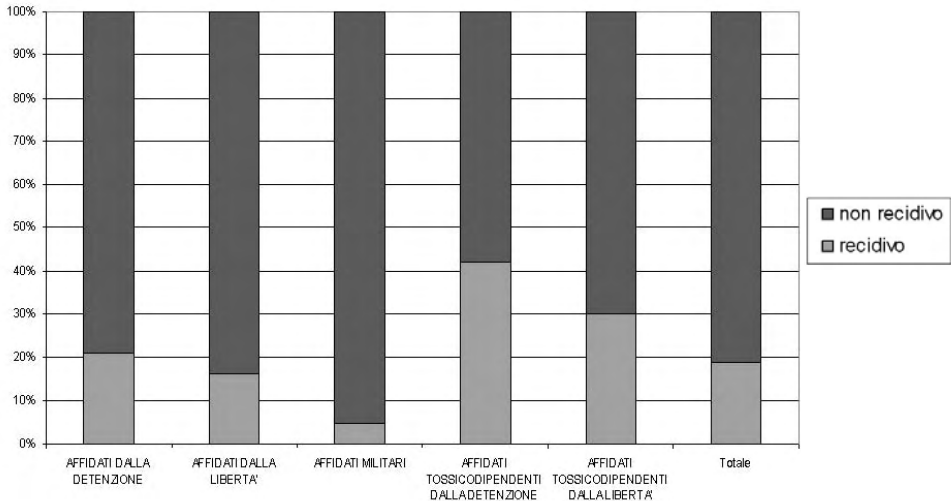


Grafico 9 – Recidivi per tipologia di affidamento in prova al servizio sociale

ha agevolato l'accesso alle misure alternative alla detenzione prevedendo la sospensione obbligatoria della pena qualora i limiti rientrino tra quelli previsti per la concessione della misura alternativa per la quale il condannato, opportunamente informato, può presentare istanza entro 30 giorni.

Le tipologie di affidamento possono essere distinte anche sulla base della provenienza del condannato da una situazione detentiva oppure dallo stato di libertà (grafico 9).

La percentuale di recidivi è superiore alla media negli affidamenti in casi particolari, cioè per gli alcol dipendenti e tossicodipendenti. Ciò si verifica soprattutto quando la misura viene concessa dopo la reclusione: in questo caso, infatti si supera il 42%, contro il 30% tra gli affidati tossicodipendenti che provengono dalla libertà. Anche gli affidati ordinari sono meno recidivi quando vengono ammessi alla misura alternativa direttamente dalla libertà ma il tasso di recidiva è decisamente inferiore a quello dei tossicodipendenti: il 21% dalla detenzione e il 16% dalla libertà.

I tossicodipendenti rappresentano una categoria particolare sulla quale sono opportuni ulteriori approfondimenti criminologici. La sottoposizione al trattamento terapeutico deve essere scelta volontariamente dal soggetto per essere ammesso all'affidamento in prova in casi particolari ma, a volte, l'adesione al percorso riabilitativo è strumentale all'accesso alla misura.

All'aumento dei detenuti tossicodipendenti, avvenuto progressivamente in seguito all'applicazione del T.U. n. 309/90, certificato da un'indagine nazionale svolta dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria nel 1999 sui soggetti tossicodipendenti e affetti da HIV negli istituti penitenziari, è corrisposto l'aumento degli affidati in prova in casi particolari prevalentemente provenienti dalla libertà.

I rischi correlati al tempo

Un parametro utile a considerare il rischio di recidiva è il numero di mesi che intercorrono tra la fine della misura e la data di commissione di un nuovo reato per il quale i soggetti sono stati condannati in via definitiva. Nei casi osservati (grafico 10) il campo di variazione è compreso tra 0 e 81 mesi, ma già dopo 54 mesi il 90% dei recidivi ha commesso almeno un nuovo reato. In media i soggetti in esame hanno commesso un nuovo reato dopo 25 mesi. Un quarto dei recidivi aveva commesso un nuovo reato dopo un anno, la metà dopo soli 21 mesi e il 75% dopo 37 mesi, inoltre quasi un terzo dei recidivi, ha subito più condanne relative a reati commessi successivamente al 1998, per un totale di 534 pluri-recidivi.

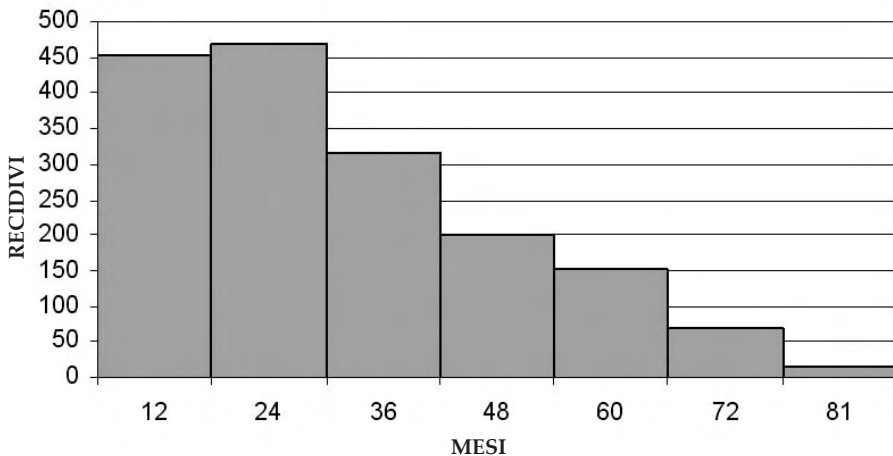


Grafico 10 – Numero di mesi per la commissione di un nuovo reato

Un confronto con la recidiva dei detenuti

Secondo una rilevazione effettuata dall'ufficio statistico del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, nel 1998 sono stati scarcerati 5.772 condannati, di questi 3.951, quasi 7 su 10, corrispondenti al 68,45%, hanno fatto rientro in carcere una o più volte e hanno avuto una sentenza di condanna definitiva indipendentemente dall'applicazione dell'articolo 99 del codice penale: li possiamo indicare come recidivi in senso "penitenziario" (grafico 11).

Nell'analisi condotta tra gli affidati in prova al servizio sociale il concetto di recidiva è più ampio perché non è limitato all'esecuzione penale, sia infra che extra-murale, ma sono considerate tutte le condanne iscritte al Casellario giudiziale. Nonostante ciò la percentuale di recidivi che provengono da una misura alternativa è notevolmente inferiore: non si arriva a 2 casi su 10.

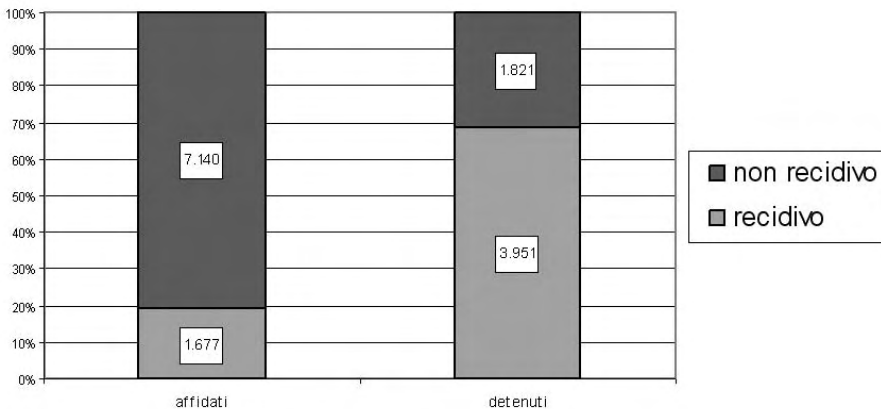


Grafico 11 – Un confronto con la recidiva dei detenuti

Conclusioni

Analizzare l'affidamento in correlazione agli aspetti evidenziati in questa ricerca non fornisce, naturalmente, indicazioni sui percorsi individuali che hanno portato taluni a commettere nuovamente un reato. Può capitare che ciò non abbia alcun collegamento con le modalità effettive di esecuzione della pena, proprio per questo motivo a volte si pensa che l'efficacia delle misure alternative sarebbe legata alle opportunità e alle condizioni individuali dei condannati

e che, pertanto, le misure rappresentano uno strumento di de-carcerizzazione ma non influiscono sul reinserimento sociale.

I dati che emergono dall'indagine sulla recidiva degli affidati in prova al servizio sociale consentono, tuttavia, di trarre alcune conclusioni che potranno essere utilizzate come ipotesi per approfondimenti successivi. Nella definizione della recidiva diversi fattori sembrano rivestire un ruolo importante, in primo luogo l'età degli affidati al momento della cessazione della misura. Con l'avanzare dell'età la recidiva si manifesta in misura sempre minore, l'eventualità di commettere nuovi reati sembra giungere al culmine tra i soggetti considerati nella classe che comprende le persone tra i 26 e i 40 anni dopo di che si producono sensibili decrementi nei tassi di recidiva rilevati. Il rischio maggiore di commettere nuovi reati, sembra manifestarsi nei primi due anni successivi alla cessazione dell'affidamento. Paiono importanti in questo senso le reti sociali che si creano intorno al condannato per favorirne il reinserimento.

Le donne, con una recidiva del 12,6%, di 7 punti percentuali inferiore a quella maschile, dimostrano di essere meno interessate dal fenomeno, mentre due recidivi su tre hanno subito una sola condanna per reati commessi dopo il 1998. Nelle regioni centrali la ricaduta nel reato è più frequente che nel resto del paese.

Gli affidati alcol dipendenti e tossicodipendenti sono quelli che tornano a delinquere con maggiore frequenza ma in questo caso è necessario un approfondimento della tipologia criminologica di tali soggetti e un'indagine sulle cause reali che spingono il tossicodipendente ad accettare il trattamento terapeutico. Si tratta, comunque, solo di un quarto degli affidati in prova al servizio sociale.

Dal confronto con la recidiva dei detenuti sembra che la finalità di reinserimento sia raggiunta in misura maggiore quando l'esecuzione della pena avviene all'esterno del carcere, come a confermare che la prisonizzazione, intesa quale adattamento al mondo informale penitenziario, comporta minori possibilità di risocializzazione. La tendenza maggiore a delinquere è stata riscontrata in chi ha attraversato un'esperienza carceraria mediante i dati sui reingressi in carcere per la commissione di un nuovo reato. Sette condannati su dieci tra quelli scarcerati nel 1998 hanno fatto rientro in carcere una o più volte contro i due recidivi su dieci che hanno espiato la pena in misura alternativa alla detenzione.

Quasi a rafforzare quest'ultima evidenza, il fenomeno della recidiva sembra essere più frequente tra gli affidati che accedevano alla misura alternativa dopo essere transitati dal carcere rispetto a quelli che vi accedevano direttamente dalla libertà. Non bisogna dimenticare, però, la selezione che viene fatta ammettendo alle

misure alternative solo quelle persone che danno, almeno apparentemente, garanzie di affidabilità.

Infine il corretto funzionamento dell'affidamento in prova al servizio sociale è certificato dalla scarsa numerosità dei provvedimenti di revoca della misura.

Quanto emerso sembra confermare la funzionalità dell'affidamento in prova al servizio sociale rispetto al reinserimento sociale dei condannati.

Bibliografia

- AA.VV. (1973), "La recidiva postpenitenziaria. Contributo a un'indagine comparativa internazionale", in *Quaderni dell'Ufficio Studi e Ricerche della Direzione Generale per gli Istituti di Prevenzione e di Pena*, n. 6, Ministero di Grazia e Giustizia, Roma
- AA.VV. (1978), *Benefici di clemenza e il recidivismo. Risultati della ricerca sul tema «Effetti dell'amnistia, del condono e della grazia in relazione al recidivismo» compiuta con il contributo del Consiglio Nazionale delle Ricerche*, Sezione criminologica del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Roma
- Andrenacci R., Sprovieri S. (2004), *Il lavoro sociale individuale*, Franco Angeli, Milano
- Bandini T. e altri (2004), *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, vol. II, Giuffrè, Milano
- Brunori L., Raggi C., a cura di (2003), *Never again. Recidiva e responsabilità a partire dal gruppo*, Ministero della Giustizia, Roma
- Canepa M., Merlo S. (2004), *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano
- Frudà L., a cura di (2006), *Alternative al carcere. Percorsi, attori e reti sociali nell'esecuzione penale esterna: un approfondimento della ricerca applicata*, Franco Angeli, Milano
- Gaddi D. (1999), "La delinquenza femminile", in Ponti G., *Compendio di criminologia*, Raffaello Cortina, Milano
- Giuffrida M. P. (1999), *I centri di servizio sociale dell'amministrazione penitenziaria. Operatori e competenze nel contesto dell'esecuzione della pena*, Laurus Robuffo, Roma
- Giuffrida M. P., Palumbo M., a cura di (2004), *La pena dell'alcol. Una ricerca-azione sull'efficacia dell'intervento sociale nelle misure alternative*, Franco Angeli, Milano

- Grevi V., a cura di (1994), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Cedam, Padova
- ISTAT (2006), "Statistiche giudiziarie penali. Anno 2004", *Annuario*, n. 13, Roma
- Ministero di Grazia e Giustizia - D.A.P., *Indagine nazionale su soggetti tossicodipendenti e affetti da HIV negli istituti penitenziari. Rilevamento al 30 giugno 1999*, Ricerca non pubblicata
- Ponti G. (1999), *Compendio di criminologia*, Raffaello Cortina, Milano
- Reale N. e altri (1969, a c. di), "Recidivismo e giovani adulti. Nati nel circondario di Roma negli anni 1928-1929-1930", *Studi di criminologia*, n. 4, Sezione criminologica del Centro Nazionale di Prevenzione e difesa sociale, Roma
- Santoro E., Tucci R. (2006), "L'incidenza dell'affidamento sulla recidiva: prime indicazioni e problemi per una ricerca sistematica", in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, Ministero della Giustizia, n. 1
- Thomas W.I., Znaniecki F. (1968), *Il contadino polacco in Europa e in America*, Milano, Edizioni di Comunità, (ed. or. Chicago, 1918-20)
- Turrini Vita R. (2006), *Civiltà della pena. Riflessioni sull'esecuzione penale esterna in Italia*, Ministero della Giustizia, Roma
- Vitello F., Stefanizzi S. (1996) "Genere e criminalità: alcune considerazioni sui dati delle statistiche giudiziarie italiane", in De Cataldo Neuburger L. (a cura di), *La criminalità femminile tra stereotipi e malintese realtà*, Cedam, Padova

**STRANIERI E MISURE ALTERNATIVE
ALLA DETENZIONE CARCERARIA.
CONSIDERAZIONI SULLA SENTENZA
DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 78 DEL 2007***

ENRICO LANZA**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. 2. Cenni sulle misure alternative alla detenzione, in particolare con riferimento alla condizione di estraneità. 3. Caratteristiche generali dell'affidamento in prova al servizio sociale. 4. La presenza degli stranieri negli istituti di pena italiani. 5. L'indirizzo giurisprudenziale che nega l'applicabilità agli stranieri clandestini o irregolari delle misure alternative alla detenzione. La sentenza Calderon. 6. La giurisprudenza che afferma la compatibilità fra la condizione di clandestinità o irregolarità e le misure alternative alla detenzione. 7. Le critiche della dottrina alla sentenza Calderon. 8. L'espulsione come misura alternativa alla detenzione. 9. La tesi della Corte costituzionale sulla natura amministrativa dell'espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione. 10. La sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione del 2006 sull'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti dello straniero clandestino o irregolare. 11. La sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007. 12. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

La questione dell'applicabilità delle misure alternative alla detenzione anche agli stranieri, e in particolar modo dell'affidamento in prova al servizio sociale – che può essere considerato, fra le soluzioni di trattamento extramurario, quella più conducente al finalismo rieducativo –, è stata di recente oggetto di maggiore attenzione che in passato, soprattutto a seguito della decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 14500 del 2006 e poi della sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007, con le quali è stata ammessa questa possibilità¹.

* **La sentenza è pubblicata in questo fascicolo nella sezione "Giurisprudenza".**

** Università di Catania

¹ Per una sintetica rassegna delle posizioni giurisprudenziali antecedenti le sentenze delle Sezioni unite della Corte di cassazione del 2006 e della Corte costituzionale del 2007 vd. M. D'ONOFRIO, *Cittadini extracomunitari clandestini e misure alternative alla detenzione*, in *Rivista penale*, 2005, n. 12, pp. 1281 e ss.

La problematica concerne precipuamente coloro che si trovino in Italia in condizione di clandestinità o di irregolarità, che quindi, essendo privi del permesso di soggiorno, non hanno un titolo legittimo per circolare nel territorio dello Stato.

Nessuna preclusione opera, invece, rispetto a chi è presente regolarmente sul suolo nazionale.

A lungo si era discusso circa la correttezza della scelta di riconoscimento positivo per clandestini e irregolari, ma erano stati individuati motivi ostativi sovente insuperabili e comunque legati alla condizione di estraneità del reo, rispetto alla quale le soluzioni di deflazione carceraria apparivano contraddittorie. D'altronde, fino ad un certo momento, la presenza degli allogeni negli istituti di pena poteva essere considerata residuale; pertanto, il problema della mancata applicazione delle misure alternative alla detenzione nei loro confronti risultava marginale. Oggi questa stessa valutazione non è più attuale a causa della esosità numerica delle presenze all'interno delle nostre strutture detentive soprattutto di extracomunitari².

Di questa situazione ha tenuto conto il legislatore che nell'art. 35 del *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà* del 30 giugno 2000 n. 230 ha previsto disposizioni rivolte specificamente a costoro. Ai sensi di questo articolo, la cui rubrica è *Detenuti ed internati stranieri*, «1. Nell'esecuzione delle misure privative della libertà nei confronti di cittadini stranieri, si deve tenere conto delle difficoltà linguistiche e delle differenze culturali. Devono essere favorite possibilità di contatto con le autorità consolari del loro Paese». «2. Deve essere, inoltre, favorito l'intervento di operatori di mediazione culturale, anche attraverso convenzioni con gli enti locali o con organizzazioni di volontariato»³. Nella riforma del regolamento di esecuzione della legge sull'ordinamento penitenziario si è ritenuto quindi importante prevedere forme di adeguamento della disciplina del trattamento alla specificità della condizione di detenuto straniero.

È possibile ritenere che anche da ragioni "quantitative" sia di-

² M. PAVARINI, *Misure alternative alla detenzione dal 1986 ad oggi. Risultati ed incongruenze del sistema sanzionatorio nell'attuale contesto normativo*, in *questa Rivista*, 2003, n. 1-2, p. 209, evidenzia come, in alcuni contesti e per determinati periodi storici, sia possibile rilevare, fra l'altro, una correlazione positiva tra l'incremento della popolazione "penalizzata" e i tassi di migrazione, senza che ciò significhi necessariamente che la presenza degli stranieri abbia influito sulla recrudescenza della criminalità. Si vedano altresì le relazioni del Ministero degli Interni nel Rapporto sulla sicurezza 2007 al Parlamento.

³ In argomento vd. P. CANEVELLI, *Emanato il regolamento dell'ordinamento penitenziario. Il commento*, in *Diritto penale e processo*, 2000, n. 10, p. 1320.

pesa l'attenzione dei pratici, oltre che della dottrina, sulla questione della conciliabilità della condizione di estraneità – precipuamente di clandestini e irregolari – con la fruibilità delle soluzioni alternative all'espiazione intramuraria della sanzione penale⁴. Da un lato, così, v'è l'esigenza di deflazione carceraria, che costituisce un problema generale di gestione degli istituti di pena, oggi affollati di stranieri; dall'altro, è avvertito il bisogno della ricostruzione sistematica delle misure alternative alla detenzione in modo coerente con la funzione per la quale sono state previste, evitandosi discriminazioni a svantaggio delle categorie sociali più deboli, come possono essere appunto gli extracomunitari.

In questo quadro è apparso necessario anche alla giurisprudenza, a causa dei continui contrasti, definire in modo netto una linea di condotta che colmasse la deficienza normativa.

Malgrado il principio generale, contenuto nella legge sull'ordinamento penitenziario, del divieto di differenze nel trattamento per motivi anche di nazionalità, le analisi empiriche che sono state svolte sull'argomento evidenzerebbero, in generale, la discriminazione di fatto degli stranieri nella possibilità di fruire delle occasioni di reinserimento sociale, sia per ragioni legali (come la mancanza del permesso di soggiorno), sia per ragioni sociali (come l'assenza di lavoro o di un'abitazione), sia per ragioni pratiche (come la privazione di relazioni interpersonali, di un tessuto sociale di riferimento che renda più praticabili le varie soluzioni di espiazione extramuraria)⁵.

Appare d'altronde complementare a quello appena evidenziato il problema della eseguibilità del provvedimento espulsivo nei confronti degli stranieri ammessi al beneficio del trattamento extramurario, rispetto al quale anche la giurisprudenza ha prospettato soluzioni diversificate a seconda del tipo di misura alternativa alla quale era sottoposto l'allogeno. Un aspetto della problematica sembra consistere, cioè, nell'eventuale inibizione del rimedio ablativo (si ricordi che la questione concerne clandestini e irregolari, soggetti che vanno allontanati dal territorio dello Stato) derivante dall'espiazione della pena in forma alternativa.

Non credo, però, che il problema si ponga in concreto poiché, come vedremo, l'eventuale preclusione circa l'applicabilità del ri-

⁴ V'è da rilevare, però, che, secondo G. MAROTTA, *Detenuti stranieri in Italia: dimensioni e problematiche del multiculturalismo penitenziario*, in *questa Rivista*, 2003, n. 1-2, p. 47, in assoluto non sono molti gli stranieri che potrebbero godere dei benefici penitenziari per le motivazioni che verranno appresso esaminate.

⁵ In tal senso MAROTTA, *op. cit.*, pp. 39-40.

medio dell'espulsione del quinto comma dell'art. 16 del testo unico sull'immigrazione – che è stata da molti considerata l'unica misura alternativa prevista per gli extracomunitari illegalmente presenti nel territorio dello Stato – non esclude che, all'esito del periodo espriativo, lo straniero vada espulso comunque ai sensi dell'art. 13, secondo comma, t.u. Il dubbio principale ritengo riguardi il rapporto di gerarchia fra il quinto comma dell'art. 16 t.u. e le disposizioni generali sulle misure alternative alla detenzione, visto che si tratta di soluzioni che, in una certa misura, si escludono vicendevolmente.

2. Cenni sulle misure alternative alla detenzione, in particolare con riferimento alla condizione di estraneità

Le misure alternative alla detenzione sono state inserite nel nostro sistema mediante la legge di riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975 con lo scopo precipuo di rendere effettivo, quantomeno nella fase esecutiva, il finalismo rieducativo della sanzione penale.

Oggi, inoltre, non è possibile discutere di questi istituti affermandone il carattere di eccezionalità. Secondo alcune rilevazioni, a decorrere dal 2000 la quantità delle pene che vengono espriate fuori dal carcere è superiore a quella delle pene eseguite nella struttura detentiva, tanto che il 60% delle sentenze definitive di condanna passerebbe al vaglio dei tribunali di sorveglianza proprio in ragione delle richieste di concessione delle soluzioni alternative alla sanzione tradizionale⁶.

Nel corso del tempo vi sono stati vari interventi novellistici ed ermeneutici, che hanno modificato l'assetto normativo originario concernente le misure alternative.

Come evidenziato da Pavarini⁷, si è assistito, innanzitutto, alla trasformazione delle misure alternative alla detenzione da sostitutivi delle pene di breve durata a modalità esecutiva di ogni sanzione detentiva. Nell'impianto originario della legge di riforma dell'ordinamento penitenziario tali misure dovevano costituire, evidentemente, una possibilità diversa per chi aveva commesso reati di minore consistenza, precludendosi l'accesso al trattamento extracarcerario di chi si era reso autore di fatti gravi ed aveva

⁶ Così, A. MARCHESELLI, *L'efficacia rieducativa delle misure alternative alla detenzione*, in www.diritto.it del 12 giugno 2003.

⁷ Per le riflessioni che seguono vd. PAVARINI, *op. cit.*, pp. 215 e ss.

manifestato in tal modo, con la propria condotta, una peculiare pericolosità. Nel bilanciamento degli interessi che la questione dell'esecuzione penale pone veniva attribuita prevalenza, così, alle ragioni di prevenzione e di difesa sociale. In seguito questo approccio è mutato. Ne è riprova la variazione del concetto di "pena inflitta" – cui si fa riferimento nella disposizione sull'affidamento in prova al servizio sociale –, che al momento dell'emanazione della legge n. 354 del 1975 era la sanzione irrogata dal giudice della cognizione e che è divenuta in seguito, a causa delle interpretazioni giurisprudenziali prima e dell'intervento del legislatore poi, la pena che rimane da espiare. Il riferimento attuale al residuo di sanzione da scontare sottolinea invero il carattere progressivo del trattamento, come percorso che si snoda in più fasi successive. Rispetto a questa interpretazione, però, può essere rilevato che ammettere il condannato ai benefici penitenziari nell'ultimo periodo di esecuzione non dovrebbe costituire un rischio per le esigenze di difesa sociale, anche se l'intervento concerne chi si è reso autore di fatti particolarmente biasimevoli e puniti esosamente, poiché in quel momento il percorso trattamentale – che riguarda tutti i condannati – dovrebbe aver già prodotto gli effetti per i quali è stato concepito.

In secondo luogo, è stata per lo più eliminata – da ultimo con la legge Simeone-Saraceni – la necessità dell'ingresso in istituto per fruire delle forme di trattamento extramurario. In questo modo, secondo Pavarini, oggi potrebbe apparire improprio parlare di "alternative" al carcere, poiché il procedimento che porta all'applicazione della soluzione decarcerizzante fa sì che questa costituisca nei fatti più propriamente una forma di pena, definita, però, da un giudice diverso da quello della cognizione.

In terzo luogo, si è assistito alla sostituzione dei bisogni di prevenzione speciale prima con soluzioni premiali per favorire la collaborazione con la giustizia, poi con logiche di deflazione carceraria, connotate da un certo automatismo (come in alcuni casi di detenzione domiciliare), per arginare il problema del sovraffollamento delle strutture di contenimento.

Infine, si è verificato il tendenziale spostamento del parametro di giudizio sulla meritevolezza della misura dalla personalità del condannato, visto nella sua individualità, all'affidabilità dello stesso in ragione del suo contesto situazionale: famiglia, condizioni abitative, attività lavorativa. Ne è derivato che risultano svantaggiati nella fruizione delle misure alternative proprio gli stranieri, perché normalmente privi di quel sostrato di relazioni sociali che permettono di esprimere un giudizio prognostico positivo sul successo della soluzione decarcerizzante, malgrado spesso scontino

pene di modesta entità e non presentino una particolare pericolosità soggettiva⁸.

È evidente, però, che accanto alle questioni tecnico-giuridiche sulla fruibilità di tali soluzioni extramurarie – che verranno analizzate ampiamente –, esistono realmente delle difficoltà pratiche nell'attuazione delle varie misure alternative nei confronti degli allogeni, consistenti appunto, soprattutto, nell'assenza frequente di una rete di relazioni sociali (non solo di tipo familiare), che possa costituire un punto di riferimento per la definizione dei programmi trattamentali extracarcerari, nonché nelle condizioni di indigenza economica in cui tali soggetti versano normalmente.

Per affrontare in modo più chiaro la questione sarebbe opportuno effettuare un'analisi circa la compatibilità del regime delle misure alternative alla detenzione con la condizione di clandestinità o irregolarità dello straniero condannato avendo riguardo ai singoli benefici penitenziari, perché rispetto ad ognuno di questi possono essere avanzate prospettive diverse connesse con le loro specifiche modalità esecutive.

Va ricordato che le misure alternative in senso ampio, previste nel nostro ordinamento, sono costituite dall'affidamento in prova al servizio sociale, anche nella peculiare forma terapeutica, dalla detenzione domiciliare, dalla semilibertà, dalla liberazione anticipata e dalla liberazione condizionale. In una posizione di prossimità nella natura giuridica si collocano i permessi premio. Rispetto a questi ultimi, nonché alla liberazione anticipata, come evidenziato da certa dottrina, non si pongono problemi particolari, in quanto il loro carattere premiale li ha resi generalmente riconoscibili a chiunque⁹. Pertanto, anche chi nega in generale la concedibilità delle misure alternative a clandestini e irregolari ammette l'utilizzabilità del rimedio della liberazione anticipata – nonché dei permessi premio – per costoro in quanto ritenuto beneficio attinente all'esecuzione

⁸ PAVARINI, *op. cit.*, pp. 219-220, pone in evidenza difatti, da un lato, come, al momento del suo studio, gli stranieri detenuti costituissero un terzo della popolazione carceraria e la maggior parte fra loro, che fossero condannati in via definitiva, dovesse espriare una pena inferiore ai tre anni e, dall'altro, come a ciò non corrispondesse un numero proporzionale di misure alternative. Lo stesso tipo di discriminazione – ha rilevato l'Autore – opera nel rito minorile nella concessione dello strumento della sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato, previsto nell'art. 28 d.P.R. n. 448 del 1988, normalmente precluso, malgrado possa essere considerato un rimedio ordinario per fronteggiare la criminalità minorile, ai giovani nomadi o figli di immigrati, per lo più rei di furti o di spaccio di sostanze stupefacenti. Sull'argomento mi si permetta il rinvio al mio *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, Giuffrè, Milano, 2003.

⁹ Cfr. G. DI ROSA, *Ricade sul magistrato di sorveglianza l'assenza di una coerenza sistematica*, in *Guida al diritto*, 3 giugno 2006, n. 22, p. 55.

della pena detentiva¹⁰. Le medesime considerazioni dovrebbero valere per la liberazione condizionale. Per quanto concerne l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare e la semilibertà, v. oltre.

Con riferimento alla situazione dello straniero illegalmente presente nel territorio dello Stato, al di là delle posizioni interpretative che sono state sostenute da dottrina e giurisprudenza – sulle quali ci si soffermerà più oltre –, credo che un elemento, affermato in più occasioni dalla giurisprudenza di legittimità, non possa essere contestato agevolmente: la necessità che la misura alternativa abbia luogo in Italia. Una preclusione, cioè, nei confronti dello straniero alla fruizione di soluzioni espiative extramurarie – ritengo in modo indipendente dalla condizione di clandestinità o irregolarità – è la presenza all'estero del condannato, non tanto per ragioni – invero superabili – relative all'istanza e quindi al procedimento concessivo, quanto negli aspetti concernenti la fattibilità di tali misure, che richiedono attività di controllo e sostegno – soprattutto nel caso dell'affidamento in prova al servizio sociale – che diverrebbero troppo onerose se da effettuare al di fuori del territorio nazionale. In linea di principio è vero che ci si potrebbe attrezzare per consentire lo svolgimento di tali misure anche nel contesto di provenienza del condannato – che potrebbe costituire addirittura il luogo più idoneo perché il progetto d'intervento risulti efficace, vista la maggiore consonanza culturale e sociale fra lo straniero e il luogo da cui egli proviene –; tuttavia, ciò presupporrebbe una salda cooperazione internazionale e soprattutto un sistema sociale dotato di cospicue risorse. Sono ragioni pragmatiche, allora, che inducono ad una soluzione diversa¹¹.

D'altronde, come già rilevato, anche la Corte di cassazione ha manifestato, da tempo e in modo che si può ritenere costante, questo orientamento.

Con una decisione del 1988 la Cassazione aveva sostenuto che «Non è ammissibile l'affidamento in prova presso un consolato italiano, se l'interessato sia residente all'estero, in quanto destinatari di detto affidamento possono essere soltanto i centri di servizio sociale dipendenti dall'amministrazione penitenziaria»¹² (qui,

¹⁰ Vd., ad esempio, L. DEGL'INNOCENTI, *Misure alternative alla detenzione e cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità*, in *Rivista di polizia*, 2004, n. 1-2, p. 84.

¹¹ Anche se oggi l'attenuazione di questa rigidità potrebbe ipotizzarsi quantomeno per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea. Su alcune questioni relative a tale profilo vd. oltre nel testo.

¹² Corte di cassazione, sez. I, ud. 3 febbraio 1988 (dep. 2 marzo 1988), Virga, in *Cassazione penale*, 1989, n. 307, pp. 286-287.

invero, la motivazione del diniego pare connessa esclusivamente con ragioni di competenza – del centro di servizio sociale rispetto al consolato italiano –, sebbene non sembri tenersi conto della possibilità – teorica – di una missione all'estero degli operatori sociali, difficoltosa certo per gli oneri di organizzazione e finanziari che ne deriverebbero, nonché per la necessità di un rapporto continuativo con l'affidato, ma non astrattamente irrealizzabile).

Con una decisione del 1997 il Supremo Collegio, in modo più generico e anticipatorio della posizione poi nuovamente sostenuta nel 1998, aveva stabilito che «Non è ammissibile la concessione di affidamento in prova presso un consolato italiano nel Paese estero in cui il condannato risiede, in quanto l'affidamento in prova è una misura alternativa alla detenzione e, come tale, non può svolgersi in uno Stato diverso da quello in cui la pena dovrebbe essere espiata»¹³. Viene così rilevata la sussistenza di un principio di nazionalità nell'esecuzione della pena, da ritenere d'altronde conforme all'impostazione statalistica del sistema penale.

Infine, nel 1999, in senso adesivo alle precedenti pronunce anche se in modo leggermente più articolato, i giudici di legittimità hanno affermato che «quantunque le misure alternative alla detenzione (nella specie, affidamento in prova al servizio sociale) siano applicabili sia ai cittadini italiani, sia agli stranieri, a nulla rilevando l'attualità della presenza dell'interessato al momento dell'istanza, tuttavia l'esecuzione della misura alternativa deve necessariamente svolgersi nel territorio dello Stato, in quanto i centri di servizio sociale per adulti svolgono soltanto nell'ambito territoriale di competenza la loro attività, che per sua specifica natura non rientra tra quelle funzioni statali esercitabili, in territorio estero, dagli uffici consolari italiani. (In motivazione, la S.C. ha avuto modo di precisare che è pienamente compatibile con la fruizione in Italia di beneficio penitenziario la possibilità, previa autorizzazione della competente autorità di sorveglianza, di recarsi, per contingenti e improvvisi motivi, all'estero per farvi fronte)»¹⁴. Incidentalmente, va notato come in questa sentenza non venga considerata proble-

¹³ Corte di cassazione, sez. I, ud. 29 gennaio 1997 (dep. 25 marzo 1997), n. 631, Vasta, in *Cassazione penale*, 1998, n. 1237, p. 2131. In senso conforme poi, appunto, Corte di cassazione, sez. I, ud. 6 ottobre 1998 (dep. 14 dicembre 1998), n. 4802, Antonacci, in *Cassazione penale*, 2000, n. 855, p. 1421, in cui si è evidenziato che «Non è ammissibile la concessione dell'affidamento in prova presso un paese straniero in cui il condannato risiede, in quanto si tratta di una misura alternativa alla detenzione e, come tale, non può svolgersi in una nazione diversa da quella in cui la pena dovrebbe essere espiata».

¹⁴ Corte di cassazione, sez. I, ud. 26 ottobre 1999 (dep. 30 dicembre 1999), n. 5895, Ceruti, in *Rivista penale*, 2000, pp. 516-517.

matica la possibilità di applicare agli stranieri le soluzioni extramurarie, ma questa sia normalmente ammessa (anche se il riferimento potrebbe essere inteso in modo esclusivo per gli allogeni in regola con le norme in materia migratoria).

Sulla questione dell'eseguibilità all'estero delle misure alternative si è in un certo senso pronunciata anche la Corte costituzionale con un'ordinanza del 2001, nella quale è stata dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 47 della legge sull'ordinamento penitenziario, sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Caltanissetta con riferimento agli artt. 3, 4, 16 e 27 della Carta fondamentale, nella parte in cui non è previsto che l'esecuzione di una misura alternativa alla detenzione come l'affidamento in prova al servizio sociale possa essere svolta anche nel territorio di un altro Stato appartenente all'Unione europea¹⁵.

La situazione che aveva costituito l'occasione per questo intervento della Consulta era rappresentata dalla vicenda di un condannato residente in Germania, dove viveva con la famiglia e svolgeva un'attività lavorativa e che possedeva quelle condizioni soggettive sufficienti per l'ammissione al trattamento extramurario, il quale aveva fatto istanza al Tribunale di sorveglianza di Caltanissetta di concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale¹⁶. I giudici nisseni avevano evidenziato come sia la giurisprudenza della Cassazione che la prassi dell'amministrazione penitenziaria escludevano la possibilità di effettuare il *probation* all'estero in quanto la competenza dei centri di servizio sociale – che sono gli unici soggetti istituzionali ammessi a svolgere le funzioni di sostegno e di controllo nell'ambito di questa misura – è tipicamente nazionale. Purtuttavia, questa soluzione esegetica, adottata anche dal Supremo Collegio, ad avviso del Tribunale di sorveglianza poneva il problema della compatibilità con alcuni principi costituzionali, problema che dunque andava affrontato.

In particolare, era stata ravvisata la violazione del terzo comma dell'art. 27 Cost., poiché, dovendo comunque tendere la pena alla rieducazione del condannato, l'ordinamento avrebbe dovuto rendere operativo sempre questo principio; dell'art. 3 Cost., perché bisognava garantire a tutti i cittadini le condizioni di parità nell'ambito lavorativo, indipendentemente dal fatto che fossero residenti o meno nel territorio dello Stato; dell'art. 4 Cost., per l'esigenza di rendere effettivo il principio costituzionale del diritto al lavoro;

¹⁵ Corte costituzionale, ordinanza 17 maggio 2001, n. 146, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, n. 2, pp. 462 e ss.

¹⁶ Va notato che la questione riguardava un cittadino italiano.

del secondo comma dell'art. 16 Cost., perché il diritto di uscire dal territorio nazionale e di rientrarvi liberamente non doveva essere di fatto vanificato dall'impossibilità di svolgimento dell'attività lavorativa all'estero. Inoltre, la prassi amministrativa contestata, nel sistema dell'integrazione europea anche nei settori della sicurezza e della giustizia, appariva antistorica.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri si era opposta a questa ricostruzione per ragioni essenzialmente formali, consistenti, intanto, nell'assenza di una norma costituzionale che consenta l'esecuzione della pena al di fuori del territorio dello Stato in cui si esercita la potestà punitiva, sostenendo, in pratica, il carattere nazionale dello *ius puniendi*; inoltre, nella necessità comunque di una regolamentazione apposita, basata su un accordo internazionale, che in realtà mancava, il quale disciplinasse le modalità di esecuzione della pena all'estero.

La Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione sottoposta al suo giudizio evidenziando, in sostanza, che il difetto di competenza, in assenza di una normativa internazionale apposita, non concerne solo i centri di servizio sociale, ma anche il magistrato di sorveglianza e l'autorità di pubblica sicurezza, che non potrebbero esercitare i loro poteri autoritativi connessi con le funzioni di controllo durante l'esecuzione della misura alternativa. In secondo luogo, la Corte ha rilevato che, pur sussistendo degli accordi sopranazionali che permettono l'esecuzione della pena all'estero, tali normative riguardano l'ipotesi del trasferimento del detenuto all'autorità straniera e non, come nel caso prospettato, l'esecuzione nel territorio straniero di una misura penale ad opera delle autorità italiane. Né può ritenersi contrastante con alcuna norma costituzionale, ad avviso del giudice delle leggi, la limitazione dell'esecuzione delle sanzioni penali nel territorio dello Stato. La disuguaglianza che si sarebbe venuta a creare fra cittadini condannati che vivono e lavorano in Italia e cittadini condannati che vivono e lavorano all'estero, nonché l'impedimento al pieno esercizio del diritto al lavoro sono situazioni di mero fatto e non derivano dai contenuti dell'art. 47 della legge sull'ordinamento penitenziario. La libertà di circolazione dell'art. 16 è stata poi ritenuta argomento non pertinente rispetto alle esigenze di limitazione della libertà personale conseguenti ad una condanna penale. In ultimo, il finalismo rieducativo della pena non è apparso violato perché ogni forma di esecuzione penale può avvenire, secondo la Consulta, solo sul territorio nazionale ed è riconoscibile, dal punto di vista giuridico, anche nei confronti di chi vive all'estero, sebbene in questo caso possa risultare di fatto di più difficile applicazione.

Sembra, però, che su quest'ultimo punto – che è quello caratterizzante la questione – la Corte abbia ommesso di effettuare i necessari approfondimenti. Nell'ottica del giudice rimettente, la preminenza a livello costituzionale del principio rieducativo della sanzione penale avrebbe dovuto comportare non soltanto la stimolazione dell'attività parlamentare verso la stipula di appositi accordi a livello internazionale per rendere effettiva questa finalità, ma l'adozione di soluzioni organizzative nello *status quo* per non posporre ad aspetti tutto sommato burocratici i bisogni della persona umana. Lo scudo, che i giudici costituzionali hanno sollevato, è in fondo costituito dalla logica della sovranità nazionale e dalla necessità, quindi, che il diritto espleti le sue funzioni all'interno delle mura domestiche. Ed è proprio della correttezza di tale punto di vista che preme in questa sede dubitare.

Riprendendo la questione del trattamento degli allogeni, è stato evidenziato come l'obiettivo di promozione della risocializzazione del condannato, che il legislatore si era prefissato in generale con la legge di riforma dell'ordinamento penitenziario, rispetto agli stranieri in particolar modo non abbia avuto attuazione effettiva per una pluralità di ragioni, anche di carattere pratico.

In primo luogo, va considerata la frequente ignoranza della lingua italiana, che rende difficoltose le interrelazioni pure col contesto carcerario, oltre a limitare le possibilità di fruizione delle opportunità offerte dalla legislazione, in quanto appunto non se ne viene a conoscenza; questa condizione è d'altronde acuita dallo stato di clandestinità o irregolarità della gran parte dei detenuti stranieri, nonché dal fatto che una congrua percentuale di questi – stimata intorno al 33% – sono persone che usano l'Italia come punto di transito per giungere nei Paesi del centro e del nord dell'Europa.

In secondo luogo, è chiara la difficoltà di definire un percorso trattamentale adeguato alla personalità dell'allogeno, a causa della scarsa conoscenza del suo contesto di provenienza e, quindi, dei suoi bisogni e delle modalità con le quali soddisfarli. Si è, ad esempio, posto il problema di stabilire se i valori sociali ai quali deve essere improntato il trattamento dello straniero siano quelli del suo luogo di provenienza, quelli del luogo in cui si trova ad espriare la condanna o, piuttosto, dei non meglio definiti valori universali.

In terzo luogo, sussistono difficoltà di attuazione del percorso trattamentale, qualora si riesca a definirlo: sia per gli aspetti concernenti l'istruzione, visto che dalle risultanze statistiche sono pochi gli allogeni che partecipano a corsi di alfabetizzazione e professionali; sia per gli aspetti concernenti il lavoro all'esterno, dato che la gran parte degli stranieri detenuti è costituita da clandestini,

che difficilmente possono trovare un datore di lavoro, anche per la mancanza di una rete di relazioni esterne alla struttura di segregazione, e che, comunque, sono sfavoriti dalla legislazione che riconosce la precedenza, nell'assegnazione delle attività lavorative ai detenuti, a coloro che abbiano maggiore anzianità di disoccupazione durante lo stato di detenzione, più carichi familiari, esperienze pregresse documentate e più congrue prospettive future¹⁷.

In quarto luogo, può risultare in molti casi arduo rendere effettivo il diritto di professare la propria fede religiosa.

Infine, vi è la possibilità ridotta di contatti col mondo esterno, in particolare con la famiglia, che sovente si trova nel Paese di origine del detenuto, con l'esito paradossale che sono gli stranieri collegati con la criminalità organizzata e quindi più pericolosi a possedere quelle condizioni oggettive che renderebbero possibile il trattamento extramurario¹⁸.

3. Caratteristiche generali dell'affidamento in prova al servizio sociale

L'affidamento in prova al servizio sociale può essere considerato la più importante fra le misure alternative alla detenzione poiché costituisce – o dovrebbe costituire – lo strumento tramite il quale il percorso trattamentale si rende più fattivo, eliminando lo stato di privazione della libertà personale e favorendo i contatti con l'ambiente esterno, da cui trarre le occasioni per il migliore reinserimento sociale. Già dal momento della sua introduzione nel sistema penitenziario l'istituto è stato considerato il «punto nodale» della riforma, in quanto costituisce un'alternativa al carcere di tipo integrale, a differenza della semilibertà che, secondo autorevole dottrina, può essere più correttamente qualificata come una «speciale modalità di esecuzione della pena detentiva», visto che lo stato di carcerazione permane pur se intervallato da contatti con l'ambiente esterno¹⁹.

¹⁷ Ai sensi del sesto comma dell'art. 20 della legge sull'ordinamento penitenziario, «Nell'assegnazione dei soggetti al lavoro si deve tener conto esclusivamente dell'anzianità di disoccupazione durante lo stato di detenzione o di internamento, dei carichi familiari, della professionalità, nonché delle precedenti e documentate attività svolte e di quelle a cui essi potranno dedicarsi dopo la dimissione, con l'esclusione dei detenuti e internati sottoposti al regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14-bis della presente legge».

¹⁸ Per queste riflessioni cfr. MAROTTA, *op. cit.*, pp. 49 e ss. Vd. in particolare p. 62.

¹⁹ Così F. BRICOLA, *L'affidamento in prova al servizio sociale: «fiore all'occhiello» della riforma penitenziaria*, in *La questione criminale*, 1976, p. 373.

Si tratta di un rimedio comunque sottoposto ad una serie di presupposti formali e sostanziali. In via principale, vanno considerate la condanna ad una pena non superiore a tre anni di reclusione – o, per opinione ormai diffusa, il residuo di pena del medesimo ammontare – e la prognosi positiva sul comportamento futuro del reo, nel senso sia dell'esclusione di condotte recidivanti sia della fattibilità del percorso rieducativo.

Il progetto d'intervento è il contenitore delle prescrizioni cui il condannato si sottopone e che vanno finalizzate proprio al trattamento. I servizi sociali sono il soggetto deputato a svolgere funzioni di controllo e di sostegno.

La prevalenza della finalità risocializzante di questo strumento è confermata anche dalle recenti posizioni ermeneutiche della giurisprudenza. Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno affermato, per esempio, che «In tema di affidamento in prova al servizio sociale, ai fini della valutazione dell'esito della prova, è possibile prendere in considerazione anche comportamenti posti in essere dal condannato dopo che sia cessata l'esecuzione della misura alternativa, ma prima che sia formulato il giudizio sul relativo esito, giacché essi, quantunque di per sé inidonei a giustificare la revoca, possono, tuttavia, costituire indici sintomatici, per qualità e gravità, del mancato conseguimento di quell'obiettivo di recupero sociale del condannato, cui la misura stessa è preordinata»²⁰, ritenendo così la natura sostanziale del giudizio. Anche se, come è stato rilevato, al Supremo Collegio è sembrato opportuno definire alcune condizioni perché questo prolungamento del periodo di esame operi: l'eliminazione di ogni automatismo valutativo e la preferenza per un giudizio massimamente individualizzato, in cui si tenga conto, complessivamente, della condotta dell'affidato durante l'esperimento della misura, del fatto compiuto all'esaurimen-

²⁰ Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 27 febbraio 2002 (dep. 13 marzo 2002), n. 5, Martola, in *questa Rivista*, 2003, n. 3, p. 101, con nota di R. TUCCI, *Riflessioni sulla natura dell'affidamento in prova ai servizi sociali a seguito di una recente sentenza delle Sezioni Unite*, pp. 101 e ss., che analizza la differenza fra i casi della revoca della misura e della valutazione circa l'esito della stessa. Con riferimento, in particolare, al problema affrontato dalle Sezioni unite, va rilevato come esistesse un forte contrasto interpretativo fra i giudici di legittimità. In certe sentenze il periodo di prova era considerato una fase comunque chiusa, sulla cui valutazione non poteva incidere alcuna condotta successiva al completamento del periodo di esecuzione della misura, secondo un'impostazione molto formalistica. In altre, invece, veniva privilegiato l'effettivo conseguimento del fine rieducativo del provvedimento, che doveva costituire il vero parametro di giudizio circa l'esito della misura e che appariva inevitabilmente compromesso quando l'affidato avesse tenuto, dopo l'esaurimento del *probation*, un comportamento biasimevole. La sentenza è riportata anche in *Diritto penale e processo*, 2002, n. 10, pp. 1225 e ss., con nota di R. BARTOLI, *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia. Il commento*, pp. 1230 e ss.

to di questa, della distanza temporale fra la conclusione della prova e il comportamento censurabile (per verificare così che il proposito criminoso abbia avuto un suo sviluppo già nel periodo di prova, il cui eventuale andamento positivo era in verità solo apparente), nonché della pertinenza di questo comportamento con l'oggetto e le modalità del *probation*²¹, entro il limite – formale, in modo forse compromissorio rispetto all'opposto orientamento – del giudizio sull'esito della misura.

Con riferimento al problema dell'applicabilità del rimedio anche agli allogeni clandestini o irregolari, l'affidamento in prova al servizio sociale costituisce l'ipotesi forse più controversa, certamente più importante perché qui la persona è libera di circolare nel territorio pur essendo priva del permesso di soggiorno. Secondo Santoro²², la conferma dell'applicabilità del *probation* penitenziario allo straniero si evincerebbe proprio dalla disciplina dell'art. 16, quinto comma, t.u. (che, come si vedrà ampiamente, è stato indicato da certa dottrina e da certa giurisprudenza come la ragione formale ostativa alla concessione delle misure alternative agli stranieri presenti sul territorio dello Stato in condizione di illegalità), nel senso che quest'ultimo troverebbe attuazione solo se non si è ricorso all'affidamento ai servizi: sussisterebbe cioè tra le due misure incompatibilità. Infatti, mentre la disposizione dell'art. 47 o.p. trova applicazione per pene fino a tre anni normalmente, fino a quattro nel caso di affidamento terapeutico, l'espulsione è disposta per pene anche residue non superiori ai due anni. Inoltre – ed è questo l'aspetto saliente –, condizione necessaria per disporre il provvedimento ablativo è lo stato di detenzione dello straniero, che, se affidato, non può essere considerato detenuto; quindi, nei suoi confronti non è utilizzabile il rimedio dell'art. 16 t.u.

Tuttavia, questa interpretazione potrebbe essere contraddetta evidenziando che è proprio l'esistenza dell'art. 16, quinto comma, t.u. che potrebbe costituire l'ostacolo normativo – per le ragioni che verranno appresso esaminate – della ricorribilità al *probation*²³.

²¹ TUCCI, *op. cit.*, p. 104.

²² E. SANTORO, *L'esecuzione penale nei confronti dei migranti irregolari e il loro "destino" a fine pena*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, p. 28.

²³ Qualche problematica interpretativa si è posta anche con riferimento all'affidamento in prova terapeutico. È stato evidenziato il rischio di un atteggiamento discriminatorio a danno degli stranieri clandestini o irregolari, in quanto nella legge è previsto che abbiano diritto all'assistenza sanitaria nazionale tutti gli stranieri, indipendentemente dalla condizione di regolarità, nel periodo di detenzione o internamento negli istituti penitenziari, mentre l'extracomunitario clandestino o irregolare, che non sia autore di illeciti penali, ha diritto alle cure urgenti ed essenziali. Il riferimento allo stato di detenzione per essere ammessi ai vantaggi dell'assistenza sanitaria comporta che

4. La presenza degli stranieri negli istituti di pena italiani

Una delle ragioni giustificative dell'attenzione dottrinale e giurisprudenziale verso il tema della concedibilità agli stranieri clandestini o irregolari delle misure alternative alla detenzione è costituita, come già evidenziato, dall'incremento consistente del numero di detenuti allogeni negli istituti di pena italiani²⁴.

Secondo alcune stime dell'ISTAT²⁵, nell'arco temporale compreso fra il 1990 e il 1999 l'ingresso degli stranieri in carcere è più che triplicato, a fronte di un aumento generale degli ingressi negli istituti di pena del 35%. Inoltre, in assoluto nel 1990 la quota di stranieri della popolazione detenuta costituiva il 16% del totale, nel 1999 superava il 33%; rilevazione valida anche con riferimento alle detenute, che nel 1990 rappresentavano il 17% del totale, nel 1999 il 40%. L'andamento è sostanzialmente confermato dalle analisi del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria²⁶. Secondo altre rilevazioni, nel periodo compreso fra il 1996 e il 2006 il numero degli stranieri ristretti è più che raddoppiato in termini

lo straniero in affidamento terapeutico non verrà economicamente sostenuto dallo Stato nel programma di recupero, proprio perché la sua condizione non può essere definitiva detentiva e non si ritiene possa trattarsi di situazione di urgenza. Sul punto, diffusamente, SANTORO, *op. cit.*, pp. 33 e ss., che prospetta anche delle soluzioni di forzatura interpretativa, che consentirebbero di eliminare questa diversità di trattamento.

²⁴ Esprime analoga considerazione PAVARINI, *op. cit.*, p. 210, secondo cui esiste la tendenza nei Paesi occidentali – che non appare certo una novità della società contemporanea – ad applicare la sanzione detentiva nei confronti dei soggetti marginali, soprattutto giovani tossicodipendenti ed immigrati.

²⁵ I dati sono riportati da MAROTTA, *op. cit.*, che ha attinto dalle statistiche giudiziarie penali dell'ISTAT e dai documenti del Servizio per l'informatica e la statistica del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria per il periodo 1990-2002, nonché da alcune ricerche empiriche. Come pone in evidenza l'Autrice, le informazioni riguardano soltanto soggetti adulti perché la criminalità minorile presenta peculiarità che richiederebbero un'indagine apposita. Inoltre, Ella sottolinea come nelle rilevazioni statistiche il riferimento a coloro che sono entrati e usciti dagli istituti di pena non riguardi i soggetti nella loro individualità, bensì gli avvenimenti che hanno determinato l'insorgenza del rapporto con la struttura carceraria. Di conseguenza, una stessa persona potrebbe essere conteggiata più volte perché ha commesso più fatti e, quindi, è entrata in istituto un numero maggiore di volte. Ne deriva che la cifra complessiva di persone che hanno avuto contatti con le strutture di segregazione è in realtà inferiore rispetto ai dati riportati dalle statistiche.

²⁶ MAROTTA, *op. cit.*, p. 42-43. Anche in R. MAGI, *Stranieri e pericula libertatis: la giurisprudenza, tra rispetto dei principi e ricorrenti semplificazioni*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2003, n. 1, p. 44, si sottolinea che la popolazione carceraria è ormai costituita per il 30% da stranieri, per lo più giovani e maschi. I dati sono confermati pure da S. TOVANI, *Misure alternative alla detenzione e status di straniero irregolare al vaglio delle Sezioni Unite*, in *questa Rivista*, 2006, n. 1, p. 183, e da S. CIAPPI, *Vuoti a perdere, ovvero sulla condizione giuridica e sociale dello straniero in carcere*, in *Quaderni di sociologia*, 2006, n. 1, pp. 43-44.

assoluti, passando in percentuale da più del 19% della popolazione carceraria alla data del 31 dicembre 1996 al 30% alla data del 31 marzo 2006²⁷.

Motivi di questo incremento possono essere individuati nella maggiore presenza in generale degli stranieri nel territorio nazionale, cui consegue ragionevolmente l'aumento corrispondente degli allogeni che si rendono autori di fatti penalmente rilevanti; in un più ampio controllo realizzato dalle agenzie che si occupano di ordine pubblico nei confronti di coloro che presentano evidenti elementi di diversità; nella differenziazione della risposta istituzionale alla criminalità degli stranieri rispetto a quella degli autoctoni, anche a causa della maggiore difficoltà concreta nel godimento da parte dei primi delle soluzioni procedurali extracarcerarie²⁸. Inoltre, a queste considerazioni può essere aggiunto che i reati di cui si rendono prevalentemente autori gli stranieri sono quelli che presentano maggiore impatto sociale. Nell'ordine, secondo l'indagine della Marotta: reati in materia di sostanze stupefacenti, contro il patrimonio, contro la persona (ivi compresa la violenza sessuale), di sfruttamento sessuale dei minorenni, connessi con la prostituzione, contro la pubblica amministrazione (in particolare, violenza e resistenza al pubblico ufficiale), contro la fede pubblica²⁹. Si è così sostenuto come gli immigrati siano coinvolti soprattutto nelle economie illegali con ruoli subalterni e risultino autori di delitti predatori o di forme di criminalità opportunistica³⁰.

Com'è stato opportunamente evidenziato, nell'analizzare i dati a disposizione sul *quantum* delle presenze di allogeni negli istituti di pena italiani è necessario sottolineare come dalle statistiche possa risultare la sovra-rappresentazione della criminalità degli stranieri, in ragione del fatto che esiste una tendenza – anche inconsapevole – delle agenzie di controllo a procedere con maggiore facilità nei confronti degli allogeni, pure per ragioni oggettive. In particolare, rispetto ai clandestini e agli irregolari è più consistente il pericolo di fuga, come rispetto agli stranieri privi di fissa dimora non è concretamente applicabile la misura cautelare degli arresti domiciliari. Nei confronti di tali soggetti, allora, il ricorso alla custodia preventiva in carcere non costituisce una *ultima ratio*, ma la soluzione cautelare di fatto preferibile. Molte volte, poi, queste persone non vengono condannate, con la conseguenza che il loro

²⁷ Così L. PAGANO, *Più della deflazione conta il reinserimento*, in *Guida al diritto*, 3 giugno 2006, n. 22, p. 58.

²⁸ In tal senso MAROTTA, *op. cit.*, p. 43.

²⁹ Cfr. MAROTTA, *op. cit.*, p. 46.

³⁰ Così PAVARINI, *op. cit.*, p. 210.

ingresso in carcere, determinato da motivazioni in fondo diverse dall'effettiva presunzione di colpevolezza, incide sulla rilevazione della quantità dei detenuti stranieri senza, tuttavia, influire sulla reale criminalità degli allogeni³¹.

A parere della Marotta, la conferma di questa tendenza potrebbe essere tratta, con le dovute cautele, dal confronto di alcuni dati forniti dall'ISTAT e dal D.A.P., secondo i quali vi sarebbe una cospicua differenza fra coloro che sono entrati in carcere nell'arco dell'anno e sono presenti alla fine dello stesso a seconda che siano italiani o stranieri; nel senso che, mentre quasi il 77% degli italiani che hanno fatto ingresso negli istituti di pena nel 2001 sono ancora presenti alla data del 31 dicembre, poco più del 58% degli stranieri è ancora detenuto alla fine dell'anno. Inoltre, mentre la percentuale dei condannati italiani in via definitiva presenti negli istituti è maggiore della percentuale degli autoctoni imputati, per gli stranieri vale il contrario. Da questi raffronti dovrebbe derivare la considerazione circa il più frequente ricorso della carcerazione preventiva a carico degli stranieri, anche qualora non sussistano effettive gravi motivazioni³².

Secondo alcuni studi, una certa discriminazione può essere rinvenuta anche nella sottoposizione degli stranieri alle misure alternative alla detenzione. Alla data del 30 giugno 2005 meno del 6% delle persone ammesse alle soluzioni trattamentali extracarcerarie erano stranieri³³. Su questo risultato ha potuto invero incidere cospicuamente la ritenuta incompatibilità fra la condizione di estraneo clandestino o irregolare e il godimento dei benefici penitenziari.

5. L'indirizzo giurisprudenziale che nega l'applicabilità agli stranieri clandestini o irregolari delle misure alternative alla detenzione. La sentenza Calderon

Come si è già evidenziato, certa giurisprudenza ha negato la possibilità di applicare le misure alternative alla detenzione nei

³¹ In tal senso MAROTTA, *op. cit.*, p. 41. Una conferma di questa tendenza discriminatoria – o, quantomeno, l'esigenza di verificare se questi dati derivino davvero da una maggiore criminalità degli stranieri piuttosto che dalla selezione operata dalle agenzie di controllo – deriverebbe, secondo MAGI, *op. cit.*, p. 44, dal confronto fra la percentuale di stranieri ristretti (circa il 30% della popolazione carceraria) e la percentuale di stranieri presenti sul territorio nazionale (circa il 2% della popolazione residente).

³² Così MAROTTA, *op. cit.*, p. 44.

³³ Così PAGANO, *op. cit.*, p. 59.

confronti degli extracomunitari presenti nel territorio nazionale come clandestini o irregolari in ragione dell'incompatibilità ontologica di questa condizione con le soluzioni trattamentali extramurarie.

Così, ad esempio, la Corte di cassazione, in una sentenza del 2003, Calderon, che può essere considerata la più rappresentativa di questo filone, ha sostenuto che «L'affidamento in prova al servizio sociale e, in genere, tutte le misure alternative alla detenzione, non possano essere applicate allo straniero extracomunitario che si trovi in Italia in condizioni di clandestinità, atteso che tale condizione rende illegale la permanenza del medesimo straniero nel territorio dello Stato e non può, d'altra parte, ammettersi che l'esecuzione della pena abbia luogo con modalità tali da comportare la violazione o l'elusione delle norme che rendono configurabile detta illegalità»³⁴. In questa decisione l'incompatibilità rilevata è di tipo oggettivo; non risente cioè delle caratteristiche individuali di pericolosità del condannato o di fattibilità – in concreto – della soluzione di deflazione carceraria, ma attiene all'incongruenza strutturale fra le disposizioni che disciplinano la presenza degli extracomunitari nel territorio dello Stato e le modalità esecutive di tali misure, che non dovranno mai comportare, come si legge nella sentenza, «la violazione o l'elusione delle norme che rendono configurabile detta illegalità».

Secondo la Corte, infatti, «La natura sanzionatoria delle misure alternative alla detenzione, in rapporto di immediata derivazione dalla pena, di cui costituiscono una modalità esecutiva, non comporta la loro indiscriminata applicabilità, quale corollario del principio di indefettibilità della pena stessa». «La loro concessione, infatti, è subordinata alla sussistenza delle condizioni per ciascuna specificamente previste, afferenti al titolo del reato e alla durata della pena in esecuzione, nonché alla personalità del reo». «Inoltre, e soprattutto, è immanente nell'ordinamento giuridico il limite (che attiene a essenziali esigenze di coerenza ed omogeneità dell'intero

³⁴ Cfr. Corte di cassazione, sez. I, ud. 20 maggio 2003 (dep. 17 luglio 2003), n. 30310, Calderon, in *Rivista penale*, 2003, pp. 697-698, e in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 1, pp. 185 e ss. La massima è riportata anche in *Rivista penale*, 2004, n. 7-8, pp. 717-718, con nota di A. ROJATI, *Sulla compatibilità tra la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale e la condizione di clandestinità dello straniero che si trovi irregolarmente in Italia*, pp. 718 e ss. La vicenda concreta, che aveva fornito l'occasione al Supremo Collegio per esprimere il proprio orientamento, era stata costituita dalla concessione ad una straniera clandestina della misura dell'affidamento in prova al servizio sociale da parte del Tribunale di sorveglianza di Taranto, che aveva fondato la propria decisione sull'esigenza della parità di trattamento fra condannati, rispetto alla quale ordinanza il procuratore generale presso la Corte d'appello di Lecce aveva proposto impugnazione.

sistema) riferibile alla legalità estrinseca di un provvedimento giurisdizionale, cioè alla assenza di contrasto con norme imperative». «A questo limite va rapportato il principio di inderogabilità della condanna: posto che è indubbiamente *contra legem* la permanenza nello Stato di uno straniero che vi ha fatto ingresso clandestinamente, l'esecuzione della pena nei confronti dello stesso non può avvenire se non con modalità che non comportino la violazione o la elusione delle *regulae iuris* che statuiscono tale carattere di illegalità». «Pertanto, va affermato il principio che lo *status* di clandestino dello straniero, anche se non preclusivo sotto il profilo soggettivo (non implicando alcuna presunzione di pericolosità, che va, invece, accertata specificamente), è, tuttavia, oggettivamente ostativo alla applicazione di misure alternative extramurarie, per la radicale incompatibilità delle loro modalità esecutive con l'osservanza delle norme [...]» contenute nel testo unico sull'immigrazione, com'è confermato d'altronde, secondo la Cassazione, dalla previsione, nell'art. 16 t.u., dell'espulsione come unica sanzione sostitutiva delle pene detentive brevi, pur essendo astrattamente applicabili anche le altre pene sostitutive contenute nella legge di modifiche al sistema penale del 1981. «Né la conclusione qui prospettata si presta a dubbi di costituzionalità, atteso che la disparità di trattamento riservato ai cittadini e agli stranieri regolarmente presenti nel territorio dello Stato rispetto ai clandestini trova giustificazione nella differenza delle situazioni giuridiche che ad essi fanno capo»³⁵.

Riassumendo, secondo la Cassazione:

1. il ricorso alle misure alternative è comunque contingente e dipende dalla sussistenza delle condizioni che consentono di realizzare la finalità per la quale sono state previste nel sistema dell'esecuzione penale;
2. ogni provvedimento giurisdizionale non può essere preso in contrasto con norme imperative;
3. l'applicazione delle misure alternative a clandestini e irregolari contraddice, dal punto di vista oggettivo, i contenuti del testo unico sull'immigrazione, in cui è generalmente vietata la

³⁵ Corte di cassazione, sez. I, ud. 20 maggio 2003 (dep. 17 luglio 2003), n. 30310, Calderon, cit., pp. 697-698. Condivide l'impostazione dei giudici di legittimità DEGL'INNOCENTI, *Misure alternative alla detenzione e cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità*, cit., pp. 83-84, secondo il quale, come già rilevato, non è contraddittorio con l'incompatibilità fra la condizione di clandestinità o irregolarità e la fruibilità delle misure alternative il fatto che gli stranieri possano essere ammessi alla liberazione anticipata o godere dei permessi premio (sebbene in concreto si possano verificare difficoltà di attuazione), poiché si tratta di benefici che attengono all'esecuzione della pena detentiva.

permanenza dello straniero privo del permesso di soggiorno sul territorio nazionale;

4. questa esegesi non viola il principio costituzionale di eguaglianza poiché le situazioni giuridiche che fanno capo a cittadini e stranieri non possono essere collocate sullo stesso piano.

Questo orientamento è stato confermato anche con riferimento all'affidamento in prova terapeutico³⁶.

Oltre a quelle così evidenziate nella sentenza Calderon, anche altre ragioni sono state portate a sostegno della tesi che nega l'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti degli stranieri clandestini o irregolari. Una di queste riguarda l'impossibilità che si instauri un'interrelazione fra i servizi sociali, il cui ruolo è di norma essenziale nello svolgimento delle soluzioni trattamentali extramurarie, e il condannato, che comunque, alla fine del periodo di espiazione, andrà espulso³⁷.

Un'ulteriore importante motivazione è stata individuata nel quinto comma dell'art. 16 t.u., in cui è prevista l'espulsione come misura alternativa alla detenzione per gli stranieri clandestini o irregolari che devono scontare una pena, anche residua, di due anni, la quale è stata ritenuta da certa dottrina e giurisprudenza l'unico beneficio penitenziario applicabile a questa categoria di allogeni³⁸. È argomento che comunque è solo implicitamente ricavabile dalla sentenza Calderon.

³⁶ Cfr. Corte di cassazione, sez. I, 26 novembre 2004, n. 46085, Hadir, mass. 230.191, riportata da D'ONOFRIO, *op. cit.*, p. 1282, secondo cui sussiste incompatibilità fra la condizione di clandestino (o irregolare) e il ricorso alle misure alternative a causa della illegalità della permanenza dello straniero nel territorio dello Stato – in ragione appunto della mancanza del permesso di soggiorno –, presenza che non può pertanto neppure essere autorizzata dal giudice. Sulla base di questa considerazione, la Cassazione ha annullato l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Firenze con cui era stato concesso allo straniero l'affidamento in prova terapeutico. Nella massima, riportata da DI ROSA, *op. cit.*, p. 57, si stabilisce che «L'affidamento terapeutico previsto dall'articolo 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, così come ogni altra misura alternativa alla detenzione, non può essere applicato allo straniero che si trovi in condizione di clandestinità, per l'incompatibilità della sua posizione con misure alternative che comportino la permanenza nel territorio dello Stato, a lui vietata».

³⁷ Secondo Corte di cassazione, sez. I, ud. 5 giugno 2003 (dep. 9 luglio 2003), n. 29097, Mema, in *Rivista penale*, 2004, p. 458, le misure alternative non possono essere applicate agli extracomunitari da espellere perché manca la possibilità di instaurare quella interazione fra condannato e servizio sociale necessaria per l'efficacia di tali provvedimenti. Nella massima, la n. 225.219, riportata da DI ROSA, *op. cit.*, p. 57, si legge: «È inammissibile per manifesta infondatezza dei presupposti di legge, ex articolo 666, comma 2, del c.p.p. la richiesta avanzata dallo straniero espulso ai sensi dell'articolo 13 del d.lgs. 286/1998, e per il quale è previsto il divieto di rientrare nel territorio dello Stato per cinque anni, di affidamento al servizio sociale e di semilibertà, non essendo possibile instaurare una interazione tra condannato e servizio sociale, presupposto su cui si basano i due istituti».

³⁸ Sulla questione v. oltre diffusamente.

6. La giurisprudenza che afferma la compatibilità fra la condizione di clandestinità o irregolarità e le misure alternative alla detenzione

Nel corso degli anni, la giurisprudenza – soprattutto di legittimità –, direttamente o incidentalmente, ha riconosciuto in alcuni casi l'applicabilità delle misure alternative alla detenzione anche nei confronti degli stranieri condannati in via definitiva che fossero privi del permesso di soggiorno.

Ad esempio, con una decisione del 1995, la Cassazione ha affermato che «Non può essere dichiarata inammissibile *de plano* l'istanza di affidamento in prova al servizio sociale del condannato extracomunitario, del quale debba essere disposta l'espulsione dal territorio dello Stato, giacché quest'ultima sospende, ma non fa cessare l'esecuzione della pena, che deve riprendere qualora il condannato vi rientri; onde la permanenza di un suo interesse a una pronuncia sulla richiesta medesima»³⁹.

Anche certa giurisprudenza di merito, per ragioni di tipo formale, consistenti nell'assenza, all'interno dell'ordinamento, di alcuna norma preclusiva dell'applicabilità delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari, ha affermato la concedibilità a questi soggetti di tali provvedimenti. Così, il Tribunale di sorveglianza di Milano, nel 2003, ha sostenuto che «La situazione di cittadino extracomunitario privo di valida autorizzazione alla permanenza sul territorio nazionale, non può essere di per sé solo valido motivo di rigetto dell'istanza di affidamento in prova al servizio sociale, qualora sussistano gli ulteriori presupposti richiesti dalle norme sull'ordinamento penitenziario. L'espiazione di pena detentiva consente infatti a tutti i detenuti condannati in Italia anche se stranieri, non risultando nella legislazione italiana alcuna deroga in questo senso, di poter usufruire degli strumenti trattamentali previsti dalla legge. Non pare di ostacolo in tal senso l'art. 22 del d.lg. 25 luglio 1992 n. 256⁴⁰ che sanziona penalmente il datore di lavoro che assume alle proprie dipendenze un cittadino extracomunitario privo di permesso di soggiorno. Dalle circolari ministeriali sul punto si evince, infatti, che non è richiesto il permesso di soggiorno per i detenuti e gli internati stranieri avviati al lavoro in misura alternativa ai sensi dell'art. 21 ord. penit., dovendo in tali casi gli Uffici

³⁹ Così, Corte di cassazione, sez. I, ud. 3 ottobre 1995 (dep. 24 ottobre 1995), n. 4752, Padilla Chaves, in *Rivista penale*, 1996, p. 646.

⁴⁰ Credo che la citazione sia errata e il riferimento invero dovrebbe riguardare il testo unico sull'immigrazione, cioè il decreto legislativo del 25 luglio 1998 n. 286.

del lavoro territorialmente competenti rilasciare un apposito atto di avviamento al lavoro. Diversamente, infatti, ne discenderebbe che i condannati extracomunitari privi di permesso di soggiorno, pur non potendo essere espulsi, di fatto non potrebbero accedere a quelle misure alternative che fondano sullo svolgimento di attività lavorativa il loro momento qualificante»⁴¹.

Più di recente, la Corte di cassazione, con una decisione del 2005⁴², in dichiarata contraddizione con quanto sostenuto dal medesimo Supremo Collegio con la sentenza Calderon (su cui v. ancora oltre), ha ammesso la possibilità anche per lo straniero entrato illegalmente nel territorio dello Stato e destinatario di un provvedimento di espulsione, da eseguire dopo l'espiazione della pena, di vedersi applicate le misure alternative alla detenzione per il preminente valore costituzionale della finalità rieducativa della pena, di cui tali provvedimenti costituiscono estrinsecazione. In tale ambito ogni discriminazione va bandita «per la decisiva ragione che le relative disposizioni di legge sono dettate a tutela della dignità della persona umana, in sé considerata e protetta indipendentemente dalla circostanza della liceità o non della permanenza nel territorio italiano: sicché un'eventuale disparità di trattamento normativo risulterebbe indubbiamente contraria ai principi di uguaglianza e al canone della ragionevolezza di cui all'articolo 3 della Costituzio-

⁴¹ Tribunale di sorveglianza di Milano, ordinanza 15 luglio 2003, in *Foro ambrosiano*, 2003, p. 521.

⁴² Corte di cassazione, sez. I, 10 giugno 2005, n. 22161, Ben Dhafer Sami, in *Gli Stranieri*, 2005, n. 3, pp. 252 e ss., in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2005, n. 3, p. 191, e in www.altalex.com, con nota di M. PAVONE, *Le misure alternative alla detenzione sono applicabili anche ai clandestini*. La massima della sentenza è anche in *Guida al diritto*, 16 luglio 2005, n. 28, p. 91. L'intervento del Supremo Collegio era conseguito al ricorso presentato dal difensore del condannato contro l'ordinanza di rigetto dell'istanza di sottoposizione a misura alternativa, motivata con la sussistenza, a carico del condannato, di un decreto prefettizio di espulsione, che, secondo i giudici, precludeva conseguentemente – e, si potrebbe aggiungere, necessariamente – ogni prospettiva di reinserimento sociale sul territorio nazionale. Con l'annullamento del provvedimento impugnato, la Cassazione ha evidenziato il carattere apodittico della valutazione effettuata dal Tribunale di sorveglianza circa la possibilità di recupero sociale del condannato, connessa con la mancata permanenza del soggetto sul territorio nazionale dopo l'espiazione della pena, nonché la consequenziale svalutazione del disposto dell'art. 27, terzo comma, Cost.

Sostiene la compatibilità fra condizione di estraneità e misure alternative altresì Corte di cassazione, sez. I, ud. 18 ottobre 2005 (dep. 23 novembre 2005), n. 42234, Tafa, in *Corte Suprema di Cassazione – Massimario delle decisioni penali*, marzo 2006, cc. 22-23, mass. 232.741, ove si afferma che «Le misure alternative alla detenzione in carcere ben possono essere applicate, ove ne sussistano i presupposti, anche nei confronti dei cittadini extracomunitari presenti in territorio italiano in stato di clandestinità e per tale ragione raggiunti da decreto prefettizio di espulsione».

ne»⁴³. Né d'altronde – hanno evidenziato i giudici – sussiste alcun divieto normativo, esplicito o implicito, di applicazione delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari.

Inoltre, essi hanno sottolineato, da un canto, l'esistenza di una consolidata prassi amministrativa con cui si riconosce questa possibilità⁴⁴, dall'altro, l'erroneità della premessa dell'insanabilità della condizione di clandestino o irregolare, nonché dell'inesistenza di alternative al trattamento intramurario del detenuto da espellere alla fine del periodo di espiazione. «Quest'ultima posizione

⁴³ Corte di cassazione, sez. I, 10 giugno 2005, n. 22161, Ben Dhafer Sami, in *Gli Stranieri*, 2005, n. 3, cit., p. 253.

⁴⁴ Sono molteplici le circolari ministeriali nelle quali si fa riferimento a questo argomento. Possono essere citate: la circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale del 15 marzo 1993 n. 27, in cui si prevedeva il rilascio di un apposito atto di avviamento al lavoro a prescindere dall'iscrizione nelle liste di collocamento, dal possesso del permesso di soggiorno e dall'accertamento di indisponibilità, che avesse validità limitata al tipo di attività lavorativa e al periodo indicati nel provvedimento e che non costituisse titolo per l'iscrizione nelle liste di collocamento una volta cessato il rapporto di lavoro per il quale era stato concesso. Analoga disciplina era contemplata per i minorenni stranieri ammessi al *probation* processuale per lo svolgimento delle attività lavorative inserite come contenuto del progetto d'intervento; la circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del 23 marzo 1993 n. 691.858, trasmessa alle questure con la circolare del Ministero dell'interno del 2 marzo 1994 n. 8, secondo cui gli stranieri privi del permesso di soggiorno, obbligati a permanere sul territorio nazionale in forza di una decisione giurisdizionale, possono svolgere attività lavorativa in alternativa alla pena detentiva sulla base di un'ordinanza del tribunale di sorveglianza o di un provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno; la nota del Ministero della giustizia del 16 marzo 1999 (prot. n. 547.899), in cui, ribadendosi l'applicabilità della disciplina contenuta nella circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale n. 27 del 1993, si chiarisce che il permesso di soggiorno non è necessario in quanto gli stranieri sono obbligati a permanere sul territorio nazionale in ragione di un provvedimento del giudice; la circolare del Ministero della giustizia del 12 aprile 1999 (prot. n. 547.671/10), in cui si evidenzia che non è necessario il permesso di soggiorno per i detenuti e gli internati extracomunitari ammessi al lavoro all'esterno o beneficiari di una misura alternativa, attesa appunto la condizione di detenzione; la circolare del Ministero dell'interno del 2 dicembre 2000 n. 300, successiva – è bene evidenziarlo – al testo unico sull'immigrazione del 1998, ove si specifica che per gli stranieri ammessi alle misure alternative non è previsto il rilascio di un apposito permesso di soggiorno, né per motivi di giustizia o ad altro titolo, visto che, d'altronde, l'ordinanza del magistrato di sorveglianza può costituire *ex se* un'autorizzazione a permanere sul territorio nazionale; la nota del Ministero del lavoro e della previdenza sociale dell'11 gennaio 2001, in cui, richiamata la circolare del Ministero della giustizia del 12 aprile 1999, si conferma l'applicabilità della procedura delineata nella circolare n. 27 del 1993; la circolare del Ministero dell'interno del 4 settembre 2001 n. 300/01, secondo cui, quando la richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno proviene da un extracomunitario detenuto, l'istanza va respinta perché il provvedimento giurisdizionale in forza del quale lo straniero è detenuto contiene in sé l'autorizzazione al soggiorno vanificando ogni ulteriore intervento, peraltro di natura amministrativa. Cfr. C. RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 1, nota n. 4, pp. 88 e ss. e Corte di cassazione, sez. I, 10 giugno 2005, n. 22161, Ben Dhafer Sami, cit., p. 254.

[...]», ha evidenziato la Corte, «è certamente inaccettabile, dato che l'espiazione della pena rappresenta essa stessa il titolo che, sospendendo l'esecuzione dell'espulsione amministrativa, giustifica la presenza dello straniero nel territorio nazionale e che il provvedimento giurisdizionale che la legittima ben può determinare modalità di espiazione alternative al carcere»⁴⁵.

È chiaro che ammettere che anche lo straniero clandestino o irregolare possa fruire delle misure alternative alla detenzione non significa giustificare la presenza sul territorio nazionale oltre il periodo strettamente necessario per l'esecuzione della sanzione penale al di fuori dell'istituto di pena. Una volta che la fase espiativa si è conclusa, permanendo le condizioni che imponevano l'allontanamento dallo Stato di colui che vi aveva fatto ingresso o vi era rimasto in violazione delle norme di legge, l'espulsione va eseguita⁴⁶.

Va, però, qui per inciso evidenziato che questa decisione della Cassazione si fonda, tra l'altro, su due presupposti che, in realtà, sono considerati dubbi dai sostenitori del filone ermeneutico opposto. La Corte, intanto, fa riferimento ai casi in cui l'espulsione va eseguita dopo la pena, inoltre, ritiene l'insussistenza di norme che, esplicitamente o implicitamente, vietino la concessione delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari. Secondo l'orientamento avverso, tale divieto è deducibile dal disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u., in cui l'espulsione non è prevista come rimedio da eseguire all'esaurimento del periodo espiativo, ma in sostituzione di questo (con i limiti di cui si dirà più oltre).

Anche certa giurisprudenza di merito ha contraddetto la posizione assunta dalla Suprema Corte con la sentenza Calderon. Così, con un'ordinanza del 2005, il Tribunale di sorveglianza di Sassari ha ammesso al beneficio dell'affidamento in prova al servizio sociale uno straniero privo del permesso di soggiorno⁴⁷. I giudici hanno

⁴⁵ Corte di cassazione, sez. I, 10 giugno 2005, n. 22161, Ben Dhafer Sami, cit., p. 254.

⁴⁶ Esprime un'opinione analoga M. PACGI, *Misure alternative alla detenzione. In quale maniera possono usufruirne i cittadini extracomunitari irregolari*, in www.meltingpot.org del 13 dicembre 2005, il quale auspica altresì un intervento normativo con cui si prevedano dei rimedi per consentire agli extracomunitari clandestini o irregolari, che siano ammessi ai benefici penitenziari, di coltivare la speranza di permanere, una volta scontata la pena, nel territorio italiano, quando il percorso rieducativo ha dato buon esito, quando cioè il processo di risocializzazione, con la stabilizzazione delle relazioni lavorative, affettive, abitative, può essere considerato concluso.

⁴⁷ Cfr. Tribunale di sorveglianza di Sassari, ordinanza 24 febbraio 2005, in www.alef-fvg.it. La vicenda concerneva un extracomunitario, condannato a tre anni di reclusione per detenzione illecita di un'ingente quantità di hashish, rispetto al quale sussistevano tutte le condizioni per l'ammissione alla misura alternativa: il detenuto aveva compiuto

basato la loro decisione, intanto, sulla preminente finalità rieducativa, nel dettato costituzionale, della sanzione penale, di cui costituisce chiara attuazione il sistema delle misure alternative contenuto nella legge sull'ordinamento penitenziario; in secondo luogo, sulla necessità della parità di trattamento, rilevabile dal medesimo testo normativo, non certamente derogabile per motivi di razza o nazionalità. Dalla combinazione di queste disposizioni deriverebbe l'illegittimità di modalità di esecuzione della pena specifiche per determinate categorie di condannati. Laddove, infatti, nella legge sull'ordinamento penitenziario sono previsti dei regimi detentivi speciali o limitazioni particolari, questi hanno durata temporanea e sono comunque legati a situazioni di particolare gravità e pericolosità, pronti a cessare, quindi, al venir meno delle condizioni che ne avevano giustificato l'instaurazione. Nel caso, invece, dell'esclusione degli stranieri clandestini o irregolari dalla possibilità di fruire delle misure alternative per incompatibilità ontologica connessa appunto con la loro condizione, si realizzerebbe la preclusione assoluta nell'accesso ai benefici penitenziari indipendentemente dalla condotta tenuta dai condannati in fase espiativa, compromettendosi in radice la stessa finalità rieducativa della pena. Così opinando, si precluderebbe la via non soltanto alle misure alternative in senso stretto, ma anche ai permessi premio e allo svolgimento di attività lavorativa all'esterno del carcere ai sensi dell'art. 21 della legge n. 354 del 1975.

Secondo i giudici del Tribunale di sorveglianza di Sassari, non vale neppure la considerazione dell'illegittimità dell'esecuzione della pena secondo modalità che violano le regole sulla presenza degli stranieri nel territorio dello Stato – come si verificherebbe ammettendo alle sanzioni extramurarie detenuti stranieri clandestini o irregolari –, perché questo argomento prova troppo, nel senso che allora anche il trattenimento presso gli istituti di pena italiani per

positivamente il percorso rieducativo e aveva fruito con regolarità dei permessi premio; vi erano condizioni familiari e lavorative adeguate, avendo egli moglie e una figlia ed essendo titolare di una licenza per lo svolgimento di attività commerciale su aree pubbliche; non emergevano controindicazioni rilevate dai Carabinieri, né collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva; non sussistevano precedenti penali ulteriori a quello per il quale il soggetto stava scontando la pena, già in gran misura espiata, né carichi pendenti. L'unico ostacolo appariva costituito dalla posizione ermeneutica della Cassazione, avanzata appunto con la sentenza Calderon, circa l'incompatibilità ontologica fra la condizione di clandestinità o irregolarità dello straniero e la concessione delle misure alternative alla detenzione, a causa della contraddittorietà delle norme del testo unico sull'immigrazione in materia di ingresso e soggiorno nel territorio nazionale con la possibilità di libera circolazione connessa con la fruizione delle sanzioni extramurarie.

scontare la sanzione ordinaria avviene in violazione delle norme del testo unico sull'immigrazione: tutti i condannati clandestini o irregolari andrebbero allora espulsi subito! Se questa soluzione non è accoglibile, di conseguenza le regole sulle modalità di espiazione della pena detentiva vanno applicate integralmente.

I giudici hanno considerato altresì inconducibile il riferimento fatto nella sentenza Calderon all'art. 16 t.u. per sostenere il diniego della concessione dei benefici penitenziari agli stranieri in condizione di clandestinità o irregolarità. Val la pena qui osservare, però, come sul punto vi sia stato un fraintendimento; nel senso che la Cassazione aveva inteso richiamare dell'art. 16 la parte relativa all'espulsione come sanzione sostitutiva della detenzione (i primi quattro commi), mentre il Tribunale di sorveglianza ha fatto riferimento all'espulsione come misura alternativa alla detenzione (del quinto comma). Questo organo ha evidenziato, sulla scorta della decisione della Corte costituzionale del 2004, la natura amministrativa di questa forma di espulsione che la rende del tutto diversa dalle misure alternative vere e proprie.

7. Le critiche della dottrina alla sentenza Calderon

La soluzione ermeneutica adottata con la sentenza Calderon è stata soggetta a critiche anche nell'ambito della dottrina per una pluralità di ragioni.

Intanto essa realizzerebbe disparità di trattamento nella fase dell'esecuzione penale – con connessa violazione, quindi, dell'art. 3 Cost. – fra cittadini italiani e stranieri in possesso del permesso di soggiorno da un lato, che possono, alle condizioni di legge, fruire delle misure alternative al carcere, e stranieri clandestini e irregolari dall'altro, che potrebbero al più beneficiare soltanto della liberazione anticipata e dei permessi premio. Tale esito interpretativo, d'altronde, si porrebbe in contraddizione non solo col precetto costituzionale dell'eguaglianza, ma altresì col disposto del secondo comma dell'art. 1 della legge sull'ordinamento penitenziario, secondo il quale «Il trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose». Ne conseguirebbe, poi, in certi casi, un'inaccettabile aporia applicativa qualora alla commissione del reato concorressero più persone, fra le quali solo una straniera clandestina o irregolare e, per questa sua condizione, impossibilitata a fruire delle soluzioni trattamentali ex-

tramurarie per ipotesi concesse agli altri concorrenti nel medesimo fatto⁴⁸. Si verrebbe a creare il c.d. doppio binario penitenziario, ispirato, come rilevato da certa dottrina, da ragioni di tipo contenitivo e di difesa sociale⁴⁹.

Inoltre, va altresì preso in considerazione il principio del finalismo rieducativo della pena del terzo comma dell'art. 27 Cost., che non può subire eccezioni, di cui appaiono strumento fondamentale proprio le misure alternative alla detenzione e che verrebbe compromesso irrimediabilmente tramite l'accoglimento della tesi sostenuta dalla Cassazione nella sentenza Calderon⁵⁰.

Come ulteriore argomento a sostegno della tesi della concecibilità ai clandestini e agli irregolari delle misure alternative si è evidenziata, come già rilevato, l'esistenza di una consolidata prassi amministrativa che riconosce anche ai clandestini e agli irregolari la fruibilità dei benefici penitenziari⁵¹.

Contro la decisione della Suprema Corte è stato evidenziato poi come l'affermazione di principio dei giudici di legittimità sia viziata dal punto di vista logico perché sembra ipotizzare che la condizione del detenuto *in vinculis* sia di extraterritorialità⁵². Se, cioè, il motivo ostativo alla concessione delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari è la contraddizione con le regole sulla presenza degli allogeni sul suolo nazionale, questa violazione si realizza anche quando la protrazione del loro soggiorno avviene negli istituti di pena, che non possono essere considerati come luoghi in cui la legge dello Stato subisce una sorta di sospensione dell'efficacia. Quindi, per un'esigenza di coerenza sistematica, o i clandestini e gli irregolari non possono mai permanere in Italia – e, quindi, nei loro confronti non può essere applicata alcuna sanzione reclusiva, che andrebbe in ipotesi svolta nel Paese di origine del

⁴⁸ In tal senso, vd. ROIATI, *op. cit.*, p. 719. In modo critico rispetto alla sentenza Calderon cfr. anche RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, cit., pp. 87 e ss., e SANTORO, *op. cit.*, pp. 23 e ss.

⁴⁹ Così CIAPPI, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁰ Così G. LEO, *Misure alternative alla detenzione e stranieri privi del permesso di soggiorno*, in *Il corriere del merito*, 2006, n. 6, p. 780.

⁵¹ In tal senso anche RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, cit., p. 88. Come rileva SANTORO, *op. cit.*, p. 30, se il legislatore avesse voluto escludere l'applicazione delle misure alternative nei confronti degli extracomunitari illegalmente presenti sul territorio dello Stato, lo avrebbe fatto espressamente, visto che esisteva una prassi amministrativa consolidata che ammetteva questa possibilità e di cui sarebbe stato irragionevole non tenere conto nell'effettuazione delle scelte di normazione.

⁵² L'obiezione è stata recepita, ad esempio, nell'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Sassari, 24 febbraio 2005, cit.

migrante – oppure, se possono scontare la pena in carcere, possono altresì fruire delle soluzioni esplicative extramurarie. Questa dottrina, evidenziando che intendimento della Cassazione non poteva certo essere quello di escludere *in toto* l'applicazione della sanzione detentiva nei confronti degli stranieri clandestini o irregolari, ritiene, da un canto, che il Supremo Collegio abbia voluto affermare la diversità estrema fra l'espiazione della pena in carcere e la sottoposizione alle misure alternative alla detenzione e, d'altro canto, che solo in quest'ultimo caso, ad avviso dei giudici, si porrebbe il problema dell'assenza del titolo che permette all'extracomunitario di rimanere nel territorio nazionale. Secondo l'Autore, però, si tratterebbe di una differenziazione inaccettabile, poiché in entrambi i casi il titolo che legittima la permanenza dello straniero nel territorio nazionale – e che anzi la rende obbligatoria – è il regime di esecuzione penale, di cui al più, con il ricorso alle sanzioni alternative, possono variare le modalità esplicative⁵³.

Credo, però, sia incontestabile che la questione non concerna tanto la "presenza" dello straniero nel territorio nazionale, quanto la "libertà di circolazione" dello stesso: anche il clandestino o l'irregolare in attesa dell'esecuzione del provvedimento d'espulsione è legittimato a rimanere in Italia nelle more del procedimento, normalmente ristretto nei centri di permanenza temporanea ed assistenza.

In senso critico verso la decisione Calderon, è stato altresì sottolineato il paradosso derivante dal diniego delle misure alternative nei confronti di quei soggetti, che, pur essendo clandestini o irregolari, non sono sottoponibili ad espulsione perché rientranti nelle categorie protette dell'art. 19 t.u. Rispetto a costoro, le istanze di protezione della sovranità nazionale tramite l'allontanamento degli allogeni non legalmente presenti vengono subordinate a

⁵³ In tal senso SANTORO, *op. cit.*, pp. 25-26. L'Autore sottolinea il riferimento improprio effettuato dalla Corte alla condizione di "clandestinità", che letteralmente implicherebbe la non conoscenza dello straniero da parte delle autorità: clandestino è colui che è nascosto. Anche qualora si ignorino le esatte generalità della persona, tuttavia, come evidenzia l'Autore, lo straniero è stato identificato quantomeno con la rilevazione delle impronte digitali, tanto che nei suoi confronti è stato celebrato un processo; per questo sarebbe stato più opportuno riferirsi alla condizione di irregolarità.

Pare qui d'uopo precisare come normalmente i termini "clandestino" e "irregolare" siano utilizzati da sinonimi, malgrado tecnicamente possa essere qualificato clandestino colui che entra nel territorio dello Stato in violazione delle norme di legge, mentre è irregolare colui che ha fatto ingresso rispettando le prescrizioni, ma poi, per diversi motivi, ha perso il titolo che legittimava la sua presenza sul suolo nazionale. Sembra allora che la Cassazione, con l'uso del termine "clandestinità", abbia inteso riferirsi ad ogni situazione in cui lo straniero è presente sul territorio dello Stato in violazione delle norme di legge, senza che a ciò vada attribuita enfasi eccessiva.

ragioni prevalentemente umanitarie, senza che però si possano utilizzare rimedi ordinari come le alternative al carcere⁵⁴.

D'altronde, parte della dottrina⁵⁵, nel criticare l'affermazione della Corte secondo cui la violazione del principio di eguaglianza non si avrebbe a causa della diversità fattuale e giuridica delle condizioni di straniero regolare e di straniero clandestino o irregolare, ritiene che la questione vada affrontata a livello legislativo, piuttosto che giurisprudenziale, dimostrando, però, così che esiste un difetto di coordinamento fra le norme in materia di immigrazione e le norme in materia di misure alternative, rispetto al quale, in assenza di un intervento del legislatore per colmare la lacuna, ciò che rileva è la congruità degli argomenti portati a sostegno di ciascuna tesi interpretativa. E, in confronto a questa necessità, credo sia ineccepibile che sussista una certa differenza fra chi si trova legalmente nel nostro territorio e chi non abbia adempiuto alle prescrizioni di legge.

Con riferimento al rapporto fra principio di eguaglianza e condizione di estraneità, che costituisce problematica di tipo generale, in precedenza era stata lamentata dalla giurisprudenza l'incostituzionalità dell'istituto dell'espulsione a richiesta di parte⁵⁶, perché contrastante, fra l'altro, appunto con l'art. 3 Cost., in ragione della disparità di trattamento con il cittadino, che non poteva fruire di

⁵⁴ Così SANTORO, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁵ Vd. ROIATI, *op. cit.*, pp. 719-720.

⁵⁶ In argomento, A. FRANCESCHETTI, *Dall'espulsione a richiesta di parte all'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione*, in *Gli stranieri*, 2001, n. 4, pp. 263 e ss.; 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 *Legislazione penale*, 1993, pp. 677 e ss.; A. GUIDO, *Il provvedimento di espulsione dal territorio dello Stato a richiesta dello straniero detenuto*, in *Rivista penale*, 1996, pp. 608 e ss. Mi si permetta altresì il rinvio al mio *La problematica penalistica nella disciplina dell'immigrazione*, in *questa Rivista*, 2002, n. 3, pp. 21 e ss.

Il rimedio dell'espulsione a richiesta dello straniero era stato ideato in un periodo di emergenza carceraria per ragioni di sovraffollamento, da ridurre 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. Il Governo, con il decreto legge n. 187 del 14 giugno 1993, intitolato *Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri*, convertito nella legge 12 agosto 1993, n. 296, introdusse appunto l'espulsione a richiesta dello straniero detenuto o in stato di custodia cautelare. Il requisito della richiesta, come evidenziato dalla Corte costituzionale con la sentenza 24 febbraio 1994, n. 62, in *Cassazione penale*, 1994, p. 1476, 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». La sentenza è anche in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 350 e ss. 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 *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 2381 e ss.

questa possibilità; essa, infatti, andava ritenuta rimedio comunque vantaggioso, sia perché alternativo 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 della procedura di estradizione.

Nell'analizzare la questione va evidenziato, però, da un canto, come non sia dimostrato che l'espulsione preferita ad una misura privativa della libertà personale non grave sia necessariamente soluzione di maggior favore, soprattutto se si considera il divieto di reingresso nel territorio dello Stato che ne consegue, dall'altro, come sia interdetto il ricorso al rimedio ablativo nei confronti del cittadino in virtù del diritto costituzionale di reingresso sul suolo nazionale⁵⁷, del rapporto ontologico del cittadino con lo Stato; in questo caso parlare di violazione del principio di eguaglianza è considerazione puramente formale per le diversità tra straniero ed autoctono che impediscono un giudizio di concreta comparabilità⁵⁸; pertanto, applicare l'espulsione, ove possibile, allo straniero può assumere il significato di dare corso all'*extrema ratio* del diritto penale, sempre che l'obiettivo di tutela delle norme penali si ritenga così sufficientemente garantito⁵⁹.

8. L'espulsione come misura alternativa alla detenzione

Le problematiche interpretative connesse con il riconoscimento agli stranieri della possibilità di fruire delle soluzioni di trattamento extramurario sono state acuite dalla previsione, all'interno del testo unico sull'immigrazione, di una disposizione concernente l'espulsione come misura, appunto, alternativa alla detenzione in carcere. Da questa espressa statuizione deriverebbe *a contrario* – secondo un'interpretazione forse legata al pregiudizio dell'inconciliabilità delle sanzioni alternative con la condizione di estraneità – l'esclusività dell'espulsione come misura alternativa applicabile agli stranieri clandestini o irregolari.

⁵⁷ 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».

⁵⁸ In tal senso, Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 1994, n. 62, cit., pp. 1474-1475.

⁵⁹ È comunque innegabile che l'istituto dell'espulsione a richiesta di parte 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.

Ai sensi del quinto comma dell'art. 16 del decreto legislativo n. 286 del 1998, come modificato con la legge n. 189 del 2002, c.d. Bossi-Fini, «5. Nei confronti dello straniero, identificato, detenuto, che si trova in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, è disposta l'espulsione. Essa non può essere disposta nei casi in cui la condanna riguarda 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»⁶⁰.

Le condizioni necessarie perché questa forma di espulsione possa essere disposta sono, quindi, positive e negative.

Costituiscono condizioni positive:

- la qualificazione della persona come straniero, ai sensi del-

⁶⁰ A norma del sesto comma dell'art. 16 t.u. «6. Competente a disporre l'espulsione di cui al comma 5 è il magistrato di sorveglianza, che decide con decreto motivato, senza formalità, acquisite le informazioni degli organi di polizia sull'identità e sulla nazionalità dello straniero. Il decreto di espulsione è comunicato allo straniero che, entro il termine di dieci giorni, può proporre opposizione dinanzi al tribunale di sorveglianza. Il tribunale decide nel termine di venti giorni». Secondo il settimo comma dello stesso articolo, «7. L'esecuzione del decreto di espulsione di cui al comma 6 è sospesa fino alla decorrenza dei termini di impugnazione o della decisione del tribunale di sorveglianza e, comunque, lo stato di detenzione permane fino a quando non siano stati acquisiti i necessari documenti di viaggio. L'espulsione è eseguita dal questore competente per il luogo di detenzione dello straniero con la modalità dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica». Ai sensi dell'ottavo comma, «8. La pena è estinta alla scadenza del termine di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione di cui al comma 5, sempre che lo straniero non sia rientrato illegittimamente nel territorio dello Stato. In tale caso, lo stato di detenzione è ripristinato e riprende l'esecuzione della pena». Infine, nel nono comma è stabilito che «9. L'espulsione a titolo di sanzione [...] alternativa alla detenzione non si applica ai casi di cui all'articolo 19», cioè alle ipotesi di divieto di espulsione dello straniero intanto verso uno Stato in cui questi 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, inoltre verso uno Stato in cui possa rischiare di essere rinvitato in un altro Paese nel quale non sia protetto da queste forme di persecuzione. Ulteriormente, al di là dei casi di competenza ministeriale del primo comma dell'art. 13 t.u., l'espulsione non è consentita, salvo alcune eccezioni, nei confronti dei minorenni, dei titolari della carta di soggiorno, degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge di nazionalità italiana, delle donne in stato di gravidanza o madri di prole di età non superiore a sei mesi cui provvedono direttamente, nonché, a seguito della sentenza della Corte costituzionale del 27 luglio 2000 n. 376, del marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio. Per alcuni commenti, cfr. A. MARCHESELLI, *L'espulsione dallo Stato come regime alternativo alla esecuzione della pena. Prime riflessioni applicative*, in www.diritto.it del 25 settembre 2002; M. NIRO, *L'espulsione come "sanzione alternativa alla detenzione": note critiche*, in www.diritto.it del 27 marzo 2003.

l'art. 1 t.u., nel cui secondo comma viene impedita l'applicabilità della normativa contenuta nel testo unico ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, salvo che si tratti di disposizioni più favorevoli. Sulla scorta di questa norma, anche se con riferimento all'espulsione come sanzione sostitutiva – ma l'affermazione di principio può considerarsi estensibile anche al caso che ci riguarda –, la Cassazione ha escluso che il rimedio del primo comma dell'art. 16 t.u. potesse trovare applicazione nei confronti di un cittadino comunitario⁶¹;

- l'avvenuta identificazione dello straniero, senza la quale la misura non sarebbe eseguibile;

- lo stato di detenzione dello straniero, requisito rispetto al quale si è posto qualche problema interpretativo concernente la latitudine del significato del termine, se inclusivo o meno, cioè, delle ipotesi di detenzione diverse dall'espiazione della pena definitiva in carcere⁶²;

⁶¹ Nella specie, la questione concerneva il ricorso presentato da un cittadino francese contro il provvedimento del magistrato di sorveglianza con cui la richiesta di espulsione inoltrata dal condannato era stata dichiarata inammissibile. In adesione a quanto affermato, il ricorso è stato rigettato dal Supremo Collegio. Corte di cassazione, sez. I, 22-30 settembre 2004 n. 38656, Romcevic, in *Guida al diritto*, 6 novembre 2004, n. 43, p. 66. Il problema, però, credo sia stabilire se l'espulsione possa essere considerata rimedio più favorevole rispetto alla soluzione espiativa ordinaria. Nel qual caso opererebbe la deroga contenuta nel secondo comma dell'art. 1 t.u.

⁶² Secondo la Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 28 marzo 2006 (dep. 27 aprile 2006), n. 14500 – su cui, più diffusamente, vd. oltre –, non assumono lo stato di detenuto in senso stretto né lo straniero condannato in via definitiva che si trovi in stato di libertà, rispetto al quale il pubblico ministero deve sospendere l'esecuzione della pena detentiva qualora versi nella situazione prevista nel quinto comma dell'art. 656 c.p.p., né lo straniero condannato in via definitiva che stia scontando la pena in regime extramurario. Rispetto a tali categorie, ad avviso delle Sezioni unite, non potrebbe trovare applicazione il quinto comma dell'art. 16 t.u. poiché la *ratio* di questa disposizione è di deflazione carceraria, esigenza che nel caso di trattamento in libertà non sussiste.

Con riferimento specifico alla detenzione domiciliare aveva espresso un'opinione analoga già il Tribunale di Sassari prima con un'ordinanza del 27 febbraio (o marzo) 2003, in www.diritto.it, poi con un'ordinanza del 26 aprile 2004, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, pp. 181 e ss., i cui contenuti possono essere accorpati per la sostanziale sovrapposibilità. Secondo il Collegio, allo straniero, anche se clandestino o irregolare, che sia stato ammesso alla misura alternativa della detenzione domiciliare, non è applicabile il disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u. perché ne difetta una delle condizioni: proprio lo stato di detenzione. Le ragioni indicate dai magistrati a sostegno della loro opzione ermeneutica sono molteplici.

In primo luogo, essi rilevano come la detenzione domiciliare sia stata collocata, nella legge sull'ordinamento penitenziario, fra le misure alternative alla detenzione in carcere, quindi fra quei provvedimenti che sono stati previsti per rendere effettiva la finalità di risocializzazione della pena, tanto da prevedersi prescrizioni limitative della libertà sotto la vigilanza del magistrato di sorveglianza e con l'intervento dei

- la condizione di espellibilità dello straniero, il fatto cioè che questi si trovi in una situazione che, all'esito del periodo di pena,

servizi sociali nell'ottica comunque del recupero. Da questo punto di vista, allora, secondo i giudici, risulta ininfluenza nella definizione della natura dell'istituto che la detenzione domiciliare sia stata introdotta nel 1986 come ipotesi speculare, riferita alla fase esecutiva, degli arresti domiciliari, che erano stati inseriti nel codice di rito con una novella di poco precedente e che erano assimilati allo stato di carcerazione preventiva negli effetti penali, in ragione proprio della prevalenza da riconoscere alla funzione rieducativa delle misure esplicative extramurarie, accentuata d'altronde con l'ulteriore riforma realizzata con la legge Simeone-Saraceni, che ha ampliato le possibilità di ricorrere alla detenzione domiciliare: in questa logica va inquadrata la previsione che consente di fruire della detenzione domiciliare non solo ai "soggetti deboli", ma anche a tutti coloro che debbano scontare una pena non superiore a due anni, purché non sussista il pericolo di recidiva, al fine di agevolare gradatamente il passaggio verso lo stato di piena libertà. La detenzione domiciliare, infatti, non può essere considerata semplicemente una mera modalità di esecuzione della pena, diversa dalla carcerazione solo per il *locus custodiae*.

In secondo luogo, per espressa previsione normativa, la persona in stato di detenzione domiciliare non è sottoposta al regime previsto nella legge sull'ordinamento penitenziario, tanto che, da un canto, gli oneri di mantenimento sono a carico del condannato, dall'altro, laddove il legislatore abbia voluto effettuare delle equiparazioni col regime carcerario vero e proprio, lo ha fatto espressamente, come in materia di liberazione anticipata e di configurabilità del delitto di evasione.

In terzo luogo, assume importanza il dato letterale del quinto comma dell'art. 16 t.u., in cui il riferimento al "detenuto" anziché al "condannato" – opzione che il legislatore avrebbe ben potuto preferire, se avesse voluto rendere massima l'applicazione della misura lì contemplata – rende certamente inapplicabile l'espulsione della persona affidata in prova al servizio sociale, rispetto alla quale non si può parlare di stato di detenzione, e, di conseguenza, rende opportuna l'analoga esegesi con riferimento alla detenzione domiciliare, che presenta la stessa finalità risocializzante del *probation* penitenziario. Dal punto di vista formale, inoltre, sarebbe scorretto, in assenza di una previsione espressa, estendere l'operatività del quinto comma dell'art. 16 t.u. anche ai detenuti domiciliari.

In quarto luogo, l'espulsione della persona sottoposta a detenzione domiciliare non serve neppure per ridurre il sovraffollamento degli istituti di pena, quindi apparirebbe contraddittoria rispetto alla funzione che all'istituto del quinto comma dell'art. 16 t.u. il legislatore ha voluto assegnare.

Infine, potrebbero ravvisarsi dei profili di illegittimità costituzionale qualora l'espulsione fosse realizzata nei confronti di chi ha intrapreso positivamente il percorso di recupero dalla devianza, come è dimostrato dall'attuazione e dalla protrazione dello stato di detenzione domiciliare. Le scelte di normazione, infatti, devono essere sorrette sempre da criteri logici e razionali ed è certamente corretto, secondo i giudici, individuare delle regole che disciplinino la presenza degli stranieri nel territorio dello Stato per ragioni di ordine pubblico e sicurezza, la cui violazione possa essere sanzionata con l'espulsione. Poiché, però, questa misura incide sul diritto fondamentale della libertà personale, il suo esercizio deve soccombere qualora contraddica un interesse prevalente – l'assolvimento della funzione rieducativa della pena –, come avverrebbe qualora essa colpisse soggetti che proprio con la sottoposizione alla detenzione domiciliare sono stati ritenuti non pericolosi e inseriti positivamente in un percorso di recupero.

Anche la Cassazione ha manifestato un orientamento analogo. Cfr. Corte di cassazione, sez. I, 12 dicembre 2003 – 9 gennaio 2004, n. 518, Reda, in *C.E.D. Cass.*, n. 226.677, citata da L. DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, in *Rivista di polizia*, 2006, n. 2-3, p. 150, con cui il Supremo Collegio,

ne avrebbe comunque comportato l'allontanamento dal territorio dello Stato⁶³;

- una condanna o un residuo di pena da scontare non superiore a due anni.

Costituisce condizione negativa, cioè ostativa del ricorso all'espulsione, l'aver subito una condanna per i fatti gravi contemplati nel secondo comma, lettera *a*), dell'art. 407 c.p.p. o per reati connessi con l'immigrazione previsti nel testo unico n. 286 del 1998.

Dalla sussistenza delle condizioni di legge deriverebbe l'automatica applicazione della misura espulsiva.

Circa la *ratio* della misura, va evidenziato come si tratti di uno strumento di deflazione carceraria da utilizzare nei confronti di soggetti verso cui lo Stato non percepisce obblighi di risocializzazione. Ciò si evince dall'obbligatorietà dell'espulsione, che, ai sensi del quinto comma dell'art. 16, è disposta in presenza delle condi-

«partendo dalla premessa che l'espulsione prevista dall'art. 16 cit. costituisce una misura alternativa prevista allo scopo di ridurre la popolazione carceraria, ha ritenuto la stessa inapplicabile a soggetti i quali già si trovino ad espriare la pena con altre misure alternative quale ad esempio la detenzione domiciliare», confermando l'impostazione data dal Tribunale di sorveglianza di Sassari.

A queste opinioni può, però, essere obiettato, da un canto, che la tesi dell'inapplicabilità delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari potrebbe implicare l'insussistenza in concreto di questi casi, nel senso che anche lo straniero condannato in via definitiva che si trova in libertà andrebbe espulso piuttosto che beneficiare della sospensione della pena e non dovrebbe mai fruire delle misure alternative e quindi non dovrebbe trovarsi in regime extramurario (il problema potrebbe aversi solo per gli aspetti di diritto transitorio al momento dell'emanazione del nuovo art. 16 t.u.; ma in ogni caso le valutazioni concernenti questo particolare contesto non possono essere generalizzate); d'altro canto, che l'esigenza di deflazione carceraria può essere intesa non solo nel senso – certamente più rilevante – della riduzione del sovraffollamento degli istituti di pena, ma anche come liberazione delle risorse (economiche e organizzative) che vengono certamente impiegate qualora si ricorra ad una misura alternativa al carcere. Quindi, con l'espulsione dello straniero si realizzerebbe questo risparmio, pure nel caso di detenzione domiciliare, in ragione della necessità che comunque vengano effettuati i controlli di adempimento delle prescrizioni.

⁶³ Secondo la giurisprudenza di legittimità, nel caso in cui la condizione di irregolarità derivi dalla scadenza del permesso di soggiorno, la relativa richiesta di rinnovo giustifica la permanenza di questi sul territorio dello Stato ed osta, quindi, all'applicazione dell'espulsione come misura alternativa, visto che non ci si trova nelle situazioni indicate nel secondo comma dell'art. 13 t.u. Certa giurisprudenza di merito, invece, aveva ritenuto irrilevante la pendenza del procedimento amministrativo relativo al rinnovo del permesso di soggiorno al fine di impedire l'esecuzione del provvedimento ablativo ai sensi del quinto comma dell'art. 16 t.u., in ragione dell'assenza di una previsione formale in tal senso. Cfr. Corte di cassazione, sez. I, ud. 7 maggio 2004 (dep. 15 luglio 2004), H. A., in *Diritto penale e processo*, 2004, n. 10, p. 1218.

zioni previste nella norma, nonché dall'individuazione dell'organo competente (il magistrato di sorveglianza⁶⁴) e dal procedimento decisorio (*de plano* e senza formalità), connotato dalla verifica della mera fattibilità dell'espulsione (il magistrato di sorveglianza decide «acquisite le informazioni degli organi di polizia sull'identità e sulla nazionalità dello straniero»).

Ampie discussioni vertono sulla natura dell'istituto: se effettiva misura alternativa alla detenzione oppure no.

Ragioni contrarie possono essere considerate:

- il dato lessicale della rubrica dell'art. 16 e dell'ultimo comma della stessa disposizione, ove ci si riferisce all'espulsione come "sanzione" alternativa;

- l'obbligatorietà del provvedimento in presenza dei presupposti di legge, senza alcuna ponderazione delle caratteristiche individuali del destinatario. Con riferimento all'oggetto principale di questo lavoro, questa obbligatorietà, invero, in astratto, sembra contraddittoria rispetto alla possibilità di ammettere gli stranieri clandestini o irregolari ai benefici penitenziari, in concreto, renderebbe inutile l'intrapresa del percorso rieducativo tramite la predisposizione di misure alternative al carcere, che costituiscono comunque un onere in termini organizzativi, visto che, al realizzarsi dei presupposti applicativi dell'espulsione, questa andrà eseguita;

- la protrazione dello stato di detenzione fino all'acquisizione dei documenti di viaggio.

Ragioni favorevoli al riconoscimento della natura di misura alternativa all'espulsione del quinto comma dell'art. 16 t.u. possono essere considerate:

- l'irrilevanza, dopo tutto, del dato lessicale, anche in considerazione che l'uso del termine "sanzione" può essere legato all'accostamento effettuato nell'ambito della disposizione con la sanzione appunto sostitutiva della detenzione fino a due anni;

- l'estinzione della pena, prevista nell'ottavo comma, come effetto del decorso di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione senza

⁶⁴ Come evidenziato dalla Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 28 marzo 2006 (dep. 27 aprile 2006), n. 14500, cit., in materia di applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti degli stranieri clandestini o irregolari, «Resta, per contro, radicalmente estraneo al perimetro delle valutazioni contenutistiche e della decisione del Tribunale di sorveglianza, chiamato a pronunciarsi sull'applicabilità del beneficio penitenziario a favore dello straniero extracomunitario, ogni ulteriore apprezzamento circa l'esistenza, o non, delle condizioni che potrebbero, in ipotesi, legittimare l'adozione, nei confronti dello stesso, della diversa e alternativa sanzione dell'espulsione: apprezzamento, quest'ultimo, che è affidato in via esclusiva alle autonome determinazioni del Magistrato di sorveglianza, secondo il modulo procedimentale fissato dall'art. 16, comma 5 e segg., d. lgs. n. 286 del 1998».

che lo straniero sia rientrato illegalmente nel territorio dello Stato. L'esito estintivo appare cioè connesso con la buona condotta del soggetto costituita dal non essere rientrato in Italia in violazione delle norme di legge e ciò può essere ritenuto come il contenuto di una sorta di percorso riabilitativo, secondo la connotazione rieducativa delle misure alternative⁶⁵.

Secondo un'opinione, l'espulsione del quinto comma dell'art. 16 t.u. costituirebbe una terza tipologia di misura alternativa, diversa cioè sia dall'affidamento in prova al servizio sociale sia dalla semilibertà, in quanto, a differenza delle soluzioni extramurarie contemplate nell'ordinamento penitenziario, che presuppongono comunque l'espiazione della pena, anche se con modalità appunto alternative alla segregazione in istituto, l'espulsione elide ogni contatto col sistema carcerario, né è funzionale all'intrapresa o alla prosecuzione del percorso riabilitativo. Si tratterebbe di una sorta di condono speciale per lo straniero o di una sospensione della pena con un esito favorevole costituito dalla decarcerizzazione ed uno sfavorevole costituito dall'allontanamento dal territorio dello Stato, peraltro non rinunciabile, diversamente dalle misure alternative ordinarie⁶⁶.

Riprendendo la problematica che costituisce l'oggetto principale di questo lavoro, ad avviso di certa dottrina, non può essere considerato un argomento che porta all'esclusione dell'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti degli extracomunitari clandestini o irregolari la presenza, nel testo unico sull'immigrazione, dell'art. 16, da considerare la fonte dell'unica sanzione extramuraria applicabile agli stranieri. La previsione espressa di questo strumento, in mancanza di ogni altro riferimento alle misure alternative alla detenzione, non significa, infatti, necessariamente unicità del rimedio, anche perché – secondo questa dottrina – una tale esegesi si porrebbe in contrasto col divieto di analogia *in malam partem*, che costituisce un generale principio garantistico⁶⁷. Secondo altra dottrina, infatti, la prospettiva, evidenziata anche dalla Cas-

⁶⁵ Vi è chi ritiene che la misura del quinto comma dell'art. 16 t.u. costituisca una causa di sospensione dell'esecuzione della pena, anche in ragione del disposto dell'ottavo comma della disposizione sull'estinzione della pena. In tal senso NIRO, *op. cit.* Va, però, evidenziato come anche per le altre misure alternative alla detenzione è possibile riferirsi ad una sorta di sospensione della pena condizionata; cosicché tale effetto non costituirebbe un tratto caratterizzante del provvedimento espulsivo ex art. 16, quinto comma, t.u.

⁶⁶ Cfr. M. PAVONE, *L'espulsione dello straniero come misura alternativa alla detenzione*, in www.altalex.com dell'11 ottobre 2004.

⁶⁷ Così, ROIATI, *op. cit.*, p. 719.

sazione nella sentenza Calderon, non è argomentata e avrebbe un senso solo qualora si ritenesse che, se il legislatore avesse voluto ammettere l'applicazione delle misure alternative, avrebbe aperto il disposto dell'art. 16 con una clausola di salvaguardia. In difetto, per pervenirsi alla soluzione esegetica del Supremo Collegio dovrebbe operare il principio secondo cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Malgrado questo aspetto formale, però, secondo l'Autore, la scelta interpretativa effettuata dalla Corte non è comunque condivisibile per ragioni funzionali e strutturali e l'espulsione non può essere inquadrata fra le misure alternative vere e proprie, ma costituisce «una nuova forma di pena sostitutiva della detenzione in carcere, da applicarsi in sede esecutiva». Dal punto di vista funzionale, è evidente come l'allontanamento coattivo dal territorio – e quindi dal tessuto sociale nel quale il reinserimento dovrebbe realizzarsi – non possa espletare quella finalità rieducativa che è il tratto tipico delle misure alternative alla detenzione; dal punto di vista strutturale, l'obbligatorietà del provvedimento ablativo in presenza dei presupposti di legge contrasta con la necessaria discrezionalità delle soluzioni di trattamento extracarcerario dovuta all'esigenza di un giudizio prognostico positivo sulle possibilità di recupero del condannato. D'altronde, anche il mancato inserimento della clausola di salvaguardia può essere inteso non come negazione della utilizzabilità delle misure alternative, bensì come tacito rinvio alla disciplina generale in materia⁶⁸.

Ad adiuvandum, va considerato come nell'art. 16 sia prevista l'espulsione tanto come sanzione alternativa quanto come sanzione sostitutiva della detenzione; e va altresì rilevato come la Cassazione, con la sentenza Calderon, abbia individuato fra le ragioni ostative al riconoscimento dei benefici penitenziari agli allogeni clandestini o irregolari – in verità impropriamente, poiché la questione concerneva l'applicazione agli stranieri delle alternative in senso tecnico all'espiazione intramuraria – la previsione appunto dell'art. 16, in cui sarebbe contemplata l'unica sanzione sostitutiva fruibile dagli extracomunitari illegalmente presenti sul territorio nazionale, precludendosi la via agli altri rimedi previsti nella legge di modifiche del sistema penale del 1981. Anche qualora questa affermazione fosse stata fondata – e non lo è, ripetiamo, perché la problematica atteneva alle misure alternative nella fase esecutiva e non in quella cognitiva del procedimento –, l'osservazione non sarebbe stata comunque conducente agli esiti ermeneutici fatti pro-

⁶⁸ Così, RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, cit., pp. 91-92.

pri dai giudici di legittimità, poiché – come è stato efficacemente notato – la sanzione sostitutiva dell'espulsione, del primo comma dell'art. 16, non costituisce un rimedio cogente, nel senso che trova applicazione in presenza delle condizioni di legge e sempre che non sussistano gli estremi per la sospensione condizionale del processo e comunque in modo facoltativo. Quindi, se in questo ambito relativo al giudizio di cognizione sostanzialmente si ammette la legittimità della permanenza dello straniero clandestino o irregolare nel territorio dello Stato, non si comprende perché lo stesso appaia inconcepibile in fase esecutiva⁶⁹.

Una conferma dell'inesattezza della tesi della Cassazione si evincerebbe, secondo certa dottrina, nel meccanismo sospensivo dell'esecuzione penale, previsto nell'art. 656 c.p.p., per il quale non è prevista alcuna deroga qualora il condannato sia uno straniero da espellere, che non potrebbe fruire così di alcuna misura alternativa. Non avrebbe senso, invero, che il pubblico ministero emetta un ordine di sospensione della pena che sia di fatto inconducente allo scopo⁷⁰. Tuttavia, può essere rilevato come il problema che la Suprema Corte ha cercato di risolvere concerne proprio l'esistenza di una lacuna normativa, da affrontare ovviamente in via interpretativa. Secondo i giudici di legittimità, allora, in assenza di disposizioni espresse nella materia, è da rilevare l'incompatibilità appunto ontologica – e non meramente formale – fra la condizione di straniero clandestino o irregolare e le alternative al carcere. La risoluzione della questione impone cioè una scelta di valore.

Se, poi, l'espulsione fosse davvero l'unica misura alternativa applicabile a clandestini e irregolari, coloro che fossero condannati ad una pena inferiore ai due anni, ma non fossero espellibili, si vedrebbero precluso il percorso trattamentale senza essersi resi colpevoli di fatti di particolare insidiosità, frustrandosi, da un lato, l'obiettivo costituzionale della risocializzazione, dall'altro, la stessa finalità di deflazione carceraria dell'istituto dell'espulsione. E quest'ultima medesima considerazione varrebbe anche per coloro che non fossero immediatamente espellibili per la commissione di un fatto punito in concreto con più di due anni di reclusione⁷¹. Salvo ritenere – penso, irragionevolmente – che il difetto della condizione di espellibilità consenta l'applicazione della disciplina generale.

L'espulsione del quinto comma dell'art. 16 t.u. potrebbe essere

⁶⁹ Così SANTORO, *op. cit.* p. 27.

⁷⁰ In tal senso SANTORO, *op. cit.*, p. 28.

⁷¹ Cfr. RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, cit., pp. 92 e ss.

stata pensata come rimedio da utilizzare, come ipotesi peculiare e specifica, in presenza di quelle particolari condizioni previste nella norma, qualora non sia possibile ricorrere alle misure alternative per il difetto dei relativi presupposti. L'obbligatorietà del provvedimento ablativo opererebbe rispetto alla protrazione del regime carcerario ordinario.

Come si è già annunciato e come si cercherà di approfondire più oltre, il punto problematico della questione è costituito infatti dal rapporto gerarchico fra fonti di produzione: le norme sulle misure alternative e il quinto comma dell'art. 16 t.u. Se la valutazione fosse effettuata limitandosi a ricorrere al criterio cronologico o di specialità, dovrebbe darsi preferenza al disposto del testo unico sull'immigrazione. Tuttavia, un tal metodo non terrebbe nel dovuto conto l'assetto dei valori costituzionali. Se, invece, la questione venisse affrontata secondo un approccio teleologico, che desse prevalenza ai precetti della Carta fondamentale, le norme sulle misure alternative andrebbero applicate in modo preferenziale. Quindi, solo in assenza dei relativi presupposti, il legislatore avrebbe previsto il rimedio ulteriore dell'espulsione come soluzione alternativa alla detenzione, sempre che sussistessero quelle date condizioni contenute nella disposizione dell'art. 16 t.u. D'altronde, l'esigenza di allontanamento dei clandestini e degli irregolari non verrebbe frustrata dal ricorso alle misure alternative poiché il difetto delle condizioni che legittimano la permanenza nel territorio dello Stato comporterebbe comunque l'espulsione amministrativa ordinaria dell'art. 13 t.u. all'esito del periodo espiativo.

9. La tesi della Corte costituzionale sulla natura amministrativa dell'espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione

La Corte costituzionale, ad un certo momento, è stata investita della questione di legittimità costituzionale della previsione del quinto comma dell'art. 16 del decreto legislativo n. 286 del 1998 perché la misura ivi contemplata – l'espulsione a titolo di sanzione alternativa alla detenzione – era considerata, con il suo carattere di automaticità, contrastante principalmente con il finalismo rieducativo della pena, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost., anche in rapporto con gli artt. 2 e 3 della Carta fondamentale⁷².

⁷²Appare da subito opportuno premettere che la questione di costituzionalità sollevata con riferimento al disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u. è stata dichiarata

In particolare, nelle ordinanze di remissione, fra le varie e articolate motivazioni a sostegno della tesi dell'illegittimità costituzionale del quinto comma dell'art. 16 t.u., è stato rilevato che l'assenza di ogni connotazione rieducativa nella misura dell'espulsione renderebbe questa legittima dal punto di vista costituzionale solo qualora se ne evidenziasse la natura non penale, la differenza cioè rispetto sia alla pena in senso tecnico che alle sanzioni alternative, costituendo invero mera sospensione della pena, la rinuncia temporanea dello Stato alla sua applicazione; d'altronde, questa esegesi era stata adottata dalla medesima Corte costituzionale con riferimento all'istituto – oggi non più esistente – dell'espulsione a richiesta dello straniero. Non può, però, essere taciuto come il profilo di conformità alla Carta fondamentale di quest'ultima previsione sia stato fondato, fra l'altro, sul requisito dell'iniziativa del condannato, come garanzia necessaria per la salvaguardia di un diritto inviolabile dell'uomo, requisito che nel caso del quinto comma dell'art. 16 t.u. non solo non è espressamente contemplato, ma appare escluso del tutto, nel senso che, in presenza dei requisiti di legge, l'espulsione andrebbe disposta senza porsi il problema dell'acquisizione del consenso del condannato (in violazione così dell'art. 2 Cost.) e senza neppure alcuna valutazione di opportunità da parte del magistrato di sorveglianza sull'esito del percorso di risocializzazione, come se l'ineludibile finalità rieducativa della sanzione penale fosse presuntivamente e invincibilmente raggiunta con il decorso del periodo di pena già espiato. Invero, l'espulsione andrebbe considerata, per le caratteristiche con cui è stata disciplinata, una sanzione penale vera e propria, dato che presenta connotati afflittivi.

Appare poi evidente la contraddizione con il principio di uguaglianza dell'equiparazione di situazioni affatto diverse (lo straniero che in carcere tiene una condotta pessima e lo straniero ristretto che si comporta in modo irreprensibile), oltre all'ingiustizia della soluzione di anticipazione della decarcerizzazione in connessione con la condizione di clandestinità o irregolarità rispetto alla posizione degli stranieri *in vinculis* che, forniti di permesso di soggiorno, devono espiare per intero la sanzione.

manifestamente infondata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza 8-15 luglio 2004, n. 226, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, n. 4, pp. 2375 e ss., e in *Guida al diritto*, 31 luglio 2004, n. 30, pp. 90 e ss., con nota di O. FORLENZA, *Dall'inefficace valutazione a posteriori un'incontrollata privazione della libertà*, pp. 96 e ss. A commento della citata ordinanza cfr. altresì C. PERROTTA, *Espulsione amministrativa alla detenzione e ... detenzione alternativa all'espulsione alla luce dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 226/2004*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, pp. 89 e ss.

È stato altresì rilevato il contrasto con il principio del giusto processo per difetto del contraddittorio fra le parti, visto che la decisione è presa *de plano*.

L'Avvocatura generale dello Stato aveva fondato la richiesta di rigetto della questione sollevata sulla considerazione che la misura invocata costituisce sanzione extrapenale, non riconducibile all'alveo semantico dell'art. 27, terzo comma, Cost. ed espressiva della facoltà del legislatore di rinunciare, in determinati casi, alla pretesa punitiva. Inoltre, nessuna violazione del principio di eguaglianza sarebbe realizzata in quanto si tratta comunque di un provvedimento di favore rispetto alla protrazione del regime carcerario e, comunque, di mera anticipazione di un esito ineludibile, come tale non lesivo dell'art. 2 Cost.⁷³ La mancata previsione del consenso dell'interessato fra i requisiti di legge per la disposizione del provvedimento espulsivo, ad avviso dell'Avvocatura, è da collegare alla facoltà comunque riconosciuta allo straniero di impugnare con effetto sospensivo il provvedimento espulsivo, manifestando così il proprio dissenso alla misura. Inoltre, nessun profilo di contrarietà coi principi dell'art. 111 Cost. sarebbe ravvisabile in quanto questa disposizione riguarderebbe il solo processo di cognizione – e, quindi, non quello di esecuzione –, oltre alla considerazione che il procedimento *de plano* è semplicemente collegato all'agilità di accertamento dei presupposti applicativi della misura, senza alcuna preclusione formale in merito alla possibilità che comunque il magistrato di sorveglianza decida di sentire il pubblico ministero o il condannato.

La Corte costituzionale, richiamando l'ordinanza n. 369 del 1999, con la quale si era espressa in merito alla simile misura dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione del primo comma dell'art. 16 t.u. affermandone la natura amministrativa⁷⁴, ha dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni di le-

⁷³ È stato, però, evidenziato che, se si fosse trattato di un beneficio, sarebbe stata prevista la facoltà per il condannato di rinunciarvi.

⁷⁴ 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

gittimità costituzionale sollevate con riferimento al quinto comma dell'art. 16 t.u. ritenendo che anche in questo caso non si tratti di una sanzione penale, bensì meramente amministrativa, che si limita ad anticipare un esito di cui sussistono già le condizioni e che, in sua assenza, andrebbe portato ad esecuzione una volta ultimato il periodo di detenzione. Considerata la natura non penale del provvedimento, le censure che sono state prospettate dai giudici rimettenti, nella ricostruzione effettuata dalla Consulta, perdono di fondamento, anche rispetto al problema della ritenuta violazione delle garanzie processuali visto che, malgrado non si sia in presenza, secondo la Corte, di una sanzione penale, varranno le regole generali sul procedimento amministrativo oltre che le norme specifiche – di tipo garantista, appunto – del provvedimento dell'espulsione disciplinata nell'art. 13 del testo unico sull'immigrazione, nonché quelle proprie contemplate nello stesso art. 16.

Ad avviso di certa dottrina, la posizione assunta dalla Corte costituzionale si traduce nella sostanziale violazione del principio del finalismo rieducativo della pena, poiché sembra che il giudice delle leggi si limiti a pretendere che la pena presenti solo in astratto la caratteristica risocializzante, ammettendo poi che il legislatore possa legittimamente sostituirla con sanzioni amministrative di segno contrario, come pare sia accaduto proprio con riferimento all'art. 16 t.u.⁷⁵

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». In argomento, G. LOCATELLI, *Osservazioni sull'espulsione sostitutiva della detenzione*, in *Diritto penale e processo*, 1999, n. 8, pp. 1035-1036; FRANCESCHETTI, *op. cit.*; C. LONGOBARDO, *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1999, n. 3, pp. 211 e ss. L'ordinanza della Corte costituzionale 14-28 luglio 1999 n. 369, è in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, pp. 187 e ss. Per una critica cfr. A. CASADONTE, *La Corte costituzionale e l'espulsione dello straniero: un'ordinanza che non convince*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, pp. 85 e ss. Mi si permetta altresì il rinvio al mio *La problematica penalistica nella disciplina dell'immigrazione*, *cit.*, pp. 21 e ss.

⁷⁵ Cfr. SANTORO, *op. cit.*, p. 32. L'Autore evidenzia altresì una conseguenza applicativa di tipo discriminatorio in materia di riabilitazione. Ai sensi dell'art. 179 c.p., infatti, la riabilitazione può essere richiesta, in presenza delle altre condizioni di legge, dopo tre anni che la pena principale sia stata eseguita o si sia in altro modo estinta. Una preclusione opera nei confronti dei condannati sottoposti a misure di sicurezza diverse dall'espulsione dello straniero. Secondo il disposto dell'art. 16 t.u., lo straniero sottoposto ad espulsione come misura alternativa si vedrà estinto il reato decorsi dieci anni dal provvedimento ablativo, mentre per colui che è allontanato a titolo di sanzione sostitutiva è previsto solo il periodo minimo – cinque anni – di divieto di reingresso. Rispetto a questi soggetti la possibilità di fruire della riabilitazione è di molto posticipata, essendo legata al momento estintivo della pena, secondo una scelta

10. La sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione del 2006 sull'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti dello straniero clandestino o irregolare

Dopo ampie discussioni svolte in dottrina e a seguito del perpetuarsi di orientamenti interpretativi oscillanti in seno alla giurisprudenza, con la sentenza n. 14500 del 2006 le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno espresso il loro punto di vista sulla questione dell'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti dello straniero extracomunitario, che sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato o sia comunque privo del permesso di soggiorno⁷⁶.

La vicenda, che ha costituito l'occasione per l'intervento del Supremo Collegio, riguardava un extracomunitario condannato a due anni di reclusione per detenzione di banconote e marche da bollo falsificate, cui il Tribunale di sorveglianza di Sassari aveva concesso, con un'ordinanza del 17 febbraio 2005, la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale⁷⁷.

Il procuratore generale presso la sezione distaccata della Corte d'appello di Sassari proponeva ricorso per cassazione sulla decisione assunta dal Tribunale di sorveglianza ritenendo inapplicabile la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale nei confronti di uno straniero extracomunitario irregolare, quindi privo del permesso di soggiorno, in quanto sussisterebbe incompatibilità assoluta fra le modalità esecutive di questa misura alternativa e le norme che disciplinano la presenza di extracomunitari nel territorio nazionale.

In considerazione del contrasto interpretativo esistente in materia di irragionevolezza se si considera soprattutto che il medesimo limite non opera per lo straniero che, avendo subito l'espulsione come misura di sicurezza, è anche risultato socialmente pericoloso. *Ivi*, pp. 32-33.

⁷⁶ Cfr. Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 28 marzo 2006 n. 7458 (dep. 27 aprile 2006), n. 14500, Alloussi, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2006, n. 2, pp. 180 e ss., con scheda di C. RENOLDI, in *questa Rivista*, 2006, n. 1, pp. 181-182, con nota di TOVANI, *op. cit.*, e alla pagina web www.stranieriinitalia.it. La sentenza è commentata anche da DI ROSA, *op. cit.*, pp. 54 e ss.; da LEO, *op. cit.*, pp. 780 e ss.; da M. PAVONE, *Le Sezioni Unite e l'applicabilità delle misure alternative agli stranieri irregolari*, in www.studiocataldi.it del 5 maggio 2006 e in www.diritto.it del 18 maggio 2006.

⁷⁷ Secondo l'organo dell'esecuzione, infatti, erano rispettati i presupposti applicativi dell'art. 47 della legge sull'ordinamento penitenziario in quanto il condannato non aveva carichi pendenti, aveva già espiato parte della pena, aveva tenuto in carcere una condotta regolare, vi aveva svolto attività lavorativa, aveva fruito di permessi premio, mostrando in generale la volontà di reinserimento sociale; inoltre, anche le condizioni esterne apparivano favorevoli visto che egli poteva fare affidamento su una famiglia unita, aveva la possibilità di essere ospitato da una parente e di svolgere attività lavorativa.

teria all'interno delle singole Sezioni della Cassazione, la questione è stata così rimessa al vaglio delle Sezioni unite⁷⁸.

Come evidenziato dalle medesime Sezioni unite, il filone della giurisprudenza di legittimità che negava l'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti dello straniero clandestino o irregolare faceva leva sulla incompatibilità ontologica fra la condizione – di clandestinità o irregolarità – dell'extracomunitario e la normativa contenuta nel testo unico sull'immigrazione, rendendosi impossibile, nel caso dell'affidamento in prova, l'integrazione fra il condannato e i servizi sociali senza violare le regole generali in materia di presenza legittima dello straniero all'interno dello Stato.

Il filone opposto, formatosi in materia di semilibertà⁷⁹ e poi

⁷⁸ La questione è stata sottoposta al vaglio delle Sezioni unite con l'ordinanza della prima sezione della Corte di cassazione del 26 ottobre – 5 dicembre 2005, riportata in *Questione giustizia*, 2006, n. 1, pp. 215 e ss., con nota di C. RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, pp. 209 e ss.

⁷⁹ In Corte di cassazione, sez. I, 5 maggio 1982, Schubeyr, in *Foro italiano*, 1983, II, cc. 461-462, sono state evidenziate due ragioni essenziali a sostegno della possibilità di applicare il regime di semilibertà agli stranieri che vanno espulsi a titolo di misura di sicurezza. Premesso che la semilibertà consiste nella concessione al condannato della facoltà di trascorrere parte del giorno fuori dell'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al suo reinserimento sociale e costituisce una modalità di esecuzione della pena, tanto che, qualora tale regime non venga sospeso o revocato, il periodo trascorso vale come pena espiata, l'esecuzione della misura ablativa non subisce alcun pregiudizio, visto che essa dovrà avvenire appunto "a pena espiata". Inoltre, l'espulsione come misura di sicurezza «non contrasta neppure con la finalità del regime di semilibertà, diretto a favorire il graduale reinserimento del soggetto nella società. Specie nel mondo contemporaneo, caratterizzato dalla tendenza alla riduzione delle barriere internazionali ed al superamento dell'isolazionismo [valutazioni che oggi non potrebbero che essere enfatizzate, ndr], la collaborazione fra gli Stati nel settore della giurisdizione penale non può essere ridotta all'attività repressiva, ma deve estendersi a quella di prevenzione speciale diretta al recupero sociale del reo. In questa prospettiva, la risocializzazione del condannato, che è alla base del regime di semilibertà, non può assumere una dimensione ristretta all'ambito dei nostri confini nazionali. Pertanto, la menzionata finalità del regime di semilibertà deve ritenersi perseguita e perseguibile anche se il soggetto, per effetto dell'ordine di espulsione dal nostro Stato, dovrà, a pena espiata, essere inserito in un contesto sociale relativo ad altro Stato». Secondo i giudici di legittimità, «Il reinserimento sociale va, perciò, inteso in senso sovranazionale poiché ciò che importa non è tanto l'ambito territoriale della società nella quale verrà operato il tentativo di reinserimento del soggetto, quanto che questo, dimostrandosi idoneo al trattamento rieducativo, appaia suscettibile di recupero sociale nel contesto del consorzio civile, quale elemento dell'intera comunità internazionale».

In Corte di cassazione, sez. I, ud. 31 gennaio 1985 n. 315 (dep. 26 febbraio 1985), Ortiz, in *Rivista penale*, 1985, p. 900, è affermato che non sussiste incompatibilità fra la misura di sicurezza dell'espulsione dal territorio dello Stato italiano e la misura alternativa della semilibertà sia perché esse trovano applicazione in tempi diversi, dato che la misura della semilibertà equivale ad espiazione della pena (mentre la misura di sicurezza va eseguita dopo che la stessa pena è stata già espiata), sia perché le misure alternative possono essere applicate verso tutti coloro che si trovino ad espriare pene inflitte da un giudice italiano in un istituto italiano, senza rilevanza della differenza

esteso anche all'ipotesi dell'affidamento in prova al servizio sociale, riteneva invece non astrattamente incompatibile la condizione di espellibilità dello straniero a seguito dell'espiazione della pena, in ragione della sua condizione di clandestino o irregolare, con la

di nazionalità del condannato, non essendovi alcun ostacolo normativo al riguardo. In particolare, è sottolineato come non possa «ravvisarsi contrasto fra l'espulsione dal territorio dello Stato ed il fine mirato dal regime di semilibertà, volto a favorire il reinserimento del soggetto nella società senza distinzione fra società italiana ed estera, dato che la risocializzazione non può assumere connotati nazionalistici ma va rapportata alla collaborazione fra gli Stati nel settore della giurisdizione penale, all'abbattimento dei confini fra gli Stati ed al pregresso trattamento personalizzato volto al recupero sociale inteso in termini non solo del nostro Stato ma di consorzio civile internazionale». Inoltre, è evidenziato che «Il riferimento, pertanto, a pregiudiziali ostacoli derivanti dalla qualifica di straniero da parte del soggetto istante non può trovare accoglimento neppure allorquando si menziona un pericolo di fuga, questo essendo prospettabile solo allorquando tragga origine da qualche concreto elemento, non in via di mera ipotesi, per il solo fatto della cittadinanza del condannato né per comportamenti di altri stranieri».

Anche di recente la Cassazione ha confermato l'idea dell'applicabilità della semilibertà agli stranieri. In Corte di cassazione, sez. I, ud. 14 dicembre 2004 (dep. 17 gennaio 2005), n. 782, S.A., riportata da DI ROSA, *op. cit.*, p. 56, è stabilito che «In tema di misure alternative alla detenzione, la condizione di straniero privo del permesso di soggiorno non è di per sé ostativa alla concessione della semilibertà, atteso che tale misura consente uno spazio di libertà molto ridotto (e quindi controllabile) e in considerazione del fatto che l'espiazione della pena in regime di semilibertà non comporta alcuna violazione o elusione delle norme in materia di immigrazione clandestina». La soluzione fornita dalla Cassazione qui è di tipo compromissorio, perché afferma la legittima applicazione delle misure alternative in quanto non comportano contraddizione con le norme del testo unico n. 286 del 1998, non indipendentemente da queste disposizioni.

In senso conforme anche Corte di cassazione, sez. I, 17 gennaio 2005, Sheqia, mass. 230.586, riportata da D'ONOFRIO, *op. cit.*, p. 1282, secondo cui «la mancanza del permesso di soggiorno non è di per sé ostativa alla concessione della semilibertà, non solo perché tale misura consente uno spazio di libertà molto ridotto e quindi più controllabile da parte delle forze dell'ordine, ma anche perché l'espiazione della pena in regime di semilibertà non comporta alcuna violazione o elusione delle norme in materia di immigrazione clandestina». Nel caso di specie, la Cassazione aveva rigettato il ricorso del procuratore generale di Firenze contro l'ordinanza di concessione della semilibertà ad uno straniero emessa dal Tribunale di sorveglianza del capoluogo toscano, che aveva fondato la propria decisione sulla considerazione che il condannato poteva ritenersi ben inserito nel tessuto sociale italiano avendo egli una moglie munita di regolare permesso di soggiorno e avendo trovato lavoro in una impresa edile gestita dal cugino.

Ancora, di recente, Corte di cassazione, sez. I, 13-31 ottobre 2005, n. 39781, Iselaci, in C.E.D. Cass., n. 232514, riportata da DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, cit., pp. 150-151, con cui i giudici di legittimità hanno affermato che «L'ammissione alla misura alternativa della semilibertà non è d'ostacolo all'emissione del decreto di espulsione a titolo di sanzione alternativa, dal momento che la semilibertà è misura che comunque comporta la permanenza del condannato in un istituto penitenziario, sebbene limitatamente a determinati orari, e quindi anche rispetto al soggetto che espia la pena in semilibertà l'espulsione può realizzare il fine proprio di riduzione della popolazione carceraria».

Malgrado, però, la giurisprudenza abbia generalmente ammesso che anche gli stranieri clandestini e irregolari possano fruire della semilibertà, è stato anche evidenziato come non necessariamente da ciò discenda la conseguenza che ogni

concedibilità delle misure alternative alla detenzione.

Le Sezioni unite hanno deciso di aderire a questo secondo indirizzo interpretativo per le seguenti ragioni:

- l'assenza all'interno della legge sull'ordinamento penitenziario di alcuna preclusione formale alla fruizione delle misure alternative da parte degli stranieri in condizione di clandestinità o irregolarità;

- l'incompatibilità della tesi interpretativa circa la preclusione aprioristica dell'applicabilità delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari con i principi costituzionali della pari dignità delle persone, degli artt. 2 e 3,⁸⁰ e della finalità rieducativa della pena, del terzo comma dell'art. 27;

- il carattere "transnazionale" che deve assumere l'obiettivo di risocializzazione dei condannati nell'ottica della collaborazione fra gli Stati nel settore della giurisdizione penale, come già sottolineato da certa giurisprudenza di legittimità⁸¹;

- l'ingiustizia di una presunzione assoluta di inconciliabilità fra misure alternative al carcere e condizione di estraneità, visto che i parametri da rispettare per la concessione delle soluzioni extramurarie riguardano in concreto le caratteristiche specifiche dei possibili fruitori di tali misure⁸²;

- la prassi amministrativa consolidata sulla concedibilità delle misure alternative allo straniero condannato privo del permesso di

misura alternativa è riconoscibile a tale categoria di soggetti, in quanto la semilibertà, malgrado sia inserita nella parte della legge sull'ordinamento penitenziario dedicata alle misure alternative (come d'altronde è pure per la liberazione anticipata, che secondo, questa impostazione, non va certamente considerata una misura alternativa), presenta connotati atipici rispetto a queste, sicché «la semilibertà è qualificabile come misura alternativa impropria in quanto l'interessato rimane privato della libertà personale ed inserito in ambito penitenziario, ma con ampi margini di libertà e la possibilità di una graduale ripresa di contatti con il mondo esterno sì da comportare una profonda modifica delle modalità di esecuzione della pena». Così DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, p. 153.

⁸⁰ Secondo TOVANI, *op. cit.*, nota n. 12, p. 188, l'affermazione contenuta nella sentenza delle Sezioni unite, secondo cui le norme sulle misure alternative alla detenzione sono strumenti posti a tutela della dignità della persona e non meri veicoli per la risocializzazione del condannato, è criticabile perché ne deriverebbero, da una parte, la conseguenza della loro irrinunciabilità, dall'altra, il vincolo per il legislatore di non potere costruire altrimenti il sistema dell'esecuzione penale.

⁸¹ Cfr. appunto Corte di cassazione, sez. I, 5 maggio 1982, Schubeyr, cit., e Corte di cassazione, sez. I, ud. 31 gennaio 1985 n. 315 (dep. 26 febbraio 1985), Ortiz, cit.

⁸² Sembra opportuno ribadire come la scelta della giurisprudenza di negare la concedibilità delle misure alternative al carcere agli allogeni clandestini o irregolari non derivi da una presunzione invincibile di pericolosità di questi soggetti o dalla inidoneità di questi strumenti a svolgere la funzione di reinserimento sociale di tali individui, quanto, piuttosto, dall'insussistenza delle condizioni legali formali perché questi provvedimenti possano essere assunti verso chi non ha titolo per permanere sul territorio in cui le alternative alla detenzione avranno esecuzione, vista la pendenza del provvedimento di espulsione.

soggiorno, secondo la quale è proprio l'ordinanza di ammissione alla misura a costituire titolo legittimante la presenza nel territorio dello Stato di colui che andrebbe espulso, sospendendosi l'esecuzione del provvedimento ablativo e consentendosi allo straniero lo svolgimento di attività lavorativa anche in deroga alle norme sull'accesso al lavoro per tale categoria di soggetti.

Le Sezioni unite, a questo punto del loro ragionamento, hanno ritenuto opportuno dare conto di alcune novità normative che avrebbero potuto essere portate a sostegno della tesi dell'inapplicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti degli extracomunitari clandestini o irregolari.

In particolare, vanno tenute in debita considerazione, secondo i giudici, l'innovazione apportata all'art. 16 del testo unico sull'immigrazione con la legge Bossi-Fini, con cui è stata introdotta al quinto comma l'espulsione come sanzione alternativa alla detenzione, nonché la disposizione contenuta nell'art. 3 della legge n. 207 del 2003, relativa al c.d. indultino, secondo cui è preclusa l'applicazione della sospensione condizionata dell'esecuzione della parte finale della pena detentiva, nel limite massimo di due anni, nei confronti dello straniero che abbia scontato almeno metà della pena e versi in condizione di espellibilità ai sensi del secondo comma dell'art. 13 t.u., visto che nei suoi confronti opera già il disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u., da ritenere come misura alternativa esclusiva applicabile allo straniero clandestino o irregolare⁸³.

Le Sezioni unite, però, hanno obiettato a questa ricostruzione evidenziando, da un canto, come la Corte costituzionale, con un'ordinanza del 2004, abbia ritenuto la natura amministrativa dell'espulsione del quinto comma dell'art. 16, conformemente a quanto già statuito con riferimento all'espulsione come sanzione sostitutiva della detenzione, non ponendosi più così «un rapporto di esclusione tra espulsione e misura alternativa: o la prima viene eseguita, ed allora l'esecuzione cessa nel suo complesso, oppure l'esecuzione procede, ma ciò può accadere certamente in tutte le varie forme previste dalla legge»⁸⁴; d'altro canto, come sussista una larga fascia di soggetti che non si vedranno applicata la sanzione alternativa dell'espulsione perché ne difettano i requisiti (l'identi-

⁸³ In dottrina ha sostenuto questo argomento per negare l'applicabilità delle misure alternative alla detenzione ai clandestini e agli irregolari, sancendo la preferenza quindi per la tesi giurisprudenziale sostenuta con la sentenza Calderon, *DEGL'INNOCENTI, Misure alternative alla detenzione e cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità*, cit., pp. 85-86.

⁸⁴ LEO, *Misure alternative alla detenzione e stranieri privi del permesso di soggiorno*, cit., p. 782. Secondo l'Autore, inoltre, «Così ricostruito il sistema, resta l'eventualità che nel caso concreto il procedimento per l'applicazione della misura alternativa, celebrato

ficazione, lo stato di detenzione, la pena superiore a due anni, la commissione di reati ostativi, i casi dell'art. 19 t.u., circostanze pratiche impeditive). In questi casi, in assenza di divieti espressi, ben potrebbe ricorrersi alle misure alternative alla detenzione, qualora ovviamente ne sussistano i presupposti applicativi.

In generale, le Sezioni unite hanno giustificato l'estensione delle misure alternative agli stranieri in ragione dell'esigenza preminente di salvaguardia dei principi costituzionali della pari dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena, con l'unica ovvia condizione che sussistano in concreto i presupposti applicativi delle singole misure, ed hanno enunciato il seguente principio di diritto: *In materia di esecuzione della pena detentiva, le misure alternative alla detenzione in carcere (nella specie, l'affidamento in prova al servizio sociale), sempre che ne sussistano i presupposti stabiliti dall'ordinamento penitenziario, possono essere applicate anche allo straniero extracomunitario che sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato e sia privo del permesso di soggiorno.*

I giudici di legittimità hanno evidenziato poi come nel merito, la scelta del Tribunale di sorveglianza di Sassari sia risultata coerente con il principio di diritto affermato, tanto che neppure la procura generale nella presentazione del ricorso aveva negato la sussistenza in concreto del giudizio prognostico favorevole all'affidamento in prova al servizio sociale, sia per il percorso rieducativo già intrapreso con successo dal condannato in regime intramurario, sia per le opportunità di lavoro all'esterno che questi aveva.

Credo che complessivamente la sentenza esprima un'affermazione di principio sulla necessità della parità di trattamento nelle situazioni concernenti aspetti fondamentali della persona, senza un'adeguata ponderazione delle eventuali ragioni ostative alla riconoscibilità dell'estensione applicativa delle misure alternative agli stranieri diverse dalla inespresa volontà di discriminazione⁸⁵.

dal Tribunale di sorveglianza, interferisca con quello regolato dall'art. 16 del T.U., e rimesso alla competenza del magistrato di sorveglianza. Le Sezioni unite hanno posto in luce la piena autonomia dei due contesti. Il magistrato di sorveglianza valuterà, secondo la logica propria della misura amministrativa, se ricorrano i presupposti per l'ordine di espulsione nei confronti dello straniero. In caso positivo, la misura entrerà in conflitto non con una modalità di esecuzione della pena alternativa alla detenzione in carcere, ma con la prosecuzione *tout court* del trattamento, che verrà interrotto indipendentemente dalle modalità di svolgimento nel momento dell'espulsione». *Ivi*, p. 783. Sono state evidenziate, però, le opinioni contrarie a questa ricostruzione secondo cui il difetto dello stato detentivo, com'è in alcune misure alternative, inibisce l'esecuzione dell'espulsione.

⁸⁵ Come evidenzia LEO, *op. cit.*, p. 780, non vi sarebbe d'altronde nell'ordinamento «alcuno spazio di legalità costituzionale per norme che favorissero regimi differenziati, in materia penitenziaria, sulla base esclusiva della razza o della nazionalità», stante oltretutto il disposto del secondo comma dell'art. 1 della legge n. 354 del 1975.

Ritengo che questo esito appaia scontato, nel senso che la motivazione del diniego non può certo risiedere in intenti xenofobi. Da questo punto di vista, la decisione risulta abbastanza apodittica. Sembra piuttosto che il problema sia di verificare la compatibilità formale e funzionale tra misure alternative e condizione di illegalità dello straniero: dal punto di vista formale, se lo straniero privo del permesso di soggiorno possa circolare nel territorio dello Stato in regime di beneficio penitenziario⁸⁶; dal punto di vista funzionale, se abbia senso la pretesa rieducativa verso soggetti che vanno comunque allontanati. La questione pare allora spostarsi sulla giustezza dell'espulsione di chi abbia intrapreso e superato con successo il periodo di trattamento; in generale, della giustezza dell'espulsione in un sistema in cui la pena ha finalità rieducativa.

Il problema più generale riguarda invero la legittimità costituzionale dell'espulsione, se si continua ad affermarne la natura di sanzione penale.

L'istituto dell'espulsione dello straniero è espressione del mantenimento della logica nazionalista come strumento di controllo dell'ordine pubblico, in aperta contraddizione con la tendenza alla globalizzazione come fenomeno sociale, oltre che culturale ed economico. È sintomatica della difficoltà di definire i rapporti fra l'ordinamento e gli allogeni non solo nella fase patologica, ma già nella fisiologia di una relazione nella quale i ruoli di ciascuno non sono chiari. La definizione dei diritti e dei doveri degli stranieri costituisce settore altamente problematico, nel quale si avvicinano atteggiamenti contrapposti di apertura e restrizione, spesso influenzati dalle contingenze emergenziali legate alla recrudescenza dei flussi incontrollati di immigrati clandestini.

Se può essere considerata ragionevole la scelta di espellere, il problema concerne la compatibilità di una tale opzione coi valori penali costituzionalmente tutelati, in particolare con la finalità rieducativa della sanzione. Questo principio apparirebbe compromesso⁸⁷ se si riuscisse a dimostrare l'incidenza negativa dell'espulsione

⁸⁶ In effetti il problema gerarchico fra misure alternative e quinto comma dell'art. 16 t.u. riguarda solo i casi di convergenza fra le norme, non invero l'applicabilità *tout court* delle misure alternative agli stranieri.

⁸⁷ Ritiene che l'espulsione violi il disposto dell'art. 27 Cost. MARCHESELLI, *L'espulsione dallo Stato come regime alternativo alla esecuzione della pena. Prime riflessioni applicative*, cit., secondo il quale, per affrontare correttamente la problematica, è necessario comprendere la portata del principio rieducativo evincibile dalla Carta fondamentale. Si può distinguere fra una dimensione universale della rieducazione – come finalità, cioè, di recupero di ogni autore di reato, a prescindere dalla sua nazionalità – e una dimensione nazionale del medesimo principio – che limiterebbe il dovere di intervento dello Stato nei confronti dei soli delinquenti cittadini –. Solo nel primo caso la norma

sui diritti fondamentali della persona; quindi, se si fosse in grado di affermare l'inaccettabilità di una funzione della pena diversa da quella recuperatoria.

In generale, con riferimento al sistema delle misure alternative, è stato rilevato, però, come nel nostro ordinamento sia ravvisabile un paradosso concernente l'individuazione del creditore del finalismo rieducativo della sanzione penale, che costituisce un dovere dello Stato. Tale creditore viene visto normalmente nell'autore del reato, ma – si è detto – si tratta di un'indicazione erronea perché il vero beneficiario dell'intervento di recupero è rappresentato dalla società, nel vantaggio che questa ottiene dal decremento del tasso di criminalità⁸⁸.

11. La sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007

Proprio di recente la questione posta al centro del presente lavoro ha costituito oggetto di esame da parte del giudice delle leggi, il cui intervento aveva preso avvio con un'ordinanza di remissione del Tribunale di sorveglianza di Cagliari del 24 maggio 2005 ed il cui pronunciamento si è avuto con la sentenza n. 78 del 2007⁸⁹. Con questa decisione viene riprodotto dalla Corte costituzionale l'orientamento, già fatto proprio dalle Sezioni unite della Cassazione con la sentenza n. 14500 del 2006, favorevole all'applicazione dei benefici penitenziari agli stranieri anche se illegalmente presenti nel territorio dello Stato. La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 47 (sull'affidamento in prova al servizio sociale) e 48 e 50 (sulla semilibertà) della legge n. 354 del 1975 ove interpretati nel senso di precludere in ogni caso l'accesso alle misure alternative da essi previste allo straniero extracomunitario entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno.

In particolare, la Corte ha fondato la pronuncia sulla censura di ogni automatismo e di ogni preclusione oggettiva ed assoluta

costituzionale verrebbe violata tramite il ricorso ai rimedi espulsivi. Tuttavia, come è evidenziato dall'Autore, anche qualora si preferisca aderire all'interpretazione ridotta del concetto di rieducazione, il problema dell'esclusione degli stranieri fra i beneficiari dell'intervento di recupero si porrebbe comunque in considerazione del disposto dell'art. 2 Cost. e, quindi, rendendosi necessario verificare se l'espulsione possa ritenersi lesiva di un diritto inviolabile dell'uomo.

⁸⁸ COSÌ, MARCHESELLI, *L'efficacia rieducativa delle misure alternative alla detenzione*, cit.

⁸⁹ Corte costituzionale, sentenza 5 marzo 2007 (dep. 16 marzo 2007), n. 78, in www.cortecostituzionale.it e in www.penale.it.

nel godimento dei benefici penitenziari. Il giudice delle leggi ha così evidenziato come già in passato si fosse espresso nel senso di bandire ogni forma di sacrificio non necessario delle istanze di risocializzazione. Pur sostenendo l'assunto che la funzione rieducativa della pena debba essere temperata dal legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, con le altre finalità – di prevenzione, generale e speciale, e di difesa sociale – che la Costituzione assegna alla sanzione penale, è comunque fondamentale che in quest'opera di bilanciamento il privilegio per alcuno di questi scopi non si traduca mai nel totale annientamento degli altri, ma, al più, nel loro ridimensionamento nei limiti di quanto è necessario per soddisfare la finalità in quel momento e in quel contesto ritenuta prevalente. Così la Corte ha espunto dal sistema, con vari interventi, quelle norme che impedivano il ricorso ai benefici penitenziari per il solo *nomen iuris* del fatto compiuto ed ha consentito la nuova concessione della liberazione condizionale dopo un primo provvedimento di revoca in conseguenza della commissione di un reato della stessa indole di quello per il quale è intervenuta la condanna o della trasgressione agli obblighi legati alla libertà vigilata.

Secondo l'orientamento costante della Consulta, così, ogni preclusione presuntiva all'accesso ai benefici penitenziari va censurata; i giudizi relativi alla concessione delle misure volte a favorire il processo rieducativo vanno individualizzati.

Sulla base di questa considerazione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme in materia di affidamento in prova al servizio sociale e di semilibertà nella parte in cui sembrano precludere agli stranieri, clandestini o irregolari, l'accesso alle soluzioni trattamentali extramurarie in ragione dell'appartenenza di tali soggetti ad una categoria «individuata sulla base di un indice – la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato – privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati». «Detta esclusione assume, cioè, carattere assoluto quanto all'oggetto, abbracciando indistintamente l'intera gamma delle misure alternative alla detenzione e, dunque, un complesso di misure dai connotati profondamente diversificati e dai contenuti estremamente variegati, in quanto espressione dell'esigenza di realizzare una progressione del trattamento. Al tempo stesso, tale preclusione risulta collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva – il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato – che, di per sé, non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura

assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima. In conseguenza di siffatto automatismo, vengono quindi ad essere irragionevolmente accomunate situazioni soggettive assai eterogenee: quali, ad esempio, quella dello straniero entrato clandestinamente nel territorio dello Stato in violazione del divieto di reingresso e detenuto proprio per tale causa, e quella dello straniero che abbia semplicemente omesso di chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno e che sia detenuto per un reato non riguardante la disciplina dell'immigrazione»⁹⁰.

Inoltre, dal punto di vista formale, in relazione al problema della legittimità della presenza dello straniero clandestino o irregolare nel territorio dello Stato, libero di circolare in esecuzione della misura alternativa, la Corte ha accolto l'orientamento, già sostenuto da parte cospicua della dottrina e da certa giurisprudenza anche di Cassazione, della legittimazione di tale presenza derivante dal titolo di concessione della misura alternativa. Secondo la Consulta, infatti, «Quanto, poi, alla incompatibilità fra la disciplina del testo unico in materia di immigrazione e l'applicazione di misure alternative alla detenzione, pure evocata a fondamento del principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, occorre considerare che, in realtà, è proprio la condizione di persona soggetta all'esecuzione della pena che abilita *ex lege* – ed anzi costringe – lo straniero a permanere nel territorio dello Stato; e ciò, tanto se l'esecuzione abbia luogo nella forma intramuraria, quanto se abbia luogo, invece – a seguito della eventuale concessione di misure alternative – in forma extramuraria. In altre parole, nel momento stesso in cui prevede che l'esecuzione della pena “prevalga”, sospendendone l'attuazione, sulla espulsione cui il condannato extracomunitario sarebbe soggetto, il legislatore adotta una soluzione che implica l'accettazione della perdurante presenza dello straniero nel terri-

⁹⁰ Questo argomento era già stato sostenuto dalla dottrina. Si era evidenziato, infatti, come l'opzione ermeneutica di preclusione delle misure alternative al carcere nei confronti degli stranieri legittimerebbe l'idea della sussistenza di un regime penitenziario speciale per determinate categorie di detenuti, d'altronde speculare a quel diritto penale speciale che alcuni interpreti ritengono creato dal legislatore con il testo unico sull'immigrazione. Cfr., ad esempio, LEO, *op. cit.*, p. 780. Vd. anche L. PEPINO, *Immigrazione, politica, diritto*, in *Questione giustizia*, 1999, pp. 1 e ss.

Più nel dettaglio, è stato evidenziato come questa differenziazione implicherebbe l'affermazione di forme di diritto penale soggettivo, nel senso che la preclusione del trattamento opererebbe per determinati tipi d'autore, indipendentemente – come invero avviene per i regimi penitenziari speciali degli artt. 4-bis e 41-bis – da condizioni di particolare pericolosità soggettiva o di attuazione di specifiche condotte, ma per l'assenza del titolo giustificativo della presenza sul territorio nazionale, la cui mancanza sarebbe irragionevolmente impeditiva dell'intrapresa di un efficace percorso riabilitativo. In tal senso RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 212-213.

torio nazionale durante il tempo di espiazione della pena stessa. Da ciò consegue l'impossibilità di individuare nella esigenza di rispetto delle regole in materia di ingresso e soggiorno in detto territorio una ragione giustificativa della radicale discriminazione dello straniero sul piano dell'accesso al percorso rieducativo, cui la concessione delle misure alternative è funzionale».

Secondo quanto affermato con riferimento a precedenti pronunce, è possibile che il legislatore individui dei casi in cui la finalità di rieducazione della pena venga circoscritta per preferire i fini preventivi o di difesa sociale, ma questa opzione non si può tradurre, come evidenzia la Corte, nella compressione assoluta di ogni istanza recuperatoria. «Il legislatore ben può, ovviamente – tenuto conto della particolare situazione del detenuto cittadino extracomunitario che sia entrato illegalmente in Italia o sia privo di permesso di soggiorno – diversificare, in rapporto ad essa, le condizioni di accesso, le modalità esecutive e le categorie di istituti trattamentali fruibili dal condannato o, addirittura, crearne di specifici, senza però potersi spingere fino al punto di sancire un divieto assoluto e generalizzato di accesso alle misure alternative nei termini dinanzi evidenziati. Un simile divieto contrasta con gli stessi principi ispiratori dell'ordinamento penitenziario che, sulla scorta dei principi costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione), non opera alcuna discriminazione in merito al trattamento sulla base della liceità della presenza del soggetto nel territorio nazionale».

Inoltre, il giudizio sul percorso rieducativo va individualizzato. «L'assoluta preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione, nei casi in esame, prescinde, peraltro, dalla valutazione prognostica attinente alla rieducazione, al recupero e al reinserimento sociale del condannato e alla previsione del pericolo di reiterazione di reati, cosicché la finalità repressiva finisce per annullare quella rieducativa». Il che, in linea di principio, è abbastanza ovvio e, da questo punto di vista, la soluzione adottata dalla Consulta non può ritenersi particolarmente innovativa.

Quindi, riassumendo, secondo il giudice delle leggi, le ragioni dell'illegittimità costituzionale delle norme in materia di ordinamento penitenziario vanno individuate:

1. nel bando di ogni automatismo nella preclusione al godimento dei benefici penitenziari, in ragione della necessità di individualizzare le scelte giudiziarie per favorire il percorso rieducativo del condannato;
2. nel difetto di un nesso di consequenzialità fra la mancanza

del titolo abilitativo della presenza nel territorio dello Stato e uno stato soggettivo di peculiare pericolosità o una condizione oggettiva di assenza di legami col contesto di svolgimento della misura alternativa;

3. nella mancata diversificazione del trattamento degli stranieri malgrado la diversità dei modi – legale e illegale – di accesso nel territorio dello Stato;

4. nell'assenza di incompatibilità fra la disciplina del testo unico sull'immigrazione e le norme della legge sull'ordinamento penitenziario in materia di misure alternative, visto che la presenza dello straniero clandestino o irregolare nel territorio nazionale è legittimata dal titolo di ammissione al beneficio penitenziario;

5. nella priorità da riconoscere al finalismo rieducativo della pena, anche nell'ottica della salvaguardia della dignità della persona, che vieta al legislatore di introdurre istituti che annullino del tutto ogni istanza recuperatoria.

Tuttavia, malgrado l'importanza dell'affermazione di principio nell'equiparazione del trattamento di cittadini e stranieri, la decisione appare carente da un certo profilo, forse il più rilevante. In particolare, il problema, evidenziato da una parte della dottrina e della giurisprudenza in materia, costituito dal richiamo al testo unico non credo sia di sostanza, relativo cioè realmente alla compatibilità ontologica della presenza del clandestino o irregolare sul territorio dello Stato con i principi generali in materia migratoria, bensì di forma, di prevalenza cioè fra norme divergenti nel caso concreto: l'art. 16, quinto comma, t.u. e l'art. 47 o.p., per esempio. Su questo punto la Consulta non si è espressa.

12. Considerazioni conclusive

Oltre alle motivazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale sul riconoscimento agli stranieri clandestini o irregolari dei benefici penitenziari, la dottrina soprattutto, nel corso del tempo, ne aveva evidenziato di ulteriori, completando il quadro che consente di esprimere un giudizio di piena condivisione dell'affermazione di principio espressa dal giudice delle leggi.

Si è così evidenziato, ad esempio, che l'argomento, secondo cui il disposto dell'art. 22 t.u. (sulla responsabilità del datore di lavoro che impiega alle proprie dipendenze stranieri in condizione di clandestinità o irregolarità) verrebbe integrato qualora una persona assumesse, nell'ambito del progetto d'intervento relativo ad una

misura alternativa, uno straniero privo del permesso di soggiorno, è meramente formale. Non vi è evidentemente alcuna violazione della *ratio legis* se il datore di lavoro occupa alle proprie dipendenze un extracomunitario in regime di semilibertà o di *probation* penitenziario come attività che fa parte del programma di recupero e che è svolta sulla base di un titolo giudiziario di affidamento⁹¹.

Ritenere, poi, che l'espulsione costituisca l'unica misura alternativa applicabile agli stranieri clandestini o irregolari significa affermare che anche per coloro rispetto ai quali non sussistono le condizioni per disporre il provvedimento ablativo le soluzioni trattamentali extracarcerarie non potranno essere svolte. Basta, a titolo esemplificativo, fare riferimento allo straniero che abbia commesso uno dei fatti ostativi della lettera *a*) del secondo comma dell'art. 407 c.p.p. o sia condannato ad una pena superiore ai due anni. Nei loro confronti la giustificazione del diniego tanto dell'espulsione quanto delle misure alternative diverse dovrebbe risiedere nella particolare gravità dei fatti commessi, definita nominalmente o desunta dall'entità sanzionatoria. Si tratterebbe, però, di una preclusione ai benefici penitenziari ulteriore rispetto a quanto statuito nella legge n. 354 del 1975 e ricavabile solo implicitamente. Se consideriamo quante discussioni dottrinarie e quante decisioni anche della Corte costituzionale vi sono state sul regime penitenziario speciale, dovremmo conseguire che altre circoscrizioni ai diritti dei detenuti non possono essere effettuate per via indiretta. Salvo, ovviamente, ritenere che le preclusioni al godimento dei benefici penitenziari concernano solo i soggetti espellibili ai sensi del quinto comma dell'art. 16 t.u. per la prevalenza delle ragioni deflative su ogni altra considerazione ed in modo che può essere ritenuto sostanzialmente irragionevole e discriminatorio.

In ogni caso va sottolineato un aspetto che ritengo sia importante. Di frequente la delittuosità degli stranieri è indotta dalla situazione di deprivazione economica nella quale tali soggetti si trovano a vivere, nonché dall'inestricabile collegamento con le organizzazioni criminali che hanno gestito il loro trasporto nel territorio nazionale. Eliminate queste condizioni, lo straniero sovente non presenta alcuna pericolosità intrinseca. E di ciò non può non tenersi conto nelle scelte di interpretazione. L'analisi delle norme non può essere del tutto avulsa dal contesto di applicazione, né le-

⁹¹ È di opinione diversa DEGL'INNOCENTI, *Misure alternative alla detenzione e cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità*, cit., p. 84, per il quale il divieto del datore di lavoro di occupare alle proprie dipendenze stranieri privi del permesso di soggiorno ha portata generale, non derogabile da un provvedimento del tribunale di sorveglianza con cui viene applicata una misura alternativa.

gata a legalismi eccessivi non sufficientemente rapportati ai valori della società di riferimento. Anche se possono sussistere ragioni normative per operare preclusioni o differenziazioni nel trattamento, bisogna essere sempre certi che tale ermeneutica non si traduca in irragionevoli privazioni, se non addirittura in violazione di principi anche fondamentali della vita di relazione. Negare agli stranieri, che – ripetiamo – spesso volte delinquono per necessità e non per una scelta di vita, la possibilità di fruire delle misure alternative alla detenzione sol perché privi del requisito formale del permesso di soggiorno, può significare creare delle aree di non intervento proprio a danno dei soggetti più deboli della gerarchia sociale.

Secondo certa dottrina, ad esempio, il tasso di carcerazione degli stranieri così elevato deriva, oltre che dagli orientamenti legislativi improntati alla logica dell'ordine pubblico e dalle condizioni di deprivazione economica di questi soggetti, dalla «caduta di garanzie processuali, ricorrente nei processi celebrati nei confronti della marginalità sociale, con approccio spesso semplificatorio da parte degli operatori»⁹².

Ad avviso di alcuni studiosi, il diniego delle misure alternative agli stranieri si porrebbe in contrasto con principi costituzionali ulteriori a quello del finalismo rieducativo della pena; in particolare, con la tutela della salute, della maternità e dei minorenni, il cui soddisfacimento ha determinato sovente scelte normative di trasformazione del regime penitenziario ordinario. L'ostacolo oggettivo al ricorso alle misure alternative impedirebbe, infatti, di disporre, ad esempio, l'affidamento in prova o la detenzione domiciliare in casi particolari, dell'art. 47-*quater* o.p., nei confronti dei condannati affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, indipendentemente dal *quantum* di pena, come pure la detenzione domiciliare dell'art. 47-*ter* nei confronti di persona in condizioni di salute che richiedano contatti continui con i presidi sanitari, in evidente dispregio del diritto costituzionale alla salute. Così pure nel caso di stato di gravidanza della donna o di sussistenza di prole ancora infante, situazioni rispetto alle quali è previsto il ricorso alla detenzione domiciliare per l'esigenza, appunto prevalente, di proteggere la maternità e i giovanissimi⁹³.

Può essere evidenziato, però, come il chiaro difetto di coordinamento del quinto comma dell'art. 16 t.u. con le altre disposizioni dell'ordinamento, soprattutto penitenziario, significhi certamente la sussistenza di alcuni profili di illegittimità costituzionale della

⁹² MAGI, *op. cit.*, p. 45.

⁹³ Così RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 213-214.

norma, ma non necessariamente illegittimità *tout court*. Al di là di questi casi, in cui si ritiene corretto dare prevalenza agli interessi individuati diversi dall'indefettibilità della pena, per il resto il sistema potrebbe essere stato strutturato preferendo comunque l'allontanamento coattivo alla logica risocializzante, nei limiti di compatibilità col terzo comma dell'art. 27 Cost., che rimane così il punto di riferimento preminente per la definizione della legittimità in assoluto della misura espulsiva.

Nel tentativo di formulare delle conclusioni sull'argomento trattato nel corso del presente lavoro, bisogna intanto chiarire se la problematica dell'applicabilità delle misure alternative alla detenzione agli stranieri clandestini o irregolari abbia valenza teorica generale, costituisca una questione di principio, oppure se si tratta di stabilire in concreto quando e a quali condizioni alcune o tutte le misure alternative possano avere questi soggetti come destinatari. Da un lato, abbiamo il piano astratto delle scelte di valore, dall'altro, la dimensione sistematica dell'integrazione fra norme. In questo discorso un ruolo centrale assume il disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u. perché a questa norma si attribuisce da alcuni il significato di previsione esclusiva di ogni altra misura alternativa nei confronti di stranieri clandestini o irregolari.

Il divieto di concessione delle misure alternative in sé e per sé sembra costituire, al di là delle ragioni tecnico-giuridiche che ve ne possono essere alla base, espressione dell'atteggiamento di chiusura politico-istituzionale verso lo straniero, considerato, nella logica securitaria, come un nemico⁹⁴. In considerazione delle posizioni giurisprudenziali da ultimo assunte anche dalla Corte costituzionale, il problema può ritenersi superato nel senso del generale riconoscimento dell'applicabilità delle misure alternative anche agli stranieri, indipendentemente dall'esistenza di un titolo che ne legittima la presenza nel territorio nazionale.

Permane, tuttavia, il problema di stabilire quale fra due norme di legge – l'art. 16, comma 5, t.u. e la disposizione dell'ordinamento penitenziario sulla singola misura alternativa – debba prevalere nel caso di convergenza applicativa, considerato che, dal punto di vista formale, siamo in presenza di due fonti normative di pari grado. Bisogna cioè valutare – anche in ragione della posizione espressa da ultimo dal giudice delle leggi – se il ritenuto carattere obbligatorio del contenuto del quinto comma dell'art. 16 t.u. determini, nei casi ivi contemplati, l'inapplicabilità in assoluto e in astratto

⁹⁴ Sulla discriminazione dello straniero, che avrebbe determinato la creazione di un diritto penale speciale per questa categoria di soggetti, vd. diffusamente A. CAPUTO, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in *Questione giustizia*, 2004, n. 2-3, pp. 359 e ss.

delle norme sulle misure alternative. Se così fosse, in presenza delle condizioni applicative previste nel quinto comma dell'art. 16 t.u. dovrebbe prevalere questa disciplina, come se costituisse il rimedio preferenziale in questi casi, in attuazione del criterio – formale – di risoluzione delle antinomie nel sistema giuridico di tipo cronologico: il testo unico sull'immigrazione è posteriore alla legge sull'ordinamento penitenziario. Ad esiti interpretativi diversi, d'altronde, non si giungerebbe neppure ricorrendo al criterio di specialità, vista la natura particolaristica del decreto legislativo n. 286 del 1998. Le misure alternative troverebbero uno spazio applicativo laddove non sussistessero i presupposti per ricorrere al rimedio ablativo.

A sostegno di questa interpretazione possono essere individuati due argomenti. Innanzitutto, ponendo attenzione all'aspetto pragmatico, va evidenziato come per disporre l'espulsione a titolo di misura alternativa occorra la sussistenza di una serie di requisiti di facile accertamento, che, una volta rilevati, escludono qualsivoglia margine di valutazione del magistrato. Viceversa, la concessione delle misure alternative richiede un'ampia ponderazione soprattutto di elementi relativi alla persona del condannato. Il ricorso alla soluzione di allontanamento dal territorio dello Stato appare così di più facile attuazione.

In secondo luogo, se consideriamo che l'eventuale fruizione della soluzione extramuraria non dovrebbe impedire l'esecuzione dell'espulsione (l'espulsione non dell'art. 16, quinto comma, t.u., ma dell'art. 13 t.u.), è una ragione di economia organizzativa e finanziaria attendersi dapprima la valutazione della sussistenza delle condizioni per procedere all'allontanamento coattivo dal territorio nazionale. Qualora, invece, non sussistessero le condizioni per disporre l'espulsione (una pena da scontare superiore a due anni, per esempio) e vi fossero gli estremi per la concessione di alcune misure alternative, apparirebbe conforme alla lettura costituzionalmente orientata del sistema dei benefici penitenziari, effettuata dalle Sezioni unite, disporre, se del caso, la soluzione deflativa, salva ovviamente la condizione risolutiva della sopravvenienza delle condizioni che impongono il provvedimento espulsivo. In questo caso l'espulsione del quinto comma dell'art. 16 t.u. potrebbe trovare applicazione solo se le modalità di svolgimento della misura alternativa determinino il mantenimento delle condizioni per procedere all'allontanamento dal territorio. Così è nel caso di semilibertà, ove permane lo stato detentivo⁹⁵, mentre certamente non è in caso di affidamento in prova al servizio sociale, perché il condannato qui è

⁹⁵ In tal senso TOVANI, *op. cit.*, p. 198.

libero; perplessità sorgono in riferimento al caso della detenzione domiciliare, ritenuta da molta dottrina e giurisprudenza una modalità comunque non detentiva di espiazione della pena in forma alternativa, come situazione del tutto differente dalla carcerazione in istituto⁹⁶.

Secondo certa dottrina, quindi, in presenza dei presupposti per ricorrere all'espulsione ex art. 16, quinto comma, t.u. questa dovrebbe avere applicazione preferenziale, tanto che vi provvede il magistrato di sorveglianza *de plano*. In tutto ciò – viene rilevato – appare evidente il difetto di coordinamento fra il testo unico sull'immigrazione e la legge sull'ordinamento penitenziario, se si tiene conto del fatto che uno straniero condannato a pena lunga può essere sottoposto ad attività trattamentale prima e a forme di espiazione alternative poi, pur essendo da clandestino o irregolare destinato comunque all'espulsione. Situazione che d'altronde non potrebbe trovare soluzione nella regolarizzazione della condizione dello straniero per evitare disparità di trattamento a svantaggio dei clandestini o degli irregolari non autori di reati, per i quali non vi sarebbe rimedio all'espulsione⁹⁷. In generale, può essere notata l'assurdità della funzione trattamentale rispetto a chi va comunque espulso. La si attua in base ad un'idea assoluta della funzione penale, non utilitaristica, com'è nella logica preventiva.

Questa complessa esegesi potrebbe esporsi, però, a qualche profilo di illegittimità costituzionale, ulteriore a quello già rilevato dalla Consulta, che concerne invero l'applicabilità, in astratto e in generale, del sistema dei benefici penitenziari anche agli allogeni clandestini o irregolari. Una soluzione ermeneutica compatibile con l'assetto costituzionale – in particolare col principio del finalismo rieducativo della pena – dovrebbe indurre ad escludere la preferenza sempre e comunque dell'applicazione dell'art. 16, quinto comma, t.u., in presenza delle condizioni ivi contemplate, indipendentemente dal giudizio prognostico positivo sul recupero del condannato straniero. L'espressione utilizzata nella disposizione del testo unico, per essere conforme al dettato costituzionale, dovrebbe essere intesa nel senso che, in assenza dei presupposti per ricorrere ad alcuna delle misure alternative alla detenzione, va

⁹⁶ Un problema particolare potrebbe concernere lo straniero in carcere in attesa dei documenti di viaggio. Qui la questione appare, però, marginale, nel senso che la mancata esecuzione dell'espulsione, dovendosi trattare di soggetto identificato, dipende da ragioni soltanto organizzative o finanziarie. Posto che nelle more potrebbe procedersi a soluzioni extracarcerarie, non pare ragionevole investire in misure onerose come l'affidamento in prova al servizio sociale, rendendosi al più opportuna la concessione della detenzione domiciliare.

⁹⁷ In tal senso TOVANI, *op. cit.*, p. 198.

disposta l'espulsione – alle condizioni legali – piuttosto che perpetuare la permanenza in carcere. L'obbligatorietà dovrebbe avere, cioè, un carattere circoscritto a questa eventualità; in ragione così della funzione deflativa dell'espulsione, questa sarebbe imposta come alternativa al carcere solo in assenza delle condizioni per disporre le soluzioni esplicative extramurarie.

Nel rapporto fra estraneità e misure alternative bisogna così guardare la questione da due angoli visuali: l'espellibilità come condizione ostativa all'applicazione delle misure alternative; la sottoposizione a misura alternativa come condizione ostativa all'espellibilità. Secondo un'interpretazione orientata al rispetto dei valori costituzionali, l'espellibilità non dovrebbe costituire ragione per impedire l'applicazione delle misure alternative a causa della prevalenza da riconoscere alla finalità rieducativa della sanzione penale. Viceversa, la concessione dei benefici penitenziari, normalmente, fa venir meno uno dei presupposti – lo stato detentivo – per applicare la soluzione ablativa del quinto comma dell'art. 16 t.u., inibendo così il ricorso a quel rimedio durante la fruizione della soluzione extramuraria, ma non di certo ostacolando l'attuazione del provvedimento espulsivo all'esito del periodo di espiazione della pena in forma alternativa.

Malgrado l'orientamento delle Sezioni unite e della Corte costituzionale, permane il bisogno di maggiore coerenza sistematica nella definizione della materia. Se, infatti, l'affermazione di principio del Supremo Collegio e del giudice delle leggi può servire da indirizzo autorevole in merito all'applicazione anche a clandestini e irregolari delle soluzioni esplicative extramurarie, non è chiaro, come si è visto, se il magistrato di sorveglianza, nell'affrontare i singoli casi, debba prima verificare la ricorrenza dei requisiti del quinto comma dell'art. 16 t.u. oppure esaminare l'istanza di concessione della misura alternativa⁹⁸. Il principio della gerarchia delle fonti – si dice – dovrebbe far propendere per riconoscere prevalenza alla norma del testo unico sull'immigrazione rispetto alla tesi della giurisprudenza, malgrado, come già evidenziato, l'esigenza di una ricostruzione sistematica coerente con i principi costituzionali in materia di funzione penale dovrebbe indurre ad un esito differente.

Proprio l'ambito al quale ci siamo riferiti dapprima costituisce il vero punto dolente della questione, non adeguatamente affrontato intanto dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, che si sono limitate ad affermare l'estraneità «al perimetro delle valutazioni

⁹⁸ Cfr. DI ROSA, *op. cit.*, pp. 56-57.

contenutistiche e della decisione del Tribunale di sorveglianza, chiamato a pronunciarsi sull'applicabilità del beneficio penitenziario a favore dello straniero extracomunitario, [di] ogni ulteriore apprezzamento circa l'esistenza, o non, delle condizioni che potrebbero, in ipotesi, legittimare l'adozione, nei confronti dello stesso, della diversa e alternativa sanzione dell'espulsione: apprezzamento, quest'ultimo, che è affidato in via esclusiva alle autonome determinazioni del Magistrato di sorveglianza, secondo il modulo procedimentale fissato dall'art. 16, comma 5 e segg., d.lgs. n. 286 del 1998»⁹⁹. Si potrebbe ritenere che la Corte dia prevalenza alle misure alternative, con funzione residuale dell'espulsione. Di fatto, però, non definisce alcun vincolo per il magistrato di sorveglianza che dovesse intervenire prima del tribunale. Prevalente risulterebbe il rimedio che interviene per primo, in una situazione di distribuzione delle competenze¹⁰⁰.

Va comunque rilevato come la dimensione concreta della problematica sia più circoscritta di quanto possa apparire, nel senso che coloro che subiscono una condanna entro i due anni saranno generalmente – anche se non obbligatoriamente – colpiti dall'espulsione del primo comma dell'art. 16 t.u. Se consideriamo che le pene entro i due anni difficilmente vengono eseguite – tanto che la stessa espulsione come sanzione sostitutiva è subordinata al difetto dei requisiti per concedere la sospensione condizionale della pena –, comprendiamo come il problema della disparità di trattamento fra lo straniero che si trova nelle condizioni per essere espulso sin dal momento della condanna, per il quale le misure alternative non dovrebbero potere trovare applicazione per il carattere imperativo del disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u., e lo straniero che, essendo stato condannato, per esempio, ad una pena di tre anni di reclusione (quindi superiore a quella che consente di disporre

⁹⁹ Sul punto vd. TOVANI, *op. cit.*, p. 191.

¹⁰⁰ Un'ulteriore problematica concernerebbe il caso di richiesta di misura alternativa in relazione al periodo di detenzione ulteriore all'espiazione della pena e protrattosi per rendere eseguibile l'espulsione già disposta. È stato rilevato come questo periodo di ultrattività della sanzione detentiva non sia privo di legittimazione, trovando la sua fonte nell'esigenza di procedere all'espulsione, esigenza che renderebbe incompatibile ogni pretesa di misura alternativa, malgrado l'incertezza dei tempi di esecuzione dell'allontanamento coatto. Vd. DI ROSA, *op. cit.*, p. 57. Al proposito può essere rilevato, intanto, che non vi dovrebbe essere spazio per il ricorso alle misure alternative perché queste dovrebbero svolgersi in sostituzione della pena detentiva, che invece è stata interamente espiata; inoltre, lo straniero potrebbe essere spostato nei centri di permanenza temporanea ed assistenza. L'eventuale – ragionevole – illegittimità della protrazione dello stato di detenzione, che potrebbe essere qualificata *sine titulo*, non può trovare la sua panacea nella concessione di misure – quelle alternative, appunto – che hanno una diversa finalità istituzionale.

l'espulsione), potrà beneficiare dell'affidamento in prova al servizio sociale o della detenzione domiciliare e così impedire l'esecuzione del provvedimento ablativo del quinto comma dell'art. 16 t.u. per il difetto del requisito necessario dello stato detentivo, raramente si porrà in concreto, visto che rispetto a chi non vede eseguirsi la condanna la questione dell'applicazione delle misure alternative – quindi anche dell'espulsione – ovviamente non sussiste. Inoltre, chi dovesse essere condannato ad una pena maggiore di due anni e venisse a beneficiare delle misure alternative, andrebbe espulso comunque all'esito dell'espiazione della pena ai sensi del secondo comma dell'art. 13 t.u.

Bibliografia

R. BARTOLI, *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia. Il commento*, in *Diritto penale e processo*, 2002, n. 10, pp. 1230 e ss.

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 *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 2381 e ss.

F. BRICOLA, *L'affidamento in prova al servizio sociale: «fiore all'occhiello» della riforma penitenziaria*, in *La questione criminale*, 1976, pp. 373 e ss.

P. CANEVELLI, *Emanato il regolamento dell'ordinamento penitenziario. Il commento*, in *Diritto penale e processo*, 2000, n. 10, pp. 1318 e ss.

A. CAPUTO, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in *Questione giustizia*, 2004, n. 2-3, pp. 359 e ss.

A. CASADONTE, *La Corte costituzionale e l'espulsione dello straniero: un'ordinanza che non convince*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, pp. 85 e ss.

S. CIAPPI, *Vuoti a perdere, ovvero sulla condizione giuridica e sociale dello straniero in carcere*, in *Quaderni di sociologia*, 2006, n. 1, pp. 43 e ss.

L. DEGL'INNOCENTI, *Misure alternative alla detenzione e cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità*, in *Rivista di polizia*, 2004, n. 1-2, pp. 77 e ss.

L. DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, in *Rivista di polizia*, 2006, n. 2-3, pp. 142 e ss.

G. DI ROSA, *Ricade sul magistrato di sorveglianza l'assenza di una coerenza sistematica*, in *Guida al diritto*, 3 giugno 2006, n. 22, pp. 54 e ss.

M. D'ONOFRIO, *Cittadini extracomunitari clandestini e misure alternative alla detenzione*, in *Rivista penale*, 2005, n. 12, pp. 1281 e ss.

O. FORLENZA, *Dall'inefficace valutazione a posteriori un'incontrollata privazione della libertà*, in *Guida al diritto*, 31 luglio 2004, n. 30, pp. 96 e ss.

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

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 *Legislazione penale*, 1993, pp. 677 e ss.

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

E. LANZA, *La problematica penalistica nella disciplina dell'immigrazione*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2002, n. 3, pp. 21 e ss.

E. LANZA, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, Giuffrè, Milano, 2003.

G. LEO, *Misure alternative alla detenzione e stranieri privi del permesso di soggiorno*, in *Il corriere del merito*, 2006, n. 6, pp. 780 e ss.

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

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

R. MAGI, *Stranieri e pericula libertatis: la giurisprudenza, tra rispetto dei principi e ricorrenti semplificazioni*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2003, n. 1, pp. 44 e ss.

A. MARCHESELLI, *L'espulsione dallo Stato come regime alternativo alla esecuzione della pena. Prime riflessioni applicative*, in www.diritto.it del 25 settembre 2002.

A. MARCHESELLI, *L'efficacia rieducativa delle misure alternative alla detenzione*, in www.diritto.it del 12 giugno 2003.

G. MAROTTA, *Detenuti stranieri in Italia: dimensioni e problematiche del multiculturalismo penitenziario*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, n. 1-2, pp. 39 e ss.

M. NIRO, *L'espulsione come "sanzione alternativa alla detenzione": note critiche*, in www.diritto.it del 27 marzo 2003.

L. PAGANO, *Più della deflazione conta il reinserimento*, in *Guida al diritto*, 3 giugno 2006, n. 22, pp. 58 e ss.

M. PAGGI, *Misure alternative alla detenzione. In quale maniera possono usufruirne i cittadini extracomunitari irregolari*, in www.meltingpot.org, del 13 dicembre 2005.

M. PAVARINI, *Misure alternative alla detenzione dal 1986 ad oggi. Risultati ed incongruenze del sistema sanzionatorio nell'attuale contesto normativo*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, n. 1-2, pp. 207 e ss.

M. PAVONE, *Le misure alternative alla detenzione sono applicabili anche ai clandestini*, in www.altalex.com.

M. PAVONE, *L'espulsione dello straniero come misura alternativa alla detenzione*, in www.altalex.com dell'11 ottobre 2004.

M. PAVONE, *Le Sezioni Unite e l'applicabilità delle misure alternative agli stranieri irregolari*, in www.studiocataldi.it, del 5 maggio 2006 e in www.diritto.it del 18 maggio 2006.

L. PEPINO, *Immigrazione, politica, diritto*, in *Questione giustizia*,

1999, pp. 1 e ss.

C. PERROTTA, *Espulsione amministrativa alla detenzione e ... detenzione alternativa all'espulsione alla luce dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 226/2004*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, pp. 89 e ss.

C. RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 1, pp. 87 e ss.

C. RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, in *Questione giustizia*, 2006, n. 1, pp. 209 e ss.

A. ROIATI, *Sulla compatibilità tra la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale e la condizione di clandestinità dello straniero che si trovi irregolarmente in Italia*, in *Rivista penale*, 2004, n. 7-8, pp. 718 e ss.

E. SANTORO, *L'esecuzione penale nei confronti dei migranti irregolari e il loro "destino" a fine pena*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, pp. 23 e ss.

S. TOVANI, *Misure alternative alla detenzione e status di straniero irregolare al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2006, n. 1, pp. 182 e ss.

R. TUCCI, *Riflessioni sulla natura dell'affidamento in prova ai servizi sociali a seguito di una recente sentenza delle Sezioni Unite*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, n. 3, pp. 101 e ss.

Giurisprudenza

Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 1994, n. 62, in *Cassazione penale*, 1994, n. 864, pp. 1469 e ss., e in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 350 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 17 maggio 2001, n. 146, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, n. 2, pp. 462 e ss.

Corte costituzionale, ordinanza 8-15 luglio 2004, n. 226, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, n. 4, pp. 2375 e ss., e in *Guida al diritto*, 31 luglio 2004, n. 30, pp. 90 e ss., con nota di O. FORLENZA, *Dall'inefficace valutazione a posteriori un'incontrollata privazione della libertà*, pp. 96 e ss.

Corte costituzionale, sentenza 5 marzo 2007 (dep. 16 marzo 2007), n. 78, in www.cportecostituzionale.it e in www.penale.it.

Corte di cassazione, sez. I, 5 maggio 1982, Schubeyr, in *Foro*

italiano, 1983, II, cc. 461-462.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 31 gennaio 1985 n. 315 (dep. 26 febbraio 1985), Ortiz, in *Rivista penale*, 1985, pp. 900-901.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 3 febbraio 1988 (dep. 2 marzo 1988), Virga, in *Cassazione penale*, 1989, n. 307, pp. 286-287.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 3 ottobre 1995 (dep. 24 ottobre 1995), n. 4752, Padilla Chaves, in *Rivista penale*, 1996, p. 646.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 29 gennaio 1997 (dep. 25 marzo 1997), n. 631, Vasta, in *Cassazione penale*, 1998, n. 1237, p. 2131.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 6 ottobre 1998 (dep. 14 dicembre 1998), n. 4802, Antonacci, in *Cassazione penale*, 2000, n. 855, p. 1421.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 26 ottobre 1999 (dep. 30 dicembre 1999), n. 5895, Ceruti, in *Rivista penale*, 2000, pp. 516-517.

Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 27 febbraio 2002 (dep. 13 marzo 2002), n. 5, Martola, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, n. 3, p. 101, con nota di R. TUCCI, *Riflessioni sulla natura dell'affidamento in prova ai servizi sociali a seguito di una recente sentenza delle Sezioni Unite*, pp. 101 e ss., e in *Diritto penale e processo*, 2002, n. 10, pp. 1225 e ss., con nota di R. BARTOLI, *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia. Il commento*, pp. 1230 e ss.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 20 maggio 2003 (dep. 17 luglio 2003), n. 30310, Calderon, in *Rivista penale*, 2003, pp. 697-698, e in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 1, pp. 185 e ss. La massima è riportata anche in *Rivista penale*, 2004, n. 7-8, pp. 717-718, con nota di A. ROIATI, *Sulla compatibilità tra la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale e la condizione di clandestinità dello straniero che si trovi irregolarmente in Italia*, pp. 718 e ss.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 5 giugno 2003 (dep. 9 luglio 2003), n. 29097, Mema, in *Rivista penale*, 2004, p. 458.

Corte di cassazione, sez. I, 12 dicembre 2003 – 9 gennaio 2004, n. 518, Reda, in *C.E.D. Cass.*, n. 226.677, citata da L. DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, in *Rivista di polizia*, 2006, n. 2-3, p. 150

Corte di cassazione, sez. I, ud. 7 maggio 2004 (dep. 15 luglio 2004), H. A., in *Diritto penale e processo*, 2004, n. 10, p. 1218.

Corte di cassazione, sez. I, 22-30 settembre 2004 n. 38656, Romcevic, in *Guida al diritto*, 6 novembre 2004, n. 43, p. 66.

Corte di cassazione, sez. I, 26 novembre 2004, n. 46085, Hadir, in *C.E.D. Cass.*, n. 230191, riportata da M. D'ONOFRIO, *Cittadini extracomunitari clandestini e misure alternative alla detenzione*, in *Rivista penale*, 2005, n. 12, p. 1282.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 14 dicembre 2004 (dep. 17 gen-

naio 2005), n. 782, S.A., riportata da G. DI ROSA, *Ricade sul magistrato di sorveglianza l'assenza di una coerenza sistematica*, in *Guida al diritto*, 3 giugno 2006, n. 22, p. 56.

Corte di cassazione, sez. I, 17 gennaio 2005, Sheqia, in *C.E.D. Cass.*, n. 230586, riportata da M. D'ONOFRIO, *Cittadini extracomunitari clandestini e misure alternative alla detenzione*, in *Rivista penale*, 2005, n. 12, p. 1282.

Corte di cassazione, sez. I, 10 giugno 2005, n. 22161, Ben Dhafer Sami, in *Gli Stranieri*, 2005, n. 3, pp. 252 e ss., in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2005, n. 3, p. 191, e in www.altalex.com, con nota di M. PAVONE, *Le misure alternative alla detenzione sono applicabili anche ai clandestini*. La massima della sentenza è riportata anche in *Guida al diritto*, 16 luglio 2005, n. 28, p. 91.

Corte di cassazione, sez. I, 13-31 ottobre 2005, n. 39781, Iselaci, in *C.E.D. Cass.*, n. 232514, riportata da L. DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, in *Rivista di polizia*, 2006, n. 2-3, pp. 150-151.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 18 ottobre 2005 (dep. 23 novembre 2005), n. 42234, Tafa, in *Corte Suprema di Cassazione – Massimario delle decisioni penali*, marzo 2006, cc. 22-23, mass. 232.741.

Corte di cassazione, sez. I, ordinanza 26 ottobre – 5 dicembre 2005, in *Questione giustizia*, 2006, n. 1, pp. 215 e ss., con nota di C. RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, pp. 209 e ss.

Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 28 marzo 2006 n. 7458 (dep. 27 aprile 2006), n. 14500, Alloussi, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2006, n. 2, pp. 180 e ss., con scheda di C. RENOLDI, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2006, n. 1, pp. 181-182, con nota di S. TOVANI, *Misure alternative alla detenzione e status di straniero irregolare al vaglio delle Sezioni Unite*, pp. 182 e ss. e alla pagina web www.stranieriinitalia.it.

Tribunale di Sassari, ordinanza 26 aprile 2004, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, pp. 181 e ss.

Tribunale di sorveglianza di Milano, ordinanza 15 luglio 2003, in *Foro ambrosiano*, 2003, p. 521.

Tribunale di sorveglianza di Sassari, ordinanza 24 febbraio 2005, in www.alef-fvg.it.

RIPARAZIONE E MEDIAZIONE NELL'AMBITO DELL'ESECUZIONE PENALE PER ADULTI

Riflessioni in margine alle "linee di indirizzo per l'applicazione della giustizia riparativa nell'ambito dell'esecuzione penale per adulti" (14.6.2005)

PATRIZIA CIARDIELLO*

L'avvento di una nuova centralità delle vittime nell'ambito della giustizia penale e del pressoché contestuale affermarsi del paradigma riparativo, comprensivo dell'affermarsi della teoria e della prassi della mediazione penale, possono essere annoverati, secondo diversi autori, tra i cambiamenti più importanti verificatisi nel campo del controllo del crimine a partire dagli anni '70.

Circa i motivi che è plausibile possano a tutt'oggi fondare tanto interesse per la mediazione (in tutte le sue applicazioni), diversi autori concordano sulla persistenza del disordine sociale e della violenza a causa della promessa non mantenuta dalla modernità di far prevalere, instaurati sovranità e diritto, la razionalità illuministica. La soluzione immaginata dalla modernità è stata fare del diritto lo strumento esclusivo per rispondere razionalmente e modernamente alla violenza sociale, dando vita ad una forma di violenza (formale, regolamentata, limitata: *il paradosso dell'origine* di cui scrive Mosconi) resa accettabile dalla promessa di interrompere il circuito della violenza arbitraria. Ma la modernità non ha portato alla negazione della violenza e l'illusione circa la possibilità che il governo della violenza esercitato dalla funzione disciplinare in seno alla giustizia penale in forma pressoché monopolistica assicuri il contenimento della stessa come dell'arbitrio nella punizione delle trasgressioni è stata definitivamente abbandonata (Resta: 1992, Ceretti: 1996, Vianello: 2004).

Venuta, dunque, meno la fiducia nell'adeguatezza dello strumento penale ad assicurare il perseguimento del progetto politico

* Educatrice

e sociale della modernità, il tentativo di pervenire con successo ad una definizione condivisa dei principi che dovrebbero fondare stabilmente la filosofia della pena, a partire dal costrutto di *bene comune* risulta sempre meno legittimabile

La crescente affermazione del pluralismo politico e sociale e il proliferare di centri di potere (culturali, religiosi, politici, economici) titolari di progetti e interessi che affiancano quelli dello Stato hanno indebolito irreversibilmente anche la sovranità dello Stato stesso, che può assumere, entro i confini sanciti dalla carta costituzionale, indirizzi che sono sempre più e sempre più spesso l'esito della competizione fra le parti sociali. Tali indirizzi si configurano come coerenti con una visione del diritto non più "meccanismo per regolare rapporti fra liberi ed eguali", espressione imparziale della volontà collettiva, ma "contrattazione fra ineguali", il cui esito prevalente appare il tratteggio della linea di demarcazione sulla quale il conflitto si è provvisoriamente fermato (cfr. Vianello: 2004).

L'affermarsi, dunque, del paradigma riparativo all'interno dei sistemi di giustizia criminale si inserisce nello scenario di una società "che cerca un nuovo modo di governarsi e di produrre coesione sociale, attraverso nuovi riferimenti per l'azione" (Faget: 2006). Qualcosa che possa costituire una risposta plausibile all'eclissi del fondamento di ogni ragione unitaria, negata dalla società post moderna perché scambiava una forma storica particolare, ossia la razionalità elaborata dalla cultura occidentale, per un principio universale e la imponeva alle altre civiltà, e cioè alle altre forme storicamente assunte dalla ragione, quale strumento di dominio (cfr. Magris: 1991, p.8-9). Qualcosa che, complice il crollo delle ideologie, lo spavento generato dalla crisi delle certezze e dallo *scontro di civiltà* in atto di cui gli attentati dell'11 settembre 2001 costituirebbero la prova irreversibile, assume, in alcuni casi, il volto della lotta a quanto viene definito "relativismo" come unica fonte di salvezza per l'occidente (cfr. Di Nuoscio: 2006).

Generata da una crisi dei meccanismi di regolazione sociale e, al suo interno, di legittimazione dell'istituzione giudiziaria, la giustizia riparativa si presenta, dunque, sin dai suoi esordi come capace di superare i limiti della pena retributiva e di quella riabilitativa, di accogliere una vasta gamma di posizioni, quelle di chi ritiene che possa diventare uno dei modi per attenuare il gravame della domanda sociale di giustizia sugli apparati deputati, per mitigare il sentimento di insicurezza che domina i cittadini, per tutelare le vittime e ridare loro voce e visibilità, per promuovere una maggiore responsabilizzazione degli autori di reato. Il tutto attraversato dal *filo rosso* della critica alla persistente centralità della sanzione pena-

le nella risposta alla criminalità e dal ripristino del legame sociale attraverso azioni riparatorie, dirette o indirette, nei confronti della vittima o della collettività.

Anche in Italia, con considerevole ritardo rispetto ad altri paesi, a partire dal progressivo e sempre più importante impiego in tal senso degli spazi agibili all'interno del processo penale minorile, la giustizia riparativa e la mediazione stanno diventando parte delle produzioni discorsive e delle pratiche che si collocano all'incrocio fra la tendenza del diritto a trasformarsi nella direzione della debolezza, mitezza, "fraternità", le cd. politiche di "nuova prevenzione", la difesa civica, il tentativo di ridare lustro alla ormai più che appannata prevenzione speciale con finalità positive.

Per quanto concerne l'esecuzione penale dei condannati adulti, il fondamento della necessità di conferire nuova enfasi alla giustizia riparativa viene generalmente rinvenuto¹ nelle modifiche introdotte:

a) dall'art. 11 della L. 663/86 concernente le prescrizioni da impartire agli affidati in prova al servizio sociale ("Nel verbale (delle prescrizioni, *n.d.r.*) deve (e non più *può*) anche stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato");

b) dall'art. 27 del Regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario riformato nel 2000 (DPR 230) che al primo comma stabilisce che l'osservazione della personalità dei condannati deve implicare anche "...una riflessione sulle condotte antiggiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa".

La constatazione della "complessità e delicatezza della materia e la rilevazione della forte diversificazione delle prassi poste in essere in alcune realtà territoriali "per iniziativa soprattutto della Magistratura di sorveglianza" ha sollecitato i vertici del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ad un approfondimento teorico, affidato ad una Commissione istituita ad hoc, conclusosi nel 2005 con l'emanazione di "Linee di indirizzo sull'applicazione nell'ambito dell'esecuzione penale di condannati adulti" in grado di assicurare "... l'adozione di modelli (*implicitamente plurali, n.d.r.*) negli interventi di giustizia riparativa che risultino conformi alle Raccomandazioni delle N.U. e del Consiglio d'Europa...".

A fronte del riconoscimento, da parte della Commissione, di

¹ Giuffrida M.P., *Verso la giustizia riparativa*, in *Mediæres* n. 3/2004, Bari, Edizioni Dedalo

problemi di definizione del concetto di giustizia riparativa (pagg. 11-12), le Linee di indirizzo risultano l'esito di uno sforzo che, sia pur di alto profilo, ha coinvolto, col supporto di esperti esterni, la sola Amministrazione penitenziaria. Tale circostanza ha fatto sì che l'edificazione di letture condivise e "il dirimere alcuni nodi problematici" siano stati, di necessità, in assenza di un processo di co-costruzione, rinviati ad una fase successiva e alla responsabilità degli operatori più vicini alla erogazione e gestione degli interventi, con le criticità che da tempo vengono da più parti segnalate.

Sarebbe stata, in tal senso, assai utile, l'integrazione delle Linee di indirizzo con la presentazione, sia pure sommaria, degli orientamenti ermeneutici utilizzati da quella parte della Magistratura di sorveglianza che ha espresso finora orientamenti maggiormente contigui ai principi ispiratori dei documenti internazionali, con particolare riferimento al libero e volontario consenso delle parti e, con funzione di garanzia per l'autore di reato, ai criteri di ragionevolezza e proporzione che devono ispirare la condotta riparativa².

Molto chiara si presenta la parte in cui la Commissione entra nel merito delle definizioni di mediazione, restituzioni (oggetto materiale), risarcimento (ristoro della perdita patrimoniale), precisando il loro essere ascritte a differenti ambiti (giustizia riparativa la prima; sfera di diritto civile le seconde e il terzo).

Inequivoco anche il contenuto dell'affermazione che il risarcimento del danno "non è in nessun modo una pena" e non può pertanto, configurarsi come una risposta dello Stato al fatto criminoso.

Successivamente, la circolare entra, con i paragrafi 3.5 e 3.6, nel merito di quanto deve supportare l'azione riparativa:

l'assunzione di responsabilità rispetto al reato e alle conseguenze del medesimo, con particolare riferimento alla vittima, quale esito del processo riflessivo che gli operatori penitenziari devono sollecitare, a partire dall'evento-reato oggetto del giudicato, descritto nella sentenza di condanna.

In assenza di tale assunzione di responsabilità, "appare molto probabile il rischio di strumentalizzazione finalizzata esclusivamente all'ottenimento di benefici" (pag. 15).

Al riguardo, mi pare utile, in prospettiva, trascrivere, di seguito, in forma rapsodica, **riflessioni e domande**, concernenti anche il cd. "trattamento rieducativo" in generale:

a) il rischio di strumentalizzazione è intrinseco al sistema premiale, fondato sullo scambio penitenziario: l'ammissione ai be-

² cfr. Consiglio d'Europa R(99)

nefici è soggetta alle valutazioni discrezionali dell'apparato amministrativo e della Magistratura di sorveglianza e va, dunque, conquistata dal condannato dimostrando la propria "meritevolezza" ed affidabilità personale e sociale; la "strumentalità", in tal senso, fa parte dei repertori discorsivi regolarmente utilizzati all'interno del sistema, *in primis* dall'Amministrazione penitenziaria, sia pure con implicazioni differenti ascrivibili alle modalità di espiazione della condanna (interna/esterna). In tal senso, chiunque intervenga a qualsiasi titolo in progetti di natura trattamentale (e non) deve assumere come dato non contingente l'orientamento del condannato a procurarsi "vantaggi" in vista della conquista di uno status più favorevole come esito del processo di acculturazione;

b) in carcere, la dichiarata opzione di sollecitare l'affermazione del paradigma riparativo deve indurre ad occuparsi, preliminarmente, di come coniugare l'accoglimento di tali principi da parte di detenuti ed operatori (a partire dalla responsabilizzazione fino alla possibilità di modalità alternative di gestione dei conflitti) con l'esercizio spesso sovradimensionato del potere disciplinare, con l'incoraggiamento, diretto e indiretto, di processi di passivizzazione e, più complessivamente, con il lacunoso rispetto delle leggi e regolamenti³ (vedasi O. Vidoni Guidoni, nel saggio che descrive l'esperienza condotta nel 2000-2001 nel carcere "Le Vallette" di Torino);

c) per quanto concerne le persone ammesse all'esecuzione penale esterna, è indispensabile riflettere sulle implicazioni connesse alle differenti fattispecie di condannati: quelli arrivati alla misure alternative dopo un periodo di detenzione (in tal caso, la riflessione sull'eventuale progetto riparatorio avviata in carcere può procedere durante l'esecuzione esterna) e quelli provenienti dalla libertà (si chiede agli operatori di avviare la riflessione **durante** l'esecuzione penale esterna, senza aver potuto valutare l'ipotesi riparatoria nel corso dell'indagine sociale);

Ancora, l'avvio di più meditate sperimentazioni in materia di applicazione all'esecuzione penale dei condannati adulti del paradigma riparativo impone, a mio parere, alcune preliminari riflessioni su:

- la necessità di rileggere i documenti e le raccomandazioni internazionali alla luce della possibilità in essi rappresentata che

³ O. Vidoni Guidoni, *Riparare il danno o punire? Le ambivalenze della giustizia riparativa in ambito penitenziario*, in A. Balloni, G. Mosconi, F. Prina (a cura di), *Cultura giuridica e attori della giustizia penale*, Franco Angeli, Milano, 2004

riparazione e mediazione si configurino come un'alternativa alla condanna penale e al carcere e, dunque, come un tentativo di gestire il conflitto tra le parti al di fuori del dominio penale; tale necessità diventa tanto più cogente nella fase attuale, di ripresa del dibattito intorno alla riforma sostanziale dei codici, con la connessa previsione di misure non penali nella gestione dell'illegalità (si auspica che le recenti proposte di modifica del Codice di Procedura Penale, con l'ipotesi di mutuare dal processo minorile, per i reati di non grave allarme sociale puniti con reclusione fino a tre anni, la sospensione del processo da subordinare alla presentazione di un programma di recupero e "di conciliazione con la persona offesa" si configurino come un primo passo verso opzioni più coraggiose);

- la necessità di costruire consenso intorno all'idea che parlare di mediazione e riparazione, se non si protegge la mediazione dal processo e il processo dalla mediazione, non sia, intrinsecamente, progressista e "alternativo", specie in presenza della constatazione che non esiste, a livello mondiale, un compiuto accordo su quanto costituisce un "autentico" approccio alla giustizia riparativa (cfr. *Handbook on Restorative justice programmes*, elaborato dall'ONU – Office on Drugs and Crime, pag. 15 e appendice III dello stesso documento, recante una rassegna delle controversie in materia di caratteristiche essenziali di un programma di GR);

- la necessità di discutere sull'opzione – che sembra incontrare crescente favore - di connettere il coinvolgimento degli autori di reato in programmi di giustizia riparativa al fine di ridurre il rischio di recidiva, se non altro in considerazione della riconosciuta difficoltà, in assenza di lunghi e costosi follow-up, di conoscere se, come e quando tali programmi esercitino un'influenza in tal senso (cfr. *Handbook...* pagg. 84-85);

rispetto all'attuale panorama italiano nell'esecuzione penale degli adulti e alle riflessioni operate dalla Commissione:

- "la diffusa confusione terminologica" che accomuna nozioni giuridiche (quali restituzione e risarcimento del danno) e costrutti suscettibili di differenti interpretazioni (quali riparazione e mediazione) che non sono, ad oggi, codificati in modo inequivoco, a partire dallo stesso art. 27 co. 1 R.E.: la possibile sovrapposizione/identificazione fra riparazione e risarcimento trova fondamento proprio nella formulazione normativa ("la riflessione ... concerne le possibili azioni di riparazione... incluso il risarcimento...");

- come perseguire l'attuazione dell'art. 27 R. E. in assenza di ammissione di colpevolezza (non ritenuta, da alcuni orientamenti giurisprudenziali, indispensabile per escludere l'esistenza delle

condizioni per un graduale reinserimento del condannato⁴);

- come eludere il rischio di un impiego delle buone ragioni della giustizia riparativa al servizio delle cattive ragioni del correzionalismo: in tal senso, occorre, a mio parere, limitare rigorosamente l'azione dell'Amministrazione penitenziaria alla sollecitazione/facilitazione di apertura del condannato ad ipotesi di riparazione-mediazione, escludendo prassi che prevedono che il condannato dia forma ed espressione pubblica (nel senso di istituzionale, attraverso l'implicazione dell'équipe) a tale apertura: specie nel caso di maturata intenzione di avvicinamento alla vittima, sottrarre tale ricerca alla dimensione privata mi sembra passibile di trasformarsi in una diversa forma di violenza, sia per la vittima che per il condannato, sia pure giustificata dall'opportunità di dare enfasi a forme alternative di giustizia;

- come fronteggiare la questione non eludibile della criticità di una consensualità maturata all'ombra del diritto; si consideri, in proposito, che anche la versione più recente delle Regole Penitenziarie Europee contempla che il condannato possa avere accesso a progetti riparatori "se lo desidera";

- come eludere il rischio che il mancato consenso a "riparare" si traduca per il condannato in una sanzione aggiuntiva non tipizzata e, dunque, non ricorribile e nel rafforzamento del processo di stigmatizzazione;

- come adoperarsi per l'affermazione progressiva della giustizia riparativa in presenza del progressivo affermarsi, nella cultura di una cospicua parte della magistratura, della critica ad una risposta statale al crimine giudicata troppo mite e al parallelo auspicio del recupero del carattere afflittivo della pena, da effettuarsi anche attraverso la riparazione delle conseguenze del reato⁵.

Ancora, è indispensabile avviare le citate sperimentazioni senza esimersi dal riflettere circa alcuni rischi:

a) il rischio che mediazione e riparazione si aprano *"verso forme miti e sempre più private di risoluzione del conflitto, ma ... nei confronti di quei soli attori che per status possono farsi carico di trovare – privatamente – una soluzione"* (Pavarini, 2001);

b) il rischio di *"incremento del dominio della regolamentazione di tipo giuridico"* dei rapporti sociali; il rischio di *"istituzionalizzazione"* della mediazione, visibile nel progressivo allontanamento dal modello *"autonomo-comunitario-deprofessionalizzato"* più vicino alle origini del *restorative paradigm* in favore di un modello

⁴ Cass. Pen., sez.I, 25 maggio 2000, n. 2481

⁵ C. Sarzotti, *La cultura giuridica dei procuratori generali nelle relazioni inaugurali degli anni giudiziari*, in A. Balloni, G. Mosconi, F. Prina (a cura di), op. cit., pagg. 246-247

“legale-professionale”, esito dell’inclinazione del sistema formale di giustizia ad includere quanto all’esterno di esso si sia venuto determinando;

c) il rischio, in definitiva, che il paradigma compensatorio si pieghi “*ancillarmente alle sole ragioni del paradigma correzionale ovvero a quelle di un’ulteriore negoziabilità della pena*”⁶;

d) il rischio di una sminuizione della capacità dell’esperienza originaria della mediazione di palesarsi capace, occasionalmente, di “*favorire una diversa costruzione sociale del panico attraverso l’utilizzo di un vocabolario non punitivo nella soluzione dei conflitti*”, all’origine, secondo molti studiosi, della reale possibilità di influire sui tassi di carcerizzazione⁷;

e) il rischio che, attraverso la giustizia riparativa, si affermino surrettiziamente, in contrasto con la laicità posta a fondamento dell’ordinamento giuridico italiano, tentazioni da Stato etico, caratterizzato dalla coincidenza fra diritto e morale (che non vuol dire propugnare indifferenza a principi e valori, ma rinunciare all’uso autoritario del diritto e individuarne limiti)⁸. A quest’ultimo proposito, ritengo indispensabile avviare una seria quanto non episodica riflessione sui rischi di deriva correzionalista cui la giustizia riparativa è esposta in ragione del suo progressivo riconnettersi, non solo in Italia, a quella “giurisprudenza terapeutica” che propugna la necessità di dare contenuto “terapeutico” alle pene e che in tale *frame* inserisce senza imbarazzo anche la giustizia riparativa⁹. La saldatura fra incapacità della giustizia di “fare giustizia”, necessità di porre rimedio al “nothing works” del sistema dell’esecuzione penale, umanizzazione e proceduralizzazione del diritto e del “trattamento” viene in tal modo compiuta,

⁶ PAVARINI M., *Dalla pena perduta alla pena ritrovata*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, Nuova serie, Anno V, gennaio-dicembre 2001, n. 1-3, pp. 124, 126, 128, 132.

⁷ P. Ciardiello, *Introduzione*, in *Quale pena. Problemi e riflessioni sull’esercizio della punizione legale (1992-2004)*, Milano, UNICOPLI, 2004, pag. 5

⁸ M. Cacciari, *Note sul mito della pena*, in *La rappresentazione della pena. Carcere invisibile e corpi segregati*, Communitas, Milano, Vita Non Profit Magazine, n. 7, febbraio 2006, pag. 209 : “L’idea della pena come mezzo per perseguire fini di socializzazione dell’individuo deviante”, della pena come servizio, che celebra nel mondo i suoi trionfi ... comporta...una concezione organicista dello Stato in quanto *manipolatore terapeuta*, che si prende cura del criminale; la presunzione, da parte di chi dà la pena, di possedere sistemi di valore cui è *bene* educare, presunzione logicamente insostenibile nell’ambito di una cultura politico-giuridica che si origina dalla distruzione di quell’orizzonte di trascendenza conferente forma e misura alla retribuzione.”

⁹ www.nji.ca/Public/documents/REV82_F_Judgingfor21stCentury_000_004.pdf: nel sito è possibile rinvenire un corposo documento dell’Istituto Nazionale dei Magistrati canadesi in cui quanto sopra è ampiamente teorizzato.

retoricamente e autoreferenzialmente, attraverso l'affermazione di un sistema che vede nella "terapeutizzazione" del diritto il rimedio per eccellenza, utile, addirittura, al contrasto di "visioni veteropositiviste del trattamento".¹⁰ Tale tendenza, inaugurata con il trattamento dei condannati con diagnosi di tossicodipendenza, si è progressivamente estesa fino all'attuale, frequente inserimento nelle ordinanze di prescrizioni di "accompagnamenti terapeutici" e "accertamenti psicologici", volti ad "assicurare" circa il rischio di quello che, con esplicita mutazione dal modello clinico, viene definita "ricaduta".^{11,12}

In tale direzione, in consonanza, peraltro, con quanto previsto dall'art. 115 co. 6 del Regolamento di Esecuzione¹³ e considerata l'asserita necessità di fare della giustizia riparativa l'occasione per tornare a riflettere sul **trattamento** dei condannati, credo occorra avviare seri programmi di ricerca comparativa sui **paradigmi teorici e sulle coerenti prassi operative** compatibili con:

- a) la laicità dell'ordinamento giuridico italiano;
- b) la prevalenza della funzione rieducativa della pena più volte ribadita dalla Corte Costituzionale rispetto agli elementi di difesa sociale e di prevenzione che fanno correre "il rischio di strumentalizzare l'individuo a fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo all'esemplarità della sanzione"¹⁴;
- c) il carattere individualizzante che, ai sensi del vigente ordinamento penitenziario, deve assumere ogni intervento trattamentale, al riparo da approcci che includano il singolo condannato in "tipologie" massificanti e prevedano trattamenti imperniati su una visione "ingenua" quanto meccanicistica delle presunte "cause" dei comportamenti trasgressivi;
- d) la necessità di valutare in modo trasmissibile i cambiamenti

¹⁰ Ciappi S., *Therapeutic Jurisprudence. Riflessioni su di una concezione postliberale del diritto e della pena*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, volume XII, 2001

¹¹ Ciappi S., *cf. op. cit.*

¹² In *Un carcere senza bussola sociale*, Nuova città,... Emilio Santoro descrive lo spostamento dell'origine causale della criminalità "alla condizione più o meno patologica" dell'autore di reato avvenuto con l'affermarsi del paradigma sociale e il successivo venir meno del senso delle tecnologie disciplinari, cui è seguito lo smarrimento di un modello di reinserimento sociale in grado di guidare gli operatori penitenziari, smarrimento cui attribuisce la crisi del carcere risocializzante.

¹³ "L'idoneità dei programmi di trattamento a perseguire le finalità della rieducazione è verificata con appropriati metodi di ricerca valutativa".

¹⁴ Gallo E., *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giurisprudenza costituzionale*, XXXIX, p.3204, citato da Sarzotti C., *Percorsi didattici sul carcere*, <http://www.comune.torino.it>

intervenuti, a seguito del trattamento, nell'attribuzione dei significati attribuiti all'esperienza di cui il reato è parte;

e) una visione dell'uomo sociale "come luogo e sorgente di azione" (Amerio) e "come principale informatore in merito alla realtà che non subisce, ma costruisce" (Patrizi);¹⁵

f) la necessità che, nel trattamento come negli interventi di mediazione, siano sempre esplicitati e formalizzati i modelli teorici ed epistemologici di riferimento utilizzati (intesi come riferimenti operativi basati su concezioni teoriche che si sostanziano in coerenti prassi operative);

g) la necessità di mettere alla prova i differenti modelli ad oggi impiegati nel campo delle pratiche in materia di giustizia riparativa e mediazione: quelli, di impronta educativo-terapeutica,¹⁶ che privilegiano, nell'intervento, "la parte nascosta del conflitto, i sentimenti non espressi"¹⁷ e quelli che, focalizzandosi sui contenuti manifesti delle narrazioni, danno conto dei processi di reciproca tipizzazione messi in atto dalle parti in controversia o conflitto, dunque, sulle "teorie" cui le parti ascrivono quella che definiscono come realtà (ovvero la dimensione "costruttiva" della conoscenza); tale comparazione si configura come particolarmente importante nella prospettiva della ricerca intorno alle risposte in grado di farsi carico degli interrogativi che fanno riferimento a più universi di senso, a più repertori normativi e di promuovere dialogicamente processi di costruzione di coerenze non sostanziali, ma pragmatiche;¹⁸

h) la necessità che la formazione in materia di trattamento, giustizia riparativa e mediazione sia preceduta e seguita, senza soluzione di continuità, da attività organizzative coerenti, che sollecitino la messa in opera di quanto veicolato attraverso la formazione, pena l'insignificanza sostanziale di quest'ultima sul piano dei cambiamenti culturali di lungo periodo. Questo chiama in causa la responsabilità, in primo luogo, di quanti, a diverso titolo, rivestono, all'interno dell'Amministrazione penitenziaria, ruoli di vertice.

Nell'alveo delle riflessioni sin qui esposte, sono dell'opinione che ridefinire per gli operatori penitenziari una metodologia tecnico-professionale in grado di tener conto delle compatibilità sopra cennate richieda una rivisitazione degli **obiettivi del processo di intervento**, non infrequentemente influenzato, come anticipato,

¹⁵ Linee di indirizzo..., pag. 15

¹⁶ cfr. F. Vianello, *Diritto e mediazione. Per riconoscere la complessità*, pagg. 133-137

¹⁷ A. Ceretti, F. Di Cì, *Giustizia riparativa e mediazione penale a Milano*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, anno VI, n. 3, pag. 117

¹⁸ cfr. F. Vianello, op. cit., pagg. 157-158

da modelli eziologici di ispirazione positivista da tempo messi radicalmente in discussione¹⁹ che concepiscono l'autore di reato come determinato a delinquere da presunte ed identificabili cause, interne ed esterne.

Secondo tali modelli la realtà è precedente e indipendente dall'osservatore; l'identità è un'essenza preesistente alle nostre possibili definizioni la cui natura verrà disvelata dalle nostre analisi piuttosto che processualmente e dialogicamente costruita attraverso l'interazione con tutti i significati socialmente prodotti; le opzioni devianti sono attribuibili al possesso di "tratti" di personalità patologici o a "distorsioni cognitive", come tali da "curare" ovvero "correggere"; la recidiva ha un valore euristico inconfutabile rispetto alle "inclinazioni" criminali dell'attore e alla sua risposta al trattamento.

L'apertura alle trasformazioni epistemologiche in atto a partire dalla seconda metà degli anni Settanta nell'ambito delle discipline umanistiche suggerisce da tempo l'opportunità di fare spazio ad una accezione del trattamento come intervento costruito con l'individuo in interazione e ad un'accezione di personalità/identità come processo interpersonale legato ai contesti. In tal senso, la formazione del personale non può non tener conto del riferimento emergente a paradigmi di ricerca di tipo ermeneutico-interpretativo che hanno portato in primo piano nella ricerca storica, sociologica, antropologica, e psicologica la questione del *significato* e, dunque, lo studio del linguaggio, del discorso, della *narrazione* e di come le narrazioni diano forma alle realtà, attraverso "resoconti" che costituiscono «una versione della realtà la cui accettabilità è governata dalla convenzione e "dalla necessità narrativa", anziché dalla verifica empirica e dalla correttezza logica» (Groppo, Ornaghi, Grazzano, Carrubba: 1999, 30). Per tale via, perde senso la ricerca delle cause dei comportamenti umani e diventa determinante considerare la rilevanza dei significati che le situazioni assumono per la persona nonché gli effetti pragmatici che tali significati producono (Turchi, Baciga 2002, 84)²⁰.

In tal senso, desta qualche perplessità la previsione, all'interno della "Proposta di percorso formativo per operatori dell'area penale" licenziata dalla Commissione, di "sviluppare la capacità

¹⁹ A. Salvini, *Argomenti di psicologia clinica*, Domeneghini Editore, Padova, 1998; P. Ciardiello, G. P. Turchi, Appendice I in "Reato e identità. Atti e contributi per l'operatività professionale", Domeneghini Editore, in http://www.giustizia.it/ministero/struttura/dipartimenti/dirgen/attivita_issp.htm

²⁰ P. Ciardiello, Relazione introduttiva al Convegno "Reato e identità. Implicazioni epistemologiche ed operative nel trattamento dei condannati", Milano, 25 marzo 2004

di identificare gli aspetti giuridici, sociali e psicologici (della riflessione sulle condotte antigiuridiche) con riferimento alle diverse *tipologie di reato* (corsivo mio). Tale espressione potrebbe, temo, sollecitare il recupero di approcci tributari del positivismo criminologico, come tali inclini ad identificare/sovrapporre l'autore con il reato, attraverso definizioni classificatorie generiche quanto tipizzanti, opposte alla tensione individualizzante che permea l'ordinamento penitenziario.

Ancora, sono del parere che la sollecitazione dell'avvio di processi riflessivi concernenti il reato e le conseguenze del medesimo e di limitare il rischio suddetto non debba necessariamente implicare investigazioni circa la veridicità del racconto del detenuto circa le vicende connesse alla commissione del reato stesso.

Tale verifica sarebbe difficilmente conciliabile con la consapevolezza emergente che anche l'attività degli attori del processo penale, degli operatori del diritto e delle forze dell'ordine "è spesso orientata da interessi pratici, pregiudizi e tipizzazioni"²¹, ma anche con l'affermazione che la giustizia riparativa deve favorire non la ricostruzione della verità fattuale, ma di quella soggettiva e soggettivamente narrata²².

È senz'altro possibile (anzi, necessario) attrarre l'attenzione del condannato sui passaggi del suo resoconto che evidenziano incoerenze "narrative" allo scopo di fargli intravedere nuove, diverse possibilità di dare senso alle proprie ed altrui esperienze, ma non solo con riferimento al reato.

È in tal senso, a mio parere, che si può intendere quanto precisato in tema di osservazione della personalità dal primo comma dell'art. 27 R. E., da realizzarsi "con riferimento al **modo in cui il soggetto ha vissuto le sue esperienze e alla sua attuale disponibilità ad usufruire degli interventi del trattamento**".

Può, in tal senso, essere utile supportare il condannato nella costruzione retrospettiva e anticipatoria per aiutarlo ad uscire dai sistemi di credenze circa se stesso, gli altri e il mondo suscettibili, come è noto, di caricarsi di effetti pragmatici. Del resto, già W. I. Thomas aveva riassunto la particolarità delle scienze sociali, con il suo teorema per il quale «Se gli uomini definiscono certe situazioni come reali, esse sono reali nelle loro conseguenze».²³

²¹ G. Mosconi, D. Padovan, *Processo penale e costruzione sociale del "delinquente"*, in A. Balloni, G. Mosconi, F. Prina (a cura di), op. cit., pag. 164

²² C. Mazzucato, *Intervento all'incontro Commissione nazionale di studio su Mediazione Penale e Giustizia Riparativa - Referenti regionali Dipartimento Amm.ne Penitenziaria*, Roma, 15.12.2005

²³ Merton R.K. (1968), *Social Theory and Social Structure*, New York: The Free Press, p. 765-766.

In conclusione, sono del parere che l'assenza, allo stato, di condivisione con la Magistratura di sorveglianza, ma anche con il più vasto mondo di quanti si occupano, a vario titolo, di giustizia riparativa e mediazione, di "scelte di chiarezza" non si fondi esclusivamente sulla lacunosità di un dialogo, pur indispensabile, finora non attivato quanto dal confrontarsi di repertori discorsivo-normativi interni o esterni a una concezione sostanziale della giustizia, fondata sulla presupposizione di aspettative normative condivise, in cui al diritto è conferito il ruolo di realizzare direttamente un determinato progetto della dimensione comunitaria.

In tal senso, appare plausibile formulare l'ipotesi che gli sforzi maggiori non potranno che convergere, per un lungo periodo di tempo, sulla costruzione delle condizioni per pervenire ad un consenso, anche giuridicamente mediato, che rappresenti l'esito di una riflessione sul ruolo che il diritto e la pena devono avere nella società.

In assenza di tale riflessione, può costituire facile profezia anticipare che anche la mediazione è destinata, parafrasando Faget²⁴, a perdere progressivamente la sua capacità di porre domande al sistema, chiudendo ulteriormente ogni gioco che punti al ridimensionamento dell'uso dello strumento penale.

²⁴ *"Una mediazione che non ponesse domande al sistema non aprirebbe alcun gioco"*, in F. Vianello, op. cit., pag. 149

LA PERCEZIONE DEL SISTEMA PENALE ITALIANO DA PARTE DEI DETENUTI STRANIERI

ROBERTO M. GENNARO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Perché accogliere la prospettiva degli attori sociali. - 3. Il supporto empirico. - 4. Gli agenti di pubblica sicurezza. - 5. Il rapporto con gli avvocati difensori. - 6. I magistrati. - 7. I rapporti con la polizia penitenziaria.

1. Introduzione

La diffusione del sentimento di insicurezza collettiva che contraddistingue l'attuale momento di trasformazione delle società occidentali ha portato a una crescente domanda di soluzioni repressive rivolte contro categorie e soggetti ritenuti pericolosi, tra cui quella degli immigrati extracomunitari. In una recente indagine del Censis¹, oltre un quinto della popolazione italiana ha affermato di considerare gli stranieri una minaccia per la propria incolumità, mentre circa tre quarti ritengono che esista una diretta correlazione fra immigrazione e crescita della criminalità.

Si tratta di opinioni che non appaiono del tutto aderenti alla realtà dei fatti, poiché alle paure manifestate non è detto corrisponda un'effettiva crescita della criminalità, o che tra gli stranieri si registri una maggiore attitudine al comportamento deviante. La verifica di quest'ultimo aspetto, attraverso una rilevazione "oggettiva" della devianza degli immigrati, non sembra di facile realizzazione, come dimostrano le cifre non sempre concordanti fornite da diverse fonti ufficiali (per esempio, Ministero dell'Interno e Ministero della Giustizia).

I dati disponibili, comunque, più che mostrare una maggiore disposizione al crimine, rivelano che per uno straniero denunciato la possibilità di essere privato della libertà è tre volte superiore

*Dottore di ricerca in Sociologia e metodi della ricerca sociale, collaboratore di ricerca in Diritto Penale e Criminologia, Università di Catania.

¹ *Le paure degli italiani. Criminalità e offerta di sicurezza*, 2001.

rispetto a quella di un cittadino italiano. Ogni 100 cittadini non comunitari segnalati all'autorità giudiziaria, infatti, circa 42 vengono arrestati, mentre lo stesso rapporto è di 15/100 per gli italiani. Inoltre, considerando la popolazione carceraria, il 29% dei detenuti italiani sono imputati in attesa di giudizio mentre questa percentuale supera il 73% tra gli stranieri. Queste statistiche evidenziano il carattere essenzialmente cautelare della detenzione degli stranieri (in altri termini, gli stranieri hanno una probabilità più alta, rispetto agli italiani, di essere immediatamente reclusi), insieme alla sostanziale inaccessibilità per gli immigrati delle misure alternative alla detenzione, come gli arresti domiciliari, la liberazione condizionale, etc.

Gli ultimi rilievi inducono ad accostarsi alla lettura e all'impiego delle statistiche in materia di criminalità con particolare attenzione, e non solo con le cautele dettate in generale dalla comprensione del contesto e delle modalità di rilevazione e registrazione dei dati. L'andamento delle statistiche relative alle denunce, agli arresti e alla popolazione carceraria fornisce infatti la misura della "produzione" delle forze di polizia (e più in generale dell'amministrazione della giustizia), risultato di tre fattori principali che si condizionano a vicenda. Secondo l'analisi di Palidda, questi fattori possono essere così rappresentati:

«a- l'equilibrio o lo squilibrio tra le azioni repressivo-penali e quelle sociali nel trattamento dell'esclusione sociale e della devianza;

b- l'attitudine denunciatoria della popolazione, ossia le richieste di repressione più o meno pressanti rivolte alle polizie e all'amministrazione della giustizia contro reati e soggetti considerati dannosi;

c- l'andamento effettivo della delittuosità identificata, connesso alla sostituzione ed etnicizzazione degli attori devianti o presunti tali e all'andamento dei "mercati" delle attività delittuose»².

A complicare ulteriormente la valutazione del contributo offerto dagli stranieri al compimento di attività delittuose, si pongono, da una parte, il problema della percezione diversificata della devianza, dall'altra un effettivo incremento della c.d. micro-criminalità o criminalità diffusa. In un clima generale talvolta al limite della deriva xenofoba, è riscontrabile una crescita nella disposizione a denunciare lo straniero, responsabile per lo più di

² S. Palidda, *Devianza e vittimizzazione*, in *Quarto rapporto sulle migrazioni*, a cura della Fondazione Cariplo-Ismu, Milano, 1998, cap. 2.5, pp. 146-147.

reati minori e del proliferare delle c.d. *incivilities* di tipo sociale (uso di alcol e droga in pubblico, ubriachezza molesta, risse in strada, etc.). Questi comportamenti, pur costituendo una minaccia meno grave rispetto a quella originata, ad esempio, dalla criminalità organizzata, colpiscono ampi strati della popolazione, risultando inoltre molto "visibili". Ciò alimenta la percezione della pericolosità dell'immigrato e al tempo stesso la rafforza, innescando un processo di causazione circolare.

Tale fenomeno tende ad assumere connotazioni più marcate in quelle aree storicamente considerate più sicure, le città del Nord Italia ad esempio, dove i segni delle trasformazioni sociali in atto – ivi compreso un depauperamento sostanziale che non riesce a trovare soluzione nei vecchi dispositivi compensatori del welfare – vengono percepiti non solo come cause di degrado urbano, ma anche come minacce per le forme di convivenza civile e aspetti di erosione delle posizioni acquisite. Come suggerisce Bauman, in questi casi l'incertezza endemica connessa con la presenza degli stranieri, finisce per trovare sfogo in uno sforzo continuo volto a controllare la costruzione dello spazio sociale³.

Il tentativo di difendere tale spazio sociale conduce, secondo De Giorgi, a una «inclusione subordinata» che non porta né a un'esclusione o a un rifiuto radicale, né a un'inclusione e a un allargamento della cittadinanza. Si tratta di un processo funzionale solo alle esigenze del mercato del lavoro dei Paesi di destinazione, che avviene attraverso «una limitazione degli ingressi sulla base delle effettive esigenze del sistema produttivo, affiancato da una politica legislativa di "dosaggio" dei diritti di cittadinanza»⁴.

Piuttosto diversa è la situazione nel Mezzogiorno, area in cui gli stranieri, pur fronteggiando una realtà occupazionale molto disagiata, mostrerebbero una propensione al comportamento criminale relativamente contenuta. Nel Sud e nelle Isole la percentuale di stranieri sui denunciati è difatti più circoscritta, in modo particolare per i reati più gravi come l'omicidio o il tentato omicidio, mentre nel Centro Nord la quota di immigrati denunciati sul totale appare elevata pure per tali delitti. Anche per quanto riguarda i reati connessi con la droga, al Sud il peso degli stranieri sul totale appare notevolmente più contenuto rispetto al Nord (8% nel Sud e Isole contro il 40% per il Centro-Nord).

Alla spiegazione di tale situazione possono concorrere diversi

³ Z. Bauman, *Le sfide dell'etica*, Oxford, 1993, tr. it., Feltrinelli, Milano, 1996, p. 163.

⁴ A. De Giorgi, *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, DeriveApprodi, Roma, 2000, p. 55.

fattori, non necessariamente alternativi. Innanzi tutto, nel meridione sembra persistere una maggiore tolleranza (sia della popolazione che delle autorità) verso alcuni comportamenti devianti di minore gravità, tra i quali rientrano quelli solitamente ascritti agli stranieri. A ciò può aggiungersi che la criminalità organizzata locale, estremamente radicata nel territorio, non concede spazio a quella d'altra natura. Una forte e capillare presenza di gruppi criminali autoctoni rende più difficile l'inserimento nel tessuto delinquenziale di gruppi di immigrati, ai quali resterebbe solo la possibilità di un reclutamento individuale in ruoli di secondo piano⁵. Si assiste così a un fenomeno di sostituzione del tutto simile a quello che ha interessato l'economia regolare, in cui gli italiani hanno ceduto agli stranieri le posizioni meno qualificate e remunerative della "piramide legittima". Allo stesso modo gli italiani hanno consegnato agli immigrati la base della "piramide penale", ossia il livello più basso della delinquenza urbana⁶.

L'allarme sociale appare, dunque, correlato alla commissione di reati "di strada" da parte di soggetti portatori di altre abitudini e altri costumi, che in tal modo sembrano palesare il rifiuto delle regole ritenute alla base della convivenza civile. Tali comportamenti devianti coinvolgono il vivere quotidiano e rendono molto elevato il rischio di vittimizzazione diretta, attivando un processo di causazione circolare difficile da arrestare. Giddens ritiene che «il fatto di trarre sicurezza dall'attendibilità o dalla rettitudine degli altri è una sorta di "reincisione" emotiva che accompagna l'esperienza degli ambienti sociali e materiali che ci sono familiari». (...) «La prevedibilità delle piccole *routine* quotidiane è profondamente legata a un senso di sicurezza psicologica. Quando queste routine vengono sconvolte per una qualsiasi ragione, subentrano stati d'ansia capaci di scuotere e alterare anche gli aspetti più saldamente radicati della personalità»⁷. Il legame che si instaura tra l'individuo e le proprie abitudini quotidiane presenta una natura ambivalente. Ogni routine, infatti, può dirsi psicologicamente rilassante, nella misura in cui allontana l'ansia dell'imprevisto a favore di una sequenza di gesti previsti e prevedibili. Rimane, però, qualcosa su cui non è possibile rilassarsi, dal momento che la continuità necessaria al suo consolidamento passa attraverso una costante opera di "vigilanza" e di conferma. L'impatto emotivamente

⁵ Cfr. G. Marotta, *Immigrati: devianza e controllo sociale*, Cedam, Padova, 1995.

⁶ Cfr. S. Palidda, *La devianza e la criminalità*, in *Primo rapporto sulle migrazioni*, Franco Angeli, Milano, 1995.

⁷ A. Giddens, *Le conseguenze della modernità*, 1990, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 100-101.

sconvolgente causato dall'aggressione di questa continuità è stato correttamente descritto dall'etnometodologia, in modo particolare da quegli esperimenti che il professor Harold Garfinkel fece condurre ai suoi studenti sul carattere indicale delle relazioni quotidiane. «Il risultato è una sospensione della fiducia accordata al prossimo come agente attendibile e competente e il subentrare di ansie esistenziali che prendono la forma di sentimenti di offesa, confusione e tradimento, uniti a sospetto e ostilità»⁸.

Descritta in questi termini, la nostra realtà appare molto distante da quella tradizionalmente considerata dalla scuola criminologica italiana (ma non solo) nel secolo scorso. Per la coscienza comune il crimine era identificato da alcune fattispecie ritenute particolarmente gravi, come l'omicidio o il furto. Per tale ragione, costruire il tipo del delinquente significava costruire il tipo dell'omicida o del ladro, con il corollario che all'astensione da queste condotte veniva riconosciuto il più alto dei doveri morali sociali.

All'individuazione di un tipo criminale sembra essersi sostituito un più generale bisogno di sicurezza, la necessità di protezione da atti che ledono la libera gestione della propria quotidianità. Da un'insicurezza definita dalle paure personali si è passati al primato delle preoccupazioni sociali, in grado di riorientare e definire le paure individuali. In una celebre opera di Durkheim, si legge che l'atto criminale diventa tale in quanto offende sentimenti collettivi profondamente radicati, per cui «non bisogna dire che un atto urta la coscienza comune perché è criminale, ma che è criminale perché urta la coscienza comune. Non lo biasimiamo perché è un reato, ma è un reato perché lo biasimiamo»⁹. Il reato, quindi, può esser spiegato come una costruzione sociale strettamente avvinta alla coscienza collettiva che esso offende. Un'azione può dirsi socialmente riprovevole perché viene respinta dalla società e da quelle istituzioni, come lo Stato, che, facendosene portatrici, mediano il sentire collettivo. L'insicurezza, la paura del crimine (di certi crimini) diventano percezioni capaci di irrompere anche nel processo di definizione della politica penale. Ed è forse proprio da questa prospettiva che si può apprezzare in pieno l'importanza del problema della devianza straniera, insieme con la necessità di dotarla di significati che sappiano diradare le ambiguità che ancora la circondano.

⁸ A. Giddens, *op. cit.*, p. 101.

⁹ E. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, 1893, trad. it., Comunità, Milano, 1962, p. 103.

2. Perché accogliere la prospettiva degli attori sociali

In questo quadro di riferimento, non pare superfluo chiedersi se e quanto il nostro sistema penale, tanto nella sua complessità che nelle sue singole componenti, sia in grado di interagire correttamente con lo straniero che ne venga in contatto. Qualunque sia l'iter personale che lo conduce all'atto deviante, dal perfezionamento di una fattispecie penale si apre innanzi allo straniero un percorso i cui contenuti concreti saranno mediati da agenti di pubblica sicurezza, organi giudicanti e, in caso di condanna, operatori penitenziari. L'assenza di distorsioni prodotte dalla nazionalità dell'imputato o del detenuto dimostra che le nostre garanzie processuali non sono "a geometria variabile", orientabili a seconda di imputazioni e imputati.

Secondo un'opinione largamente condivisa il diritto è uno strumento capace di esprimere e strutturare le esperienze che costituiscono il tessuto connettivo, la base della vita sociale. Tale capacità risiede nell'attitudine a delimitare i significati di importanti categorie concettuali (come la proprietà, il possesso, il contratto, la responsabilità, etc.) che regolano o definiscono le relazioni sociali. Di contrario avviso sono coloro che, rifacendosi a uno degli assunti di base della sociologia del diritto, ritengono che sia la società a creare il diritto, mentre gli effetti del diritto sulla società devono essere oggetto di studi empirici. Tale dicotomia può dirsi ormai superata, dal momento che nella maggior parte delle riflessioni più recenti viene rifiutata ogni visione in cui diritto e società siano sfere in qualche modo separate, o addirittura in competizione. Secondo Nelken¹⁰ non può ragionevolmente mettersi in dubbio la capacità del diritto di interpretare la realtà, stabilendosi cosa debba essere considerato verità – cioè comprensione corretta o conoscenza affidabile – per determinati scopi giuridici. A meritare una più accurata riflessione sono i limiti insiti nel metodo che conduce a tali verità, ossia nel ragionamento giuridico.

Una delle limitazioni più significative del comune ragionamento giuridico è la pressoché totale mancanza di considerazione del rapporto tra "cause" e "conseguenze" sul piano delle forze sociali condizionanti. Secondo Tarello, ciò accade perché «di solito un giurista professionale, se si pone qualche problema in ordine alla cosa chiamata ragionamento giuridico, non assume come riferimenti i ragionamenti logici applicati a proposizioni che contengano termi-

¹⁰ D. Nelken, *The truth about law's truth*, in *European Yearbook in the Sociology of Law* 1993, pp. 87-160.

ni giuridici, né i ragionamenti propri di una logica dei modi deontici o delle qualificazioni normative; assume invece come riferimento dei procedimenti discorsivi specificamente riconducibili al proprio campo di esperienza (il campo giuridico): procedimenti discorsivi che è legittimo chiamare – in modo sia pure generico – ragionamenti perché mirano a condurre da una premessa (giuridica) ad una conclusione (giuridica), consentendo tecniche standardizzate per fondare o giustificare decisioni (giuridiche) e per suscitare un assenso (pratico)¹¹. Inoltre, nel tentativo di assicurare maggior rigore scientifico, si fa frequente ricorso a elementi concettuali derivati da altre discipline scientifiche. I concetti presi in prestito finiscono però per essere trasformati, a volte del tutto stravolti, in modo da poterli rendere adatti a un uso giuridico¹². Come ha notato efficacemente Tarello, «le discipline che hanno una tradizione più antica, come la giurisprudenza, la storiografia, la teologia, si sono differenziate l'una dall'altra (e ciascuna rispetto alla filosofia) solo gradualmente; tra i metodi (e perciò gli argomenti) delle une e delle altre vi sono molti reciproci prestiti; il loro costituirsi come discipline autonome, l'evoluzione dei loro metodi, e la direzione e frequenza dei reciproci prestiti di metodi e di argomenti, sono stati determinati o resi possibili, in tutte le epoche, da condizionamenti lessicali e, soprattutto, politico-ideologici»¹³.

Alla luce di tali considerazioni è ragionevole chiedersi se, anche solo da un punto di vista astratto, sia ravvisabile negli strumenti giuridici l'idoneità a garantire un unico e coerente modo di comprendere la realtà. Se così fosse, il diritto diverrebbe un astratto componente della comprensione, avulso da qualsiasi tipo di collocazione sociale. È questa l'opinione di Luhmann, che ritiene il diritto un sistema di comunicazione non legato ad alcun contesto specifico¹⁴. Diversamente da Luhmann, Hart ha ravvisato «il fondamento di un sistema giuridico in quella situazione sociale in cui una regola secondaria di ricognizione è accolta e usata per identificare le regole primarie di obbligazione»¹⁵. Il problema se una regola di ricognizione esista, quale ne sia il contenuto e quali criteri di validità stabilisca, è considerato dallo stesso autore «una empirica,

¹¹ G. Tarello, *Diritti, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 425.

¹² R. Cotterell, *Why must legal ideas be interpreted sociologically?*, in *Journal of Law and Society*, volume 25, n. 2, June 1998.

¹³ G. Tarello, *op. cit.*, p. 437.

¹⁴ N. Luhmann, *The coding of the legal system*, in *State, Law and Economy as Autopoietic System*, 1992.

¹⁵ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Oxford, 1961, trad. it., Einaudi, Torino, 1965, p. 97.

sebbene complessa, questione di fatto»¹⁶. Tale regola fondamentale di ricognizione, dunque, si identifica con la pratica di coloro che decidono, ed è da questa pratica inferita.

Gli studi del movimento americano *Law and society* hanno evidenziato la necessità di esaminare il diritto all'interno di una struttura che contempra anche le qualità e le caratteristiche degli operatori che agiscono all'interno del sistema giuridico. Tale necessità nasce dalla considerazione (supportata da diverse ricerche) che il sistema stesso non è in alcun modo definibile un campo d'azione uniforme. Barriere significative, infatti, ostacolano un accesso egualitario. In un famoso articolo¹⁷ Galanter ha messo in risalto gli effetti distorsivi del capitale economico e sociale in ogni fase del processo legale. In numerosi altri studi¹⁸ è stato rilevato quanto possa essere problematica l'influenza del diritto sulla società, con particolare riferimento alla "cattura" del diritto, sia da parte di operatori che formalmente sono semplici mediatori (ma che di fatto esercitano la discrezionalità nel proprio interesse), sia da parte di coloro che si conformano al diritto e hanno la capacità di evitare, resistere o reindirizzare il diritto stesso.

Lo studio del diritto che concentra la propria attenzione sopra il dato normativo, dunque, non è in grado di dar conto dei procedimenti complessi attraverso cui la norma trova concreta applicazione. La devianza non è una qualità intrinseca a un determinato atto, ma emerge piuttosto dall'applicazione di norme e delle relative sanzioni nei confronti di un certo comportamento. La conseguente relatività della nozione di devianza spinge a porsi i problemi del conflitto sociale e della complessità anche in relazione ai giudizi di illiceità provenienti dai soggetti del controllo sociale, insieme alla necessità di tenere nella dovuta considerazione anche gli orientamenti culturali della società in generale. Non è infatti possibile ignorare il valore altamente sintomatico che le opinioni e i comportamenti dei soggetti incaricati della funzione repressiva esercitano sulla definibilità del delitto e dei suoi autori. Il controllo sociale, come sostiene Lemert, deve essere considerato negli studi criminologici «una variabile indipendente piuttosto che una modalità costante, o meramente corrispettiva, di reazione sociale nei confronti della devianza»¹⁹. In altri termini, il numero di coloro che

¹⁶ *Ivi*, p. 245.

¹⁷ M. Galanter, *Why the "Haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change*, in n.9 *Law and society*, 1974.

¹⁸ Si veda fra tutti S. Macaulay, *Law and Behavioral Science Program at Yale: a sociologist's account of some experiments*, 1955.

¹⁹ E.M. Lemert, *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*, 2^a ed., 1972, trad. it., Giuffrè, Milano, 1981, p. 66.

violano determinati precetti giuridici dipende anche dai contenuti che vengono attribuiti alle stesse regole e dall'attività di coloro che sono chiamati a farle rispettare. La risposta sociale possiede dunque valore definitorio rispetto al crimine e al delinquente.

Se come scrisse Durkheim, «la giustizia è una percezione di equilibrio nelle relazioni sociali, è un aspetto del senso di coesione e di integrazione sociale»²⁰, nessuna analisi può eliminare il disaccordo su quanto l'ordinamento giuridico richiede in alcune situazioni particolari. L'analisi delle condizioni empiriche che forniscono i postulati di base per tali affermazioni può, tuttavia, consentire di inscrivere tali affermazioni in uno scenario più ampio.

In conclusione, includendo nell'analisi la prospettiva di coloro che sono soggetti al diritto, gli effetti prodotti dalle loro esperienze e dalla cultura che guida i loro comportamenti, sarà possibile prestare attenzione ai processi sociali di base. Attenzione che si rivela necessaria per identificare i modi in cui il diritto, nel suo agire quotidiano, costruisce le relazioni sociali e, di contro, i modi in cui i processi sociali e le diverse forme di potere costruiscono il diritto.

3. Il supporto empirico

Alla base di questo lavoro si pone una ricerca empirica condotta, nell'arco di sei mesi, in dodici penitenziari italiani distribuiti su tutto il territorio nazionale. Lo studio si è proposto di verificare la condizione complessiva dei detenuti stranieri nei nostri penitenziari, avendo come primo riferimento il rispetto dei diritti previsti dalla normativa internazionale. Ciò che si intende chiarire sono i termini concreti della situazione in cui si vengono a trovare individui alle prese con problemi coinvolgenti l'intera sfera della propria dimensione individuale. Problemi che spesso appaiono quasi ineludibili, perché connaturati a una esperienza detentiva in un Paese straniero.

Limitare un'indagine sul trattamento dei detenuti stranieri alla sola verifica del rispetto della normativa internazionale sarebbe però colpevolmente riduttivo. Questo studio può infatti mettere a fuoco anche gli orientamenti culturali alla luce dei quali lo straniero si forma l'immagine del "sistema Italia" in generale e delle sue strutture giuridiche in particolare.

Gli istituti detentivi visitati presentano caratteristiche strutturali e funzionali abbastanza omogenee, innanzitutto nel numero

²⁰ E. Durkheim, *op. cit.*, p. 77.

totale dei detenuti ospitati, non inferiore alle 700 unità e con punte massime di molto superiori alle mille. Sono, inoltre, tutte case circondariali destinate ad accogliere, per necessità pratiche conseguenti alla condizione di generale sovraffollamento, ogni tipologia di soggetti, dagli imputati in attesa di giudizio ai condannati c.d. definitivi.

Le interviste sono state condotte sempre senza alcuna intermediazione di educatori, psicologi o assistenti sociali. Solo raramente hanno assistito al colloquio agenti di polizia penitenziaria.

La scelta dei soggetti da intervistare è stata in genere effettuata dal personale di polizia penitenziaria, sulla base delle diverse e contingenti esigenze logistiche. Nessuno dei seicentotré detenuti incontrati (provenienti da oltre settanta diverse Nazioni) è stato in alcun modo costretto a partecipare alla ricerca, che ha riscontrato un livello di partecipazione molto soddisfacente, con un numero irrisorio di casi di rifiuto peraltro circoscritti al primo giorno d'ingresso in alcuni istituti.

Il campione è interamente composto da uomini, di età compresa tra i 18 ed i 68 anni, poiché i problemi connessi alla detenzione di una donna possiedono una specificità di cui è impossibile tener conto in una ricerca "mista".

Ogni istituto ha provveduto a organizzare gli incontri con i detenuti stranieri secondo le modalità ritenute più adatte a garantire le imprescindibili condizioni di sicurezza. Per tale ragione non è stato possibile ottenere il medesimo numero di interviste nel corso di ogni visita, poiché differenti sono stati il tempo di permanenza accordato in istituto, la libertà di movimento concessa, la scelta del luogo dove effettuare le interviste (a volte nella zona detentiva altre volte in una sala esterna alla stessa), etc. Non sono comunque mancati i casi in cui direzione, educatori e personale di polizia penitenziaria hanno fatto davvero tutto il possibile per garantire un buon esito della visita, senza pregiudicare la quotidiana e fondamentale attività degli operatori.

Importanza decisiva per il buon esito del lavoro ha avuto il rapporto di collaborazione instauratosi con il Dipartimento per l'Amministrazione Penitenziaria, in particolare con la Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento cui è toccato l'onere di rilasciare le autorizzazioni all'ingresso negli istituti. Ingresso che è sempre avvenuto *ex art.* 117 comma 2 del d.P.R. 230/2000, con comunicazione, alla Direzione della casa circondariale, delle date previste con un sufficiente margine di preavviso, non inferiore ai quattro giorni ed in genere non superiore ai sette.

4. Gli agenti di pubblica sicurezza

I primi rappresentanti delle istituzioni con cui gli stranieri entrano in contatto sono, in genere, gli agenti di pubblica sicurezza che procedono all'arresto o al fermo.

La funzione di polizia rientra tra le attività destinate al controllo sociale, generalmente inteso come l'insieme dei meccanismi che una collettività elabora al fine di prevenire ed eliminare la devianza individuale o collettiva. La sua importanza risiede nel rappresentare uno strumento di composizione delle relazioni e dei conflitti tra individui e gruppi, e tra ognuno di questi e la società nel suo insieme. L'azione di polizia può essere pacifica se e quando riesce a svilupparsi all'interno di un contesto sociale in cui vi sia condivisione delle regole di comportamento da parte di tutti i membri. Implica necessariamente il ricorso a mezzi coercitivi quando alcuni attori sociali non vogliono, non possono o non sono in grado di condividere tali regole. In questo caso ogni trasgressione viene considerata una minaccia o un attacco contro gli interessi dell'intera collettività o di alcuni suoi membri. Il carattere politico di ogni violazione, su cui insistono molti Autori, risiede nel suo presentarsi come un atto contrario alle regole di comportamento su cui si fonda l'organizzazione politica della società. Da ciò discende logicamente la natura non "neutra" del concetto di sicurezza, dal momento che è la definizione di queste regole, insieme all'attività volta a farle rispettare, ad ampliare o restringere il numero di individui che le trasgrediscono.

In ogni Stato moderno è essenziale che la polizia abbia i poteri di arrestare, detenere temporaneamente ed interrogare i sospetti criminali e, in casi particolari, anche altre categorie di persone. Tuttavia, la disponibilità di questi poteri comporta il rischio di intimidazioni e maltrattamenti, che raggiunge il suo apice nel periodo immediatamente successivo alla privazione della libertà (e fino alla traduzione in un istituto di sorveglianza). Che si tratti di pericoli concreti, da cui le nostre forze dell'ordine non sembrano immuni, è dimostrato dall'ultima ispezione condotta dal Comitato per la Prevenzione della Tortura (CPT), organo istituito presso il Consiglio d'Europa e parte integrante del sistema voluto dalla Comunità Europea a difesa dei diritti umani. Il Comitato ha rilevato nei nostri agenti di pubblica sicurezza una pericolosa disposizione all'abuso di mezzi coercitivi violenti, sostenendo nel rapporto conclusivo questo convincimento attraverso alcuni casi ritenuti in tal senso emblematici. «Un detenuto italiano incontrato nei locali della questura di Roma ha dichiarato di essere stato colpito alla

schiena, mentre era interrogato dai funzionari della polizia di stato di Roma. A seguito di esame da parte di un medico, membro della delegazione, egli presentava le seguenti lesioni: ecchimosi sottoscapolare destra, graffi alla zona lombare con dolore alla palpazione (apofisi spinose e masse muscolari paravertebrali). Le lesioni in questione erano compatibili con quanto dichiarato dall'interessato. [...] Il caso più preoccupante riscontrato dalla delegazione ha riguardato un caso di cui essa ha trovato traccia esaminando il "Registro 99" della Casa circondariale di Bari. Arrestato (verso le 23,30) per detenzione di sostanze stupefacenti, l'individuo in questione è stato condotto in carcere verso l'una del mattino con una doppia frattura della mandibola che ha reso necessario un ricovero ospedaliero di quattro giorni ed un intervento chirurgico. È interessante notare che i verbali di arresto non evidenziano in nessun punto che l'interessato avrebbe opposto resistenza al suo arresto o l'esistenza di lesioni preesistenti»²¹.

Più in generale, «non è insolito per il CPT trovare oggetti sospetti nelle sedi della polizia, come bastoni di legno, manici di scopa, mazze da baseball, aste di metallo, armi da fuoco finte o coltelli. La presenza di questi oggetti ha in più di un'occasione dato credito alle denunce che le delegazioni del CPT hanno ricevuto secondo le quali le persone tenute negli stabilimenti in questione sarebbero state minacciate e/o colpite con oggetti di questo tipo». «Una spiegazione comune fornita dagli ufficiali di polizia riguardo questi oggetti è quella secondo la quale sarebbero stati confiscati ai sospetti e saranno usati come prova. Il fatto che tali oggetti siano immancabilmente senza etichetta, e frequentemente sono trovati sparsi nella struttura (a volte riposti dietro tende o armadi) può solo provocare scetticismo nei confronti di tale spiegazione»²².

Dalla relazione del CPT non emergono elementi che lascino supporre una maggiore disposizione all'uso della violenza nei confronti degli immigrati piuttosto che degli italiani. Ciò nonostante più della metà dei detenuti intervistati hanno riferito di essere stati oggetto, al momento del fermo o dell'arresto, di intimidazioni, insulti e/o percosse in assenza di alcun tentativo di resistenza. Il confronto delle rispettive esperienze ha determinato nei medesimi soggetti la convinzione che sussista un maggiore, e più disinvolto, ricorso all'uso di mezzi intimidatori nei confronti degli stranieri rispetto a quanto accade nei confronti degli italiani. Alcuni gruppi etnici (i magrebini in generale e gli albanesi) ritengono, ulterior-

²¹ Consiglio d'Europa, Comitato per la prevenzione della tortura, *Il collasso delle carceri italiane sotto la lente degli ispettori europei*, ed. Sapere 2000, Roma, 2003, pag. 31.

²² *Ivi*, pagg. 27-28.

mente, di essere vittime di abusi con ancora maggior frequenza delle altre nazionalità. Probabilmente non del tutto estranea a quest'ultima congettura è l'osservazione che la collettività marocchina risulta essere quella più spesso a contatto con le forze dell'ordine, prima sia per numero di denunciati, che per quello di arrestati e detenuti, così come al secondo posto figurano gli albanesi per numero di denunciati e detenuti, preceduti dagli ex iugoslavi per numero di arrestati.

La diffusione di questa opinione in tutti gli istituti visitati assume il valore di un grave e preciso indizio, ma il raggiungimento della prova dell'abuso di poteri coercitivi rimane particolarmente complesso sia a livello individuale che sistemico. Lo diventa ancor di più per minoranze (come gli stranieri, ma si pensi anche, ad esempio, alla posizione dei neri negli Stati Uniti) che soffrono di un radicato deficit di credibilità. La naturale selettività dell'apparato repressivo (in cui rientra l'azione della polizia), di fronte alle condizioni di allarme sociale suscitato dalla criminalità straniera, potrebbe essere accolta quale plausibile spiegazione della maggiore "attenzione" rivolta verso l'immigrato. In fondo già la scuola di Chicago, negli studi condotti sull'immigrazione e la delinquenza urbana fra gli anni Venti e Trenta del secolo scorso, aveva rilevato la tendenza della polizia a perseguire con maggior rigore gli stranieri (in quel caso in modo particolare gli italiani). Più di recente, De Giorgi ha sostenuto che intere classi di soggetti (tra cui gli immigrati) sono tenute sotto controllo dagli apparati repressivi indipendentemente dai comportamenti individuali. In questa situazione, «la retorica dell'uguaglianza ha consentito quanto meno di contenere determinati abusi del potere punitivo. Invece, da un certo momento in poi, si dice esplicitamente che gli esseri umani devono essere trattati diversamente a seconda della classe (di rischio) a cui appartengono. Ed è chiaro che la classe di rischio si sovrappone alla classe sociale»²³.

Una delle funzioni che in uno Stato moderno la polizia è chiamata a svolgere (il suo stesso significato insieme teorico e sociale, come scrisse Foucault), è di consentire alla società di designare un individuo come indesiderabile o straniero rispetto alla comunità in cui si trova a vivere. In tal modo la comunità trova fondamento e insieme si definisce la ragione stessa dell'esistenza dello Stato, ossia il monopolio degli strumenti della repressione e della prevenzione dei crimini.

Gli ultimi decenni hanno segnato il mondo occidentale con

²³ A. De Giorgi, *Zero tolleranza, cit.*, p. 41.

avvenimenti di tale gravità, da aver reso diffusa la convinzione di dover addivenire ad un compromesso con lo spirito liberale e garantista che segnava il rispetto assoluto di diritti considerati intangibili, come la libertà personale. In un clima di emergenza generalizzata, la presunta necessità di provvedimenti immediatamente risolutivi ha indotto a riconoscere alla polizia un ruolo dai contenuti notevolmente ampliati. Le forze dell'ordine, ma più in generale tutta l'amministrazione della giustizia, si sono così trovate sempre più implicate in un processo, ai limiti del conflittuale, tra la realtà sociale locale e l'ordine nazionale (o internazionale). Proiettata su scala globale la loro funzione non può più contemplare il solo controllo del territorio, ma è chiamata ad estendersi fino a garantire protezione al modello di vita acquisito. Ciò accade, ad esempio, attraverso la militarizzazione delle *banlieues* metropolitane (non solo quelle francesi), i pattugliamenti e le azioni di prevenzione e controllo dell'immigrazione clandestina lungo i confini nazionali, le operazioni internazionali anti-terrorismo, etc. La polizia "moderna" riempie, pertanto, un vastissimo campo giuridico, politico ed epistemologico.

Questo passaggio epocale era forse già insito nei processi di deindustrializzazione che negli anni '80 hanno coinvolto i grandi centri produttivi (realtà come Detroit, Liverpool, e in Italia Milano e Torino). In contesti urbani in cui si è assistito all'erosione continua dei margini di sicurezza sociale, garantiti un tempo dal vecchio modello di convivenza e dai meccanismi compensatori del welfare, il ruolo della polizia è cambiato di pari passo. Opinione condivisa da autori come Luhmann²⁴ o Beck²⁵ è che a venir meno sia stato il "centro ontologico" di riferimento, il criterio stesso di equilibrio del conflitto sociale, ossia la capacità di gestire i rischi e di garantire il principio liberale per eccellenza, la pace e la sicurezza sociale, da parte dello Stato. In questa cornice, la ridefinizione delle priorità di ordine pubblico non può più dipendere esclusivamente dalle dinamiche sociali a livello locale, ma anche dalla necessità di arginare la diffusione di un indefinito sentimento di insicurezza. Sempre più spesso ciò accade per mezzo di interventi improntati alla c.d. "tolleranza zero", con chiaro riferimento alla politica inaugurata dall'allora sindaco di New York Rudolph Giuliani (il quale prese spunto da un articolo, *Broken Windows*, scritto nel 1982 dai criminologi G.I. Kelling e J.Q. Wilson). Nella società del rischio è la paura della

²⁴ N. Luhmann, *Potere e complessità sociale*, 1975, trad. it., il Saggiatore, Milano, 1979; *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, 1984, trad. it., il Mulino, Bologna, 1990.

²⁵ U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, 1986, trad. it., Carocci, Roma, 2000.

delinquenza a diventare la ragione stessa, il "fatto sociale totale" come direbbe Mauss, delle nuove politiche dell'ordine pubblico.

La riaffermazione dell'ordine per mezzo di operazioni "spettacolari" (e sempre ben visibili) nei confronti di stranieri, sembra risposta in qualche modo funzionale a una siffatta realtà. Quanto tali interventi sappiano veicolare una effettiva riduzione del sentimento di paura, rimane difficile a dirsi. Se infatti esiste una relazione certa (empiricamente misurata e misurabile) tra l'aumento dei reati e la paura del crimine, tale relazione pare non esistere nel caso inverso, come dimostrato da diverse ricerche condotte in contesti (e con campioni) molto diversi.

5. Il rapporto con gli avvocati difensori

Nella teoria weberiana del diritto, la professione forense riveste un ruolo centrale. L'autonomia della professione giuridica rappresenta, infatti, la premessa indispensabile per la formulazione dell'ipotesi che il diritto, come arbitro neutrale di un conflitto, faciliti l'ascesa del capitalismo. Già all'inizio del secolo scorso, dunque, la funzione degli avvocati difensori aveva meritato l'attenzione di uno dei più importanti intellettuali dell'era moderna. Da allora l'interesse per l'argomento non può dirsi del tutto sopito, salvo constatare che solo una minima considerazione è stata riservata al rapporto che gli avvocati instaurano con una tipologia particolare di clienti, ossia gli stranieri. Gli unici elementi di qualche interesse in proposito possono farsi discendere indirettamente dalle analisi condotte sul legame che gli avvocati, attraverso gli interessi dei loro clienti, intessono con la struttura normativa di riferimento. Diverse ricerche, condotte nel mondo anglosassone, hanno infatti dimostrato che i difensori delle imprese differiscono sistematicamente da quelli dei clienti singoli, sia con riferimento alle origini sociali, che al prestigio delle scuole di diritto che hanno frequentato, ai loro valori politici e sociali, etc. Ciò tende ad accadere perché gli avvocati sono inclini ad organizzarsi intorno ai bisogni dei clienti piuttosto che rispetto alla base concettuale di specifiche abilità. In altri termini, è il cliente dell'avvocato a definire gli obiettivi particolari del servizio da raggiungere, e all'aumentare del potere del cliente, la conoscenza meno specialistica dell'avvocato pesa nel rapporto che si instaura tra i due attori. Come notano Silbey e Sarat²⁶, posto che gli

²⁶ S. Silbey, A. Sarat, *Reconstituting the sociology of law*, in J.F. Gubrium, D. Silverman, *The politics of field research: Sociology beyond enlightenment*, Sage Publ., London, 1989, trad. it. di F. Vigo.

avvocati si specializzano in base agli interessi del particolare gruppo di clienti che assistono, e dato che il cliente ricco o la grande impresa sono maggiormente coinvolti nella definizione degli obiettivi dei servizi professionali, più prestigioso si dimostra il diritto meno "professionale" può essere. Secondo l'opinione dei due Autori, pertanto, i giuristi come gruppo professionale sono destinati a non avere effetto autonomo e coerente sull'ordine sociale.

La piena estensibilità alla nostra realtà di queste deduzioni, come detto relative al mondo anglosassone, è argomento foriero di diverse perplessità. Rimane però acquisizione di sicura importanza la rilevazione di un rapporto avvocato-cliente palesemente segnato dal potere disponibile in capo ad ognuno dei due attori. Le ricadute che tali osservazioni possono esercitare sulla tematica in esame sono abbastanza scontate, e valgono a sottolineare con ancora maggior forza la posizione di evidente inferiorità in cui si trova lo straniero. Ma al di là di questa sia pur importante affermazione, il rapporto tra avvocato e straniero mostra diversi e ulteriori punti d'interesse.

Innanzitutto, il valore di questa interazione emerge con chiarezza allorché si consideri la possibile durata temporale della stessa. Com'è noto, il nostro Paese è stato più volte destinatario di richiami della Corte Europea a causa dell'eccessiva lunghezza dei processi sia civili che penali. Per tali ragioni il rapporto con il proprio difensore, potenzialmente destinato ad attraversare tre gradi di giudizio, può rappresentare per diversi anni una presenza costante nella vita dello straniero. In alcuni casi la pronuncia della condanna definitiva, e il conseguente esaurimento di ogni possibilità di ulteriore impugnazione, rappresenta la nolente accettazione della propria condizione di recluso e il termine dei rapporti con il proprio legale, da questo momento ritenuta presenza superflua. In genere questi soggetti mostrano un significativo e percepibile cambiamento nel loro atteggiamento verso l'istituzione penitenziaria, accompagnato da un accresciuto interesse verso le attività formative e/o ricreative proposte dall'istituto. In altri, invece, la presenza di un difensore viene considerato lo strumento più adatto ai fini di un più rapido conseguimento di ulteriori obiettivi, come dei permessi o l'assegnazione ad una comunità di lavoro o recupero, etc.

Qualunque sia il momento in cui decidano di porre fine ai rapporti con il proprio legale, bisogna aver presente che per uno straniero l'avvocato non rappresenta soltanto lo *iuris peritus*. Molto più spesso diventa il mezzo privilegiato di intermediazione con una realtà, non solo giuridica, pressoché sconosciuta. Per tale ragione un rapporto problematico può aprire un vuoto difficilmente

colmabile attraverso l'opera di educatori, mediatori culturali, etc. Il rischio insito in questa lettura è che si finisca per addossare al difensore un peso che, normalmente, nell'esercizio della sua professione non è chiamato (e il più delle volte non è preparato) a sostenere. La delicatezza del tema risiede tuttavia proprio in questo passaggio, che si traduce in qualcosa di più di un usuale e corretto approccio deontologico. I nostri operatori forensi sono chiamati, in questi casi, ad interpretare il loro ruolo dimostrando maggiore consapevolezza sia dei nuovi contenuti loro richiesti, che delle possibili ripercussioni che il loro lavoro è in grado di determinare. Basta la semplice percezione di aver attraversato un processo non equo per generare importanti conseguenze sui modi, sui concreti atteggiamenti con cui si andrà ad affrontare la successiva fase detentiva o l'eventuale ritorno in libertà. E su questa, peraltro non infrequente, percezione possono esercitare una marcata influenza anche l'impegno, le risposte, le immagini del sistema penale che il difensore offre al proprio assistito.

Come si è detto, i rapporti intercorrenti tra stranieri e loro legali non hanno finora meritato particolari occasioni di studio, ragion per cui difetta la possibilità di un inquadramento teorico più completo della trattazione. Si farà, pertanto, frequente ricorso ai risultati della nostra rilevazione empirica quale punto di partenza per affrontare i temi più interessanti.

Il primo dato che emerge è che dinnanzi alla scelta tra avvocato di fiducia o d'ufficio chi ne ha la possibilità (innanzitutto economica) non esita a optare per la nomina di un legale di fiducia. Circa il 70% dei detenuti incontrati, infatti, si è avvalso dell'assistenza di un avvocato di propria nomina, mentre i restanti – eccezion fatta per pochi soggetti che non hanno mai avuto alcun legale, o perché ancora in attesa di effettuare la nomina, o perché in procedura d'estradizione – hanno scelto un difensore d'ufficio. Quest'ultimo dato può definirsi per certi versi sorprendente, dal momento che nell'insieme di coloro che usufruiscono, lungo tutto l'iter processuale, dell'assistenza di professionisti iscritti nelle liste d'ufficio, la presenza di stranieri è a dir poco dominante. Una possibile spiegazione può essere ravvisata nella diffusa convinzione che il nostro sistema presenti un funzionamento "variabile", in cui le abilità del professionista che cura la linea difensiva possono correggere la difficile posizione di partenza in cui lo straniero, in quanto tale, tende a trovarsi. Ad attingere dalle liste d'ufficio (e spesso a sostituire ripetutamente i nominati) rimarrebbero, pertanto, solo coloro che non hanno la possibilità di impegnare le cifre necessarie per accedere ad una difesa più qualificata.

A sostegno di questa interpretazione si pongono anche alcune analisi incrociate condotte sul campione, le quali hanno dimostrato che chi all'interno del penitenziario ha la disponibilità di denaro necessaria per usufruire di alcuni "privilegi" (come la possibilità di provvedere a integrare, in misura variabile, il vitto garantito dall'amministrazione penitenziaria) normalmente risulta assistito da un difensore di propria fiducia. Viceversa le nomine d'ufficio si mostrano in palese connessione con la presenza di problemi "esistenziali", non di rado appendice della ristrettezza economica. L'unica categoria in cui risultano prevalenti i difensori d'ufficio, infatti, è quella che riunisce tossicodipendenti, alcolisti e malati di HIV. Questi soggetti sono costretti a portare il fardello di condizioni di salute problematiche all'interno di istituti detentivi impreparati e inadeguati a fornire le cure e il sostegno necessari. Se a ciò si aggiunge anche la totale mancanza di risorse economiche e del sostegno familiare si spiegano sia il generalizzato ricorso alla difesa d'ufficio, sia i più elevati indici di reingresso in istituti detentivi dopo la scarcerazione.

Non va inoltre trascurato che la maggiore remuneratività di alcune attività criminose – come i reati associativi, il favoreggiamento e lo sfruttamento della prostituzione e dell'immigrazione clandestina o il traffico di droga – consente agli autori di tali reati di usufruire più frequentemente di altri dell'assistenza di un legale di fiducia.

Un'adeguata disponibilità economica, alla luce delle considerazioni fin qui svolte, rappresenta la condizione indispensabile per potersi avvalere di un legale di fiducia. Rimane da valutare l'incidenza che su tale decisione esercitano anche altri fattori, come ad esempio il complessivo grado d'integrazione del soggetto nel nostro Paese. Questo concetto risulta ricostruibile attraverso il riferimento a elementi come il tempo trascorso nel nostro Paese (in particolare prima di essere stato accusato di un certo reato), il possesso o meno di un regolare permesso di soggiorno, il livello di conoscenza della lingua e la presenza della propria famiglia.

In relazione al primo aspetto, il rapporto tra *tempus commissi delicti* e scelta del difensore, il campione non evidenzia risultanze estremamente significative. È, infatti, percepibile solo una flebile relazione, nel senso che quanto maggiore è la distanza dal giorno dell'ingresso nel nostro Paese, tanto maggiore risulta la percentuale di coloro che scelgono un avvocato di fiducia.

Sulla scelta di un legale di fiducia una peso più significativo viene invece esercitato dalla condizione giuridica del soggetto, che racchiude e veicola importanti informazioni sul detenuto come la

presenza o meno di un contratto di lavoro regolare, la disponibilità di una fissa dimora, etc. Premesso che nell'operare la distinzione fra regolari e irregolari ci si è attenuti alle dichiarazioni degli intervistati (non essendo disponibile altro sistema di rilevazione più attendibile), il gruppo che più spesso affida la propria difesa ad un avvocato di fiducia è quello degli immigrati con permesso di soggiorno, mentre quello che compie tale scelta meno di frequente è quello dei clandestini. Sembrerebbe pertanto trovare conferma l'idea che quanto più si acquisisce familiarità con il "sistema Italia", tanto più frequente è una nomina di fiducia. La posizione degli stranieri comunitari si mostra in tal senso dissonante, dato che una maggior presenza percentuale di avvocati d'ufficio è ravvisabile soltanto fra i clandestini. Si tratta tuttavia di una contraddizione solo apparente, dal momento che nella maggior parte dei casi i comunitari incontrati sono soggetti fermati in transito, e che non hanno alcuna intenzione di trattenersi nel nostro Paese (i francesi in maniera più decisa degli altri).

La posizione dei comunitari evidenzia ulteriori profili d'interesse allorché si prendano in esame le loro accorate proteste verso il precario funzionamento del nostro sistema giudiziario, capace di scavare un solco profondo tra le aspettative nutrite e la concreta realtà vissuta. In tale solco rientra anche il discutibile atteggiamento (insieme ai più tangibili risultati del loro operato) degli avvocati assegnati d'ufficio, dai quali, evidentemente, si aspettavano ben altro sostegno.

Molte volte gli stessi detenuti europei hanno espresso una completa indifferenza dinnanzi all'opportunità di imparare la nostra lingua (talvolta con commenti ai limiti del surreale, come nel caso di un francese, detenuto a Roma per droga, che è arrivato ad affermare che "visto che qui nessuno parla la mia lingua, perché dovrei imparare io la vostra?"), privi di alcun interesse alla permanenza nel nostro Paese. Questo atteggiamento vale a confermare, *a contrario*, l'idea che la conoscenza della lingua del Paese ospitante, insieme agli sforzi necessari per impararla che ne sono alla base, possono essere ritenuti prodromi della volontà di integrazione. I dati disponibili confermano questa intuizione, dal momento che quanto maggiore è la confidenza che si ha con la nostra lingua, tanto più netta e decisa è la scelta a favore dell'avvocato di fiducia. Appena il 14% di coloro che non hanno difficoltà nel parlare la nostra lingua si avvale di un difensore d'ufficio, mentre si registra una distribuzione quasi paritaria in coloro che non hanno nessuna conoscenza di italiano.

L'ultima verifica da svolgere riguarda il contributo che la pre-

senza della famiglia, intesa non solo in senso "fisico", è in grado di apportare alla scelta del proprio legale. Tra coloro che mantengono rapporti con la propria famiglia, tre su quattro usufruiscono dell'assistenza di un avvocato di fiducia. Inoltre, da altro angolo prospettico, l'85% di chi si avvale di un legale di fiducia continua ad avere rapporti con la propria famiglia.

Non sfuggirà di certo che il concetto di integrazione così complessivamente delineato, oltre ai chiaroscuri già sottolineati, presenti dei tratti parzialmente sovrapponibili con la disponibilità economica. Ciò nonostante sembra ragionevole affermare che quest'ultimo fattore, per quanto possa dirsi *condicio sine qua non*, non debba ritenersi l'unico ad esercitare una qualche influenza sulla scelta del proprio legale. Nessuna relazione, invece, sembra ravvisabile con l'area geografica di provenienza, la classe di età di appartenenza o il titolo di studio posseduto.

Una parte cospicua (oltre il 50%) dei rappresentati da un legale di fiducia si mostra disposta a condividere con soddisfazione il lavoro prestato dal proprio difensore, mentre molto meno lusinghieri sono i riscontri ottenuti dai difensori d'ufficio (appena il 20%). A tali valori va aggiunto il 10% circa di coloro che non hanno ancora maturato una precisa opinione in proposito.

Riferendoci al totale, senza distinguere cioè tra difesa d'ufficio o di fiducia, poco meno della metà degli intervistati, dunque, non si è dichiarato compiaciuto del lavoro svolto dal proprio legale. Per quanto immediatamente fruibile, tale dato nasconde due ordini di problemi chiaramente dissimili, poiché distinti sono i percorsi che spingono a dichiararsi insoddisfatto del lavoro prestato da un avvocato di fiducia piuttosto che da uno d'ufficio.

Per ciò che concerne l'avvocato d'ufficio, il giudizio non propriamente positivo che viene espresso, appare fortemente condizionato da un approccio all'esperienza, personale e processuale, dell'assistito descritto come sommario e superficiale, del tutto "demotivato". Tra gli elementi più spesso addotti a sostegno di tale opinione si pone, innanzitutto, l'irrisorio numero di incontri concessi dall'avvocato nel periodo precedente le udienze, tendente verso lo zero. Un congruo numero di soggetti (poco meno del 50% degli interessati), infatti, dichiara di aver conosciuto il proprio difensore solo in occasione della prima udienza (per evidenti ragioni da tale computo sono stati esclusi i casi di procedimento per direttissima). Inoltre, è stato frequentemente riferito un'inspiegabile silenzio del legale di fronte al magistrato giudicante, a volte protrattosi lungo l'intera udienza. Risulta piuttosto prevedibile che a questo *modus*

agendi venga attribuito un peso decisivo, se non proprio sulla definizione della sentenza di condanna, quanto meno sulla quantificazione della pena infine comminata.

Diversamente dall'avvocato d'ufficio, invece, il legale di fiducia sembra venire giudicato attraverso altri parametri. Tra questi spicca l'entità della pena inflitta con la sentenza. In verità, questo riferimento resta in cima agli strumenti di giudizio anche per l'avvocato d'ufficio, ma c'è una differenza di non poco conto. Nei confronti di quest'ultimo, infatti, sovente si è disposti a ravvisare una sorta di "attenuante generica" nell'assenza di alcun esborso di denaro (con commenti riconducibili ad un "senza soldi neanche io lavorerei"). Concessione che non si è disposti a fare all'avvocato di fiducia. Anzi. Il suo lavoro viene ad essere valutato quasi esclusivamente sulla base del rapporto tra denaro corrisposto e condanna ricevuta. È stato, infatti, davvero molto frequente il commento "ho pagato tanto, lui ha lavorato ma la condanna è troppo alta". Inutile sottolineare che per questa via il senso dell'attività prestata dal legale viene ad assumere connotazioni che non gli sono proprie, né potranno mai esserlo, trasformando una obbligazione di mezzi in una obbligazione di risultato.

Nel campione di riferimento, tra coloro che si trovano per la prima volta a contatto con il nostro sistema giudiziario, oltre il 75% ha deciso di affidarsi ad un avvocato di fiducia. Questo valore mostra un chiaro trend decrescente se posto in relazione all'aumento del numero di precedenti penali. In altri termini, più si acquisiscono esperienze processuali meno ci si rivolge ad un legale di fiducia, per quanto tra gli intervistati non si scenda mai al di sotto della soglia del 60%.

Questo dato risulta di particolare interesse, poiché lascia emergere il disincanto che molti dei detenuti incontrati nutrono in merito all'effettiva utilità di una qualificata assistenza legale dinnanzi al ripetersi delle esperienze processuali in Italia. Un ulteriore approfondimento mostra, però, che più che sulla professionalità dei difensori, i rilievi maggiormente critici vanno ad appuntarsi sopra la discutibile equità complessiva del nostro sistema giudiziario. In breve, per uno straniero con alle spalle una condanna in Italia, di fronte ad un nuovo capo d'imputazione, anche i più abili professionisti avrebbero ben poche possibilità di scongiurare il ritorno presso un istituto detentivo. Diventa, di conseguenza, quasi inutile per il soggetto investire forti somme di denaro nella propria difesa dopo esser stato già condannato. Inoltre, al crescere dell'esperienza specifica, si rafforza l'opinione – largamente condivisa – per cui

esisterebbero differenze sostanziali tra straniero ed italiano, differenze peraltro non destinate a venir meno nella successiva fase detentiva.

Gli elementi addotti a sostegno di questa "disuguaglianza di fatto" sono diversi. In primo luogo la presunta disparità di commisurazione della pena a parità di reato.

Solitamente presentata in una veste giuridicamente claudicante, tale opinione ha trovato concreta riduzione in molti casi riferiti, con dovizia di particolari, dagli stessi intervistati e ritenuti in tal senso paradigmatici. Sono stati esposti, infatti, numerosi episodi in cui una situazione apparentemente identica sia stata oggetto di valutazione differente in circostanze apparentemente identiche. Unica costante il risolversi sempre in una decisione più sfavorevole, e dunque severa, per lo straniero.

Secondo questa diffusa convinzione, se la fattispecie penale e i suoi elementi costitutivi sono i medesimi, se non intervengono elementi ulteriori a differenziare la situazione (come delle circostanze aggravanti e/o attenuanti), se tutto ciò non accade, allora l'unica spiegazione che rimane per condanne disomogenee può essere solo la condizione di straniero. Per citare quello che rimane l'esempio più frequente, la quantità di sostanze stupefacenti rinvenuta al momento dell'arresto non eserciterebbe mai un peso identico sulla definizione della pena. Ad uguale quantità non corrisponderebbe mai uguale condanna, con differenze piuttosto consistenti, nell'ordine anche di diversi anni.

L'argomento merita indubbiamente attenzione, nella misura in cui si tratta di opinione condivisa da circa tre intervistati su quattro, lungo tutta la penisola.

Molti dei detenuti incontrati non ritengono, indipendentemente dall'esito della propria vicenda personale, di poter descrivere il nostro sistema penale come "giusto", o non credono di aver ricevuto il medesimo trattamento sanzionatorio cui sarebbe andato incontro, per il medesimo reato, un cittadino italiano. Questo ragionamento può essere legato a quanto detto in precedenza, allorché si era fatto riferimento al sospetto nutrito da alcuni gruppi etnici (in special modo i magrebini) di essere penalizzati dalla giustizia italiana più di quanto accada anche a soggetti di altre nazionalità.

La prima fondata obiezione che a questa "teoria" potrebbe muoversi è che i detenuti possono avere una conoscenza solo parziale degli elementi che valgono ad orientare la decisione del giudice. Per quanto il numero di coloro che intraprende una lettura diretta del codice sia sorprendentemente più alto di quanto ci si aspetterebbe, resta il fatto che non si tratta di soggetti in possesso di

una sufficiente competenza in materia giuridica.

Ciò premesso, è anche vero che questa capacità di esprimere severi giudizi riesce a farsi "giuridicamente circostanziata" quando viene riferita, e lamentata, la omessa valutazione di circostanze attenuanti ritenute esistenti, la mancata concessione delle "generiche" (che, si è soliti dire in ambito forense, non si negherebbero a nessuno), o una eccessiva severità della pena irrogata a un incensurato. Ancora, sempre secondo questa *vox populi*, agli stranieri sarebbero preclusi istituti e misure di cui, invece, gli italiani riuscirebbero largamente ad usufruire, come arresti domiciliari, liberazione condizionale, misure di sicurezza detentive e non.

Rimane nei fatti estremamente difficoltoso il reperimento di strumenti idonei alla misurazione della complessiva fondatezza di queste rimostranze. Ciò nonostante è possibile verificare alcuni aspetti di tale teoria, ad esempio la già ricordata sostanziale inaccessibilità di alcune misure premiali, come i permessi, dei quali solo raramente i detenuti stranieri riescono ad usufruire. L'imprevista appendice di questa realtà, in effetti numericamente esigua, è che sembra esserci una distribuzione sul territorio del tutto irregolare e caotica. Difficile ritenere frutto della casualità, ad esempio, la forbice numerica che separa gli istituti di Brescia e Verona – in cui è stato registrato un solo caso di un detenuto ammesso a beneficiare di permessi – da quello di Bologna – dove invece gli ammessi sono stati circa una decina. Si tenga altresì presente che il totale degli intervistati è simile, con una leggera prevalenza per l'insieme Brescia-Verona (65 contro 55). Di fronte a simili realtà è più ragionevole ritenere che, constando il diritto di norme che accettano di buon grado diverse interpretazioni, in alcuni contesti geografici, dinnanzi a certi precetti si possa preferire propendere per un certo tipo di interpretazione, in altri si possano prediligere altre strade. Su tale argomento si avrà occasione di tornare più avanti.

Un'ultima riflessione sul rapporto tra avvocati e stranieri. In alcune realtà del Nord Italia, la presenza di immigrati residenti ha raggiunto valori percentuali a due cifre. In virtù della ordinaria dinamica di tali fenomeni, è ragionevole stimare che, nei medesimi contesti, le presenze complessive possano essere almeno il doppio di quelle ufficiali. Per quanto alcune ricerche abbiano dimostrato che al crescere del numero degli stranieri la loro partecipazione ad attività criminose tende a diminuire, è innegabile che in alcune città il coinvolgimento degli immigrati negli episodi di microcriminalità sia quasi assoluto (basti pensare al quasi monopolio nella gestione dello spaccio di droga). Questa situazione si traduce in un serbatoio quasi inesauribile di potenziali clienti, agli occhi di qualcuno,

particolarmente appetibili. Oltre a poter contare su grandi numeri, infatti, in tali soggetti si ravvisa una – presunta – scarsissima capacità di controllo del lavoro svolto, la frequente mancanza di una rete familiare che possa esercitare pressioni di qualsiasi genere, a fronte di una generale ripetitività delle condotte illecite realizzate che vale a ridurre i tempi di lavoro necessari per curare la difesa. Insomma, la vicenda tende ad assumere i contorni di un vero e proprio affare dai contenuti economici di sicuro interesse. Questo accostamento alla devianza straniera, come si è già avuto occasione di rilevare, risulta estremamente pericoloso, in soggetti chiamati a svolgere una funzione non riducibile alla semplice gestione tecnica della vicenda processuale.

All'interno dei penitenziari l'opinione dei detenuti è in proposito ovviamente molto diversa. Non appare, quindi, per nulla inatteso un responso che registra a Brescia (città con oltre il 20% di residenti stranieri) la percentuale più alta di insoddisfatti del lavoro svolto dal proprio legale. Si tenga altresì in considerazione che più dell'80% degli individui incontrati si avvaleva di un difensore di propria fiducia.

6. I magistrati

La posizione del giudice appare agli occhi degli stranieri come quella cui attribuire le maggiori responsabilità del trattamento iniquo di cui si ritengono destinatari. Il problema non può certo dirsi del tutto nuovo. La complessità insita nel dover giudicare un individuo che non si riconosce, per origini geografiche e culturali, nei valori condivisi da una data comunità, era ben nota già ai tempi dell'impero romano. Dinnanzi alla necessità di giudicare un *non cives*, i magistrati erano chiamati a esercitare il proprio compito in base allo *ius gentium*, l'insieme degli istituti di diritto privato ritenuti comuni a tutti i popoli. La straordinaria modernità dell'esperienza romana è riconoscibile anche in quella sorta di federalismo penale che comportava la tolleranza di determinate azioni in ossequio ai *mores* locali.

La dottrina scolastica, in epoca successiva, ha ricondotto tale "diritto interculturale" a una ragione naturale comune a tutti gli uomini, la *ratio naturalis*, capace di legittimare in sé istituzioni e principi giuridici condivisi da tutti i popoli. Da tale costruzione il diritto penale restava escluso, poiché il concetto di crimine andava riferito non allo status di cittadino, ma a un individuo in quanto tale, a una "persona". I secoli successivi hanno visto il

termine "persona" assumere nella cultura moderna una centralità filosofico-politica ben evidenziata, solo per fare un esempio, dalla costruzione politica di Hobbes²⁷. Il XX secolo ha però infranto l'aspirazione a universalizzare l'idea di "persona", liberandola da ogni vincolo di appartenenza. Del concetto di "persona" si è così progressivamente sviluppata una connotazione antitetica rispetto a quella di "straniero". Quando non può esserci riconoscimento di personalità senza una preventiva inclusione in un ordine sociale, allora tanto più si è o si appare "stranieri", tanto meno si verrà trattati come "persone".

Un simile rischio è riconoscibile anche nell'affievolimento delle garanzie processuali che sembra ravvisabile nelle esperienze vissute da molti degli intervistati. Sarebbe, però, erroneo ritenere responsabili i giudici delle carenze strutturali presenti nel rapporto che si instaura con lo straniero. Dinnanzi a individui che mostrano gravi carenze linguistiche e sono privi dell'assistenza di un interprete per buona parte del processo, assistiti da legali con una conoscenza sommaria della vicenda specifica, la sentenza del giudice appare atto conclusivo formalmente ineccepibile di un procedimento sostanzialmente claudicante. Giova ripetere ancora una volta che la magistratura finisce per subire una simile realtà, non essendo di sua pertinenza la predisposizione delle misure necessarie a rendere effettive, anche per gli stranieri, le garanzie processuali previste per un italiano.

È chiaro che quanto più il soggetto appare "integrato" nella nostra realtà tanto più la sua posizione sarà accostabile a quella di un qualunque altro cittadino. Condizione necessaria, affinché si possa avere "integrazione" all'interno di una società, è la sussistenza della disponibilità dei soggetti che la compongono a coordinare le proprie azioni con quelle degli altri, accettandole. La disposizione all'integrazione (intesa come conformità all'ideologia, ai sentimenti, alle azioni di altri) risulta, inoltre, tanto più forte quanto più coloro che rappresentano il gruppo di riferimento appaiono certi delle loro azioni. Pareto, a tal proposito, parlava di "sentimenti che spingono gli individui all'uniformità". Se e quando ciò accade, il primo segnale è un basso livello di conflitto sociale. Il secondo è che il gruppo che si inserisce tende ad assumere, nel corso del processo, le caratteristiche sociali e culturali più qualificanti della collettività più ampia. Le condizioni che segnano questo processo di integrazione dipendono dal grado di attrazione esercitato dal

²⁷ Cfr. ad esempio *Leviatano*, 1651, trad. it. Bompiani, Milano, 2001, cap. XVI, pp. 265 e segg.

gruppo "inglobante", insieme all'utilità che viene riconosciuta all'inserimento²⁸. Probabilmente la nostra società non attraversa un momento di particolare coerenza interna, il che non contribuisce a fortificare tali sentimenti.

Rapportare i contenuti di questo ragionamento alla questione penale significa ipotizzare che, in assenza di queste spinte, lo straniero (alcuni gruppi etnici più di altri) possa richiedere il rispetto di valori estranei alle istituzioni giuridiche che si accingono a giudicarlo. Naturalmente nessuno Stato moderno è disposto a concedere spazio a soluzioni che ricordino lo *ius gentium*, in cui certe posizioni individuali penalmente rilevanti possano essere riferite a istituti propri di altri sistemi giuridici. Non per questo la situazione appare meno complessa. La relatività strutturale del diritto consente che certe condotte possano essere ritenute penalmente rilevanti a certe latitudini, del tutto lecite ad altre. Può così accadere che comportamenti usuali (ritenuti pienamente legittimi dal loro autore), posti in essere in un diverso contesto geografico perfezionino una certa fattispecie penale.

Per le ragioni appena esposte, un certo numero di detenuti incontrati viveva (e presumibilmente vive ancora) la propria detenzione in uno stato di sostanziale catatonia, dettata dalla incapacità di dotare di senso la propria esperienza. Simile condizione ha come prima conseguenza la sostanziale ingestibilità del soggetto, che rifiuta ogni intervento istituzionale (mediatori culturali, educatori, assistenti religiosi, etc.) perché non ritiene sussista titolo legittimo per la sua permanenza nell'istituto detentivo. Unico conforto, il sostegno dei connazionali. Un esempio tra i molti incontrati può essere utile per garantire maggiore concretezza al discorso.

Un marocchino di circa 45 anni, in Italia da più di dieci anni con la moglie e tre figli, in possesso di un regolare permesso di soggiorno grazie a un impiego da operaio specializzato, una sera si scontra verbalmente, in modo acceso, con il figlio di circa 17 anni, del quale disapprova alcune amicizie. Nel corso della lite decide di imporre la propria volontà abusando del proprio *ius corrigendi*, al punto che i carabinieri (allertati dai vicini) al loro arrivo trovano sia la moglie che il figlio sanguinanti.

Condannato infine per tentato omicidio, al momento del nostro incontro non riusciva ancora a spiegarsi il perché di quella che, a suo dire, è stata una indebita intromissione nella sua sfera privata. L'uso anche della forza per imporre la volontà del *pater familias* pare essere del tutto naturale nel suo Paese (ed in fondo qualcosa

²⁸ Cfr. Blau, *Exchange and power in social life*, New York, 1964, cap. II.

di simile accadeva una cinquantina d'anni fa in diverse zone del nostro entroterra, e non solo meridionale), per cui egli non riesce a capire perché i giudici italiani si siano ostinati nel non volerne tener conto.

L'episodio presenta indubbiamente i profili del caso limite, per certi versi quasi "estremo". Ma la frequenza di episodi a questo del tutto simili (giuridicamente rubricati come tentato omicidio o lesioni personali gravi e gravissime) lascia supporre che esista effettivamente, in certi Paesi, una maggiore tolleranza dinnanzi ad eventi che da noi non possono in nessun modo essere ricompresi, da decenni, nei margini di una condotta rimessa alla disponibilità del privato.

Il più concreto corollario di queste vicende, che induce legittimamente alla preoccupazione, è la quotidiana difficoltà di gestione di individui in uno stato emotivo così complesso e delicato, all'interno di istituti penitenziari che ne ospitano diverse altre centinaia. Per quanto sia sempre difficoltosa l'interazione con soggetti provenienti da un contesto socio-culturale completamente diverso dal nostro, l'esplosività della situazione in questi casi è dettata dal trovarsi a che fare con soggetti che sentono come profondamente ingiusta non la misura della condanna o la gestione di taluni aspetti della vita detentiva, ma la loro stessa presenza all'interno del penitenziario. Si sentono condannati perché stranieri, in modo quasi arbitrario, per di più ritenendo di aver rispettato il nostro Paese senza avere ottenuto in cambio il minimo riguardo verso il loro bagaglio socio-culturale.

Uno dei tratti più comuni nelle oltre seicento interviste realizzate è stata l'individuazione di una o più iniquità nel funzionamento del nostro sistema giuridico allorché questo entra in contatto con un soggetto straniero. Inoltre, parte dei detenuti di alcune nazionalità ritiene di essere oggetto di un trattamento discriminatorio non solo se rapportato a quello cui andrebbe incontro un cittadino italiano, ma anche rispetto a quello riservato a stranieri provenienti da Paesi diversi dal loro. Potrebbe non essere del tutto corretto etichettare la vicenda come una "tendenza al lamento", come è capitato più volte di sentire replicare da diversi operatori penitenziari.

Di certo si fatica a credere che possa esistere un preordinato e diffuso spirito vessatorio che spinga gli organi giudicanti ad accanirsi contro gli stranieri in generale, o contro alcune etnie in particolare. Risulta poco credibile anche alla luce di un tentativo di verifica condotto sul nostro campione.

I detenuti nordafricani, i più disposti a questo tipo di lamente-

le, risultano coinvolti, in oltre la metà dei complessivi casi registrati, in violazioni della legge sugli stupefacenti, anche se si tratta di un coinvolgimento in posizioni marginali (in genere quella di spacciatore). Questi stessi soggetti forniscono comunque un rilevante contributo anche ad altre fattispecie criminose, tra cui spiccano vari delitti accomunati dall'essere commessi usando violenza su persone. Una parte non trascurabile di questo gruppo, dunque, si trova coinvolto in fatti piuttosto gravi (giudizio espresso con riferimento ai limiti edittali di pena previsti per le singole fattispecie), senza che a ciò corrisponda un valore percentuale significativo di condanne superiori ai cinque anni. Viceversa proprio i nordafricani ottengono con maggior frequenza condanne miti (ossia fino ad un anno), con un certo margine su tutti gli altri gruppi. Difficile, pertanto, poter dare credito a quanto riferito.

Quanto detto, però, non vale a rimuovere del tutto la sensazione di una certa opacità nel funzionamento del sistema. Gli istituti del diritto, compreso quello penale, rappresentano un insieme di soluzioni destinate all'organizzazione del vivere comune, e come tali sanno tollerare trattamenti interpretativi che li rendono più funzionali al momento che la società di riferimento è chiamata ad attraversare. Il numero ridotto di stranieri ammessi a beneficiare di misure premiali può leggersi come corollario di quanto appena detto. Di certo in molti casi il magistrato procedente si imbatte nella totale assenza delle condizioni minime previste dal codice per la concessione di tali provvedimenti. La irregolare diffusione sul territorio pare tuttavia connessa con qualcosa di ulteriore. Una più o meno diffusa sensibilità sociale sul tema (estremamente variabile in contesti diversi della nostra penisola) potrebbe esercitare un certo peso in una decisione che per il giudice (in alcune realtà cittadine) può, a tutti gli effetti, considerarsi una rischiosa assunzione di responsabilità dinnanzi alla collettività.

Le pesanti critiche rivolte alla nostra magistratura appaiono, in una certa misura, ridimensionate dalla diffusione tra gli intervistati di una generale, e apparentemente inspiegabile, indulgenza verso i nostri organi giudicanti. Le ragioni di tale benevolenza devono essere ricercate nelle modalità di esercizio della funzione giurisdizionale in un numero non trascurabile dei Paesi d'origine dei detenuti incontrati. Provenendo da realtà appartenenti al terzo o quarto mondo, la corruzione degli apparati statali è realtà diffusa, che non risparmia nemmeno la magistratura. Per ammissione degli stessi intervistati, il concetto di garanzia processuale rimane in una dimensione puramente teorica, sostituito dalla più pragmatica

disponibilità economica. Solo il riferimento alle realtà dei Paesi di provenienza (e il conseguente confronto con quella del nostro Paese) è in grado di spiegare perché, pur di fronte alle iniquità cui si è fatto cenno, solo una minoranza dei detenuti incontrati ha dichiarato che avrebbe preferito (laddove fosse stato possibile) essere giudicato da un tribunale del proprio Paese.

Oltre il 60% degli intervistati, infatti, ritiene comunque più conveniente ed equo un procedimento giudiziario in Italia, avvalorando tale opinione con risposte quali "il vostro è un Paese veramente democratico", "nel mio Paese puoi anche uccidere ma se hai soldi sei innocente", etc. Aspetto per niente secondario, il gruppo maggiormente persuaso in tal senso è quello proveniente dall'Africa (mediterranea e non) che, insieme a quello mediorientale, presenta valori al di sopra del 70%, mentre i detenuti di origine comunitaria si segnalano con il valore percentuale più basso, intorno al 50%.

7. I rapporti con la polizia penitenziaria

Quando si prende in esame il problema della gestione dei detenuti stranieri in Italia, si è certi di affrontare uno tra i problemi più rilevanti, ed insieme allarmanti, dell'attuale politica penale. Nei nostri istituti penitenziari, dopo la legge 241/06 di concessione dell'indulto, il numero complessivo di soggetti reclusi è stato ridotto da oltre 61000 unità a poco più di 39000, ma è rimasta sostanzialmente invariata la presenza percentuale degli stranieri, che rappresentano ancora un terzo del totale (13000 individui). Inoltre, le statistiche relative ai nuovi ingressi dalla libertà segnalano un rapporto italiani-stranieri ormai giunto alle soglie della parità (52/48), il che lascia intendere che nei prossimi anni la presenza straniera, con le relative problematiche, sia inesorabilmente destinata ad aumentare.

Un aspetto trascurato di frequente, e che rende la questione ancor più preoccupante, è che i fenomeni che presentano un tale orientamento spesso mostrano anche un andamento non-lineare. Non è detto, cioè, che triplicandosi la popolazione si debba anche triplicare la gravità dei problemi, dal momento che nulla esclude che tale gravità possa aumentare in maniera ancora più consistente.

In questa cornice, affrontare la questione dei rapporti tra detenuti ed agenti di polizia penitenziaria, equivale ad addentrarsi in un terreno accuratamente minato da entrambe le parti. Qui più che altrove, infatti, non è raro imbattersi in apologie degli uni o degli altri, posizioni che oltre a mostrare tutti i propri limiti con-

cettuali hanno anche il pregio di risultare del tutto inutili. Secondo Goffman, «nelle istituzioni totali c'è una distinzione fondamentale fra un grande gruppo di persone controllate e un piccolo staff che controlla. Ogni gruppo tende a farsi un'immagine dell'altro secondo stereotipi limitati ed ostili: lo staff spesso giudica gli internati malevoli, diffidenti e non degni di fiducia; mentre gli internati ritengono spesso che il personale si conceda dall'alto, che sia di mano lesta e spregevole. Lo staff tende a sentirsi superiore e pensare di avere sempre ragione. Queste limitazioni di rapporto è probabile contribuiscano a mantenere gli stereotipi di tipo antagonistico. Due mondi sociali e culturali diversi che procedono fianco a fianco, urtandosi l'un l'altro con qualche punto di contatto ufficiale, ma con ben poche possibilità di penetrazione reciproca»²⁹. In altre parole, ogni gruppo si costruisce una propria visione del mondo che sviluppa con una chiara funzione di auto-sostegno (auto-difesa), e che giustifica la propria posizione consentendo, al tempo stesso, di giudicare con rigore e severità coloro che al gruppo non appartengono. Date queste premesse, appaiono chiare le insidie che si celano nell'affrontare tale argomento, insieme alla necessità di mantenersi a debita distanza da qualsiasi aprioristica posizione pro o contro qualcuno.

Un valido punto di partenza per affrontare l'argomento può essere individuato nei riscontri forniti dall'indagine empirica, nel corso della quale le risposte fornite sull'argomento "rapporti con il personale" sono state divise in tre categorie, ossia "normali", "con qualche problema", "con molti (o seri) problemi". È di tutta evidenza che buona parte del senso di questo discorso dipende dal significato attribuito a ognuna di queste etichette, dato che ne risulta condizionata anche la successiva operazione di inquadramento delle risposte. Osservazione che vale, prima di tutto, per il concetto di normalità del rapporto.

Probabilmente non è possibile rimuovere del tutto gli aloni di ambiguità che un tale concetto è destinato a portare con sé, visto che "normale" per alcuni significa un rapporto rispettoso, per altri di moderata assistenza, etc. Inizialmente si era prevista nel questionario una scala di risposte possibili articolata in sei modalità (da pessimi a ottimi), ma l'opportunità di ridurre il numero dei riferimenti si è presto evidenziata perché quasi nessuno degli intervistati andava oltre il livello mediano (rapporti normali), tutt'al più aggiungendo commenti come "c'è qualche agente bravo che ci aiuta", "non sono tutti uguali" e simili. Si è creduto pertanto di

²⁹ E. Goffman, *Asylums*, 1961, trad. it., Einaudi, Torino, 2003, p. 37.

poter estrapolare da queste risposte un contenuto di "normalità" che si riferisca ad una situazione non segnata da episodi di particolare gravità. Tuttavia, questa valutazione viene condizionata dalle aspettative che ogni gruppo nutre in proposito, e cioè più alte per gli occidentali, molto meno ottimistiche per gli altri, che spesso considerano "normali" anche rapporti in cui viene avvertita una certa difficoltà relazionale (ma non tale da portare ad aperte accuse di razzismo). Rapporti suggellati da risposte come "se non parli non succede nulla", "se rispetti vieni rispettato", "loro sono le guardie ed hanno il coltello dalla parte del manico", "meglio star zitti altrimenti ti danno subito un rapportino", etc.

Se questa è la situazione di chi "non ha problemi", resta da vedere cosa lamentano il centinaio di detenuti che non hanno definito normale la loro relazione con gli agenti. In questi casi si incontrano episodi di discriminazione o di razzismo vero e proprio, con una distinzione sia qualitativa che quantitativa tra le due categorie residue. Nella seconda, infatti, oltre ai casi in cui lo stesso individuo sia stato vittima di diversi episodi, sono compresi anche quelli di maggiore gravità, come essere stato picchiato dalla sorveglianza.

Non è facile dire quanto i numeri riescano a descrivere la realtà in modo pienamente attendibile. Per un meccanismo abbastanza noto a chi è avvezzo alla somministrazione di questionari, qualcuno sembra aver temuto, nelle prime battute del colloquio, di esporsi pericolosamente dichiarando qualcosa di diverso e distante dal normale. Il che spiegherebbe perché di fronte all'ultima domanda loro posta ("altre osservazioni", quindi di tipo aperto) siano state date spesso risposte contenenti valutazioni critiche verso il personale, tra cui una assai diffusa – ed espressa in forma pressoché identica in diverse e distanti località della penisola - "giocano con il nostro morale".

Non è corretto, da un punto di vista epistemologico, ritenere che l'interazione tra queste due categorie di soggetti possa essere compiutamente definita prendendo in esame le opinioni di una sola delle due. Reperire, però, un riferimento numericamente traducibile che permetta di valutare l'atteggiamento dei detenuti verso le istituzioni penitenziarie non è operazione facile. L'ipotesi più percorribile è quella di considerare il numero di sanzioni disciplinari comminate a ogni soggetto.

Questa operazione consegna 112 detenuti (18.6%) responsabili almeno una volta dell'inosservanza di una norma del regolamento interno, ma il dato sembra ancora troppo approssimativo, visto che non è possibile sapere quante di queste violazioni siano da attribuire a difficoltà con il personale. La medesima sanzione, infatti,

viene inflitta a comportamenti molto diversi tra loro, tra cui i più frequenti sono atti di autolesionismo (molto diffusi tra i nordafricani), litigi con altri detenuti ed intemperanze fisiche o verbali verso il personale. Raffinando il dato precedente, si osserva che i dichiarati problemi con il personale di sorveglianza hanno inciso meno di quanto non abbiano fatto quelli con altri detenuti.

In seconda battuta, archiviati questi risultati non proprio soddisfacenti, ci si può appoggiare sulle valutazioni formulate dagli agenti. Se è vero che negli istituti visitati, infatti, sono state avanzate critiche circa la correttezza dell'operato degli agenti di polizia penitenziaria, identica diffusione trovano le opinioni di questi ultimi in merito alla estrema difficoltà (se non impossibilità) di gestione di alcuni detenuti in modo particolare.

Secondo tale prospettiva, i problemi più gravi verrebbero dai soggetti originari dell'area nordafricana, ritenuti capaci, oltre che di sostenere con una "martellante ed insostenibile insistenza" ogni loro richiesta, soprattutto di porre in essere atti di autolesionismo in ogni occasione in cui si sentano vittime di una ingiustizia, piccola o grande che sia. È capitato, in effetti, di incontrare detenuti che mostravano varie cicatrici su braccia, addome o torace, dal loro punto di vista segno inequivocabile di soprusi subiti o dell'indifferenza mostrata dinnanzi a importanti richieste. Nella medesima falsariga si inseriscono quei detenuti accompagnati da foto che li ritraevano con le labbra cucite, o dopo aver ingerito pezzi di vetro, il tutto sempre per protesta verso gli agenti, responsabili di comportamenti ritenuti vessatori o di completo disinteresse.

Stabilire un chiaro rapporto causa-effetto tra le due posizioni non è facile. Evidentemente in un istituto penitenziario esistono e devono esistere molte regole, alcune delle quali dal contenuto anche discutibile. Ma è altresì certo che di fronte a questi dettami alcuni gruppi geografici reagiscono (secondo i propri schemi culturali) in un modo che a noi appare spesso abnorme. Si può essere d'accordo nel ritenere irragionevole che una infermeria debba accogliere, dietro prenotazione (!), i bisognosi solo alcuni giorni la settimana, ma quasi asportarsi il palmo della mano con tre incisioni (con il coperchio della scatola dei pelati) per protesta è reazione sicuramente aberrante.

A segnare in negativo il rapporto con gli agenti di custodia vi è anche la cadenzata organizzazione della giornata. È certamente frustrante prendere coscienza del fatto (piuttosto frequente in una istituzione penitenziaria) che anche le più piccole ed apparentemente insignificanti attività quotidiane possono essere soggette alle regole e ai giudizi imposti dal personale. Talvolta con il concreto rischio

della arbitrarietà della decisione. L'immagine che il detenuto tende a costruirsi in tali circostanze è che la propria quotidianità sia segnata dal rischio incombente di una sanzione, in modo particolare nel periodo iniziale delle detenzione, quando non sono state ancora metabolizzate (volenti o nolenti) le regole dell'istituto. A volte comportamenti passibili di sanzione vengono posti in essere in modo quasi inconsapevole, posto che anche dei bisogni elementari - come fumare una sigaretta, fare una doccia o conversare con il vicino di cella - devono passare attraverso un'autorizzazione. In questi casi, come nota Goffman, quel che si constata è la perdita della capacità di organizzare i propri bisogni primari in modo indipendente da regole ed autorizzazioni esterne.

Non si può certo ignorare che, qualunque sia la giustificazione addotta a sostegno di questa o quella norma di disciplina interna, si tratta pur sempre di disposizioni che si rendono necessarie per controllare e regolare l'attività giornaliera di un gran numero di persone, in uno spazio ristretto e con un numero limitato di risorse. Ma l'equilibrio sul quale si muove un simile stato di cose è sempre delicato, ancora di più per un detenuto straniero.

È ovvio che in una simile situazione il detenuto riversi le proprie insoddisfazioni sulla persona con cui quotidianamente interagisce, e cioè l'agente di polizia penitenziaria. Questo spiega anche perché le critiche mosse verso gli altri operatori (educatori, assistenti sociali e volontari, etc.) siano nettamente più "morbide", come si trattasse di figure di secondo piano.

Non è da escludersi che una parte di questi problemi potrebbero essere mitigati rendendo esplicite e conoscibili non solo le condotte passibili di punizioni (con le relative sanzioni), ma anche le modalità con cui vengono prese certe decisioni, come ad esempio la scelta dei lavoratori, o dei fortunati che potranno frequentare un corso scolastico o partecipare ad un qualsiasi altro corso. Qualcosa di diverso dal "li chiamiamo noi", che sembra una certificazione di assoluta arbitrarietà.

Nella fase conclusiva dell'intervista, è stato chiesto ad ogni detenuto se avrebbe preferito scontare in patria la pena comminata e se avesse dei progetti sul proprio futuro, in particolare a partire dalla data di "fine pena".

In merito alla scelta del luogo di detenzione, più di tre detenuti su quattro (77.6%) non gradirebbero una sistemazione penitenziaria in un Paese diverso dal nostro, meno che mai in quello di provenienza. Poco meno del 20%, viceversa, preferirebbe una detenzione in altro luogo. I commenti a margine di questa scelta

richiamano concetti già incontrati, come "in Italia il carcere è più umano, da noi saremmo trattati come animali", "se entri in carcere non sai se ne uscirai", "nel mio paese non esiste nulla, non si lavora, non veniamo pagati e il cibo è peggiore che qua", etc. Ancora una volta i più alti livelli di consenso si registrano tra i nordafricani, per quanto quasi tutti i gruppi si mantengono su percentuali di favorevoli superiore all'80%. Solita eccezione costituiscono il gruppo dei comunitari (40%).

L'indagine condotta attraverso i nostri penitenziari ha dimostrato che la normativa internazionale, edificata a difesa dei diritti del detenuto straniero, risulta spesso disattesa, sia pure con prevedibili disomogeneità territoriali. Ciò nonostante, una larghissima fetta di detenuti non esita ad assolvere il nostro sistema, come se mostrasse di dare un peso relativo alle affermazioni critiche offerte. Dinanzi a questa incongruenza sorge il sospetto che l'intero sistema di tutela debba considerarsi una trasposizione su scala presuntivamente internazionale di un insieme di valori che di internazionale non hanno nulla o quasi. Il legislatore (espressione che nel nostro caso suscita, ancor più del solito, perplessità) potrebbe aver utilizzato come parametri di riferimento i problemi cui un'occidentale, recluso in terra straniera, presumibilmente andrebbe incontro, o verso cui si mostra tendenzialmente più sensibile. Ciò spiegherebbe perché di fronte alle domande appena incontrate siano proprio i detenuti più vicini a questo sentire (i comunitari) a mostrarsi più insoddisfatti, a fronte di altri gruppi che mostrano di considerare più importanti aspetti diversi della vita detentiva. In definitiva, il sistema sarebbe connotabile come chiaramente etnocentrico, e come tale spesso inefficace perché distante, quando non totalmente estraneo, alla cultura di alcuni suoi destinatari. Non si può nascondere il timore che alcuni elementi del problema debbano essere ritenuti irriducibili, poiché ogni sistema penitenziario si fa portatore dei valori espressi dal tessuto sociale in cui si trova inserito.

Questa impostazione, peraltro non del tutto inattesa, trova una robusta conferma proprio nei dati relativi alla scelta del Paese dove scontare la pena comminata. Come appena indicato, oltre il 77% dei soggetti incontrati preferirebbe l'Italia a qualsiasi altra opzione, solo il 3% non ha una idea precisa in proposito, mentre i restanti sceglierebbero il Paese d'origine, nella maggior parte dei casi solo perché in tal modo pensano di poter aver un sostegno maggiore dalla propria famiglia.

Rimane da considerare la domanda relativa alle prospettive all'atto delle dimissioni dall'istituto. Anche in questo caso si registra

una larga maggioranza assoluta di soggetti desiderosi di fermarsi nel nostro Paese, con le medesime difformità riscontrate in precedenza allorché si verifica l'incrocio di questa variabile con l'area geografica di provenienza.

Ancora una volta, però, nella produzione di questi risultati può intervenire un fattore già più volte incontrato. Non sembra infatti estraneo il grado di integrazione nella realtà italiana dei nostri detenuti. Sono in tanti ad aver scelto di restare nel nostro Paese (sempre che ciò venga loro concesso) nonostante siano costretti a vivere una esperienza "forte" come la detenzione, che spesso significa riduzione delle opportunità complessive anche per un italiano. Ma, in fondo, in tanti sono nel nostro Paese da un congruo numero di anni, e ad attenderli nei Paesi d'origine non vi è una situazione socio-politico-economica particolarmente incoraggiante, eccezion fatta per i comunitari, dei quali infatti solo quattro pensano di fermarsi oltre fine pena.

Brevi note sul trattamento penitenziario e l'esecuzione penale esterna nei confronti dei tossicodipendenti ed alcolodipendenti con particolare riferimento alle novità introdotte dal decreto legge 30 dicembre 2005 n. 272 (c.d. "decreto Olimpiadi") convertito dalla legge 21 febbraio 2006 n. 49

EUGENIO RUBOLINO*

Premessa

L'esecuzione della pena nei confronti di soggetti tossicodipendenti e alcolodipendenti assume caratteri del tutto peculiari.

Infatti, nell'approccio con tali soggetti, l'apporto trattamentale raggiunge la sua massima estensione prevalendo sull'aspetto meramente custodiale.

Ne deriva che l'esigenza di solidarietà sociale assume un ruolo prioritario sull'esigenza di sicurezza.

Le ragioni di tale diverso approccio sono da ricondurre alle particolari condizioni psico-fisiche dei soggetti destinatari di condanna esecutiva nei confronti dei quali alla generica funzione rieducativa della pena si aggiunge una valenza riabilitativa della stessa.

L'obiettivo è infatti quello del recupero in luoghi idonei evitando la promiscuità, quale potenziale veicolo di diffusione di malattie e di circolazione di sostanze stupefacenti.

In particolare l'art. 95 del DPR 309/90 prevede che la pena per soggetti condannati per reati commessi a causa del proprio stato di tossicodipendenza deve essere scontata in istituti idonei allo svolgimento di programmi terapeutici e socio-riabilitativi.

In questo quadro si inserisce la creazione di specifici istituti c.d. "a custodia attenuata per il trattamento delle tossicodipendenze" all'interno dei quali il periodo detentivo ha una valenza preminentemente riabilitativa e si basa su una libera scelta dell'interessato

*Magistrato

nell'aderire ad un progetto di reinserimento anche sociale e lavorativo, con la spiccata prevalenza, come sopra accennato, della funzione rieducativa su quella custodiale e retributiva.

Quanto appena descritto vale per l'esecuzione di pene in regime detentivo, sia pure in istituti dotati di particolari caratteristiche, ma nel trattamento di soggetti tossicodipendenti o alcoldipendenti il nostro ordinamento conosce altre forme alternative di esecuzione previste nel citato DPR 309/90 ed in particolare negli artt. 90 e 94.

L'esame che seguirà sarà rivolto proprio alle notevoli novità introdotte con la legge n. 49 del febbraio 2006 in materia di sospensione della pena e di affidamento in prova per condannati tossicodipendenti.

Con il citato intervento legislativo ancora una volta viene chiamata la magistratura di sorveglianza in funzione monocratica ad espletare un ruolo centrale nella fase esecutiva della pena.

Caratteri della riforma in materia di stupefacenti e di trattamento dei tossicodipendenti

Con il d.l. 30 dicembre 2005 n. 272 (c.d. "decreto Olimpiadi"), convertito in legge 21 febbraio 2006 n. 49, il legislatore è intervenuto con consistenti modifiche, da un lato, sulla disciplina della repressione penale dei fenomeni legati al traffico di stupefacenti, dall'altro, in materia di trattamento della tossicodipendenza.

Ne emerge una disciplina di natura composita:

caratterizzata da una maggiore severità nel trattamento sanzionatorio della detenzione e spaccio di stupefacenti secondo il principio della tolleranza zero;

caratterizzata da norme favorevoli ed incentivanti per i condannati tossicodipendenti che abbiano concluso, intrapreso o abbiano seria intenzione di iniziare un programma di recupero terapeutico.

Il carattere favorevole della nuova disciplina, riguardante l'esecuzione della pena, emerge subito con la previsione di nuovi e più ampi limiti di pena, per l'ammissione al beneficio di cui all'art. 90 e 94 del DPR 309/90.

Infatti, rispetto agli originari anni quattro, che restano tali per i condannati per delitti di cui all'art. 4 *bis* o.p., il limite di pena è elevato a sei anni per i condannati c.d. comuni.

Altra novità di sicura portata favorevole è nel riconoscimento, al tribunale di sorveglianza, del potere di sospendere anche l'esecuzione della pena pecuniaria o dichiarare estinta la stessa.

Le nuove condizioni per la sospensione della pena e per l'affidamento in prova in casi particolari. Competenza e procedura

L'Art. 90 del DPR 309/90 prevede un'ipotesi di sospensione dell'esecuzione della pena in senso proprio.

Le più importanti novità riguardano la competenza ad adottare il provvedimento e determinati requisiti che ne restringono l'ambito soggettivo di applicazione.

Per quanto attiene alla competenza, la previsione di una applicazione provvisoria del beneficio di cui all'art. 90 e della misura di cui all'art. 94 costituisce, come sopra accennato, la conferma di quella tendenza del legislatore ad estendere sempre più i casi di applicazione anticipata dei benefici penitenziari sulla falsariga dell'art. 47 comma 4 o.p..

Tale competenza è ora attribuita all'organo monocratico (il magistrato di sorveglianza) in caso di istanza di soggetto in stato di detenzione mentre resta al PM, il potere di sospensione dell'ordine di carcerazione, solo nel caso di condannati in stato di libertà.

In particolare l'art. 4 *octies* del d.l. 272/05 ha sostituito, con riferimento alla sospensione, l'intervento del PM sull'istanza del condannato già detenuto, con l'intervento del magistrato di sorveglianza, modellato sulla falsariga della procedura di cui all'art. 47 comma 4 o.p.

Il nuovo art. 91 comma 4 del DPR 309/90 stabilisce infatti che, se l'ordine di carcerazione è già stato eseguito, la domanda è presentata al magistrato di sorveglianza competente sull'istituto di pena il quale, verificati i requisiti di ammissibilità, se sono offerte concrete indicazioni sulla sussistenza dei presupposti ed in caso di pregiudizio nella protrazione della detenzione, in mancanza di elementi in ordine al pericolo di fuga, può disporre l'applicazione provvisoria della sospensione.

Analoga norma è stata introdotta per l'applicazione provvisoria dell'affidamento in prova per tossicodipendenti.

La nuova versione dell'art. 94 comma 2 del DPR 309/90, infatti, prevede la presentazione della domanda al magistrato di sorveglianza il quale può disporre la provvisoria applicazione della misura.

Per quanto attiene ai requisiti per l'ammissione alla sospensione della pena è stata introdotta una importante novità capace di distinguere ormai nettamente l'istituto della sospensione (art. 90) dall'affidamento terapeutico (art. 94).

Tale novità, volta a restringere l'ambito soggettivo di appli-

cazione del beneficio, è nel destinare lo stesso solo ai condannati che abbiano già concluso positivamente il programma e non più, come prima, anche in favore di coloro che abbiano ancora in corso programmi terapeutici di recupero. A questa restrizione fa da contraltare, in senso favorevole, l'estensione del beneficio a condanne fino a sei anni, anche residui, per reati commessi in relazione allo stato di tossicodipendenza.

Resta di quattro anni il limite di pena massimo, anche residuo, per condannati per delitti di cui all'art. 4 *bis* o.p..

L'istanza, a pena di inammissibilità, deve essere corredata da certificazione rilasciata da un servizio pubblico per le tossicodipendenze o da una struttura privata accreditata per l'attività di diagnosi prevista dall'art. 116 DPR 309/90 attestante:

- la procedura di accertamento dell'uso abituale di stupefacenti;
- il tipo di programma terapeutico e socio-riabilitativo scelto;
- l'indicazione della struttura in cui si è seguito il programma, le modalità ed i risultati conseguiti a seguito del programma.

Il beneficio non può essere concesso in caso di precedente applicazione del medesimo ovvero in caso di commissione di un delitto non colposo, punibile con la reclusione, nel lasso di tempo compreso tra l'inizio del programma terapeutico e la decisione del tribunale di sorveglianza.

In caso di applicazione provvisoria, sino alla decisione definitiva del tribunale di sorveglianza, la competenza nel dichiarare la revoca di cui all'art. 93 comma 2 DPR 309/90 spetta al magistrato di sorveglianza.

La durata della sospensione è stabilita sempre in cinque anni, decorsi i quali, se il soggetto ammesso al beneficio non ha commesso un delitto non colposo punibile con la reclusione, la pena e ogni altro effetto penale si estinguono ed ai fini di tale estinzione è prevista, ora, la necessaria pronuncia del tribunale di sorveglianza.

Fonte di critiche, da parte della dottrina, è la mancata previsione in caso di revoca, nella nuova normativa come nella precedente, di un potere del tribunale di sorveglianza di graduare l'entità della revoca in rapporto alla gravità della condotta antiggiuridica. La revoca, infatti, è sempre pronunciata *ex tunc*.

La nuova disciplina inoltre nel prevedere che il termine di cinque anni decorre dalla data della domanda di cui all'art. 94 comma 4 conferisce al tribunale di sorveglianza un potere di rimodulazione della durata della sospensione nello stabilire che il tribunale, tenuto conto della durata delle limitazioni, delle prescrizioni e del comportamento può determinare una diversa e più favorevole data di decorrenza del termine.

Altrettanto importanti si presentano le modifiche apportate all'art. 94 del DPR 309/90 dall'art. 4 *undecies* del d.l. 272/05.

L'intento è quello di incentivare la scelta dei condannati tossicodipendenti verso la sottoposizione ad un programma terapeutico e socio-riabilitativo.

Anche in questo caso c'è una ripartizione di competenze tra PM e magistrato di sorveglianza riservando al primo i casi in cui la pena non abbia ancora avuto esecuzione (il PM provvederà alla sospensione dell'ordine di carcerazione) ed al secondo la competenza nei casi di esecuzione in corso.

Il presupposto è chiaramente diverso rispetto all'ipotesi sopra trattata e prevista dall'art. 90.

Infatti, il beneficio in questione, può essere concesso nei confronti del condannato che abbia in corso o intenda sottoporsi ad un programma terapeutico.

Nell'istituto in esame emerge il ruolo ancora più incisivo, rispetto ad altri istituti (si pensi al citato art. 90 DPR 309/90 ed all'art. 47 comma 4 o.p.), rivestito dal magistrato di sorveglianza.

La nuova versione dell'art. 94, comma 2, prevede che la domanda è presentata al magistrato di sorveglianza il quale, se l'istanza è ammissibile, se sono offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti ed al grave pregiudizio derivante dalla protrazione della detenzione, qualora non vi siano elementi in ordine al pericolo di fuga, può disporre l'applicazione provvisoria della misura alternativa.

Quindi il magistrato di sorveglianza, non solo sospende l'esecuzione come nel caso di cui all'art. 47 comma 4 o.p., bensì applica immediatamente, con l'imposizione di tutte le prescrizioni necessarie, la misura alternativa in via provvisoria.

La ratio è chiaramente nella necessità, in questi casi, di non perdere tempo e far sì che il programma terapeutico inizi immediatamente o prosegua proprio perché, a differenza di quanto accade nell'affidamento in prova al servizio sociale, è qui presente la necessità prioritaria di tentare il recupero del tossicodipendente.

Tra l'altro, con la immediata imposizione delle prescrizioni, viene anche fornito uno strumento volto a garantire la sicurezza della collettività.

Tutto quanto predisposto in via provvisoria sarà poi riesaminato nell'ambito del procedimento davanti al tribunale di sorveglianza chiamato a pronunciarsi in via definitiva.

Fino alla pronuncia del tribunale di sorveglianza resta radicata la competenza del magistrato di sorveglianza in ordine all'adozione di ulteriori provvedimenti ivi compresi i decreti di cui agli artt.

51 *bis* o.p. (in caso di sopravvenienza di ulteriori titoli) e 51 *ter* o.p. (con eventuale sospensione del beneficio in caso di violazioni delle prescrizioni).

A pena di inammissibilità, è previsto che alla domanda deve essere allegata una certificazione rilasciata da struttura sanitaria pubblica o privata accreditata per l'attività di diagnosi ai sensi dell'art. 116 DPR 309/90 attestante:

- lo stato di tossicodipendenza o alcolodipendenza;
- la procedura con la quale è stato accertato l'uso di sostanze stupefacenti o alcoliche;
- l'andamento del programma concordato, se già in corso e la sua idoneità ai fini del recupero.

Emerge subito, lampante, la differenza, prima inesistente, con l'istituto di cui all'art. 90 DPR 309/90 laddove lo stato di tossicodipendenza attuale al momento dell'istanza è condizione essenziale per la concessione dell'affidamento in casi particolari ed al contempo causa di inammissibilità dell'istanza di sospensione della pena (che presuppone invece la conclusione positiva di un programma di recupero).

Per quanto attiene ai presupposti per l'affidamento in casi particolari, in analogia con l'istituto della sospensione (art. 90), c'è stato un ampliamento, sotto il profilo oggettivo delle condizioni per l'ammissione alla misura.

L'affidamento in casi particolari può essere infatti concesso per pena non superiore a sei anni, anche se residua, per reati commessi a causa del proprio stato; per pena non superiore a quattro anni, anche se residua, se relativa a delitti di cui all'art. 4 *bis* o.p..

Il provvedimento provvisorio emesso dal magistrato di sorveglianza non è impugnabile, così come non lo sono tutti i provvedimenti emessi dall'organo monocratico in via provvisoria ed interinale, stante sempre la necessaria pronuncia definitiva da parte del tribunale di sorveglianza.

In questo caso è concessa al tribunale di sorveglianza ancora più ampia discrezionalità nel consentire, addirittura, di rideterminare, in concreto, la durata stessa della pena.

L'esecuzione della pena si considera, infatti, iniziata dalla data del verbale di affidamento. Tuttavia, qualora il programma terapeutico al momento della decisione risulti già in corso positivamente, il tribunale, tenuto conto della durata delle limitazioni alle quali l'interessato si è spontaneamente sottoposto e del suo comportamento, può determinare una diversa, più favorevole, data di decorrenza dell'esecuzione.

Un'ultima novità meritevole di essere menzionata è stata in-

trodotta nell'art. 94 comma 6 *bis* del DPR 309/90 nello stabilire che, qualora nel corso dell'affidamento in casi particolari l'interessato abbia positivamente terminato la parte terapeutica del programma, il magistrato di sorveglianza, previa rideterminazione delle prescrizioni, può disporre la trasformazione, ai fini del reinserimento sociale, in affidamento in prova al servizio sociale anche qualora la pena residua superi quella prevista dall'art. 47 o.p.

Conclusioni

In conclusione, può affermarsi che, dal quadro emergente dalle novità introdotte in tema di esecuzione penale per tossicodipendenti emerge, da un lato, una disciplina sicuramente più favorevole, con il considerevole ampliamento dell'entità della pena espiabile in regime alternativo al carcere, dall'altro, una disciplina più rigorosa per le istanze di sospensione della pena avanzate dallo stato detentivo (ora di competenza del magistrato di sorveglianza).

Infatti, con la precedente normativa, il vaglio del PM era limitato ad un controllo formale degli atti, cui seguiva la quasi automatica sospensione della pena in attesa della decisione del tribunale di sorveglianza.

Con la nuova disciplina, come sopra evidenziato, è rimessa al magistrato di sorveglianza un'ampia discrezionalità (sulla sussistenza dei presupposti sostanziali per la concessione del beneficio; sull'esistenza del grave pregiudizio nella protrazione della detenzione; sulla sussistenza del pericolo di fuga) con conseguente sicura riduzione dei casi di sospensione provvisoria della pena.

CIRCOLARE 16 MARZO 2006
DIREZIONE GENERALE DELL'ESECUZIONE PENALE
ESTERNA

Decreto legge 30 dicembre 2005 n. 272, convertito con modificazioni in legge 21 gennaio 2006, n. 49 (disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza portato dal decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309).

§1 La normativa indicata in oggetto ha suscitato vibrato interesse nei mezzi di comunicazione. La Direzione Generale ritiene perciò utile offrire alcuni primi ragguagli sulle norme effettivamente introdotte e vigenti nel nostro ordinamento. Il testo coordinato al quale si fa riferimento è apparso nella Gazzetta Ufficiale 27 gennaio 2006, serie generale n. 48, ed è opportuno ricordare che gran parte delle disposizioni in tema di trattamento del tossicodipendente o alcoldipendente in esecuzione penale sono state introdotte in sede di conversione di un decreto legge ed hanno preso vigenza solo dopo la *vacatio legis* successiva alla pubblicazione sulla gazzetta ufficiale (concretamente, il 13 marzo 2006).

§2 In via generale si osserva che importanti compiti e doveri sono stati assegnati ai responsabili delle strutture private di riabilitazione e cura dei tossicodipendenti (art.116 T.U.), in breve, "comunità", facoltizzandole anche all'esercizio di alcune attribuzioni degli uffici sanitari pubblici: fra queste, anche l'elaborazione dei programmi terapeutici (art. 20 T.U., co. 1 , nuovo testo).

Ne consegue un dovere di maggiore attenzione anche nell'ambito delle relazioni – in genere positive – che si intrattengono fra codesti Uffici e le ricordate strutture, circa le quali, appare utile richiamare l'obbligo di segnalare all'autorità competente tutte le violazioni commesse dalla persona sottoposta al programma alternativo d'esecuzione di pene detentive (art. 120 T.U. comma 7°, nuovo testo).

§3 Nello stesso senso è opportuno ricordare che continua a gravare su questo Dipartimento, ai sensi del riformulato comma 6 dell'art. 96 del T.U. (articolo 4 *duodecies* comma 1), l'onere per il mantenimento, la cura e l'assistenza medica, della persona sottoposta agli arresti domiciliari, allorché tale misura sia eseguita presso una struttura privata autorizzata ai sensi dell'art 116, convenzionata con questo Ministero. Saranno acquisiti dalla Direzione Generale i necessari chiarimenti per l'applicazione del nuovo testo dell'art. 116, non risultando allo stato esistenti tali convenzioni.

§4 Si riferiscono di seguito più in dettaglio modificazioni introdotte al testo unico ed alle norme di riferimento per l'esecuzione penale esterna.

4.1 Con l'articolo 4, comma 1, è stato abrogato l'art. 94 bis T.U. (introdotto dall'art. 8, legge 5 dicembre 2005, n. 251): le disposizioni restrittive conseguenti alla recidiva reiterata non si applicano ai casi relativi ai tossicodipendenti.

4.2 L'articolo 4, comma 2, attiene alla sospensione dell'ordine di carcerazione.

In via generale, l'ordine di carcerazione è sospeso se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non è superiore a tre anni (a quattro anni nei casi in cui agli artt. 90 e 94 del T.U.). La sospensione dell'esecuzione non può essere disposta nei casi elencati alle lettere a), b) e c) del comma 9 dello stesso articolo. In particolare (lett. c) la sospensione non può essere disposta nei confronti dei condannati ai quali sia stata applicata in sentenza la cd. recidiva reiterata (art. 99 comma 4). La legge in esame ha introdotto una sostanziale modifica prevedendo che tale disposizione non si applichi nei confronti di condannati, tossicodipendenti o alcooldipendenti, che abbiano in corso, al momento del deposito della sentenza definitiva, un programma terapeutico di recupero.

4.3 L'articolo 4 *bis* riformula l'art. 73 T.U. inserendo, dopo il comma 5, una rilevante disposizione che investe direttamente codesti Uffici.

Nei casi previsti dal comma 5 (produzione, traffico e detenzione illecita di sostanze stupefacenti o psicotrope di **lieve entità**), il giudice, limitatamente ai soggetti tossicodipendenti, con la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 c.p.p., qualora non debba concedere il beneficio della sospensione condizionale della pena, può applicare la pena del lavoro di pubblica utilità previsto dall'art. 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, , anziché le pene detentive e pecuniarie. Con la sentenza, il giudice incarica l'Ufficio di esecuzione penale esterna di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro

di pubblica utilità ed ha il compito di riferire periodicamente allo stesso giudice che ha emesso la sentenza.

Tale pena sostitutiva di nuovo genere è soggettivamente riservata ai condannati tossico o alcooldipendenti; inoltre è necessaria la richiesta del condannato ed il parere favorevole del pubblico ministero.

Il legislatore, per una migliore integrazione dei vari comparti di esecuzione penale ed anche in relazione alla maggior gravità dei reati puniti dall'art. 73 (da 6 a 20 anni di reclusione) ha così incaricato codesti Uffici di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità.

A tale riguardo, la Direzione Generale diffonderà a breve termine, una nota esplicativa sulla presente situazione del lavoro di pubblica utilità originariamente disposto solo dal giudice di pace.

4.4 L'articolo 4 *ter* modifica l'art. 75 T.U. relativo a quella detenzione di sostanze stupefacenti che non costituisce reato. In tali casi, sono applicate sanzioni amministrative (comma 1) e viene emesso invito a seguire programma terapeutico e socio riabilitativo (comma 2) presso struttura pubblica o struttura privata autorizzata.

4.5 L'articolo 4 *quater* introduce, nel testo unico, l'art. 75 bis e prevede misure di prevenzione irrogabili dal questore per la durata massima di due anni. Legittimata passiva è la persona che comunque detenga, produca o traffichi (ma fuori delle ipotesi di cui all'art. 73, comma 1 bis) sostanze stupefacenti e che abbia riportato condanna, al momento della rilevazione della condotta, per reati contro la persona, il patrimonio e per quelli previsti dal testo unico. Costituisce causa di cessazione della misura il positivo superamento del programma terapeutico e socioriabilitativo.

4.6 L'art. 4 *sexies* ristrutturata la già esistente sostituzione dalla custodia cautelare con la misura cautelare degli arresti domiciliari, in relazione alla richiesta di iniziare o proseguire il programma di riabilitazione da parte dell'imputato che sia dipendente da alcol o stupefacenti. Restano esclusi gli imputati per reati previsti dall'art. 4 bis o.p. (eccezioni al divieto per il reato di rapina) e in ogni caso quando esistano esigenze di eccezionale rilevanza. Si tratta di fase processuale estranea all'esecuzione penale.

4.7 L'art. 4 *septies*, modifica l'art. 90 del testo unico aumentando i limiti massimi della condanna per ottenere la sospensione della sentenza, che sono elevati fino a **6 anni**. Permangono i requisiti:

a) della commissione del reato in relazione è allo stato di tossicodipendenza

b) del positivo superamento del programma terapeutico e socioriabilitativo (ex art. 123 T.U.).

Va rilevato che la sospensione può essere accordata anche per pene inflitte per i reati ricompresi fra quelli previsti dall'art. 4 bis o.p., purché in questi casi il titolo esecutivo non ecceda i 4 anni.

4.8 Le disposizioni degli articoli da 4 *octies* a 4 *decies* (incidenti sugli artt. 91, 92, 93) intervengono sulla procedura per la sospensione dell'esecuzione e sulle conseguenze delle condotte da tenersi nel tempo di sospensione (cinque anni).

4.9 L'articolo 4 *undecies* interviene sull'art. 94 T.U. ed ha perciò ampia incidenza nella materia di esecuzione penale affidata a codesti Uffici.

Sono da rilevarsi le seguenti significative modifiche:

a) il limite della pena detentiva che può essere espiata come affidamento in prova in casi particolari è elevato a **6 anni** ;

b) il limite è mantenuto a 4 anni per le pene conseguenti alla commissione di reati previsti dall'art. 4 bis o.p.;

c) la prosecuzione dell'affidamento in prova è permessa anche nel caso in cui, conclusosi positivamente il percorso terapeutico, la parte di pena da espiare superi i limiti dell'affidamento in prova ordinario.

§5 Anche in tema di affidamento in prova ordinario (47 o.p.) l'innovazione prevista dall'art. 4, permette al tribunale di sorveglianza nel caso in cui il condannato si trovi in disagiate condizioni economiche, di dichiarare estinta anche la pena pecuniaria che non sia stata già riscossa. È da ritenere che tale specifica circostanza diverrà oggetto di rilevante istruttoria e che dovrà perciò essere verificata da codesti Uffici. In prosieguo di tempo, sarà diramata istruzione sulle procedure di acquisizione dei dati rilevanti a tali fini.

§6 Una prima lettura, per quanto attiene alle ricadute amministrative della nuova disciplina suggerisce alcune considerazioni di massima.

Il sistema pare articolato da un lato su un accresciuto regime comminatorio che mira a rendere più grave la rappresentazione che l'interessato possa farsi dell'assunzione dello stupefacente; dall'altro lato, su sanzioni concretamente graduate in modo da divergere sostanzialmente, ed anche in modo significativo, dall'esecuzione penale detentiva. Il sistema sanzionatorio, le misure di prevenzione, la sospensione dell'esecuzione della pena, l'ampliamento della possibilità di misura alternativa, ecc., sembrerebbe tendere a sostenere il tossicodipendente, con un controllo ravvicinato, legalmente giustificato dalla esistenza di "servitù di pena", ma in concreto atteggiato sulle variabili soggettive dell'alcool-tossicodipendente.

L'effettivo conseguimento del suo fine della disintossicazione e

dell'inserimento sociale auspicato dal recente apparato normativo potrà naturalmente essere provato solo nello scorrere del tempo.

§7 Con l'occasione, anche in relazione ai più ampi margini di intervento e discrezionalità, in attesa dell'istituzione di periodica valutazione dell'effettiva applicazione delle istruzioni contenute nella circolare n. 185503/2004 del 17 maggio 2004, come aggiornata con la circolare n.0420463 del 5 dicembre 2005, si invitano le LL.SS. all'efficace applicazione della stessa, anche a segno dell'incrementata qualità dell'azione del servizio sociale della giustizia.

§8 I Signori Provveditori vorranno cortesemente valutare l'opportunità di partecipare alle direzioni degli istituti penitenziari, da Loro dipendenti, la presente lettera circolare.

* * *

CIRCOLARE 6 APRILE 2006
DIREZIONE GENERALE DELL'ESECUZIONE PENALE
ESTERNA

Si fa seguito alla circolare n.0095032 del 16 marzo 2006, significando che nel primo paragrafo sono stati trascritti due dati inesatti.

Si trasmette, pertanto, debitamente corretto il citato paragrafo, facendo presente che le correzioni apportate non incidono sulle disposizioni impartite da questo Generale Ufficio.

“§1La normativa indicata in oggetto ha suscitato vibrato interesse nei mezzi di comunicazione. La Direzione Generale ritiene perciò utile offrire alcuni primi ragguagli sulle norme effettivamente introdotte e vigenti nel nostro ordinamento. Il testo coordinato al quale si fa riferimento è apparso nella Gazzetta Ufficiale 27 febbraio 2006, serie generale n. 48, ed è opportuno ricordare che gran parte delle disposizioni in tema di trattamento del tossicodipendente o alcolodipendente in esecuzione penale sono state introdotte in sede di conversione di un decreto legge ed hanno preso vigenza il giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.”

Colgo l'occasione per esprimere alle SS.LL. sensi di viva considerazione.

Corte costituzionale – sentenza 16 marzo 2007, n. 78

LA CORTE COSTITUZIONALE composta dai signori: Presidente:
Franco BILE; Giudici: GIOVANNI MARIA FLICK, FRANCESCO
AMIRANTE, UGO DE SIERVO, ROMANO VACCARELLA, PAOLO
MADDALENA, ALFIO FINOCCHIARO, ALFONSO QUARANTA,
FRANCO GALLO, LUIGI MAZZELLA, GAETANO SILVESTRI, SABINO
CASSESE, MARIA RITA SAULLE, GIUSEPPE TESAURO, PAOLO
MARIA NAPOLITANO,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nonché degli artt. 5, 5-bis, 9, 13 e 22 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), come modificato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 (Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo), promosso con ordinanza del 24 maggio 2005 dal Tribunale di sorveglianza di Cagliari nel procedimento relativo a R. E. O., iscritta al n. 545 del registro ordinanze 2005 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 46, prima serie speciale, dell'anno 2005.

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;
udito nella camera di consiglio del 24 gennaio 2007 il Giudice relatore Maria Rita Saulle.

Ritenuto in fatto

1.- Il Tribunale di sorveglianza di Cagliari, con l'ordinanza in epigrafe specificata, ha sollevato, in riferimento all'art. 27, terzo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nonché degli artt. 5, 5-bis, 9, 13 e 22 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), come modificato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 (Modifica alla normativa in materia di immigrazione

e di asilo).

In punto di fatto, il rimettente osserva che, dopo aver concesso a R. E. O, condannato per il reato di cui agli artt. 73 e 80, comma 2, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, la Corte di cassazione ha annullato con rinvio il suddetto provvedimento sul presupposto che il detenuto, cittadino extracomunitario, era illegalmente presente sul territorio nazionale.

In particolare, la Corte di cassazione, in accoglimento del ricorso proposto dal Procuratore generale presso la Corte d'appello di Cagliari, ha ritenuto che la concedibilità delle misure alternative alla detenzione è subordinata – oltre che all'esistenza delle condizioni per ciascuna di esse specificamente previste – al rispetto del limite di legalità estrinseca dell'ordinanza che concede il beneficio, costituito dall'assenza di contrasto con norme imperative. Da ciò consegue che, essendo *contra legem* la permanenza nello Stato di uno straniero che non ha rinnovato il permesso di soggiorno, l'esecuzione della pena in regime di misura alternativa non potrebbe che avvenire, nel caso di specie, con violazione o, comunque, elusione delle norme che regolano il fenomeno dell'immigrazione.

Il rimettente ritiene che tale interpretazione, vincolante nel giudizio *a quo*, sia in contrasto con il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena al quale si ispirano i diversi benefici penitenziari extramurari, giustificandosi il trattamento carcerario solo fino al limite del pieno ravvedimento del condannato, limite oltre il quale non è consentita la prosecuzione della detenzione.

Osserva, infatti, il giudice *a quo* che, secondo quanto affermato dalla Corte di cassazione, per i detenuti stranieri non appartenenti ad uno Stato aderente all'Unione europea che si trovano nelle condizioni previste dall'art. 13, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998, non sarebbe possibile accedere ai suddetti benefici seppure ritenuti, nel caso concreto, più idonei a soddisfare l'esigenza rieducativa del condannato, in tal modo creandosi un regime penitenziario speciale per tali soggetti, individuati non già alla stregua di indici rivelatori di una particolare pericolosità, quanto piuttosto di un dato del tutto estrinseco e formale, oltre che tendenzialmente immodificabile, quale la loro presenza irregolare nel territorio nazionale.

Tale disciplina, sempre secondo il rimettente, si porrebbe in contrasto con il principio affermato da questa Corte secondo cui ogni misura incidente in senso sfavorevole sul regime penitenziario del detenuto, come la revoca di un beneficio, deve conseguire ad una condotta addebitabile al condannato, in quanto la finalità rieducativa della pena, seppure non può ritenersi in senso assoluto prevalente su ogni altro valore costituzionale, non può, comunque, essere compressa fino al punto di venire del tutto cancellata da altri valori di rango costituzionale come, nel caso di specie, la disciplina dei flussi dei fenomeni migratori.

Conclude il rimettente ritenendo che l'art. 47, della legge n. 354 del 1975, che disciplina l'affidamento in prova, e gli artt. 5, 5-bis, 9, 13,

del d.lgs. n. 286 del 1998, che prevedono, in caso di assenza di un titolo abilitativo, l'obbligatoria espulsione dello straniero irregolare, così come interpretati dalla Corte di cassazione, violerebbero l'art. 27, terzo comma, della Costituzione.

Ad analogo esito ricostruttivo si deve pervenire, sempre a parere del giudice *a quo*, con riferimento alla misura dell'ammissione al regime di semilibertà, misura che il Tribunale rimettente ritiene applicabile nel caso di specie, sia pure in via subordinata, qualora non dovesse concedere l'affidamento. In tal caso, peraltro, il contrasto con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione coinvolge, oltre agli artt. 48 e 50 della legge n. 354 del 1975, anche l'art. 22 del d.lgs. n. 286 del 1998, poiché lo svolgimento dell'attività lavorativa costituisce, a differenza di quanto avviene nel caso dell'affidamento, uno dei presupposti per l'ammissione al regime di semilibertà; per cui l'inderogabilità del divieto penale per il datore di lavoro che impieghi lo straniero irregolare in attività di lavoro subordinato, contenuta nel citato art. 22, configurerebbe un limite alla possibilità di accedere al beneficio in questione per il detenuto.

In punto di rilevanza, il rimettente osserva che la eventuale sanzione di incostituzionalità che dovesse colpire le disposizioni censurate sarebbe suscettibile di riverberarsi sul giudizio principale, potendo in tale caso emettersi un provvedimento che consentirebbe al ricorrente, il quale ha nel frattempo portato avanti la misura in modo del tutto impeccabile, di proseguire nel percorso di reinserimento attraverso l'affidamento o la semilibertà.

2.- È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sollevata sia dichiarata inammissibile o infondata, senza motivare le suddette richieste.

Considerato in diritto

1.- Il Tribunale di sorveglianza di Cagliari dubita, in riferimento all'art. 27, terzo comma, della Costituzione, della legittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nonché degli artt. 5, 5-bis, 9, 13 e 22 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), come modificato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 (Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo).

Il rimettente, investito del giudizio di rinvio a seguito dell'annullamento, ad opera della Corte di cassazione, del provvedimento con il quale era stato concessa la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale ad un cittadino extracomunitario privo del permesso di soggiorno, assume che il principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, cui egli è vincolato, implicherebbe il contrasto delle norme sopra indicate con l'art.

27, terzo comma, della Costituzione.

Secondo detto principio di diritto, la permanenza nello Stato dello straniero privo di un valido ed efficace permesso di soggiorno non può trovare titolo nella concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale. L'applicazione della suddetta misura comporterebbe, infatti, una deroga al d.lgs. n. 286 del 1998, ponendosi, anzi, in contrasto con l'art. 13 dello stesso decreto che disciplina, limitandone l'estensione e gli effetti, i casi di interferenza dei provvedimenti giurisdizionali sulla posizione dello straniero illegalmente presente nel territorio dello Stato.

A parere del rimettente, il cennato principio di diritto determinerebbe, in violazione del precetto costituzionale della finalità rieducativa della pena, un regime penitenziario speciale e di sfavore nei confronti di un insieme di persone condannate, vale a dire i cittadini stranieri irregolarmente presenti nel territorio dello Stato, individuati, non già sulla base di indici rivelatori di una particolare pericolosità sociale - secondo modalità già sperimentate nell'ambito dell'ordinamento penitenziario - quanto sulla scorta di un dato «estrinseco e formale», quale il difetto di titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato. In tal modo risulterebbe eluso, sempre a parere del giudice *a quo*, il principio, consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, in forza del quale ogni misura incidente in senso sfavorevole sul trattamento penitenziario deve conseguire ad una condotta colpevole addebitabile al condannato, non potendo le esigenze di difesa sociale - ancorché rilevanti sul piano costituzionale, perché sottese alla regolamentazione dei flussi migratori - annullare la finalità rieducativa della pena.

2.- In via preliminare, va affermata la rilevanza della questione di costituzionalità sollevata.

La consolidata giurisprudenza di questa Corte (sentenze n. 58 del 1995, n. 257 del 1994, n. 138 del 1993) ha, infatti, statuito la piena legittimazione del giudice di rinvio a sollevare dubbi di costituzionalità concernenti l'interpretazione normativa risultante dal principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, e ciò in quanto il rimettente deve fare applicazione nel giudizio di rinvio della norma nel significato in tal modo attribuitole e non si è, dunque, al cospetto di rapporti "esauriti".

Il vincolo di conformazione del giudice di rinvio al principio di diritto, peraltro, non viene meno in caso di successivi mutamenti degli indirizzi interpretativi del medesimo giudice di legittimità, sì da consentire al giudice del rinvio l'adozione di approcci ermeneutici diversi dai contenuti cristallizzati nel principio di diritto ed eventualmente risolutivi del dubbio di costituzionalità (sentenza n. 130 del 1993).

Stante, dunque, l'obbligatoria applicazione delle *regulae iuris* enunciate all'esito del giudizio rescindente da parte del giudice di rinvio e la facoltà riconosciuta a quest'ultimo di revocare in dubbio, sotto il profilo della legittimità costituzionale dette regole, oggetto dello scrutinio di costituzionalità risulta essere la norma nella "lettura" fornita dalla Corte di cassazione (ordinanza n. 501 del 2000), essendo ininfluenti, ai fini del presente giudizio, eventuali diverse interpretazioni fornite dal giudice di

legittimità delle norme impugnate.

3.- Nel merito, la questione è fondata.

Il dubbio di costituzionalità ha, alla sua radice, il problema ermeneutico legato alla possibile interazione tra le disposizioni della legge n. 354 del 1975, che prevedono le modalità e le condizioni per l'accesso alle misure alternative alla detenzione, e le regole contenute nel d.lgs. n. 286 del 1998, che disciplinano l'ingresso e la permanenza nel territorio dello Stato dei cittadini extracomunitari.

Al riguardo, si è posto l'interrogativo se le misure alternative - ed, in specie, con riguardo al caso in esame, l'affidamento in prova al servizio sociale o la semilibertà - possano applicarsi al cittadino extracomunitario che sia entrato illegalmente in Italia o sia privo di permesso di soggiorno, cioè ad un soggetto che, se non si trovasse a dover espiare una pena, andrebbe espulso dal territorio nazionale.

Il vaglio interpretativo della Corte di cassazione ha registrato, in proposito, due contrastanti indirizzi.

Per il primo di essi - fatto proprio anche dalla sentenza di annullamento con la quale è stato enunciato il principio di diritto censurato - la condizione di clandestinità o irregolarità dello straniero precluderebbe senz'altro l'accesso alle misure alternative. Ciò in quanto, nel rigore della disciplina dettata dal testo unico in materia di immigrazione, non potrebbe ammettersi che l'esecuzione della pena, nei confronti dello straniero presente *contra legem* nel territorio dello Stato, abbia luogo con modalità tali da comportare la violazione delle regole che configurano detta condizione di illegalità; senza considerare, poi - si aggiunge - che, con particolare riferimento all'affidamento in prova, risulterebbe impossibile instaurare, proprio a fronte della condizione in discorso, la necessaria interazione tra il condannato e il servizio sociale.

Per contro, alla stregua di altra corrente interpretativa - confortata da una recente pronuncia delle sezioni unite della Corte di cassazione, successiva all'ordinanza di rimessione (sentenza n. 14500 del 28 marzo 2006) - la presenza illegale nel territorio dello Stato, pur esponendo lo straniero all'espulsione amministrativa, da eseguire dopo l'espiazione della pena, non osterebbe alla concessione delle misure alternative, quante volte il giudice - sia pure in esito ad un vaglio adeguatamente rigoroso, in correlazione alla particolare situazione del richiedente - ravvisi comunque la sussistenza dei presupposti di accesso alle misure medesime, quali stabiliti dalla legge sull'ordinamento penitenziario. In particolare, secondo tale ultimo orientamento, le misure alternative - che costituiscono altrettante modalità di esecuzione della pena e le cui prescrizioni rivestono, dunque, carattere «sanzionatorio-afflittivo» - mirano ad attuare i «preminenti valori costituzionali della eguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione)», con la conseguenza che la loro applicazione non può essere esclusa *a priori* ed in ragione di una presunzione assoluta di inidoneità legata alla condizione di clandestinità o irregolarità della presenza sul territorio nazionale del detenuto, dovendosi, per contro, formulare in concreto il richiesto

giudizio prognostico attinente alla rieducazione del condannato ed alla prevenzione del pericolo di reiterazione dei reati.

4.- A fronte delle delineate diverse soluzioni interpretative va, preliminarmente, rilevato che, conformemente a quanto sancito dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, la legge n. 354 del 1975, nell'indicare i principi direttivi ai quali deve ispirarsi il trattamento penitenziario, statuisce, per un verso, che nei confronti dei condannati ed internati debba essere attuato, secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti, un trattamento rieducativo che tenda al «reinserimento sociale» degli stessi; e, per altro verso, che il trattamento penitenziario debba essere «improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose» (art. 1).

Questa Corte, nell'ambito di giudizi aventi ad oggetto le disposizioni contenute nella legge n. 354 del 1975, con riferimento alla finalità rieducativa della pena, ha, d'altro canto, costantemente affermato che detta finalità deve contemperarsi con le altre funzioni che la Costituzione assegna alla pena medesima (vale a dire: prevenzione generale, difesa sociale, prevenzione speciale). Tale principio di armonica coesistenza deve ispirare l'esercizio della discrezionalità che in materia compete al legislatore, le cui scelte risulteranno non irragionevoli e rispettose del precetto dell'art. 27, terzo comma, della Costituzione, allorquando, pur privilegiando l'una o l'altra delle suddette finalità, il sacrificio che si arreca ad una di esse risulti assolutamente necessario per il soddisfacimento dell'altra e, comunque, purché nessuna ne risulti obliterata (sentenze n. 257 del 2006 e n. 306 del 1993).

Su siffatte premesse, questa Corte, tenuto conto dei principi di proporzione e individualizzazione della pena propri del trattamento penitenziario, ha ritenuto che contrastano con la finalità rieducativa della stessa quelle norme che precludono l'accesso ai benefici penitenziari in ragione del semplice *nomen iuris* del reato per il quale è stata pronunciata la condanna (si veda la già citata sentenza n. 306 del 1993). La Corte ha, altresì, statuito l'incompatibilità costituzionale, rispetto all'art. 27, terzo comma, della Costituzione, della preclusione all'ottenimento di una nuova liberazione condizionale da parte del condannato all'ergastolo, cui tale misura sia stata in precedenza revocata in conseguenza della commissione di un delitto o di una contravvenzione della stessa indole o della trasgressione degli obblighi inerenti alla libertà vigilata; e ciò anche quando sussista il presupposto del sicuro ravvedimento (sentenza n. 161 del 1997, che ha dichiarato, di conseguenza, costituzionalmente illegittimo l'art. 177, comma 1, ultimo periodo, del codice penale). Una simile preclusione, per il suo carattere assoluto ed automatico, avrebbe, infatti, escluso il condannato in modo permanente e definitivo dal processo rieducativo e di reinserimento sociale.

Tali principi risultano pienamente conferenti in relazione all'odierno scrutinio di costituzionalità.

Invero, l'incompatibilità rispetto all'art. 27, terzo comma, della Costi-

tuzione, che attinge le norme censurate in esito al vincolante principio di diritto espresso dalla Corte di cassazione, deriva dal fatto che quest'ultimo si risolve nella radicale esclusione dalle misure alternative alla detenzione di un'intera categoria di soggetti, individuata sulla base di un indice – la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato – privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati.

Detta esclusione assume, cioè, carattere assoluto quanto all'oggetto, abbracciando indistintamente l'intera gamma delle misure alternative alla detenzione e, dunque, un complesso di misure dai connotati profondamente diversificati e dai contenuti estremamente variegati, in quanto espressione dell'esigenza di realizzare una progressione del trattamento. Al tempo stesso, tale preclusione risulta collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva – il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato – che, di per sé, non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima. In conseguenza di siffatto automatismo, vengono quindi ad essere irragionevolmente accomunate situazioni soggettive assai eterogenee: quali, ad esempio, quella dello straniero entrato clandestinamente nel territorio dello Stato in violazione del divieto di reingresso e detenuto proprio per tale causa, e quella dello straniero che abbia semplicemente ommesso di chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno e che sia detenuto per un reato non riguardante la disciplina dell'immigrazione.

Quanto, poi, alla incompatibilità fra la disciplina del testo unico in materia di immigrazione e l'applicazione di misure alternative alla detenzione, pure evocata a fondamento del principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, occorre considerare che, in realtà, è proprio la condizione di persona soggetta all'esecuzione della pena che abilita *ex lege* – ed anzi costringe – lo straniero a permanere nel territorio dello Stato; e ciò, tanto se l'esecuzione abbia luogo nella forma intramuraria, quanto se abbia luogo, invece – a seguito della eventuale concessione di misure alternative – in forma extramuraria. In altre parole, nel momento stesso in cui prevede che l'esecuzione della pena "prevalga", sospendendone l'attuazione, sulla espulsione cui il condannato extracomunitario sarebbe soggetto, il legislatore adotta una soluzione che implica l'accettazione della perdurante presenza dello straniero nel territorio nazionale durante il tempo di espiazione della pena stessa. Da ciò consegue l'impossibilità di individuare nella esigenza di rispetto delle regole in materia di ingresso e soggiorno in detto territorio una ragione giustificativa della radicale discriminazione dello straniero sul piano dell'accesso al percorso rieducativo, cui la concessione delle misure alternative è funzionale.

Il legislatore ben può, ovviamente - tenuto conto della particolare situazione del detenuto cittadino extracomunitario che sia entrato illegalmente in Italia o sia privo di permesso di soggiorno - diversificare,

in rapporto ad essa, le condizioni di accesso, le modalità esecutive e le categorie di istituti trattamentali fruibili dal condannato o, addirittura, crearne di specifici, senza però potersi spingere fino al punto di sancire un divieto assoluto e generalizzato di accesso alle misure alternative nei termini dinanzi evidenziati. Un simile divieto contrasta con gli stessi principi ispiratori dell'ordinamento penitenziario che, sulla scorta dei principi costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione), non opera alcuna discriminazione in merito al trattamento sulla base della liceità della presenza del soggetto nel territorio nazionale.

L'assoluta preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione, nei casi in esame, prescinde, peraltro, dalla valutazione prognostica attinente alla rieducazione, al recupero e al reinserimento sociale del condannato e alla prevenzione del pericolo di reiterazione di reati, cosicché la finalità repressiva finisce per annullare quella rieducativa.

Va, pertanto, dichiarata la illegittimità costituzionale delle disposizioni di cui agli artt. 47, 48 e 50 della legge n. 354 del 1975, delle quali il giudice rimettente è chiamato a fare applicazione ai fini della richiesta concessione di misure alternative, ed alle quali va quindi limitata la declaratoria di incostituzionalità, ove interpretate nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative alla detenzione previste dai medesimi articoli. Resta ferma la evidenziata facoltà del legislatore di tenere eventualmente conto – in sede di modifica della disciplina vigente – della particolare situazione dello straniero clandestino o irregolare, nei termini e nei limiti che si sono in precedenza indicati.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative da essi previste.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 5 marzo 2007.

**LA CORTE COSTITUZIONALE PONE AL LEGISLATORE
NUOVI LIMITI LEGATI ALLA FINALITA'
RIEDUCATIVA DELLA PENA**

GIUSEPPE LA GRECA*

CORTE COSTITUZIONALE – SENTENZA 5-16 MARZO 2007 N. 79 – Ordinamento penitenziario – Benefici penitenziari – Restrizioni introdotte dalla legge n. 251/2005 – Divieto di concessione dei benefici ai condannati per evasione e ai recidivi reiterati – Concedibilità, secondo la disciplina previgente, ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della novella, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici – Mancata previsione – Violazione della finalità rieducativa della pena – Illegittimità costituzionale (Cost. art. 27, terzo comma; legge 26 luglio 1975 n. 375, art. 58-quater, commi 1 e 7-bis, introdotti dall'art. 7, commi 6 e 7, della legge 5 dicembre 2005 n. 251)

Sono costituzionalmente illegittimi i commi 1 e 7-bis dell'art. 58-quater della legge 26 luglio 1975 n. 375 (Norme sull'ordinamento e sull'esecuzione delle misure preventive e limitative della libertà), introdotti dall'art. 7, commi 6 e 7, della legge 5 dicembre 2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975 n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), nella parte in cui non prevedono che i benefici in essi indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore della citata legge n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti.

Commento

1. Con la sentenza n. 79/2007, la Corte costituzionale continua nella sua costante e importante opera di verifica della corrispondenza delle norme riguardanti la disciplina penitenziaria alla Costituzione vigente e segnatamente al principio della rieducazione del condannato, sancito dal terzo comma dell'art. 27.

Nella specie è stato il Tribunale di sorveglianza di Catania a sollevare, in riferimento al già richiamato art. 27, terzo comma, ma anche all'art. 3 della Costituzione, dubbi sulla legittimità degli artt. 7, commi 6 e 7, e 10 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (più nota come *ex Cirielli*). Con queste norme la legge, in attuazione di un disegno

*Presidente aggiunto onorario della Corte suprema di cassazione

ispirato ad una maggiore importanza attribuita alle esigenze di difesa sociale, aveva statuito che l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall'art. 47 dell'ordinamento penitenziario, la detenzione domiciliare e la semilibertà non potessero essere concessi al condannato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell'art. 385 cod. pen. (evasione e condotte assimilate) o dichiarato recidivo ai sensi dell'art. 99, quarto comma, cod. pen.

Proprio considerando la situazione del recidivo, il Tribunale di sorveglianza di Catania aveva sollevato dubbi di costituzionalità della nuova disciplina in relazione a due parametri: a) in riferimento all'art. 3 della Costituzione, perché contrasta con il principio di ragionevolezza l'introduzione di una nuova presunzione di pericolosità, rapportata alla natura del reato commesso, o alla qualifica di recidivo reiterato, senza l'attribuzione di alcun rilievo, per i fatti anteriori all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, né all'epoca in cui il fatto è stato commesso, né al comportamento successivo del condannato, con la conseguenza che quest'ultimo non può nuovamente accedere alle misure alternative in relazione a pene comminate per fatti risalenti, coevi ad altri fatti per i quali abbia già ottenuto di espriare la pena con una misura alternativa alla detenzione; b) in riferimento all'art. 27, terzo comma, della Costituzione, perché l'applicazione delle più restrittive previsioni per l'accesso alle misure alternative anche ai soggetti condannati per fatti antecedenti all'entrata in vigore della nuova normativa, quando intervenga su soggetti che hanno già intrapreso un percorso riabilitativo, contrasterebbe con il principio di necessaria finalizzazione rieducativa della pena.

2. La Corte costituzionale ha ritenuto fondata l'eccezione di legittimità costituzionale, utilizzando tuttavia soltanto il secondo parametro, quello relativo alla necessaria finalizzazione rieducativa della pena. In realtà, anche il richiamo all'art. 3, riferito alla lesione del principio di ragionevolezza derivante dalla introduzione di una nuova presunzione di pericolosità rapportata alla natura del reato commesso o alla qualifica di recidivo reiterato - senza alcun discrimine relativo al dato temporale del reato né al comportamento successivo tenuto dal condannato - non era privo di plausibilità. Ma la Corte non ha dedicato alcuna valutazione a questo parametro, avendo evidentemente ritenuto sufficiente all'accoglimento della questione e utilmente conforme ad un ampio e solido contesto giurisprudenziale il richiamo al principio del doveroso carattere rieducativo della disciplina penitenziaria.

Questa è una linea che la Corte sta infatti seguendo da tempo e che ora è pervenuta ad enunciazioni di principio indubbiamente impegnative, come chiaramente risulta dalla stessa sentenza in commento, la quale nell'*incipit* della motivazione afferma: *"Va ribadito che – secondo un orientamento giurisprudenziale costante ed univoco di questa Corte – la finalità rieducativa della pena, stabilita dall'art. 27, terzo comma, Cost., deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria"*. La conseguenza che se ne trae è che la normativa deve prevedere modalità e percorsi idonei a realizzare la risocializzazione, e che *"la massima valorizzazione dei percorsi rieducativi compiuti da chi deve espriare una pena mal si concilia con la vanificazione, in tutto o in parte, degli stessi, per effetto di una mera successione delle leggi nel tempo"*, nel senso che l'eventuale sopraggiungere di differenti valutazioni e scelte di politica penale in tema di alternative alla detenzione o di benefici penitenziari *"non possono incidere negativamente sui risultati già utilmente raggiunti dal condannato"*.

3. Una decisione analoga era stata adottata lo scorso anno, con la sentenza n. 257/2006. Nell'occasione la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 40-*quater* dell'ordinamento penitenziario, introdotto dall'art. 7 della legge 5 dicembre 2005 n. 251 (ancora la c.d. *ex Cirielli*), nella parte in cui non prevedeva che il beneficio del permesso premio potesse essere concesso sulla base della normativa previgente nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della citata legge n. 251/2005, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio.

Fondatamente quindi la decisione qui riportata si è richiamata alla sentenza n. 257/2006, che si era trovata a sua volta nel terreno di confluenza di due distinti e risalenti filoni giurisprudenziali. Il primo aveva trovato espressione prioritaria e molto efficace nella sentenza n. 445/1997, che era pervenuta a dare uno spiccato risalto generale al principio di progressività del trattamento, indicato già allora come il fulcro attorno al quale si era dipanata la giurisprudenza della Corte, *"attenta a rimarcare l'esigenza che ciascun istituto si modelli e viva nel concreto come strumento dinamicamente volto ad assecondare la funzione rieducativa, non soltanto nei profili che ne caratterizzano l'essenza, ma anche per i riflessi che dal singolo istituto scaturiscono sul più generale piano delle varie opportunità trattamentali che l'ordinamento fornisce"*.

Ogni misura – argomentava ancora la sentenza – si caratterizza infatti per essere parte di un percorso nel quale i diversi interventi si sviluppano secondo un ordito unitario e finalisticamente orientato, con la conseguenza che ogni regresso giustifica un riadeguamento

del percorso, mentre il maturarsi di positive esperienze genera un ulteriore passaggio nella "scala" degli istituti di risocializzazione.

Il secondo filone di giurisprudenza costituzionale atteneva alla possibilità di estendere alla disciplina del permesso premio la tutela già assicurata alle misure alternative alla pena (sent. n. 137/1999), in una situazione nella quale parimenti il sopraggiungere di una norma impeditiva di un vantaggio per il detenuto che aveva acquisito il diritto a fruirne, atteneva appunto – invece che ad una misura alternativa – al permesso premio. La Corte, richiamata la precedente giurisprudenza, ribadiva che non si può ostacolare il raggiungimento della finalità rieducativa con il precludere l'accesso a determinati benefici o a determinate misure alternative in favore di chi, al momento in cui è entrata in vigore una legge restrittiva, abbia già realizzato tutte le condizioni per usufruire di quelle misure o di quei benefici. *"Ed infatti – concludeva la Corte – il permesso premio, pur non potendo essere ricondotto alla categoria delle misure alternative alla detenzione, è, per il chiaro dettato della legge, una parte integrante del programma di trattamento (...) e strumento di rieducazione in quanto consente un reinserimento del condannato nella società"*.

4. L'intero arco dei possibili interventi diretti alla ricollocazione del condannato nella vita sociale si trova quindi sotto la tutela della richiamata giurisprudenza della Corte costituzionale, che pone un fermo baluardo di fronte ad eventuali modifiche legislative dirette a condurre verso non giustificate interruzioni della progressione nel trattamento rieducativo. Si può dire che è stato in qualche modo "costituzionalizzato" un forte disfavore nei confronti delle valutazioni legali di pericolosità che non apprezzino in concreto gli sviluppi della condotta e della personalità del condannato di volta in volta preso in considerazione.

Siamo dunque di fronte ad una concreta reazione contraria alle disposizioni che *"subordinino l'operatività degli strumenti rieducativi a una valutazione legale di pericolosità sociale ("immeritevolezza") imperniata esclusivamente su una visione retrospettiva della "storia" della persona condannata, il cui percorso rieducativo resta stigmatizzato dal riferimento al tipo di reato commesso, regredendo cioè a una situazione che appartiene al passato, e dunque giocoforza non più attuale, senza che su di esso possa incidere, per effetto della "ingessatura" propria della figura del "tipo di autore" non consentita dai principi costituzionali, l'adesione al trattamento rieducativo accertata ed eventualmente – come nel caso sottoposto all'esame della Corte – comprovata per facta dall'esito positivo di una precedente misura alternativa"* (F. Fiorentin, *Illegittime le restrizioni della ex Cirielli sulle alternative al carcere per i recidivi*, in Guida

al diritto, 14, 58).

L'efficace attuazione della visione che emerge dalla giurisprudenza costituzionale comporta naturalmente l'esistenza di adeguati strumenti operativi e di specifiche competenze così nelle strutture penitenziarie come negli uffici giudiziari.

FRANCESCO SAVERIO FORTUNA
REATI CONTRO LA FAMIGLIA E I MINORI
Giuffrè, Milano, 2006

Opera pregevole, ricca d'informazioni e utile, la raccolta di saggi sui *Reati contro la famiglia e i minori*, curata da Francesco Saverio Fortuna, per i tipi della Giuffrè, nell'ambito delle attività dell'insegnamento di diritto penale nella Facoltà di giurisprudenza di Cassino.

La materia è stata oggetto di continue importanti riforme nel corso degli ultimi trent'anni, da apparire quindi una raccolta sistematica e completa strumento indispensabile per gli studiosi e soprattutto per i pratici.

Con la legge 22 maggio 1978 n. 194, contenente *norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, è stato fra l'altro soppresso l'art. 551 del codice penale, in cui era previsto l'*aborto per causa d'onore*.

Con la legge 5 agosto 1981 n. 442, di *abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore*, sono stati eliminati dal codice penale gli articoli 587 (*omicidio e lesione personale a causa d'onore*), 578 (*infanticidio per causa d'onore*) e 592 (*abbandono di un neonato per causa d'onore*).

Con la legge 15 febbraio 1996 n. 66, contenente *norme contro la violenza sessuale*, è stato abrogato il capo primo, comprendente gli articoli 519-525 (*delitti contro la libertà sessuale*) del titolo IX del libro II del codice (*Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*), cui sono stati sostituiti gli articoli da 609-bis a 609-decies, dei delitti di violenze e abusi sessuali, significativamente collocati nella sezione seconda (*delitti contro la libertà personale*) del capo terzo (*delitti contro la libertà individuale*) del titolo XII (*delitti contro la persona*) del medesimo libro secondo del codice.

Nello stesso capo terzo del titolo XII del libro secondo del codice sono stati introdotti, con la legge 3 agosto 1998 n. 269, contenente *norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in*

schiaività, gli articoli da 600-bis a 600-septies.

Con la legge 4 aprile 2001 n. 154, contenente *misure contro la violenza nelle relazioni familiari*, è stata introdotta, con l'art. 282-bis del codice di procedura penale, la misura cautelare personale dell' *allontanamento dalla casa familiare*, che il giudice per le indagini preliminari, su richiesta del pubblico ministero, può applicare al responsabile di comportamenti lesivi in danno di altri componenti della famiglia, ingiungendogli di astenersi da contatti con le parti protette e potendo assegnare, anche, ad esse, ove necessario, un assegno di mantenimento.

Infine, con la legge 6 febbraio 2006 n. 38 sono state introdotte « *Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet*».

Dopo un saggio introduttivo di Francesco Saverio Fortuna su *La tutela penale della famiglia e dei minori nel codice e nella legislazione complementare*, gli altri contributi sono di:

Riccardo Di Vizio, su *Il delitto di bigamia* (art. 556 c.p.); Giuseppe Pettenati, sul delitto di *Induzione al matrimonio mediante inganno* (558 c.p.); Antonello Madeo, su *I delitti di incesto: incesto e relazione incestuosa* (art. 564 c.p.); Francesca Ingino, sul delitto di *Attentato alla morale familiare* commesso col mezzo della stampa (art. 565 c.p.); Tiziana Filacaro, su *I delitti contro lo stato di famiglia* (artt. 566, 567 e 568 c.p.); Massimo Luigi Ferrante, su *La violazione degli obblighi di assistenza familiare* (art. 570 c.p.); Luigi Imperato, sul delitto di *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina* (art. 571 c.p.); Pietro Pomanti, sul delitto di *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli* (art. 572 c.p.); Claudio Borgiani, su *La sottrazione consensuale di minorenni e Sottrazione di persone incapaci* (artt. 573 e 574 c.p.); Domenico Porchetta, su *La tratta di minori* (art. 601 cpv. c.p.); di Amedeo Pannaccione, sul delitto di *Atti sessuali con minorenne* (art. 609-quater c.p.); Vincenzo Macari, sulla *Violenza sessuale in danno di minore. La questione dell'età* (artt. 609-ter e -quater c.p.); Gianfranco Iadecola, sulle *Nuove forme d'intervento penale a tutela dei minori* (artt. da 600-bis a 600-quinquies c.p.); Francesco Saverio Fortuna, *Sulla via della tutela più rigorosa dei minori* (sulla legge 6 febbraio 2006 n. 38, contenente « *Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet*»).

Nel quadro di una riflessione generale sulla famiglia e sulla evoluzione storica e culturale dei rapporti relativi a questa, tutti i saggi comprendono l'analisi storica, l'esame dei profili sostanziali e processuali, della giurisprudenza di merito, di legittimità e costituzionale, una ricca bibliografia sui diversi delitti ovvero argomenti trattati.

Stampa



Il Profumo delle Parole

presso la Casa Circondariale di Bologna

3 *rassegna*
2007 *penitenziaria*
 e criminologica

Fondata da GIUSEPPE ALTAVISTA

DIRETTORE RESPONSABILE

ETTORE FERRARA

VICE DIRETTORE

EMILIO DI SOMMA

PRESIDENTE DEL COMITATO DI DIREZIONE

GIOVANNI CONSO

COMITATO DI DIREZIONE

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

COMITATO DI GARANZIA

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

REDATTORE CAPO

GIUSEPPE CAPOCCIA

REDAZIONE

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

AVVERTENZE PER GLI AUTORI

La *Rassegna penitenziaria e criminologica* è pubblicata quadrimestralmente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Inoltre:

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

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

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

SOMMARIO

DOTTRINA E DIBATTITI

- S. D'AURIA**
*Diritti dell'uomo, crimini contro l'umanità e
Tribunali internazionali pag.* 7
- S. ARDITA**
Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria » 41
- T. GIUGLIANO**
*La repressione della tratta di persone: aspetti
penalistici, processuali e penitenziari »* 59

GIURISPRUDENZA

- L. CESARIS**
*La carenza di motivazione nei provvedimenti
del Tribunale di sorveglianza: la posizione della
Corte di Cassazione »* 105
- F. ALBANO**
*Affidamento in prova con «funzione retributiva»:
un binomio possibile? »* 115

RECENSIONI

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

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

STEFANO D'AURIA*

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

1. Introduzione

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

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

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

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

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

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

2.1 Dalle origini al Novecento

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶ La "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino", nel pieno della Rivoluzione francese.

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

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

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

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

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

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

¹¹ Fu Carlo il Temerario a concedergli tale carica.

¹² Figlio di Federico IV d'Austria.

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

¹⁴ Al comando dell'ammiraglio de Rigny.

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

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

2.2 Il Novecento e il processo di Norimberga

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

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

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

¹⁷ Considerato il primo olocausto del secolo.

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

¹⁹ Peraltro minoritaria.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵² Riduzione in minutissimi frammenti.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁸ I *twa* sono noti anche *Batwa*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷² E probabilmente anche il popolo ruandese.

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

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

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

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

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

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

d) crimine di aggressione⁷⁸.

Fermo restando che le quattro forme di crimini sopra elencati

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸² Soglia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Conclusioni

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bibliografia:

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

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

LE DISPOSIZIONI SULLA SICUREZZA PENITENZIARIA

SEBASTIANO ARDITA*

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

1. Premessa

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

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

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

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

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

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

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

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

2. La differenza tra circuito e regime

Per meglio comprendere il discorso che si intende sviluppare,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. La circolare AS sull'Alta Sicurezza

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

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

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

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

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

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

4.1. La circolare AS. Classificazione

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

l'art. 4 *bis*.

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2. La circolare AS. Declassificazione

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

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

5. Elevato Indice di Vigilanza

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

TONIA GIUGLIANO*

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

Introduzione

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Le forme di manifestazione del traffico internazionale di persone

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pertanto, per comprendere le reali dinamiche del fenomeno

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. La definizione del concetto di criminalità organizzata

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

nità investigativa da operare caso per caso⁵⁴.

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

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

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

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

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

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

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

9. La collaborazione internazionale

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LAURA CESARIS*

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

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

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

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

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

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

* * *

* Università di Pavia.

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

OSSERVA:

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

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

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

P. Q. M.

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

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

OSSERVA:

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

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

Il ricorso è fondato.

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

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

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

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

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

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

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

P.Q.M.

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

* * *

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

FLAVIA ALBANO*

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

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

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

* Università del Salento.

* * *

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

Svolgimento del processo

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

Motivi della decisione

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

mente, alla esigenza retributiva).

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

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

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

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

DETERMINA le seguenti prescrizioni:

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

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

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

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

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

* * *

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Né è possibile rintracciare nella Carta fondamentale possibili

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La sua previsione si colloca nell'opera di trasformazione -

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

damento del distacco dalla pregressa condotta deviante)»²³.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁰ Circa l'ampiezza della discrezionalità riconosciuta al tribunale di sorveglianza in tema di prescrizioni all'affidato, v. ZAPPA, *Prescrizioni nel corso dell'affidamento in prova al servizio sociale, modifica alle stesse e trasferimento dell'esperimento in località situata fuori dalla giurisdizione dell'ufficio*, in *Rass. pen. crim.*, 1982, p. 276.

³¹ La suggestiva espressione è di MONTEVERDE, *Mediazione e riparazione dopo il giudizio. L'esperienza della magistratura di sorveglianza*, in *Min. giust.*, 2000, n. 2, p. 227.

³² Si rimanda, in proposito, a LA GRECA, «Colletti bianchi» e benefici penitenziari, in *Foro it.*, 1998, II, c. 34 ss.

³³ Trib. Sorv. Milano, 11 febbraio 1998, Schemmari, in *Quest. giust.*, 1998, p. 478.

dell'attività professionale in occasione della quale venne commesso il reato³⁴, la rivisitazione critica del proprio passato³⁵ e la presa di coscienza della «necessità di rispettare le leggi penali» ed agire conformemente «ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, sanciti dall'ordinamento medesimo»³⁶.

È così radicalmente cambiata la fascia dei destinatari dell'affidamento in prova al servizio sociale: ai microcriminali, agli emarginati sociali, si sono aggiunti autori di reati di rilevantissima gravità, spesso perfettamente integrati (economicamente e sul piano dei rapporti interpersonali) nel contesto sociale di provenienza.

Tale fenomeno, secondo autorevole dottrina³⁷, ha determinato l'affievolimento della funzione di moderno strumento di lotta alle pene detentive brevi e di aiuto «umano» ai disadattati della misura alternativa *de qua*, trasformata, oramai, in «incontrollata forma di grazia giudiziale», volta a «tamponare», in qualche modo, il sovrappollamento delle carceri italiane.

Sicuramente, rispetto a questa categoria di condannati, sarebbe stata auspicabile, come osservato³⁸, la previsione di misure più idonee - come il *community service order* o il *travail d'interêt general* -, in cui fosse prevalente il momento retributivo-riparativo più che quello riabilitativo.

Gran parte della magistratura di sorveglianza, pertanto, convinta di non poter incidere sulla portata rieducativa dell'affidamento in prova, al fine di arginare la generalizzata concessione del beneficio nei confronti di autori di reati di particolare rilievo economico e sociale³⁹, ha deciso di riempire la «scatola vuota» cui prima si è alluso incrementando il tasso di afflittività della misura.

Non a torto, questa risposta dei tribunali di sorveglianza alla strumentalizzazione della misure alternative da parte del legislatore - e dell'intero sistema che, pur richiamandosi alla categoria della «rieducazione», non si è preoccupato di predisporre le risorse necessarie per un adeguato funzionamento dell'area penale esterna - è stata definita «giurisprudenza reattiva»⁴⁰, tesa, cioè, a ridelineare - o plasmare *ex novo* - la sagoma delle misure alternative.

³⁴ Trib. Sorv. Milano, 11 febbraio 1998, Ligresti, in *Quest. giust.*, 1998, p. 476.

³⁵ Trib. Sorv. Milano, 23 luglio 1997, Cusani, in *Foro. it.*, 1998, c. 31.

³⁶ In questo senso si è espressa Cass., Sez. I, 5 febbraio 1998, Cusani, *cit.*

³⁷ MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio*, *cit.*, 2000, 165, secondo cui è un incredibile nonsenso vedere i c.d. «colletti bianchi» ricompresi tra quanti il servizio sociale dovrebbe aiutare a «superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale».

³⁸ DELLA CASA, *La crisi d'identità delle misure alternative*, *cit.*, p. 3282.

³⁹ Si pensi, ad esempio, all'esperienza di «Tangentopoli».

⁴⁰ Cfr., al riguardo, DELLA CASA, *La crisi d'identità delle misure alternative*, *cit.*, p. 3283.

L'effetto che decisioni come quella in epigrafe inevitabilmente producono è di rendere più difficile l'accesso ai benefici, subordinandolo a giudizi di valore – come quello sotteso alla necessità di applicare una «giusta pena», che soddisfi innanzitutto l'esigenza retributiva – estranei alla previsione legislativa e incoerenti con la *ratio* originaria dell'istituto.

La magistratura di sorveglianza – pur a fronte delle gravi carenze ed incongruenze dell'attuale sistema penitenziario – è chiamata ad operare una «serena», rigorosa e particolareggiata valutazione (di cui deve dare conto con esauriente motivazione) circa la sussistenza delle condizioni normativamente prescritte per la concessione della misura alternativa, non cedendo a dannose tentazioni demiurgiche, che esulano dalla propria competenza istituzionale.

RECENSIONE DI GIUSEPPE CAPOCCIA

A CURA DI CARLO BRUNETTI E CARMELA SAPIA
PSICOLOGIA PENITENZIARIA
E.S.I. 2007

Il volume *Psicologia penitenziaria*, curato da C. Brunetti e C. Sapia, affronta in maniera articolata la storia e l'evoluzione del trattamento penitenziario in Italia, esplorando temi di notevole interesse nell'ambito della psicologia e di quella penitenziaria in particolare.

In questo senso livelli operativi e teorico-psicologici-giuridici si integrano in un insieme composito e puntuale che fanno del testo un valido e prezioso strumento conoscitivo.

Si ritrovano nella lettura stimolanti correlazioni e confronti sui grandi temi della Psicologia penitenziaria e sulle operazioni culturali messe in atto nel tempo da studiosi e tecnici di varie discipline in ambito di istituzione carceraria.

Le considerazioni storico-criminologiche del trattamento penitenziario, dalla Riforma del '75 ad oggi, funzioni e contributi degli specialisti nell'attività di osservazione e trattamento, il ruolo degli educatori e degli assistenti sociali anche nel Servizio nuovi giunti, le metodiche dell'osservazione, le verifiche sui progetti trattamentali, le riflessioni sulle misure alternative alla detenzione, costituiscono aree ampiamente investigate ed inquadrare in precise cornici storico-giuridiche.

La II parte, che tratta metodologie, procedure ed interventi dello psicologo penitenziario, esamina le difficoltà e specificità dell'intervento clinico in carcere, anche attraverso analisi e considerazioni sul lavoro di équipe e dei gruppi di supervisione.

Spunti interessanti sono costituiti dalle riflessioni critiche sugli aspetti deontologici ed etici della professione psicologica nella realtà penitenziaria e sulla veicolazione delle "fantasie" che arricchiscono e fanno da sfondo al clima emozionale all'interno degli istituti penitenziari.

Le approfondite analisi sul transessualismo e sui problemi e vissuti di adattamento nel contesto intramurario, rappresentano un contributo significativo sul piano psicodinamico e psicogiuridico.

Inoltre ampio spazio è demandato alle problematiche relative all'imputabilità del soggetto in età evolutiva, ai livelli di rischio suicidale ed ai piani di prevenzione del rischio stesso in un'ottica psicologica e socio-culturale.

I fattori del burn-out e la prevenzione di tale fenomeno in carcere chiudono il testo, unitamente ad argomenti relativi all'organizzazione del setting e della resilienza, costituendo utili riflessioni sui significati e peculiarità del lavoro psicologico in tale realtà.

In conclusione un testo impegnativo che immette il lettore in un contesto delicato, valorizzando la complessità dell'intervento psicologico, giuridico e sociale ed il contributo umano e culturale di quanti sono impegnati come operatori nel mondo penitenziario.

Stampa a cura del



Il Profumo delle Parole

presso la Casa Circondariale di Bologna