

RELAZIONI TENUTE IN OCCASIONE DEI SEMINARI
DI SOCIOLOGIA DELLA DEVIANZA
(Anno accademico 2005-2006)

1) MIGRAZIONI E CRIMINALITA' (21.04.2006)

Migrazioni, fattore razziale e criminalità

1) Teorie sociologiche su “straniero” e criminalita’. Paradigma del consenso *versus* teorie del conflitto. Brevi cenni.

Premessa

E’ noto che la criminologia, e in particolare la sociologia criminale, spesso sperimenta le sue ipotesi proprio sullo straniero, in quanto ‘diverso’ e ‘altro’ rispetto ai membri ‘integrati’ della società’.

Sono numerose infatti le teorie criminologiche nate in risposta ai problemi legati ai fenomeni migratori e alle questioni razziali. Le prime teorie sul tema sono sorte, all’inizio del XX secolo (i primi approcci a cavallo tra ‘800 e ‘900 erano diretti per lo più’ alla criminalizzazione dello straniero considerato foriero di devianza), soprattutto negli Stati Uniti d’America, paese che ha fondato la sua esistenza proprio sulla immigrazione. Basti pensare, su tutte, alla teoria dei ‘conflitti culturali’ – teoria con cui ci si confronta ancor oggi e su cui torneremo più’ approfonditamente tra breve - elaborata, all’interno della c.d. Scuola di Chicago, da Thorsten Sellin negli anni ‘30 proprio in risposta al problema americano del flusso migratorio proveniente da tutta Europa verificatosi nei primi decenni del secolo (Cfr. G. MAROTTA, *Straniero e devianza. Saggio di sociologia criminale*, Padova, Cedam, 2003, p. 5 ss.). Tale teoria vede nella contrapposizione di diversi sistemi culturali all’interno di un individuo la causa principale del disagio e della successiva condotta deviante di quest’ultimo. Da tale conflitto culturale nascerebbe una incertezza di valori che espone l’individuo al rischio maggiore di porre in essere condotte devianti. Secondo Sellin, tale conflitto culturale sarebbe particolarmente marcato nei gruppi immigrati e nelle minoranze etniche.

Numerose sono, quindi, le teorie socio-criminologiche, specie americane, che si sono occupate, tra l’altro, del rapporto tra minoranze etniche e devianza, tra straniero o immigrato e devianza, tra razza e devianza. Come e’ stato autorevolmente osservato, questi temi sebbene distinti sono affini tra loro e anzi debbono essere affrontati insieme perché’ dalla trattazione unitaria e’ possibile trarre conclusioni più’ articolate (Cfr. M. TONRY (a cura di), *Ethnicity, Crime and Immigration. Comparative and Cross-national Perspective*, Chicago, University of Chicago Press, 1997, p. 3 dell’Introduzione). E’ questo il nostro orientamento nella esposizione delle principali teorie sociologiche sul tema.

Tuttavia, per inciso, occorre subito sgombrare il campo da quelle teorie che collegano la razza intesa in senso strettamente biologico alla criminalità’. Esse sono state smentite sul piano empirico. Gli studi di Herskovits (1930) e Hooton (1939) hanno mostrato come fra i neri americani solo una percentuale molto limitata possa dirsi di ‘razza pura’ e come, pertanto, lo stesso concetto di razza inteso in senso biologico sia inutilizzabile (Per questi studi cfr. A.A.V.V., *Criminologia. Il*

contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale, Giuffrè, Milano, 1991, p. 473.).

Proprio con riferimento all'elevato tasso di criminalità degli immigrati europei in America, nonché dei neri americani, non solo sono state formulate le principali teorie criminologiche su etnia, immigrazione e criminalità, ma sono state anche condotte alcune fondamentali indagini empiriche volte a verificare, da un lato, se i neri e gli immigrati commettono un numero maggiore di reati rispetto ai bianchi e agli autoctoni, dall'altro, se, a parità di reati, esistano particolari discriminazioni nei confronti dei neri e degli stranieri da parte del sistema di controllo sociale formale. Su tali studi torneremo nel proseguo del seminario. Veniamo ora ad una breve analisi delle teorie che, all'interno della tradizione criminologica americana, si sono occupate del tema "straniero" e devianza (si segnala che tali teorie verranno trattate più approfonditamente durante le lezioni).

Il paradigma del consenso.

La criminologia americana: la Scuola di Chicago e la teoria dei "conflitti culturali" di Sellin.

La Scuola di Chicago, sviluppatasi intorno agli anni '20 in America, è anche nota sotto l'etichetta di 'scuola dell'ecologia umana' per il suo interesse verso i mutamenti dell'agire umano al mutare dell'ambiente sociale circostante. A questa Scuola si deve la costruzione di un nutrito insieme di ricerche su ghetti etnici, bande devianti, povertà, vagabondaggio e altri stili di comportamento deviante. Da tali studi la Scuola trasse modelli da applicare a problemi socialmente rilevanti per il tempo, in particolare al problema delle migrazioni, inaugurando un mutamento di atteggiamento – un atteggiamento c.d. di ingegneria sociale, ossia di profonda comprensione dei fenomeni - rispetto a quegli indirizzi criminalizzatori e razzisti che pure erano diffusi rispetto al problema migratorio.

Nei primi decenni del XX secolo, infatti, gli Stati Uniti d'America furono protagonisti di una ondata migratoria proveniente dall'Europa: italiani, slavi, ebrei, polacchi e genti di numerose altre nazionalità si imbarcarono in massa per andare a cercare fortuna nel Nuovo Mondo e andarono così a sostituire nei ghetti delle città i tedeschi e gli irlandesi che li avevano abitati per buona parte del XIX secolo. In questo periodo si svilupparono i c.d. quartieri ghetto, ove, a seconda delle comuni origini, si tendevano a concentrare i diversi gruppi immigrati (si pensi per es. a *Little Italy*).

In questi anni Chicago – città di fabbriche e in rapida espansione – divenne, insieme a New York, meta prescelta dagli immigrati europei: era quindi logico che il Dipartimento di Sociologia e Antropologia culturale dell'Università di Chicago, attorno a cui nacque e si sviluppò la Scuola di Chicago, scegliesse di porre la questione dell'immigrazione tra i suoi oggetti di studio, questione che divenne una sorta di metafora centrale del processo sociale.

L'opera più classica della Scuola di Chicago sul tema dell'immigrazione fu quella di William I. Thomas e Florian Znaniecki il cui titolo è *Il contadino polacco in Europa e in America* (1918-1920). Quest'opera, basata sulle lettere inviate a casa dall'America da parte degli immigrati polacchi, descriveva le condizioni di frustrazione presenti nei contadini polacchi immigrati negli U.S.A..

Ma è soprattutto con l'opera di Clifford Shaw e Henry D. Mc Kay che la condizione dell'immigrato viene studiata. Nel 1942 essi pongono in relazione la struttura della città di Chicago e le sue tipologie di insediamento sia con alcuni elementi demografici, come la composizione della popolazione immigrata, sia con il tasso di criminalità e di malattia mentale considerati area per area.

I due Autori osservano come le zone centrali della città, prima popolate dalla classe media, si siano andate trasformando in zone di passaggio, assai degradate, dove hanno finito per concentrarsi

i ghetti nei quali trovano posto gli immigrati più recenti e definiscono significativamente queste aree “aree criminali” poiché in tali quartieri trova terreno di coltura la criminalità, giungendo così a concludere che le caratteristiche devianti sono caratteristiche collegate all’ambiente e non alle persone o ai gruppi (da qui teoria ecologica).

Secondo questi Autori non vi è modo di predire i livelli di criminalità degli immigrati poiché essi sono propensi a seguire il livello e il tipo di devianza del luogo ove sono cresciuti. Così, mentre la prima generazione d’immigrati tende a riprodurre i tassi di criminalità del luogo d’origine, la seconda generazione tende ad adattarsi al tipo di criminalità della zona in cui vive. Gli immigrati, spinti soprattutto dal mercato immobiliare, andranno a stabilirsi nelle zone dove c’è maggior *disorganizzazione sociale* in quanto in esse molto alta è la mobilità e minori sono i controlli sociali, sicché in esse maggiore sarà il livello di criminalità. La conclusione a cui giungono gli Autori della Scuola di Chicago è dunque che gli immigrati hanno tassi di criminalità più elevati di quelli medi degli autoctoni, ma non più alti di quelli degli autoctoni che vivono nelle stesse condizioni degli immigrati.

A questa Scuola può essere ascritto anche il pensiero di Thorsten Sellin (Cfr. G. MAROTTA, *Straniero e devianza. Saggio di sociologia criminale*, Padova, Cedam, 2003, p. 5 ss.). A Sellin viene attribuita la paternità della teoria dei ‘conflitti culturali’, sviluppatasi intorno alla fine degli anni ’30. Come anticipato, secondo Sellin il conflitto culturale deve considerarsi come un conflitto tra norme che può manifestarsi quando ricorrono tre diversi fenomeni: 1. il fenomeno di frontiera, ossia quando due gruppi tra di loro culturalmente disomogenei vivono in territori confinanti; 2. il fenomeno della colonizzazione, quando la cultura di un popolo viene imposta con la forza ad un altro popolo; 3. il fenomeno dell’immigrazione. In quest’ultima ipotesi, gli immigrati, mantenendo come norme di riferimento quelle della cultura d’origine, possono entrare in contrasto con le norme culturali del paese nel quale si sono trasferiti.

In particolare, grazie a questa teoria, Sellin, figlio di immigrati egli stesso, ha spiegato il fenomeno di una più elevata criminalità all’interno della seconda generazione degli immigrati europei in America: i figli degli immigrati, infatti, vivrebbero un conflitto di valori culturali, perché, a differenza dei loro padri, per loro i contenuti della cultura di origine avrebbero perso di significato, senza che nel frattempo essi abbiano assimilato i nuovi valori della cultura ospitante. (Cfr. PONTI, *Compendio di Criminologia*, Cortina ed., Milano, 1990, p. 190). Costoro si troverebbero dunque a vivere un profondo conflitto culturale e normativo. Secondo Sellin, inoltre, i conflitti culturali si distinguono in primari e secondari. I primi risultano dal disagio che l’individuo vive dentro di sé per via del conflitto di valori, i secondi invece dalla discriminazione e dal rigetto da parte della società ospitante nei confronti dell’ ‘estraneo’. Sellin pensava, con tale distinzione, proprio al problema della discriminazione razziale nei confronti degli immigrati e delle minoranze etniche, tanto che egli non si limitò a formulare la suddetta teoria, ma volle anche indagare quantitativamente la relazione fra etnia e criminalità. Grazie ad uno studio empirico, egli fu tra i primi criminologi a rinvenire traccia della presenza di discriminazione razziale nel sistema di giustizia penale.

Merton

Sempre nell’ambito della criminologia americana, significativo sul tema “straniero” e devianza, è il pensiero di Robert Merton. Merton, negli anni ’30, utilizzando i principi della sociologia struttural-funzionalistica, ha esteso il concetto di anomia, già di Durkheim, alla comprensione del delitto. La teoria mertoniana dell’anomia indaga il rapporto fra il livello culturale e quello strutturale di un contesto sociale giungendo a spiegare il comportamento deviante come risultato di un conflitto tra questi due livelli. Secondo Merton, una società si trova in condizioni di anomia

quando la sua cultura propone delle mete senza che vengano a tutti forniti i mezzi istituzionali e legittimi per conseguirle. Quando cio' accade, le regole che sanciscono i mezzi istituzionali con i quali debbono essere legittimamente raggiunte le mete perdono di credibilita' perche' con quei mezzi non e' piu' possibile per tutti raggiungere quelle mete e le regole sono percio' generalmente disattese: si genera per conseguenza un alto tasso di devianza (Cfr. PONTI, *Compendio*, cit., p. 206).

Merton sottolinea come l'ambizione del successo economico, tipica della societa' moderna (e della societa' americana degli anni '30 che egli studiava), spinga tutti a raggiungerlo, sia con mezzi legittimi che con mezzi illegittimi. Tuttavia, in alcuni gruppi sociali come le classi inferiori, gli immigrati e le minoranze etniche, per la presenza di una situazione di svantaggio e di disuguaglianza connaturata alla stessa struttura sociale, non e' facile soddisfare questo imperativo con mezzi legittimi e cio' e' fonte di frustrazione, nonche' causa di devianza, ossia di violazione delle norme che regolano i mezzi legittimi per il raggiungimento delle mete sociali. In quest'ottica si capisce, dunque, il maggior coinvolgimento criminale delle minoranze etniche, degli immigrati e dei gruppi socialmente emarginati (*Ibidem*, p. 207).

Inoltre, secondo Merton, i diversi gruppi presenti nella societa' tendono ad assimilare i valori reciproci. "Ne consegue, pero', il rifiuto dei comportamenti dei gruppi ritenuti peggiori e inferiori (...). Cio' lascia intendere come e perche' gli appartenenti agli strati superiori si sentano minacciati dall'ascesa dei gruppi inferiori, tra cui gli afro-americani, manifestando verso di essi pregiudizi dilaganti" (Cosi' MAROTTA, cit., p. 84.).

Secondo Merton, infine, l'individuo puo' reagire alla condizione anomica in vari modi che corrispondono a diversi tipi di devianza: 'innovazione', quando il soggetto rispetta le mete culturali, ma non i mezzi istituzionali legittimi per raggiungerle. Essa identifica la devianza di tipo criminale che maggiormente interessava Merton; 'ritualismo' (esemplificato dalla figura del burocrate), quando si rinuncia a raggiungere le mete del successo sociale pur di non ricorrere a mezzi illegittimi (devianza rituale); 'rinuncia', (esemplificata dalla figura del vagabondo) quando si sono persi di vista sia i mezzi sia le mete; 'ribellione', quando l'individuo sostituisce mete diverse a quelle imposte dalla cultura, rifiutando altresì i mezzi legittimi. Le minoranze etniche tenderebbero a reagire all'anomia secondo la prima delle predette modalita'.

Teorie sottoculturali

I lavori sui conflitti culturali della Scuola di Chicago, di cui gia' si e' detto, trovano valorizzazione nel concetto di subcultura. Tale concetto, che sta ad indicare il carattere di contrasto di taluni precetti normativi rispetto a quelli della cultura generale, viene sviluppato nell'accezione di sottocultura delinquenziale, intorno alla meta' degli anni cinquanta, da A. K. Cohen e applicato alle bande criminali giovanili, la cui formazione viene ricondotta dall'Autore alla presenza di ineguaglianze sociali e di un conflitto con la cultura della classe media a cui esse si sentono estranee, conflitto che innesca un meccanismo di formazione reattiva, ossia di ribaltamento dei valori dominanti (Cfr. PONTI, *Compendio di criminologia*, cit., p. 199 ss..).

Il concetto di subcultura criminale viene ulteriormente approfondito, fra gli anni '50 e gli anni '60, da R.A. Cloward e L. Ohlin. Nella loro concezione, anch'essa centrata sullo studio delle bande delinquenziali, le sfavorevoli condizioni economiche e sociali si traducono in concreto in una limitazione delle opportunita', tanto che tale concezione e' altrimenti nota sotto l'etichetta delle "opportunita' differenziali". In teoria, la societa' caratterizzata dal liberismo economico offre a tutti le stesse opportunita' di conseguire le mete del successo sociale, ma in pratica la competizione limita le opportunita' di chi parte da una situazione svantaggiata. "Ceto, razza, classe sociale, regione di provenienza limitano in concreto le opportunita' di accesso alle mete, e favoriscono la

confluenza verso certe sottoculture di banda” (Sul pensiero di questi Autori, si veda MAROTTA, op. cit., p. 86 ss.).

Secondo Ohlin, in particolare, le bande delinquenti si collocano in prevalenza all'interno delle minoranze etniche, che hanno ridotte possibilità di giungere al soddisfacimento delle loro aspirazioni tramite mezzi legittimi.

I due Autori, poi, individuano tre differenti tipi di subcultura: conflittuale, astensionistica e criminale. Alla prima appartengono quei giovani che sono dediti alla violenza e al vandalismo, senza finalità appropriative, ma con lo scopo di distruggere i simboli del sistema dominante in segno di protesta per esserne esclusi. Alla seconda appartengono i soggetti nei quali la frustrazione ha provocato una fuga che esprime il rifiuto della cultura dalla quale cercano di evadere attraverso l'alcolismo e la tossicomania. Al terzo tipo appartengono quei giovani che sono dediti alle abituali attività criminali di tipo predatorio, come il furto e la rapina.

Ebbene, secondo questi Autori, mentre risulta più difficile accertare l'esatta distribuzione dei tre tipi in aree residenziali delle classi inferiori, i gruppi conflittuali e astensionistici sembrano predominare proprio nei quartieri neri e portoricani (Cfr. MAROTTA, cit., p. 89).

Le teorie del conflitto.

Accanto alle teorie esaminate – teoria ecologica, teoria dei ‘conflitti culturali’, teoria mertoniana, teorie sottoculturali – accomunate dall'assunto secondo il quale le norme sono suffragate dal consenso della maggioranza dei consociati e perciò note sotto il nome di *teorie del consenso*, altre teorie hanno fornito un paradigma esplicativo del rapporto fra straniero e devianza.

Si tratta, segnatamente, delle *teorie c.d. del conflitto*.

La concezione secondo la quale la società riposerebbe su di un insieme di valori condivisi dalla generalità dei consociati viene messa in crisi, dopo gli anni '60, dai teorici del *labelling approach* (da ‘*label*’, cioè ‘etichetta’), i quali danno inizio ad un nuovo corso delle teorie socio-criminologiche incentrate sulla ‘reazione sociale’ che si mette in atto nei confronti delle condotte devianti (stigmatizzazione, emarginazione, punizione), nonché sui conflitti fra i vari gruppi sociali e sulla non univoca accettazione delle norme di una società. In questo filone si collocano la criminologia radicale e la c.d. criminologia critica (sulla quale si rimanda a G. B. TRAVERSO - G. VERDE, *Criminologia critica. Delinquenza e controllo sociale nel modo di produzione capitalistico*, Cedam, Padova, 1981).

La concezione del *labelling approach* afferma che il deviante non è tale perché commette certe azioni, ma perché la società etichetta come deviante chi compie quelle azioni, cosicché la devianza è in un certo senso creata dalla società. Ciò a cui si guarda perciò non è tanto l'atto criminale (da qui l'accusa di deresponsabilizzazione del soggetto mosso a questa teoria), quanto la reazione della società nei confronti dell'atto stesso.

Inoltre è propria di questi teorici l'idea che il controllo sociale induce alla devianza nel senso che c'è un processo interattivo fra il deviante e chi lo controlla che risulta in una trasformazione dell'identità del deviante il quale finisce per considerarsi come tale.

Il deviante è un capro espiatorio in quanto attraverso di esso la società delimita i confini della ‘conformità’: nel momento in cui si polarizza nei confronti dell'emarginato, del povero, dell'immigrato, della persona di colore l'emotività e lo sdegno per gli autori del male, si ha il vantaggio di non far percepire come devianti altre condotte altrettanto devianti e poste in essere dalle classi dominanti. Secondo i fautori di questa corrente di pensiero si verifica cioè una discriminazione nei confronti di questi soggetti attuata a vari livelli: in primo luogo chi ha più

potere può fare leggi a sé più favorevoli; inoltre chi fa le leggi determina il concetto sociale e culturale di delinquente: la stigmatizzazione di devianza viene così a colpire i comportamenti tipici delle classi subalterne, lasciando immuni i delitti propri dei gruppi di potere (Cfr. PONTI, cit. p. 210 ss.).

Era il periodo in cui negli U.S.A. gli afro-americani protestavano contro il trattamento ingiusto subito nei ristoranti, nei teatri, sugli autobus, nella scuola e i bianchi cominciarono a rendersi conto della discriminazione razziale nei confronti delle minoranze. Questi radicali cambiamenti sociali non potevano lasciare indifferenti i sociologi che, con la teoria dell'etichettamento, volevano proporre una società più eguale. "In pratica sociologi e criminologi si rendevano conto che era ormai tempo di estendere i loro studi sugli effetti che la classe sociale e l'etnia avevano su coloro che venivano a contatto con il sistema penale" (Così MAROTTA, cit., p. 150.).

Non a caso, come vedremo, risalgono a questi anni - politicamente caratterizzati dall'amministrazione Kennedy, promotrice del programma denominato *Great Society* con l'obiettivo di lavorare per una società in cui tutti avrebbero dovuto essere uguali - le prime indagini empiriche che riscontrarono la presenza di discriminazione razziale nell'amministrazione della giustizia penale e in particolare le prime indagini sulla *sentencing disparity* di fonte razziale (che poi analizzeremo).

Nell'ambito del radicalismo politico americano degli anni '60 il modello conflittuale ebbe modo di sviluppare la concezione secondo la quale il sistema si fonda sulla coercizione esercitata da alcuni gruppi, più forti, della società sugli altri. "La 'legge' non è uno strumento neutrale per la ricomposizione dei conflitti, ma un mezzo con cui i gruppi dominanti riescono ad imporre la loro volontà e i propri interessi sui più deboli" (Così MAROTTA, cit., p. 92.). In tale ottica, il nero, l'immigrato, lo straniero, il 'diverso' sono privi dei mezzi e del potere necessario per contrastare l'*elite* dominante.

L'idea della conflittualità, vista come connotato capace di caratterizzare la società molto più del consenso, si ritrova nella criminologia radicale sviluppatasi negli stessi anni - quelli delle lotte dei neri contro la segregazione razziale, delle rivolte nei ghetti, nei *campus* universitari e nelle carceri - e orientata verso una identificazione della devianza con il dissenso politico. I criminali, secondo questi teorici, non avrebbero coscienza del valore rivoluzionario della propria condotta e dovrebbero essere politicizzati per poterne assumere consapevolezza.

All'interno di questa corrente di pensiero alcuni autori si segnalano in particolare per l'interesse riservato al sistema penale e alla problematica etnica. Si tratta in particolare di Vold, Quinney e Chambliss.

Vold sottolinea come la società sia strutturata in gruppi in competizione fra di loro: il crescere dei contrasti fra gruppi crea solidarietà fra i membri di uno stesso gruppo per la difesa degli interessi del gruppo. Fatta questa premessa, Vold analizza il conflitto in relazione alla legislazione penale affermando che "l'intero processo di produzione, violazione e applicazione delle leggi riflette i conflitti più profondi tra i gruppi d'interesse e le lotte relative al controllo complessivo del potere di polizia dello stato" (G. B. VOLD - T.J. BERNARD, *Theoretical Criminology*, New York, Oxford University Press, 1986, p. 274).

L'impossibilità per le minoranze di influenzare il processo legislativo comporta che queste diventino la principale vittima del processo normativo penale e che i comportamenti delle minoranze finiscano con l'essere criminalizzati da parte della legge. Ciò comporta la violazione del principio di eguaglianza nei confronti delle minoranze etniche. Non solo, tale disuguaglianza sembrava spiegarsi solo in ragione del fattore razziale e non di quello socio-economico. In tal modo, Vold si colloca, accanto a Sellin, fra i criminologi più attenti al problema della discriminazione razziale da parte del sistema penale.

Seguendo l'impostazione di Vold, Quinney approfondisce il discorso sul problema razziale, analizzando i tassi criminali relativi alla popolazione bianca ed a quella di colore: gli uni inferiori rispetto ai secondi. L'Autore segnala come l'essere 'nero' comporti un maggior rischio di condanna. La probabilità di essere definiti 'criminali' varia così in rapporto alla collocazione razziale. A conferma di tali considerazioni Quinney riporta inoltre i dati emergenti da alcune indagini empiriche che mostrano come i neri vengano arrestati dalle tre alle quattro volte in più dei bianchi.

In particolare, per gli afro-americani, Quinney rileva come il loro comportamento criminale sia dettato soprattutto dalla posizione che essi occupano nella società: va visto come una reazione alla subordinazione, alla instabilità lavorativa e alla limitata partecipazione alla vita collettiva (Cfr. MAROTTA, cit., p. 104).

Oggetto d'interesse di Chambliss è la formazione delle leggi e la loro applicazione. Sulla base di una lettura marxista della società, l'Autore analizza il sistema penale americano notando che il controllo delle classi dominanti su quelle inferiori era dato dalla gestione della legge. Ciò con due modalità: ponendo in essere leggi penali volte a criminalizzare i comportamenti delle classi inferiori e diffondendo il mito della legge quale strumento al servizio di tutti, nonché plagiando le classi inferiori perché cooperino al proprio controllo.

In tale ottica il nero, lo straniero, l'immigrato svolge il ruolo di classe subalterna, priva di potere, completamente vittima del sistema penale.

La visione dell'emarginato e del nero quale di vittima del sistema penale e in particolare della polizia accomuna infine questi scrittori con la *New Left* e con la scuola di Berkeley. Il vasto movimento della 'nuova sinistra' e la scuola di criminologia di Berkeley infatti si caratterizzano, sul terreno della questione criminale, quali portavoce delle istanze di rispetto dei diritti civili nei confronti degli emarginati e degli esclusi – in primo luogo gli afro-americani –, allo scopo di sollevare un movimento di protesta a favore di tutte le minoranze oppresse. Il movimento denunciava in particolare le violenze della polizia nei confronti di quella parte ingente di popolazione che non era in grado di difendersi dal 'dominio dilagante delle classi superiori', nonché la tecnica repressiva dei comportamenti da parte del potere per limitare il più possibile il conflitto di classe. (Su questo movimento e sulla scuola di Berkeley, si veda ancora MAROTTA, cit., p. 111 ss.).

In definitiva con la criminologia radicale "si opera una rivoluzione ideologica che porta a vedere come vero crimine la violazione dei diritti umani. Le grandi illegalità sono, quindi, proprio quelle del sistema, come il razzismo" (Così ID, p. 112.).

Da ultimo, occorre segnalare che i contenuti della criminologia radicale americana sono stati riproposti con maggior rigore scientifico in Europa, negli anni '70, ad opera della c.d. criminologia critica, di ispirazione marxista. Al concetto di devianza viene attribuito il significato di lotta della classe operaia per l'edificazione del socialismo. Tale concetto, messo in discussione dalla *National Deviancy Conference* inglese - che sottolinea come la devianza non sia una scelta inconsapevole della classe operaia, bensì una scelta consapevole dei singoli dinanzi ai disagi e alle contraddizioni della società capitalista - verrà coltivato anche in Germania e in Italia dai fondatori della rivista *La questione criminale* (si rimanda a TRAVERSO-VERDE, op. cit., p. 206 ss.).

Tra i criminologi critici inglesi merita attenzione il pensiero di Dennis Chapman. Anche questo Autore lancia infatti una forte critica al sistema giudiziario considerato come produttore del vero crimine e primo responsabile delle diseguaglianze sociali: azioni identiche, con identici risultati, possono essere criminali o no a seconda dell'età, del sesso, della posizione sociale e razziale dell'attore. Chapman sottolinea in particolare come le agenzie di controllo pongano in essere nei confronti dei neri e degli immigrati, forte espressione dello *stereotipo criminale*, comportamenti che non possono non rafforzare il loro ruolo negativo. In particolare si mette in luce che è la polizia a

tenere anticipatamente comportamenti immorali che inducono poi i neri e gli immigrati a replicare con comportamenti illegali (MAROTTA, cit., p. 117 ss.).

Infine, rilevando che la criminalità è data da due processi, criminalizzazione primaria e secondaria, gli studiosi italiani hanno evidenziato la presenza, a monte, di una diseguaglianza sociale a danno di alcuni che come altri violano le stesse norme penali, ma che, in quanto stigmatizzati, subiscono maggiori sanzioni (Cfr. PONTI, cit., p. 215 ss.).

(Si segnala, solo per chi volesse approfondire, l'opera di alcuni sociologi a noi più vicini, Sayad e Bauman, che con i loro studi hanno cercato di combattere il punto di vista diffuso nell'opinione pubblica che vede lo straniero come foriero di ogni male sociale tra cui la criminalità).

Al termine di questo *excursus* sulle varie teorie della tradizione criminologica americana che si sono occupate, tra l'altro, della relazione fra immigrazione e criminalità, occorre passare allo studio del fenomeno migratorio.

2. Fenomeno migratorio. Definizione.

Una definizione del fenomeno migratorio risulta particolarmente ardua considerato che si tratta di un fenomeno difficilmente circoscrivibile.

Secondo una recente ed efficace definizione (Pollini), le migrazioni possono distinguersi sul piano spaziale, su quello sociale e temporale e in relazione agli obiettivi e alla volontà dei migranti.

Sul piano spaziale si distinguono le migrazioni interne e le migrazioni internazionali: le prime si realizzano nella stessa nazione, le seconde richiedono almeno il passaggio di una frontiera nazionale. Sul piano sociale si distinguono le migrazioni individuali, quelle familiari e quelle di gruppo, sul piano temporale si differenzia fra migrazioni pendolari, stagionali, temporanee e definitive.

Quanto agli obiettivi, si distingue tra *labour migration* e *non-labour migration* che differenziano coloro che migrano per motivi di ricerca del lavoro da chi migra per altre ragioni, come per es. il ricongiungimento familiare. Quanto alla volontà dei soggetti migranti, si distingue fra migrazioni volontarie e forzate.

Ogni tentativo definitorio risulta importante per la ricerca criminologica perchè può permettere di connettere un particolare tipo di migrazione a determinate caratteristiche qualitative e quantitative della criminalità.

In tal senso la criminologia, la quale ha senz'altro documentato gli effetti dannosi delle migrazioni, è servita anche a demistificare stereotipi diffusi fra i residenti sempre pronti a identificare l'immigrato e lo straniero con la causa di tutti i mali. Senz'altro i fenomeni migratori si possono tradurre in disadattamenti di tipo psicopatologico e sociopatologico, ma è indubbio che non può essere stabilito un legame di tipo deterministico fra difficoltà di adattamento sociale e criminalità dell'immigrato.

Proprio per verificare tale ultimo assunto, gli studi criminologici hanno cercato storicamente di rispondere ad alcuni interrogativi cui abbiamo già accennato: 1. se la criminalità degli immigrati sia maggiore e diversa rispetto a quella degli autoctoni; 2. il perchè della più elevata criminalità della seconda generazione di immigrati; 3. se vi siano pratiche discriminatorie da parte del sistema di controllo sociale formale nei confronti degli immigrati.

3. La criminalità degli immigrati rispetto a quella degli autoctoni.

La criminalità degli immigrati negli U.S.A. degli inizi del secolo.

Come abbiamo visto, i primi e più rilevanti studi sul tema dell'immigrazione sono stati condotti negli Stati Uniti d'America agli inizi del XX secolo in concomitanza con il forte flusso migratorio proveniente dall'Europa. Negli U.S.A. la questione della delinquenza degli immigrati era legata ad una strategia politica che, dopo un'apertura iniziale, mirava a chiudere le frontiere ai nuovi arrivi (a partire dagli anni '20), paventando alla popolazione americana il rischio di un aumento della criminalità a seguito dell'immigrazione. In quel periodo, la presunta maggior criminalità degli immigrati veniva dunque spiegata sulla base di teorie pseudoscientifiche che affermavano l'inferiorità razziale degli immigrati e il loro non rispetto per i valori e gli ideali del popolo americano.

In realtà, una serie di indagini criminologiche di natura empirica mostrarono la fallacia di queste teorie, evidenziando come la criminalità degli immigrati risultava nel complesso inferiore a quella degli autoctoni. Per esempio, la stessa Commissione per l'Immigrazione, organo governativo, nel 1910 attraverso uno studio statistico – tuttavia per via della politica restrittiva di cui si è detto non reso pubblico - aveva mostrato che la criminalità degli autoctoni era superiore a quella degli immigrati e che la qualità dei reati commessi dagli immigrati era di molto inferiore, quanto a disvalore penale, a quelli commessi dai cittadini.

Tali conclusioni vennero confermate in studi successivi. In particolare, i criminologi Sutherland e Cressey negli anni trenta dimostrarono sulla base di ricerche compiute nelle carceri americane come i tassi di carcerazione degli immigrati erano costantemente inferiori a quelli degli autoctoni e che il tipo di delitti commessi dai primi variava al variare della loro provenienza.

Nell'ambito di queste ricerche empiriche venne studiato anche il problema della criminalità della seconda generazione: nel 1936 Taft osservò che gli immigrati della seconda generazione hanno tassi di criminalità più elevati, ma ciò solo negli Stati dove il fenomeno migratorio era più recente. A questo tema si dedicò inoltre Sellin con la teoria dei conflitti culturali di cui già si è detto. Nel complesso quindi la criminologia degli anni trenta demistificò, come già accennato, lo stereotipo dell'immigrato, dello straniero quale criminale, causa di tutti i mali sociali, diffuso nel corpo sociale americano.

Le migrazioni del secondo dopoguerra in Europa.

Negli anni successivi alla seconda Guerra mondiale, essendo fortemente diminuita l'immigrazione negli U.S.A., anche gli studi criminologici in questo paese, si sono di conseguenza ridotti. Tali studi si sono invece diffusi nei paesi ove era presente un forte flusso migratorio, come il Canada, l'Australia, Israele ed anche l'Europa che dal secondo dopoguerra in poi ha assistito sia ad una forte *labour migration* (es. Germania) sia ad una immigrazione più stabile da parte degli abitanti delle ex colonie (es. Francia e Inghilterra). Gli studi criminologici condotti sull'immigrazione in questi anni hanno portato a risultati analoghi a quelli degli studi empirici americani condotti trenta o quaranta anni prima: la criminalità degli immigrati, specie della prima generazione, non è mai più elevata di quella degli autoctoni. I Paesi ospiti non assistettero cioè a impennate nei tassi di criminalità né da parte degli immigrati lavoratori temporanei né da parte dei gruppi familiari immigrati definitivamente. A tali conclusioni giunsero numerosi studi: oltre all'importante Rapporto su immigrazione europea e criminalità ad opera di Ferracuti pubblicato nel 1970 a cura del Consiglio d'Europa, altre ricerche di Kaiser e Nann risalenti al 1969 per la Germania, nonché di Neumann per la Svizzera (1970).

Da tali studi emerse anche come vi fossero differenze significative nella natura dei comportamenti posti in essere dagli immigrati rispetto alle caratteristiche della criminalità degli autoctoni, soprattutto con riguardo alle diversa provenienza degli immigrati.

Il problema della criminalità della seconda generazione di immigrati in Europa. Le ricerche di M. Killias.

Anche in Europa, come in America, gli studi criminologici hanno indagato sul fenomeno deviante degli immigrati della seconda generazione.

Uno dei contributi più importanti in questa materia è quello di uno studioso svizzero, Killias, il quale ha effettuato negli anni '80 una rassegna di tutte le ricerche criminologiche compiute sugli immigrati dagli anni '70 in poi.

Lo studio di Killias ha indagato su tre quesiti: 1. se vi sia un trattamento discriminatorio nei confronti della seconda generazione di immigrati da parte delle agenzie del controllo sociale; 2. se gli appartenenti alla seconda generazione commettano più reati degli autoctoni; 3. se infine esistano specifici fattori di rischio che incidano sulla loro criminalità.

Quanto al primo quesito, Killias ha rilevato come prove di una discriminazione da parte del sistema penale nei confronti dei minori figli di immigrati, quindi della seconda generazione, esistano soprattutto con riferimento alla Germania, dove alcune ricerche di tipo qualitativo mostrano tale disparità di trattamento (le ricerche quantitative invece non confermerebbero questo risultato, salva l'ipotesi, avanzata da Killias, di una possibile discriminazione da parte della polizia), e con riferimento al Belgio, alla Svizzera e all'Olanda.

Quanto al secondo quesito, Killias prende in considerazione paesi diversi da quelli ove sia stata immigrazione dalle ex colonie e che abbiano attuato politiche di naturalizzazione degli immigrati e dei loro figli, come per es. la Francia, perché in questi paesi risulta impossibile nelle statistiche criminali individuare gli immigrati.

Dall'analisi della maggioranza delle ricerche condotte in questi diversi paesi Killias rileva come esse inequivocabilmente mostrino che i tassi di criminalità della seconda generazione di immigrati sono molto più alti di quelli degli autoctoni europei.

Quali le ragioni di questa maggior criminalità dei figli degli immigrati? Killias spiega il fenomeno attribuendolo ad una maggior discriminazione di questi ultimi nell'accesso al mondo del lavoro. Con Killias molti altri Autori hanno spiegato il fenomeno mettendo l'accento sulle sfavorevoli condizioni economiche delle famiglie immigrate e sottolineando che gli elevati tassi di criminalità della seconda generazione sono identici a quelli degli autoctoni che vivono nelle medesime condizioni.

Altri Autori pongono invece l'accento sul fatto che le caratteristiche della cultura di origine e in particolare la sua lontananza dalla cultura ospite costituiscono fattori che influiscono sull'integrazione dei minori immigrati e quindi sulla loro criminalità.

Quanto al terzo quesito, le ricerche hanno evidenziato come le condizioni che portano al crimine gli immigrati della seconda generazione sono le stesse che inducono al crimine anche gli autoctoni, e cioè prevalentemente le condizioni socio-economiche e soprattutto il provenire da famiglie disadattate dove vi sia assenza di controllo da parte dei genitori.

4. Il fenomeno migratorio in Italia.

Le migrazioni interne dal Sud verso il Nord industrializzato.

Da paese esportatore di mano d'opera per l'Europa del Nord nella migrazione del secondo dopoguerra, l'Italia è stata interessata essa stessa da un fenomeno di migrazione interna tra gli anni '50 e '60: una ingente massa di migranti provenienti dalle regioni del Sud Italia si riversò nelle città del Nord industrializzato e in particolare nelle città di Milano, Torino e Genova.

Le condizioni sociali di questi migranti erano molto modeste ed essi erano perciò costretti a accettare ogni tipo di lavoro e a vivere in condizioni di vita assai disagiate. Questa migrazione interna è stata oggetto di diversi studi. Oltre agli studi di psicologia sociale sulla formazione dello stereotipo del meridionale che nacque in questi anni, essa è stata analizzata soprattutto sotto il profilo del coinvolgimento degli immigrati in attività delinquenziali: in particolare, alcuni contributi

sociologici hanno cercato di verificare se alla migrazione interna fosse effettivamente conseguito un aumento della criminalità.

In generale, queste ricerche hanno evidenziato uno stretto rapporto fra migrazione interna e criminalità in Italia negli anni '60 e '70, sia per la criminalità adulta che per quella minorile, anche se non risulta chiaro quanto ciò sia legato a fenomeni di discriminazione da parte del sistema penale o ad un effettivo maggior coinvolgimento criminale degli immigrati meridionali.

L'immigrazione dagli anni '70 ad oggi. Le ricerche empiriche sui reati commessi dagli immigrati.

Gli anni settanta in Europa hanno significato un arresto delle politiche di immigrazione nei Paesi dell'Europa centrale e settentrionale. Ciò si è tradotto nell'avvio di una tendenza alla formazione di flussi migratori in direzione dell'Europa meridionale, ma senza che in questi ultimi paesi venisse adottata una vera e propria politica dell'immigrazione.

Tra questi paesi si ascrive anche l'Italia che è divenuta a partire dagli anni settanta, anche in considerazione dei crescenti squilibri economici fra Paesi occidentali e Paesi del Terzo Mondo, meta di molti stranieri provenienti appunto da quest'ultimo in cerca di lavoro.

Attualmente, secondo i più recenti dati del ministero degli interni al 31 dicembre 2000 gli stranieri presenti in Italia con regolare permesso di soggiorno sono 1.388.153 (secondo le stime della Caritas ben di più: 1.686.606), circa il 3% della popolazione residente complessiva (con una prevalenza della componente marocchina, albanese e filippina).

Questa massiccia presenza di immigrati extra-comunitari porta con sé, come ogni flusso migratorio (si pensi all'esperienza americana di cui abbiamo parlato), il rischio del radicarsi di uno stereotipo che vede nell'immigrato la causa di ogni male sociale e in particolare della criminalità.

Che il tema sia attuale lo dimostrano alcuni dati statistici che evidenziano come gli stranieri siano oggi sovrarappresentati all'interno della popolazione carceraria italiana: al pari dell'Europa infatti l'Italia presenta un rapporto fra la percentuale dei detenuti stranieri extra-comunitari e quella dei residenti stranieri extra-comunitari che è abnorme e che è pari al 15%. Tale percentuale avvicina l'Italia a paesi come la Spagna e la Grecia le cui carceri presentano i più elevati indici di selettività nei confronti degli immigrati (paesi dove il rapporto fra detenuti stranieri e stranieri residenti è pari al 19%, cfr. PAVARINI, *Uno sguardo ai processi di carcerizzazione nel mondo: dalla "ronda dei carcerati" al "giramondo penitenziario"*, in *Rass. pen. crim.*, 2002, p. 123 s.).

A dispetto di questi dati - a fronte di numerosi studi sociologici su questo fenomeno migratorio che lo descrivono come assai diverso dai fenomeni migratori del passato in quanto fenomeno recente, caratterizzato da immigrati provenienti da Paesi (Asia, Africa, America latina) assai diversi dall'Italia per condizioni economiche sociali e culturali, per lo più irregolari, e senza serie possibilità d'inserimento nel mondo del lavoro (tutti fattori che comportano un maggior rischio di coinvolgimento criminale) - assai scarse sono le ricerche empiriche sul tema della criminalità degli immigrati in Italia.

Le prime ricerche risalgono agli anni '80. Una prima indagine ha studiato i soggetti stranieri condannati da un Tribunale locale per violazione della legge sugli stupefacenti ed ha concluso che essi vengono imputati maggiormente per spaccio di droghe leggere. Un secondo studio ha evidenziato come in ogni caso gli imputati extra-comunitari per spaccio di droghe pesanti siano condannati a pene più severe rispetto a quelle riservate agli autori italiani dello stesso tipo di reato.

Le indagini successive, volte a verificare l'ipotesi di un maggior coinvolgimento criminale degli allogeni rispetto agli autoctoni e a studiare i reati commessi dagli immigrati, si sono basati sulle statistiche criminali ufficiali.

Da tali ricerche criminologiche emerge un notevole incremento degli stranieri denunciati negli ultimi anni: dal 1988 al 1999, il dato relativo alle denunce degli stranieri si è quintuplicato. Gli stranieri sono denunciati e coinvolti primariamente nello sfruttamento della prostituzione (53%) e in

reati connessi agli stupefacenti (33,60%), in minor misura nei delitti contro la persona, con l'eccezione del delitto di omicidio e di violenza sessuale (26,46% e 24,85%), in misura considerevole nei reati contro il patrimonio (dati ISTAT 2001).

Fra i gruppi maggiormente coinvolti nella criminalità ci sono gli africani, *in primis* i marocchini. Alcuni gruppi hanno una maggiore incidenza per alcuni reati:

- furti e rapine vedono protagonisti ex iugoslavi, per lo più nomadi, quindi marocchini, algerini e tunisini;
- lo spaccio di eroina vede protagonisti marocchini e tunisini;
- il traffico di marijuana è nelle mani degli albanesi; quello di cocaina nelle mani dei sudamericani;
- lo sfruttamento della prostituzione è gestito da albanesi e nigeriani. (Su tali dati si rimanda a BARBAGLI, *Immigrazione e reati in Italia*, ed. il Mulino, Bologna, 2002).

Da queste ricerche emerge che – lo abbiamo già accennato - anche i dati relativi alle condanne e agli ingressi in carcere indicano un elevato coinvolgimento degli stranieri nel sistema penale. Basti pensare che guardando agli ingressi in carcere la percentuale di stranieri in ingresso è passata dal 3,5% del 1971 a ben il 36% circa del 2001 (DAP, *Il sistema penitenziario italiano. Dati e analisi*, a cura di L. M. Solveti, Ministero della Giustizia, Roma, 2003, p. 37).

Un altro fenomeno preoccupante emerge da queste statistiche: e cioè la più forte incidenza degli stranieri tra la popolazione detenuta rispetto alla incidenza degli stessi sulla popolazione denunciata e condannata. In effetti, secondo i dati del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, gli stranieri rappresentano nel 2001 circa il 17% del totale dei denunciati in Italia e il 26,8% del totale dei condannati in sede penale e la differenza con i condannati entrati in carcere è ancora maggiore essendo questi sempre al 2001 del 36%. Si è parlato in proposito di una sorta di “propensione ad essere condannati” (anziché di propensione a delinquere come sostenuto da alcuni). Tali differenze non sembrano però dovute ad una maggior gravità dei reati commessi dagli stranieri. Piuttosto, i denunciati e i condannati stranieri hanno maggiori probabilità di finire in carcere perché svantaggiati per più ragioni. La ragione principale è che essi hanno in media meno probabilità di assicurarsi una valida difesa legale, per via delle loro condizioni economiche e sociali; inoltre conoscono male la lingua italiana e dunque riescono a comunicare poco durante il processo con gli operatori giuridici.

Tra le varie ricerche basate sulle statistiche rilevante è l'opera, già citata, di Marzio Barbagli il quale individua ulteriori elementi di “svantaggio” per lo straniero dinanzi al sistema penale: gli stranieri hanno come imputati maggiori probabilità di vedersi applicata la misura della custodia cautelare perché sono spesso senza fissa dimora, senza lavoro, e persino senza documenti e identità certa. Queste condizioni lasciano supporre che vi sia serio pericolo che essi si diano alla fuga: sicché, anche in assenza di seri indizi di colpevolezza, la misura cautelare appare l'unica via di assicurare tali soggetti alla giustizia. Ma questo comporta poi un giudizio più severo da parte del giudice che, secondo una nota acquisizione criminologica, tende a condannare e a condannare più severamente l'imputato *in vinculis* rispetto a quello libero.

Anche in fase esecutiva gli stranieri risultano svantaggiati: per le stesse ragioni già indicate legate alla loro condizione personale e sociale essi infatti assai più raramente degli italiani accedono alle misure alternative alla detenzione (DAP, op. cit., p. 45). Quanto all'affidamento in prova al servizio sociale, il magistrato di sorveglianza concede la misura se opera una valutazione positiva circa la possibilità che essa contribuisca alla rieducazione del condannato e circa la capacità della misura di prevenire la recidiva. Lo straniero ove sia, come spesso accade, in condizioni di emarginazione sociale sarà sfavorito da una tale prognosi. La stessa detenzione domiciliare ha un carattere intrinsecamente diseguale (cfr. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?* In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 875) perché esclude a priori dalla propria area applicativa tutti gli emarginati che non dispongano, come gli immigrati, di una casa di abitazione o di altro luogo pubblico di cura, assistenza, o accoglienza in cui scontare la pena.

La ricerca di Barbagli si segnala anche per aver messo in discussione l'ipotesi, avanzata da alcuni studiosi dinanzi agli alti tassi di criminalità degli immigrati, secondo la quale si starebbe verificando una "sostituzione" degli stranieri agli italiani nel mercato della criminalità. L'Autore sottolinea come l'ipotesi della sostituzione non sia del tutto calzante specie per alcune forme di reato. L'ipotesi non varrebbe infatti per il furto e la rapina e la ricettazione; per i reati di droga in particolare occorre distinguere: se è vero che nelle gerarchie più basse delle organizzazioni criminali dedite a tali attività il ruolo dello spacciatore al minuto, il c.d. cavallo, è sempre più ricoperto dallo straniero, dall'altro è vero che nel mercato della cocaina e della marijuana, le sostanze più diffuse, gli immigrati occupano anche i gradini più alti della scala gerarchica. L'ipotesi della sostituzione si attagierebbe invece perfettamente all'attività della prostituzione.

In definitiva, le ricerche criminologiche di tipo statistico più recenti hanno il merito di fornire indicazioni molto utili sulla criminalità degli immigrati, ma non consentono, per una serie di errori metodologici senz'altro nel tempo superabili, di verificare l'ipotesi, diffusa più presso l'opinione pubblica che nella dottrina, secondo la quale gli immigrati commettono più reati degli autoctoni.

Discriminazione da parte delle agenzie di controllo sociale formale, ossia del sistema penale italiano nei confronti degli immigrati.

Assai attuale nel dibattito dottrinale è oggi il tema della presenza di una discriminazione da parte delle agenzie del controllo sociale formale, ossia da parte del sistema penale nei confronti degli allogeniti.

Un dato: al 31 dicembre 2001 la popolazione degli istituti di pena italiani era di 55.700 unità, di queste, alla medesima data, circa 16.300 erano stranieri, per una percentuale pari al 29% sul totale dei detenuti. La popolazione straniera residente in Italia è pari solo al 3%. La differenza fra tale percentuale e quella degli stranieri in carcere è dunque abnorme (DAP, cit., p. 43).

A partire da questo dato (nonché dai dati che abbiamo già fornito sull'elevato tasso di reati ascrivibili agli stranieri), la dottrina criminologica si è posta un interrogativo: l'elevato tasso di carcerazione delle minoranze etniche è l'effetto di un loro maggior coinvolgimento in attività criminali oppure riflette una discriminazione ed una criminalizzazione attuata a loro danno dalla polizia e dai giudici?

La dottrina si è divisa su due opposte posizioni: da un lato una posizione (Segre), per la verità isolata, che ritiene questi dati espressione di una "particolare propensione a delinquere" degli immigrati; dall'altro, la posizione di molti Autori che ritengono che i dati citati siano il frutto di un operare degli organi del controllo sociale in modo discriminatorio e selettivo nei confronti degli stranieri. In effetti "da più parti è stata avanzata l'ipotesi che le forze dell'ordine e la magistratura operino selettivamente nei confronti degli immigrati o per dare una risposta alla domanda di sicurezza proveniente dall'opinione pubblica o perché in queste due istituzioni sarebbero diffusi forti pregiudizi contro le minoranze etniche" (Così BARBAGLI, *Immigrazione*, cit., p. 89, riferendosi alle posizioni di Palidda, Pastore, Dal Lago).

Contrariamente a quanto accade in altri Paesi come quelli anglosassoni e in parte in alcuni Paesi europei, nonché nel panorama internazionale, ove le ricerche empiriche sul problema della discriminazione razziale nel sistema di giustizia penale e in particolare nella fase della selezione criminale da parte della polizia e nella fase della commisurazione della pena o fase del *sentencing* hanno una lunga tradizione (esse come avremo modo di vedere poi hanno rinvenuto la presenza di un fenomeno di *sentencing disparity* di fonte razziale), nel nostro Paese sono assai scarse le indagini empiriche sul tema.

La prima indagine empirica è quella di Verde e Bagnara realizzata nel 1989 sulla base dei dati nazionali forniti dal Ministero di Grazia e Giustizia, relativi alla carcerazione dei minori italiani e stranieri fra il 1984 e il 1986. Analizzando i provvedimenti adottati contro i minori stranieri nel giudizio penale, gli studiosi rilevano come tali giudizi vengano definiti con sentenze spesso assai

più severe e penalizzanti rispetto a quelle emesse nei confronti dei minori italiani e ciò pur in presenza di reati di non rilevante gravità, per lo più furti.

Una seconda ricerca qualitativa condotta sul campo dal criminologo Palidda e riguardante il comportamento delle pattuglie di polizia mostra come vi sia una selezione discriminatoria da parte di quest'ultima nei confronti degli immigrati e come essi diano attuazione ad una legislazione fondamentalmente repressiva e non attenta all'accoglienza dello straniero.

Anche alcune recenti ricerche condotte in Emilia Romagna suggeriscono come vi possa essere una discriminazione nei confronti degli immigrati nella fase della selezione criminale da parte della polizia. Uno degli indicatori più utilizzato per verificare la maggior selettività della polizia nei confronti di un determinato gruppo etnico è dato dalla frequenza con cui le forze dell'ordine fermano le persone alla guida dell'auto o a piedi. Da queste ricerche emerge che gli stranieri, rispetto agli italiani, vengono maggiormente fermati a piedi che non in auto: è evidente che il fermo a piedi esprime una più chiara scelta di controllare una persona per motivi diversi dal traffico e più direttamente collegati a una potenzialità di criminalizzazione.

Un'altra ricerca sul tema è quella già citata di Barbagli. Nonostante egli neghi la presenza di discriminazione da parte del sistema penale, alcuni rilievi in relazione alla fase del giudizio penale sono d'interesse.

In questa fase, come già notavamo, gli immigrati risultano svantaggiati: gli stranieri hanno come imputati maggiori probabilità di vedersi applicata la misura della custodia cautelare perché sono spesso senza fissa dimora, senza lavoro, e persino senza documenti e identità certa. Queste condizioni lasciano supporre che vi sia serio pericolo che essi si diano alla fuga: sicché, anche in assenza di seri indizi di colpevolezza, la misura cautelare appare l'unica via di assicurare gli stranieri alla giustizia. Ma questo comporta poi un giudizio più severo da parte del giudice che, secondo una nota acquisizione criminologica, tende a condannare e a condannare più severamente l'imputato *in vinculis* rispetto a quello libero.

Questo fenomeno (unitamente al minor accesso per gli stessi motivi alle misure alternative), lungi dal rappresentare una forma di discriminazione intenzionale nei confronti degli immigrati, costituisce tuttavia, all'evidenza, una discriminazione per così dire 'strutturale' o istituzionale, che è pur sempre una forma di discriminazione.

In definitiva, la ricerca empirica di tipo qualitativo sembra indicare che sono presenti nel nostro paese processi di discriminazione nei confronti degli immigrati da parte delle agenzie del controllo sociale formale. In proposito, occorre comunque sottolineare la necessità, come l'esperienza comparatistica (di cui tratteremo di seguito) ci insegna, di continuare a percorrere la via della ricerca empirica.

Qualora su questa strada dovesse emergere che per gli stranieri i tassi di criminalità rimangono elevati anche dopo aver depurato i dati di tutti gli elementi di discriminazione e di svantaggio di cui si è detto, allora ci si potrebbe interrogare su quale teoria criminologica possa contribuire a spiegare la criminalità degli stranieri: come per esempio quella del conflitto culturale oppure quella mertoniana dell'anomia.

Su quest'ultima teoria si fa spesso leva con riferimento all'immigrazione italiana: la mancanza di opportunità a fronte del mito consumistico renderebbe necessario, specie agli irregolari, il ricorso al comportamento innovativo nella scelta dei mezzi per conseguire le mete.

5. Il problema della presenza di forme discriminazione razziale da parte del sistema penale nell'esperienza comparatistica. La *sentencing disparity* di fonte razziale.

L'influenza del fattore razziale o etnico nelle diverse fasi del processo penale.

Il problema della presenza di forme di discriminazione razziale all'interno della giustizia penale è da tempo avvertito e studiato negli Stati Uniti e, seppur in minor misura, nel Regno Unito, ma va

imponendosi all'attenzione anche in Europa in ragione dei flussi migratori che stanno interessando in misura crescente l'intero continente europeo.

Occorre prendere in considerazione di un dato inconfutabile: in Inghilterra e negli Stati Uniti d'America, in Canada e in Australia, così come in molti Paesi Europei, il numero delle persone appartenenti a minoranze etniche presenti nel sistema carcerario è fortemente sproporzionato se comparato alla loro rappresentazione all'interno della popolazione generale.

In Europa, secondo dati recenti, più di $\frac{1}{4}$ della popolazione detenuta è costituito da immigrati, a fronte di una presenza straniera residente che non supera il 5%. In Gran Bretagna, per esempio, le minoranze etniche costituiscono l'1% della popolazione generale e il 12% di quella carceraria. In Germania, in Svezia, nei Paesi Bassi, in Italia il rapporto fra la percentuale di detenuti stranieri e quella di stranieri residenti è pari rispettivamente al 5% circa, al 6%, al 10%, al 15%.

Questi dati hanno condotto parte della dottrina a porsi un interrogativo, sul quale si sono concentrate numerose indagini criminologiche: l'elevato tasso di carcerazione di persone appartenenti a minoranze etniche è effetto del maggiore coinvolgimento di questi soggetti in attività criminali oppure riflette una discriminazione attuata a loro danno dalla polizia e dai giudici, dalle giurie nonché da altri operatori del diritto (quali ad es. i *probation officers*)?

In realtà, entrambe le spiegazioni appaiono semplicistiche e nessuna in grado di rendere conto appieno di un fenomeno ben più complesso sia da un punto di vista statistico che da un punto di vista sociale e politico-criminale. Come è stato correttamente osservato, una grande quantità di circostanze ambientali e sociali sta alla base dell'elevata criminalità e carcerazione delle minoranze.

Ciononostante la ricerca criminologica, soprattutto americana ed inglese, ha condotto significative indagini empiriche che hanno studiato l'influenza esercitata dal fattore razziale nelle diverse fasi del procedimento penale (fermo, arresto, esercizio dell'azione penale, fase della commisurazione della pena e della esecuzione). Da tali ricerche emerge, in accordo con una nota acquisizione criminologica, come particolarmente 'sospette' appaiano, sotto il profilo di una anomala disparità di trattamento, e a volte di una aperta discriminazione razziale, la fase della 'selezione criminale' operata dalle forze di polizia e dai *prosecutors*, nonché la fase esecutiva. Emerge in particolare che l'ampio potere discrezionale di cui gode la polizia nella 'selezione' della criminalità è suscettibile di sfociare in discriminazione razziale e in una maggior probabilità di arresto delle minoranze etniche soprattutto con riferimento ai *reati di gravità medio-bassa*, principalmente reati contro l'ordine pubblico.

Un ulteriore dato sembra essere confermato dalle indagini empiriche: *la minor protezione giuridica delle minoranze, quando vittime del reato*. La discriminazione razziale si atteggia cioè come discriminazione nei confronti della vittima appartenente ad una minoranza etnica.

In particolare, il problema della discriminazione razziale nella fase del *sentencing*. Lo stato della ricerca nei paesi di *common law* e di *civil law*.

Particolare attenzione è stata dedicata dalla ricerca criminologica al peso esercitato dal fattore razziale nella fase commisurativa della pena. Ciò si spiega perché gli esiti della decisione *quoad poenam* sono i più visibili del sistema penale e la pretesa di legittimità del sistema stesso dipende fortemente dalla percezione che l'opinione pubblica ha della razionalità ed equità di tali esiti. In questa fase, infatti, accanto a fattori giuridicamente rilevanti, influiscono spesso anche fattori irrazionali. Per esempio, come mostrano alcuni casi tratti dalla giurisprudenza tedesca, può accadere che venga irrogata una pena maggiorata per il solo fatto che l'autore del reato sia uno straniero e ciò per l'operare di un fattore irrazionale come il pregiudizio razziale.

Numerosi sono i dati empirici raccolti attraverso indagini condotte prevalentemente negli ordinamenti anglosassoni che mostrano l'incidenza di fattori arbitrari nella commisurazione della

pena. In particolare, la dottrina statunitense, proprio al fine di studiare eventuali interferenze arbitrarie nel *sentencing*, a partire dagli inizi del secolo scorso ha avviato sistematiche indagini empiriche sulla c.d. *sentencing disparity*, definita appunto come ‘qualsiasi variazione arbitraria nella commisurazione della pena’. Decisamente attendibili sono i risultati di queste ricerche empiriche che hanno indagato l’ influenza esercitata sulla scelta della pena da *fattori extra giuridici relativi all’ imputato*, fattori quali l’età, il sesso, le condizioni socioeconomiche, la razza. Nell’ ambito di tali ricerche, particolarmente numerose e significative sono quelle che hanno indagato la presenza di discriminazione razziale nel *sentencing*. Hanno cioè’ indagato il fenomeno della c.d. *sentencing disparity* di fonte razziale, senz’altro la forma piu’ vistosa di *sentencing disparity*, ossia la presenza di esiti sanzionatori profondamente difformi (carcere piuttosto che pene non custodiali), pur dinanzi a fatti di reato ed autori in tutto simili: esiti diversi non giustificati dalla presenza di fattori giuridicamente rilevanti, come i precedenti penali del reo o eventuali circostanze aggravanti, bensì’ spiegabili soltanto con l’ influenza del pregiudizio razziale.

Il problema delle discriminazioni razziali nell’ amministrazione della giustizia penale, e in particolare nella fase del giudizio penale, postosi negli Stati Uniti con riferimento alla minoranza afro-americana, sin dagli inizi del secolo, si e’ acuito negli anni settanta ed e’ stato uno dei fattori all’ origine della riforma del *sentencing* attuata nell’ ordinamento statunitense a partire dalla metà’ degli anni settanta. Tale riforma, nata in risposta alla crisi dell’ ideale rieducativo e all’ ineffettività’ del sistema del *sentencing* indeterminato e ispirata ad un ritorno all’ idea retributiva, in particolare all’ idea della proporzionalità’ fra la pena e la gravità’ del reato, ha comportato l’ introduzione di criteri-guida (*guidelines*) cui la *sentencing authority* deve attenersi nella commisurazione della pena. Create proprio al fine di porre rimedio alla disparità’ di trattamento, specie a quella di fonte razziale, le *guidelines* avrebbero dovuto imbrigliare la discrezionalità’ del giudice al punto da rendere improbabile qualsiasi interferenza di fattori arbitrari nella commisurazione della pena. Le ricerche empiriche volte a verificare l’ effettività’ della riforma rispetto all’ obiettivo della riduzione della *sentencing disparity* di fonte razziale e la stessa magistratura Americana hanno chiarito come tale riforma non abbia affatto ridotto la *sentencing disparity* di fonte razziale, dovendo così’ dirsi mancato l’ obiettivo della riforma. Il problema e’ dunque ancora una realtà’ nell’ ordinamento americano.

In Gran Bretagna il problema tocca da vicino soprattutto le minoranze afro-caraibiche ed e’ stato oggetto di uno studio dal titolo *Race and Sentencing* – ritenuto ad oggi il piu’ attendibile sotto il profilo metodologico - condotto sulla prassi del *sentencing* in alcune *Crown Courts* inglesi: da tale studio emerge la presenza di una disparità’ di trattamento sanzionatorio nei confronti delle minoranze etniche afro-caraibiche ed asiatiche.

Anche in alcuni ordinamenti di *civil law* - per la verità’ non numerosi - il problema si e’ posto ed e’ stato oggetto di studio da parte della dottrina: si tratta della Germania, della Svezia, dei Paesi Bassi e, come abbiamo già visto, dell’ Italia. In Germania, per esempio, ove le poche indagini empiriche disponibili mostrano una modesta discriminazione razziale nella fase commisurativa della pena e un uso discriminatorio della custodia cautelare, il problema della rilevanza di considerazioni razziali o etniche e’ stato oggetto di contrasto giurisprudenziale. Le corti di merito hanno talora affermato che la condizione di starniero puo’ giustificare un inasprimento sanzionatorio. La suprema Corte tedesca ha invece chiarito che la Costituzione tedesca proibisce qualsiasi disparità’ di trattamento basata sulla razza. In Svezia, pur in assenza di approfondite indagini empiriche, il problema e’ contempalto dalla norma sulla commisurazione della pena al cap. 29 del codice penale ove e’ ci si richiama espressamente al rispetto della parità’ di trattamento.

In definitiva, anche nei diversi Paesi europei gli elevati tassi di carcerazione delle minoranze etniche sembrano spiegabili solo in parte con un maggior coinvolgimento di tali minoranze in attività’ criminali: alcune disparità’ nel trattamento saunzionatorio – soprattutto in relazione ai reati di media gravità’ ove maggiore e’ la discrezionalità’ in capo alla *sentencing authority* – appaiono direttamente riconducibili al pregiudizio razziale, con intensità’ variabile a seconda dei diversi contesti territoriali e socio-culturali.

Torniamo all'Italia. Come abbiamo visto, in l'Italia, a fronte dei dati che mostrano come la criminalità degli immigrati e' cresciuta sensibilmente negli ultimi anni, si sono contrapposte due posizioni: da un lato una posizione, per la verità isolata, di chi sostiene che questi tassi di criminalità elevata sono frutto di una "propensione a delinquere" degli immigrati (Segre), dall'altra la posizione di molti Autori i quali osservano come tale sovrarappresentazione degli stranieri nelle statistiche criminali e' frutto non di un maggior coinvolgimento criminale degli stessi bensì di un operare delle agenzie del controllo sociale formale in maniera selettiva e discriminatoria verso gli stranieri.

L'esperienza comparatistica insegna al giurista italiano la necessità e l'utilità di continuare a percorrere la via della ricerca empirica. Inoltre sull'esempio del codice penale svedese, anche il legislatore italiano potrebbe vagliare l'opportunità di inserire un monito al rispetto della parità di trattamento nelle norme sulla commisurazione della pena.

La prostituzione

Introduzione

(DAL LAGO – QUADRELLI, *La città e le ombre. Crimini, criminali, cittadini*, Feltrinelli, 2003, 206-207).

Se la si considera oggettivamente, la prostituzione è un'attività economica come le altre. Esistono Paesi (come l'Olanda) in cui essa è esercitata alla luce del sole, disciplinata e tassata e confinata in appositi quartieri. In altri, invece, ricade nell'ambito dell'economia informale oppure di quella illegale. In Italia, lo statuto della prostituzione è estremamente ambiguo. È un'attività informale, in cui non esistono norme che regolano i rapporti di lavoro e in cui nessuno paga le tasse, ma non illegale. Il diritto penale italiano non vieta la prostituzione in quanto tale, ma punisce i comportamenti ad essa inevitabilmente correlati, come l'adescamento, lo sfruttamento e il favoreggiamento.

La prostituzione "informale" dopo essere stata tollerata, al pari di altre attività sommerse, per quasi cinquant'anni (dopo la scomparsa delle case chiuse), è tornata clamorosamente alla ribalta da quando è associata all'immigrazione clandestina, alla tratta delle "nuove schiave" e, soprattutto al degrado urbano.

Per la pubblica opinione, la prostituzione è affare soprattutto delle nigeriane e delle albanesi o di altre ragazze dell'Est "clandestine". E, come sempre, il fatto che la definizione dei fenomeni sociali sia di pertinenza dei media provoca gravi errori di prospettiva, soprattutto quando condiziona il punto di vista dei ricercatori.

I fatti

(CASTELLI, *introduzione*, in *Articolo 18: tutela delle vittime del traffico di esseri umani e lotta alla criminalità (l'Italia e gli scenari europei) – Rapporto di ricerca*, On the road, 2002, 15 ss.; DAL LAGO – QUADRELLI, *La città e le ombre*, cit., 216-220 e 227-232).

L'analisi del fenomeno si concentra sull'ultimo decennio, poiché esso rappresenta una sorta di spartiacque tra la prostituzione "nostrana" (esercitata da donne italiane, da professioniste del sesso a pagamento, da tossicodipendenti in cerca di denaro per acquistare la dose di eroina) e quella immigrata, arrivando a creare progressivamente una situazione paradossale: l'occupazione quasi totale della strada da parte di donne immigrate prostitute (con punte dell'85-90% rispetto al totale delle presenze registrate) e il progressivo ritiro ("promozione"?) delle italiane in altri luoghi (appartamenti, locali, hotel).

La prima forma di prostituzione straniera insediatasi in Italia è formata da donne di colore provenienti dall'Africa centrale (Nigeria, Ghana) ed è caratterizzata, per la prima volta in Italia, dal fenomeno del *trafficking* (tratta a fini di sfruttamento sessuale). Ciò provoca una *prima* "rottura"

epistemologica nell'approccio al mondo della prostituzione che, personificata per lungo tempo da *sex workers*, si trova ora di fronte ad una categoria di prostitute "coatte".

La prostituzione nigeriana è rimasta per lungo tempo consistente, sia in termini quantitativi (circa 5.000-6.000 unità, pari al 30% delle immigrate che si prostituiscono in strada), sia in termini di diffusione nel territorio. Le donne nigeriane lavorano tanto nelle grandi città metropolitane come Torino, Milano, Genova, Firenze, Bologna, Roma, Palermo etc., quanto in luoghi strategici delle aree periferiche suburbane, quali la Baia Domizia in Campania, le campagne dell'Umbria e della Toscana, la zona della Bruciata di Modena o della Bonifica del Tronto in Abruzzo, le aree periferiche del triangolo Piacenza-Parma-Reggio Emilia, le strade provinciali del Veneto o del Friuli-Venezia Giulia.

L'esercizio della prostituzione di colore resta assai originale rispetto al classico mondo della prostituzione di strada. Innanzitutto, pochissimi sono gli studiosi che si sono avventurati nell'analisi del rapporto tra la prostituta di colore ed il proprio contesto vitale, la propria famiglia o la propria comunità; sull'argomento, al di là dei racconti delle donne stesse, sono pochissime le informazioni; non si capisce perché, unico esempio nel panorama dei protettori, lo sfruttatore di queste prostitute sia una donna della stessa etnia e, molto spesso della stessa comunità. In secondo luogo, desta particolare attenzione la strategia di esercizio di questa prostituzione: la collocazione abitativa molto distante dal luogo di lavoro, l'abitazione in gruppo o in comunità, l'utilizzo del treno per raggiungere i luoghi di lavoro etc.

In un secondo tempo, sull'onda lunga dell'occupazione delle strade da parte delle donne di colore si è registrata la "calata" delle donne bianche, provenienti dall'Europa dell'Est: per prima le ragazze albanesi, poi donne del Centro-Europa (Romania, Bulgaria etc.) ed infine, dall'ex unione Sovietica, in particolare dalla Moldavia e dall'Ucraina. Questo ha rappresentato un'ulteriore rottura epistemologica, in particolare rispetto alla razza. Non più donne "nere" (e quindi diverse, estranee magari esotiche) ma bianche, come le donne europee (e dunque meno diverse, anche se distanti). Il loro arrivo ha poi contribuito ad un'ulteriore, decisa espulsione dalla strada delle prostitute italiane, nonché ad un rilevante aumento dell'offerta di prestazioni sessuali rispetto alla domanda, con conseguente saturazione del mercato del sesso in strada.

La prostituzione albanese ha rappresentato (soprattutto negli anni '92-'96) la forma più violenta di "uso" di donne ai fini di sfruttamento sessuale. La presenza massiccia di donne albanesi in Italia (a causa della vicinanza geografica e del facile accesso al territorio italiano attraverso le coste pugliesi, con la complicità della malavita locale), la brutalità perpetrata nei loro confronti dai protettori albanesi hanno creato, più del traffico delle donne nigeriane, un dibattito nella pubblica opinione sui temi della prostituzione "coatta" e sulla demarcazione tra prostituzione e tratta. Al di là delle spettacolarizzazioni messe in atto dai mass media, che hanno cavalcato il problema spesso a meri fini di *audience*, delle semplificazioni attuate omologando *tout court* prostituzione e tratta, la prostituzione albanese ha proposto, con forte impatto emotivo, alle istituzioni e alle autorità, il problema della tratta a fini di sfruttamento sessuale.

Il fenomeno della prostituzione albanese presenta tratti in parte devastanti. Negli anni '94-'98 si è registrata, da parte di donne albanesi, una sorta di "occupazione" della strada (alcune ricerche ci parlano di 6.000-9.000 ragazze presenti nella sola Italia), con un "indotto" di protettori, sedicenti parenti e fidanzati al seguito (ciò ha prodotto, più che con la prostituzione nigeriana, l'emersione di una forte intolleranza delle comunità locali "invase", con l'accelerazione di processi, molto spesso più "rappresentati" che reali, di insicurezza sociale da parte della cittadinanza).

Nel caso della prostituzione delle albanesi, la *protezione* è infatti di tipo *artigianale*, anche se basata su un'estrema violenza.

"Il mio fidanzato aveva degli amici che sapevano come farci arrivare in Italia. Dovevamo pagare. Non avevamo tutto il denaro, così abbiamo promesso di pagare, quello che mancava, dopo il nostro arrivo. Dovevamo pagare ancora cinque milioni. Siamo arrivati in Puglia. Dopo qualche giorno, era estate, siamo andati in un posto vicino a Rimini... Siamo arrivati in un posto, una cascina dove c'erano tre ragazzi albanesi e altre sei ragazze. Ci hanno ospitati, poi, dopo un paio di giorni, il mio fidanzato mi ha detto che ora dovevamo iniziare a pagare il nostro debito.

Che dovevo fare come le altre, andare a lavorare. Una ragazza mi ha dato dei vestiti e dei trucchi. Non ci voleva molto a capire dove dovevo andare. Il mio fidanzato mi ha detto che dovevo farlo per tutti e due. Che non c'erano altre possibilità. Eravamo senza documenti, perciò dovevo pagare per rimanere. Dovevo fare almeno sei, settecentomila lire. Non potevo fare di meno... I soldi me li portavano via tutti. Li davo al mio fidanzato che diceva che un po' servivano per pagare il debito e le spese per rimanere in Italia e una parte li metteva via per noi. All'inizio credo fosse sincero, poi è cambiato, dei miei soldi non ho più visto niente... Era come essere rimasti a casa, a lavorare in fabbrica. Bisognava lavorare tanto, essere veloci, senza perdere tempo. Con i clienti dovevi starci al massimo venti minuti tra andare e tornare. Se ti fermavi di più dovevi aver guadagnato più soldi. Se andavi fuori dai tempi troppo spesso erano guai. Qualcuna per questo è stata picchiata e violentata. Mentre lo facevano, davanti a noi, le dicevano che se voleva divertirsi doveva farlo con loro. Non con i clienti". (Mira)

Al contrario, nel caso delle nigeriane, il lavoro è in qualche maniera autonomo, sebbene si parli spesso di "madame", ossia di ex prostitute che gestiscono altre ragazze, ricorrendo talvolta anche a messi coercitivi. A questo proposito, tra gli operatori di polizia c'è chi sostiene che le nigeriane sarebbero incatenate al loro mestiere mediante riti "voodoo", ma l'informazione sembra difficilmente verificabile e comunque generalizzabile. Piuttosto, anche le donne nigeriane hanno il problema di restituire i soldi del viaggio, di pagare l'affitto agli albergatori e le quote agli organizzatori. A parte queste considerazioni, le ragazze nigeriane non si fanno proteggere e mostrano tra di loro un certo grado di solidarietà e cooperazione.

È assai probabile che il fenomeno della prostituzione albanese possa essere letto, oltre che dal versante della miseria e della povertà, anche dal punto di vista del *genere*. Secondo questa impostazione, il modello patriarcale e maschilista della società albanese, reduce da molti anni di chiusura sociale, politica e culturale, avrebbe prodotto una tipologia di donna-vittima della tratta predisposta a subire angherie, ricatti, umiliazioni e violenze di ogni tipo. Il (formalmente) desueto *Kanun*, il codice di origine medioevale che regola il diritto di famiglia, totalmente sbilanciato dal lato maschile, non lascia infatti grandi spazi alla presenza delle donne albanesi.

Ma la questione della violenza sulle donne albanesi da parte dei loro protettori merita un approfondimento. Da alcuni anni è stata propagata dai media un'immagine sostanzialmente razzista degli albanesi, che, appunto, riconduce le pratiche descritte al carattere tribale o arcaico di una cultura venuta alla luce dopo la dissoluzione del regime comunista. L'inclinazione alla violenza estrema sarebbe perciò connotata al *carattere* degli uomini albanesi, così come le donne albanesi sarebbero *naturalmente* predisposte alla prostituzione. La realtà è invece un'altra. In Albania, il crollo del regime comunista ha condotto ad una disgregazione sociale in cui la lotta per la sopravvivenza economica ha finito per dissolvere i legami sociali elementari. Non tutte le donne albanesi approdate in Italia e finite sulla strada sono di origine contadina e quindi culturalmente "condizionate" da un modello maschilista e patriarcale. Al contrario, molte di loro hanno conosciuto il *lavoro in fabbrica*: una fabbrica protocapitalistica, un vero e proprio "tritacarne", i cui proprietari sono spesso stranieri (italiani, greci etc.) mentre la gestione è affidata a capetti albanesi.

"In Albania lavoravo in una fabbrica di un italiano. Lavoravo dieci, ma anche dodici ore al giorno. Anche lì non ero libera. Guadagnavo poco e poi lì le ragazze sono tutte molto controllate dai guardiani della fabbrica. Sono pagati più di noi per controllare il nostro lavoro. Loro sono bastardi. Picchiano le ragazze, qualcuna è stata anche violentata. Il padrone gli dice che devono farci lavorare, gli dice quanto dobbiamo produrre e che non dobbiamo fare casini. Questo è cosa interessa al padrone italiano. Quello che succede non gli interessa. L'importante è che abbia il suo guadagno... (Sono successi) incidenti, molti incidenti. Anche brutti. Ragazze che hanno perso dei pezzi di mano... (in questo caso) le ragazze vengono mandate via con un mese di paga. Sono medicate sul momento. Poi non le si vede più in fabbrica. Sono inutili". (Mira)

In fabbriche di questo genere, sorte all'interno di una società urbana disgregata, le ragazze sono esposte ad una *mitologia consumistica onnipresente*, proposta dai media italiani e incarnata dagli stranieri sciamati in Albania nella veste di imprenditori, commercianti o militari.

Le motivazioni dell'approdo delle donne straniere alla prostituzione di strada non sono dunque uniformi. In molti casi la molla è rappresentata dal miraggio di benessere e dalla necessità di fuggire da una società povera e violenta. In altri casi la prostituzione non è una scelta, ma una necessità, oppure il risultato della costrizione. Ma, anche nel caso delle giovani albanesi e in

generale delle ragazze provenienti dall'est europeo, le ragioni del loro arrivo sono più complesse di quanto non appaia al senso comune, secondo cui la loro presenza sarebbe esclusivamente la conseguenza di una forma di schiavismo. Le donne sulla strada, bianche o nere che siano, ammettono tutte di aver subito il fascino di una società ricca e dominante.

“Volevo andarmene. L'Italia mi sembrava un paese dove tutto era diverso. Questo era quello che si diceva, che si vedeva. Tutti parlavano dell'Italia come di un gran paese. Ricco e dove si poteva vivere bene. Noi guardavamo molto la televisione italiana. E poi se gli italiani venivano da noi ad occuparci voleva dire che era un paese ricco e forte. Dove si poteva vivere meglio”. (Mira)

La mescolanza di miraggio del consumo, povertà nelle campagne, violenza nella vita quotidiana e condizioni di sfruttamento vissute in fabbrica può spiegare (sia negli uomini che nelle donne) la disponibilità alla fuga verso l'Italia. Ma spiega anche, molto più di qualunque analisi di tipo “culturale”, la prosecuzione della violenza sulle donne nella società di approdo. Non si tratta, infatti, di una violenza organizzata, metodica, strategica, bensì di una violenza irrazionale, finalizzata ad un consumo immediato e disperato dei corpi.

Ecco come una donna albanese, mediatrice culturale, spiega le radici di questa violenza. “Di culturale c'è poco. Certo, sicuramente nelle campagne alcune forme di subordinazione sono il retaggio di culture arcaiche non del tutto superate che affiorano nuovamente. Ma se pensiamo che questo fenomeno è assolutamente comune anche nelle città allora dobbiamo pensare che la sua origine è diversa. Il fatto che le donne vivano in un certo tipo di condizione è la conseguenza della situazione sociale che si è instaurata nel mio paese... *In una realtà priva di diritti, se non il diritto di chi può esercitare la forza nuda e cruda, le donne ritornano a essere, al pari dei bambini e degli anziani, i soggetti più deboli*”.

Un discorso a sé fa fatto per le “nigeriane”, una categoria che comprende sia donne che provengono dalla Nigeria, sia da altri pesi africani, quali il Ghana. Si tratta di donne tendenzialmente indipendenti e solidali tra loro, raramente intimidite dai clienti. Mentre le giovani albanesi sono le più indifese e vivono con estrema fatica la trasformazione della loro identità (da donne in cerca di *chances* a “puttane”), le donne nigeriane vedono in modo disincantato e al tempo stesso aperto la loro situazione. Benché appartengano a un tipo sociale stigmatizzato e siano soggette ad una clientela più o meno razzista (oltre che a taglieggiamenti di vario tipo), le nigeriane mostrano uno *spirito imprenditoriale* analogo a quello delle italiane che operano negli appartamenti.

“Io sono molto giovane, non so se farò questo lavoro per molto. Il mio obiettivo è sposare un uomo ricco... Se non riesci a sposare un italiano ricco puoi cercare di mettere via dei soldi e aprire una attività, oppure puoi diventare un'imprenditrice del tuo lavoro. Puoi iniziare a gestire delle ragazze. È un business, il meccanismo è uguale in ogni affare. Puoi vendere caramelle o sesso, non cambia nulla”. (Angela)

Mentre non è facile stabilire un dialogo in profondità con le giovani albanesi, salvo le eccezioni documentate, non tanto e non solo perché hanno paura dei protettori, quanto soprattutto per il prevalere in loro di un forte riserbo sul proprio lavoro e sui dettagli più “vergognosi”, le donne nigeriane non hanno difficoltà a parlare del loro lavoro e soprattutto dei clienti. Esse *sanno* di essere prostitute, nel senso che si vedono oggettivamente, come dall'esterno, nel proprio lavoro, si rappresentano come donne di colore affittate per poco tempo dai bianchi. Quasi tutte secolarizzate, rivendicano la prostituzione come una sorta di scelta tra opzioni limitate.

L'analisi delle interviste alle donne nigeriane mette in luce due aspetti inediti nelle relazioni tra la società maschile bianca e questo gruppo di nere.

La *prima* è la rappresentazione servile delle donne nere da parte dei clienti, quali avanguardie o antenne della nostra società. È con un misto di stupore e di rabbia che queste donne, provenienti da una società anglofona, in parte fortemente urbanizzata, si vedono porre l'alternativa secca fra il lavoro di domestiche e la vita da strada. Venute in Europa per conquistarsi una *chance*, le intervistate *rifiutano* il lavoro domestico (che, nel caso delle straniere, può assumere le forme di una schiavitù casalinga) e accettano quello di prostitute come una sfida ad una società che

considerano ottusa e razzista. La rivendicazione di “indocilità” è una manifestazione di una sorta di coscienza della colonizzazione.

“Sono venuta in occidente per fare la prostituta. Non era e non è mia intenzione farlo per sempre, ma per un periodo, per mettere a posto alcune cose economiche, avere un po’ di soldi e ricominciare... Voi italiani siete strani. Fate tanto casino per le prostitute e poi venite sempre a cercarci, volete che smettiamo di prostituirci e in cambio ci offrite di andare a fare le schiave per ottocentomila lire al mese, giorno e notte. Nessuno viene mai da noi ad offrirci un lavoro non domestico, neppure a chiederci se sappiamo fare qualcosa. Tra di noi ci sono ragazze di tutti i tipi, c’è chi magari viene dai villaggi ed è ignorante, ma ci sono tante che vengono dalla città, c’è chi ha studiato, insomma è un po’ come da voi, mica tutte le donne italiane sono ignoranti. Noi siamo più povere, questo è vero, ma tecnicamente e culturalmente siamo al vostro livello. Per questo le ragazze nigeriane, a differenza di molte altre straniere, non si piegano a fare le serve. *Non siamo docili*” (Carol)

Quanto sia indocile l’atteggiamento delle ragazze nigeriane risulta anche dallo stile della *relazione con i potenziali clienti*. Esse tendono proporsi abilmente, e in alcuni casi vistosamente, ai passanti. Alcune nigeriane non adottano una tecnica di attesa passiva ma, con una simulazione a volte rischiosa (possono essere fermate per adescamento), avvicinano quasi “aggressivamente” il cliente indeciso.

Questo ci conduce all’*altro* aspetto inedito nei rapporti tra società e prostituzione straniera, ovvero alle richieste dei clienti. Le nigeriane solitamente non accettano rapporti senza preservativo e tendono a rifiutare le pratiche anali. Ma la specificità della domanda di prostitute nere poggia su altro. La donna nera è per i clienti una animale selvaggio temporaneamente addomesticato. L’immagine razzista delle persone di colore come belve o animali bradi ricompare nelle parole che le donne nigeriane si sentono rivolgere invariabilmente dai clienti.

“Venite con noi pensando di andare con una bestia feroce. Sai quanti cretini mi dicono, una volta in macchina in un posto buio: ‘Adesso non mi mangerai mica, sarai mica cannibale?’. Sei gli fai capire che potrebbe anche succedere loro si eccitano ancora di più. Poi tanti sono convinti di essere dei grandi amanti, così grandi da piegare persino una bestia in calore come te. Se glielo fai credere sono contentissimi. Poi sono convinti che noi siamo così animali da avere degli orgasmi in continuazione. Gli italiani sono matti”. (Louise)

“È incredibile come in generale voi pensiate a noi come a degli esseri appena usciti dalla foresta. Forse dovrete ricordarvi del colonialismo, della decolonizzazione eccetera. Per voi invece l’Africa sembra un continente misterioso, sconosciuto, senza storia. Noi parliamo tutte inglese, sicuramente molto meglio di voi. Quando venite con noi vi piace soprattutto l’idea di andare con qualcosa di selvaggio, di puramente naturale, venite con noi perché vi sembra di andare con un animale. Sai quante volte ti chiedono di non morderli e graffiarli?” (Jenny)

Questo aspetto del rapporto cliente-prostituta di colore emerge anche dalle interviste dei alcuni italiani, che frequentano abitualmente prostitute straniere. Sono giovani tra i 19 e i 23 anni, studenti o diplomati in cerca di occupazione, che raccontano facilmente come una “sveltina” con donne straniere rientri nelle loro abitudini, soprattutto quando, dopo una sera al bar o in discoteca, sono annoiati o eccitati. Non hanno difficoltà a parlare di ciò che fanno con le donne straniere o si aspettano da loro, come se esistesse una naturale complicità con l’intervistatore.

“Ogni tanto vado con le negre. Sono stato anche con altre prostitute, ma con le negre mi diverto di più, è come fare un safari. Mi sembra di andare a caccia. Mi sembra di cacciare degli animali grandi e grossi. Poi sono tutte uguali vai nel mucchio, non hai il problema della scelta... Con loro ti senti una potenza. Non mi interessa tanto la cosa in sé, è l’idea di possedere un animale, di poterlo usare come ti pare che rende la cosa particolarmente eccitante”. (Cliente uno, 23 anni)

“Con le negre sei anche curioso, sembrano un po’ degli animali feroci, ci vai e ti sembra di rischiare, l’idea del rischio fa aumentare il desiderio. A volte lo dico per scherzo, a volte però lo credo sul serio, e magari le dico: ‘Ehi non mi mangiare’. E lei mi risponde ‘Bel bianchetto ora ti morsico tutto e poi ti mangio, non lo sai che noi siamo tutte cannibali?’ Quando vai con una nera che magari è settanta chili la paura ti viene, allora subentra il gioco di chi è più forte, di chi comanda”. (Cliente due, 19 anni)

Il gioco del cliente comprende quindi, molte volte, un’idea di “rischio”, ovviamente controllato e in gran parte immaginario. In questa rappresentazione del confronto con l’animale rientra anche l’*idea del maschio* nero come bestia da emulare.

“Molti sono ossessionati dal confronto col maschio nero, vogliono sentirsi dire che loro sono meglio, che sono più potenti dei neri”. (Jessie)

In questi ultimi anni, la presenza di donne albanesi nelle nostre strade si sta fortemente ridimensionando: ciò è dovuto in parte all'effetto dell'accordo bilaterale firmato, nel 1997, tra Italia e Albania (in base al quale le persone straniere di nazionalità albanese vengono, una volta intercettate sul territorio, immediatamente rimpatriate in Albania), ad una maggiore diffusione di informazioni relative al *trafficking* nella stessa Albania e all'immissione nel mercato del sesso di altri gruppi di donne, provenienti dalle repubbliche dell'ex-Unione Sovietica. Anch'esse bianche, fisicamente più vistose e piacenti, forse più conviviali e, soprattutto, allo stesso prezzo delle albanesi. Dopo le prime timide apparizioni di durata limitata (da 20 a 30 giorni), spesso arrivando in Italia con i cosiddetti “*charter dell'amore*” che, partendo da Kiev, atterravano negli aeroporti di Forlì, Rimini e Ancona, nell'ultimo quinquennio le donne dell'ex-Urss si sono fortemente radicate nel territorio italiano e rappresentano oggi il gruppo di prostitute bianche più presente e consolidato. Ci si riferisce, in particolare, a donne provenienti dalla Moldavia che, attraverso mille peripezie e rotte, arrivano in Italia da un paese lontano, molto piccolo (conta circa 4 milioni di abitanti) e poverissimo. Quest'ultima tipologia di prostituzione, molto più radicata nel luogo di lavoro di quella nigeriana ed albanese, esprime una *terza* rottura epistemologica rispetto al classico modello prostituivo, imperniato su regole molto chiare quali la distanza dal cliente, la censura dell'intimità etc. La cristallizzazione di richieste sessuali fatte sempre alle stesse prostitute da parte di molti clienti, la creazione di nuclei familiari tra clienti e prostitute sono i possibili indicatori di un “traghetamento” della prostituzione verso un'altra modalità, quella dell'amante.

Dopo quest'ultimo mono-blocco ucraino-moldavo, gli arrivi dall'Est Europa si stanno nuovamente modificando, con una frammentazione sempre più vasta che coinvolge tutte le aree dei paesi Balcanici (Serbia, Montenegro, Macedonia e Bosnia) e del Centro Europa (Romania, Bulgaria, Repubblica Ceca, Slovacchia, Polonia). Infine, in questo scenario dei flussi si colloca, quale nuovo fenomeno, l'arrivo dall'Ovest (in particolare dal Centro e dal Sud America) di molte donne, soprattutto colombiane.

In questa prospettiva, anche le rotte tradizionali subiscono modificazioni. Fino a poco tempo fa, la costa adriatica, soprattutto l'area pugliese, era il punto di arrivo delle vittime della tratta. Oggi tutto questo persiste, ma la rotta passa anche attraverso la Slovenia, che comincia a costituire uno dei principali luoghi di transito; esistono poi anche altre rotte un po' meno note al grande pubblico, più decentrate e trasversali (ad esempio, la Basilicata). In sostanza, la ragazza (o la donna) non viene più prelevata e portata a destinazione, ma passa attraverso molti luoghi, in una sorta di *peregrinare nomadico* che, ad esempio, dalla Moldavia la porta in Romania, dove resta temporaneamente, per poi essere rivenduta in Polonia, dove si ferma per un po', per ripartire per l'Albania e di lì verso l'Italia.

Le rappresentazioni e le norme

(PRINA, *L'art. 18 nel quadro delle politiche sociali sulla prostituzione e sull'immigrazione*, in *Articolo 18*, cit., 61 ss.; VIRGILIO, *L'art. 18 nel quadro della legislazione penale di contrasto della criminalità delle persone migranti*, *ivi*, 77ss; FERRARIS, *Analisi dell'art. 18 nel quadro della legislazione sull'immigrazione e della lotta alla criminalità organizzata. Storia e premialità dell'istituto*, *ivi*, 40-41).

Una politica in materia di prostituzione è sempre frutto sia del modo in cui si percepiscono e definiscono le caratteristiche del problema, la sua evoluzione nel tempo, le caratteristiche dei soggetti che ne sono protagonisti, sia del modo in cui si presentano i bisogni e le richieste di chi ne osserva da vicino le manifestazioni o si ritiene vittima delle situazioni al fenomeno correlate. Giocano inoltre un ruolo decisivo:

1. le spiegazioni fornite di quei comportamenti dai membri della comunità scientifica, nonché la loro capacità di trovare ascolto presso l'opinione pubblica, gli *opinion leaders* ed i rappresentanti del ceto politico;
2. le spiegazioni del senso comune che si coagulano intorno a questi fenomeni per effetto delle rappresentazioni mediatiche;
3. gli interessi degli attori del sistema politico, titolari del potere decisionale;
4. gli interessi e le prassi delle istituzioni chiamate ad attuare le scelte politiche;
5. la cultura e gli orientamenti degli operatori che lavorano in queste istituzioni.

Il *peso* di ciascuno di questi *fattori* è assai mutevole, perché dipende sia dai tratti tipici di ciascun sistema sociale, sia dall'intreccio di interessi ad esso sottostante. Di conseguenza, ciascuno di questi fattori eserciterà un'*influenza* assai differente sull'evoluzione delle *forme di controllo* e sui contenuti delle *reazioni istituzionali*. Ad esempio, mentre in alcune stagioni e ambiti è la cultura degli operatori a risultare preponderante, in altre occasioni sono le preoccupazioni di consenso del sistema politico a prendere il sopravvento; vi sono momenti in cui la pressione dell'opinione pubblica impone soluzioni emergenziali e tempi in cui risulta decisiva l'influenza delle indicazioni espresse dalla comunità scientifica.

La realtà dell'Italia contemporanea presenta orientamenti molteplici e contraddittori, in gran parte riconducibili all'accesa dialettica, soprattutto nei contesti locali, tra le forme del mercato della prostituzione, i cittadini non clienti e le rappresentazioni mediatiche della questione. Ma parte della responsabilità ricade altresì sul contrasto che sussiste tra i dati, forniti dalle ricerche scientifiche e le letture del fenomeno, effettuate da parte di chi opera sul terreno (unità di strada, centri di accoglienza etc.).

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, va subito detto che, mentre le ricerche convergono su alcuni punti essenziali, le rappresentazioni degli operatori non possiedono un'analogia omogeneità. Il caso più evidente è la differenza tra le posizioni di alcuni soggetti che operano sul campo ed i risultati delle ricerche sul rapporto tra migrazione e condizioni di esercizio della prostituzione (v. ricerca PARSEC – Università di Firenze, *Il traffico di donne immigrate per sfruttamento sessuale: aspetti e problemi. Ricerca e analisi della situazione italiana, Rapporto di ricerca*, Roma 1996; CARCHEDI (a cura di), *I colori della notte. Migrazioni, sfruttamento sessuale, esperienze di intervento sociale*, Franco Angeli, 2000). Gli studi hanno infatti dimostrato l'infondatezza della distinzione, schematica, tra prostituzione libera (praticata essenzialmente da donne italiane) e prostituzione coatta (tipica delle donne straniere). Per contro, nel contesto operativo permangono visioni più schematiche, da cui traspare una certa confusione tra il piano della realtà e quello dei giudizi di valore, che, inevitabilmente, vengono formulati, sulla realtà stessa, dagli stessi operatori.

Un altro esempio di distanza tra i risultati delle analisi scientifiche e le rappresentazioni mediatiche della questione emerge in relazione al problema delle reazioni sociali conseguenti alla presenza e all'estensione del fenomeno. Lo studio è effettuato sia a livello locale, con riferimento a determinati contesti territoriali (MALUCCELLI – PAVARINI, *Rimini e la prostituzione*, in *Quaderni di Cittàsicure*, n. 13, 1998), sia in un quadro più vasto e riguardante, in generale, la percezione di insicurezza e la preoccupazione di tutti i cittadini. Le ricerche testimoniano, è vero, un ruolo importante della prostituzione e delle organizzazioni che la gestiscono nell'alimentare il senso di insicurezza e di disagio (a causa della forte concentrazione dell'offerta in alcuni luoghi, della sfacciata esibizione del "prodotto" in vendita, dell'aggressività dell'"occupazione" del territorio, della pressoché totale indifferenza ai diritti dei cittadini non clienti, residenti nelle vie in cui si svolge la contrattazione o semplici utenti della strada), l'allarme sociale, le domande di misure risolutive. Ma, anche in questo caso, le analisi sottolineano che l'orientamento collettivo, diversamente dalle rappresentazioni fornite dai media, non è univoco (PITCH – VENTRIGLIA, *Che genere di sicurezza. Donne e uomini in città*, Franco Angeli, 2001): nelle percezioni e nelle istanze dei consociati convivono tanto colpevolizzazioni dei comportamenti individuali e richieste

di *law and order*, quanto atteggiamenti contrari alla tratta ed al commercio internazionale ed espressioni di comprensione e compassione per le vicende delle ragazze, vittime dello sfruttamento, con conseguenti richieste di interventi umanitari.

In sostanza, le ricerche danno l'impressione di saper cogliere la complessità della questione, evidenziandone i diversi profili e suggerendo un approccio articolato, attento alle sfaccettature e all'effetto boomerang di scelte improvvisate o demagogiche. Tuttavia, il discorso scientifico è obbligato a confrontarsi, uscendone spesso perdente, con il potere delle schematizzazioni e delle semplificazioni operate dai media, con le visioni di alcuni operatori sociali dotati di particolari capacità di auto-rappresentazione e, infine, con gli interessi del sistema politico.

E sono proprio le schematizzazioni e le semplificazioni, fortemente retoriche, operate dai media, a meritare un discorso a parte. Si tratta di un processo circolare, che si snoda in più fasi: il tema della prostituzione alimenta differenti retoriche, che a loro volta permeano il senso comune, il quale, infine, si rivolge al sistema politico per ottenere una soluzione. Ma nei discorsi dei media si scontrano, si confrontano e talvolta si contrappongono, tanto da confondersi, almeno quattro immagini e letture del problema:

1. la prostituzione come comportamento *colpevole* e *provocatorio* di singoli individui e di gruppi organizzati che costituisce *minaccia* per l'ordine, la salute, la morale pubblica, da reprimere e/o contenere in spazi e ambiti controllabili. La retorica della minaccia, caposaldo delle politiche prima *proibizionistiche* e poi *regolamentazionistiche*, si affianca alle posizioni tradizionali in tema di immigrazione illegale e clandestina, con il suo corredo di paure di "invasione" e di "contagio" e di apprensione per la violenza delle bande che gestiscono il traffico e lo sfruttamento;
2. la prostituzione come condizione di *disagio* e di *bisogno*, da affrontare con politiche sociali di *prevenzione* e di *trattamento*. La retorica della prostituzione come disagio e bisogno ripropone l'idea dell'inferiorità dei protagonisti, considerati soggetti deboli, vittime di sfruttamento e desiderosi di affrancarsi da una situazione sociale ed esistenziale difficile. In questa retorica si esprimono le mai sopite tendenze a considerare la prostituzione un male in sé, da estirpare con non ben precisate iniziative di prevenzione, e a trattare chi si prostituisce come una persona disadattata e in difficoltà, bisognosa di aiuto e destinataria di interventi e servizi con *finalità "terapeutica"* o *assistenziale*;
3. la prostituzione come luogo paradigmatico della violenza e dello sfruttamento, che assume i connotati di moderna *schiavitù*, da combattere radicalmente, punendo i malvagi e "*liberando*" le vittime. La retorica della schiavitù può sia correlarsi alla prospettiva precedente, sia esprimere, accanto alla giusta indignazione per condizioni non tollerabili, il bisogno di individuazione di un confine, che funzioni da "*nuovo criterio ordinatore*" (cfr. PAVARINI, *Il "controllo" della prostituzione e le illusioni regolamentariste*, in FERRARI – RONFANI – STABILE, *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, Franco Angeli, 2001, 535), tra una prostituzione accettabile (libera) e una prostituzione non accettabile (coatta). Questa retorica impedisce di riconoscere che molte persone si trovano in una condizione dai contorni incerti, che molti dei progetti migratori non escludono il ricorso alla prostituzione, per la radicalità dei bisogni materiali o per la percezione di una situazione di deprivazione relativa, che i legami tra vittime e sfruttatori sono spesso molto più complessi di quanto non possa apparire a prima vista e che l'affrancamento dalle più dure condizioni di

violenza non significa abbandono di un'attività ritenuta vantaggiosa e di legami comunque significativi;

4. la prostituzione come ambito di espressione di legittimi diritti, di *libertà*, da tutelare al pari di altre modalità di presenza degli individui sul mercato, salvo poi regolarne alcuni aspetti per garantirne la fruibilità. Anche la retorica della libertà, della scelta della prostituzione come *sex work*, occupazione come un'altra, sembra ignorare molte delle condizioni di fatto in cui si trovano i soggetti reali, per esaltare unicamente i diritti astratti del mercato e degli individui che vi entrano ed escono a piacimento.

Sulle retoriche sopra citate si innestano gli interessi del sistema politico, che, da un lato, si fonda inevitabilmente su culture diverse e diversamente sensibili a questo o a quell'approccio e, che dall'altro, si esprime diversamente in relazione al consenso che ciascuna impostazione garantisce nel breve periodo. Manca perciò una riflessione organica ed una collocazione sistematica della questione in un quadro normativo unitario, che consenta di parlare di politiche italiane nel campo della prostituzione nell'accezione "forte" del termine. Il sistema appare paralizzato, stretto tra posizioni di principio, che derivano dalle diverse retoriche sopra descritte e che si contrappongono infruttuosamente, determinando una situazione di stallo. A titolo esemplificativo, il rapporto tra retoriche ed opzioni politico-normative potrebbe essere così (schematicamente!) riassunto:

retoriche di disagio e bisogno – politiche/norme preventivo-assistenziali
retoriche di schiavitù – politiche/norme neo-proibizioniste
retoriche di libertà – politiche/norme compiutamente abolizionistiche
retoriche di minaccia – politiche/norme neo-regolamentazionistiche.

Su di un piano più generale, il ruolo delle agenzie di controllo dello Stato si è esercitato in diverse direzioni:

1. la repressione dello sfruttamento;
2. il controllo di chi esercita la prostituzione in forme incompatibili con i dettami della legge Merlin,
3. l'impegno sul fronte del nesso prostituzione-immigrazione

1. Circa la *prima* direzione, la *repressione dello sfruttamento*, il testo di partenza è rappresentato dal codice Rocco, con una pluralità di norme che tutelano la persona dalla violenza (violenza privata, minaccia, lesioni, percosse, interruzione di gravidanza senza consenso, sequestro di persona, violenza sessuale, etc.). A queste disposizioni vanno aggiunte alcune norme specifiche volte a contrastare la criminalità organizzata, quale il delitto di associazione a delinquere (art. 416 c.p.) ed il delitto di associazione di tipo mafioso (art. 416 *bis*).

Un discorso più ampio meritano le disposizioni del codice penale in materia di schiavitù che, pensate e scritte nel 1930, registrano un forte scarto tra legge ed interpretazione giurisprudenziale. I delitti contro la schiavitù, previsti agli articoli 600-604 c.p., sono inseriti nell'ambito della tutela della personalità del soggetto, intesa come espressione della libertà individuale. Le varie ipotesi di delitto sono tutte incentrate sul concetto di "schiavitù" o di "condizione analoga": "riduzione in schiavitù o in condizione analoga", "tratta e commercio di schiavi", "alienazione e acquisto di schiavi". In origine, tali disposizioni erano volte a reprimere le ipotesi di schiavitù, giuridicamente fondata e, pertanto, punita solo se commessa all'estero a danno di un cittadino italiano, in paesi in cui vigesse lo status giuridico di schiavo. Le norme erano state introdotte per adempiere all'impegno internazionale assunto dall'Italia con la Convenzione di Ginevra del 25 settembre 1926, che definiva la "schiavitù" come "la condizione di un individuo sul

quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o alcuni di essi”. Da questo ambito ristretto la nozione si allargò a considerare anche le pratiche “analoghe” alla schiavitù, venendo così a ricomprendere ogni altra condotta che riduca un individuo in stato di assoggettamento (“di servitù per debiti, servitù della gleba, cessione di minori, promessa, cessione in matrimonio, cessione della donna senza o contro il suo consenso in forza di disposizioni giuridiche che lo autorizzino”, secondo la definizione ampliata della Convenzione supplementare di Ginevra del 7 novembre 1956). L’art. 601 c.p. (“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 vent’anni”) si riferiva alla tratta ed al commercio di schiavi così come erano organizzati all’inizio del XX secolo, secondo un fenomeno “inverso” a quello attuale: si trattava della deportazione delle donne bianche occidentali verso i paesi coloniali, per far loro esercitare la prostituzione. Queste fattispecie sono rimaste inapplicate per più di un cinquantennio e solo dalla fine degli anni ’80 sono state riutilizzate dalla giurisprudenza in relazione al fenomeno delle c.d. “nuove” schiavitù. In particolare, il concetto di “schiavitù o condizione analoga” è stato adattato a situazioni di mero fatto in cui la persona venga a trovarsi in uno stato di assoggettamento al potere di disposizione altrui, tale da comportare l’annientamento della personalità e la riduzione della persona a cosa. Il passaggio decisivo rispetto alle vecchie impostazioni è rappresentato dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite (16 gennaio 1997, n. 261, Ceric) che ha ricondotto alla norma la condizione di “un individuo che – per via dell’attività esplicata da altri sulla sua persona – venga a trovarsi (pur conservando nominalmente lo status di soggetto dell’ordinamento giuridico) ridotto nell’esclusiva signoria dell’agente, il quale materialmente ne usi, ne tragga frutto o profitto e ne disponga, similmente al modo in cui – secondo le conoscenze storiche, confluite nell’attuale patrimonio socio-culturale dei membri della collettività – il ‘padrone’, un tempo, esercitava la propria signoria sullo schiavo”. Dopo tale svolta interpretativa la giurisprudenza non ha esitato ad applicare queste disposizioni, ma limitatamente ai casi di vittime minorenni (o adulti tossicodipendenti) e assoggettate ad attività di *sfruttamento* di tipo *lavorativo, non sessuale*. In un secondo momento, però, le norme in questione sono state applicate anche a qualche caso di donna adulta. Così, la sfera di operatività dell’art. 600 c.p. è stata estesa sino ad abbracciare ipotesi in cui la vittima conservava un’esigua sfera di autonomia, esercitabile tuttavia nell’ambito di controllo del *dominus* e revocabile a suo arbitrio. Si veda, in particolare, la sentenza della Corte d’assise di Roma “Bilbilushi”, del 23 febbraio 2001 n. 1115 (confermata in appello il 25 ottobre 2001), che ha ritenuto configurabile il delitto in questione in presenza di un rapporto di dominio e padronanza in grado di privare l’individuo della capacità di determinarsi, con assoggettamento psichico e annientamento integrale della personalità morale. Con ciò non si esclude, afferma la sentenza, la concessione da parte del padrone di una ridotta sfera di libertà ed il mantenimento, in capo al soggetto passivo, di un limitatissimo ambito di autonomia; libertà ed autonomia che, tuttavia, rimangono frutto di una concessione da parte di chi pratica il dominio e, in ogni caso, sono comunque esercitate sotto il controllo di costui. Vero è che, a volte, più di violenze o minacce continue e reiterate, il riconoscimento di una libertà minima – ma fruibile entro la sfera di vigilanza dell’agente – può conculcare con maggiore efficacia l’intimo volere della vittima, inducendola a sopportare meglio la propria condizione di asservimento. D’altra parte, la coartazione e l’assoggettamento di una persona maggiore d’età difficilmente e solo in casi limite possono essere totali e, oltre alla compressione della capacità di autodeterminazione della vittima con violenze fisiche e psicologiche, altre modalità sono esercitabili, “al contempo carpando una qualche forma di consenso e/o rassegnazione da parte della persona offesa, anche con varie forme di blandizie o di promesse”.

Le esigenze di lotta allo sfruttamento, specialmente se perpetrato su minorenni, hanno trovato un ulteriore sbocco normativo nella legge 3 agosto 1998, n. 269, intitolata “Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno dei minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù”, che oltre a prevedere nuove fattispecie, ha modificato la legge Merlin, aggravando le pene per “chiunque induca alla prostituzione una persona di età inferiore agli anni diciotto ovvero ne favorisce o ne sfrutta la prostituzione” (art. 600 *bis*). La legge

n. 269 del 1998 ha inoltre innovato la precedente legge contro la violenza sessuale n. 66 del 1996, ridefinendo la soglia della disponibilità sessuale all'età di sedici anni ed ha introdotto nel sistema una disposizione innovativa, punendo, per la prima volta, il cliente di sesso commerciale: è infatti punito "chiunque compia atti sessuali con un minore di età compresa fra i quattordici ed i sedici anni, in cambio di denaro o di altra utilità economica".

Da ultimo, il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, testo unico delle "disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulle condizioni dello straniero in Italia", integrato dal decreto di attuazione 31 agosto 1999, n. 394, punisce, all'art. 12 ("Disposizioni contro le immigrazioni clandestine"), chiunque compia "attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato"; il terzo comma di tale disposizione prevede la pena della reclusione da cinque a quindici anni (equivalente a quella del delitto di riduzione in schiavitù *ex art.* 600 c.p.) ove il fatto sia commesso "al fine di reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione ovvero riguarda l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorire lo sfruttamento".

2. L'obiettivo del *controllo* viene conseguito non soltanto in virtù dell'applicazione, saltuaria e del tutto discrezionale, delle norme sulla tolleranza, il favoreggiamento o l'adescamento, contenute nella legge Merlin, ma anche attraverso un insieme di norme eterogenee ed a-specifiche, applicate nei confronti di chi esercita la prostituzione, volte a colpire alcuni comportamenti (la mancanza di documenti di identificazione, l'intralcio al traffico, il mascheramento), ovvero usando come pretesto la sua condizione di straniero irregolare.

Sulle disposizioni contenute nella legge Merlin vale la pena di spendere alcune parole. La legge del 20 febbraio 1958, n. 75, intitolata "Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui" si ispira al modello abolizionista. Il principio di non discriminazione e di uguaglianza dei cittadini e delle cittadine viene affermato eliminando tanto la criminalizzazione quanto la regolazione di un fatto ritenuto privato, qual è la prostituzione. In concreto, la libertà e l'uguaglianza delle donne che esercitavano la prostituzione venivano garantite eliminando ogni forma di controllo sanitario e poliziesco, attraverso l'abolizione della schedatura e del trattamento sanitario obbligatorio, vietando la costituzione delle case di prostituzione e disponendo la chiusura di quelle esistenti. A tal fine, la legge prevede che nessuno possa avere la proprietà di una casa di prostituzione e punisce tutta una serie di comportamenti a ciò collegati: la locazione a scopo di esercizio di una casa di prostituzione, la tolleranza abituale, il reclutamento o l'agevolazione, l'induzione e il lenocinio, la tratta ai fini della prostituzione, il favoreggiamento e lo sfruttamento.

Tutte queste ipotesi delittuose sono punite con la stessa pena (la reclusione da due a sei anni). Ciò contrasta con lo scopo dichiarato della normativa, la lotta allo sfruttamento, che, teoricamente differenziato dal favoreggiamento (ossia dalla condotta di chi in qualche modo agevoli e facilita la prostituzione), finisce poi per esservi equiparato sotto il profilo sanzionatorio.

La legge prevedeva anche alcune ipotesi contravvenzionali (invito al libertinaggio e adescamento, successivamente degradati ad illecito amministrativo, ma tuttora applicati, in barba all'art. 8 d. lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, da alcune Questure) creando così un'ulteriore contraddizione rispetto alla filosofia di non intervento nei confronti dell'esercizio della prostituzione. Ed infatti la legge non ha mai sciolto la sua ambiguità di fondo, divisa tra la volontà (espressa) di abolire la regolamentazione della prostituzione e l'intenzione (implicita) di impedirne l'esercizio. A riprova di quanto affermato, si rileva come, accanto alle norme volte a contrastare la tratta e lo sfruttamento, sussistano disposizioni (come il reato di adescamento) che, direttamente o indirettamente, sanzionano l'offerta di sesso a pagamento.

Ancora più ambivalente appare il reato di favoreggiamento, che questure e magistrature non hanno esitato ad applicare, per colpire la donna che si prostituisce, criminalizzando le condotte di soggetti a lei legati da rapporti affettivi. Così, ad essere puniti sono i mariti, i conviventi, i compagni che, ricevendo denaro o doni, vengono considerati come gli ingiusti profittatori di guadagni illeciti. Seguono a ruota gli autori di condotte quali l'accompagnare la donna che riceve in

albergo alle cene con i clienti, portarla in auto sul luogo di lavoro e riportarla indietro, fare opera di sorveglianza, metterle a disposizione l'autovettura come una sorta di spogliatoio, rendendo più celeri ed agevoli gli spostamenti e, di conseguenza, l'attività di prostituzione (Cass., Sez. III, 26 marzo 1983, n. 2704 e 29 maggio 1982, n. 5318). Più di recente, alcune sentenze hanno stabilito che, perché si configuri il reato di favoreggiamento, non è necessaria la finalità lucrativa, essendo sufficiente, a tale scopo, una qualunque partecipazione parassitaria al guadagno o alle utilità ricavate dall'esercizio della prostituzione. In questo modo si è arrivati a perseguire anche chi offre caffè e bibite alle donne in strada o, fornendo la legna, le aiuta ad accendere i fuochi sui marciapiedi. La giurisprudenza si è spinta sino a punire le persone che esercitano in coabitazione (favoreggiamento reciproco), e le prostitute stesse, nel caso in cui si assistano o si agevolino reciprocamente, accompagnandosi in auto al lavoro, dividendo le spese dell'appartamento di esercizio o subaffittandoselo (Cass., Sez. II, 9 luglio 1998, n. 2525). Ed è evidente che un simile orientamento giurisprudenziale rappresenta un invalicabile ostacolo per iniziative autogestite volte ad organizzare e migliorare le condizioni di esercizio della prostituzione che verrebbe così a spostarsi dalla strada, luogo di visibilità ed insicurezza massime, al chiuso dell'appartamento. Da ultimo si segnala, per l'effetto distorsivo di norme che, nate per tutelare chi esercita la prostituzione vengono brandite per colpire gli stessi soggetti tutelati, la sentenza del gip di Perugia del 18 agosto 2000, che ravvisa il delitto di favoreggiamento nella condotta del cliente il quale, dopo la prestazione, riaccompagna la prostituta sul luogo di esercizio. La contestazione del delitto era poi stata accompagnata dal sequestro dell'autovettura del cliente, in quanto mezzo che aveva consentito la commissione del reato. La soluzione interpretativa è stata tuttavia prontamente bocciata dal tribunale del riesame, che ha rilevato come il delitto di favoreggiamento presupponga strutturalmente la terzietà del favoreggiatore rispetto alle parti del contratto sessuale. Ma è evidente, in questa applicazione, il tentativo di piegare la legge Merlin ad una politica che le era sicuramente estranea, ossia alla criminalizzazione del cliente, per stroncare la domanda di sesso commerciale. A questa stessa filosofia vanno ricondotte le iniziative di alcuni sindaci i quali, con apposite ordinanze, hanno sanzionato in via amministrativa la sosta o l'intralcio alla circolazione stradale da parte dei clienti "automuniti" che contrattano prestazioni di sesso commerciale. Lo scopo dell'operazione, indubbiamente vantaggiosa per le finanze comunali (la sanzione non è mai contestata e viene pagata sempre ed immediatamente), è quello di combattere la visibilità della prostituzione, trasformando così un problema sociale in un problema di ordine pubblico e sicurezza collettiva.

3. Veniamo infine al terzo punto, che rivolge la sua attenzione al problema dell'intreccio tra immigrazione/sfruttamento/prostituzione e si prospetta come obiettivo il contrasto della tratta e del fenomeno coercitivo della "riduzione in schiavitù". A tale proposito va ricordata, unica nel suo genere, la disposizione dell'art. 18 d.lgs. 286/98, che prevede la concessione di un permesso di soggiorno, rilasciato dal questore "per motivi di protezione sociale", "per consentire allo straniero di sottrarsi alla violenza e ai condizionamenti dell'organizzazione criminale e di partecipare ad un programma di assistenza e di integrazione sociale". Sono presupposti per la concessione la presenza di situazioni di violenza o di grave sfruttamento e di concreti pericoli per l'incolumità individuale in conseguenza dei tentativi del soggetto di sottrarsi all'organizzazione criminale o delle dichiarazioni rese in tribunale. Tale presupposti devono essere accertati nel corso di operazioni di polizia, di indagini, di un procedimento per determinati delitti (quelli indicati dall'art. 380 c.p.p., che disciplina i casi di arresto obbligatorio in flagranza, e quelli previsti dalla legge Merlin) o nell'ambito di interventi assistenziali da parte dei servizi sociali.

Conclusioni

(DAL LAGO – QUADRELLI, *La città e le ombre*, cit., 207 ss.)

In strada le tariffe sono molto basse. Si va dai quindi euro per una prestazione volante ai venticinque per una ordinaria. Ciò non significa che la clientela sia modesta, tutt'altro. Le

testimonianze raccolte indicano una clientela eterogenea, attratta non tanto dai prezzi bassi, quanto dalle opportunità offerte dalla prostituzione da strada. Infatti, l'aspetto caratteristico di questa attività è l'estrema marginalità di chi vi opera e dunque la possibilità, per i clienti, di fare letteralmente qualsiasi cosa in assoluta impunità. Si potrebbe parlare di ragazze di strada come di "corpi sacrificali", una condizione cui concorrono sia l'atteggiamento dei clienti, sia il sostanziale disinteresse delle istituzioni della società legittima (servizi sociali, polizia, etc.). Queste le parole di un osservatore "competente", un volontario della Lila.

"L'arrivo delle straniere e in particolare delle albanesi (in quanto giovanissime) e delle nere (in quanto negre) ha modificato i comportamenti dell'utenza e quindi i modi di stare sulla strada. Nel contempo si è modificato anche il livello di sfruttamento della prostituzione. Mi sembra necessario fare un breve parallelo con quello che era il tipo di prostituzione pre-immigrazione. Da parte dell'utenza tradizionale il maggior tipo di richiesta era quello che cercava nella prostituta un'amante... Con l'arrivo sul mercato di un 'prodotto' estero ho assistito a un mutamento radicale del rapporto tra merce e acquirente e a una scoperta di tratti italiani molto significativi... Il maschio medio italiano, in una percentuale che mi sembra realistico stimare intorno al sessanta per cento, tende a frequentare con insistenza questa nuova prostituzione. Le molle scatenanti: il dominio e l'inferiorizzazione. Nei racconti che raccolgo prevale un desiderio e un diritto di praticare violenza senza che questa venga neppure in qualche modo contrattata. Non ci troviamo pertanto di fronte a degli amanti particolari del genere sado-maso, non ci troviamo di fronte a delle richieste tecniche, ci troviamo di fronte a sentirsi padroni completi e totali di un altro corpo, un corpo da poter utilizzare e martirizzare perché per sua natura sottomesso... Le pratiche di violenza fisica come per esempio pugni, schiaffi, incatenamenti, utilizzo di coltelli o fruste improvvisate sono estremamente frequenti, così come sono estremamente frequenti le costrizioni a rapporti orali o senza preservativo. Non marginale come pratica è lo stupro di gruppo; ...solitamente si carica già in gruppo una giovane albanese e dopo averle promesso un premio extra, che non viene mai corrisposto, la si trascina o in una zona molto appartata della città o in una abitazione privata, usandola per tutto il tempo che si ritiene opportuno. Dentro questo utilizzo non vi è quasi limite, nel senso che, per esempio, le bruciature dei seni con le sigarette fanno parte di una pratica consolidata... Sia che il rapporto avvenga singolarmente o in gruppo, tende a prevalere una sorta di competizione con se stesso o con gli altri, e il corpo della prostituta viene utilizzato come puro strumento di gioco. Interessante è nei confronti delle nere il confronto ossessivo che il bianco ha con il maschio nero, confronto che il bianco tende a vincere in due modi, o con l'ostentazione di forza immediata sulla nera con una violenza non dissimile alla tortura, o utilizzando i più svariati accessori in funzione compensativa, accessori le cui dimensioni devono superare le già notevoli dimensioni presupposte del maschio nero. Il gioco è proprio questo, riuscire a provocare un dolore superiore a quello che si pensi provochi il nero".

Nella prostituzione, i rapporti sociali, di potere e di genere, che nella vita ordinaria sono celati nell'anonimato della famiglia, emergono nella loro forma più netta ed esplicita grazie al denaro. Ed è per questo che la pubblica opinione si disinteressa della prostituzione finché questa rimane al suo posto, celata, finché non grida alla società legittima quanto siano affini in tema di sessualità e potere. Come si è detto, la prostituzione può anche essere vista come un "mercato". Ma allora, che cosa vi si vende e vi si compra? La parola "sesso", che balza subito alla mente, è inadeguata. E ciò per due motivi.

Il *primo* è che questa parola non riesce a contenere la varietà di prestazioni che vengono offerte e che riguardano ogni possibile uso, reale o immaginario, del corpo maschile e femminile. La forma tradizionale di prostituzione, prevalente e, in fondo, socialmente accettata, in cui un uomo affitta per un certo tempo il corpo di una donna, non è che una fra le tante e, in ogni caso è associata ad altre prestazioni.

La *seconda* ragione è che il sesso in quanto tale sembra giocare più che altro il ruolo di motivazione occasionale, necessaria ma non sufficiente a descrivere la relazione cliente-prostituta. Dalle parole delle intervistate emerge un'idea della prostituzione non tanto come "sfogo", più o meno necessario e complementare alla gestione della sessualità orientata alla famiglia (secondo l'immagine prevalente in una società in gran parte influenzata dal cattolicesimo), quanto come ricerca di esperienze, banali o estreme, ma comunque "altre". In verità, i clienti pagano per un tipo diverso di relazione sociale, che si fonda, ma non si esaurisce, nel sesso.

Questa relazione ruota fundamentalmente intorno al potere: il potere, acquisito grazie al denaro, di usare per breve tempo il corpo di un altro, la possibilità di acquistare il diritto a disporre in ogni senso, fino alla violenza estrema, del corpo della persona affittata o comprata. È indubbio che nella relazione dell'uomo con il corpo della donna sia implicato costitutivamente il possesso e

sia presente, di conseguenza, un elemento di violenza. Ma analizzare la violenza e, in generale, il potere dei clienti sul corpo delle prostitute come manifestazioni di una generica disposizione maschile sembra un modo per nascondere il fatto che, grazie al denaro, le forme di prostituzione permettono di attivare delle relazioni differenziate. Non esiste “la” prostituzione, ma esistono tante forme di prostituzione (e quindi di relazione di potere sul corpo d’altri) quante sono le stratificazioni prevalenti nella società. Oggi, anche in questo campo, la divisione principale passa tra la società legittima e quella illegittima. Esisteranno perciò forme di prostituzione ordinarie, protette, rassicuranti, in quanto chi vi opera appartiene alla società degli inclusi oppure è capace di dissimularsi in essa, e forme confinate a quella degli esclusi. Nella sfera della prostituzione “illegittima” (quella di donne e di uomini marginali, soprattutto straniere e stranieri) la violenza non è un’opzione o un accessorio ma la specifica connotazione della relazione con l’altro. Ricorda ancora l’operatore della Lila:

“La molla attrattiva (delle prostitute straniere) non è dovuta né al prezzo, né alla bellezza, piuttosto e in maniera decisiva all’idea del diritto di conquista, del diritto alla dominazione che queste ragazze suscitano nell’utente... L’utenza non ha particolari connotazioni sociali, è pertanto decisamente interclassista, né connotazioni culturali. Può essere un operaio, un commerciante o un manager o un libero professionista... Va rilevato come il numero di furti e rapine, subiti dalle prostitute immigrate, sia maggiormente dovuto a utenti normali, piuttosto che devianti, con la differenza non minimale che mentre il deviante è attratto dalla facilità del colpo, il normale fa il “colpo” come segno aggiuntivo della propria potenza”.

Sembra dunque che la motivazione dominante (anche se non esclusiva) nella frequentazione delle prostitute da strada sia l’esercizio della brutalità. Rapportarsi a loro come “pezzi di carne” (giovani albanesi), “animali in calore” (nere) significa per il cliente spostare l’interesse dalla sessualità a una forma di sadismo. Ma mai come in questo caso le spiegazioni psicopatologiche appaiono fuorvianti. Per cominciare, siamo di fronte a comportamenti, se non proprio di massa, certamente molto diffusi. Se ne fosse responsabile solo una quota (valutabile intorno al 40%) della popolazione giovane e adulta che frequenta occasionalmente o stabilmente prostitute straniere si tratterebbe pur sempre di migliaia di persone. Ora, di fronte a cifre così rilevanti, parlare di “carattere” o “personalità” sadica di massa sembra più che altro un espediente terminologico, al pari di analoghe spiegazioni in chiave di psicologia sociale di “aberrazioni collettive” come il razzismo o l’antisemitismo.

Brutalizzare persone socialmente infime o considerate semiumane, per quanto possa suscitare qualche riprovazione morale, sembra oggi un comportamento culturalmente accettabile (anche se implicitamente) e non necessariamente legato a fattori patologici o ad ideologie estreme. I giovani clienti delle donne nigeriane non presentano segni vistosi di deviazione o perversione, né sono, all’apparenza, animati da ideologie razziste. Semplicemente, non provano un particolare imbarazzo nel raccontare le loro imprese, come se uscire da una discoteca “perché non si è riusciti a rimorchiare” e cercare una donna straniera per usarla senza pagare, oppure violentarla, fosse del tutto normale e “rispettabile”, oltre che “divertente”.

I corpi delle donne straniere possono essere insultati, irrisi, colpiti, violati, usati sessualmente. Possono piacere o disgustare, costituire un interesse in sé, essere un mero supporto per l’autoerotismo o lo strumento per l’ossessivo confronto con l’ “uomo nero”. L’impunità di cui godono i clienti (che spiega la loro disponibilità all’intervista) e altri cittadini quando si confrontano con le prostitute più deboli e straniere appare come qualcosa di ovvio e quindi implicitamente legittimato dalla società. La brutalità non è estranea ad un codice di sottomissione degli stranieri, tollerabili soltanto se in una posizione servile (vedi le interviste con le donne nigeriane) e pare discendere, più che da anomalie del comportamento, da una cultura che istituzionalmente assegna, in partenza, agli stranieri una posizione subordinata e strumentale, una cultura non deviante e nemmeno marginale, perché compatibile con un’idea di rispettabilità sociale.

Questa cultura della sottomissione è una cultura coloniale. Tipicamente coloniali sono infatti l’ambivalente percezione (un misto di attrazione e di repulsione) del corpo del nativo, percepito come “lascivo”, la sua rappresentazione come carne indifferente, priva di “anima” e di individualità,

la sorridente indifferenza con cui il cliente umilia o brutalizza la donna. Ma mentre l'ideologia esplicita della colonizzazione tace, la realtà della colonizzazione dei corpi ricompare ai bordi della società legittima, nella zona oscura in cui si esprimono le voglie più profonde e quindi più vere. Come affermano (e non confessano!) i giovani italiani, andare con le prostitute immigrate non è che un safari. Questi ragazzi non saprebbero probabilmente attribuire al proprio comportamento un significato culturale. Ma ciò ha poca importanza: se non sono un'avanguardia, non sembrano nemmeno un'eccezione.

2) FAMIGLIA E CRIMINALITA' (5.05.2006)

Famiglia e criminalità

1. La famiglia oggi. In particolare, la qualità delle relazioni familiari e la delinquenza minorile.

La criminologia da sempre si occupa della relazione esistente fra **famiglia e criminalità** concentrandosi in particolare sul tema della delinquenza giovanile.

La ricerca criminologica ha cercato in particolare di studiare **i diversi processi mediante i quali la famiglia può condizionare il comportamento deviante dei figli** attraverso pratiche educative non corrette.

L'ambiente familiare è stato studiato sia da **criminologi d'indirizzo sociologico** sia da **criminologi d'orientamento psicologico**.

Oggi, le indagini socio-criminologiche sulla famiglia si concentrano soprattutto sul rapporto fra la nuova struttura della famiglia - che, come vedremo tra breve negli ultimi anni è molto cambiata - e la delinquenza. Le indagini d'indirizzo psicologico si concentrano invece su situazioni familiari e sociali che possono portare a disfunzioni nello sviluppo della personalità e a disagi psicologici che a loro volta possono condurre a comportamenti criminali.

Come dicevo, **la famiglia ha subito negli ultimi anni significative trasformazioni**. La famiglia, infatti, da unità di produzione è divenuta, a seguito della modernizzazione dei modelli produttivi e dell'agricoltura, **unità di consumo**. Conseguentemente è **venuta meno l'autorità patriarcale tradizionale** e si sono innescati numerosi conflitti all'interno della famiglia.

Si assiste in particolare oggi ad una svalorizzazione dell'aspetto istituzionale del matrimonio di cui viene sottolineata invece **la finalità affettiva** e in tal senso esso risulta soggetto al **rischio maggiore di disgregazione**.

Risultano soprattutto **in aumento le c.d. "famiglie di fatto"**, le quali pongono una serie di problemi relativi alla disciplina di tali unioni.

Questa trasformazione ha interessato con tempi differenti diversi Paesi. In Italia, per esempio, secondo le ricerche sociologiche più recenti si assiste ad un calo dei matrimoni ed ad aumento delle convivenze e delle famiglie di fatto, oltre ad un aumento delle separazioni e dei divorzi e delle famiglie ricostituite in cui uno o entrambi i coniugi provengono da una precedente unione.

Queste **trasformazioni della famiglia hanno interessato i criminologi** i quali cercano di studiare **i nessi fra la nuova struttura familiare e la delinquenza**. A tal fine i criminologi prendono in considerazione diverse variabili tra le quali la dimensione della famiglia, l'età dei genitori e soprattutto l'unione o la rottura del nucleo familiare (si parla di "*broken homes*").

- Quanto alle dimensioni della famiglia, le indagini empiriche mostrano come le famiglie numerose siano quelle a maggior rischio di delinquenza giovanile (anche se il fattore determinante risulta essere la riduzione del controllo e della supervisione dei genitori).

- Quanto all'età dei genitori, la giovane età di quest'ultimi sembra spiegare la maggior probabilità di delinquenza dei figli, soprattutto nel caso di ragazze madri (anche qui rileva però il fattore mancanza di supervisione che, secondo la maggioranza degli studiosi è uno dei più forti predittori della delinquenza dei figli).
- Ma il fattore più studiato è senz'altro quello relativo alla **rottura del nucleo familiare**.

Le **prime ricerche** sull'argomento condotte sin dagli anni '30 mostrano che **i minori provenienti da famiglie disunite sono molto più coinvolti nella delinquenza rispetto a quelli che vivono in famiglie unite**.

Successivamente, diverse ricerche hanno ulteriormente mostrato come sia importante la **stabilità**, ma soprattutto **la coesione familiare** nella protezione dei figli dalla delinquenza.

La ricerca dei Glueck per esempio ha evidenziato come la coesione familiare era significativa nel 61,8% delle famiglie dei non delinquenti mentre lo era solo nel 16% di quelle dei delinquenti.

Inoltre alcune ricerche mettono in luce come tra i comportamenti devianti posti in essere dai giovani provenienti da famiglie disgregate vi sia soprattutto **l'uso di sostanze stupefacenti**, per lo più droghe leggere.

Negli **anni '90** questi risultati vengono confermati da una revisione delle cinquanta ricerche condotte tra il 1925 e il 1985 sul tema del rapporto disgregazione familiare e devianza giovanile, revisione ad opera di Wells e Rankin.

Da tale revisione emerge ancora che la delinquenza dei figli è mediamente più elevata di un 10-15% nelle famiglie disunite che nelle famiglie unite. In particolare, la rottura familiare risulta correlata soprattutto con le c.d. *status offences* e con l'uso di droghe leggere, e non con i reati violenti. E' soprattutto la conflittualità della separazione che non la separazione in sé, secondo questi Autori, a condizionare maggiormente i comportamenti devianti dei figli. L'inserimento nella famiglia di un nuovo soggetto in sostituzione dell'altro genitore sembra aumentare l'effetto della rottura familiare sulla delinquenza giovanile.

Infine, **le ricerche più recenti e sofisticate** sotto il profilo metodologico e delle variabili considerate, volte a valutare l'incidenza della rottura familiare sulla delinquenza giovanile confermano **un legame ben più elevato** di quello mostrato dalle precedenti ricerche fra **crisi o disgregazione familiare e delinquenza giovanile**.

Esse, rispetto alle precedenti ricerche, indicano come la rottura familiare sia correlata a tutti i tipi di reato, non solo all'uso di droghe e agli *status offenses*, ma anche a reati violenti e contro la proprietà e come più precoce è la rottura più consistenti sono gli effetti sulla delinquenza adolescenziale. Da tali ricerche emerge anche come la presenza nell'infanzia di un genitore sostitutivo possa condurre a un più elevato coinvolgimento in comportamenti violenti.

Infine, la ricerca criminologica, nell'indagare i rapporti fra famiglia e criminalità, non si è limitata a studiare i fattori strutturali della famiglia, relativi alla struttura della famiglia (es. unione o disgregazione della stessa) e al ruolo dei singoli membri, ma ha anche studiato i **fattori funzionali** che si riferiscono invece **alle relazioni e interazioni fra i membri della stessa**.

La maggioranza di queste ricerche mostra come, tra le variabili funzionali, sia soprattutto la **minor capacità di sorveglianza da parte dei genitori** (in particolare il minor controllo e supervisione sui minori, la minor comunicazione su problemi fondamentali, i frequenti disaccordi) a influire maggiormente sulla delinquenza giovanile.

Nell'ambito di queste ricerche, quelle relative al problema della separazione e del divorzio, hanno mostrato come non sia la separazione o il divorzio in sé a condizionare i futuri comportamenti devianti, quanto la conflittualità che si accompagna a questi eventi. Tanto maggiore sarà il conflitto fra gli ex-coniugi, tanto maggiore sarà la probabilità di problemi scolastici e di comportamenti antisociali dei figli.

Lo segnaliamo per completezza, esistono anche teorie che collegano la delinquenza minorile piuttosto che a cause ambientali, come le teorie sopraesposte, a cause biologiche: ma la ricerca ha mostrato come fattori biologici negativi possono essere limitati da una crescita in un ambiente familiare adeguato.

2. Minori e circuito penale.

Una volta esaminate le principali ricerche criminologiche condotte su ambiente familiare e delinquenza giovanile, abbiamo scelto di analizzare in particolare il rapporto tra i minori (ove per minore intendiamo il soggetto compreso fra i 14 e i 18 anni, come vedremo soggetto considerato imputabile per l'ordinamento penale se capace d'intendere e volere) e il sistema penale.

I dati più recenti mostrano infatti come si sia verificato negli ultimi anni un aumento del fenomeno della criminalità minorile, un fenomeno che desta grande allarme soprattutto perché il minore è solitamente considerato il simbolo dell'innocenza.

Gli ingressi di minori italiani nei Centri di Prima Accoglienza, ossia i centri che ospitano minori fermati ed arrestati fino all'udienza di convalida dell'arresto, svolgendo attività di sostegno, sono stati nel 2000, pari a 3.994. La componente straniera è andata aumentando a partire dal 1997 sino a costituire nel 2000, il 53,6% degli ingressi.

Dinanzi a tali dati occorre innanzitutto analizzare le tipologie di reati che maggiormente vengono commessi dai minori. In secondo luogo studieremo il tema dell'imputabilità e infine parleremo del processo penale minorile che presenta tratti assai diversi rispetto al processo penale ordinario e che prevede alcuni istituti particolari a beneficio del minore.

I reati commessi dai minori.

Per "criminalità minorile" si deve intendere l'insieme dei fatti che costituiscono reato posti in essere da soggetti compresi fra i 14 e i 18 anni d'età. E' stato sostenuto che in Italia esisterebbero tre tipi di criminalità minorile: fisiologica, che identifica quelle condotte illegali transitorie destinate a riassorbirsi nell'età matura, patologica endemica, che riguarda il coinvolgimento di minori in attività della criminalità organizzata; patologica epidemica, commessa per lo più da minori stranieri e che vivono in condizioni di marginalità (cfr. su tale distinzione introdotta da Picotti, A.A. V.V., *La delinquenza giovanile*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 1).

Nell'ambito di questa criminalità minorile, tra i reati più frequentemente commessi dai minori figurano senz'altro:

- *i reati contro il patrimonio* e in particolare i furti e le rapine, anche aggravate (il 63% commessi dai minori italiani e il 79% commessi dai minori stranieri); il furto ha il primato in assoluto, e in particolare il furto d'auto.

Tale primato viene talora ricondotto alla teoria della frustrazione dinanzi alle mete consumistiche che la società impone le quali creerebbero frustrazione soprattutto fra i giovani con minori disponibilità economiche i quali verrebbero spinti all'acquisizione dei beni tramite il furto. In realtà il furto sembra essere per il minore anche un mezzo con cui affermare la propria forza e identità. Tra gli autori di questi reati spiccano i minori stranieri con furti di appartamento e borseggio commessi per lo più da slavi ossia nomadi Rom e Khorakanè (anche se si parla in tal caso più che altro di criminalità adulta, trattandosi di piccole organizzazioni criminali dedite allo sfruttamento dei minori).

- *i reati contro la persona* (il 6% commessi da italiani); meno dei reati contro il patrimonio, i reati contro la persona sono costituiti per lo più *da omicidi e lesioni personali*, anche se non mancano suicidi e infanticidi (che peraltro non è reato).

Quanto all'omicidio e alle lesioni volontarie, gli studiosi hanno posto l'accento sulle motivazioni psicologiche che possono determinarli e hanno sottolineato come il giovane tende a recare male ad altri talora per fine edonistici, a volte per immaturità, per egocentrismo, per impulsività, per difetto di identificazione, ossia per incapacità di immedesimarsi con il dolore degli altri, "ossia di compassione", a volte per difetto di assorbimento di principi morali o ancora per anticonformismo.

Occorre sottolineare che frequenti sono anche gli omicidi e le lesioni colpose, anziché dolose, ossia reati commessi per negligenza, imperizia, imprudenza o inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline. Essi, infatti, possono essere frequenti nell'età evolutiva, in quanto spesso è difficile che ci sia in questa età un pieno equilibrio fra capacità intellettive e capacità volitive che consenta al giovane di improntare ogni sua condotta a regole di prudenza e cautela.

Anche gli infanticidi sono frequenti fra i minori specie tra le donne che sono abbandonate a se stesse e in condizioni economiche disagiate: tali condizioni porterebbero alla formazione di una sindrome psicogena reattiva con un sentimento di colpa e al rifiuto del figlio che materializza la colpa. Infine altrettanto frequenti sono i suicidi dovuti per lo più ad una disarmonia nella formazione dell'io dell'adolescente e commessi o come fini a se stessi oppure più spesso come reazione nei confronti della famiglia o della società in segno di protesta o di affermazione personale.

- *i reati connessi agli stupefacenti e disciplinati dal D.P.R. 609/90* (il 16% commessi da stranieri, il 22% dagli italiani).

Il fenomeno della tossicodipendenza ha interessato sempre più i minori i quali oltre all'uso delle sostanze stupefacenti vengono spesso coinvolti dalle organizzazioni criminali nel compimento di reati quali lo spaccio e il traffico di stupefacenti. Sono diversi i reati commessi in connessione ai reati di droga: non solo cioè la detenzione, l'uso e l'acquisto di sostanze stupefacenti, ma anche reati contro il patrimonio caratteristici degli eroinomani, i quali li commettono per procurarsi denaro al fine dell'acquisto della sostanza stupefacente. Vengono commessi anche reati contro la persona come suicidi, omicidi, lesioni personali dovuti alle c.d. crisi di astinenza.

Come accennato spiccano i minori stranieri in questa attività: soprattutto tunisini e algerini.

Un terzo dei reati violenti viene altresì commesso sotto effetto di alcool.

- *Reati di criminalità organizzata.* Molto spesso i minori commettono reati in associazione con loro coetanei complici (il c.d. fenomeno del bullismo), ma assai più spesso accade oggi che essi vengano sfruttati da organizzazioni criminali.

Il coinvolgimento di minori in attività di criminalità organizzata (prevalentemente minori italiani in tal caso) è andata negli ultimi anni aumentando in maniera esponenziale e perciò allarmante.

I minori vengono cioè sempre più inseriti e sfruttati in associazioni di stampo mafioso gestite dagli adulti i quali ritengono più conveniente ingaggiare un minore per via della deroga d'imputabilità connessa alla sua età. I reati più frequentemente commessi dai minori sfruttati sono: *prostituzione, pornografia, traffico di stupefacenti, estorsioni e talora anche omicidi.*

Talora in queste organizzazioni, come la mafia, la camorra e le organizzazioni internazionali, il minore è autore di reati, talora è vittima di reati (es. pornografia).

Le regioni più interessate da tale tipologia di delinquenza minorile sono non a caso la Puglia, la Calabria, la Sicilia, la Campania. Nel Nord, i minori sono per lo più impiegati nel traffico di stupefacenti.

L'imputabilità.

- a) Premessa. Colpevolezza e imputabilità.

Secondo la dottrina penalistica, il reato è un fatto umano tipico, antiggiuridico e colpevole. Perché un individuo possa essere assoggettato a responsabilità penale, è necessario che egli abbia materialmente posto in essere un comportamento tipico ai sensi di una fattispecie incriminatrice. Ma questo non basta. Il fatto deve anche appartenergli psicologicamente: occorre in particolare verificare se il fatto sia colpevole, ossia personalmente rimproverabile all'autore.

I rapporti fra imputabilità intesa come capacità di intendere e di volere e colpevolezza sono da sempre dibattuti.

Con il prevalere della c.d. concezione normativa della colpevolezza, elaborata all'inizio del XX secolo, concezione che vede la colpevolezza come un concetto normativo che esprime il giudizio di rimproverabilità del soggetto per l'atteggiamento antidoveroso della volontà, l'imputabilità viene vista come presupposto della colpevolezza.

Infatti, capite bene, il rimprovero di colpevolezza non avrebbe senso se rivolto a un soggetto incapace di discernere tra il lecito e l'illecito. Cosicché si ritiene oggi che il giudice debba, nel valutare la colpevolezza, per prima cosa interrogarsi sulla capacità d'intendere e di volere del soggetto.

b) Definizione.

L'art. 85 del c.p. stabilisce che “nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. E' imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere”.

Ora, la capacità d'intendere consiste nell'attitudine ad orientarsi nel mondo esterno in maniera non distorta, in altre parole nella capacità di comprendere il significato del proprio comportamento e di valutarne le possibili ripercussioni sui terzi.

La capacità di volere consiste invece nel potere di controllare gli impulsi ad agire: è cioè l'attitudine a scegliere in modo consapevole fra motivi antagonisti.

L'imputabilità è esclusa quando manchi una sola delle due capacità.

c) Le cause di esclusione e diminuzione dell'imputabilità.

Le cause che escludono o diminuiscono l'imputabilità sono disciplinate dagli artt. 88 a 96 del codice penale ove si distinguono condizioni di natura fisiologica dipendenti dall'età – la minore età appunto – condizioni di natura patologica derivanti da infermità di mente o da anomalie congenite (sordomutismo), e condizioni di natura tossica dovute all'abuso di alcolici e di sostanze stupefacenti. Esse non sono tuttavia tassative.

d) Il minore e l'imputabilità.

Come dicevo, tra le cause che escludono l'imputabilità figura innanzitutto la minore età. Le diverse legislazioni penali hanno sempre attribuito alla minore età l'efficacia di escludere o diminuire l'imputabilità perché l'esperienza insegna come l'uomo consegua la maturità psicologica attraverso un processo evolutivo graduale e come spesso durante la minore età ancora non sia stata raggiunta la piena maturità intellettuale.

Anche il nostro codice penale ha operato in tal senso e, sulla base del presupposto che il minore non ha ancora raggiunto un grado di sviluppo fisico e psichico tale da comprendere il valore delle proprie azioni e da distinguere il lecito dall'illecito, ha ritenuto opportuno ricollegare la capacità di intendere e di volere a classi di età.

Occorre quindi distinguere:

- fino a 14 anni il minore non è mai imputabile perché nei suoi confronti esiste una presunzione assoluta o *iuris et de iure* di incapacità che non ammette cioè la prova contraria (art. 97 c.p.). Se socialmente pericoloso, al minore potrà essere applicata una misura sicurezza.
- fra i 14 e i 18 anni il minore è imputabile solo se il giudice accerta che al momento del fatto egli aveva la capacità d'intendere e di volere. L'art. 98, 1° comma infatti dice che “è imputabile chi, al momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i 14 anni, ma non ancora i 18 se aveva la capacità di intendere e di volere, ma la pena è diminuita”. Non esiste cioè alcuna presunzione, né di capacità, né di incapacità, ma è il giudice che deve in concreto accertare volta per volta se il minore sia imputabile o no.

- La capacità d'intendere e di volere è invece presunta dal legislatore al compimento del 18° anno d'età. Si tratta di una presunzione relativa perché la capacità è esclusa o diminuita in presenza delle altre cause di esclusione dell'imputabilità, come per es. in caso di infermità.

e) Imputabilità e maturità.

Secondo la dottrina, la capacità d'intendere e di volere del minore di cui parla l'art. 98 c.p. ha un significato diverso dalla capacità d'intendere e di volere dell'adulto. La capacità d'intendere e di volere del minore viene solitamente identificata con il concetto di maturità. Quindi l'imputabilità difetta nel minore quando egli sia immaturo, ove per immaturità si intende un carente sviluppo delle capacità cognitive, affettive e volitive, l'incapacità di intendere il significato etico-sociale del proprio comportamento e un inadeguato sviluppo della coscienza morale. L'imaturità dunque non presuppone necessariamente l'infermità.

Occorre osservare come la giurisprudenza attribuisca al concetto di imputabilità minorile un carattere relativo nel senso che tende ad accertare la maturità del minore in relazione alla natura del reato commesso: al fine di evitare facili indulgenzialismi, nel caso di reati molto gravi come i reati contro la persona, tende a ritenere sufficiente ai fini del giudizio sull'imputabilità anche uno sviluppo mentale minimo.

Il processo penale minorile e i benefici a favore del minore.

a) Brevi cenni alla storia del sistema di giustizia minorile e alle sue fonti normative.

Sin dal XIX secolo si pose l'esigenza di riformare la giustizia penale nei confronti dei minori adattandola alle particolari caratteristiche di tali soggetti in età evolutiva le cui condizioni psico-fisiche li rendono più facilmente assoggettabili ad influssi criminogeni.

Il codice penale italiano del 1930 prevede come già abbiamo visto la presunzione assoluta di inimputabilità del minore di 14 anni, mentre per l'età compresa fra i 14 e 18 anni stabilì l'accertamento caso per caso dell'imputabilità. Esso poi non prevede speciali fattispecie di reato per i minori, stabilendo l'applicazione automatica delle fattispecie incriminatrici previste per gli adulti ai minori. Non mutò nemmeno la qualità della sanzione - pena pecuniaria e pena detentiva - sebbene la pena potesse essere ridotta nel caso di imputato minorenni di 1/3 rispetto ai limiti edittali previsti dal codice penale.

In Italia, fu solo con il R.D.L. 20 luglio 1934, n. 1404 che venne costituita una vera e propria giurisdizione penale minorile attraverso l'istituzione del Tribunale per i minorenni. Questo Tribunale è istituito presso ogni Corte d'Appello ed è composto da due membri togati, un magistrato di corte d'appello che lo presiede e un magistrato di tribunale, nonché da due membri onorari scelti tra cittadini dotati di particolari competenze e professionalità in materia minorile, cultori di materie criminalistiche, psicologiche o sociologiche.

Il regio decreto poneva l'accento sulla specializzazione del giudice e sul principio del "riadattamento" del minore, principio che troverà la sua piena affermazione successivamente con la Costituzione del 1948. L'art. 27, 3° comma della Costituzione prevede infatti che le pene devono tendere alla rieducazione del condannato. Nonostante l'art. 27 Cost. non faccia riferimento, nemmeno nei lavori preparatori della Costituzione, all'applicazione del principio rieducativo ai soggetti di minore età, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 49 del 1973 (e con altre successive) ha chiarito che, considerato che nel minore il processo educativo così come la personalità non è compiuto, ma *in fieri*, il sistema penale minorile debba improntarsi quasi esclusivamente alla rieducazione, considerata un "interesse-dovere" dello Stato, a cui è subordinata la pretesa punitiva.

Grazie all'opera interpretativa della Corte Costituzionale, basata sia sull'art. 27 che sull'art. 31, 2° comma il quale prevede che la Repubblica protegge tra l'altro l'infanzia e la gioventù, emerse

nel tempo la necessità che la Giustizia minorile fosse dotata di una particolare struttura in quanto essa era diretta in modo specifico alla ricerca delle forme più adatte per la rieducazione dei minorenni (sent. n. 25/1964).

Fu così che, in accordo con tale esigenza, il D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 disciplinò il processo penale minorile in maniera autonoma rispetto al processo penale che coinvolge soggetti che hanno raggiunto la maggiore età. Il D.P.R. n. 448 ha stabilito in particolare che il processo penale nel caso di minori non deve interrompere i processi educativi in atto ed ha predisposto pertanto istituti specifici volti a non intralciare lo svolgersi dello sviluppo educativo del minore al fine di impedire la destabilizzazione di una personalità in via di strutturazione - istituti quali la sospensione del processo con messa alla prova, la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, il perdono giudiziale. Tali istituti sono volti alla ricerca di un giusto equilibrio fra l'esigenza rieducativa del minore anche attraverso la responsabilizzazione dello stesso - da considerarsi comunque preminente - e l'esigenza di punizione.

b) Il processo minorile: i principi ispiratori.

Prima di analizzare questi istituti più nel dettaglio, vediamo quali sono le caratteristiche e i principi ispiratori del processo penale minorile.

Innanzitutto, esso ha un'attitudine responsabilizzante che si evince da numerose disposizioni del D.P.R. n. 448. Soprattutto dalla norma che prevede il dovere del giudice di illustrare al minore il significato dell'attività processuale e dalla norma che contempla l'assistenza dei genitori, dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia e dei servizi sociali prevista, oltre che per il supporto psicologico al minore, per favorire appunto la responsabilizzazione del minore.

Tale processo ha natura finalistica nel senso che, a differenza del processo penale che si propone essenzialmente l'accertamento della verità, esso tende soprattutto al recupero del minore. Infatti il D.P.R. n. 448 dice espressamente che l'applicazione delle disposizioni sul processo penale minorile deve avvenire "in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minorenne" (art. 1, comma 1). Inoltre il processo stesso è un'occasione educativa e di crescita per il minore.

Tale processo ha poi natura garantista: al minore vengono assicurate le garanzie del processo ordinario oltre a garanzie speciali come per esempio il diritto alla riservatezza attraverso il divieto di pubblicazione e divulgazione di notizie idonee a consentire l'identificazione del minore.

I principi ispiratori del processo minorile che si discostano da quelli del codice di procedura penale sono:

- Principio di adeguatezza, per cui è previsto, come vi accennavo, che le modalità di applicazione delle disposizioni sul processo penale minorile debbano essere adeguate alla personalità del minore e alle sue esigenze educative. Per es. sono previsti accertamenti sulla personalità del minore per disporre adeguate misure penali.
- Principio di destigmatizzazione: si tratta cioè di tutelare il minore dal rischio, derivante dal processo, oltre che di autosvalutazione, di stigmatizzazione da parte della società. Per es. sono previste, oltre alla non pubblicità del dibattimento, disposizioni molto restrittive in relazione alle iscrizioni nel Casellario giudiziale.
- Principio di indisponibilità del rito e del processo: l'imputato minore a differenza dell'adulto può essere fatto partecipare coattivamente al processo, e, sempre a differenza dell'adulto, non può patteggiare la pena.
- Principio di residualità della detenzione, che impone che la pena detentiva sia considerata come *extrema ratio*: per es. notevoli sono le restrizioni in materia di misure cautelari (anche se un recente d.d.l. del marzo 2002 ha aggravato le misure cautelari per i minori).
- Principio di minima offensività, che impone che il processo non risulti superfluo o dannoso per il minore. Questo principio è fondamentale in quanto dà attuazione allo scopo previsto come preminente dal legislatore e dalla stessa Corte Costituzionale del recupero

del minore autore di reato. Poiché il processo penale può risultare offensivo causando l'interruzione della crescita armonica del ragazzo ancora in formazione, occorre ridurre al minimo questa offensività, limitando i contatti del minore con il sistema penale e rendendo meno offensivi i contatti che risultino inevitabili.

Il D.P.R. n. 448 ha accolto queste ultime istanze – principio di minima offensività e del minimo intervento penale - in diverse disposizioni, in particolare in quelle che prevedono la chiusura del processo senza l'irrogazione di una pena come il perdono giudiziale, la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, l'istituto della messa alla prova.

c) Il perdono giudiziale.

Il perdono giudiziale comporta l'accertamento della responsabilità dell'imputato, ma permette che il giudice non pronunci la condanna o il rinvio a giudizio se presume che il minore si asterrà dal commettere ulteriori reati.

Già contemplato dal Codice Rocco all'art. 169 ove svolgeva una funzione di ammonimento in linea con il paternalismo autoritario del regime fascista, è stato visto in seguito con favore perché in armonia con il principio costituzionale della rieducazione, in quanto la non applicazione della sanzione può essere più utile della sua applicazione ai fini del reinserimento del minore nella società.

Questo istituto configura una causa estintiva del reato in quanto annulla la potestà statale di applicare la pena minacciata. E' applicabile solo a chi al tempo del fatto di reato non avesse compiuto i 18 anni: è infatti una causa estintiva applicabile solo ai minori.

E' inoltre applicabile solo ai minori che abbiano commesso reati che comportano pena detentiva non superiore a 2 anni o pena pecuniaria non superiore a 3 milioni di lire, anche se congiunta a detta pena.

Il giudice deve presumere che il colpevole si asterrà dal commettere in futuro ulteriori reati, compiendo una prognosi sul futuro comportamento del minore e sulla possibilità che la mancata irrogazione della pena conduca al recupero del minore: la presunzione dovrà fondarsi sulla gravità del reato e sulla capacità a delinquere del minore, nonché sulla personalità del minore e sul suo comportamento contemporaneo e successivo al fatto.

Non può essere concesso più di una volta.

Né può essere concesso a minore che abbia una precedente condanna a pena detentiva per delitto, anche se riabilitato, e a minore delinquente o contravventore abituale, professionale.

Le iscrizioni relative al perdono nel casellario permangono fino ai 21 anni d'età.

d) La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto.

L'istituto dell'irrilevanza del fatto è stato introdotto dall'art. 27 D.P.R. 448/88 secondo il quale il g.i.p. (giudice per le indagini preliminari) può pronunciare sentenza di non luogo a procedere se risulta la **tenuità del fatto** e l'**occasionalità del comportamento** quando l'ulteriore corso del procedimento **pregiudica le esigenze educative del minore**.

Si tratta di una c.d. causa di non punibilità che non elimina l'illiceità del fatto, il quale resta antigiuridico e colpevole, ma fa venir meno l'opportunità della irrogazione della pena nel caso concreto.

Tre sono le condizioni richieste dalla legge per potersi configurare l'irrilevanza del fatto:

- la tenuità del fatto, che per la giurisprudenza può dirsi integrata quando il fatto sia oggettivamente modesto e sia ascrivibile alla naturale leggerezza delle persone di giovane età che spesso non riflettono sulle conseguenze delle loro azioni;
- l'occasionalità del comportamento, occasionalità ancorata non ad un criterio cronologico, bensì psicologico: si deve trattare di un comportamento che non configuri una esplicita e consapevole scelta deviante;
- l'ulteriore corso del procedimento non deve recare pregiudizio alle esigenze educative del minore.

Quando ricorrono le suddette circostanze il pubblico ministero chiede al g.i.p. di emettere sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto.
In definitiva, l'istituto risponde sia ad esigenze deflative, sia a quel principio della minima offensività e del minimo intervento penale di cui si è detto.

e) L'istituto della messa alla prova.

L'istituto è disciplinato dall'art. 28 D.P.R. 448/88 in base al quale il giudice può disporre con ordinanza **la sospensione del processo per un periodo massimo di 3 anni** durante il quale **il minore, affidato ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia** in collaborazione con i servizi locali, sarà sottoposto ad una **prova** che consiste in un **progetto di intervento di carattere educativo**. Se al termine del periodo di prova il giudice, tenendo conto del comportamento e dell'evoluzione della personalità del minore, ritiene che la prova abbia dato esito positivo, dichiara con sentenza l'estinzione del reato. In caso contrario il processo riprende il suo normale svolgimento.

Questo istituto si ispira al modello anglosassone del *probation* nato per creare una alternativa alla detenzione considerata molto spesso non funzionale alla risocializzazione e potenzialmente criminogena. A differenza del *probation* usato all'estero solo nella fase esecutiva in seguito ad una sentenza di condanna, la messa alla prova minorile interviene nel corso del processo.

Essa costituisce una causa di estinzione del reato, in caso di esito positivo della prova e inoltre l'applicazione dell'istituto si fonda sul previo giudizio di responsabilità del soggetto.

E' necessario inoltre che il soggetto sia capace d'intendere e di volere in quanto egli deve dare il suo consenso consapevole alla prova impegnandosi attivamente nel progetto di intervento.

La messa alla prova è subordinata ad una valutazione discrezionale del giudice che deve fare una prognosi in base alla personalità del minore e alle sue condizioni sociali ed ambientali per accertare la possibilità di un cambiamento effettivo che porti il minore a dissociarsi dalla scelta delinquenziale.

Eventuali precedenti penali o una precedente prova con esiti negativi non escludono l'applicabilità dell'istituto.

La decisione della sospensione viene presa sulla base di un progetto di intervento elaborato dai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia e dagli enti assistenziali locali cui il minore deve dare il pieno consenso (ciò per responsabilizzarlo e come ovvio presupposto perché la prova non fallisca) e che può contenere impegni specifici che il minore assume, tra cui, oltre all'impegno in attività lavorative o terapeutiche, può esservi anche l'impegno a riparare le conseguenze del reato e a tentare la conciliazione con la persona offesa (ciò evidentemente ancora al fine di responsabilizzare il minore).

Esso è applicabile a qualsiasi tipo di reato (anche se un recente disegno di legge prevede la limitazione della possibilità di applicarlo in casi di violenza sessuale, associazione a delinquere, resistenza aggravata a pubblico ufficiale): il che ha suscitato gravi critiche in relazione all'opportunità di estinguere il reato quando si tratti di gravi crimini come l'omicidio.

Attualmente l'istituto è usato scarsamente, soprattutto verso i minori stranieri la cui condizione di emarginazione sociale fa presumere un cattivo esito della prova, anche in ragione di carenze strutturali e di insufficienze dei servizi sociali.

In definitiva, nell'istituto della messa alla prova convergono tutti i principi che abbiamo sopra indicato: in particolare la finalità del recupero del minore attraverso la rieducazione e l'attenuazione dell'offensività del processo il quale viene sospeso nella convinzione che possa essere una esperienza demoralizzante e stigmatizzante per il minore che ha invece bisogno di stimoli positivi. L'istituto ha inoltre una più spiccata attitudine responsabilizzante rispetto ai due istituti del perdono giudiziale e della irrilevanza del fatto.

3. L'influenza dell'ambiente precoce. Gli abusi sui minori.

Ricerche criminologiche di indirizzo psicologico sul rapporto fra carenze affettive subite nell'infanzia e comportamento deviante. Il contributo di Bowlby.

La ricerca criminologica sulla famiglia si è avvalsa anche di ricerche di natura psicologica e psicoanalitica che hanno studiato il rapporto fra carenze affettive subite nell'infanzia, disturbi nello sviluppo affettivo e comportamento deviante.

Fondamentale è il contributo dello psicanalista Jhon Bolwby i cui numerosi studi hanno in effetti confermato l'importanza delle prime esperienze del bambino nell'ambiente familiare e degli effetti dannosi e criminogeni della carenza di cure materne.

Nell'ambito di questi studi alcune ricerche vittimologiche hanno cercato di verificare l'esistenza di una relazione fra le diverse forme di abuso che possono essere perpetrate nella famiglia e la delinquenza.

Tali ricerche sembrano confermare l'esistenza di un significativo rapporto fra la vittimizzazione durante l'infanzia e la futura delinquenza. In particolare, la ricerca mostra come l'abuso fisico tenda a portare in futuro il soggetto che l'ha subito ad assumere comportamenti violenti specie all'interno della famiglia; mentre l'abuso sessuale subito conduce più spesso a commettere reati di violenza sessuale sia intrafamigliare sia su vittime estranee.

Gli abusi intrafamigliari sui minori.

a) Definizione di abuso.

Vediamo dunque quali siano le diverse forme di abuso che possono essere perpetrate nella famiglia, iniziando con il fornire una definizione di abuso.

Secondo la definizione data dal Consiglio d'Europa nel 1978, gli abusi sui minori si definiscono come *“gli atti e le carenze che turbano gravemente il bambino e attentano alla sua incolumità corporea, al suo sviluppo fisico, affettivo, intellettuale e morale, le cui manifestazioni sono la trascuratezza e/o le lesioni di ordine fisico e/o psichico e/o sessuale da parte di un familiare o di altri che hanno cura del bambino”* (cfr. SERRA, *Nuove proposte di criminologia applicata 2005*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 224).

L'abuso si compone dunque sia di comportamenti di tipo commissivo – senz'altro di questo tipo sono il maltrattamento fisico, sessuale e psicologico – ma anche di tipo omissivo, come l'incapacità dei genitori di fornire cure adeguate al figlio in rapporto all'età.

Dalla definizione fornita poi - pur con i limiti di ogni classificazione - si evince che gli abusi sui minori si possono classificare in:

- maltrattamento fisico;
- maltrattamento psicologico;
- abuso sessuale;
- patologia delle cure.

b) Maltrattamento fisico.

Il maltrattamento fisico si ha quando i genitori provocano o lasciano che altri provochino lesioni fisiche al bambino.

In base alla gravità delle lesioni si distingue in: abuso fisico di grado lieve, abuso di grado moderato quando necessita il ricovero in ospedale, di grado severo, quando si renda necessario il ricovero in rianimazione e possa conseguire anche la morte del bambino.

I maltrattamenti fisici investono solitamente i bambini dagli 0 a 3 anni poiché il nuovo nato può risultare un elemento di disturbo di equilibri consolidati provocando esplosioni di aggressività che ricadono sul bambino.

Sono più frequenti nelle famiglie di coniugi giovani, spesso uniti da una gravidanza indesiderata: i grossi conflitti di coppia presenti in queste famiglie possono infatti rendere i genitori più impazienti ed inclini alla violenza.

c) Maltrattamento psicologico.

Il maltrattamento psicologico è una violenza di tipo subdolo che può provocare conseguenze ancor più dannose della violenza fisica sullo sviluppo psico-fisico del bambino. Esso può comparire in età molto precoce e può protrarsi molto a lungo.

Nell'abuso psicologico si fanno rientrare diversi comportamenti tra i quali il rifiutare, terrorizzare, isolare, sfruttare o corrompere, ignorare il bambino, il trascurarne la salute fisica e mentale.

Spesso l'abuso psicologico nasce da una sottoconsiderazione del bambino che viene visto come privo di una propria personalità: la relazione fra genitore e figlio è unidirezionale e il bambino viene modellato secondo le esigenze del genitore. In tal modo strutturerà un falso Sé, una falsa identità capace di procurargli l'approvazione delle figure genitoriali.

Una forma più esplicita di abuso psicologico consiste nell'offendere, disprezzare e insultare il bambino, oppure nell'operare confronti con fratelli o amici. Se frequenti, tali abusi psicologici possono intaccare gravemente la stima che il bambino ha di sé.

d) Abuso sessuale.

L'abuso sessuale infantile va dalla violenza sessuale, alla pedofilia, alla sodomia, alle molestie, alla pornografia, allo sfruttamento della prostituzione minorile, all'incesto.

Per "abuso sessuale all'infanzia" si intende solitamente il coinvolgimento in pratiche sessuali di minori che, per ragioni di immaturità psico-affettiva e di dipendenza dagli adulti, non sono in grado di cogliere il significato delle attenzioni sessuali di cui vengono fatti oggetto.

In questo concetto rientra anche l'abuso sessuale intrafamigliare che qui ci interessa precipuamente. Esso consiste in comportamenti sessuali messi in atto da persone che hanno un rapporto di parentela con la vittima o che vi coabitano, pur non avendo legami di sangue oppure da membri della famiglia estesa come zii e nonni. L'abuso sessuale intrafamigliare è più esteso del concetto di incesto che avviene solo tra consanguinei e si distingue in tre sottogruppi:

- abusi sessuali manifesti; sono generalmente consumati da figure maschili come padri e zii su figlie femmine, ma anche tra padri e figli maschi, madri e figli maschi e tra fratelli con la complicità dei genitori.

- abusi sessuali mascherati; si tratta di pratiche genitali inconsuete, quali lavaggi frequenti dei genitali, ispezioni ripetute, applicazione di creme ecc., attraverso le quali il padre e la madre mascherano i vari toccamenti e sfregamenti attraverso cui si procurano l'eccitamento sessuale;

- pseudo-abusi; si tratta di abusi dichiarati, ma mai consumati.

Solitamente all'abuso sessuale si accompagna il maltrattamento e l'abuso psicologico. In genere il primo episodio d'abuso avviene tra i 4 e gli 8 anni, per lo più su soggetti femminili. L'abusante è per lo più d'età compresa fra i 15 e i 45 anni. E' frequente che il soggetto abusante, per lo più il padre, il fratello, lo zio o il nonno, sia stato a sua volta vittima di un abuso: si parla in proposito di "ciclo ripetitivo dell'abuso".

Inoltre l'incesto si compone di momenti diversi: dapprima l'adescamento del minore da parte dell'adulto, quindi l'interazione sessuale vera e propria, poi la fase del segreto con cui l'adulto vincola al silenzio sull'accaduto il minore, infine lo svelamento e la soppressione della verità da parte del minore su pressione della famiglia.

e) Patologia delle cure.

Si verifica quando i genitori o le persone legalmente responsabili del minore non provvedono adeguatamente ai suoi bisogni, fisici e psichici, in rapporto al momento evolutivo e all'età. Si distinguono tre categorie di patologia delle cure:

- Incuria: quando le cure, sia quelle materiali che quelle affettive, sono carenti cosicché il bambino è privato sia delle cure fisiche necessarie sia della vicinanza affettiva. Si pensi per es. a bambini lasciati soli molto a lungo.
- Disuria: quando le cure vengono fornite, ma in modo distorto e non appropriato rispetto al momento evolutivo del minore. Si pensi per esempio ai genitori che pretendono dal bambino prestazioni superiori alle sue possibilità oberandolo di impegni e pretendendo che eccella in ogni attività.
- Ipercuria: quando le cure vengono somministrate in modo eccessivo senza tener conto dei bisogni reali del bambino.

Essa ha varie forme tra cui va ricordata la *sindrome di Munchausen per procura* o secondo il DSM, fondamentale testo psichiatrico, "disturbo fittizio per procura": i genitori producono o simulano i sintomi di una malattia che attribuiscono ai propri figli, sottoponendoli ad accertamenti e cure ingiustificate. La motivazione per questo comportamento è quella di assumere per interposta persona il ruolo di malato.

Rileva inoltre il *Chemical Abuse* che si verifica quando i genitori somministrano in maniera anomala ed eccessiva sostanze farmacologiche o chimiche al bambino.

f) Indicatori e conseguenze dell'abuso.

In tutte le forme di abuso che abbiamo analizzato, abuso fisico, psicologico e sessuale, patologia delle cure, esistono degli indicatori che consentono di individuare la presenza dell'abuso e che sono stati dettagliatamente catalogati dalla scienza medica. Essi variano in relazione all'età del bambino, al numero e alla gravità degli episodi, all'ambiente familiare e sociale.

Nel caso dell'abuso sessuale per esempio vi sono sia indicatori di tipo fisico, come, tra gli altri, lacerazioni agli organi genitali, sia indicatori di tipo comportamentale ed emotivo, per esempio conoscenze sessuali e comportamenti sessualizzati insoliti per l'età del minore, nonché ansia depressione, instabilità dell'umore.

Analogamente nel caso del maltrattamento vi sono indicatori fisici come ecchimosi e traumi contusivi di cui occorrerà valutare la localizzazione, il numero, la cronologia tenendo anche conto dell'età del minore, ed anche comportamentali ed emotivi come paura, scoppi d'ira improvvisi, difficoltà d'apprendimento.

g) Conseguenze dell'abuso.

Le conseguenze degli abusi soprattutto se si verificano nei primi anni di vita sono assai gravi sia sul piano biologico che su quello psicologico e psicosociale, anche se non è possibile dimostrare una relazione lineare fra l'esperienza di abuso e la successiva insorgenza di psicopatologie.

Il bambino maltrattato sviluppa una immagine di sé negativa e una mancanza di autostima che può portare in seguito a disturbi depressivi, di disadattamento sociale e scolastico. Alcune ricerche, come già accennato, mostrano anche la possibilità dell'insorgenza di condotte devianti. Le vittime di violenza sessuale in particolare possono andare incontro ad abuso di sostanze tossiche e a comportamenti delinquenti spesso legati alla sfera sessuale, diventando a loro volta soggetti abusanti.

h) Diffusione del fenomeno in Italia.

Venendo ad analizzare la diffusione del fenomeno in Italia e le statistiche in materia, occorre osservare come attualmente nel nostro Paese non è possibile calcolare con certezza i casi di abuso sui minori e in particolare di abuso sessuale sui minori per la ragione che elevatissimo è il numero

oscuro ossia il numero dei casi che non vengono rilevati, ciò in quanto questi casi tendono a non essere denunciati sempre per quel processo di segretezza e di rimozione della verità di cui si è detto.

Secondo una ricostruzione del Centro Studi Telefono Azzurro sulla base dei dati forniti dalla Direzione centrale della Polizia di Stato, dati raccolti con la collaborazione degli Uffici Minori delle Questure e del Ministero dell'Interno, nel 2003 sono pervenute all'autorità Giudiziaria 663 denunce di abuso sessuale su minori.

Roma, Napoli e Firenze risultano le città con il maggior numero di denunce. Le principali vittime sono le bambine e le adolescenti. Il 72,8% di vittime è di sesso femminile. Mentre i maschi sono vittime soprattutto nella fascia d'età fino a 10 anni, le femmine lo sono per lo più nella fascia fra i 15 e i 17 anni. In ogni caso **la fascia in cui si registra il maggior numero di vittime è quella tra gli 11 e i 14 anni.**

La violenza sessuale consumata in famiglia si verifica nel 60% circa dei casi: maggiori responsabili sono i genitori, seguono gli zii e i nonni.

Si capisce come a fronte della gravità e della diffusione degli abusi nei confronti nei minori, oltre alle proclamazioni di tutela e salvaguardia del minore sancite nelle Carte internazionali, come la Carta dei diritti del fanciullo proclamata dall'ONU nel 1959, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 e la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti del minore del 1996, sia di assoluta importanza l'opera preventiva che, nel caso specifico degli abusi, l'OMS individua in prevenzione primaria, prevenzione secondaria e prevenzione terziaria. La prima è rivolta alla popolazione e consiste nella sensibilizzazione di quest'ultima sul tema, la seconda è rivolta alle situazioni familiari nelle quali l'abuso è potenzialmente prevedibile, per es. fornendo ai genitori a rischio formazione e risorse per la valorizzazione del proprio ruolo genitoriale; la terza consiste nell'evitare il ripetersi dell'abuso tramite programmi di sostegno alle famiglie nelle quali sia stato individuato un abuso. La scuola in particolare, in quanto osservatorio privilegiato della condizione del minore, deve essere considerata come la sede naturale ove attuare l'opera preventiva: innanzitutto prevenzione primaria o di sensibilizzazione rivolta verso i docenti, i genitori, verso gli stessi bambini, anche indipendentemente da episodi di abuso.

La violenza domestica: il caso della *battered woman*

1. La casistica americana.

Finché morte non vi separi: i casi di Gladys Kelly e Judy Norman.

a) I signori Kelly¹ avevano un matrimonio burrascoso. Il giorno successivo alle nozze Mr. Kelly si era ubriacato e aveva picchiato sua moglie. Sebbene il primo attacco fosse seguito da un periodo di calma, i successivi sette anni furono caratterizzati da maltrattamenti periodici e frequenti, che si verificavano talvolta anche ad un ritmo settimanale. Durante queste aggressioni, che avvenivano generalmente quando Mr. Kelly era ubriaco, l'uomo minacciava di uccidere Ms. Kelly facendola a pezzi se solo avesse tentato di lasciarlo. Dopo gli episodi più violenti Gladys Kelly se n'era andata, ma sempre aveva fatto ritorno, perché il marito prometteva che sarebbe cambiato. Fino al giorno del fatto, una sola volta l'aggressione si era verificata in pubblico.

La sera dell'uccisione, Ernest e Gladys, in compagnia della figlia, Annette, stavano tornando a casa dopo essere stati in visita da amici. I due adulti litigavano: l'uomo, ubriaco, afferrò la moglie per il collo e le strinse le mani intorno alla gola, tentando di strangolarla. I coniugi Kelly rovinarono a terra, continuando a lottare. Intorno a loro si era radunata una piccola folla. Proprio quando

¹. In A. 2d, 1984, 364.

Gladys stava per svenire, due uomini si fecero avanti e li divisero. Temendo che Annette si fosse persa tra la folla, Gladys si mise a cercarla: l'aveva appena trovata, quando Ernest le si parò davanti, agitando minacciosamente i pugni. Gladys pensò che il marito si fosse armato mentre lei cercava la figlia e che avesse ormai deciso di ammazzarla: afferrò allora un paio di forbici che aveva in borsetta e lo colpì. L'uomo morì poco dopo nel vicino ospedale.

Al processo di primo grado, Gladys Kelly non negò di aver pugnalato il marito, ma asserì di aver agito in legittima difesa. Il suo difensore domandò quindi che fosse ammesso a deporre, in qualità di esperto, un medico psicologo, che spiegasse come l'imputata, avendo sviluppato, per effetto dei lunghi abusi, una vera e propria "sindrome da donna maltrattata"² potesse effettivamente e ragionevolmente ritenere, in quell'occasione, di dover reagire in legittima difesa. Il giudice, però, respinse la domanda: la testimonianza dell'esperto venne, infatti, considerata sia inammissibile come "prova scientifica"³, sia irrilevante ai sensi della norma sulla legittima difesa in vigore nel

2. Letteralmente, "battered woman syndrome", su cui v., per tutti, WALKER, *The battered woman*, 1979 e ID., *The battered woman syndrome*, 1984, *passim*,

3. Per valutare l'ammissibilità, quale prova scientifica, della testimonianza del perito ("expert testimony"), la giurisprudenza statunitense può utilizzare due differenti parametri. Il primo è stato enunciato in *Dyas v. United States* (U. S., 1977, 973), e subordina l'ammissione della *testimony* alla presenza di tre condizioni: 1) che l'argomento che ne forma l'oggetto sia in qualche modo riconducibile ad "una scienza, una professione, un'attività o un'occupazione al di sopra della conoscenza (*beyond the ken*) dell'uomo medio"; 2) che la persona che testimonia abbia, in quel settore, "capacità, conoscenze o esperienze sufficienti da far ritenere probabile che la sua opinione o il suo giudizio aiuteranno il giudice e la giuria nella ricerca della verità"; 3) che "lo stato dell'arte o della scienza in questione consenta ad un esperto di formulare un'opinione o un giudizio ragionevoli". Il secondo criterio è indicato dalla Regola 702 delle *Federal Rules of Evidence*, emanate nel 1975, e richiede soltanto, per l'ammissione dell'*expert testimony*, che le conoscenze scientifiche, tecniche o comunque specialistiche del soggetto possano essere d'aiuto alla corte. Nel caso Kelly, tuttavia, il giudice di primo grado, l'*Appellate Division* e la Corte Suprema seguirono il parametro, ben più rigoroso, fissato da "Dyas". La prima applicazione di queste regole probatorie al problema dell'esistenza e degli effetti della "battered woman syndrome" si ebbe nel 1979, con la decisione *Ibn-Tamas v. United States* (A. 2d, D. C. 1979, 629). Il dottor Ibn-Tamas era solito sottoporre la moglie a gravi maltrattamenti ed a minacce di morte; le sue violenze non erano cessate neppure quando la donna era rimasta incinta. Ma una mattina, dopo un'ulteriore aggressione, la signora Ibn-Tamas aveva reagito, sparando al consorte e ferendolo a morte. Al processo di primo grado, il pubblico ministero aveva sostenuto che, poiché l'imputata aveva colpito il marito disarmato quando lo scontro era ormai concluso, il suo comportamento non poteva in alcun modo ricondursi alla fattispecie della legittima difesa. La difesa ribatté che la deposizione dell'esperto sulla "battered woman syndrome" avrebbe dimostrato alla giuria come l'imputata si ritenesse effettivamente e ragionevolmente minacciata da un pericolo imminente e avesse quindi reagito per legittima difesa. L'*expert testimony* era perciò rilevante e doveva così essere ammessa. Il giudice, tuttavia, respinse la richiesta della difesa, affermando che, con tale deposizione, l'esperto si sarebbe sostituito alla giuria in una questione che, invece, competeva a quest'ultima, ossia nella valutazione dei fatti e della credibilità dell'imputata. La tesi difensiva venne però accolta in secondo grado. La Corte d'Appello del Distretto della Columbia ritenne, infatti, che l'*expert testimony* avrebbe rafforzato la credibilità dell'imputata, là dove ella aveva dichiarato che le continue violenze del marito l'avevano ridotta in uno stato di terrore tale da farle credere che, nel momento in cui aveva sparato, il pericolo fosse imminente. In particolare, la Corte sostenne che la situazione delle donne maltrattate, che temono il loro "batterer" ma, allo stesso tempo, non riescono a lasciarlo, perché convinte che egli le ritroverà e le sottoporrà a violenze ancor peggiori, è "al di sopra del livello di comprensione del giurato medio" ("*beyond the ken of the average juror*") e richiede, per questo motivo, la spiegazione di un esperto. La Corte d'Appello rinviò quindi il caso al giudice di primo grado, perché valutasse l'ammissibilità dell'*expert testimony* in relazione alle altre due condizioni fissate da "Dyas". In sede di rinvio, tuttavia, la testimonianza venne nuovamente esclusa; il giudice ritenne infatti che la prova non soddisfacesse il terzo requisito ("che lo stato della scienza in questione consenta ad un esperto di formulare un'opinione od un giudizio ragionevole"), dato che "il metodo utilizzato dall'esperto per gli studi sulle 'donne maltrattate' non

New Jersey. L'imputata fu così condannata per omicidio preterintenzionale⁴; in sede di appello, l'Appellate Division ribadì l'esclusione dell'*expert testimony*, giudicandola superflua, e confermò il verdetto di primo grado. Il processo giunse sino alla Corte Superiore: e, in questa sede, la tesi difensiva fu accolta.

La Corte dichiarò che la testimonianza dell'esperto, oltre ad apparire scientificamente credibile e, quindi, ammissibile secondo i criteri generali⁵, era, inoltre, rilevante per la decisione del caso concreto, sia al fine di stabilire per quale motivo l'imputata, nonostante i ripetuti abusi, non avesse lasciato il marito-aguzzino, sia per dimostrare l'effettiva presenza e la ragionevolezza oggettiva dell'opinione di dover reagire in legittima difesa.

I giudici riconobbero la gravità del problema degli abusi domestici e la radicata presenza di stereotipi e di miti riguardanti la situazione e la psicologia delle donne maltrattate. Da questo punto di vista, la testimonianza dell'esperto avrebbe reso maggiormente credibile le dichiarazioni di Gladys Kelly, dimostrando che la sua esperienza, difficilmente comprensibile ai giurati, era, in realtà, condivisa da un gran numero di donne. L'*expert testimony* avrebbe inoltre potuto dissipare quei miti e quei pregiudizi che la gente comune nutre nei confronti delle *battered women*, in particolare, l'idea che la donna sia del tutto libera di andarsene dalla "*battering relationship*". E' in relazione a quest'ultimo aspetto che sorgevano, infatti, le difficoltà maggiori: l'esperto avrebbe dovuto deporre su materie che i giurati, in base al senso comune ed alle loro esperienze di vita familiare, ritenevano di conoscere altrettanto bene, senza accorgersi di come le loro concezioni "fossero condizionate dai miti e dagli stereotipi comuni e macchiate dai pregiudizi"⁶. L'esperto, invece, ricorrendo al concetto di "impotenza appresa" o "*learned helplessness*", avrebbe spiegato l'incapacità della donna di lasciare il suo *batterer*, il suo aguzzino, e la mancanza (reale o percepita) di soluzioni alternative alla reazione letale. La deposizione del perito si sarebbe così focalizzata su due punti: l'incapacità della donna di andarsene e la presenza di un'effettiva, "onesta" opinione di dover reagire in legittima difesa. Per valutare il terzo punto, ossia la ragionevolezza oggettiva di tale opinione, la Corte espose invece, contraddicendo le sue stesse premesse, l'utilità del ricorso all'*expert testimony*. "Non c'è bisogno di alcun esperto...per indicare alla giuria la logica conclusione, cioè che una persona che venga severamente e ripetutamente picchiata può ragionevolmente temere che l'aggressione, che appare imminente, risulti per lei letale o gravemente lesiva... La testimonianza dell'esperto può soltanto aiutare la giuria a comprendere come questa *battered woman*, a causa dei precedenti maltrattamenti, numerosi maltrattamenti, che il marito le aveva inflitto, per sette anni, con frequenza quasi settimanale, dal giorno in cui si erano sposati fino al giorno in cui era morto, fosse in grado di prevedere accuratamente la probabile gravità di ogni futura aggressione".

b) I venticinque anni di matrimonio di Judy e J.T. Norman⁷ terminarono il 12 giugno 1985, quando Mrs. Norman sparò tre colpi di pistola al marito addormentato e lo uccise. La morte di J.T. Norman segnò la fine di una relazione che, per più di venti anni, era stata caratterizzata da abusi fisici e mentali. La violenza dell'uomo, insieme ai suoi problemi con l'alcool, erano emersi circa cinque anni dopo il matrimonio. Mr. Norman aggrediva regolarmente la moglie, prendendola a

aveva ottenuto l'approvazione generale dei suoi colleghi" (*Ibn-Tamas v. United States*, A. 2d, D. C. 1983, 893). La pronuncia del giudice di rinvio fu allora nuovamente impugnata dalla difesa: in sede d'appello, questa volta, la Corte confermò direttamente la decisione di primo grado.

⁴. Letteralmente, *reckless manslaughter*; in questo caso la morte rappresenta la conseguenza non voluta di un tentativo di lesioni gravi: *Black's Law Dictionary*, voce *Manslaughter*, 869, 1979.

⁵. La Corte affermò che le conoscenze relative alla "*battered woman syndrome*" erano "*beyond the ken*" del giurato medio e presentavano una base scientifica sufficientemente salda perché si potessero formulare, su di essa, giudizi "uniformi e ragionevoli".

⁶. SCHNEIDER, *Describing and changing: women's self-defense work and the problem of the expert testimony on battering*, in *Women's Rights L. Rev.*, 1980, 210.

⁷. In S. E., 2d, 1988, 586 e 1989, 8.

pugni, calci e manrovesci, colpendola con gli oggetti più svariati (dalle bottiglie di birra alle mazze da baseball), spegnendole sigarette sulla pelle e rovesciandole addosso caffè bollente. L'uomo l'aveva costretta a prostituirsi per mantenerlo, picchiandola, poi, ogniqualvolta il denaro guadagnato non gli sembrava sufficiente. Durante la gravidanza di Judy, il marito l'aveva spinta giù dalle scale, provocando la nascita prematura del figlio. La donna era fuggita, ma lui le aveva dato la caccia, e, trovatala, l'aveva riempita di botte e minacciata di morte. Alle violenze fisiche si aggiungeva quella psicologica: oltre ad insultarla, chiamandola "cane", Mr. Norman la trattava proprio come un animale, costringendola ad abbaiare e picchiandola se lei si rifiutava di farlo, dandole da mangiare cibo per cani in una ciotola e facendola dormire sul pavimento.

Qualche giorno prima del fatto, Mr. Norman fu arrestato per guida in stato di ubriachezza. Subito rilasciato, tornò a casa; da quel momento gli abusi fisici nei confronti della moglie divennero più gravi e le minacce di morte più frequenti. La donna chiamò la polizia; arrivati sul posto, gli agenti le dissero che non potevano intervenire se lei non faceva denuncia. Mrs. Norman spiegò allora che, se il marito fosse stato arrestato e poi rilasciato, come solitamente avveniva in questi casi, per lei sarebbe stata la fine. Gli agenti se ne andarono, ma, poco dopo, dovettero far ritorno, essendo stati avvisati dai vicini che Judy Norman aveva preso un'overdose di barbiturici ed il marito non lasciava che la ricoverassero in ospedale. Quando l'autoambulanza arrivò, Mr. Norman si intromise dicendo: "*Let the bitch die... She ain't nothing but a dog... She don't deserve to live*". Solo con l'intervento della forza pubblica fu possibile trasportare Mrs. Norman al pronto soccorso. Uscita dall'ospedale, dove aveva parlato con un assistente sociale, la donna tornò a casa e disse al marito che, se non avesse smesso di bere, lei l'avrebbe fatto rinchiudere; per tutta risposta, lui la schiaffeggiò e la prese a calci e minacciò di tagliarle la gola ed altri pezzi del corpo ("*I'll cut your breast off and shove it up your rear end*") se solo lei ci avesse provato.

Quando, nel tardo pomeriggio, dopo un'ultima minaccia di morte, J.T. Norman se ne andò a dormire, Judy prese una pistola e sparò al marito nel sonno.

Al processo di primo grado, la difesa, per dimostrare la ragionevolezza delle percezioni e delle azioni dell'imputata, presentò due esperti che testimoniarono come Judy Norman, affetta dalla "sindrome della donna maltrattata", pensasse di non avere altra scelta, per salvare se stessa e la propria famiglia, che uccidere il marito-aguzzino, e come, data la situazione, tale soluzione non potesse non apparirle ragionevole. Tuttavia, il giudice ritenne che, poiché l'uccisione era avvenuta in assenza di uno scontro diretto, quando la vittima era passiva, la giuria non dovesse essere istruita sul punto relativo all'esistenza della legittima difesa. Mrs. Norman fu così ritenuta responsabile del delitto di omicidio non premeditato (letteralmente, *voluntary manslaughter*) e condannata a sei anni di reclusione.

La sentenza di condanna venne però annullata in sede di appello. La Court of Appeals affermò che, ove l'imputata risultasse una *battered woman*, il fatto che l'uccisione del *batterer* fosse avvenuta quando questi era passivo, in un "*non-confrontational setting*", non precludeva, di per sé, l'applicazione della legittima difesa; le prove ammesse in primo grado erano dunque sufficienti per consentire al giudice la pronuncia di un'istruzione "*on self-defense*". I giudici ritennero, inoltre, che l'opinione di Mrs. Norman, circa la necessità di reagire, non solo fosse un "*honest belief*", un'opinione in "buona fede", ma corrispondesse anche a ciò che una persona ragionevole, nelle stesse circostanze in cui l'imputata riteneva di trovarsi, avrebbe ritenuto.

La Corte d'Appello non ritenne, poi, preclusivo, ai fini dell'applicazione della legittima difesa, il fatto che Judy Norman avesse colpito il *batterer* mentre questi dormiva: secondo la Corte d'Appello, il sonno dell'uomo "non era che una pausa momentanea in un continuo regno di terrore", e l'imputata "aveva semplicemente sfruttato la prima opportunità di difendersi che aveva avuto". Per l'applicazione della legittima difesa non era necessario che la "*battered woman* attendesse il verificarsi di un'aggressione mortale", o che "la vittima stesse effettivamente aggredendo l'imputata o minacciando di aggredirla nel momento in cui l'imputata aveva reagito", dato che è proprio durante uno scontro, ossia quando le regole tradizionali della legittima difesa giustificherebbero la reazione, che l'imputata appare meno in grado di difendersi.

Con la decisione "Norman" la Corte d'Appello della North Carolina rispose affermativamente a questa domanda: "può un individuo di "ordinary firmness" ritenersi ragionevolmente minacciato, in modo grave, da una persona addormentata?". L'analisi della Corte si svolse, tuttavia, secondo un metodo confuso e contraddittorio. Da un lato, essa dichiarò che qualsiasi persona ragionevole, nelle condizioni dell'imputata, avrebbe ritenuto di essere minacciata da un pericolo imminente, e avrebbe reagito nei confronti del marito con quella intensità. Dall'altro lato, però, essa sembrò voler riconoscere, per le persone che, al pari di Mrs. Norman, vivevano in una situazione di maltrattamenti ed abusi continui, una specie di eccezione alla regola dell'attualità della minaccia come *condicio sine qua* non per una legittima reazione difensiva. Ma, creando, per le *battered women* in generale e per l'imputata in particolare, una simile eccezione, la Corte annullava l'effetto dell'affermazione iniziale, secondo cui l'impressione di doversi difendere nei confronti di una persona addormentata può essere, in determinate circostanze, oggettivamente ragionevole. "Se un'impressione di quel genere, in quella situazione, poteva apparire oggettivamente ragionevole, non vi era alcun bisogno di prevedere un'eccezione per il coniuge maltrattato".

La Corte Superiore del *North Carolina* ebbe così gioco facile nell'annullare la sentenza di secondo grado, ripristinando la condanna pronunciata dal "trial judge". La Corte rilevò che l'opinione di Mrs. Norman non solo non poteva considerarsi "reasonable" (perché nessuna persona di "ordinary firmness" avrebbe visto in un uomo addormentato una fonte di pericolo immediato), ma neppure "honest": non si trattava, cioè, di un'opinione "in buona fede". Sia le dichiarazioni di Judy Norman che le parole degli esperti dimostravano, infatti, che la donna temeva future violenze ed era convinta di non poter sfuggire alla morte, ma non che ella si ritenesse minacciata, al momento del fatto, da un pericolo attuale di quell'intensità. Le funeste previsioni di Judy Norman non avevano, poi, secondo la Corte, alcun fondamento concreto, alcuna base fattuale; in un caso del genere, assolvere l'imputata significava, allora, "legalizzare definitivamente l'opportuna eliminazione dei mariti violenti realizzata dalle mogli, sulla base di mere speculazioni soggettive (di queste) circa la probabilità di future aggressioni criminose (da parte di quelli)⁸". Con una maggioranza di sei giudici a uno, la decisione della Corte d'Appello venne annullata e la sentenza di condanna di primo grado, a titolo di *manslaughter*, riacquistò vigore.

L'unica voce discorde, all'interno della Corte, fu quella del giudice Martin⁹. Osservò Martin che, per le "donne maltrattate" come Judy Norman, che non sperimentano mai, neppure per un momento, la sensazione di essere al sicuro e che sono certe che "un giorno il marito le ucciderà a furia di botte"), il pericolo è sempre imminente, è sempre costante, anche se l'aggressione temuta è attesa soltanto per il futuro. Nel caso "Norman", poi, la convinzione dell'imputata di essere continuamente in pericolo, che è tipica di tutte le *battered women*, non era semplicemente "honest", un "good-faith belief"; dalle dichiarazioni della donna, dalle parole degli esperti, dalle testimonianze dei parenti e degli amici della coppia, si evince che tale opinione era anche ragionevole.

2. La casistica italiana.

La famiglia che uccide: i casi Peruffo e Torelli

Le vicende con le quali si è conclusa l'esposizione della problematica di oltreoceano non costituiscono, tuttavia, un fenomeno esclusivamente statunitense. Per quanto concerne, specificamente, le situazioni di *battering* intrafamiliare, un'analoga costellazione di casi è parimenti ricavabile dalla prassi giurisprudenziale del nostro Paese.

⁸. In verità, le prove addotte dall'imputata suggerivano un'altra storia, fatta di abusi continui e di maltrattamenti gravi (ad esempio, quando Judy era incinta, J. T. l'aveva presa a calci e spinta giù dalle scale, causando la nascita prematura del bambino) che si erano andati accentuando in maniera preoccupante nelle trentasei ore precedenti al fatto.

⁹. S. E. 2d, 1989, 18-199.

Rispetto alla casistica statunitense in tema di “*battered women who strike back*”, i fatti che verranno narrati presentano una sola differenza, relativa allo *status* familiare dei soggetti da cui proviene la reazione. Nelle situazioni qui descritte, che si caratterizzano per una serie di maltrattamenti generalizzati, inflitti cioè all’intero nucleo familiare (o alla parte femminile di esso), la reazione non giungerà dalla moglie-madre, bensì dalle figlie¹⁰.

a) Lucia Vallarin e Pietro Peruffo¹¹ si sposarono il 24 febbraio del 1968. Dal matrimonio nacquero quattro figli: due maschi e due femmine. Di queste ultime, che saranno le vere protagoniste della vicenda, è opportuno ricordare il nome: Maria Cristina e Marcellina (che, all’epoca dei fatti riportati, non era ancora maggiorenne). I verbali dei Carabinieri di san Bonifacio, ai quali la Vallarin si rivolge periodicamente per denunciare i maltrattamenti inflitti dal marito, definiscono il Peruffo “nullafacente e pregiudicato”. Ed infatti, negli anni che vanno dal 1974 al 1979, Pietro Peruffo si rende responsabile di un consistente numero di reati sessuali, culminanti in una violenza carnale che gli costerà 4 anni e 9 mesi di reclusione. Tornato in libertà, il Peruffo, fattosi prudente, preferisce sfogare i suoi istinti all’interno della famiglia. A farne le spese sono le tre donne: la moglie, che a cadenze regolari di dieci-quindici giorni viene picchiata e torturata, fisicamente e psicologicamente (come ultima umiliazione, il marito le impone la presenza, in casa, della propria amante) e le due figlie, alle quali il Peruffo, oltre ai “normali” maltrattamenti, riserva altresì attenzioni “particolari”. Ma le denunce vengono ritirate e la querele rimesse: il Peruffo avvisa moglie e figlie che le ucciderà se proseguiranno l’azione giudiziaria nei suoi confronti. La Vallarin si rivolge ad un legale per le pratiche necessarie alla separazione: il marito la scopre e la riempie di botte. Allora la donna, rassegnata, si arrende e rimane. Le figlie, però, sono giovani, e non condividono il fatalismo materno. Ad un certo punto la situazione precipita: in famiglia, le liti e le violenze si fanno più pesanti ed il Peruffo proibisce alla figlia maggiore, Maria Cristina, di incontrarsi ulteriormente con il fidanzato, Tiziano Albiero, arrivando persino a minacciarlo di morte. “Dopo una vita impossibile, sarebbe meglio che non fossi neanche nata, piuttosto di vivere così”, dichiarerà Maria Cristina al processo. Le farà eco Marcellina: “Io mi chiedevo che vita mi aspettava perché qui ogni giorno era peggio¹²”. E’ in questo intollerabile clima che matura l’idea di una soluzione definitiva, che liberi tutti dall’incubo del tiranno. Marcellina, la più piccola delle sorelle ma anche la più risoluta, chiede all’Albiero, che lavora in fabbrica con lei, di procurarle un’arma. Il ragazzo costruisce una pistola artigianale, che consegna, insieme a cinque proiettili, alle due sorelle¹³. Il 23 giugno 1991, consumato il pranzo domenicale, Pietro Peruffo si ritira per riposare. Poco dopo, Marcellina entra in camera dei genitori, dove il padre giace addormentato, mira alla testa dell’uomo e spara due colpi: il primo va a segno, il secondo no. Poi, correndo, esce nel corridoio e quasi si scontra con Maria Cristina, che sta sopraggiungendo (o che, forse, si trova già lì, dietro la porta socchiusa della stanza, o, forse ancora, è entrata in camera insieme a Marcellina ed ha sparato, da sola o con la sorella, o il colpo andato a vuoto, o il colpo mortale, o,

¹⁰. Le quali risulteranno, in tal modo, autrici di “parricidio”, “il più mostruoso dei crimini”, assimilato, dalle legislazioni prerepubblicane (e non soltanto da queste) al regicidio, “in quanto la famiglia funziona come modello sognato di una istituzione naturale fondata sulla disuguaglianza” (così BARRET-KRIEGEL, *Regicidio – parricidio*, in *Interventi – Io, Pierre Rivière, avendo sgozzato mia madre, mia sorella e mio fratello...*, a cura di FOUCAULT, trad. 1976, 246).

¹¹. Le informazioni concernenti il caso Peruffo sono state ricavate dai verbali redatti dai Carabinieri di Padova – Stazione di San Bonifacio il 12 febbraio e il 12 marzo 1988; dai verbali delle udienze tenutesi avanti alla Corte di Assise di Verona il 26, 27 e 30 marzo 1992 e dalla sentenza pronunciata dalla medesima Corte il 2 aprile di quell’anno; dalla sentenza della Corte di Assise di Appello di Venezia 26 febbraio 1993.

¹². Dal verbale dell’udienza avanti alla Corte di Assise di Verona del 30 marzo 1992, 41 ss.

¹³. Il punto non è chiaro: secondo Marcellina, a ricevere l’arma sarebbe stata soltanto lei; la Corte di Assise riterrà invece che la pistola sia stata consegnata a Maria Cristina. V., per ulteriori precisazioni, le note successive.

addirittura, entrambi i colpi: ma queste circostanze non verranno mai chiarite al processo). Maria Cristina chiede cos'è successo. La ragazzina risponde: "G'ho copà il matto¹⁴" e, sempre di corsa, va a gettare la pistola nella "buca", ossia nel laghetto vicino alla casa dei Peruffo. Pietro Peruffo, trasportato d'urgenza all'ospedale di Borgo Trento di Verona, vi muore il giorno successivo, il 24 giugno 1991.

Con sentenza pronunciata dalla Corte di Assise di Verona il 2 aprile 1992, Maria Cristina Peruffo e Tiziano Albiero furono ritenuti entrambi responsabili dell'omicidio di Pietro Peruffo, in concorso con Marcellina (che venne però giudicata separatamente, dal Tribunale dei Minori di Venezia). Secondo i giudici di Verona, la responsabilità di Maria Cristina sarebbe sorta, in primo luogo, a titolo di "concorso morale (sia) nella fase di preparazione, cioè di approvazione della dazione dell'arma da parte del fidanzato e dell'uso finale di essa da parte della sorella..., approvazione che rafforza l'altrui apporto essenziale (ossia dell'Albiero) e l'altrui idea omicida (cioè della Marcellina), (sia) nel momento dell'esecuzione...come sostegno derivante dalla presenza silenziosa che può trasformarsi in concreto aiuto per il caso in cui qualcosa fosse andato male"; in secondo luogo, a titolo di "concorso materiale, perché l'arma è ricevuta da lei; perché quantomeno anche a lei viene spiegato il funzionamento e perché Marcellina, risoluta a sparare al padre, non si dimostra nello stesso tempo così fredda nel maneggio e così consapevole dei meccanismi per la ricarica dell'arma"¹⁵. Per quanto riguarda Tiziano Albiero, "premesso che quanto detto a carico di Maria Cristina finisce per riflettersi anche contro di lui", la sua responsabilità appare evidente, "avendo fornito l'arma del delitto consapevole dell'uso che ne sarebbe stato fatto"¹⁶.

La Corte di Assise, tuttavia, "ritiene che possa essere riconosciuta agli imputati l'attenuante della provocazione, come richiesto dallo stesso P.M.... nel caso di specie, *lo stato di conflittualità* determinato dal comportamento ingiusto altrui era *continuo*, tale da tenere le vittime di tale ingiustizia in uno *stato di agitazione continua*. Più che sentimenti di rancore, di astio o di vendetta per un fatto passato, pare di doversi ravvisare *uno stato di ingiustizia permanente* cui corrispondeva una *condizione psicologica alterata*, di chi la subiva, *altrettanto continua*, alimentata e risvegliata costantemente dalla presenza stessa in casa del responsabile di quella situazione¹⁷.

Maria Cristina Peruffo e Tiziano Albiero, riconosciuti colpevoli dell'omicidio di Pietro Peruffo, furono condannati a tredici anni. Per effetto del patteggiamento, intervenuto in secondo grado, la pena venne poi loro ridotta a nove anni e quattro mesi dalla sentenza della Corte di Assise di Appello di Venezia del 26 febbraio 1993.

La vicenda dei Peruffo presenta caratteristiche simili a quelle dei casi americani precedenti. Identico è il teatro in cui si svolgono i fatti (l'ambiente familiare); identici i protagonisti (da una parte, il "tiranno domestico", marito o padre che sia, dall'altra le femmine di casa, la moglie e/o le figlie); identico, rispetto alla condotta degli altri aggressori, è il *modus operandi* di Pietro Peruffo che, a cadenze regolari, percuote violentemente la Vallarin e le due ragazze (alle quali egli rivolge, inoltre, le sue attenzioni sessuali). Le denunce presentate e poi ritirate, i tentativi di separazione che scatenano violenze ancor peggiori, la volontà di isolare le donne dall'ambiente circostante, troncadone ogni rapporto di amicizia o di amore con estranei (il fidanzato di Maria Cristina,

¹⁴. Dal verbale delle dichiarazioni ritenute utili ai fini delle indagini, rilasciate da Maria Cristina Peruffo ai Carabinieri di San Bonifacio il 23 giugno 1991.

¹⁵. Come si è precedentemente accennato, i giudici di Verona non crederanno alla ricostruzione dei fatti effettuata da Marcellina e riterranno invece che, a ricevere l'arma, sia stata la sorella maggiore. La scarsa abilità di Marcellina nel caricare e scaricare l'arma è inoltre dimostrata dal fatto che, al processo, la ragazzina, tra un'imprecisione e una reticenza, non riesca a ricordare da quale parte della pistola si estrarrebbero i proiettili, e se i bossoli appena estratti risultino, al tatto, freddi o caldi: cfr. verbale dell'udienza 26 marzo 1992, 102 ss.

¹⁶. Assise Verona, 2 aprile 1992, 58 ss.

¹⁷. Assise Verona, 2 aprile 1992, 75-76 (corsivi nostri).

Tiziano Albiero, viene allontanato in malo modo e minacciato di morte dal Peruffo), sono anch'essi elementi ricorrenti nei tre casi esaminati.

Tuttavia, nel caso sottoposto al giudizio della Corte di Assise di Verona, la reazione nei confronti del marito-padre aguzzino non proviene dalla moglie che, al processo, appare come una donna rassegnata e spezzata dalle percosse, dal terrore e dalle umiliazioni; a ribellarsi sono invece le figlie, che si illudono di poter sfuggire, un giorno, all'immutabile destino materno. Anche qui, comunque, la via della liberazione passa, necessariamente, attraverso l'eliminazione del padre; come nelle situazioni precedenti, l'uomo viene ucciso nel sonno, quando la sua violenza è momentaneamente "in pausa".

Tuttavia, la vicenda non si conclude con una pronuncia assolutoria, bensì con una condanna (non priva di severità, visto il contesto in cui delitto è maturato).

I giudici di Verona non scorgono nella condotta del Peruffo quella continuità di violenza, quell'andamento, ciclico e unitario nello schema dei maltrattamenti. La Corte di Assise di Verona concentra la sua attenzione unicamente sull'episodio che culmina con la morte del Peruffo, estrapolandolo dalla sequenza di fasi aggressive e momenti di quiete che caratterizza lo schema comportamentale anche di questo padre-padrone. La frazione di tempo in cui Marcellina spara è valutata separatamente dall'intero contesto; e, nell'attimo così considerato, il Peruffo dormiente non appare certo una minaccia in atto, né è possibile prevedere, in base ai dati ricavabili da *quell'istante*, che, una volta sveglio, l'uomo costituirà nuovamente un pericolo. La questione della legittima difesa, reale o putativa, o dell'eventuale eccesso, non viene pertanto neppure prospettata.

Su richiesta dello stesso pubblico ministero, la Corte riconosce però, agli imputati maggiorenni, l'attenuante della provocazione, rilevando un "continuo" "stato di conflittualità determinato dal comportamento ingiusto altri", "tale da tenere le vittime di tale ingiustizia in uno stato di agitazione continua". Ad un simile "stato di agitazione permanente" "corrispondeva una condizione psicologica alterata, di chi la subiva altrettanto continua, alimentata e risvegliata costantemente dalla presenza stessa in casa del responsabile di quella situazione".

b) La notte del 16 dicembre 1994, Dalmarino Torelli, un piccolo imprenditore di Giulianova Lido, titolare di un negozio e di una fabbrica di camini (la "Star Kamin"), venne ucciso nella propria abitazione da due colpi di pistola (una Smith e Wesson 357 magnum di sua proprietà) sparati dalla figlia minore, la ventitreenne Mascia¹⁸.

Le testimonianze rilasciate dagli stessi parenti ed amici di Dalmarino, unite alle deposizioni della moglie, Maria Maccarini, e della figlia maggiore Katuscia, contribuiscono a tratteggiare un quadro familiare inquietante. Dalmarino Torelli, un uomo di quarantasette anni che si era "fatto da sé", lavorando indefessamente prima in Germania, poi in Corsica ed infine a Giulianova, appariva esternamente "piacevole, socievole, professionalmente molto sicuro e degno di fiducia", ma "non appena era a casa diventava odioso¹⁹". La vita della famiglia Torelli è segnata da una situazione di maltrattamento cronico, da un succedersi di episodi violenti intrafamiliari, che iniziano a danno della sola moglie²⁰ per estendersi poi anche le figlie. Padrone geloso e severissimo, il Torelli

¹⁸. Le informazioni relative al caso Torelli sono tratte dalla nota dei consulenti di parte, De Fazio e Canfora, del 7 ottobre 1995; dalla perizia psichiatrica collegiale dei periti Traverso, Luberto e De Luca, cui è accluso il memoriale dell'imputata, presentata il 9 ottobre 1995; dalla sentenza della Corte di Assise di Teramo del 13 ottobre 1995; dagli atti di appello proposti, rispettivamente, dal P.M., il 5 febbraio 1996 e dal difensore, il 23 febbraio dello stesso anno; dalla sentenza della Corte di Assise di Appello dell'Aquila del 19 giugno 1996; dal ricorso per Cassazione proposto dalla difesa il 15 ottobre 1996; dalla sentenza della Cassazione, Sez. I, del 23 gennaio 1997.

¹⁹. Dalla deposizione di Jacques Canas, imbianchino, legato per moltissimi anni a Dalmarino da rapporti di lavoro e di amicizia, durante il periodo passato in Corsica dai Torelli, in perizia psichiatrica collegiale, 12.

²⁰. Queste le dichiarazioni rese da Maria Torelli, sorella di Dalmarino, che all'epoca dei fatti viveva in Germania (dalla perizia psichiatrica, 11-12): "Era di giugno e hanno abitato a casa mia e la

impedisce alle sue donne ogni contatto sociale con l'esterno, soffocando tentativi di fuga²¹ o di acquisizione di autonomia²², ed infliggendo alle ragazze, per infrazioni minime o inesistenti, brutali punizioni²³. E' un clima percorso da continue tensioni e denso di terrore ("clima di paura²⁴"), quello

Mascia aveva un anno e mezzo e la Katuscia quattro anni, allora mio fratello, sempre in casa, sempre a litigare con mia cognata e picchiava alla mia cognata... Lui prende la moglie, se la mette sotto i piedi, gli uscì il sangue dal naso, da tutte le parti, era tutta graffiata lei...e i bambini li tenevo in braccio perché piangevano, gridavano... Sempre botte a destra e a sinistra, con i calci la buttava giù per le scale...allora gli ho detto: è meglio che ve ne andate di casa perché non voglio questo fastidio". La donna aggiunge che nella sua famiglia erano in quattordici figli e che Dalmarino era "molto aggressivo, come era suo padre" e che non c'erano motivi apparenti per tanta aggressività nei confronti della moglie, descritta come "dolce e tanto brava". Sulla "trasmissione intergenerazionale" della violenza come causa della genesi del "maltrattatore", v. BANDURA, *La violenza nella vita quotidiana*, in *Psicologia contemporanea*, 1981, 40 ss.: "E' dimostrato che i figli di persone che privilegiano la violenza nella soluzione dei problemi...che nascono nella vita familiare tendono ad usare di preferenza tattiche aggressive nei rapporti con gli altri. Questo rapporto di causa-effetto è abbondantemente confermato da studi longitudinali sui maltrattamenti dei bambini che si riproducono di generazione in generazione: i bambini maltrattati diventeranno a loro volta genitori violenti, perpetuando un modello di sopraffazione". Alla concezione di BANDURA, in tema di maltrattamenti nei confronti dei figli, corrisponde, sul piano della violenza coniugale, la teoria interpretativa cosiddetta "culturale", su cui v. GULOTTA, *Famiglia e violenza*, 1984, 126 e 133; sul punto v. però GIANNINI, *La violenza domestica e i cicli della violenza*, in *A.I.S.C.C., Criminologia e criminalistica, Atti dei seminari marzo-giugno 1998 - Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti*, 179, che avverte "che tale spiegazione unidimensionale, quasi configurasse una specie di eredità sociale, non può costituire l'unico presupposto causale". Nella letteratura statunitense, cfr., per tutti, WALKER, *The battered woman*, cit., e *The battered woman syndrome*, cit., *passim*.

²¹. Nel 1985, di fronte all'ennesima violenza, la madre, Maria Maccarini, lascia la Corsica portando con sé le bambine e ripara a Prato, presso alcuni parenti. Ma di lì a poco è costretta a far ritorno, in seguito alle telefonate di Dalmarino "che minacciava, nel caso non fossero immediatamente rientrate a casa, di fare una strage" (perizia psichiatrica, 25).

²². In Italia, Mascia aveva cercato di affrancarsi, iniziando a lavorare da una parrucchiera. Racconta però Nada Galliè, l'unica amica di Mascia, che la ragazza "tornava a casa e lui (il padre) la sottoponeva ai lavori più stressanti e faticosi, perché non accettava l'idea che lei potesse fare la parrucchiera...praticamente (Mascia) aveva un'altra giornata di lavoro, era sfinita, pur di vederlo contento rinunciò al lavoro che lei amava tanto, pur di riportare la tranquillità in famiglia e andò a lavorare da lui, presso la sua azienda, ma tutto questo non fece migliorare le cose, anzi peggiorarono..." (deposizione Galliè, 17 della perizia psichiatrica).

²³. E' proprio Mascia il bersaglio preferito delle violenze paterne. All'età di undici anni la bambina viene picchiata con un grosso bastone, per aver lasciato scappare il cane da caccia del padre: quando la figlia cade sotto i colpi, Dalmarino le salta più volte sulla schiena, aggravando la scogliosi dorso-lombare di cui Mascia soffre e procurandole dolori al dorso che, all'epoca del fatto, la tormentano ancora; a quattordici anni, dopo aver riportato una cattiva votazione scolastica, Mascia è relegata in fabbrica ed assegnata a lavori estremamente faticosi, quali, ad esempio, spostare oggetti pesantissimi o spingere carriole colme di mattoni. In questo stesso periodo, e sempre a causa di un brutto voto, la ragazzina, temendo castighi ancor peggiori, tenta di suicidarsi gettandosi dal secondo piano della scuola (l'avvenimento verrà poi tenuto nascosto al Torelli, per timore di ulteriori ritorsioni; il tentato - o mancato - suicidio sarà fatto passare per un incidente). Ancor più ingegnosa è la tortura che Dalmarino escogita per "raddrizzare" il carattere della figlia maggiore: Katuscia, colpevole di un rendimento scolastico non brillante, viene legata per un braccio ed una gamba e lasciata appesa, tutta la notte, ad una trave del magazzino.

²⁴. Perizia psichiatrica, 38. In particolare, il collegio dei periti rileverà in Mascia "sentimenti di irrequietezza, stato di ansia subcontinuo, tensione motoria, attesa apprensiva, stati di allerta fino a veri e propri stati di allarme, probabilmente indotti dagli atteggiamenti violenti del padre o dalla paura di essi. Da rilevare che tali 'segnì' si accentuavano nelle ore postlavorative, nei momenti vissuti nella privacy familiare, che di fatto si rivelavano i più 'pericolosi' per lo scatenamento delle violenze paterne" (30, perizia psichiatrica).

che si respira in casa Torelli, costellato di insulti, aggressioni verbali, disprezzo apertamente manifestato e, infine, continue minacce di violenze peggiori o, addirittura, di morte. Come dichiarerà un “amico” corso di Dalmarino, l’uomo è “possessivo, dittatore, geloso, perverso, cattivo, brutale all’estremo verso sua moglie e le due figlie²⁵”. Nel corso dell’ultimo anno, la situazione si deteriora ulteriormente, per esplodere infine in occasione di un “lungo e furibondo litigio” (“protrattosi senza soluzione di continuità, sul piano psicologico, dalla sera del 14 dicembre fino alla tarda serata del giorno successivo, in una dimensione temporale non coincidente con quella cronologica”), che presenta, rispetto ai precedenti, “indubbia maggiore intensità e gravità²⁶”.

In un crescendo di violenza, il Torelli aggredisce, in sequenza, la figlia maggiore (che, colpita con un pugno, sbatte la testa contro il termosifone e sviene), la moglie (che viene afferrata per la gola, quasi strangolata ed infine inseguita nel cortile dall’uomo armato di una pala) e la giovane Mascia, che si è frapposta tra i genitori per difendere la madre. Successivamente Dalmarino, urlando “vi ammazzo”, fracassa la “Tipo” della moglie. Il mattino dopo (è il 15 dicembre), Dalmarino percuote ancora la secondogenita, colpevole di non aver spostato velocemente la “Tipo” danneggiata e minaccia di schiacciarla con la macchina²⁷; in fabbrica, insulta le figlie e le umiliate di fronte a clienti ed a operai; alla sera, prima di uscire a cena con amici, egli profferisce un’ultima minaccia: “Non è finita qui²⁸”. Verso le undici le tre donne vanno a dormire; poco prima la madre ha manifestato l’intenzione di suicidarsi²⁹. A mezzanotte Mascia, che ha nascosto nella propria stanza la pistola del padre³⁰, sente suonare il campanello: è l’uomo che le urla di aprire, gridando che la ammazzerà se non si sbriga a farlo entrare. Mascia, terrorizzata, pensa che questa volta il padre terrà fede alle sue parole e le ucciderà tutte e tre. Corre in camera, afferra la pistola, ridiscende e spara due colpi attraverso i vetri. Poi apre la porta e spara di nuovo³¹. “Non lo volevo ammazzare, mi volevo solo difendere” dichiarerà la ragazza ai Carabinieri. “Ho pensato che quella sera lo avrebbe fatto veramente, se io era scesa ad aprirgli mi avrebbe ucciso³²”.

Al processo di primo grado, la difesa adotta una strategia bivalente. Da un lato, basandosi sulle risultanze della consulenza tecnica del prof. De Fazio e del dott. Canfora, essa tenta la carta

²⁵. Depositione di Antoin Oppo, vicino di casa dei Torelli in Corsica e loro amico (14 della perizia psichiatrica). Così il teste descrive lo stato di “schiavitù” in cui vivono le donne della famiglia Torelli: “A tavola (Dalmarino) dirigeva queste donne col dito. Le figlie non dicevano nulla, la testa chinata e guardavano la mano del padre: l’indice puntato verso destra significava che voleva il sale e verso sinistra il pepe”.

²⁶. Perizia psichiatrica, 40.

²⁷. Depositione Maccarini, 19 della perizia psichiatrica.

²⁸. Dalle dichiarazioni rese da Mascia ai periti in sede di esame, 27 della perizia psichiatrica.

²⁹. “Ero disperata, dicevo: non ce la fo, come posso fare? La devo fare finita perché non posso più andare avanti”: deposizione della Maccarini, 20 della perizia psichiatrica.

³⁰. Dalle dichiarazioni rese da Mascia al Gip il 19 dicembre 1994, 10 della perizia psichiatrica. Mascia spiega il suo comportamento affermando di aver temuto, quella notte, che il padre potesse “fare qualcosa” nei confronti suoi, della madre e della sorella. Quella notte, la ragazza dichiarerà di non essere riuscita a prendere sonno, pensando a tutto quello che lei, la madre e Katuscia hanno dovuto sopportare in quegli anni. “Mi tornavano in mente” scriverà nel suo memoriale “tutte le violenze che aveva fatto a me, mia madre e mia sorella, mi sentivo strana, confusa perché quando pensavo a lui mi impressionava, avevo paura, lui mi sembrava un mostro, un’altra persona” (dal memoriale di Mascia allegato alla perizia, 8-9). A tale proposito osservano i periti (42 della perizia psichiatrica): “Non c’è dubbio che Mascia si trovasse sia al momento del fatto, che nelle ore precedenti in un uno stato di profondo turbamento, che è probabilmente cresciuto progressivamente per un’attività di ‘ruminazione’ del drammatico sentimento di terrore legato al vissuto di un imminente epilogo di tutta la vicenda”.

³¹. Secondo la consulenza balistica dell’ispettore Scalzone e le risultanze dell’esame medico-legale, ad uccidere il Torelli fu il secondo dei due colpi sparati attraverso il vetro, che colpì l’uomo all’emitorace sinistro. I colpi successivi, esplosi all’esterno, raggiunsero il Torelli quando era morente o già morto (23-26 della sentenza della Corte di Assise di Teramo 13 ottobre del 1995).

³². Memoriale di Mascia, 9.

del *difetto di imputabilità*. Secondo i consulenti di parte, Mascia è affetta da una depressione di fondo, sulla quale “si è instaurato un gravissimo quadro di *disturbo post-traumatico da stress* che concorre a conferire un elevato valore di *malattia* al delitto che Mascia ha commesso”. “Mascia ha commesso un delitto che rappresenta l’espressione di uno *scompenso psicotico*”: ella “era (ed è ancora) convinta che il padre avrebbe ammazzato lei, la madre e la sorella”. “In tal senso il comportamento di Mascia... induce a ritenere che la ragazza “ha agito in uno stato confuso onirico non con l’intento e la volontà di uccidere, ma inconsapevolmente per esorcizzare la paura e per scacciare una minaccia imminente³³”.

Dall’altro lato, però, l’avvocato di Mascia prospetta anche l’ipotesi di una *legittima difesa putativa*. Infatti, delle due l’una: o la percezione di un’aggressione attuale, di esito probabilmente letale, era oggettivamente fondata (“ragionevole”, usando una terminologia cara alla giurisprudenza), alla luce dei maltrattamenti pregressi, della maggiore gravità e della diversa qualità della violenza scatenatasi nel corso delle ultime quarantotto ore, dell’allarmante minaccia (“che non era finita qui”) proferita dal Torelli poco prima di uscire, dell’ira furibonda con cui l’uomo si accaniva sulla porta, e allora la reazione di Mascia risulta conforme alla fattispecie di cui all’art. 52 c.p., sebbene a livello meramente putativo³⁴. Oppure, se la percezione dell’aggressione appare irragionevole, la causa di essa è da individuarsi nello “stato confuso onirico”, nello “scompenso psicotico” subito dalla ragazza al momento del fatto, che l’ha privata della capacità di intendere e di volere. Ad ogni modo, tuttavia, la difesa chiede, in via subordinata, l’applicazione dell’attenuante della provocazione.

In tema di *imputabilità*, la Corte segue le indicazioni dei propri periti. Secondo la loro relazione, Mascia “ha subito, in occasione della drammatica lite” (che gli stessi periti ammettono essere stata un episodio di “*diversa intensità e durata... non comparabile* agli altri innumerevoli fatti analoghi occorsi in tanti anni” e tale da rafforzare “*la percezione dell’attualità* delle minacce di morte più volte profferite dall’uomo nei loro confronti”), “una *grave reazione da stress*, che l’ha profondamente sconvolta, scompensandola”. Ora, “una simile condizione di scompenso acuto, che si è innestata su una *personalità già disturbata e depressa*, integra inequivocabilmente la nozione di infermità nel senso previsto dalla norma”; tuttavia, pur avendo “inciso sulla sua capacità di libera scelta”, tale squilibrio *non ha agito “in misura tanto significativa* da scemare grandemente, o escludere, la sua capacità di intendere e/o volere³⁵”.

I giudici di Teramo escludono inoltre l’esimente della *legittima difesa putativa*, affermando che “l’iraconda reazione del Torelli... non solo *non prospettava in concreto* alcuna situazione di pericolo per l’incolumità dell’imputata o dei suoi familiari, ma *non risulta* dimostrato che sia stata in tali termini *percepita* neppure dalla giovane³⁶”. La reazione di Mascia sarebbe stata pertanto sorretta non da una volontà difensiva, bensì da “un *impeto d’ira*”, “in conseguenza delle

³³. Consulenza De Fazio – Canfora, 12, 7 e 16 (corsivi nostri). Aggiungono i consulenti (16, corsivi nostri): “E’ come se Mascia non avesse sparato al padre ma ad un altro, ovvero ad un fantasma, più precisamente ad un fantasma persecutore, che in quanto tale assumeva le sembianze di un mostro – al riguardo Mascia dice che il padre aveva cambiato faccia –. E’ questo che testimonia il collasso dell’Io, ovvero lo *scompenso* di tipo *psicotico* che ha reso Mascia incapace di far fronte alla realtà”.

³⁴. Come si ricava dai motivi di appello (30), la difesa adottò, per l’elemento della proporzione, l’interpretazione, un po’ superata ma assai favorevole all’aggredito, cosiddetta “dei mezzi”: “La proporzione tra difesa e offesa (va intesa) come proporzione tra mezzi difensivi a disposizione dell’aggredito e quelli usati. Sotto il primo aspetto il male paventato era quello di un’aggressione alla propria vita e dei propri cari ed aveva assunto carattere di concretezza in riferimento al comportamento tenuto negli ultimi giorni dal padre e a quello immediatamente precedente al fatto. Sotto il secondo profilo l’unico mezzo idoneo a disposizione di Mascia era la pistola, che è stata usata per abbattere il ‘mostro’, che nell’occasione veniva considerato in grado di annientare la famiglia”.

³⁵. Perizia psichiatrica, 41, 40 e 43 (corsivi nostri).

³⁶. Assise Teramo, cit., 91 (corsivi nostri).

drammatiche sequenze degli episodi di violenza degli ultimi due giorni, ricollegabili ai precedenti e continui atti di vessazione, umiliazione e disprezzo, e rinnovellato dal comportamento assunto dalla vittima in occasione della mancata apertura della porta³⁷”.

Nel caso in questione ricorrerebbe però l'attenuante della *provocazione*, essendo stati realizzati, della fattispecie dell'art. 62, n. 2 c.p., tanto l'elemento oggettivo, costituito dal fatto ingiusto della vittima, che quello soggettivo, ovvero lo stato d'ira. Quest'ultimo viene infatti inteso come “eccitazione psichica collegata al *fatto ingiusto* del soggetto passivo, che può anche *non avere carattere d'immediatezza*, essendo possibile che, di fronte ad una serie di atti provocatori protrattisi nel tempo, questi non abbiano l'intensità per stimolare nell'offeso una reazione immediata, ma contribuiscano a determinare una situazione di *accumulo*, per cui solo a seguito dell'ultimo atto offensivo, atto a rinverdire il ricordo dei torti patiti, si scateni la reazione”. Per quanto riguarda il primo elemento, (il *fatto ingiusto*) la Corte ritiene inequivocabilmente dimostrati “sia la situazione di *maltrattamento 'cronico'* instaurata dalla vittima all'interno della famiglia, ...sia il *crescendo* allarmante sotto il profilo quantitativo e qualitativo della condotta sopraffattrice del Torelli, testimoniato dagli episodi di violenza verificatasi nei due giorni precedenti il delitto”. Sono stati proprio tali episodi, preceduti da una pluralità di fatti altrettanto ingiusti, a scatenare, “in un rapporto di causa-effetto, lo stato d'ira dell'imputata³⁸”.

Ancor più interessanti sono le considerazioni effettuate dalla Corte di Assise in tema di *proporzione*, il cui rispetto, espressamente previsto dalla fattispecie della legittima difesa, è implicitamente richiesto anche per la concessione dell'attenuante della *provocazione*. In quest'ultima ipotesi, però, secondo la Corte, “dissimilmente dall'esimente della legittima difesa” si pretenderebbe “*non la proporzione* fra la reazione e l'offesa, *bensì l'adeguatezza* di quella a questa quale esaustivo e utile parametro di valutazione dello stato d'animo dell'autore... E, al fine di stabilire siffatta adeguatezza, ancora una volta non è consentita una valutazione limitata all'ultimo episodio offensivo cui l'imputato abbia reagito, dovendosi questa estendere a tutta l'eventuale *serie di atti* simili *ripetuti nel tempo*, idonei a potenziare, per accumulo, la carica afflittiva e tali da incidere nel rapporto fra offesa e reazione³⁹”.

In sostanza, questo è il ragionamento dei giudici teramani: innanzitutto, essi ritengono la presenza di uno “stato d'ira” incompatibile con la sussistenza di una volontà difensiva. In secondo luogo, per accertare l'esistenza di due elementi, egualmente soggettivi, quali sono, *ex art. 52*, la *percezione* del pericolo, ed *ex art. 62, n. 2*, lo *stato d'ira*, i giudici delimitano il loro campo d'indagine in maniera differente.

Nel *primo caso*, essi circoscrivono l'oggetto del giudizio all'episodio immediatamente precedente la reazione di Mascia (il tentativo, da parte di Dalmarino, di entrare in casa), senza attribuire alcuna rilevanza né alle minacce di morte costantemente profferite, né ai maltrattamenti continuati ed intensificatisi in maniera preoccupante nelle ultime quarantotto ore. In questo modo, essi possono agevolmente negare che la situazione presentasse un “pericolo per l'incolumità dell'imputata o dei suoi familiari” o che (e forse un po' arbitrariamente) essa potesse venir percepita “in tali termini” dalla ragazza.

Al contrario, per stabilire la sussistenza dello “*stato d'ira*”, vengono in considerazione, come elementi costitutivi del “fatto ingiusto” che l'ha determinato, “sia la situazione di *maltrattamento cronico*”, “sia il *crescendo* allarmante sotto il profilo quantitativo e qualitativo” della violenza, testimoniato dagli episodi avvenuti tra la sera del 14 e quella del 15 dicembre.

Da questo punto di vista, la linea argomentativa dei giudici di Teramo non si discosta da quella seguita, nel caso Peruffo, dai colleghi di Verona. Ma se le diverse dimensioni del campo dell'indagine (più esteso per la *provocazione*, più ristretto per la *legittima difesa*) sono ammissibili ove l'oggetto del giudizio (la *percezione* di un pericolo/lo stato d'ira) sia parimenti differente,

³⁷. Assise Teramo, cit., 93-94 (corsivo nostro).

³⁸. Assise Teramo, cit., 86-87 e 88-89 (corsivi nostri).

³⁹. Assise Teramo, cit., 87-88 (corsivi nostri).

altrettanto non può dirsi nel caso in cui la valutazione si riferisca al medesimo elemento. Il contenuto del concetto di “proporzione” è assolutamente identico sia nella legittima difesa che nella provocazione, e la nozione di “adeguatezza” ne costituisce un mero sinonimo. A mutare è, in realtà, uno dei termini di paragone tra i quali il giudizio di proporzione si instaura: all’ “offesa” di cui all’art. 52 corrisponde, nell’art. 62, n. 2, il “fatto ingiusto”. Ebbene, se l’ultima nozione (e solo questa) viene estesa, come fa la Corte, sino a ricomprendere tutti i maltrattamenti subiti da Mascia nel corso della sua vita, le continue minacce di morte e l’*escalation* di violenza registratasi il 14 e 15 dicembre, allora la reazione della ragazza risulterà *proporzionata*, o *adeguata*, ai sensi dell’art. 62, n. 2, e *sproporzionata*, o *inadeguata*, per la fattispecie dell’art. 52, il cui concetto di offesa viene interpretato dai giudici di Teramo con esclusivo riferimento all’ “iraconda reazione del Torelli alle difficoltà incontrate nel tentativo di accedere all’abitazione”.

La Corte di Assise concede inoltre le attenuanti generiche, escludendo, invece, l’aggravante della premeditazione, contestata all’imputata dal pubblico ministero. Effettuato il bilanciamento e ritenute le accertate attenuanti prevalenti sull’aggravante del parricidio⁴⁰, la pena che verrà irrogata è di dieci anni di reclusione.

3. L’analisi del criminologo.

“*A woman, a horse and hickory tree / the more you beat'em the better they be*”(“Una donna, un cavallo ed un albero di noci / più li picchi meglio stanno”), proverbio anglosassone.

Nelle quattro vicende riportate, siano esse italiane o statunitensi, l’elemento ricorrente, è dato da un fattore prettamente *criminologico*: il reato perpetrato costituisce un - sebbene atipico - “delitto di relazione” (“*Beziehungsdelikt*”), i cui soggetti agenti rivestono, però, in modo assolutamente inconsueto, i caratteri tipici sia dell’*autore* che della *vittima* (e, paradossalmente, con una più spiccata accentuazione delle note fisionomiche della *vittima* rispetto a quelle dell’*autore*).

L’interesse degli studiosi si è così concentrato sui casi riguardanti le cosiddette “donne maltrattate” (“*battered women*”) che, dopo anni di abusi, uccidono l’uomo, marito o amante, che per lungo tempo le ha torturate. Da un punto di vista statistico, il fenomeno della violenza intrafamiliare ha raggiunto, negli Stati Uniti, proporzioni ormai allarmanti. “In base ai dati del F.B.I. risulta che, ogni 18 secondi, una donna viene picchiata dal marito o dal *boyfriend*; da altre fonti si ricava che, ogni anno, dai due ai sei milioni di donne sono vittime della violenza dei loro *partners* e gli esperti ritengono che, nella maggior parte dei matrimoni (cioè, in una percentuale compresa tra il 50 ed il 75%) si sia verificato, almeno una volta, un episodio di maltrattamenti”. E nulla esclude che questo tipo di reato abbia, in realtà, una diffusione ancor maggiore: le cifre riportate sono, infatti, “meramente indicative, poiché il delitto di ‘maltrattamenti a danno del coniuge’ rimane, comunque, uno degli illeciti meno denunciati⁴¹”. Ma anche nel nostro Paese la violenza consumata all’interno

⁴⁰. Nell’effettuare il bilanciamento la Corte di Assise osserva che “se corre l’obbligo...di rimarcare la gravità del gesto, non potendosi in alcun modo legittimare la violenza come mezzo per regolare i rapporti familiari in uno Stato di diritto, che recepisce nel suo ordinamento i principi etici predominanti nella società e di censurare un malinteso senso della ‘rispettabilità’, che ha certo concorso...ad escludere il ricorso a quegli strumenti predisposti per neutralizzare e punire comportamenti del tipo di quelli assunti dalla vittima, deve preminentemente valutarsi, nell’attribuire il giusto peso alle attenuanti concesse, ...la natura di “liberazione” e non di “sopraffazione” del gesto criminoso, frutto dell’*esasperazione* per una *condizione di vita personale e familiare oggettivamente insostenibile*” (Assise Teramo, 96, corsivi nostri).

⁴¹. MATHER, *The skeleton in the closet: battered woman syndrome, self-defense and expert testimony*, Mercer L. Rev., 1988, 545. Secondo una statistica effettuata nel 1988 dal *Department of Justice*, soltanto il 53% dei crimini violenti commessi da e contro familiari viene denunciato alla polizia (SAITOW, *Battered woman syndrome: does the “reasonable battered woman” exist?*, New England J. on criminal and civil confinement, 1993, 335).

della famiglia “non trova visibilità sociale sulla scena dei percorsi giudiziari”: da un’analisi condotta in Italia a metà degli anni novanta, in base ai dati forniti dai Centri antiviolenza, si ricava che “l’indice delle denunce riguarda complessivamente soltanto il 17,3% dei casi⁴²”. In tale situazione, il metodo di ricerca solitamente utilizzato, basato sull’esame dei fascicoli processuali concernenti i casi di violenza personale con vittime di sesso femminile, si rivela insufficiente: le donne maltrattate preferiscono infatti ricorrere ai servizi offerti dai Centri antiviolenza, dalle Case delle donne e dall’Associazione Telefono Rosa. E’ solo grazie alle informazioni raccolte attraverso strutture “non istituzionali” che è possibile tracciare, del decennio passato, “un quadro più rispondente a questo tipo di ‘violenza sommersa’”. Dal confronto dei dati raccolti tra il 1991 ed il 1997 emergono delle “macro-tendenze caratterizzanti la violenza domestica, che risulta sempre quella di maggior incidenza, con tassi oscillanti dall’89% (nel 1996) al 95% (nel 1992), mentre quella consumata dal partner (marito, convivente, fidanzato), dall’82% (nel 1991) al 90% (nel 1992)⁴³”. Si osserva tuttavia che “i dati raccolti fino ad oggi, tanto quelli elaborati da agenzie

42. VENTIMIGLIA, *Nelle segrete stanze. Violenze alle donne tra silenzi e testimonianze*, 1996, 43. Come osserva GIANNINI (*La violenza domestica ed i cicli della violenza*, cit., 179-180), le ragioni di tale comportamento sono molteplici: “Innanzitutto non sembra ancora superata l’iniziale riluttanza da parte della vittima a sporgere denuncia contro il proprio compagno; in secondo luogo l’art. 572 cod. pen. (che disciplina i ‘maltrattamenti in famiglia’)...risulta, in concreto, di difficile applicazione a causa della difficoltà di dimostrare, in sede processuale, quell’*abitudine* comportamentale richiesta dall’interpretazione in sede giurisprudenziale... In terzo luogo, l’ampio *genus* normativo, traslato nelle statistiche ufficiali dei soggetti denunciati o condannati, non consente di identificare specificamente la vittima della violenza (moglie, figli, genitori)”.

43. GIANNINI, op. ult. cit., 180. Ulteriori informazioni si ricavano dalla Relazione al disegno di legge n. 2675/S concernente le “Misure contro la violenza nelle relazioni familiari”, presentato al Senato il 18 luglio 1997 e recentemente (nell’aprile 2001) divenuto legge dello Stato: “La violenza domestica si presenta oggi con caratteristiche di crescente gravità... E’ difficile misurarne con precisione l’entità, anche perché molti casi restano celati dietro gli incidenti domestici. In ogni caso le denunce per maltrattamenti e altri reati di violenza commessi nella sfera familiare sono cresciute da 1097 a 2097 tra il 1992 e il 1995” (da *Relazione al disegno di legge n. 2675/S recante: “Misure contro la violenza nelle relazioni familiari”*, in www.Giustizia.it, 1). Ricordiamo, infine, i dati ricavati dall’indagine ISTAT sulla sicurezza dei cittadini, condotta nel 1997/98 con la tecnica della rilevazione telefonica, concernente la realizzazione di alcuni reati contro la persona e contro il patrimonio, la percezione della sicurezza nel proprio ambiente di vita e le misure protettive adottate per difendersi dalla criminalità. Più specificamente, l’indagine in questione ha approfondito gli aspetti relativi alle *molestie* ed alla *violenza sessuale*, cosicché le informazioni raccolte in ordine alla violenza domestica riguardano, in verità, questo particolare genere di aggressione: ciò nonostante, i dati ISTAT rappresentano comunque una fonte di utili conoscenze, posto che, all’interno della famiglia, la perpetrazione di violenze sessuali nei confronti delle “donne di casa” avviene solitamente nell’ambito di una situazione di maltrattamento generale. E’ quindi probabile che il numero delle “donne genericamente maltrattate” sia ancora superiore a quello delle vittime di abusi sessuali intrafamiliari. Alla luce di questi rilievi, suonano dunque ancora attuali le parole di JEMOLO (*La famiglia e il diritto. Pagine scelte di diritto e storiografia*, 1957, 241) secondo cui “la famiglia appare sempre come un’isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto”. Ciò premesso, in base all’indagine ISTAT risulta che le donne vittime di violenze sessuali da parte di familiari “hanno un’età tra i 35 e i 59 anni e sono di *status* sociale più basso rispetto alla media: la maggioranza delle donne ha la licenza elementare o la media. Autore del fatto in primo luogo il marito (52,1%), luogo la casa propria (70,8%). La violenza è ripetuta nel tempo. La maggioranza di queste violenze in famiglia è collocata nel Nordovest e nel Nordest. Un terzo delle donne che hanno dichiarato la violenza in famiglia vive in centri metropolitani. Significativa anche la presenza di donne nei comuni superiori a 50.000 abitanti... Le storie di *violenza familiare* sono solitamente storie di *violenza ripetuta*, che tendono a protrarsi nel tempo, in modo nascosto e che difficilmente vengono denunciate (così SABBATINI, *Percezione sociale della violenza sessuale e fenomenologie sommerse*, in *Libertà femminile e violenza sulle donne*, 2000, 88-89). Si rammenti tuttavia il carattere puramente indicativo di tali informazioni, posto che “la distribuzione territoriale del fenomeno può essere condizionata dalle difficoltà per le donne di

istituzionali quanto quelli raccolti da gruppi di volontarie, illustrano soltanto la parte emergente del maltrattamento familiare – in quanto reso pubblico dall'interessata – relativa a realtà locali. Tali raccolte seguono inoltre metodologie e finalità eterogenee, e quindi non sono comparabili. Infine, utilizzano differenti definizioni di 'maltrattamento' e di 'violenza', rendendo ancora più specifica la rilevazione⁴⁴".

Nei casi riportati, tuttavia, non si è in presenza di singoli ed isolati fatti di violenza; i protagonisti, uomini e donne, delle vicende narrate, appaiono addirittura immersi in una situazione di maltrattamenti continui, nella quale essi vivono, agiscono, uccidono e muoiono. Ciò che unisce i coniugi Kelly e i Norman, è dunque una vera e propria "relazione abusiva", una "*abusive*" o "*battering relationship*"⁴⁵; ma analoghe considerazioni possono essere effettuate anche in relazione

parlare di questo tipo di violenza. Il maggior peso del Nordovest e del Nordest e dei centri metropolitani potrebbe essere dovuto a una maggiore propensione da parte delle donne di queste zone a parlare del tema rispetto a quella di altre zone. D'altro canto, il relativamente basso numero di violenze in famiglia nel Sud potrebbe anche essere distorto da una maggiore riluttanza a parlarne" (ID., op. ult. cit., 89-90).

⁴⁴. FAVRETTO, *Il disordine regolato*, cit., 100.

⁴⁵. Gli esperti del settore, psicologi, criminologi e studiosi di scienze sociali, hanno più volte tentato di delineare sia i volti del tipico "*batterer*" e della sua compagna, sia le cause di una simile relazione. Entrambi i tentativi non hanno ottenuto, però, il successo sperato: gli abusi domestici rappresentano, infatti, "un fenomeno che taglia attraverso ogni classe sociale, ogni categoria economica ed ogni gruppo religioso, etnico e razziale" (MATHER, *The skeleton in the closet*, cit., 548), le cui ragioni risultano, ancora ad oggi, sconosciute. Le ricerche condotte da WALKER (*The battered woman*, 1979; ID., *The battered woman syndrome*, 1984) hanno consentito, tuttavia, di individuare alcune caratteristiche comuni dei due soggetti della relazione. Solitamente il *batterer* non è uno psicopatico ma, al contrario, percepisce esattamente le conseguenze ed il valore delle sue azioni. Egli ha spesso una bassa stima di sé ed una concezione tradizionale dei ruoli maschili e femminili nella famiglia e nella società. Molti di questi uomini sono stati, a loro volta, bambini maltrattati, o hanno assistito, nell'infanzia, agli abusi che venivano inflitti alle loro madri: essi hanno così appreso ad essere violenti nei confronti delle persone amate. I *batterers* sono spesso alcolisti o tossicodipendenti; tuttavia, il ruolo di queste sostanze all'interno della *battering relationship* non è chiaro: benché quasi sempre sobri o non intossicati durante gli episodi di violenza domestica, essi sono risultati frequentemente ubriachi o drogati quando sono stati uccisi. La violenza di questi uomini non è circoscritta, poi, all'ambito familiare, ma si manifesta anche nei riguardi degli estranei; ne consegue, perciò, che molti *batterers* presentano una lunga serie di precedenti penali. Essi tendono inoltre ad utilizzare una gran quantità di materiale pornografico ed appaiono sessualmente più aggressivi nei confronti delle loro compagne di quanto non siano gli uomini "normali" (SOMMERS-CHECK, *An empirical investigation on the role of pornography in the verbal and physical abuse of women*, in *Violence and Victims*, 1987, 188). Affetti da una gelosia quasi patologica, i *batterers* sono soliti accusare la loro compagna di avere altre relazioni, o limitarne le attività al punto da rendere l'infedeltà pressoché impossibile. Si è infine rilevato come il *partner* violento rifiuti di assumersi la responsabilità delle proprie azioni: egli attribuisce, invece, ogni colpa alla vittima, affermando che ella lo ha, in qualche modo, "provocato". Analogamente, come osserva GIANNINI (*La violenza domestica e i cicli della violenza*, cit., 180, corsivi nostri), "*la famiglia violenta 'italiana'...non possiede connotati identificativi: essa non coincide con quelle aree a rischio della popolazione rappresentate da 'nuclei devianti' (tossicodipendenza, salute mentale, prostituzione), ma sembra tagliare trasversalmente diversi strati sociali*". Essa "è prevalentemente composta da una moglie casalinga (seguita dall'impiegata), con figli, di età compresa tra i 25 e 44 anni, con lo stesso grado di istruzione del coniuge (scuola media superiore), senza particolare problemi psicologici o sanitari e da un coniuge che è quasi sempre l'autore della violenza. Il coniuge violento, tra i 35 e 44 anni, può essere chiunque, ma con una maggiore concentrazione presente nella categoria impiegatizia (seguita da quella degli operai e dai liberi professionisti), ha lo stesso grado di acculturazione della compagna e se ha problemi (seppur minimi), questi sono legati esclusivamente all'abuso alcolico"(il rapporto tra l'uso di alcol o sostanze psicotrope da parte dell'uomo e lo scatenamento della violenza è stata analizzata da FAVRETTO, *Il disordine regolato*, cit., 106-107, corsivi nostri. Osserva l'Autrice che "in una ricerca

curata dall'ISPES per conto di Telefono Rosa di Roma, l'11,7% degli aggressori faceva uso di alcool a livello ritenuto problematico e il 4,5% faceva uso di droghe. Questi dati, a mio avviso ed in accordo con esperti di problemi familiari, non rivelano necessariamente l'esistenza di una correlazione di causalità lineare tra l'abuso di alcool e l'uso di droghe ed il comportamento violento; piuttosto rivelano l'esistenza di una *cultura dell'ebbrezza* che insegna come ci si può e ci si deve comportare in caso di ubriachezza o di alterazione dovuta a droghe; una cultura che, in modo diametralmente opposto a quanto previsto dal codice penale italiano, offre scusanti al comportamento violento posto in atto da colui che si ubriaca poiché 'non sa cosa sta facendo'. Ne consegue che l'alcool o l'uso di altre sostanze psicoattive possono essere utilizzati come *alibi* autorizzati culturalmente per agire i conflitti in modo violento, manifestando così, senza inibizioni, l'esistenza di disturbi relazionali e comunicazionali interni alla famiglia, e contemporaneamente l'esistenza e la forza pervasiva dello stereotipo dell' 'uomo forte'. La linearità causale tra abuso di alcool o uso di sostanze psicotrope e maltrattamenti è frutto da un lato di uno dei 'miti' che fanno parte del pensiero comune sulla violenza familiare, e cioè che essa sia possibile soprattutto quando si verificano relazioni familiari patologiche a causa di comportamenti individuali disturbati; dall'altro si origina dalle impostazioni teoriche di matrice psico-clinica utilizzate nel corso delle prime ricerche sistematiche sul maltrattamento". L' "approccio patologico" al problema delle violenze domestiche risale agli inizi degli anni sessanta. A tale proposito, un'altra Autrice ha infatti osservato che "caratteristica di tali studi è il fatto che questi vennero intrapresi da psichiatri e psicologi – maschi –, su gruppi clinici... L'attenzione maggiore è posta sugli uomini violenti, su che cosa li rende tali. Appare tuttavia chiaro come la patologia maschile venga fatta risalire alle loro mogli, che vengono descritte come aggressive, dominanti, frigide" e quindi colpevoli della violenza subita, quasi che la responsabilità del maltrattamento fosse attribuibile a loro. Questo genere di approccio, a tutt'oggi perdurante, presenta poi un ulteriore vantaggio: collocando il fenomeno del *battering* "al di fuori della normalità, nella 'rassicurante' categoria della patologia", finisce per "nascondere l'essenza", restituendo un'immagine tranquillizzante della realtà, "dove i confini della normalità si pongono come barriere contro 'nemici' virtualmente esterni": TERRAGNI, *Le definizioni di violenza, in Libertà femminile e violenza sulle donne*, cit., 33-34 e 38). Concludendo, si osserva (GIANNINI, op. ult. cit., 180-181, corsivi nostri) che, al pari dei suoi "colleghi" nordamericani, il *batterer* italiano non possiede "uno 'status sociale' ben individuabile" : "in conclusione, il compagno violento è tipologicamente inesistente". Rimangono invece costanti "la ripetitività e la fenomenologia del comportamento violento (violenza psicologica, seguita da quella fisica), nonché la reazione della vittima, che quasi nel 50% dei casi è inesistente; addirittura si nota una flessione nella percentuale delle donne che denunciano le violenze subite". Analoghi rilievi sono effettuati in proposito da VENTIMIGLIA, *Nelle segrete stanze*, cit., 52-67.

Le donne che finiscono in questo genere di relazione presentano, al contrario, un minor numero di tratti comuni, dato che, come si è osservato, il "*battering*" è capillarmente diffuso in ogni strato economico e sociale, e non conosce distinzioni religiose, etniche o razziali. Alcune caratteristiche ricorrono, però, con una certa frequenza. Secondo gli Autori statunitensi, le "*battered women*", non importa quanto attive ed intraprendenti possano apparire dall'esterno, risultano psicologicamente dipendenti dal *partner*, che esse ritengono, talvolta, addirittura onnipotente, hanno una bassa stima di se stesse e seguono una concezione rigidamente tradizionale dei ruoli e dei comportamenti dei due sessi. Esse si considerano, in tutto o in parte, responsabili dei maltrattamenti subiti e si ritengono le uniche in grado di risolvere il problema; allo stesso tempo, però, esse tendono a negare o a rimuovere i sentimenti di rabbia o di terrore che provoca loro la situazione. Per evitare l'ulteriore ricorrere della violenza, le *battered women* adottano spesso un atteggiamento "manipolativo" nei confronti degli altri membri della famiglia, ricorrendo al sesso allo scopo di conservare una certa intimità con il *partner*. Per WALKER (*Battered woman syndrome and self-defense*, in *Notre Dame J. of L.*, 1992, 321), vi sono alcuni fattori, di origine infantile, che potrebbero influire sullo sviluppo di una personalità femminile "a rischio": il fatto di aver subito, da piccola, violenze fisiche o sessuali ad opera di parenti o di amici di famiglia, oppure di aver assistito, in ambito domestico, ad episodi di questo genere; malattie lunghe e debilitanti, contratte in tenera età; eventi critici, che alla bambina possono essere sembrati incontrollabili (la morte di uno o di entrambi i genitori, il loro divorzio o la loro alcoldipendenza; problemi con i fratelli; frequenti spostamenti e cambiamenti di abitazione).

Una netta individuazione delle cause del *battering* è, parimenti, al di là da venire. E', comunque, assai probabile che la maggiore responsabilità sia attribuibile a fattori socio-culturali,

quali la tradizionale visione della donna, debole e sottomessa all'autorità dell'uomo forte ed aggressivo e la concezione patriarcale del matrimonio, inteso come fonte, per il marito, di un potere assoluto, *vitae atque necis*, sugli altri familiari, in primo luogo sulla moglie (cfr. STRAUS, *A sociological perspective on the prevention and treatment of wifebeating*, in *Battered women, a psychological study of domestic violence*, 1977, 194; v., sul punto, anche SCHNEIDER, *Equal rights to trial for women: sex bias in the law of self-defense*, *Harvard Civil Rights - Civil Liberties L. Rev.*, 1980, 629; ID., *Describing and changing*, cit., 202; SCHNEIDER-JORDAN, *Representation of women who defend themselves in response to physical or sexual assault*, in BOCHNAK, *Women's self-defense cases*, 1981, 10). Secondo alcuni Autori, poi, la violenza fisica rappresenterebbe, per l'uomo, un mezzo di conservazione del potere e del controllo in ambito domestico; alla base dei ripetuti maltrattamenti vi sarebbe perciò il timore del *batterer* di perdere la sua supremazia. "In un sistema nel quale gli uomini, intesi come gruppo, esercitano un sostanziale controllo sulle donne...la violenza fisica rappresenta lo strumento principale per conservare tale controllo". (Kent WILLIAMS, *Using battered woman syndrome evidence with a self-defense strategy in Minnesota*, in *Law and Inequality*, 1991, 115). Il fenomeno del *battering* è stato inoltre definito da MARTIN, *Foreward to Morgan, Conjugal terrorism*, 1982, III, "una forma di terrorismo politico... I *batterers* usano fucili, coltelli e pugni per terrorizzare le loro donne. Molti di essi le tengono in ostaggio, controllandone ogni movimento, isolandole, violentandole ed imprigionandole in casa, ricorrendo alla forza o minacciando di farvi ricorso. Le *battered women* sono prigionieri politici: il problema politico in questione è il predominio maschile e la conservazione del sistema patriarcale". MORGAN, op. cit., 30-31, usa il termine "terrorismo coniugale" per "indicare il comportamento del marito violento, che rassomiglia in modo evidente a quello del terrorista politico. Il terrorista ricorre alla violenza per realizzare i suoi scopi politici; lo scopo politico del terrorista coniugale, ossia del marito violento, è conservare l'immagine idealizzata che egli ha di sé". Ciò spiegherebbe per quale motivo, contrariamente al mito (maschile) che fa della casa un "porto di pace in un mondo spietato", "una donna abbia maggiori probabilità di essere uccisa nei pressi o all'interno della sua abitazione e da un membro della sua famiglia, che fuori, per la strada e da un estraneo" e come "anche le altre violenze, le aggressioni e gli stupri che ella subisce avvengano solitamente in casa" (STANKO, *Fear of crime and the myth of the safe home, a feminist critique of criminology*, in *Feminist perspectives on wife abuse*, 1988, 76 ss.). Anche la "subcultura della violenza" trasmessa dai media, i cui frutti sono "la pornografia, le punizioni corporali inflitte ai fanciulli e la presenza di armi nelle abitazioni" (MATHER, op. cit., 551) viene annoverata tra le cause del "*wife's beating*" o, per lo meno, tra i fattori che ne fanno un fenomeno socialmente tollerato. Alcuni Autori hanno ritenuto, infine, di poter indicare, tra le ragioni più specifiche e direttamente condizionanti, le difficoltà economiche e lavorative dell'uomo (ma la validità di questa tesi è contestata), o il fatto che la donna aspetti un bambino: poiché il *batterer* è, solitamente, assai insicuro ed affettivamente dipendente, l'arrivo di un figlio può essere percepito come una minaccia e scatenare in lui sentimenti di paura e gelosia (WALKER, *The battered woman syndrome*, cit., 148 ss.). Nel panorama italiano, v. i modelli di spiegazione elaborati da GULOTTA, *Famiglia e violenza*, cit., 123 ss. Interessanti informazioni a tale riguardo si ricavano inoltre dalla perizia psichiatrica collegiale effettuata su Mascia Torelli (cit., 36-37). L'interpretazione dei periti in ordine alla genesi della violenza familiare, nel caso in esame, sottolinea il "doppio legame" sussistente tra la violenza dell'uomo, la risposta delle vittime e la successiva, ulteriore reazione dell' "aguzzino domestico". "I vari componenti del 'sistema' familiare avevano probabilmente acquisito nel tempo schemi comportamentali di per se stessi capaci di sollecitare risposte aggressive, quindi idonei ad aumentare la probabilità di ulteriori azioni maltrattanti: il maltrattamento, nel caso in esame, si è, in sostanza, autoalimentato, nel senso che i ripetuti comportamenti violenti inducevano le vittime, a loro volta, all'adozione delle stesse modalità inadeguate di risposta alla situazione, favorendo ulteriori comportamenti maltrattanti in un'ottica di 'circularità' ". Le ragioni di questa situazione di maltrattamento cronico sono state così, a grandi linee, individuate: "a)tendenza a reagire impulsivamente in condizioni di stress o di tensione senza cercare di elaborare il dato esperienziale attuale; b)tendenza ad attribuire agli altri i propri sentimenti e i propri stati d'animo, per la difficoltà di tollerare stati di forte tensione psichica; c)difficoltà a riconoscere e ad accettare le proprie carenze abitualmente 'spostate' su altri (coniuge, figli), che diventano i capri espiatori sui quali si concentrano le valenze aggressive; d)atteggiamenti di 'complicità' delle vittime con l'autore dei maltrattamenti per fattori ambientali (isolamento sociale, dipendenza economica, ecc...) e psicologici (dipendenza, meccanismi di idealizzazione e di razionalizzazione, ambivalenza, meccanismi di identificazione

alle vicende italiane della famiglia Peruffo e Torelli, in cui le violenze del *batterer* coinvolgono l'intera parte femminile (moglie e figlie) della famiglia, sebbene a reagire siano, alla fine, le donne più giovani.

a) L'elenco delle conseguenze fisiche di un simile rapporto potrebbe riempire un trattato di traumatologia. "Colpendo la donna con calci, pugni ed oggetti contundenti (l'uomo) può fracassarle le ossa o spezzarle i denti, soffocarla sino a farla svenire, causarle emorragie interne, fratturarle le costole, provocarle un aborto o delle lesioni che richiedano cure ospedaliere, punti di sutura o, addirittura, interventi chirurgici⁴⁶". Nel caso "Norman", il marito si accaniva sulla donna prendendola a pugni, calci e manrovesci, colpendola con bottiglie o mazze da baseball, spegnendole sigarette nei punti più sensibili del corpo e rovesciandole addosso caffè bollente. Quando Judy Norman era rimasta incinta, l'uomo l'aveva spinta giù per le scale di casa, provocando la nascita prematura di loro figlio. Altrettanto raccapricciante è il racconto dei "castighi" inflitti dal Torelli alle figlie, che persino gli "amici" di Dalmarino, nelle loro deposizioni, non esitano a confermare, o la narrazione delle violenze fisiche e delle umiliazioni subite da Lucia Vallarin e dalle sue figlie ad opera del marito/padre-padrone, Pietro Peruffo.

b) Ma altrettanto gravi, sebbene meno evidenti, sono le conseguenze psicologiche di questi maltrattamenti. Nei casi di *battered women* si ripropone con una certa frequenza l'immagine dell'ostaggio, del prigioniero di guerra e delle altre persone la cui vita sia stata, per lungo tempo in pericolo. In una situazione di questo genere, in cui al potere assoluto del carceriere si contrappone l'estrema impotenza degli internati, si è rilevato, sorprendentemente, che i secondi provano, nei confronti del primo, ben pochi sentimenti di odio o di rabbia. Al contrario, poiché le due reazioni che tipicamente si innescano di fronte al pericolo, cioè la fuga o l'aggressione, sono inibite, gli internati, venuta meno ogni speranza, finiscono per sviluppare una vera e propria patologia depressiva: con il trascorrere del tempo la loro percezione delle vie di fuga va riducendosi sempre di più, finché anche quelle alternative, che ancora realmente esistono, sembrano troppo rischiose e vengono scartate. La differenza di potere che separa il carceriere dai prigionieri fa sì che questi lo considerino, in fondo in fondo, una specie di "protettore", e cerchino, nel tentativo di salvarsi, di blandirne la volontà e di soddisfarne i desideri. Il rapporto che si instaura tra carceriere ed internato è stato definito da *Biderman*⁴⁷ "cooperazione tra avversari" ("*antagonistic cooperation*"): tale relazione, infatti, pur partendo da una dimensione di effettivo conflitto, presenta, comunque, una certa dose di dipendenza reciproca; essa si sviluppa per iniziativa del *partner* più debole che cerca, in questo modo, di garantire la propria sopravvivenza ed ottenere un trattamento meno violento. Più in generale, si è ipotizzato che un essere umano normale non possa sopportare a lungo un rapporto di ostilità e di antagonismo totali; una certa qual connivenza tra la vittima e l'aguzzino sarebbe perciò necessaria ad una sopravvivenza psicologica ed emotiva. Paradigmatico appare, in proposito, il caso italiano di Mascia Torelli, la cui vicenda è caratterizzata da "reiterati tentativi", da parte della ragazza, "di *idealizzazione e razionalizzazione dell'immagine del padre*⁴⁸".

con l'aggressore, ecc...) che, pur inadeguati, sono capaci di ridurre l'angoscia, rispetto a quella connessa ad una eventuale attualizzazione di interventi diretti".

46. KINPORTS, *Defending battered women's self-defense claims*, in *Oregon L. Rev.*, 1988, 430-431.

47. *Captivity lore and behavior in captivity*, in GROSSLER, WECHSLER, GREENBLATT, *The threat of impending disaster*, 1967. La tendenza a sviluppare legami emotivi con il proprio carceriere è stata rilevata anche presso gli individui sottoposti a privazioni della libertà temporalmente più limitate e con effetti meno degradanti, quali gli ostaggi o le vittime di un sequestro: il fenomeno, notissimo, prende il nome di "Sindrome di Stoccolma" (su cui v. STRENTZ, *The Stockholm syndrome: law enforcement, policy and ego defenses of the hostage*, in WRIGHT, BAHN, REIBEN, *Forensic Psychology and Psychiatry*, 1980, 137).

48. Dalla perizia psichiatrica collegiale effettuata su Mascia Torelli, cit., 30 (corsivi nostri).

Ora, i processi mentali dei prigionieri di guerra o delle persone internate in un campo di concentramento presentano una marcata rassomiglianza con l'atteggiamento psicologico delle donne maltrattate. Anche le *battered women* sono imprigionate in una situazione apparentemente priva di vie d'uscita, in totale balia dell'incontrollabile violenza del *partner*. Le ripetute aggressioni e le continue minacce, di morte o di gravi violenze, che l'uomo non cessa di profferire, rappresentano altrettante conferme dell' "onnipotenza" del *batterer* e della sua inesauribile capacità di far loro del male. Nel tentativo di calmare il proprio compagno, la donna si mostra arrendevole e manipolatrice, in modo da ottenere clemenza ed evitare ulteriori percosse. Durante l'episodio di violenza, ciò che conta, per lei, è sfuggire alla morte; quando questo è passato, l'importante è far sì che il *partner* non si arrabbi di nuovo. Come un prigioniero in un campo di concentramento, la *battered woman* concentra tutte le sue energie nel tentativo di sopravvivere ed arriva, a tale scopo, a modificare il proprio comportamento e le proprie reazioni istintive⁴⁹, controllando, ad esempio, il proprio ritmo respiratorio, o soffocando i lamenti di dolore quando viene picchiata, per mitigare la severità degli abusi. Tuttavia, ella non appare assolutamente in grado di pianificare una fuga, né, addirittura, di *pensare* ad una simile eventualità. Immediatamente dopo l'episodio di violenza, ella reagisce rinchiudendosi in se stessa ed eliminando ogni contatto con l'esterno, in preda al terrore ed alla sensazione di impotenza. Nei primi tempi della relazione, la *battered woman* tende a sottovalutare la gravità degli abusi inflitti e nutre l'irreale speranza che il comportamento del *batterer* finirà per migliorare. In seguito, però, man mano che le violenze aumentano in frequenza e gravità, la sua capacità di percepire le vie di uscita diminuisce, sino a che anche quelle soluzioni che appaiono ancora disponibili, le sembrano troppo pericolose e vengono scartate. D'altra parte, tali percezioni corrispondono, di solito, alla realtà: le donne che tentano di fuggire sono spesso riacciuffate dal marito e picchiate con violenza ancor maggiore, quando non addirittura uccise⁵⁰; quelle che ricorrono alle "istituzioni" (la polizia ed il servizio sociale, ma anche la famiglia e gli amici: si pensi alle numerose ed altrettanto inutili denunce presentate da Lucia Vallarin, nei confronti del marito, ai Carabinieri di San Bonifacio). Senza contare che "l'aguzzino domestico", non di rado, di fronte alla volontà di separarsi manifestata dalla moglie, reagisce infliggendo maltrattamenti ulteriori e più violenti (caso Peruffo) o pronunciando minacce di morte.

c) Il quesito che sorge è allora fondamentale: occorre stabilire, cioè, se la *battered woman* sia veramente costretta alla reazione letale. L'equiparazione, cara alla giurisprudenza statunitense, tra le vicende della donna maltrattata e quelle dell'ostaggio, del carcerato o del prigioniero di un campo di concentramento può risultare, infatti, scarsamente comprensibile all'osservatore atecnico e profano (ossia all'*average layman*, che rappresenta l'uomo comune, l' "uomo della strada") Ed infatti, le *battered women* conservano, apparentemente, due alternative: il ricorso alla polizia (o, più in generale, al sistema della giustizia) e la fuga dalla relazione.

Per quanto riguarda, in particolare, l'ordinamento nordamericano, si rileva come, ad un'analisi meno superficiale, entrambe le soluzioni risultino, in realtà, difficilmente praticabili⁵¹.

⁴⁹. WALKER-BROWNE, *Gender and victimization by intimates*, *Journal of Personality*, 1985, 179.

⁵⁰. Il momento in cui la donna si prepara a lasciare il *batterer* è, probabilmente, il più pericoloso di tutta la relazione. Il timore di essere abbandonato è tale che l'uomo "preferisce uccidere (la sua compagna) piuttosto che lasciarla andare" (WALKER, *Beyond the juror's ken: battered women*, in *Vermont L. Rev.*, 1982, 12). In Italia, si ricordi quanto emerso nel caso Torelli: nel 1985, mentre la famiglia Torelli si trovava ancora in Corsica, le tre donne, per sfuggire ad un'ennesima violenza, si fecero accompagnare da Edoardo Di Pietro, un amico di Dalmarino, alla partenza del traghetto per la Toscana, con l'intenzione di recarsi a Prato, da parenti della madre. Ma, come racconta il Di Pietro, la fuga era durata poco: moglie figlie erano state "convinte" a rientrare in seguito ad alcune telefonate del Torelli, che minacciava, nel caso in cui non fossero tornate immediatamente, di fare una strage. (v. Assise Teramo, 13 ottobre 1995, cit., 34-35).

⁵¹. Come si è accennato nel testo, la trattazione che segue si riferisce, per la maggior parte, alla situazione nordamericana, in cui il fenomeno del *battering*, maggiormente esteso o, forse, solo maggiormente visibile, ha dato luogo a numerosi studi e ricerche comportamentali. A tale

α) Dal primo punto di vista, si osserva come, nonostante la gravità e l'estensione del problema del "battering", la risposta dell'ordinamento risulti, per contro, del tutto insufficiente. Essa riflette, in parte, le concezioni tradizionali di un sistema che, per lungo tempo, ha riconosciuto al marito il diritto di "punire moderatamente" ("*right of moderate chastisement*"⁵²) la moglie, purché egli usasse "un bastone non più grosso del proprio pollice"⁵³; in parte, essa esprime l'atteggiamento ambivalente di questa società di fronte al fenomeno dei maltrattamenti in famiglia. Se, da un lato, il comportamento del *batterer* è spesso considerato assolutamente accettabile e normale, dall'altro, la sua compagna viene frequentemente bollata con il marchio infamante di "*battered woman*" e ritenuta responsabile della violenze che il *partner* le infligge, per aver "provocato" o "esasperato" l'uomo, o, addirittura, perché desiderosa di essere malmenata⁵⁴.

β) Il contatto iniziale della *battered woman* con il sistema della giustizia penale avviene tramite la polizia ed ha risultati per lo più fallimentari: la polizia vanta infatti, in questo campo, una lunga tradizione di inefficienza, che è spesso il frutto di una scelta "politica" ben precisa. Le ragioni di un simile atteggiamento sono assai numerose e differenti. Al primo posto si colloca, di certo, il timore degli agenti di essere gravemente feriti o uccisi: contrariamente alle apparenze, gli interventi volti a sedare le liti domestiche sono spesso assai pericolosi, poiché, come dimostrano le statistiche, circa 1/3 delle aggressioni o degli omicidi ai danni di poliziotti si verificano in tali occasioni⁵⁵. Gli agenti sono poi specificamente addestrati ad evitare gli arresti non necessari (categoria nella quale rientra, solitamente, l'arresto del *batterer*⁵⁶) ed a tentare, piuttosto, di comporre la disputa, mediando tra le parti⁵⁷. A ciò si aggiungono i soliti pregiudizi che, come molti altri americani⁵⁸, anche i

proposito va rammentato che, in Italia, "l'interesse degli studiosi si è più frequentemente appuntato sui maltrattamenti e sugli abusi ai danni dell'infanzia o sulle violenze di natura specificamente sessuale"; pertanto, "a differenza di quanto è avvenuto nei paesi del nord dell'Europa e negli Stati Uniti", "le ricerche e gli studi teorici...sul maltrattamento delle donne in ambito familiare sono poco numerosi" (FAVRETTO, *Il disordine regolato*, cit., 100-101). Sin dall'inizio, infatti, "diversamente da quanto accadde in Inghilterra, dove il primo Movimento femminista pose l'accento sulla violenza in ambito familiare e sullo sfruttamento sessuale delle donne, il Movimento delle donne italiane di inizio secolo si mostrò particolarmente restio a toccare temi che più da vicino riguardavano il sistema dei rapporti di genere" (TERRAGNI, *Le definizioni di violenza*, cit., 33). Sul punto v. anche PITCH, *Un diritto per due*, 1998, 141, che rileva come in Italia, la violenza domestica "non è stata, e non è oggetto di una campagna politica ad hoc, né chi l'ha subita o lavora o riflette attorno ad essa costituisce un 'movimento'".

⁵². V. BLACKSTONE, *Commentaries on the law of England, 1765-1769*, 444 ss.

⁵³. "A stick no thicker than his thumb".

⁵⁴. Cfr. SCHNEIDER, *Equal rights*, cit., 629. Secondo WALKER, *The Battered woman*, cit., 18 ss., questi sarebbero i pregiudizi o i "miti" che a società più frequentemente manifesta nei confronti delle *battered women*: 1) Le *battered women* sono masochiste. 2) Le *battered women* sono pazze. 3) La fede religiosa dovrebbe impedire il verificarsi di questi fenomeni. 4) Le *battered women* sono ignoranti e prive di capacità professionali. 5) I maltrattamenti sono provocati dall'abuso di alcool. 6) La polizia è in grado di proteggere le *battered women* dai loro *abusive partners*. 7) Se la relazione si protrae nel tempo, questi fenomeni, alla fine, scompariranno. 8) Le *battered women* si meritano di essere picchiate. 9) Le *battered women* possono sempre andarsene di casa.

⁵⁵. Cfr. STEPHENS, *Domestic assault: the police response*, in *Battered women: a psychological study of domestic violence*, 1977, 164.

⁵⁶. Oppure, il *batterer* viene sì arrestato, ma, dopo pochissimo tempo, viene rilasciato: cfr., sul punto, il caso "Norman".

⁵⁷. SCHECHTER, in *Women and male violence*, 1982, 157, riporta queste indicazioni, tratte dal manuale di addestramento dell'Accademia di Polizia del Michigan: 1. Evitare l'arresto, quando ciò sia possibile. Fare leva sulla vanità della donna. 2. Spiegare la procedura da seguire per ottenere un provvedimento restrittivo della libertà nei confronti dell'uomo: a) la donna deve firmare la denuncia; b) la donna deve presentarsi in tribunale. 3. Sottolineare il costo, in termini economici e di tempo, di tale procedimento. 4. Dichiarare che il vostro unico interesse è quello di evitare

poliziotti nutrono nei confronti delle donne maltrattate assieme all'idea, mai del tutto abbandonata, secondo cui il marito avrebbe il "naturale" diritto di picchiare la moglie e questi incidenti non sarebbero altro che meri "affari di famiglia", da risolversi in privato, tra le quattro mura domestiche.

γ) Altrettanto infelice può dirsi il rapporto delle *battered women* con la magistratura: questa si è spesso rifiutata di perseguire seriamente e di punire in modo adeguato gli autori delle violenze e degli abusi domestici. Da un lato, i pubblici ministeri non si mostrano eccessivamente interessati all'idea di procedere nei confronti dei *batterers*: sia perché questi casi presentano, di solito, problemi probatori piuttosto complicati, data la facilità con cui la donna cambia idea e si rifiuta di testimoniare o di comparire in tribunale, sia perché, anche dove si arrivi al processo, le *chances* di ottenere una sentenza di condanna (o, quanto meno, un provvedimento temporaneo, restrittivo della libertà personale) appaiono, purtroppo, assai limitate. Non ci si deve quindi stupire se, da statistiche recenti⁵⁹, emerge che soltanto l'1% delle denunce per maltrattamenti supera la soglia del tribunale. I giudici, da parte loro, tendono a sottovalutare la gravità del pericolo che il *batterer* rappresenta per la donna ed a respingere le richieste di "*orders*", ossia di provvedimenti restrittivi della libertà nei confronti di quest'ultimo⁶⁰. Sia i giudici che i pubblici ministeri, infine, sono soliti fare pressione sui contendenti in modo da ottenerne la riconciliazione e, al sacro scopo di mantenere intatta la fragile monade familiare, essi giungono, addirittura, a ritardare di proposito la fissazione dei procedimenti, per concedere paternalisticamente alle parti il tempo di "calmarsi" ("*cooling off*")⁶¹. Ora, benché il quadro generale appaia sconsolante, stante le ridotte probabilità che il *batterer* venga condannato per "*aggravated assault*"⁶², maggiore fortuna, si osserva, potrebbe incontrare una richiesta volta ad ottenere, dal magistrato, un semplice "*order*", ossia un provvedimento solo temporaneamente restrittivo della libertà personale dell'imputato. Purtroppo, anche la legislazione degli *orders*, che il giudice può emettere nei confronti del *batterer* per la tutela della sicurezza e dell'integrità fisica della donna, si è dimostrata, in questo campo, altamente ineffettiva. Ad esempio, il "*temporary restraining order*", con cui si impone al marito violento di stare lontano dalla moglie e di cessare il comportamento aggressivo, può essere ottenuto solo presentando congiuntamente una domanda di divorzio: restano così prive di tutela le *battered wives* che non intendano divorziare e le donne che

turbative dell'ordine pubblico. 5. Spiegare che le decisioni del giudice sono influenzate dal tempo che questi ha a disposizione. 6. Suggestire alla donna di aspettare: a) il tribunale non è in sessione; b) non ci sono giudici disponibili. 7. Non essere troppi duri o critici.

⁵⁸. Secondo uno studio condotto da STRAUS, GELLES e STEINMETZ (*Behind closed doors: violence in american family*, 1980, 47) il 28% degli uomini americani (e ben il 23% delle donne!) ritengono che "mollare un po' di ceffoni alla propria moglie" ("*slapping her around*") rappresenti un comportamento del tutto normale.

⁵⁹. Riportate da GILLESPIE, *Justifiable homicide: battered women, self-defense and the law*, 1989, 142.

⁶⁰. Nel 1986 un giudice del Massachusetts respinse la richiesta di una donna, volta ad ottenere un "*restraining order*" a carico del marito che l'aveva picchiata, soffocata e minacciata di morte, dichiarando che, con tale istanza, ella stava facendo perdere alla corte del tempo prezioso, quando "questa aveva tante altre questioni, molto più importanti, da risolvere". La donna aveva allora chiesto che gli agenti la accompagnassero nell'appartamento dove ella viveva con il marito e che la proteggessero mentre faceva i bagagli; ma il giudice si rifiutò di autorizzare una simile richiesta, pronunciando queste parole: "lei non ha bisogno della polizia...vada a casa e si comporti da adulta". Meno di un mese dopo, la donna fu rinvenuta morta: il marito, dopo averla prima ferita con un colpo di arma da fuoco e poi con un pugnale, l'aveva, infine, uccisa strangolandola (MCNAMARA, *Judge criticized after woman's death*, *Boston Globe*, 21 settembre 1986, *Metro Section*, 1).

⁶¹. SCHECHTER, op. cit., 160.

⁶². Letteralmente, "aggressione aggravata": secondo il *Black's Law Dictionary*, "una persona è responsabile di *aggravated assault* se: a) tenta di ledere un'altra persona o con colpa grave, ossia in circostanze che dimostrano la sua estrema indifferenza per il valore della vita umana; b) tenta di ledere o lede un'altra persona, volontariamente o consapevolmente, facendo uso di un'arma mortale".

non sono sposate con il loro *batterer*. Più complicato, ma egualmente infruttuoso, è il funzionamento del cosiddetto "*protective order*": l'inosservanza di tale provvedimento, di contenuto analogo al precedente, attribuisce alla donna il diritto di ottenere l'intervento della polizia e, dietro esibizione dell'*order*, l'immediato arresto dell'uomo. Ma, come si vede chiaramente, anche questo provvedimento possiede un'efficacia limitata: operando soltanto *dopo* che la violenza si è verificata, esso rappresenta uno strumento tardivo ed inutile, contrapposto alla reale furia del *batterer*⁶³.

δ) In Italia, il disegno n. 2675/S, presentato al Senato il 18 luglio 1997, prevede la possibilità di adottare, nei confronti del soggetto indiziato quale autore di violenze domestiche (fermi i presupposti generali di applicabilità delle misure di cui agli artt. 272-279 c.p.p. e le condizioni di applicabilità delle misure coercitive), la misura cautelare dell' "allontanamento dalla casa familiare".

Il contenuto della misura consiste nell'obbligo di lasciare immediatamente la casa familiare ovvero, qualora l'imputato si trovi in arresto o comunque in un luogo diverso dal domicilio domestico, nel divieto di farvi ritorno; l'accesso dell'imputato alla casa familiare (resosi necessario, ad esempio, per recuperare gli effetti personali, gli attrezzi o le strumentazioni necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa) può avvenire solo previa autorizzazione del giudice. Il giudice può inoltre prescrivere all'imputato di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa (a meno che l'imputato non vi si debba recare per esigenze lavorative), in particolare al luogo di lavoro ed al domicilio della famiglia di origine, o al domicilio di prossimi congiunti o di altre persone, eventualmente indicate dalla persona offesa. Quest'ultima previsione è stata aggiunta, osserva la Relazione al disegno di legge, "allo scopo di rendere efficace il divieto con riferimento a tutti i luoghi effettivamente frequentati dalla moglie e dalla convivente, e allo scopo di evitare quella penosa persecuzione che spesso viene posta in essere dal familiare violento⁶⁴". La domanda di allontanamento può però essere presentata anche al giudice civile: l'adozione del provvedimento è subordinata alla presenza di un "grave pregiudizio per l'integrità psicofisica e la libertà dell'altro coniuge o convivente". In questo caso, trattandosi cioè di una misura che prescinde dall'accertamento dei presupposti necessari all'applicazione di una misura cautelare (*in primis*, la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine alla realizzazione di un reato), il giudice civile (il Tribunale) agirà con più ampia "libertà di manovra", potendo emanare l'ordine di allontanamento in base a comportamenti che, sebbene specifici e concreti, non necessariamente costituiscono già condotte penalmente rilevanti.

Dunque, le nuove disposizioni attribuiscono alla donna la facoltà di scegliere: "o farà valere una vera e propria pretesa punitiva denunciando l'autore di violenza in sede penale e sollecitando al pubblico ministero l'adozione di una misura cautelare tipica; ma se – come spesso accade – il suo obiettivo è piuttosto quello di conseguire un'utilità pratica, cioè l'allontanamento del marito o del convivente, ...potrà ottenere le stesse utilità anche con un'azione civilistica⁶⁵". L'entrata in vigore

⁶³. Sul problema dell'efficacia degli *orders* v. STEEL-SIGMAN, *Reexamining the doctrine of self-defense to accomodate battered women*, in *American J. Criminal L.*, 1991, 169.

⁶⁴. Da *Relazione al disegno di legge n. 2675/S*, cit., 3.

⁶⁵. *Relazione al disegno di legge n. 2675/S*, cit., 2. Purtroppo, la facoltà, attribuita alla donna dai lavori preliminari, di scegliere tra l'azione civile e la via penale, in funzione della "scarsa propensione" (della donna) "a denunciare penalmente l'autore di maltrattamento, soprattutto quando fosse l'unica fonte di reddito del nucleo" è venuta meno con l'introduzione, nel prosieguo dei lavori preparatori, all'art. 342 bis c.p.c., di "un requisito negativo, secondo il quale il giudice civile può adottare l'ordine di protezione 'qualora il fatto non costituisca reato perseguibile d'ufficio'. Ma in tal caso il più veloce ricorso alla tutela civilistica è preclusa proprio nei casi più gravi, poiché il requisito del 'grave pregiudizio' subito è difficilmente compatibile con la opposta esigenza di evitare che il giudice civile ravvisi nei fatti esposti dei reati perseguibili d'ufficio e dunque neghi il rilascio del provvedimento" (così VIRGILIO, *Sistemi legali comparati. Violenza in ambito domestico o familiare (Italia)*, in *Revista penal*, 2002, 212-215). Il delitto di maltrattamenti, infatti, a differenza dei reati che esso "assorbe" (ossia i delitti di ingiuria, percosse, minacce; concorrono con la fattispecie di cui all'art. 572 c.p., invece, le lesioni dolose e le altre fattispecie

di tale normativa, il cui contenuto è stato trasfuso nella legge 4 aprile 2001, n. 154⁶⁶, è troppo recente perché se ne possa effettuare una valutazione in termini di efficacia; tuttavia, la presenza di un "doppio binario", penale o civile (quest'ultimo procedimento, svolgendosi in camera di consiglio, dovrebbe rivelarsi particolarmente agile; il provvedimento che – si spera – vi sarà rapidamente emanato risulta inoltre immediatamente esecutivo) sembrerebbe garantire alla donna maltrattata, sempre che giunga al punto di rivolgersi alle istituzioni, una tutela più ampia e tempestiva.

Da questo punto di vista (ossia, dal punto di vista delle soluzioni giuridiche teoricamente disponibili) la posizione della *battered woman* negli Stati Uniti, rispetto alla situazione italiana, appare forse ancora più critica.

ε) Ma vi è un'altra domanda, che, nel nostro ordinamento, si profila nella mente del giudice e che, nel sistema di *common law*, l'*average layman*, l'uomo medio, si pone. Tale domanda ruota intorno al *perché* la donna maltrattata, nonostante le violenze, rimanga al fianco del suo aguzzino. La questione è, in realtà, più complicata di quanto non appaia; le perplessità sorgono, addirittura, già in relazione all'*opportunità* di una simile domanda. E' abbastanza curioso, si è detto, che, sebbene la *battered woman* sia imputata dell'omicidio del *partner* e non, invece, del suo mancato abbandono, i vari Autori che hanno tentato di spiegarne il comportamento si siano principalmente preoccupati di rispondere alla domanda "perché la donna non se n'è andata?" In fondo, ad infrangere la legge, a violare ogni regola morale e sociale è stato il *batterer*; per questo motivo, il modo più corretto di affrontare il problema sarebbe forse quello di domandarsi "Perché la donna se ne doveva andare?"⁶⁷.

Tuttavia, ad un'analisi più approfondita, la spiegazione del perché la donna rimanga appare necessaria. La questione rappresenta, invero, quantomeno per i giurati americani, un "punto fondamentale, un punto limite"⁶⁸. In *primo* luogo, poiché essi potrebbero dubitare della reale gravità dei maltrattamenti subiti: il fatto che la donna sia rimasta dimostrerebbe, al contrario, che gli abusi denunciati non erano poi così severi. Il *secondo* pericolo è che la giuria si rifiuti di considerare giustificata l'uccisione del marito, quando la donna, con il semplice fatto di andarsene, avrebbe evitato la fatale conclusione. I giurati potrebbero avere infatti l'impressione che "ella, rimanendo, si sia assunta, in un certo senso, il rischio di tale morte"⁶⁹. Pertanto, la spiegazione del perché la *battered woman* non se ne sia andata diviene, per loro, quanto mai necessaria. Ora, la scelta di abbandonare la relazione appare assai difficile (sia a livello teorico, di ideazione, sia a livello pratico, di attuazione concreta), estremamente pericolosa (il *batterer*, terrorizzato dall'idea dell'abbandono, diventa, in questa fase, ancor più aggressivo e violento e, alternativamente, minaccia di uccidersi o di uccidere la donna) e, solitamente, di assoluta inutilità: secondo un'analisi condotta da Moore⁷⁰, il 50% delle *battered women* intervistate aveva dichiarato che, dopo la separazione, il *partner* non aveva cessato di seguirle, minacciarle ed aggredirle.

Arrivati a questo punto, però, si rende necessaria una precisazione. E' chiaro che gli ostacoli e le barriere psicologiche che impediscono alla donna di troncare la relazione non sono equiparabili, sotto un profilo "materiale", alle mura di una cella in cui un ostaggio è rinchiuso. Come si è rilevato a proposito di Judy Norman (ma queste stesse osservazioni valgono, in generale, per tutte le altre

poste a tutela di beni giuridici diversi, come la violenza sessuale o la violenza privata), è procedibile d'ufficio.

⁶⁶. La legge n. 154 del 2001 ha modificato: 1) il codice di procedura penale, allegando un secondo comma all'art. 291 ed inserendo il nuovo art. 282 bis; 2) il codice civile, prevedendo, nel Libro I, il titolo IX bis, dedicato agli "Ordini di protezione contro gli abusi familiari" e contenente i nuovi artt. 342 bis e ter; 3) il codice di procedura civile, aggiungendo, al titolo III del Libro IV, il capo V bis, con la disposizione di cui all'art. 736 bis.

⁶⁷. BROWNE, *When battered women kill*, 1987, 110.

⁶⁸. "A threshold issue", SCHNEIDER, *Describing*, cit., 211.

⁶⁹. SCHNEIDER, op. loc., ult. cit.

⁷⁰. MOORE, *Battered women*, 1979.

donne maltrattate), la donna "non era, di certo, completamente prigioniera". Mrs. Norman (al pari di Kelly e delle protagoniste dei casi italiani) aveva di fronte a sé un'alternativa, per quanto rischiosa, all'eliminazione del marito: "ella avrebbe potuto allontanarsi furtivamente dalla città, nascondere la sua identità e fuggire in Alaska per rifarsi una vita⁷¹". Quindi, si potrebbe obiettare, in questo caso l'uccisione del *batterer* non era completamente necessaria. Tuttavia, l'argomento prova troppo e, soprattutto, si fonda su premesse errate.

Questa "falsa assunzione" e concerne la misura degli adempimenti cui il soggetto sarebbe tenuto *prima* di poter reagire in *self-defense* e *affinché* tale reazione divenga effettivamente necessaria. Al pari di Mrs. Norman, anche le altre donne maltrattate, si obietta, avrebbero potuto fuggire di nascosto in qualche luogo remoto, cambiare nome e vivere in pace per il resto dei loro giorni. "Se la società avesse imposto (loro) di agire in questo modo, il risultato finale sarebbe stato, molto probabilmente, un cadavere in meno". Ma "la semplice risposta a tale osservazione è che la società non pretende ora, né ha mai preteso, che delle persone completamente innocenti adottino un simile comportamento...Anche dove sussiste - ed è abbastanza infrequente - un obbligo di ritirarsi", il soggetto che ne sia gravato "dovrà soltanto spostarsi in un luogo che gli garantisca una temporanea sicurezza. La rinuncia all'identità personale e familiare non è (e non può essere) richiesta⁷²".

Ma vediamo dunque, più dettagliatamente, le difficoltà pratiche che la *battered woman* che intenda lasciare l'*abusive partner* deve affrontare.

Il *primo* degli ostacoli che si frappongono alla sua fuga è dato, fondamentale, dall'assenza di un luogo sicuro dove andare. I cosiddetti "rifugi per donne maltrattate" non sono stati istituiti in tutte le città e mancano completamente nelle campagne; essi risultano, poi, frequentemente sovraffollati e, in ogni caso, la donna che vi trovi posto non può rimanervi, di solito, per un periodo superiore a sei mesi. Questi istituti non rappresentano, quindi, che una soluzione provvisoria e di breve termine. L'isolamento sociale ed affettivo che l'uomo ha imposto alla sua compagna (e che ella volontariamente accetta, cercando, in tal modo, di nascondere a tutti il fatto "umiliante" di essere "*battered*"⁷³) impedisce alla donna di rifugiarsi presso i parenti o presso gli amici; e, comunque, anche dove ciò le sia ancora possibile, il timore di esporre persone a lei care al rischio delle ritorsioni del *batterer*, unito al fatto che questo sarebbe il primo posto in cui l'uomo la andrebbe a cercare, la inducono a scartare tale alternativa. La questione si complica, poi, ulteriormente qualora la donna dipenda economicamente dal marito⁷⁴; tuttavia, le difficoltà non

⁷¹. Richard ROSEN, *On self-defense, imminence, and women who kill their batterers*, cit., 396.

⁷². Richard ROSEN, op. cit., 396-397.

⁷³. Sul punto v. WALKER, *Beyond the juror's ken*, cit., 11.

⁷⁴. Per quanto riguarda le vittime italiane del fenomeno del *battering*, ADAMI (*Violenza sessuale e relazioni violente. Le rilevazioni nei servizi con orientamento di genere*, in *Libertà femminile e violenza sulle donne*, cit., 116-118), esaminando i dati raccolti tra il 1997 ed il 1999 dai Centri antiviolenza dell'Emilia Romagna e delle città di Milano, Venezia, Palermo, osserva che la maggior parte delle donne che si sono rivolte ai Centri "svolge un lavoro di basso profilo: l'operaia non qualificata, l'ausiliaria e/o addetta all'assistenza, la domestica, la cameriera. Si tratta di occupazioni a professionalità bassa e piuttosto generica, che riguardano segmenti di mercato da cui è facile essere espulse, e di cui le donne poco scolarizzate fanno parte. Inoltre un terzo delle utenti si dichiara disoccupata o con un lavoro saltuario o in nero... Questi dati confermano la percezione delle operatrici dei Centri: la debolezza sul mercato del lavoro circuita con la debolezza relazionale delle donne, fa parte del circolo vizioso che porta alla mancanza di autostima". L'assenza di un'autonomia economica reale "incide notevolmente sulla capacità di programmare e decidere l'uscita da una situazione di violenza, o almeno incide fortemente sulle capacità della donna di percepire le vie d'uscita realistiche. In parte, dunque, si tratta di vittime del *male breadwinner regime*, ovvero della norma sociale che prevede il partner maschile della coppia come responsabile principale del sostentamento della famiglia".

mancono persino nell'ipotesi inversa, nel caso in cui ella svolga un'attività professionale: spesso, infatti, l'uomo la segue fin sul posto di lavoro e, pure lì, non cessa di minacciarla e di aggredirla.

I *problemi più gravi* sorgono, però, in presenza di bambini. Se la *battered woman* se ne va senza prenderli con sé, rischia di essere denunciata per "*disertion*" (cioè, per violazione degli obblighi di assistenza familiare) e di perderne successivamente, in sede di divorzio, il diritto alla custodia⁷⁵. Se la donna decide, invece, di non lasciarli con il *batterer*, ella rischia di distruggere la loro vita e di coinvolgerli nelle vendette che l'uomo cercherà di perpetrare⁷⁶. Si pensi, ad esempio, alle difficoltà che nascono ove i figli siano in età scolare: la donna dovrà, infatti, scegliere se nasconderli in casa per proteggerli dal padre, danneggiando, però, in questo modo, la loro educazione, oppure mandarli a scuola, con il rischio che il padre li trovi e li rapisca o, peggio, faccia loro del male.

Ad impedire la fuga, non sono tuttavia le sole difficoltà esterne, i fattori pratici o materiali; più che da "barriere tangibili", le *battered women* appaiono imprigionate nella relazione abusiva a causa dei "*meccanismi psicologici e interni*"⁷⁷ che le legano al compagno. A differenza di quanto infatti avviene per il detenuto, per l'ostaggio, per l'internato in un campo di prigionia, queste donne risultano unite al loro aguzzino da un forte vincolo affettivo, da una relazione sentimentale di lunga data che, quantomeno all'inizio, non presenta un carattere violento. Al contrario, negli ostaggi, nelle persone vittime di sequestri o a lungo private della libertà, il legame emotivo con il terrorista o il sequestratore si sviluppa, come manifestazione estrema dell'istinto di conservazione, proprio a causa del costante (e spesso doloroso) contatto con il carceriere, ma *non* preesiste allo stato di prigionia⁷⁸.

Il più noto di questi meccanismi prende il nome di "*battered woman syndrome*"⁷⁹. Con questo termine la dottrina è solita indicare quell'insieme di modificazioni psicologiche che si verificano in una donna⁸⁰ che sia stata per lungo tempo sottoposta a ripetuti abusi fisici e mentali.

⁷⁵. Non è affatto raro che, anche in assenza di una "*disertion*", il giudice preferisca affidare i figli al *batterer* invece che alla donna. Nello stabilire quale genitore avrà diritto alla custodia, il giudice non attribuisce alcun peso alle violenze che l'uomo abbia inflitto alla sola moglie, in mancanza di prove che dimostrino che il marito abbia abusato anche dei bambini. Se, poi, risulta che l'uomo, contrariamente alla donna, possiede una fissa dimora ed un lavoro stabile, è molto più probabile che i figli vengano affidati a lui e non alla madre.

⁷⁶. Cfr., sul punto, VENTIMIGLIA, *Nelle segrete stanze*, cit., 96-97: "Quando i figli non sono resi complici dai padri, sono essi stessi testimoni e vittime della loro violenza... Testimoni terrorizzati. Ed essi stessi bersaglio di violenze". Sull' *estensione della violenza dalla donna ad altri soggetti*, v. inoltre ADAMI, *Violenza sessuale e relazioni violente*, in *Libertà femminile e violenza sulle donne*, cit., 120 ss. Da ultimo, si rammentino le "furibonde sfuriate" del Torelli, descritte dalla sorella durante il periodo del soggiorno in Germania (1972), "cui erano costrette ad assistere...le piccolissime figlie del Torelli, che reagivano piangendo e tremando" (Assise Teramo, 13 ottobre 1995, cit., 33).

⁷⁷. COUGHLIN, *Excusing women*, in *California L. Rev.*, 1994, 54 (corsi nostri).

⁷⁸. Oltre alla ormai notissima "Sindrome di Stoccolma", tra i meccanismi di difesa che, in situazioni simili, le persone tendono a sviluppare, vi è anche il cosiddetto "infantilismo psichico da trauma" ("*traumatic infantilism*"), una forma di regressione psichica che porta chi ne è colpito a tralasciare i comportamenti da "adulti" e a ripiegare, invece, sulle tecniche di sopravvivenza apprese durante l'infanzia, quali, ad esempio, il mostrarsi tranquillo, obbediente e sottomesso (così SYMONDS, *Victims responses to terror*, in WRIGHT, BAHN, REIBEN, *Forensic Psychology and Psychiatry*, 1980, 129).

⁷⁹. La descrizione dei sintomi della sindrome, l'esposizione della teoria della "violenza ciclica" e dell' "impotenza appresa" è stata effettuata sulla base dei già citati lavori di Leonore WALKER. Si rilevi come tali sintomi appaiono perfettamente corrispondenti a quelli presentati, nel caso italiano "Torelli", dalla giovane imputata. Sulla "sindrome della donna maltrattata" e le fasi cicliche della violenza, v. inoltre, per l'Italia, GIANNINI, *La violenza domestica ed i cicli della violenza*, 173-177.

⁸⁰. Il termine "donna" è qui utilizzato in maniera puramente indicativa. Poiché il fenomeno del *battering* è, teoricamente, riscontrabile in ogni genere di relazione, la sindrome può svilupparsi nell'ambito di un rapporto genitori-figli (maschi) - v., in proposito, il clamoroso caso "Jahnke", P. 2d, 1984, 991, in cui l'imputato, un sedicenne, dopo quattordici anni di abusi fisici e mentali, aveva

Tra i sintomi più evidenti di tale sindrome, che fa parte della più generale categoria dei "disturbi da stress post-traumatico" ("*Post Traumatic Stress Disorder*", o P.T.S.D.), si registrano disturbi di tipo cognitivo, sintomi di elevata eccitabilità e di grande rimozione. I disturbi cognitivi colpiscono per lo più le facoltà mnemoniche: si rileva sia l'improvviso insorgere di ricordi non collegati né alla situazione né a determinati stimoli esterni, sia delle vere e proprie perdite di memoria. Le *battered women* che sono state maltrattate in più relazioni e da soggetti diversi confondono spesso gli abusi precedenti con le esperienze attuali e, soffrendo di *flashbacks*, tendono a ri-sperimentare le sofferenze passate e a ritenere il pericolo presente maggiore di quanto, in realtà, non sia. Queste donne appaiono, poi, estremamente ansiose, nervose ed eccitabili, ipersensibili ed attentissime ad ogni segnale minaccioso proveniente dal *batterer*. La lunga frequentazione dell'uomo le ha rese in grado di decifrare ogni più piccolo indizio, ogni cambiamento, anche minimo, nel suo comportamento che possa rivelare l'imminenza e "la probabile gravità di ogni aggressione"⁸¹. Ad esempio, la donna sa benissimo che una certa luce negli occhi del *partner*, una certa litania di parole, una determinata sequenza di spinte, colpi e sberle indicano chiaramente che il peggio sta per arrivare. Le *battered women* sono talvolta affette da fobie, disturbi del sonno e dell'alimentazione, risultano eccessivamente impulsive ed incapaci di fare programmi a lungo termine. In particolare, quelle di loro che si ritengono le uniche responsabili della "cattiva condotta" del *batterer* e, di conseguenza, anche le uniche in grado di calmarlo, manifestano, inoltre, una serie di pensieri ossessivi ed irreali, insieme a comportamenti di natura compulsiva. Ma il sintomo più evidente della presenza della sindrome è rappresentato dalla "negazione". Per sfuggire al confronto con la realtà, la donna utilizza una serie di meccanismi difensivi quali il rifiuto, la rimozione e la tendenza a minimizzare la gravità degli abusi; allo stesso tempo, ella diviene progressivamente sempre più isolata, cessando di interessarsi alle attività che un tempo amava e di frequentare i posti che le piacevano (ma che il *batterer* disapprova). La *battered woman* può apparire, dall'esterno, fieramente leale nei confronti del compagno. Tuttavia, il suo comportamento mira solo ad evitare gli imprevedibili accessi di rabbia dell'uomo: infatti, una volta sola e al sicuro, la donna ammette con maggiore facilità i suoi sentimenti di paura e di frustrazione.

Il cuore dell'analisi della "*battered woman syndrome*", dal quale dovrebbe scaturire non solo la spiegazione (psicologica) del perché la donna non se ne vada ma, anche e soprattutto, del perché, ad un certo punto, ella uccida il *batterer*, è rappresentato dalla "teoria ciclica della violenza" ("*cycle theory of violence*") e dalla nozione di "impotenza appresa" ("*learned helplessness*").

1. Secondo la "teoria ciclica della violenza", elaborata da Leonore *Walker*, i maltrattamenti inflitti dal *batterer* seguono uno schema costante, articolato in tre fasi. La prima fase, di "creazione della tensione" (o di "*tension building*") si caratterizza per una serie di piccoli episodi di violenza che vanno, però, progressivamente aggravandosi con l'aumentare della tensione. La donna rimane passiva o, tutt'al più, tenta di calmare l'uomo o di ridurre la gravità delle conseguenze delle sue azioni. Tuttavia, quando ella realizza di avere perso il controllo della situazione, consumata dallo stress e dalla fatica, si rinchioda in se stessa, cercando solo di evitare ogni comportamento che possa irritare il *partner*. Ma ogni tentativo è inutile; l'uomo, che percepisce la paura della compagna, si fa sempre più aggressivo, finché la tensione, che, per tutta la fase precedente, è andata crescendo, esplose incontrollabile e si verifica un episodio di violenza grave (l'"*acute battering incident*"), in cui la donna viene selvaggiamente picchiata: questa seconda fase ha, solitamente, una durata assai breve⁸². Una volta che l'*acute battering incident* si è concluso, inizia il terzo ed ultimo stadio del

sparato e ucciso il padre-aguzzino -, in una coppia omosessuale e, addirittura, tra compagni di stanza (v. WALKER, *Battered women syndrome and self-defense*, cit., 322 ss.).

⁸¹. "The likely extent of violence in any attack on her": New Jersey Supreme Court in "Kelly".

⁸². La rabbia esplose in maniera del tutto imprevedibile ed immotivata. Qualsiasi circostanza può fornire un pretesto per la violenza. Alcune delle donne intervistate da MARTIN (*Battered wives*, 1976, 46) avevano così spiegato il comportamento dell'uomo: "Una disse di essere stata spietatamente picchiata perché, mentre preparava la colazione del marito, aveva rotto il tuorlo del suo uovo. Un'altra raccontò di essere stata aggredita perché, alla festa di compleanno del

ciclo, la cosiddetta fase di "contrizione amorosa" ("*loving contrition*"). In questo periodo il *batterer* si mostra dispiaciuto e pieno di rimorsi per ciò che ha fatto; egli si scusa con la sua vittima e promette che non si comporterà mai più in quel modo. L'atteggiamento amorevole e sottomesso dell'uomo, insieme all'oggettivo sollievo che, dopo la lunga tensione e l'improvvisa violenza, la donna prova, la inducono a perdonare il *batterer* ed a rimanere con lui⁸³. Ma, di lì a poco, sia le promesse dell'uomo che le speranze della donna si dimostrano vane: la luna di miele finisce e ricomincia la *tension building phase*. Via via che il ciclo si ripete, la terza fase diventa sempre più breve, fino a sparire del tutto, mentre gli abusi aumentano in frequenza e gravità. In ogni *battering incident* la donna fronteggia, ormai, un pericolo mortale: ella arriva, così, a temere costantemente per la propria vita. Tale paura non l'abbandona mai, in nessuna delle fasi del ciclo; ma è solo nella terza che la donna, spinta dal "terrore accumulato" ("*cumulative terror*"), arriva ad uccidere. D'altronde, è questo l'unico momento in cui la *battered woman* può difendersi ed impedire il prossimo (e per lei) prevedibile attacco, che, ella ritiene, sarà quello mortale; al contrario, durante la fase di violenza "acuta", cioè quando la tradizionale *self-defense* le permetterebbe di reagire, ogni tentativo di resistere alla furia dell'uomo costituirebbe, in realtà, un tentativo di suicidio.

2. In un simile scenario, anche la spiegazione del perché la donna non fugga, abbandonando il *batterer* al suo destino, assume un significato del tutto differente. *Walker* utilizza, a questo proposito, il concetto di "*learned helplessness*", cioè di "impotenza appresa", che ella ricava dagli studi sulla depressione svolti da *Seligman*⁸⁴, docente in psicologia presso l'Università della Pennsylvania, mediante una serie di esperimenti sui cani. Durante gli esperimenti, gli animali erano tenuti in gabbia e sottoposti, di tanto in tanto, a scariche elettriche di tensione variabile. Dopo qualche tempo i cani si accorgevano di non poter sfuggire alle scariche, e di non essere in grado né di controllarle né di prevederne l'intensità; a questo punto, essi capivano di essere impotenti (svilupparono, cioè, una "*learned helplessness*") e, divenuti ormai passivi, rinunciavano alla fuga e cercavano solo più di ridurre il dolore. *Seligman* rilevò che i soggetti sottoposti a questo trattamento perdevano ogni capacità di vedere le alternative e le vie di fuga che i cani "normali", al loro posto, avrebbero immediatamente percepito e sfruttato: ad esempio, anche se la porta della gabbia era aperta, gli animali rimanevano accucciati sul fondo senza muoversi. Ora, *Walker* estende alle *battered women* i risultati delle ricerche fatte da *Seligman* sui cani, sostenendo che, al pari delle scosse elettriche, le ripetute ed incontrollabili violenze subite dalla donna provocano in lei *learned helplessness* e depressione e ne riducono la capacità di reagire. La *battered woman* apprende così di non poter controllare la situazione e di essere in completa balia della furia del *batterer*: ella diviene,

figlio, aveva detto al bambino di offrire il primo pezzo di torta ad un ospite e non al padre. Un'altra ancora fu picchiata perché la patente dell'uomo era stata sospesa. Altre donne riferirono queste ragioni: aver preparato per cena uno stufato e non delle bistecche; essersi legata i capelli in una coda di cavallo; aver criticato il disegno della tappezzeria.

⁸³. Questa terza fase è anche detta "di rinforzo", perché contribuisce a rafforzare la decisione della donna di non lasciare la relazione. Secondo altri Autori (GELLER, *Conjoint therapy: staff training and treatment of the abuser and the abused*, in *The abusive partner: an analysis of domestic battering*, 1982, 189) un comportamento (nel nostro caso, la scelta della donna di rimanere con il *batterer*) che viene rinforzato ad intervalli irregolari (il periodo felice della terza fase) risulta poi molto difficile da abbandonare o da modificare (teoria del cosiddetto "*intermittent reinforcement*"). Le *battered women*, infine, non si accorgono che il loro compagno segue, in realtà, un comportamento fortemente schematizzato; esse credono perciò che gli episodi di violenza siano del tutto imprevedibili, o, peggio, siano da loro provocati. Queste donne pensano che il vero lato della personalità del loro *partner* sia quello, amorevole e generoso, che emerge nella terza fase e ritengono che se solo riuscissero "a fare la cosa giusta", "ad essere come lui vuole" (v., in proposito, le parole di Madelyn Diaz, nell'omonimo caso riportato), la parte malvagia, lo spaventoso Mr. Hyde, allora scomparirebbe, lasciando solo l'adorato Dr. Jeckill.

⁸⁴. *Helplessness: on depression, development and death*, 1975. Per una feroce critica dell'opera di WALKER, accusata di aver divulgato solo quella parte delle scoperte di SELIGMAN che maggiormente si adattava alla sua teoria, v. COUGHLIN, *Excusing women*, cit., 77 ss.

di conseguenza, passiva e sottomessa e non tenta neppure di fuggire; psicologicamente paralizzata ed incapace di vedere un'alternativa alla sua situazione, la donna finisce per accettare i maltrattamenti come un aspetto "normale" della relazione.

3. Ora, come si è detto in precedenza, la funzione della teoria della *battered woman syndrome* è certamente quella di spiegare per quale motivo la donna maltrattata rimanga ostinatamente al fianco del suo aguzzino; tuttavia, il suo scopo principale e dichiarato è dimostrare la *ragionevolezza* dell'uccisione del *batterer*, riconducendo tale azione al paradigma della legittima difesa. Quando si tenta di applicare tale nozione all'esperienza della *battered woman*, si rileva che, da un lato, ella colpisce "slealmente" il *batterer* in un momento di pausa tra un'aggressione e l'altra, quando l'uomo le volta le spalle, dorme o è comunque inoffensivo; dall'altro lato, però, questa reazione non si verifica nell'ambito di una "zuffa occasionale" tra sconosciuti, ma si colloca al termine di una relazione abusiva le cui ripetute violenze seguono un andamento ciclico e, per la donna, ormai prevedibile. La reazione di chi si difende è considerata ragionevole, alla stregua di un modello maschile, se è diretta a proteggere i valori dominanti di una società patriarcale (l'invulnerabilità dell'onore, l'intangibilità della proprietà, la sacralità della famiglia) e se si svolge nei luoghi e nei tempi "appropriati" (ossia, durante una sfida a duello o una rissa da bar): ma queste finalità e questi scenari non si confanno all'azione difensiva di una donna, specialmente se "*battered*". D'altra parte, fino a quando l'isteria, l'emotività, l'assenza di rigore logico, volitivo e morale rappresenteranno, nell'immaginario collettivo, i tratti tipici del carattere femminile, è molto difficile che alla condotta di una donna, sia ella "normale" o "maltrattata", si riconosca un livello di ragionevolezza pari a quello dell'uomo americano "prudente" medio.

Altrettanto forti, sebbene non così immediatamente evidenti, sono i pregiudizi che influenzano le valutazioni dei giurati⁸⁵. "Se una donna che uccide il marito è considerata sostanzialmente irragionevole perché viola le regole che disciplinano il corretto comportamento femminile", "una *battered woman* che uccide il *batterer* deve sconfiggere quei determinati miti e quelle opinioni errate che riguardano le *battered women*⁸⁶". In particolare, ella deve combattere contro le concezioni popolari secondo cui la violenza è una normale componente delle relazioni tra sessi e le *battered women* o sono masochiste e desiderano essere picchiate, o, comunque, vanno biasimate per non aver chiuso, a tempo debito, la *battering relationship*.

Ebbene: la teoria della *battered woman syndrome* servirebbe proprio a dissipare i falsi miti e i pregiudizi che impediscono alle *battered women*, accusate di aver ucciso il proprio compagno, di ottenere l'applicazione della legittima difesa. I giurati verrebbero così a conoscenza, attraverso le parole del perito, chiamato ad esporre in giudizio le caratteristiche e gli effetti della sindrome, sia del perché la donna non se ne sia andata, lasciando il *batterer*, sia, e soprattutto, del perché ella lo abbia ucciso, reagendo in *self-defense*.

4. Ma è proprio qui, in una fase cruciale, al momento di dimostrare la ragionevolezza di tale condotta e la sua natura difensiva, che le teorie di *Walker* "mostrano la corda". Di certo, come si è ampiamente dimostrato, la *battered woman* vive in uno stato di terrore costante, costantemente minacciata da un pericolo imminente⁸⁷. Ella è sicura che i maltrattamenti, sempre più gravi, finiranno per ucciderla; per questa ragione, quando percepisce, nello schema "normale" degli abusi, un determinato mutamento⁸⁸, ritenendo che i suoi timori stiano per realizzarsi, si prepara a difendere la propria vita. E, nel fare ciò, la donna sfrutta l'unica opportunità che le si offre: colpire l'uomo quando è (ancora od ormai) inoffensivo, "quando la sta minacciando verbalmente ma non l'ha

⁸⁵. Per un'interessante esposizione delle domande che, nella fase di selezione della giuria ("voir dire"), il difensore può rivolgere agli aspiranti giurati al fine di scoprire gli eventuali stereotipi e "miti" antifemminili (e anti-*battered women*) che ne influenzerebbero il giudizio, v. BOCHNAK, *Women's self-defense cases*, cit., 256.

⁸⁶. SCHNEIDER, *Describing and changing*, cit., 201.

⁸⁷. Cfr., nel caso "Norman", la *dissenting opinion* del giudice MARTIN.

⁸⁸. Questa "novità" nella sequenza ordinaria dei maltrattamenti è estremamente evidente nel caso "Kelly", in cui l'evento eccezionale è dato dall'aggressione verificatasi in pubblico.

ancora aggredita, quando le volta le spalle e quando dorme o riposa, solitamente dopo un *battering incident*⁸⁹. Ma l'azione della *battered woman* perde in ragionevolezza e credibilità, una volta inserita nel contesto della "*learned helplessness*": se la donna che ne è affetta risulta assolutamente impotente ed inattiva, incapace di controllare la sua vita, com'è possibile che ella riesca "in una così netta affermazione di controllo qual è l'uccisione del *batterer*?⁹⁰" "Se, come sostiene Walker, la donna è psicologicamente paralizzata, è molto più probabile che ella continui a subire le ripetute violenze invece di ricorrere a questa estrema forma di autodifesa⁹¹". Questo è, dunque, il vero "dilemma della *battered woman syndrome*": concentrandosi sulla descrizione delle violenze e sulla concezione della donna-vittima, questa teoria non solo non riesce a spiegare chiaramente la ragionevolezza della reazione dell'imputata, ma finisce anche per riproporre e rafforzare il più generale stereotipo sessista della donna debole e sottomessa⁹². Anche nel racconto della sequenza

⁸⁹. BENNETT, *Ending the continuous reign of terror*, cit., 977. Non tutta la dottrina, tuttavia, ritiene che i casi in cui la *battered woman* reagisce in assenza di uno scontro diretto siano più numerosi di quelli in cui ella colpisce il *batterer* durante un effettivo conflitto. Secondo MAGUIGAN, *Battered women and self-defense: myths and misconceptions in current reform proposal*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1991, 390, le ipotesi maggiormente frequenti risulterebbero proprio queste ultime. La tesi di MAGUIGAN si presta, però, ad alcune obiezioni. In primo luogo, ella suddivide i casi di uccisione del *batterer* in due categorie: omicidi "*confrontational*" e "*nonconfrontational*". Alla prima categoria appartengono quei casi in cui la *battered woman* sarebbe legittimata ad un'istruzione "*on self-defense*"; ella potrebbe infatti dimostrare che l'uomo l'aveva, in passato, violentemente maltrattata e che, al momento del fatto, egli aveva tenuto un comportamento tale da farle ragionevolmente ritenere di essere in imminente pericolo di morte o di lesioni gravi; che ella non era l'"*initial aggressor*", né aveva provocato l'uomo agendo ingiustamente nei suoi confronti; che ella non era tenuta a ritirarsi, o non aveva violato tale obbligo; che la sua reazione era proporzionata alla gravità del pericolo percepito. I casi "*nonconfrontational*" presentano, invece, queste caratteristiche: l'uomo è stato ucciso mentre dormiva, ovvero mentre era sveglio, ma la donna risulta l'"*initial aggressor*", oppure la donna ha persuaso o ingaggiato qualcun altro per uccidere l'uomo. Secondo MAGUIGAN, su di un campione di 223 casi, il 75% è rappresentato da ipotesi "*confrontational*", il 20% da situazioni "*nonconfrontational*" ed il 5% non è qualificabile in alcun modo, poiché la decisione della Corte d'Appello non descrive i fatti in modo sufficiente. Ebbene: anche accettando questi dati, i casi in cui le *battered women* uccidono in assenza di uno scontro diretto risultano, comunque, assai numerosi. La seconda obiezione riguarda, poi, la validità stessa di tali statistiche. È stato infatti osservato che l'analisi di MAGUIGAN si fonda esclusivamente su decisioni di appello e non attribuisce alcuna rilevanza ai casi che sono terminati con un patteggiamento o con una sentenza di primo grado. Ma, come rilevano sia LA FAVE e ISRAEL in *Criminal Procedure*, 1992, § 21.1(c), sia ZIMRING e FRASE, in *The Criminal Justice System*, 1980, 494 ss., il 90% di tutti i casi, in generale, si chiude con il *plea bargaining*; in particolare, questa conclusione dovrebbe essere piuttosto frequente nei casi "*nonconfrontational*", che, proprio per le loro caratteristiche, offrono minori probabilità di un'assoluzione dibattimentale. I dati offerti da MAGUIGAN non sembrano, pertanto, rispecchiare fedelmente la realtà (sul punto, cfr. Richard ROSEN, *On self-defense, imminence and women who kill their batterers*, cit., 402, note 81-82).

⁹⁰. FAIGMAN, *The battered woman syndrome and self-defense: a legal and empirical dissent*, *Virginia L. Rev.*, 1986, 641.

⁹¹. COUGHLIN, *Excusing women*, cit., 81. Osserva ancora l'Autrice: "Nulla, nella letteratura sulla *learned helplessness*, suggerisce che ci si possa attendere dalla donna un comportamento violento. Ad esempio, gli studi sugli animali, che Walker cita, non riportano nessun caso in cui i cani sottoposti agli esperimenti abbiano attaccato il ricercatore che stava somministrando loro le scosse".

⁹². SCHNEIDER, *Describing and changing*, cit., *passim*. La teoria della *battered woman syndrome* è stata poi più incisivamente criticata, da un punto di vista scientifico, da FAIGMAN (op. ult. cit., 630 ss.), che ritiene che tale concezione sia viziata da numerosi errori procedurali e, comunque, priva di conferme empiriche, nonché, sul piano metodologico, da COUGHLIN (op. cit., 70 ss.), che ha giudicato questa teoria "il prodotto di ricerche patriarcali". Secondo COUGHLIN, "nella definizione dell'oggetto del suo studio e nell'interpretazione dei dati raccolti", WALKER non dimostra di aver seguito "una metodologia o una teoria epistemologica femminista" ma di essere stata

finale, in cui ha luogo l'uccisione del *batterer*, la donna appare impotente e passiva: ella non riesce a ricordare come sia giunta alla decisione di agire e rammenta soltanto di essere stata, al momento del fatto, "intensamente concentrata sulla propria sopravvivenza⁹³". Muovendosi come una sonnambula, la donna si trova in mano un'arma; successivamente, in modo misterioso, quest'arma spara da sola, o si infila autonomamente, con precisione letale, nel corpo dell'uomo. "Alla fine della storia lei l'ha ucciso e lui è morto: ma lei resta sempre la vittima e lui l'aguzzino⁹⁴".

5. Ma la caratterizzazione in termini di "*helplessness*" della donna maltrattata presenta poi un pericolo ulteriore. Tra i grossi difetti della "*syndrome*" vi è anche quello di non riuscire a ricomprendere in modo esaustivo la complessità delle esperienze del soggetto. Vi è quindi il rischio che, seguendo le indicazioni di *Walker*, i periti (gli "esperti") nominati dalla difesa introducano un modello tipico di "ragionevole *battered woman*", egualmente rigido e stereotipato, dal quale sarebbero invece escluse "le altre donne che, per il tipo di vita o per le circostanze del caso non si conformano a tale modello⁹⁵": ossia quelle donne che si dimostrino "aggressive, attive ed indipendenti⁹⁶". Per queste ultime non varrà la legittima difesa, ma solo le *defenses*, tradizionalmente femminili, dell'*insanity* o della *diminished capacity* (relative al vizio, parziale o totale, di mente) o l'applicazione della fattispecie, meno grave, di *manslaughter*. Altrettanto criticabile appare, poi, l'uso del termine "sindrome" per indicare l'insieme delle caratteristiche psicologiche riscontrabili nella *battered woman*. Il concetto di sindrome suggerisce l'idea del disturbo psichico, della malattia mentale, che contribuisce a creare (o, forse, soltanto a rafforzare) una concezione "psicopatologica"⁹⁷ della donna maltrattata. La stessa descrizione dei suoi tratti psicologici è, in realtà, "un elenco di sintomi mentali devianti e di anomalie comportamentali⁹⁸": disturbi cognitivi e della memoria, nervosismo ed ipersensibilità, fobie ed attacchi di panico, negazione della realtà e rimozione. "Si ripropone così lo storico problema del trattamento offerto alle donne dal diritto penale - le donne autrici di reati sono viste come pazze o come bisognose di aiuto o come entrambe le cose⁹⁹".

La ragione per la quale, nonostante le critiche, la teoria della *battered woman syndrome* resiste e viene accolta in un sempre maggior numero di tribunali, sta nella sua capacità di

influenzata "dalle stesse categorie cognitive patriarcali che informano le due discipline - diritto e psicologia - che ella ha cercato di collegare".

⁹³. WALKER, *The battered woman syndrome*, cit., 40.

⁹⁴. COUGHLIN, op. ult. cit., 68.

⁹⁵. SCHNEIDER, *Describing and changing*, cit., 216.

⁹⁶. COUGHLIN, *Excusing women*, cit., 58.

⁹⁷. Cfr. WALUS-WIGLE and MELOY, *Battered woman syndrome as a criminal defense*, *Journal of Psychiatry and Law*, 1988, 392, che si domandano se la sindrome esista veramente, o sia il frutto di una impostazione scientifica che tende a vedere dovunque psicopatologie in realtà insussistenti. In questo secondo caso, osservano gli Autori, la *battered woman syndrome* costituirebbe, piuttosto, un fenomeno socioculturale, l'estrema affermazione della misoginia endemica della cultura americana e occidentale. Per la tendenza a vedere una "sindrome" in ogni comportamento abituale deviante, cfr. CAMERON-FRAZER, *The lust to kill*, 1987. Si veda inoltre, a questo proposito, il caso "Werner" (S. W. 2d, 1986, 639), in cui l'imputato, impugnando una precedente condanna, aveva lamentato la mancata ammissione, in primo grado, dell'esperto da lui proposto. Werner, che era stato condannato per omicidio, aveva dichiarato di aver agito in legittima difesa; la testimonianza dell'esperto avrebbe corroborato la sua tesi, dimostrando che egli, come figlio di un sopravvissuto ad un lager nazista, aveva sviluppato la cosiddetta "sindrome da olocausto". Detta sindrome porterebbe le persone che ne sono affette ad mostrare un'aggressività eccessiva in ogni situazione di scontro, in reazione al ricordo dell'atteggiamento passivo tenuto dagli ebrei nei campi di concentramento. La Corte d'Appello del Texas, tuttavia, respinse il ricorso e confermò la sentenza di primo grado. Per una critica alla tendenza "proliferativa" delle sindromi v. MIHAJLOVICH, *Does plight make right: the battered woman syndrome, expert testimony and the law of self-defense*, in *Indiana L. Rev.*, 1991, 1277.

⁹⁸. COUGHLIN, *Excusing women*, cit., 76.

⁹⁹. SCHNEIDER, op. ult. cit., 215.

confermare, sostanzialmente, proprio quei pregiudizi e quegli stereotipi sessisti (la donna-criminale pazza, o debole e passiva) che, teoricamente, essa intendeva svelare e vincere.

3) IL TRATTAMENTO (12.05.2006)

PENA E PREVENZIONE: PROBLEMI APERTI

Luciano Eusebi

ordinario di Diritto penale nella Università Cattolica del Sacro Cuore - Piacenza

SOMMARIO: 1. Il modello che tradizionalmente soggiace al punire. – 2. L'utilizzazione della pena detentiva in veste di analogo negativo del fatto colpevole: critica. – 3. La non accettabile *irrilevanza* dell'autore. – 4. L'incostituzionalità del ruolo egemone assegnato alla detenzione fra le pene principali. – 5. Quale prevenzione nella società democratica? Sul fondamento costituzionale e criminologico di un modello orientato al consenso. – 6. Sulle caratteristiche di un approccio nuovo al rapporto fra sanzioni penali e prevenzione. – 7. Prospettive di una risposta al reato che rappresenti un *percorso* e non un *male*. – 8. L'esigenza di svincolare l'espressione del disvalore relativo al fatto dall'entità della pena. – 9. Concezione retributiva e rilievo *in malam partem* dell'evento. – 10. La necessità di dare attuazione al principio dell'*extrema ratio* nell'ambito delle sanzioni penali. – 11. Alcuni orientamenti per la riforma del sistema sanzionatorio penale. – 12. Sull'irrinunciabilità dell'idea risocializzativa. – 13. Il problema della pena nella recente riflessione ecclesiale. – 14. La giustizia e il problema del male alla luce della Scrittura.

1. Il modello che tradizionalmente soggiace al punire.

Il diritto penale comprende, in rapporto alla violazione di regole particolarmente importanti per la vita associata, le modalità d'intervento coattivo più intense fra quelle attuabili dallo Stato nella sfera dei diritti soggettivi. Ciò lascerebbe intendere risolti i quesiti preliminari, di rilievo etico cardine, su quali esigenze debbano trovare risposta ove una simile violazione si realizzi e sui mezzi che al fine del soddisfacimento delle suddette esigenze sia congruo utilizzare. Le cose, tuttavia, stanno in modo diverso: il diritto penale propone un modello sanzionatorio di base che al di là delle sue specifiche modulazioni viene ritenuto, da millenni, per lo più scontato: quello secondo cui al male espresso dal fatto illecito deve seguire l'applicazione verso chi ne sia giudicato responsabile di una reazione corrispondente, che dunque rappresenti a sua volta, per tale soggetto, qualcosa di in sé negativo.

Fermo questo assunto, che manifesta l'intrinseca dinamica retributiva della tradizionale risposta giuridica al reato, la discussione sul punire si è di fatto incentrata sui modi per giustificare a posteriori la prassi sanzionatoria, dando luogo alla tradizionale bipartizione fra teorie assolute (si punisce senza alcuno scopo, perché retribuire il male col male costituirebbe niente meno che un imperativo etico) e teorie relative (le pene sono minacciate e applicate in funzione dello scopo rappresentato dalla prevenzione di reati futuri, sia in senso generale, per distogliere ogni singolo individuo da propositi criminosi, sia in senso speciale, per evitare la recidiva di chi già abbia violato la legge).

Di fatto, una consequenziale attuazione del punto di vista assoluto quanto all'intervento giuridico nei confronti di ciò che venga identificato come male non si è mai avuta: ma l'agire per (asserite)

finalità preventive s'è fondato pur sempre, fino a oggi, sul modello della ritorsione immanente alla visione assoluta¹⁰⁰ e, in tal senso, sul ruolo cardine attribuito alla pena detentiva.

2. L'utilizzazione della pena detentiva in veste di analogo negativo del fatto colpevole: critica.

L'intervento sulla libertà personale non rappresenta, tuttora, *una* fra le modalità della risposta al realizzarsi dei reati, bensì la sua forma tipica, posto che la determinazione giudiziaria di tale risposta s'incentra comunque, di regola, nel quantificare il livello della pena detentiva applicabile, quantomeno potenzialmente, al caso concreto.

Le eccezioni introdotte negli ultimi anni sono interessanti e suscettibili, in sé, di aprire a una visione nuova: vengono in considerazione gli istituti di cui agli artt. 27 (non luogo a procedere per irrilevanza del fatto) e 28 (sospensione del processo e messa alla prova) dPR n. 448/1988 in materia minorile, le sanzioni e gli strumenti di definizione anticipata del processo relativi agli illeciti di competenza del giudice di pace, in certa misura le stesse sanzioni afferenti alla responsabilità (amministrativa) per reato delle persone giuridiche; al che va aggiunto il riferimento, valido anche nel passato meno recente, ai reati per i quali può essere inflitta la sola pena pecuniaria. Ma, per l'appunto, si tratta di eccezioni.

In questo quadro – significativamente – il diritto penale non spiega *perché* la sua opzione sanzionatoria di riferimento è costituita dalla privazione della libertà personale: lo dà per scontato, con ciò rivelando la vera natura di una simile scelta. La pena, in effetti, resta pensata in radice

¹⁰⁰ Valga in questa sede il richiamo sintetico a una serie di obiezioni sollevabili *razionalmente*, e in questo senso rilevanti dal punto di vista politico-criminale, nei confronti dell'idea retributiva: essa presuppone, innanzitutto, una quantificabilità della colpevolezza morale che, in termini assoluti, resta impraticabile, dato che siamo in grado di valutare empiricamente non l'esercizio della libertà in quanto tale, ma solo alcuni dei fattori che incidono su di esso; definito, poi, come se fosse un'esigenza etica l'intento di compensare il male con il male, non si vede perché mai lo stato dovrebbe limitarsi a retribuire il male contemplato nelle norme penali, il quale non costituisce che una piccola parte del male operante nei rapporti fra gli uomini (si pensi alle ingiustizie economiche o alle guerre che opprimono tanta parte dell'umanità): dal che deriva come la condanna penale, o se si vuole il muro del carcere, non rappresenti il discrimine fra il bene e il male; l'ottica retributiva, inoltre, riduce semplicisticamente la spiegazione della criminalità a una mera opzione per il reato radicata nella malizia interiore di determinati soggetti, ignorando in tal modo il ruolo dei fattori criminogenetici e, dunque, quella *corresponsabilità sociale* rispetto al contesto in cui maturano le condotte illecite il cui riconoscimento è presupposto necessario per l'impostazione di politiche criminali efficaci e impegnative; l'assunto icasticamente espresso da Hegel secondo il quale la pena retributiva annullerebbe la realtà sostanziale del reato, in quanto negazione del diritto, corrisponde d'altra parte a un mito: il fatto è che nessuna pena, per quanto severa, risulta in grado di revocare il male commesso, perché ciò non fa parte delle possibilità umane; infine, non esiste in natura una pena *in sé* corrispondente, nel *quantum*, alla gravità (comprensiva del rimprovero di colpevolezza) del reato commesso: per cui appare inevitabile nel solco del pensiero retributivo – esclusa a priori qualsiasi considerazione finalisticamente orientata – determinare la pena in rapporto a meri bisogni emotivi di reazione (cioè di vendetta) contingentemente riscontrabili in un dato momento storico nei confronti delle diverse manifestazioni criminali. Circa le obiezioni *etico-filosofiche* opponibili al concetto penalistico di retribuzione, nonché per la critica della legittimità di qualsivoglia giustificazione *teologica* riferita a tale concetto, sia consentito il rinvio, anche per i richiami bibliografici, a L. EUSEBI, *La «nuova» retribuzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, p. 914 ss.; *Cristianesimo e retribuzione penale*, *ivi*, 1987, p. 275 ss., nonché in L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il cammiato da Kant e da Hegel*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 173 ss.; *Dibattiti sulle teorie della pena e mediazione*, *ivi*, 1997, p. 811 ss.; *Le istanze del pensiero cristiano e il dibattito sulla riforma del sistema penale nello stato laico*, in *Aa.Vv., Colpa e pena? La teologia di fronte alla questione criminale*, a cura di A. ACERBI e L. EUSEBI, Milano, Vita e pensiero, 1998, p. 207 ss., nonché in *Iustitia*, 1998, p. 241 ss.

dall'ordinamento giuridico come reazione analogica che riproduce rispetto al condannato la negatività del fatto colpevole, secondo una prospettiva di reciprocità (*malum pro malo*). Anche se il diritto penale moderno asserisce di agire in senso preventivo, la modalità del suo agire resta retributiva: *prevenzione mediante retribuzione*. Gli effetti preventivi sono attesi – quasi ne costituiscono una sorta di esito automatico e, in ogni caso, non altrimenti perseguibile – dall'applicazione dello schema retributivo come dinamica intrinseca, indiscutibile, per qualcuno addirittura *ontologica* della giustizia (il che è stato utilizzato per sottrarre tale dinamica a una valutazione di ordine etico). Di qui l'estrema povertà della progettazione politico-criminale circa le forme della risposta ai reati: al massimo si discute, almeno sulla carta, di limiti concernenti l'estensione del ricorso al diritto penale, non a caso percepito come *arma a doppio taglio*, ma non dei suoi contenuti.

Dunque, il ruolo pressoché egemone della detenzione nell'ambito delle pene principali non deriva affatto da specifiche considerazioni di carattere preventivo, sindacabili sul piano razionale e su quello morale, bensì dalla singolare attitudine della medesima a tradurre in forma addirittura matematica e *politically correct*, quale tipologia sanzionatoria *prima facie* non cruenta (applicabile anche alla clientela del tutto preminente dell'intervento sanzionatorio penale in concreto, costituita da *outsider* sociali non facilmente deprivabili – se è in questo senso che s'intenda agire – di beni diversi dalla libertà personale), l'idea inveterata secondo cui la pena dovrebbe costituire un patimento, espressivo della gravità ascritta all'illecito commesso.

Mancando, nel quadro della *prevenzione mediante retribuzione*, una strategia politico-criminale che investa specificamente le scelte riferibili alle sanzioni penali, il ricorso stesso agli strumenti sostitutivi, sospensivi e alternativi che evitano la sovrapposibilità fra pene detentive inflitte ed eseguite finisce per essere percepito come *rinuncia* a fare prevenzione, in nome di esigenze *lato sensu* umanitarie il cui rilievo, però, rischia di risultare sempre revocabile, ovvero in nome di esigenze puramente contingenti, seppure croniche, di deflazione penitenziaria.

Nel medesimo contesto, anzi, non è mai stato seriamente approfondito il significato politico-criminale, e pertanto anche generalpreventivo, dell'obbligo costituzionale che vorrebbe orientate le sanzioni penali in senso rieducativo: così che la sua incidenza propulsiva circa la configurazione dell'apparato sanzionatorio, nonostante l'ossequio che gli viene tributato nella giurisprudenza costituzionale, è rimasta in effetti assai modesta.

Tutto questo rende palese la caratteristica più costante e nel contempo più problematica dei sistemi penali come finora ordinariamente concepiti: quella per cui in essi la manifestazione del giudizio sul fatto colpevole (del suo *disvalore*), fine senza dubbio fondamentale – come vedremo – del processo, viene immediatamente ricollegata all'entità (al *quantum*) della pena detentiva inflitta.

In tale ottica l'intervento sanzionatorio penale non solo presuppone il fatto colpevole, secondo un'istanza garantistica almeno in linea teorica del tutto acquisita, ma viene a configurarsi come *analogo negativo* del fatto. La pena, dunque, è costruita sul fatto, seppure venga vissuta – non è banale ricordarlo – dall'individuo che risulti condannato. Essa non è concepita come un *percorso* per l'autore, seppure in rapporto al fatto e sulla base di cornici limitative riferite al fatto: piuttosto, il soggetto punito assume il ruolo, nel momento della condanna, di mero portatore della conseguenza per lui *negativa* che dovrebbe riflettere la *negatività* del fatto, per quanto valutata – ma vi dovremo ritornare – alla luce della colpevolezza.

La persona (la sua realtà esistenziale complessiva) in pratica non esiste: nel momento del giudizio, e nel momento della determinazione della pena detentiva, è ridotta al fatto commesso.

3. La non accettabile *irrilevanza* dell'autore.

Il giudice, in effetti, si trova di regola a dover fondare la sua attività c.d. commisurativa in senso stretto sulla mera quantificazione, non si sa bene secondo quale disegno politico-criminale, di un'unica modalità sanzionatoria, rappresentata da spazi temporali di detenzione (con l'eventuale

aggiunta di pene pecuniarie o accessorie): senza alcuna possibilità di operare una progettazione del suo intervento che possa renderlo significativo rispetto alle condizioni personali del condannato.

D'altra parte, un approfondimento credibile circa la personalità di quest'ultimo gli è in ampia misura precluso, come ben si sa, dall'art. 220² c.p.p., sebbene di un tale approfondimento, ove pure potesse essere effettuato, non risulterebbero affatto chiari *rebus sic stantibus* i criteri di utilizzabilità da parte del giudice della condanna, dato l'imbutto strettissimo delle sanzioni (nella sostanza, *una soltanto*) di cui dispone.

Non a caso, laddove – nel sistema penale minorile – l'approfondimento suddetto è dovuto (*ex art. 9 d.P.R. n. 448/1988*), esso si associa alla possibilità per il giudice di utilizzarne i risultati ai fini di una modalità della risposta all'illecito, la c.d. messa alla prova, che prescinde dal passaggio ordinariamente obbligato attraverso la condanna a una pena detentiva: in altre parole, alla possibilità per il giudice di determinare la risposta al reato non soltanto sotto il profilo quantitativo, e di prendere con ciò le distanze dal modello che vede nella pena la riproduzione analogica della negatività ascritta all'illecito.

Date queste premesse, risulta ambivalente, quanto alla rilevanza della dimensione soggettiva, il ruolo stesso di un principio cardine – e beninteso irrinunciabile – per la tutela del cittadino nei confronti della potestà punitiva come quello di colpevolezza.

Se è vero, infatti, che tale principio impone il rilievo di fattori soggettivamente orientati così da circoscrivere l'ambito della responsabilità penale evitando che la medesima sia ricondotta a meri parametri oggettivistico-causali, è altrettanto vero che proprio l'affermazione della colpevolezza di un individuo per un certo reato autorizza in pratica la configurazione della risposta sanzionatoria *a prescindere* dalla situazione personale complessiva dell'autore, la quale non può neppure essere oggetto di perizia (salva, eventualmente, una sua incidenza a soli fini di riduzione nel *quantum* della pena detentiva inflitta, rispetto al livello che si asserisca riferito alla colpevolezza del fatto).

Qualificando l'imputato come persona colpevole e in particolare imputabile, sulla base di una considerazione assai ristretta della sua sfera soggettiva, si consente, in pratica, di assimilarlo circa l'inflizione della pena al fatto illecito (sebbene inteso come fatto colpevole) che egli abbia posto in essere.

Una constatazione, questa, la quale riflette il modo di porsi del diritto penale con riguardo alla libertà di chi abbia trasgredito la legge: si tratta di un atteggiamento tutto riferito al passato, che vede nel giudizio sul cattivo uso della libertà il presupposto per la condanna, vale a dire per inchiodare il soggetto ritenuto responsabile al fatto commesso, e non di un atteggiamento che vede nella capacità dell'individuo di agire in modo autonomo una *chance* sempre aperta per il futuro, la quale consenta, per così dire, un affrancamento dalle esperienze negative passate e dunque, in un certo senso, dalla *carezza di libertà* che in esse si esprime.

Ciò ha condotto a trascurare quanto pure è ben noto: la circostanza, cioè, per cui un giudizio incentrato sull'uso della libertà è impossibile, poiché rispetto a qualsiasi decisione possiamo constatare in termini empirici, e molto parzialmente, solo i fattori esterni che incidono su di essa. Dire che cosa avremmo fatto *noi* nelle condizioni (incolpevoli) di vita di un'altra persona – si pensi alle condizioni di provenienza di gran parte della popolazione penitenziaria – può essere solo un'illusione. Lo attesta significativamente, quale fonte non sospetta di cedimenti a riduzionismi deterministici, anche il magistero della Chiesa cattolica: “solo Dio è giudice e scrutatore dei cuori, perciò ci vieta di giudicare la colpevolezza interiore di chiunque” (cost. conc. *Gaudium et spes*, n. 28c).

Ne deriva, altresì, che da gran tempo si parla di corresponsabilità sociale senza che se ne traggano conseguenze pratiche per chi viene condannato e nemmeno ai fini di progettazioni più razionali delle strategie preventive: a parte l'ammissione molto *perbene*, ma se lasciata a se stessa assai poco utile, secondo cui il diritto penale opera con una dose incontestabile di *cattiva coscienza*.

4. L'incostituzionalità del ruolo egemone assegnato alla detenzione fra le pene principali.

La realtà è che, nonostante quanto s'è detto, il diritto penale continua a pensare la pena inflitta in sentenza come *analogo negativo* del fatto che giudica colpevole, a prezzo di una drastica semplificazione nel suo modo di riguardare gli autori di reato. Quantomeno, ciò significa mettere in conto, nella stessa logica retributiva, conseguenze certe applicate in base a presupposti incerti, con buona pace dei principi liberali (cioè mettere in conto non solo la punizione di *innocenti*, ma anche, per così dire, di ambiti d'innocenza in ciascun individuo). E comunque significa ridurre chi subisce la condanna, attraverso la simbologia di una pena costruita in termini di reciprocità nei confronti dell'illecito commesso, al fatto che, per l'appunto, abbia realizzato: una rilevanza del fatto, lo sia detto per inciso, la quale facilmente deborda a responsabilità oggettiva occulta, posto che il prodursi di eventi penalmente rilevanti a seguito di condotte antidoverose risulta il più delle volte, alla luce dei fattori *ex ante* noti, amplissimamente casuale¹⁰¹.

¹⁰¹ Si consideri a quest'ultimo proposito, quale riprova del profondo iato oggi sussistente fra finalità preventive e strategie sanzionatorie, il riferimento al modello costituito dal reato *colposo*, modello in cui si sostanzia un vero e proprio apice dell'irrazionalità politico-criminale, risultando, per così dire, a cifra oscura *istituzionalizzata*, con ovvi riflessi dal punto di vista generalpreventivo.

Nell'ambito delle condotte colpose, infatti, non accade soltanto, come in tutti i reati, che per ragioni contingenti molti degli autori non siano scoperti, ma altresì che di regola, soprattutto ove si tratti di colpa cosciente, risulti *a priori* improbabile il realizzarsi stesso dell'illecito penale una volta tenuta la condotta antidoverosa, cioè una volta compiuto *tutto ciò* che la fattispecie incriminatrice, finalizzata a incidere su comportamenti umani, desiderava (e poteva) immediatamente scongiurare.

Ne deriva che l'attitudine preventiva specifica dei reati colposi, ove si tratti di una violazione consapevole della regola cautelare, è molto bassa, dato che il soggetto agente farà conto non solo sulla consueta speranza di non essere scoperto, ma anche sulla scarsa probabilità di produrre, comunque, l'illecito colposo (nonché, in certi casi, sulla difficoltà della prova relativa al nesso eziologico tra il fatto realizzatosi e il rischio attivato). La pena prevista in rapporto al tipo di illecito in esame finisce dunque per rappresentare la retribuzione di un evento il cui verificarsi o meno a seguito della condotta dipende, secondo un giudizio *ex ante*, dal caso, laddove un effetto preventivo credibile resta in pratica connesso alla sola effettività delle sanzioni che talora, sul piano amministrativo o penale, risultano applicabili in via immediata nei confronti del comportamento anti giuridico.

Sussistono del resto conseguenze ulteriori, che null'altro se non l'assuefazione a modelli giuridici alquanto sedimentati impedisce di riconoscere illogiche. Si consideri, su questa via, come il cittadino possa ordinariamente rivolgersi al pubblico ministero, con riguardo alla violazione di regole cautelari, *solo* a evento lesivo ormai realizzatosi (nel qual caso la Procura della Repubblica certamente utilizzerà, in un'ottica *retrospettiva*, l'intero arsenale dei suoi mezzi d'indagine); in altre parole, si consideri come il cittadino che viceversa intenda agire quando le violazioni siano già in atto, ma *prima* che producano un danno, di regola non possa trovare aiuto alcuno nelle severe stanze in cui il sedicente diritto penale preventivo si mette in movimento: gli si direbbe di aspettare il morto (*almeno* la prova di un morto), così che, a parte le violazioni autonomamente sanzionate, egli resta condannato all'impotenza, salvo inventarsi itinerari più o meno attendibili per ottenere rimedi (auspicati) urgenti di carattere amministrativo o civilistico.

Tutto ciò, seppur risulti evidente, non viene quasi mai rimarcato, tanto è il peso di un'ottica sanzionatoria come quella in uso fondata sul ruolo simbolico, assolto mediante la pena detentiva, della retribuzione di *eventi*, piuttosto che su un serio intento motivazionale, da attuarsi con mezzi *meno drammatici* – e dunque mai attraverso la minaccia diretta o indiretta del ricorso al carcere – riferiti alla tenuta di condotte antidoverose (laddove dell'evento che si realizzi potrebbe tenersi conto sul piano della riparazione, *lato sensu* intesa, o delle conseguenze civili).

Ne dovrebbe derivare un ripensamento del modo stesso di concepire e costruire le risposte sanzionatorie.

Quello attuale, che reputa ordinario e scontato per il diritto penale – senza oneri di motivazione riferiti a presupposti particolari – il ricorso alla pena detentiva, non risulta conforme, in forza di quanto fin qui s'è detto, al rango che è assegnato dall'art. 13 della Costituzione alla libertà personale, quale bene presupposto per l'esercizio in concreto dei diritti fondamentali: rango non compatibile con una sorta di clausola generale che autorizzi la condanna al carcere sulla base della mera riconduzione di un dato illecito alla sfera dei fatti penalmente rilevanti.

Conclusione la quale evidenzia come il principio di *extrema ratio*, per non avere il rilievo di un auspicio meramente retorico, sia da riferirsi piuttosto che a un improbabile contenimento estremo degli illeciti di competenza penale, alla utilizzazione in termini di rigorosa sussidiarietà, nell'ambito penale, della pena detentiva.

Ciò vuol dire, come subito si vedrà, tornare a riflettere su quali siano i requisiti di una prevenzione razionale e umana, evitando di dare per indiscutibili le modalità tradizionali della risposta ai reati e altresì di confondere l'efficacia preventiva del sistema con la mera efficienza applicativa delle norme.

Senza dimenticare che la circostanza per cui una problematica reale trovi, di fatto, in determinati strumenti una modalità concreta di gestione – si pensi al caso in cui taluno affronti determinati problemi personali mediante il ricorso, poniamo, all'astrologia – non implica che tale modalità debba ritenersi condivisibile e appropriata.

5. Quale prevenzione nella società democratica? Sul fondamento costituzionale e criminologico di un modello orientato al consenso.

Tutto questo esige di domandarsi se davvero una visione dell'intervento penale che considera il cittadino in genere e chi subisca una condanna come meri destinatari passivi, potenziali o attuali, di una reazione al reato concepita come *analogo negativo* del fatto commesso sia conforme, o addirittura necessaria, alle esigenze della prevenzione.

Ora, simile modello risponde a una prospettiva che intende la prevenzione come *coazione esterna*, cioè come effetto motivazionale che non vede i suoi destinatari quali interlocutori caratterizzati dalla capacità di compiere scelte autonome (*per convinzione*) e dunque meritevoli di rispondere a messaggi normativi che facciano appello alla loro autonomia, bensì quali oggetti da condizionare, al pari degli animali, sulla base del timore e dell'intervento sul loro corpo.

L'alternativa è data da un'idea della prevenzione in cui l'effetto motivazionale, nello stesso momento sanzionatorio, venga ricondotto alla capacità del diritto di guadagnare il *consenso* dei suoi interlocutori, inteso come risposta a un appello nei confronti della loro autonomia personale.

Ciò che del resto appare davvero in grado di produrre una prevenzione stabile è soprattutto l'*autorevolezza* dei precetti normativi o, in altre parole, proprio l'attitudine degli stessi a far valere ragioni e modelli convincenti ai fini di un accoglimento liberamente prestato delle regole giuridiche. Profilo il quale fa sì, per esempio, che la recuperata adesione alle esigenze di tutela espresse nei precetti penali da parte di chi abbia commesso un reato rappresenti un fattore consolidativo fondamentale, come vedremo, per l'autorevolezza del diritto, e che, di conseguenza, l'operare affinché una simile scelta possa realizzarsi assuma rilievo primario anche dallo stesso punto di vista generalpreventivo.

Questo orientamento di base della prevenzione, il quale pone al centro la persona e non la riduce a un corpo da condizionare o controllare (e che certamente deve associarsi a un serio contrasto economico degli interessi in gioco nelle attività criminose, come pure a oculati interventi sui fattori che le favoriscono), è l'unico che risulta compatibile con una società democratica e aperta, manifestando a un tempo fondamento costituzionale e criminologico.

Se prevenire è motivare, in una società democratica ciò può avvenire solo considerando ogni destinatario dell'azione preventiva – pur nel momento in cui si prevedano sanzioni intese a contrastare la volontà criminosa – come un interlocutore, secondo un modello comunicativo orientato al consenso tale che, anche di fronte ai precetti penali e alla comminazione o all'esecuzione delle sanzioni che li accompagnano, nessuno decada dalla dignità personale di individuo capace di risposte non meramente condizionate, ma libere.

In questo senso, il fatto che la responsabilità penale, *ex* 27¹ Cost., debba essere *personale*, oltre che esigere il suo ancoramento al principio di colpevolezza, implica altresì che sia costruita in senso personale pure quella particolare modalità interattiva tra stato e cittadino che s'instaura in rapporto alla previsione e all'applicazione delle norme penali: per cui, anche sotto il profilo sanzionatorio, si manifestano conformi al modello costituzionale solo strategie motivazionali – sia sul piano della prevenzione generale che su quello della prevenzione speciale – le quali facciano appello alla capacità dell'individuo di operare scelte *per convinzione*, o in altre parole *personali* (risultando fra di esse comprese anche scelte di astensione da atti illeciti fondate sullo spirito di rispetto per i divieti democraticamente sanciti).

Una conclusione, quest'ultima, che risponde all'esigenza stessa formulata da Kant e da Hegel di non considerare mai il condannato, negandone la dignità personale, come un mezzo utilizzabile per gli scopi della società, e dunque come un *corpo*, in modo ben più coerente di quanto non avvenga col rimando operato da tali autori a una visione retribuzionistico-assoluta del punire, dato che in realtà proprio l'ottica retributiva fa uso del condannato, riducendolo al fatto commesso, come puro destinatario passivo dell'entità di pena che di quel fatto dovrebbe segnalare, nell'interesse sociale, la gravità.

Ove d'altra parte si rammenti, alla luce dell'indagine criminologica, l'importanza che assumono ai fini delle scelte criminose i giudizi di valore – vale a dire sulla accettabilità o non accettabilità di determinati comportamenti – che operano nei gruppi di appartenenza in cui l'individuo gioca la sua identità, e in particolare l'importanza dei modelli imitativi, appare chiaro che nulla è in grado di restituire autorevolezza a norme giuridiche disattese in un dato contesto (sociale, professionale, ludico *etc.*) più della decisione personale di prendere le distanze, da parte di chi a quel contesto appartenga, da un determinato stile comportamentale antiggiuridico.

Esistono pertanto precise ragioni criminologiche le quali suffragano la portata generalpreventiva di una strategia dell'intervento penale orientata (per quanto i termini restino tutti almeno in parte non soddisfacenti) al recupero – alla *responsabilizzazione*, *risocializzazione*, *rieducazione* – dell'agente di reato: simile recupero, infatti, comporta una delegittimazione credibile dei comportamenti illeciti nell'ambito di provenienza del soggetto interessato, la quale contribuisce a *chiudere* (in senso ampio) posti di lavoro criminale, rompendo la catena della continua surrogabilità degli individui che coprono quei posti (catena costituente pietra d'inciampo per qualsiasi strategia preventiva fondata sulla neutralizzazione).

E proprio in quest'ottica l'opzione rieducativa di cui all'art. 27³ Cost., che esige la centralità della persona e dell'obiettivo rappresentato dal suo recupero per l'apparato sanzionatorio penale, riveste – come già si osservava – il ruolo di un riferimento strategico complessivo circa il modo di intendere la prevenzione dei reati nel nostro ordinamento giuridico.

6. Sulle caratteristiche di un approccio nuovo al rapporto fra sanzioni penali e prevenzione.

Si tratta, dunque, di pensare *altrimenti* la prevenzione. Che del resto il modello classico, di cui è un riflesso la centralità del ricorso al carcere, funzioni poco e male l'abbiamo in parte già visto: ma l'analisi di una simile inadeguatezza potrebbe andare ben oltre.

a) Valga il rimando, circa la prevenzione generale, al nodo della cifra oscura, sulla cui estensione l'agente di reato farà comunque affidamento, a discapito dell'effetto intimidativo

(cosicché la pena elevata nasconde non di rado con la sua sporadica e quasi sempre mal distribuita applicazione ad alta rendita simbolica la scarsa capacità di ottenere il risultato al quale davvero potrebbe riconnettersi, come insegnava Beccaria, efficacia dissuasiva, vale a dire l'*alta probabilità* che del fatto illecito siano individuati beneficiari e responsabili e che il medesimo, di conseguenza, *non paghi*).

Ma si consideri altresì come risulti assai poco credibile, rispetto alla complessità dei fattori a monte della scelta soggettiva di commettere un reato, immaginare che sia sufficiente agire, per scongiurare tale scelta, solo sull'aspetto rappresentato dalla valutazione delle possibili conseguenze sfavorevoli (ciò, quantomeno, ove non si tratti di criminalità economica dipendente, ferma pur sempre l'incidenza di altri fattori, da fredde ponderazioni a tavolino dei rischi e dei vantaggi prevedibili, ambito rispetto al quale, tuttavia, proprio la circostanza che la contropunta rappresentata dalla minaccia, in senso lato, di *costi* mantiene una sua verosimile efficacia rende *non necessario* e, pertanto, non autorizza, secondo quanto precedentemente osservavamo, il ricorso alla pena detentiva).

Del resto, che l'attitudine preventiva dell'intimidazione non risulti affatto scontata emerge con chiarezza sia constatando il sussistere di attività criminose che implicano già di per sé, cioè a prescindere dalla risposta penale, rischi gravissimi, sia prendendo atto del manifestarsi di crimini terroristici realizzati attraverso il suicidio dei loro autori (realtà, questa, che nullifica a priori la portata dissuasiva della minaccia di un male come pena), sia considerando che non s'è mai provata una diminuzione dei tassi di criminalità violenta dipendente dall'applicazione stessa della pena di morte (o un loro aumento dopo la sua abrogazione), sussistendo piuttosto seri indizi per annoverare quest'ultima tra i fattori criminogenetici in forza della sua incidenza contraddittoria nei confronti del messaggio normativo che ha per oggetto l'intangibilità della vita umana.

Se poi si volge lo sguardo alla prevenzione speciale può constatarsi come l'incapacitazione dei singoli agenti di reato non implichi affatto un corrispondente decremento nei tassi di criminalità, dato che di regola i posti di lavoro criminale in tal modo liberati, assenti strategie orientate a incidere sui fattori che creano opportunità delinquenziali, vengono ben presto coperti da altri soggetti, tanto più nell'ambito della criminalità organizzata.

Un esito, questo, che taluno ritiene poter essere smentito ove solo si proceda, per lungo tempo, alla neutralizzazione sistematica e duratura dei condannati, specie se recidivi: ne deriverebbe, tuttavia, una drastica estensione, indotta dallo stesso sistema giuridico, del sacrificio complessivo di beni fondamentali, in antitesi con la funzione limitativa che dovrebbe pur sempre competere, in proposito, agli strumenti penalistici propri di uno stato liberale, con l'effetto di esarcerbare, senza risolverle, le problematiche sociali operanti in senso criminogenetico, incentivando scelte di radicale contrapposizione alla legalità.

Non si dimentichi, del resto, che in presenza di politiche intese a una vastissima neutralizzazione detentiva, come quella in atto negli Stati Uniti¹⁰², la disaggregazione dei dati statistici globali, già molto elevati, evidenzia tassi di detenzione relativi a determinate categorie di soggetti e a certe fasce di età – per esempio, ai soggetti poveri di origine non europea ricompresi fra i quindici e i venticinque anni – addirittura paradossali. Il che induce a domandarsi, da un lato, se in questo modo non si finisca soltanto per dilazionare l'esplosione di problemi sociali irrisolti e, dall'altro, se ciò non serva di fatto a distogliere l'attenzione da comportamenti antiggiuridici non riconducibili alla sfera dei reati che suscitano allarme sociale, ma talora di essi *più pericolosi* sia in rapporto alla salvaguardia delle istituzioni democratiche, sia in rapporto alle conseguenze negative, dirette o indirette, per la tutela dei diritti umani.

¹⁰² Cfr. p. es. il vol. 3, n. 1 (January 2001), della rivista *Punishment & Society. The international Journal of Penology*, interamente dedicato alla problematica (*Special Issue on Mass Imprisonment in the USA*, ed. by D. Garland).

b) A ben vedere, l'elemento che caratterizza, ricollegandolo alla logica retributiva, il modello classico di prevenzione si sostanzia nel qualificare quest'ultima come effetto di un mero esercizio della *forza*¹⁰³: in altre parole, come effetto – dal punto di vista *generale* – del timore di un danno coattivamente applicabile e, dal punto di vista *speciale*, dell'incapacitazione fisica a delinquere realizzata mediante l'esecuzione della condanna (aspetto, invero, che ha visto negli scorsi decenni alcune deroghe, ma che oggi, stante l'esempio americano, rischia di conoscere una nuova enfasi).

Resta dunque assente da un simile quadro il rilievo in termini preventivi del fattore *convincimento* e con ciò l'interesse a promuovere nei cittadini *anche* attraverso il sistema penale la disponibilità ad accogliere per ragioni non puramente strumentali, facendole proprie, le esigenze di tutela rappresentate dal diritto.

In breve: l'auspicata prevenzione penalistica dei reati si fonda tuttora su dinamiche di pura e semplice *coazione esterna*, trascurando il ruolo fondamentale che assume, onde scongiurare le condotte criminose, il *consenso* nei confronti dei precetti normativi: ma proprio un modello di prevenzione orientato a tenere alta l'autorevolezza di tali precetti e la libera adesione agli stessi dei loro destinatari – cioè fondato non già sull'esercizio della forza, bensì sulla ricerca del consenso – costituisce l'alternativa di fondo ai criteri fino a oggi ritenuti indiscutibili dell'intervento penale.

Vi sono d'altra parte ottime ragioni per ritenere che producano livelli assai più stabili di prevenzione i sistemi penali disposti a riguardare i cittadini – in veste di agenti potenziali o attuali di reato – non già come mero *oggetto* passivo della minaccia e se del caso dell'applicazione di un male, bensì pur sempre come *destinatari di un appello*, tale da presupporre un dialogo costantemente aperto.

«Il diritto – così di recente un giurista di area extrapenalistica – non si regge certo sulla sola comminazione di misure sanzionatorie, ma anche e principalmente sul riverbero sociale che giungono a ottenere le sue qualifiche normative»¹⁰⁴; dunque, su quella che, rispetto alle norme penali, Klaus Lüderssen definisce *Legitimationskraft*, evidenziando il ruolo di fattore criminogenetico cardine che il suo difetto assume in rapporto ai deficit di socializzazione e alle insufficienze della struttura sociale: «nell'eventualità di una *legittimazione* molto debole viene pressoché meno la necessità di individuare ragioni specifiche dell'inosservanza di una norma»¹⁰⁵.

L'attenzione per simili profili corrisponde in modo del tutto peculiare allo spirito della democrazia: solo lo stato democratico può infatti ambire, diversamente dai regimi totalitari o dalle aggregazioni criminali che perseguono il controllo del territorio, a ottenere un'adesione *libera* dei singoli individui nei confronti delle sue norme, e pertanto a *convincere* piuttosto che a *costringere*; ciò anzi ne rappresenta la forza autentica, mentre allorquando il diritto agisce secondo modalità di pura coazione il criterio del suo perseguire scopi preventivi dipende dalla contingenza dell'azione repressiva e può avere soltanto, a sua volta, effetti contingenti, non distinguendosi dal criterio operativo, poniamo, di un'organizzazione mafiosa.

Potrebbe obiettarsi che il sussistere del diritto penale attiene proprio all'eventualità di una non sufficiente tenuta dei fattori *lato sensu* culturali cui è affidato in via primaria il compito della prevenzione; simile rilievo, tuttavia, non comporta in alcun modo che la tutela *rafforzata*¹⁰⁶ dei

¹⁰³ Sulla tradizione del diritto inteso come forza e sul ruolo assunto a tal proposito dalla teorizzazione hegeliana cfr., sinteticamente, N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, 3^a ed. a cura di G. Fornero, Torino, 2001, p. 315 s.

¹⁰⁴ Così S. BERLINGÒ, *Libertà religiosa, pluralismo culturale e laicità dell'Europa: diritto, diritti e convivenza*, in *Il Regno documenti*, supplemento al n. 3/2002 (Atti del convegno *Coscienza cristiana e nuove responsabilità della politica*, Camaldoli, 29 giugno - 1° luglio 2001), p. 42.

¹⁰⁵ Cfr. K. LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, Milano, 2005 (trad.), p. 41 ss.

¹⁰⁶ Cfr., ancora, K. LÜDERSSEN, *Alternativen zum Strafen*, in AA.Vv., *Strafgerechtigkeit (Festschrift für Arth. Kaufmann)*, Heidelberg, 1993, p. 491.

beni giuridici attraverso l'introduzione di reati debba attenere al piano puramente coercitivo e quindi prescindere dallo scopo di recuperare – in membri per così dire *a rischio* della società e da parte dello stesso condannato – il *consenso* (non prodottosi, o per ipotesi non in grado di prodursi, senza supporto penalistico) all'osservanza di specifiche regole fondamentali per la convivenza civile.

Emerge, su questa via, un aspetto di notevole interesse quanto alla natura *liberale* del sistema giuridico: si tratta di far sì che lo stesso settore massimamente espressivo dei poteri imperativi statuali consideri l'agente (potenziale o attuale) di reato quale individuo cui l'ordinamento rivolge pur sempre una proposta, valorizzandone la capacità tipicamente umana di assumere decisioni o, se vogliamo, la *libertà*¹⁰⁷; in altre parole, si tratta di escludere una configurazione della strategia penalistica secondo modalità che, riguardando i loro destinatari come meri oggetti di una costrizione fisica o psicologica, o di una minaccia, non sono proprie – *non possono essere ritenute proprie* – dei rapporti i quali coinvolgono *persone* (secondo un'esigenza che, come già osservavamo, potrebbe essere derivata, al pari del principio di colpevolezza, dall'art. 27, primo comma, della Costituzione).

È fuori di dubbio che le norme penali, almeno quando non operino cause di esclusione della colpevolezza o della pena, prevedono strumenti onde garantire che ne siano eseguite le sanzioni (ed in tal senso sono senza dubbio imperative), ma ciò non implica che le sanzioni medesime debbano essere pensate secondo logiche (coercitive) di intimidazione e neutralizzazione.

c) Se quanto s'è detto è vero, assumono ovviamente grande peso, in luogo di queste ultime nozioni, le cosiddette componenti *positive* della strategia preventiva.

Per quel che concerne la prevenzione generale, dunque, l'autorevolezza delle indicazioni comportamentali e delle connesse qualifiche di anti-giuridicità, autorevolezza dipendente, fra l'altro, dal credito riconosciuto alle procedure democratiche di produzione delle norme, dall'attendibilità delle istituzioni nel *promuovere*, sotto ogni profilo, i beni giuridici (anche penalmente) tutelati come pure nel provvedere in modo serio agli interventi che possano ridurre l'incidenza dei fattori criminogenetici, dalla capacità dei pubblici poteri di intercettare, bloccandone i vantaggi, un numero significativo di condotte illecite, dall'attitudine degli strumenti processuali a chiarire i quadri di responsabilità relativi agli illeciti commessi e a ribadire la vigenza del diritto violato.

Si consideri, d'altra parte, che proprio nei contesti democratico-pluralistici, ove il più delle volte non sussistono autorità unanimemente riconosciute in ambito etico, la legge penale viene a rappresentare l'*unico* criterio orientativo valido in linea di principio per l'intera società circa le condotte necessarie ad assicurare esigenze minime di tutela dei diritti umani.

La prevenzione generale positiva risulta in questo senso legata alla parte precettistica delle fattispecie criminose (al messaggio che esse, fissando un divieto, *a contrariis* propongono), non all'entità delle sanzioni: tanto è vero che, assente addirittura qualsiasi pena, è diversa l'incidenza generalpreventiva di una scriminante rispetto a quella di una mera esclusione della punibilità (sempre che il distinguo giuridico si renda, nelle conseguenze che se ne traggano in concreto, socialmente percepibile). Le sanzioni, semmai, possono contribuire allo scopo in esame non già attraverso la loro durezza o l'attitudine a soddisfare istanze retributive, bensì configurandosi secondo modalità esse pure capaci di operare in senso promozionale – per esempio nell'ottica della giustizia riparativa – rispetto al bene protetto.

¹⁰⁷ Significativamente I. MEREU, *Il profeta dell'incivilimento*, in *Il Sole-24 Ore* dell'8 maggio 2001, attribuisce dal punto di vista filosofico-giuridico agli illuministi lombardi dell'ottocento di aver cominciato "a discutere se si possa continuare a parlare di un diritto penale basato sulla *tecnica della coazione* o non sia il caso di cominciare a pensare a un sistema basato della *tecnica della coesistenza* (discussione che dura ancora oggi)".

Così intesa la prevenzione generale positiva non ha dunque davvero a che fare, come invece ampia parte della dottrina sembra ritenere¹⁰⁸, con quanto sostenuto dalle correnti neoretribuzioniste, vale a dire con l'effetto di stabilizzazione della fedeltà alle norme che deriverebbe dal soddisfacimento dei bisogni di pena emergenti rispetto a ciascun reato. Secondo questo approccio, infatti, il risultato preventivo è pur sempre atteso dalla minaccia, attualizzata nelle altrui condanne, del *malum poenae*, salva una lettura più sofisticata rispetto a quella classica del meccanismo psicologico operante, tale per cui attraverso l'esempio delle pene inflitte e secondo i livelli delle medesime ritenuti necessari verrebbe assicurato, si sostiene, il costante depotenziamento degli impulsi a imitare le condotte criminose nonché a infrangere, di conseguenza, il tabù dell'adesione al diritto. Secondo l'ottica poco sopra descritta, invece, il realizzarsi della prevenzione generale positiva dipende da ciò che nelle fattispecie di reato e nella loro applicazione *non s'identifica* con l'entità e, al limite, con la stessa sussistenza di una pena.

Si dirà che la questione attiene a mere scelte terminologiche, e in parte può essere. Ciò che conta, in ogni caso, è superare l'idea, propria dell'opinione più diffusa, secondo cui il diritto penale agirebbe in senso generalpreventivo soltanto, o soprattutto, attraverso l'entità della pena minacciata ed eventualmente inflitta, il che conduce a negare la centralità dei profili di orientamento delle condotte *autonomi* dalla logica fondata sulla deterrenza. Ricondurre questi ultimi alla prevenzione generale *positiva* risponde, peraltro, all'esigenza di distinguere fra strategie politico-criminali fondate sulla dimensione *forza* o sulla dimensione *consenso*, permettendo, subito lo vedremo, un utile raccordo con le componenti non puramente neutralizzative della prevenzione speciale.

Rispetto a quest'ultima la versione positiva si sostanzia, com'è ben noto, nell'intento risocializzativo, che persegue il recupero della disponibilità personale al rispetto (*per scelta*) delle norme penali, in luogo dell'incapacitazione fisica a delinquere o del mero condizionamento a non rendersi recidivi per non patire di nuovo il male già sperimentato. Un'ottica nel cui ambito l'ordinarietà della pena dovrebbe essere intesa come mirante a *consolidare* i livelli di socializzazione del condannato, ferme esigenze di controllo per così dire *speciale* quando sussista il pericolo effettivo della reiterazione di gravi reati (laddove il modello vigente resta imperniato sulla sistematica desocializzazione connessa alla pena detentiva, salvo deroghe per lo più ispirate a logiche deflative e propositi rieducativi quantomeno poco credibili).

Ciò che appare importante, tuttavia, è il fatto per cui la valorizzazione del consenso quale cardine della finalità specialpreventiva non rileva *soltanto* a beneficio del condannato, così che gli obiettivi *di interesse sociale* perseguibili nei confronti di chi già abbia commesso un illecito lo sarebbero più efficacemente attraverso gli strumenti tradizionali; piuttosto, deve constatarsi come nulla sia in grado di riaffermare in modo maggiormente credibile, nella coscienza sociale, la vigenza della norma violata di quanto non lo sia la disponibilità a tornare a rispettarla da parte del trasgressore medesimo.

Questi, prendendo le distanze con una sua scelta rispetto alla precedente esperienza criminosa *destabilizza* nel contesto sociale complessivo e, soprattutto, in quello specifico di provenienza l'attitudine dell'illecito posto in essere a fungere da modello di comportamento; il che assume tanto più rilievo alla luce dell'attenzione dedicata da tempo in sede criminologica (secondo la prospettiva delle c.d. *associazioni differenziali*) al ruolo cardine che rivestono quanto al diffondersi delle condotte antiggiuridiche i *processi imitativi* – o più in generale le dinamiche di approvazione o disapprovazione operanti all'interno dei gruppi in cui l'individuo afferma la sua personalità verso determinate modalità dell'agire¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Riferimenti, p. es., in G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 136 ss.; si veda anche K. LÜDERSEN, *Il declino*, cit., p. 3.

¹⁰⁹ Cfr. G. FORTI, *op. cit.*, p. 510 ss.; per un'interessante analisi dei meccanismi *mimetici* cfr., già nel 1947, M. HORKHEIMER, *Eclisse della ragione. Critica della ragione strumentale*, Torino, 1969, p. 123 s.

L'orientamento al recupero implica del resto che l'ordinamento giuridico e di riflesso la società tornino, per così dire, di volta in volta a *motivare* le ragioni di tutela del bene leso, in certa misura riproponendole, mediante il percorso svolto dal condannato, a tutti i cittadini: il che non avviene con la mera stigmatizzazione, in maniera apodittica e non argomentata, del comportamento deviante attraverso il meccanismo retributivo (la società che si limita a operare una ritorsione, facendo affidamento sull'automatismo della sua efficacia simbolica, si mostra assai *meno sicura* di possedere spiegazioni convincenti e proponibili in un contesto democratico-pluralistico per il non delinquere).

Dunque, la prevenzione speciale (intesa come risocializzazione) fa prevenzione generale (in senso *positivo*), creando condizioni favorevoli al rafforzarsi del consenso intorno ai precetti normativi. Nel contempo, il recupero del condannato, incidendo sull'ascendente che l'agire antigiusuridico esercita nella realtà da cui questi proviene, contribuisce a *chiudere* posti di lavoro criminale.

Ne deriva la riconquista da parte dell'orientamento risocializzativo – non più fondato sulla centralità del carcere – di un ben preciso statuto politico-criminale, tale da consentire di riconoscere finalmente all'art. 27, terzo comma, della Costituzione il ruolo, che gli spetta, di cardine della strategia preventiva, implicante l'opzione per una modalità della medesima fondata, secondo la terminologia che abbiamo adottato, sul paradigma del *consenso*, piuttosto che su quello della *forza*.

Del pari, ne deriva che la categoria della colpevolezza, in quanto esige il rilievo di fattori soggettivamente orientati che potrebbero risultare *disfunzionali* a una mera stigmatizzazione simbolica del fatto nel suo profilo oggettivo, non costituisce semplice *contrappeso*, ad essa estraneo, della strategia preventiva, ma elemento la cui considerazione è *indispensabile* in rapporto ai fini perseguiti dal sistema penale.

Una volta che l'attesa di esiti preventivi non venga più ricondotta all'entità in sé della pena (all'entità, cioè, della sofferenza irrogata) si apre la via, inoltre, a una diversificazione reale dell'apparato sanzionatorio e alla rivalutazione del ruolo suscettibile di essere assolto in senso preventivo già dalla fase del processo. Proprio al processo, e non tanto alle caratteristiche della condanna, andrebbero affidati, per esempio, sia l'intento di rendere manifesto il giudizio sulla gravità del fatto criminoso, sia l'intento di riaffermare rispetto a quest'ultimo la vigenza del diritto violato: così che la pena possa invece rispondere, fondamentalmente, a un'ottica riparativa, riabilitativa o di contrasto – quando necessario – degli interessi economici in gioco.

7. Prospettive di una risposta al reato che rappresenti un *percorso* e non un *male*.

Risulta pertanto necessario non già continuare a interrogarsi sulla funzione della pena dando per scontate le modalità retributive secondo le quali essa tradizionalmente viene costruita (come *analogo negativo* del fatto commesso), bensì accettare, finalmente, di riflettere sulla configurazione concreta delle sanzioni penali.

Esigenza, questa, non eludibile ritenendo che ci si possa limitare a richiedere una minor estensione, e rispetto alle pene una minor durata, dell'intervento penale – nella prospettiva, in sé benemerita, del diritto penale *minimo* – senza contestarne l'ancoramento al paradigma retributivo, di cui è manifestazione il ruolo cardine della pena detentiva.

I motivi, infatti, che rendono difficile estromettere determinate materie dalla competenza dell'autorità giudiziaria penale *non si sovrappongono* a quelli che potrebbero esigere, solo rispetto al pericolo della reiterazione di gravi reati, il ricorso a un periodo di detenzione; l'aver realizzato, inoltre, un illecito penale grave non rende in alcun modo meno pregnanti le ragioni di un riferimento alla persona delle conseguenze sanzionatorie, né tantomeno esclude che la persona, pur ritenuta colpevole, manifesti situazioni personali problematiche; infine, è proprio il paradigma retributivo che emargina il ruolo della persona che subisce la pena, relegando gli stessi

provvedimenti sostitutivi o alternativi a una funzione subalterna, carente di risorse appropriate, poco approfondita quanto alle motivazioni preventive e, come tale, sempre ampiamente precaria.

Sembrerebbe, d'altra parte, che la Commissione all'opera per la riforma del codice penale si orienti a *rafforzare* (escludendo anche il binario della pena pecuniaria) l'egemonia della detenzione fra le pene principali, non senza il timore che a ciò si associ, attraverso la complessiva restrizione della discrezionalità giudiziaria, il ritorno più o meno esteso a prospettive simboliche di coincidenza tendenziale fra pena inflitta e pena eseguita (sebbene la duttilità della detenzione in sede esecutiva sia stata indicata dalla Corte costituzionale come esigenza inderogabile).

Si tratta in sintesi di evitare che il principio di *extrema ratio*, da principio limitativo posto a garanzia del cittadino nei confronti della potestà punitiva, si trasformi in principio fondativo dell'intervento penale in quanto costruito sulla restrizione della libertà personale.

Parlare di una risposta al reato che rappresenti un percorso almeno potenzialmente significativo per l'autore e non un "male" che egli debba *scontare*, spostando in tal modo il fulcro della riflessione sui contenuti di tale risposta, non significa ovviamente negare che quest'ultima *si opponga* alla volontà criminosa manifestata dal soggetto agente (contrastandola nei suoi effetti e rispetto alla prospettiva di una sua reiterazione, ma anche dichiarandone in modo pubblico l'illiceità), e che pertanto la risposta suddetta rappresenti effettivamente, in un certo senso, la *negazione* del reato.

Ciò che sovente tuttavia si trascura è che quanto s'è detto, e dunque la circostanza per cui la risposta al reato può risultare impegnativa e tutt'altro che in linea con ciò che il soggetto agente avrebbe desiderato, non implica affatto che essa debba essere strutturata come un *male* per quel soggetto.

Conclusione la quale non va intesa, peraltro, nel senso tradizionale secondo cui a tal fine risulterebbe sufficiente che chi punisce (compreso il boia) non sia animato da sentimenti personali di odio o di vendetta, bensì nel senso ben più sostanziale secondo cui *intrinsecamente* la sanzione applicata non abbia contenuti di male – dal punto di vista di una valutazione democraticamente condivisibile – per il suo destinatario e di conseguenza non si strutturi come riproduzione speculare del male rappresentato dall'illecito commesso.

8. L'esigenza di svincolare l'espressione del disvalore relativo al fatto dall'entità della pena.

Su questa base emerge il nodo problematico di fondo per una riflessione che davvero possa determinare una svolta nella costruzione dei sistemi sanzionatori penali.

Da un lato si tratta di riconoscere come sia compito prioritario del processo penale quello di identificare l'antigiuridicità e pertanto il disvalore di una certa condotta, dichiarando alla luce di una ricostruzione concreta dei fatti che quanto accaduto *non doveva accadere*, che ha rappresentato una prevaricazione, che dovrà costituire paradigma affinché qualcosa di simile non torni a prodursi nel futuro: compito il quale corrisponde a un obiettivo di riconferma del diritto violato, e pertanto della sua autorevolezza, che manifesta l'esigenza più autentica dell'ordinamento giuridico e a un tempo della vittima di fronte al realizzarsi di un illecito.

Dall'altro lato, si tratta di svincolare l'espressione del suddetto disvalore dall'entità della pena detentiva inflitta, vale a dire di prendere le distanze dall'idea, assai radicata, secondo cui quel disvalore non potrebbe che essere segnalato proprio dalla *durata in sé* della condanna al carcere, in quanto *analogo negativo* del fatto colpevole.

Solo su questa via, infatti, diviene possibile che la risposta nei confronti della condotta antigiuridica assuma i contorni di un percorso significativo per l'autore, certamente coerente col fatto commesso ed entro limiti normativamente fissati in rapporto alla tipologia degli illeciti in gioco, ma non concepita come ritorsione che riduce il condannato al fatto, rendendolo mero portatore di una condanna che di quel fatto dovrebbe manifestare in senso addirittura matematico il livello di negatività.

Se ogni reato implica in certa misura il disconoscimento della vittima come destinataria di un rapporto personale, potrebbe dirsi come *un tu*, e quindi la sua *cosificazione* funzionale a determinati interessi, ma in tal senso anche l'impoverimento della stessa identità di chi abbia agito in senso antiggiuridico, la risposta al reato deve aprire al recupero di rapporti fondati sulla responsabilizzazione e sul riconoscimento reciproco, e non riprodurre nei confronti dell'agente la dinamica di *cosificazione* che è propria del reato.

Tutto questo orienta, in particolare, a ridefinire il ruolo del processo, evitando che di esso l'unico aspetto socialmente percepito si sostanzia nell'inflizione, e nella quantificazione, della pena.

Dovrebbe essere compito del processo, infatti, più che della pena, l'espressione del giudizio di disvalore sul reato del quale si discuta: anzi, si potrebbe pensare perfino a un'esternazione sintetica di simile giudizio nell'ambito del dispositivo con cui si chiudono le sentenze, tale da scindere, anche sotto il profilo del messaggio sociale, ciò che attiene a quel giudizio e ciò che attiene ai contenuti della risposta al reato.

Non a caso, del resto, l'esperienza della mediazione penale mostra come la stessa parte offesa non richieda ordinariamente il ricorso a provvedimenti fondati su logiche di ritorsione nel momento in cui si renda possibile pervenire al giudizio di riprovazione del fatto in maniera *diversa* (in tale ipotesi, addirittura, mediante il dialogo col soggetto agente) rispetto a quanto accade attraverso il processo tradizionale orientato alla dinamica retributiva, che finisce per presentare alla vittima proprio l'entità della pena come modalità espressiva tipica del disvalore di quanto subito.

Nel contesto sin qui descritto appare dunque importante, soprattutto, la progettazione di modalità sanzionatorie volte alla responsabilizzazione verso i beni aggrediti, alla composizione dei conflitti, alla riparazione (da non identificarsi col risarcimento civilistico del danno, ma da riferirsi alla condizione effettiva del soggetto interessato) o rappresentate da percorsi riabilitativi di carattere non detentivo: modalità le quali ovviamente non escludono il contrasto economico degli interessi in gioco, e dunque, per esempio, il ricorso alla sanzione pecuniaria o ad interventi sulle dimensioni patrimoniali, nonché a provvedimenti interdittivi, specie nell'ambito dei reati economici (soprattutto con riguardo alle persone giuridiche) e delle strategie di tutela anticipata, cui dovrebbe rimanere estranea la minaccia della detenzione.

Tali modalità, comportando dinamiche di valorizzazione per così dire *attiva* dei beni offesi dal reato, appaiono in grado di attestare il disvalore delle condotte antiggiuridiche in maniera diversa, ma fondatamente *più credibile* rispetto alla mera definizione simbolica di un'entità numerica della pena detentiva da scontarsi.

Esse implicano un ambito di discrezionalità giudiziaria che superi il ruolo suppletivo della medesima rispetto alle carenze di indicazioni politico-criminali del legislatore, per configurarsi come spazio pianificato dal legislatore medesimo, entro ben precisi limiti, onde attuare nel caso concreto linee guida da reperirsi in sede normativa.

Con il che, fra l'altro, vengono prese le distanze da un concetto solo formale della legalità, mirante a un'apparenza di garanzia – fondata sulla tendenziale *matematicizzazione* delle scelte relative alle sanzioni, non a caso descritte in termini di c.d. *commisurazione* della pena – il cui presupposto è dato da una drastica oggettivizzazione dell'immagine assunta nel processo dall'agente di reato: immagine che fa da sfondo a una logica punitiva la quale, vedendo in quest'ultimo il mero destinatario passivo di una ritorsione, implica per il medesimo una perdita complessiva di garanzie sostanziali.

Ovviamente, non si tratta di aggiungere nuova penalità alla penalità detentiva, ma di contenere al massimo il ricorso a quest'ultima.

In sintesi, appare necessario valorizzare, sia in termini di prevenzione generale che di prevenzione speciale, la possibile dimensione *dialogica* della giustizia penale: indirizzo il quale dovrebbe permettere un perseguimento *più credibile* delle asserite finalità di reinserimento sociale anche rispetto ai casi in cui, sul presupposto di un serio pericolo della reiterazione di reati gravi, non si ritenga di poter prescindere dalla detenzione.

Non senza una forte vigilanza affinché gli stessi spazi offerti dal sistema vigente per mitigare la centralità assegnata all'intervento sulla libertà personale fra le pene principali non siano revocati, ovvero resi impercorribili per la carenza cronica delle risorse – in termini materiali e di personale – messe concretamente in opera onde perseguire l'obiettivo, enunciato in sede di principio, della risocializzazione¹¹⁰.

9. Concezione retributiva e rilievo *in malam partem* dell'evento.

È interessante peraltro rilevare come siano stati condizionati e resi equivoci dallo schema retributivo la categoria stessa e il ruolo dell'*evento*.

In proposito si è soliti sostenere che punire la causazione, attraverso condotte colpevoli, di eventi naturalistici, commisurando le pene al prodursi dei medesimi, rappresenti la miglior garanzia nei confronti di logiche illiberali proclivi a far dipendere l'intervento penale da parametri implicanti l'introspezione dell'interiorità (*Gesinnung*, colpa d'autore, *et similia*): non senza, in quest'ottica, un'indebita quanto diffusa sovrapposizione concettuale fra le nozioni di condotta e di atteggiamento interiore.

A ben vedere, tuttavia, si tratta di un modello che mutua dall'idea più arcaica di contrappasso l'enfatizzazione, a parità di condizioni *ex ante* rilevanti, del verificarsi oggettivo di eventi: e che le conseguenze di un simile modello siano davvero garantistiche è oltremodo discutibile.

Constatarlo non implica peraltro – valga subito a evitare malintesi – la *negazione* del ruolo dell'evento nel sistema penale, ma semmai l'esigenza di valorizzarne, senza non necessari effetti *in malam partem*, la funzione di riferimento ineludibile per selezionare, differenziandole, le condotte rilevanti: sia in quanto evento (significativo o meno ai fini penali) la cui prospettiva di realizzazione abbia dato causa alla condotta, sia in quanto evento che rappresenti un costo prevedibile non consentito del perseguimento di tale prospettiva.

Il fatto è che, date condizioni più o meno intensamente rischiose addebitabili a un certo individuo, il verificarsi dell'evento significativo ai fini penali dipende *ex ante*, per quanto ne sia nota la ricorrenza statistica, dal caso. Come pure dipende dal caso l'essersi verificato tale evento a seguito della condotta dell'una o dell'altra fra più persone le quali abbiano rischiato *allo stesso modo*. Che poi *ex post*, ove l'evento si sia verificato, ciò non sia addebitabile al caso, ma possa essere ricondotto proprio ai fattori di rischio attivati (fermo un accertamento causale corretto, alla luce di tutti i dati situazionali resisi a posteriori verificabili)¹¹¹ è chiaro, ma ciò non sposta in alcun modo i termini del problema.

Si pensi alle ipotesi di colpa cosciente, per loro natura dipendenti da condotte il più delle volte caratterizzate da un rischio non particolarmente elevato di causazione dell'evento nel singolo caso concreto: quello tra i rischianti che vedrà il prodursi dell'evento subirà l'aggravio della pena,

¹¹⁰ Per ulteriori approfondimenti di chi scrive circa le problematiche prese in esame nel presente contributo cfr. *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, 1990; *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in S. ANASTASIA - M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme (Democrazia e diritto, n. 5)*, F. Angeli, Milano, 2001, pp. 114-156; *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, pp. 76-115; *Oltre la prospettiva del diritto penale minimo*, in U. CURI - G. PALOMBARINI G. (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli, 2002, pp. 185-202; *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, in L. PICOTTI - G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Giuffrè, 2003, pp. 55-77; *Il diritto penale non è una scienza*, in *Dignitas. Percorsi di carcere e di giustizia*, n. 3 (2003), pp. 15-21.

¹¹¹ Così N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, p. 286.

nonostante gli sia addebitabile la medesima colpevolezza dei rischianti dalla cui condotta non sia derivato alcun danno. Il che evidenza come il modello, in genere, del reato colposo di evento abbia un'attitudine preventiva alquanto problematica, configurandosi a *cifra oscura*, per così dire, intrinseca¹¹²: salvo che sia autonomamente sanzionata sul piano penale o amministrativo (e al di là delle considerazioni consuete attinenti ai tassi di accertamento dei reati), la condotta illecita, infatti, mantiene nel contesto in parola un'alta probabilità strutturale, *ex ante*, di poter essere tenuta senza conseguenze giuridiche.

Il rimando all'evento, accreditato come fattore garantistico, ha reso dunque, in pratica, (assai) più grave, rispetto a quella degli altri rischianti, la posizione dei *rischianti più sfortunati*, e ciò in termini di vera e propria responsabilità oggettiva: ostacolando in questo modo un controllo *serio*, attraverso mezzi nel contempo più efficienti e più miti rispetto a quelli penalistici tradizionali, delle condotte pericolose.

Quanto s'è detto è stato favorito dal rilievo che ha avuto il modello dell'illecito doloso di evento, e in particolare dell'omicidio volontario, nella costruzione della teoria del reato: modello il quale, tuttavia, rappresenta l'*unica ipotesi* in cui è proprio la prospettiva di cagionare l'evento penalmente rilevante che dà causa alla condotta, vale a dire in cui il fulcro decisionale del soggetto agente si incentra sull'evento costitutivo del reato¹¹³. Ciò che, tra l'altro, rende molto probabile la scelta di una condotta ad alto o altissimo rischio di causazione dell'evento medesimo (vale a dire dotata di un'elevata idoneità *ex ante*): sebbene pure nell'ipotesi in parola possa ben accadere che tra due persone le quali pongano in essere i medesimi presupposti di un tentativo compiuto, solo la condotta dell'una – anche in questo caso, *ex ante*, per pura sorte – sia seguita dal verificarsi (questa volta auspicato) dell'evento, con la conseguenza di una pena alquanto più grave.

In tutte le altre ipotesi, cioè in tutte le ipotesi non riconducibili al dolo intenzionale, l'evento significativo ai fini penali non è oggetto della prospettiva che dà causa alla condotta, la quale persegue un altro risultato¹¹⁴. E la colpevolezza del soggetto agente si fonda sempre (salvo il caso del dolo c.d. diretto, in cui la verifica dell'evento non voluto è prevista in termini contigui alla certezza) sull'aver posto in essere indebitamente una condotta rischiosa. Per cui la penalizzazione riferita al verificarsi dell'evento comporta senza dubbio un *surplus* macroscopico sul piano sanzionatorio per il soggetto coinvolto, rispetto alla condizione di chi abbia corso lo stesso rischio, ma senza il prodursi (non auspicato) di conseguenze.

Il diritto penale tradizionale ha dunque privilegiato l'aspetto (consono alla vocazione oggettivistica del contrappasso) rappresentato dall'avvenuta causazione di eventi, pur essendo chiaro che di quest'ultima il soggetto agente può solo porre in essere presupposti causali più o meno pericolosi, il cui sfociare effettivamente nell'evento sfugge al suo dominio (tanto più ove l'evento non sia voluto e il soggetto agente non abbia di conseguenza *ottimizzato*, per quanto in suo potere, la strategia causale): così che la responsabilità per l'evento e la scelta dei soggetti da punire o da punire più gravemente a seguito del verificarsi dell'evento medesimo – dati certi presupposti tali da configurare una sorta di *versari in re illicita* – vengono a dipendere dal caso.

¹¹² Cfr. anche *supra*, nota 2.

¹¹³ Si consenta il rinvio a L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993 p. 107 ss.

¹¹⁴ Nondimeno, il punto di vista penalistico fondato sulla causazione di eventi fa sì che anche queste ipotesi, allorquando, poniamo, l'evento cagionato consista nella morte di un uomo, siano frequentemente accomunate nella descrizione omnicomprensiva secondo cui il soggetto agente *ha ucciso* la vittima. Sarebbe, invece, più aderente al vero affermare che, in esse, il soggetto agente ha violato in modo più o meno grave una regola di diligenza e ne è derivata la morte di un uomo: il che non toglie, peraltro, che vi siano comportamenti realizzati per fini egoistici ad altrui rischio molto riprovevoli e, per converso, numerose ipotesi in cui la causazione dolosa di un evento grave sia riconducibile a contesti in cui la colpevolezza risulta, se non esclusa, fortemente attenuata.

Ci si è troppo scarsamente riferiti, invece, a ciò che davvero dipende dall'individuo, e che può essere oggetto di motivazione: cioè alla prospettiva finalistica che dà causa a ciascuna condotta, avendo sempre per oggetto la realizzazione di una modifica del mondo esterno (cioè di un evento), e alla tenuta, nell'ambito delle strategie finalistiche perseguite, di condotte pericolose in rapporto al possibile realizzarsi di eventi indesiderati.

E ciò rende evidente che per valutare una condotta, come più sopra si accennava, resta indispensabile sia il riferimento all'evento da essa perseguito, sia il riferimento ai possibili eventi offensivi non voluti che ne possano scaturire. Nulla che abbia a che fare, pertanto, con esoteriche capacità di cogliere la malizia interiore, il malanimo, la perfidia o quant'altro: le condotte sono *fatti materiali* e l'intenzionalità o la rappresentazione sono *stati psicologici reali*, i problemi relativi al cui accertamento non possono (non dovrebbero) essere elusi nemmeno dal diritto penale classico.

Del pari, è solo con riguardo all'evento che s'intenda scongiurare – e al bene giuridico tutelato – che potrà essere valutata la pericolosità effettiva, escludendo presunzioni, di una data condotta¹¹⁵.

Ovviamente, deve evitarsi che l'emergere delle aporie di una penalizzazione concepita come contrappasso degli eventi cagionati, invece di condurre a un sistema di prevenzione con mezzi nuovi delle condotte pericolose, venga utilizzata per legittimare il contrasto di tali condotte mediante le pene, essenzialmente detentive, del diritto penale finora praticato. Si tratta di superare la dimensione simbolica e le implicite violazioni del principio di uguaglianza proprie del diritto penale fondato sulla causazione di eventi, non certo di punire le condotte pericolose come tradizionalmente si sono *puniti* gli eventi.

Ove poi si sostenga che solo la realizzazione dell'evento è in grado di attestare oltre ogni ragionevole dubbio la pericolosità di una condotta, si rimanda all'indubbia centralità del problema probatorio: ma, in proposito, non si deve dimenticare che lo stesso prodursi dell'evento non esonera affatto dalla prova che la condotta risultata *ex post* causale si configurasse *ex ante* (sufficientemente) pericolosa. Semmai può osservarsi che proprio l'enfaticizzazione del ruolo dell'evento ha lasciato supporre, in modo assai poco convincente, che sia lecito differenziare tra il concetto di idoneità nel tentativo e il requisito minimo di pericolosità della condotta che abbia cagionato un evento rilevante ai fini penali.

Rimane, certamente, il delicatissimo problema di come *gestire*, in un sistema che lo non enfatizzi più ai fini della pena, il prodursi di un evento offensivo – che può essere non di rado molto grave – a seguito della tenuta di una condotta rischiosa.

Il problema è ineludibile, perché il prodursi in certa misura contingente, data una condotta antigiuridica, di un simile evento *pesa* nei rapporti intersoggettivi, causando danno, dolore, lutto. La sfida sta nel non cercare la risposta sul piano simbolico dell'entità di una pena (altro sono i profili civilistici) intesa come retribuzione dell'evento cagionato: e, a questo fine, opportunità significative appaiono offerte proprio dalla giustizia riparativa, che, dando rilievo alla situazione concreta in cui vengono a trovarsi la vittima e il soggetto agente a seguito di una condotta illecita, può permettere un'elaborazione a sua volta concreta delle sofferenze in tal modo determinatesi (le vicende umane, del resto, sono *sempre* segnate da dimensioni di contingenza – o se si vuole di ingiustizia distributiva – e non per questo ci si può esonerare dal farsene carico).

10. La necessità di dare attuazione al principio dell'*extrema ratio* nell'ambito delle sanzioni penali.

Una strategia di risposta ai reati come quella in precedenza tratteggiata, che va oltre il semplice rimando al diritto penale minimo, appare soprattutto in grado, peraltro, di consentire un'attuazione *credibile* dell'*extrema ratio* quale principio guida riguardante l'intero sistema punitivo.

¹¹⁵ Esigenze, tutte dunque condivisibili, ripetutamente richiamate in N. MAZZACUVA, *op. cit.*, *passim*.

Simile principio, alla luce degli artt. 13 e 27, terzo comma, Cost., implica, da un lato, che non s'intervenga su beni di maggior rango, piuttosto che su beni di rango inferiore, senza assoluta necessità, dall'altro che la risposta sanzionatoria cerchi quanto più possibile di consolidare, e comunque di salvaguardare, i livelli di socializzazione del soggetto ad essa sottoposto: solo un modello, tuttavia, che non identifichi la forma *ottimale* della tutela prevista dal diritto rispetto ai fatti illeciti con la massima durezza intrinseca delle sanzioni può consentire una presa di distanze convinta, e non revocabile, dal ruolo centrale del carcere, evitando che sia percepita come una *rinuncia* a fare prevenzione.

Il canone dell'*extrema ratio* attiene dunque, prima che alla qualifica penale o extrapenale di un dato illecito, alle modalità sanzionatorie cui in concreto s'intenda fare ricorso ed esige, innanzitutto, che sia affermato il carattere rigorosamente sussidiario dell'utilizzazione di pene detentive. D'altra parte, il riferimento all'*extrema ratio* del diritto penale è nato proprio in rapporto alla coincidenza, per lungo tempo indiscussa, fra *ius puniendi* e possibilità di incidere attraverso la pena sulla libertà di chi abbia commesso un illecito: il che ha condotto a sovrapporre limiti riguardanti la penalizzazione e limiti riguardanti, per l'appunto, la privazione della libertà.

Ciò premesso, le sanzioni non detentive sono suscettibili di essere qualificate o meno dal legislatore come *penali* secondo giudizi aperti a una certa legittima variabilità: in proposito, si tratta di valutare, essenzialmente, l'ambito dei diritti comunque coinvolti dalle singole sanzioni, l'opportunità di far leva in senso preventivo sulla specifica autorevolezza della definizione di un illecito quale reato, i motivi che depongano per il mantenimento della competenza in capo a un'autorità, quella giudiziaria, cui la Costituzione garantisce piena autonomia dal potere politico, le esigenze che consiglino di rendere disponibili i peculiari strumenti d'indagine propri della magistratura, la necessità di tener fermo l'apparato delle garanzie tipiche del sistema penale.

Il profilo che attiene alle garanzie è particolarmente delicato: in presenza di sanzioni non detentive e soprattutto di sanzioni le quali non consistano nella privazione di diritti potrebbe in effetti discutersi, anche nei casi in cui sia mantenuta la competenza penale, del ricorso a procedimenti *meno complessi* rispetto allo standard penalistico ordinario (diversamente si rischia, come osservavamo, un'erosione strisciante delle garanzie entro l'ambito di un sistema che continua a fondarsi sulla minaccia del carcere); ma ove una simile via, con cautela, venga percorsa dev'essere accuratamente impedito che, semplificate le garanzie, l'accesso al carcere delle persone fisiche si renda nondimeno prospettabile *in seconda battuta*, vale a dire nell'ipotesi in cui siano disattese le prescrizioni dettate dalla sentenza di condanna.

Appare dunque estremamente importante, per non incorrere in pericolose frodi delle etichette, che l'ambito delle sanzioni non detentive rilevanti sul piano penale e applicate sulla base di regole specifiche definisca un sistema *chiuso*, tale cioè da non consentire, in forza di vicissitudini della fase esecutiva, il passaggio alla detenzione (passaggio che in linea di principio, peraltro, andrebbe *sempre* evitato).

Non sembra invece facilmente utilizzabile come criterio distintivo fra competenza penale ed extrapenale, ove sia esclusa in radice l'applicabilità del carcere, il mero riferimento al bene *finale* tutelato, dato che la gran parte delle norme istitutive di illeciti restano pur sempre riferibili, almeno in via indiretta, alla salvaguardia di beni tutt'altro che secondari, quali l'integrità fisica, l'uguaglianza, la dignità umana.

Uno spazio *molto ampio* per il diritto penale non detentivo – vale a dire per sanzioni non detentive che restino penali – si manifesta in ogni caso *necessario*: diversamente, cioè rifacendosi al proposito di depenalizzare l'intera gamma degli illeciti che possano non essere sanzionati col carcere, si avrebbe con altissima probabilità (lo attestano le vicende degli ultimi anni) una depenalizzazione modesta e il permanere entro l'ambito del tradizionale sistema penale *detentivo* di *tutte* le fattispecie per le quali non vi sia bisogno alcuno di prevedere il ricorso al carcere, ma non sia del pari proponibile, per ragioni politico-criminali o anche storico-culturali, l'abbandono della competenza penalistica.

In pratica, un diritto penale *solo* detentivo impedirebbe l'utilizzazione effettiva del carcere come *extrema ratio*. Mentre un ordinamento che prenda sul serio la sussidiarietà della detenzione, riservandola essenzialmente ai casi in cui sussista il serio pericolo della reiterazione di reati gravi (e quindi sussista l'esigenza di una peculiare rielaborazione in un ambiente per così dire *protetto* – rispetto al soggetto agente e alla società – del percorso criminoso), si configura in grado di superare davvero la coincidenza della politica criminale con gli strumenti tradizionali della politica *penale*, valorizzando il senso della *continuità* che dovrebbe contraddistinguere l'apparato sanzionatorio (penale ed extrapenale), nonché il collegamento di quest'ultimo con altri mezzi preventivi, sia di natura giuridica, sia attinenti alle politiche sociali e all'aspetto formativo-culturale.

Potrebbe parlarsi, in breve, di un sistema orientato, per fini di prevenzione, a favorire il *consenso*, piuttosto che un'obbedienza instabile fondata sul timore, nei confronti dei precetti giuridici: un sistema tale per cui lo stesso impianto sanzionatorio sia costruito intorno alle idee portanti del *recupero* a una partecipazione sociale corretta di chi abbia trasgredito la legge e della *composizione riparativa* per ciò che concerne la frattura dei legami solidaristici intersoggettivi rappresentata dalla condotta antiggiuridica; un sistema a un tempo molto vigile, nondimeno, circa il contrasto, soprattutto economico, delle condotte rischiose, come pure circa l'integrazione fra i diversi piani della strategia preventiva.

In un simile quadro alcune esigenze specifiche di tutela, sulla base di *scelte* politico-criminali motivate e controllabili (non necessariamente inerenti al tipo di sanzione utilizzato), più che di suddivisioni aventi rilievo per così dire *ontologico*, verrebbero gestite dal diritto penale. Solo entro i confini di quest'ultimo – è chiaro – resterebbe possibile l'intervento, in termini di *extrema ratio*, sulla libertà personale. Al di sotto di questo vertice sanzionatorio *limite* si collocherebbero rispettivamente, nella piramide politico-criminale, le sanzioni non detentive penali, le sanzioni non detentive extrapenali, le discipline giuridiche (commerciali, amministrative, tributarie...) orientate a incidere sui fattori criminogenetici, gli interventi politico-sociali ed educativo-culturali.

Non si dovrà attingere al livello superiore ove risulti sufficiente quello inferiore. Ma quale che sia il livello cui si ritenga necessario giungere onde tutelare, rispetto a certe forme di aggressione, un dato bene, i livelli antecedenti andranno *comunque percorsi*, perché solo in tal modo potrà essere minimizzato il numero delle fattispecie rispetto alle quali vengano previste le modalità d'intervento più intense, come pure il numero dei casi concreti rispetto ai quali le medesime vengano in effetti applicate.

11. Alcuni orientamenti per la riforma del sistema sanzionatorio penale.

a) È indispensabile costruire un apparato organizzativo *serio* – ben altra cosa rispetto ai mezzi modestissimi gestiti dai Centri di servizio sociale – per l'esecuzione delle pene non detentive: finché le risorse resteranno assorbite dal sistema penitenziario sarà molto facile definire non praticabili, in concreto, percorsi davvero autonomi (non puramente sospensivi o clemenziali, o in altro modo *ancillari*) rispetto al carcere, seppure lo stesso costo unitario delle sanzioni che non si fondino sulla detenzione sia di gran lunga inferiore al costo-carcere e seppure l'effettività di tali sanzioni possa essere assai alto (non è scontato, ad esempio, che la pena pecuniaria si caratterizzi per i risibili livelli italiani di esecuzione reale, quando in altri paesi accade esattamente il contrario).

b) L'auspicata estensione dei tipi di pena principale e il recupero del senso di continuità relativo all'insieme delle sanzioni che abbiano rilievo giuridico deve peraltro condurre a un decremento *effettivo* nel ricorso al carcere e non costituire una variabile autonoma – com'è accaduto nel passato con l'introduzione di strumenti sostitutivi o alternativi – rispetto all'andamento statistico della popolazione penitenziaria: ciò onde evitare la beffa, anche politico-criminale, di una riforma che

finisca solo per aggiungere penalizzazione (o comunque ulteriore spazio per l'intervento sanzionatorio) rispetto all'ambito applicativo tradizionale del carcere e rispetto alle stesse ben definite tipologie di *outsider sociali* che ne costituiscono la clientela.

c) Anche per questo va criticata l'indisponibilità, riscontrabile pure nei progetti recenti di riforma del codice penale, a introdurre una forma di pena alternativa al carcere – imperniata sul modello di un ridefinito affidamento al servizio sociale – *davvero spendibile* rispetto alla gran parte della popolazione penitenziaria, composta da persone con gravi problemi di inserimento sociale e sovente provenienti da contesti di degrado civile ed umano: persone che potrebbero trovare difficoltà, fra l'altro, a beneficiare della stessa sospensione condizionale (tanto più in rapporto ai nuovi presupposti cui la medesima verrebbe subordinata e allo scotto per la non riuscita risocializzazione che attraverso la disciplina della recidiva si vorrebbe nuovamente caricare sul condannato, secondo un disegno che in termini preventivi ha ben poco di realistico), pur risultando il più delle volte non particolarmente pericolose (ad esempio, non *organizzatrici* di attività criminale), ma necessitanti di un serio sostegno riabilitativo onde poter consolidare, e non ulteriormente deteriorare attraverso la detenzione, il senso dell'appartenenza secondo vincoli di corresponsabilità al tessuto sociale.

Ciò rende manifesti i limiti di strategie che dichiarino di prendere le distanze dalla centralità della pena detentiva, ma costruiscano pur sempre le altre tipologie sanzionatorie come mera privazione di diritti, non attribuendo spazio adeguato al filone delle pene-prestazione e ai percorsi riabilitativi: col rischio, per esempio, che la *detenzione domiciliare*, lungi dal concorrere a ridurre realmente i tassi di reclusione in carcere, finisca per diventare la valvola di sfogo pur sempre custodialistica, a basso prezzo, di un sistema che non muta la strategia imperniata, per l'appunto, sul carcere, e in tal senso finisca per assorbire – ve ne sono avvisaglie preoccupanti, *mutatis mutandis*, già nel contesto giuridico vigente – lo spazio delle attuali misure alternative rispondenti a un'ottica riabilitativa.

d) Del pari non è da condividersi l'indifferenza dei progetti di riforma per il recupero di un *dialogo* con l'autore di reato nell'ambito del processo: di un dialogo, cioè, il quale superi la prospettiva che dà spazio a elementi di giustizia negoziata per meri scopi deflattivi dei carichi giudiziari o persegue la mera collaborazione, quando rilevi, alle attività d'indagine, rimanendo chiusa, invece, a una logica di *composizione del conflitto* (non si è andati oltre il rilievo attenuante già oggi previsto per l'avvenuto risarcimento patrimoniale o l'essersi adoperati al fine di elidere o contrastare le conseguenze dell'illecito commesso).

In un simile orizzonte il processo resta solo un mezzo per applicare pene, non un'opportunità suscettibile di avere in se stessa significato preventivo.

Il fatto che l'imputato potrebbe essere disponibile, date certe condizioni, ad ammettere responsabilità *proprie* o perfino desiderarlo, continua – per esempio – a non suscitare interesse¹¹⁶: sebbene il favorire percorsi orientati al rientro nella legalità, senza oneri di collaborazione sovente insostenibili, risulti della massima importanza preventiva (specie con riguardo a carriere che abbiano avuto inizio in condizioni o fasce d'età segnate da scarsa autonomia decisionale), e sebbene lo stesso venir meno dei legami con gruppi criminali organizzati si manifesti, nella forma in esame, meno facilmente screditabile agli occhi degli altri membri di quanto non lo sia un distacco cui s'accompagnano benefici derivanti da una collaborazione ad altrui danno¹¹⁷.

¹¹⁶ Una specifica rilevanza era stata attribuita all'ammissione del fatto, circa i presupposti per il ricordo al giudizio abbreviato, nel disegno di legge sulla giustizia a suo tempo presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia G. M. Flick (cfr. *Relazione al Pacchetto Flick sulla giustizia*, con il testo del provvedimento, in *Guida al diritto*, 25 gennaio 1997, n. 3, p. 119 ss.).

¹¹⁷ Si consenta il rinvio, in proposito, a L. EUSEBI, *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Studium iuris*, 2001, p. 277 ss.

e) Per analoghi motivi resta incomprensibile la diffidenza circa l'apertura del processo a sub-procedure di *mediazione penale*, che restano relegate entro l'ambito della *prassi* minorile e dei reati perseguibili a querela di parte dal giudice di pace (ex art. 29, quarto comma, d. lg. 28 agosto 2000, n. 274).

La mediazione può offrire molto alla strategia preventiva, poiché consente di recuperare al processo, considerato in senso ampio, dimensioni incompatibili col suo strutturarsi ordinario ma assai importanti, come s'è visto, dal punto di vista politico-criminale, senza che ciò comporti lo svuotamento di capisaldi garantistici (ad esempio, del principio *nemo tenetur se detegere*): si pensi alla gestione non retribuzionistica delle esigenze legittime di cui è portatrice la vittima e all'introduzione di un contesto nel cui ambito può essere espressa, o ricercata, da parte dello stesso imputato – in assenza di conseguenze a suo danno – la *verità*.

Con la mediazione si realizza infatti uno spazio di confronto, fra agente presunto e vittima (o, in mancanza, fra il medesimo e un soggetto esponenziale dei beni coinvolti), *separato* dalle udienze giudiziarie, tale per cui gli elementi fattuali che in esso emergano restano ignoti sia al pubblico ministero che al giudice e sono inutilizzabili ai fini della condanna. Il giudice, piuttosto, riceve dalla persona (qualificata) che sovrintende alla procedura una relazione, di cui potrà tener conto, riguardante in via esclusiva l'esito della stessa, vuoi per quanto concerne gli impegni assunti ed eventualmente già assolti dall'imputato onde attestare la disponibilità per il futuro a una condotta responsabile nei confronti dei beni giuridici offesi, vuoi per quanto concerne l'atteggiamento tenuto dal giudicante nei confronti del suo interlocutore¹¹⁸.

In un certo senso, dunque, viene in gioco con la mediazione un ribaltamento della stessa prospettiva sanzionatoria tradizionale: si muove da una presa di iniziativa dello stesso imputato, che sarà valutata dal giudice.

A questo punto, resta ovviamente aperto il nodo concernente la scelta del tipo di rilievo da attribuirsi all'esito positivo dell'iter in oggetto nella commisurazione della pena in senso stretto e in senso lato: lo spettro delle soluzioni può essere molto ampio e va preso in esame con riguardo a specifiche categorie di reati e di pene, anche in ragione delle modalità sanzionatorie che si renderanno in futuro disponibili (potrebbe darsi un rilievo nell'ambito degli altri parametri commisurativi, ovvero ai fini della previsione di un'attenuante, di un provvedimento sospensivo o di messa alla prova, di una non procedibilità, dell'ammissione a un dato percorso, e così via).

¹¹⁸ Questa una traccia di possibili linee-guida:

«Durante la fase delle indagini preliminari o prima della chiusura del dibattimento, a tal fine sospeso per non più di novanta giorni, l'imputato è ammesso su sua richiesta a svolgere una procedura di mediazione [secondo le regole previste da un'apposita normativa] presso l'Ufficio di mediazione penale competente.

La procedura ha il fine di favorire la composizione del conflitto aperto dal reato nei confronti della parte offesa e dell'ordinamento giuridico, nonché la disponibilità da parte del soggetto agente alla riparazione e all'assunzione di impegni orientati a un futuro atteggiamento responsabile nei confronti dei beni giuridici offesi.

Alla procedura di mediazione è chiamata a partecipare, se sussiste, la parte offesa dal reato. L'indisponibilità di quest'ultima alla partecipazione o alla collaborazione durante la procedura non pregiudica la valutazione positiva dell'esito della medesima rispetto all'atteggiamento dell'imputato.

Di quanto avvenuto presso il tavolo di mediazione è resa nota al giudice solo una relazione finale sui risultati della procedura e sugli impegni concordati, assolti o comunque offerti dall'imputato medesimo.

I contenuti dei colloqui svolti in sede di mediazione restano per ogni altro aspetto segreti. Nulla in particolare può essere comunicato al giudice rispetto a quanto venga ammesso dall'imputato presso il tavolo di mediazione circa i reati che gli vengono attribuiti. Qualsiasi utilizzazione in sede processuale dei suddetti contenuti è vietata a pena di nullità insanabile.

Il giudice tiene conto dell'esito della procedura di mediazione ai fini...».

Del tutto scontato è che l'accesso alle specifiche procedure di mediazione può configurarsi soltanto come volontario.

In ogni caso, il possibile ricorso alla mediazione non esige in alcun modo di essere circoscritto a meri ambiti di criminalità minore, secondo quanto, soprattutto in Italia, è finora accaduto. Per sua natura, anzi, la mediazione si manifesta quale strategia di portata *generale*, rispondente a una ben precisa scelta preventiva, quella imperniata sulla promozione (e sul recupero) del *consenso* intorno alle esigenze di tutela dei beni fondamentali e per lo più descritta, internazionalmente, con l'espressione di *restorative-justice*¹¹⁹.

Al di là delle singole procedure di mediazione fra agente e vittima di reato, che potrebbero essere accettate come una sorta di *nicchia* del sistema sanzionatorio penale da riferirsi a settori privilegiati, l'ottica finalizzata a promuovere – per l'appunto – mediazione può dunque assumere il ruolo di paradigma riferibile alla riforma dell'intero apparato sanzionatorio, e pertanto alla stessa ristrutturazione delle pene principali.

f) Andrebbe superato il luogo comune sommamente equivoco del riferimento solo in apparenza garantistico, circa la commisurazione della pena, al «*limite della proporzione con la colpevolezza per il fatto*»¹²⁰, posto che tale criterio lascia supporre l'esistenza, come già osservavamo improponibile, di una configurazione della pena in sé corrispondente al fatto colpevole, che il giudice, tenuto conto di certi parametri, per intuito sarebbe in grado di cogliere: una prospettiva tutt'altro che innocua o meramente retorica, in quanto rappresenta – al di là di tutte le dichiarazioni programmatiche sulla funzione della pena – il caposaldo di una concezione retributiva del punire, aperta di fatto a una gamma assai vasta di esiti e in grado di esimersi, entro i limiti edittali, da ulteriori oneri argomentativi.

Abbandonato il mito della pena *giusta*, l'opera del giudice, piuttosto, andrebbe razionalmente descritta, onde favorire scelte motivate e controllabili¹²¹, quale riferimento al caso concreto delle valutazioni politico-criminali che hanno condotto il legislatore a definire, per un certo tipo di condotta e date certe caratteristiche personali, un determinato quadro della risposta sanzionatoria possibile (se si vuole, quale *concretizzazione* delle scelte sanzionatorie legislative).

L'elemento garantistico dovrebbe essere essenzialmente ravvisato (oltre che nel tipo di opzione politico-criminale fatta propria dal legislatore) nel divieto di tener conto a carico del condannato di elementi *estranei* alla colpevolezza del fatto.

g) Un nodo complesso, che richiede una riflessione molto attenta e al quale in questa sede si può solo far cenno, è costituito dal rapporto fra sanzioni non detentive implicanti, come abbiamo

¹¹⁹ Cfr. sul tema C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in AA. VV., *Verso una giustizia penale "conciliativa": il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, a cura di L. PICOTTI e G. SPANGHER, Milano, 2002, p. 85 ss.

¹²⁰ Così, per esempio, l'art. 69, secondo comma, prog. prel. «Grosso» (versione 2001).

¹²¹ Sarebbe dunque di per sé assai più nitido descrivere l'opera del giudice in sede di commisurazione giudiziaria come *concretizzazione* della strategia politico-criminale cui sia da ricondursi la scelta legislativa della pena comminata in astratto (concretizzazione fondata, per quanto rilevi a carico dell'autore, solo su fattori riferibili alla colpevolezza emergente nello specifico fatto di reato), piuttosto che come atto derivante da una sorta di capacità mediatica del giudice medesimo di individuare il limite invalicabile costituito dal livello di pena (che non esiste) *corrispondente alla colpevolezza*: il problema, peraltro, è che parlare di scelte politico-criminali con riguardo alle scelte sanzionatorie legislative costituirebbe quasi sempre nulla più di un eufemismo (avevamo affrontato questa problematica nel volume *La pena «in crisi»*, cit., p. 145 ss.).

auspicato, la partecipazione attiva del soggetto ad esse sottoposto e norme premiali o di chiusura tese a incentivare tale partecipazione, prevedendo che cosa debba accadere in caso di mancata adesione a un dato percorso sanzionatorio o di inottemperanza alle sue modalità esecutive¹²².

Viene in gioco, pertanto, il tema relativo al grado di autonomia di un modello processuale e sanzionatorio ispirato alla logica della prevenzione-consenso rispetto a elementi che nell'ambito del medesimo modello restino improntati, in funzione di stimolo o di controllo, a logiche più tradizionali.

Così impostato, tuttavia, il problema potrebbe avere soluzioni affrettate. Evidenziarlo, infatti, non significa avallare l'idea secondo cui qualsiasi sistema punitivo resta espressione, nel suo nucleo, di mere istanze coercitive: piuttosto, dovrebbe condurre ad agire affinché nei casi stessi in cui manchi o venga a mancare la cooperazione del condannato l'intervento sanzionatorio si configuri pur sempre espressivo di una volontà intesa al recupero e al dialogo da parte del diritto, come pure affinché gli elementi in esame rimangano i più contenuti possibile, secondo l'ottica di un'utilizzazione (non strategica, ma) *strumentale* all'idea preventiva portante.

Anche per questo appare del tutto inadeguata la prospettiva che intenda dar spazio a nuove modalità sanzionatorie – privandole di autonomia sia sul piano teorico, sia sul piano degli apparati esecutivi – solo o prevalentemente entro l'ambito dei requisiti rilevanti circa la sospensione condizionale della pena detentiva, che di conseguenza resterebbe, in senso tecnico e nel sentire comune, cardine dell'intero sistema. Parallelamente, già lo si osservava, non potrebbe condividersi l'automatismo del ritorno alla reclusione come pena di seconda battuta (dunque, non ricollegabile a esigenze gravi di difesa sociale) con riguardo all'ipotesi del non adempimento di prescrizioni da assolversi in libertà.

12. Sull'irrinunciabilità dell'idea risocializzativa.

A conclusione, può essere utile spendere una parola chiara per riaffermare, con una serie di precisazioni, il ruolo irrinunciabile dell'idea risocializzativa, che per molti decenni, almeno nominalmente, ha costituito il cardine del riformismo penale.

Il collasso della sua versione paternalistica, coincidente col trattamento penitenziario, ne ha tuttavia portato a decretare, come è noto, una crisi da molti giudicata, alcuni anni orsono¹²³, irreversibile, non senza l'incidenza, peraltro, di tendenze neoconservatrici sempre più marcate.

Tale incidenza, a ben vedere, non risulta casuale. Una volta svincolato da un uso meramente giustificativo del ricorso al carcere il concetto di risocializzazione conserva, infatti, una potenzialità critica di fondamentale rilievo, esprimendo esigenze decisive per una politica criminale che intenda rinunciare al ripiegamento su una gestione simbolico-satisfattoria degli strumenti punitivi.

Di simili esigenze è forse possibile una sintesi schematica.

a) L'idea risocializzativa costituisce anzitutto l'unico strumento teorico finora elaborato per dare rilievo effettivo alla sfera dei diritti di chi subisca una condanna (e, in genere, al suo *futuro*) *nell'ottica delle teorie relative*. E poiché il passaggio dalle impostazioni assolute a quelle relative dovrebbe considerarsi acquisito, è intorno alla componente risocializzativa che si giocano l'umanizzazione della risposta al reato e quella stessa individuazione del *limite* cui subordinare

¹²² Valga ancora il rinvio a L. EUSEBI, *Forme e problemi*, cit., p. 273 ss.; cfr. altresì A. PICCIANI, *La premialità nel sistema penale*, in S. ARMELLINI – A. DI GIANDOMENICO (a cura di), *Ripensare la premialità. Le prospettive giuridiche, politiche e filosofiche della problematica*, Torino, 2002, p. 239 ss.

¹²³ Cfr. sul tema E. DOLCINI, «La rieducazione del condannato» tra mito e realtà, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979, p. 469 ss.

l'intervento penale orientato in senso finalistico che da sempre impegna la dottrina più avvertita. Un limite, dunque, *interno* alla stessa strategia preventiva, il quale – come in altra sede avevamo evidenziato – può essere posto in correlazione con la funzione di garanzia nei confronti delle istanze punitive che è stata attribuita, anche in un contesto svincolato da elementi retribuzionistici, alla *colpevolezza* in quanto categoria dogmatica¹²⁴.

b) L'orientamento alla risocializzazione non esige che le sanzioni penali si identifichino con interventi terapeutico-riabilitativi, tanto più se intesi come implicanti la segregazione detentiva (tali interventi ne rappresentano solo una modalità, da riferirsi a situazioni determinate e non certo utilizzabile secondo criteri di ascendenza positivista); piuttosto, esige che le suddette sanzioni assumano modalità significative sotto il profilo dei valori di solidarietà sociale e per la promozione della dignità del soggetto interessato, in tal modo favorendo stili comportamentali socialmente responsabili e in ogni caso comportando, quantomeno, il minor sacrificio possibile dei diritti essenziali all'inserimento sociale di ciascun individuo (ciò non soltanto con riguardo alle pene prestatore o risarcitorie, ma anche nei casi in cui sia ritenuta inevitabile la privazione di diritti, che non dovrebbe mai risultare puramente vessatoria, bensì tale da assumere un legame riconoscibile con la tutela del bene aggredito nonché col recupero di un atteggiamento, per l'appunto, responsabile nei suoi confronti da parte dell'agente di reato).

c) Per questo lo scopo risocializzativo *di per sé solo* non può costituire indicazione *sufficiente* per il ricorso al carcere¹²⁵ (tale scopo, in altre parole, non è utilizzabile per giustificare il ricorso al carcere).

d) La risocializzazione, nella prospettiva delineata, non è un fine *alternativo* agli (altri) scopi per cui sussiste l'ordinamento penale, ma un criterio di articolazione dell'intervento punitivo. Non si punisce (tanto, o soltanto) *per risocializzare* (se si trattasse *solo* di questo, altri, probabilmente, dovrebbero essere gli strumenti), ma se si punisce, si deve punire *in modo risocializzativo*.

e) L'orientamento risocializzativo non corrisponde solo a un'esigenza di rispetto della dignità umana (esigenza la quale, beninteso, sarebbe già di per se stessa determinante), ma riflette una ben precisa scelta preventiva: a monte dell'idea di risocializzazione vi è la consapevolezza del fatto che l'efficacia dell'ordinamento penale non è solo una questione contingente di *maggior forza* dei poteri dello stato rispetto alla criminalità, ma si ricollega altresì all'ambizione delle sue norme di poter essere *liberamente* consentite (*fatte proprie*) nella loro parte precettiva dai cittadini, non esclusi i cittadini che abbiano commesso reati.

In altre parole, i divieti e i comandi del diritto penale (di un diritto penale dell'*extrema ratio* e *non di parte*) rivendicano *ragioni* che vanno al di là della pura forza e che contano di essere riconoscibili, potenzialmente, da ogni membro della società.

Ne consegue che la portata preventiva di un'ottenuta risocializzazione (*scil.*, di un'ottenuta disponibilità – orientata dal diritto, ma liberamente assunta – ad agire rispettando le regole fondamentali della vita civile) può essere di gran lunga superiore rispetto a quella del puro intento neutralizzativo o di una rigida deterrenza: posto che solo un'ottenuta risocializzazione,

¹²⁴ Cfr. L. EUSEBI, *La pena «in crisi». Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, Morcelliana, 1990, pp. 127 ss., in particolare p.142.

¹²⁵ Anche se ciò impone di riconsiderare importanti modelli argomentativi, come quello utilizzato dalla Corte costituzionale nella sentenza 10 giugno 1992, n. 266, ove viene delineato, in pratica, un giudizio di adeguatezza nel *quantum* della pena richiesta dalle parti ex art. 444 c.p.p. rispetto al fine rieducativo previsto dall'art. 27, 3° comma, Cost.

coinvolgendo la *libertà* del soggetto interessato¹²⁶, è in grado di *confermare*, consolidandola nella percezione sociale, la ragionevolezza della (libera) scelta di rispettare la legge.

Anzi, l'orientamento inteso a risocializzare – pur con quel tanto di scommessa, o se si vuole di *rischio*, che implica da parte dello stato in ciascun caso concreto¹²⁷ – contribuisce alla *chiusura* effettiva di posti disponibili per la commissione di reati. La presa di distanze dall'esperienza criminale rende infatti lo stesso condannato un elemento disfunzionale rispetto alla catena imitativa dei comportamenti illegali; inoltre, agisce socialmente in termini di dissuasione da scelte antiggiuridiche e può indurre ulteriori defezioni. Nell'ambito delle strategie meramente repressive si ha invece l'impressione che il testimone venga sistematicamente passato, quanto all'agire criminoso, da chi subisce la condanna a chi (in senso lato) ne rileva le funzioni.

Non a caso, del resto, mostrano una ben maggiore solidità preventiva, come già si diceva, gli ordinamenti penali che privilegiano il fattore *consenso* (l'impegno inteso a mantenere elevati il livello di autorevolezza dei precetti e l'idoneità al recupero sociale delle sanzioni, secondo le componenti *positive* della prevenzione generale e speciale) rispetto agli ordinamenti che privilegiano il fattore *forza* (il profilo della coazione, che si esprime, risultando disinteressato al convincimento, nelle componenti *negative* – deterrenza e difesa neutralizzatrice – dell'idea di prevenzione).

I rilievi svolti fanno giustizia, infine, di ricorrenti equivoci sull'aspetto *motivazionale* delle norme penali. Se si ammette, infatti, la minaccia di *pene* per tutelare, in termini di *extrema ratio*, determinati beni giuridici (*già riconosciuti* dall'ordinamento), che senso ha negare – come non di rado avviene – una *legittima* portata di orientamento comportamentale dei *precetti* contenuti nelle fattispecie incriminatrici e costituenti il presupposto di quelle previsioni sanzionatorie? Una simile funzione di indirizzo, nella quale si sostanzia l'aspetto di validità della prevenzione generale *positiva*¹²⁸, evita fra l'altro che l'efficacia sotto il profilo preventivo dell'intero sistema penale sia imperniata sulle entità di pena, aprendo la via a una maggiore duttilità dell'apparato sanzionatorio.

f) In sintesi: rappresentando l'esito più coerente della consapevolezza relativa al grado di inevitabile corresponsabilità dei consociati nella genesi della criminalità, l'idea di risocializzazione dovrebbe implicare che l'impatto con il sistema giudiziario penale non si configuri mai, per il soggetto coinvolto, come *sbarramento* della prospettiva di un futuro esistenzialmente (e socialmente) significativo, bensì delinei sempre un'*opportunità percorribile* da parte di chi sia punito¹²⁹ al fine del recupero di un rapporto non conflittuale con la società¹³⁰.

¹²⁶ È dunque proprio l'idea risocializzativa che, in totale contrasto coi termini classici della disputa fra Scuola classica e Scuola positiva, implica il riconoscimento e l'effettiva valorizzazione – non come presupposto giustificativo del punire, ma in un'ottica finalisticamente orientata – della *libertà individuale*.

¹²⁷ Di questo profilo, peraltro, s'è molto abusato, specie scorporandolo dal necessario confronto col livello dei tassi di recidiva che si avrebbe dopo il fine pena ove quel rischio non venisse corso: un rischio, in ogni caso, statisticamente ben più contenuto di quanto spesso si ritiene, come può evincersi dai dati relativi alle revoche delle misure alternative nel 1999 (fonte *Dipartimento amministrazione penitenziaria*): 0,24% (!) del totale per commissione di reati durante la misura, 0,10% per irreperibilità, 4,41% per andamento negativo (per la tabella completa dei dati cfr. ASSOCIAZIONE ANTIGONE, *Il carcere trasparente*, cit., p. 232).

¹²⁸ Si consenta, ancora, il rinvio a L. EUSEBI, *La pena «in crisi»*, cit., pp. 47 sgg.

¹²⁹ Salva, in proposito, l'eventuale utilità di un mutamento delle stesse terminologie imperniate sul concetto di *pena*.

¹³⁰ In altre parole, l'attivazione del diritto penale dovrebbe pur sempre costituire una *chance* esistenziale per il condannato, così che il momento in cui sia giudizialmente intercettata una

g) Tutto ciò evidenzia, da ultimo, come siano da considerarsi del tutto inaccettabili gli orientamenti che tornano a esigere, con riguardo alla pena detentiva, una rigida corrispondenza fra *inflitto* ed *eseguito*, la quale renderebbe irrilevante (con riflessi psicologici gravosissimi) l'atteggiamento tenuto nel corso dell'esecuzione da parte di chi abbia subito una condanna, facendo sì che la sua vicenda umana risulti in tal modo totalmente (e retribuzionisticamente) ancorata, per lungo tempo, a quanto commesso nel passato¹³¹.

In questo senso, pur dismessa qualsiasi ingenuità *vecchia maniera* circa il rapporto fra carcere e risocializzazione, andrebbe fermamente contrastato qualsiasi abbandono più o meno esplicito a logiche retributive, come tali disinteressate al futuro dei loro destinatari, di quel *nocciolo duro* del diritto penale per il quale anche nell'ottica riduzionista venga richiesto il ricorso alla detenzione (ricorso che, comunque, potrebbe considerarsi prospettabile nei soli limiti in cui sussista, altrimenti, il consistente pericolo della reiterazione di un grave reato).

13. Il problema della pena nella recente riflessione ecclesiale.

Per un approccio culturalmente completo al problema della pena può essere interessante considerare come esso sia stato preso in esame, di recente, dal magistero cattolico: ciò al fine di constatare il carattere indebito della tradizionale utilizzazione penalistica di (pretesi) dati religiosi a sostegno, in modo diretto o indiretto, dell'idea retributiva. Del pari, è di enorme rilievo interculturale evidenziare come l'elaborazione veterotestamentaria alla base delle tre grandi religioni monoteistiche non suffraghi affatto una concezione retributiva della giustizia, orientandosi, piuttosto, a una visione del tutto opposta.

Un'ampia gamma di affermazioni del papa Giovanni Paolo II individua in modo molto efficace i nodi cardine per una riflessione critica, non solo di ordine etico-religioso, in merito alle strategie di risposta ai reati e per la loro riforma, delineando un magistero autorevole sulla questione penale che mancava – ciò vale anche in rapporto ai documenti del Concilio – da moltissimi decenni.

Particolare importanza va attribuita, per ampiezza e organicità, al messaggio diffuso in occasione del Giubileo nelle carceri tenutosi il 9 luglio dell'anno 2000.

Esso dichiara anzitutto l'esigenza di una *riprogettazione* dei sistemi penali (i giuristi sono chiamati «a riflettere sul senso della pena e ad aprire nuove frontiere per la collettività»: n. 5), assegnando portata fondamentale – senza alcun sentore di antiche riserve antipositivistiche – al fine del recupero di chi abbia trasgredito la legge («Siamo ancora lontani dal momento in cui la nostra coscienza potrà essere certa di aver fatto tutto il possibile ... per offrire a chi delinque la via di un riscatto e di un nuovo inserimento positivo nella società»: *ibid.*).

Nel messaggio, sempre al n. 5, emerge altresì una critica molto netta della centralità tradizionalmente assegnata alla detenzione («I dati che sono sotto gli occhi di tutti ci dicono che

carriera criminosa non si prospetti come mera ratifica desocializzante e definitiva del fallimento (aperto soltanto, se percorribile, allo sbocco della recidiva) di un'intera vita.

¹³¹ Non si trascuri che il concetto di flessibilità della pena è stato riconosciuto dalla Corte costituzionale come espressione dell'art. 27, 2° comma, Cost.: in tal senso la sentenza n. 204/1974, in tema di liberazione condizionale, ha affermato il sussistere del «diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena (già) espiata abbia o meno assolto positivamente al fine rieducativo», e dunque il diritto del condannato a che «espiata una parte della pena si valuti se il fine rieducativo è stato raggiunto nel qual caso – conclude la Corte – l'ulteriore espiazione della pena non deve aver luogo» (cfr. sul punto M.P. GIUFFRIDA, *I Centri di servizio sociale dell'amministrazione penitenziaria*, Roma, Laurus Robuffo, 1999, p. 18).

questa forma punitiva in genere riesce solo in parte a far fronte al fenomeno della delinquenza. Anzi, in vari casi i problemi che crea sono maggiori di quelli che tenta di risolvere. Ciò impone un ripensamento in vista di una qualche revisione»: *ibid.*), critica con la quale viene, dunque, accolta la prospettiva di un ricorso al carcere in termini di rigorosa sussidiarietà (o *extrema ratio*) e promossa l'introduzione di pene alternative.

Rispetto a chi è in carcere si sottolinea, in ogni caso, come i «pubblici poteri» debbano «sapere di non essere signori del tempo del detenuto» (n. 3), così che «astenersi da azioni promozionali nei [suoi] confronti significherebbe ridurre la misura detentiva a mera ritorsione sociale, rendendola soltanto odiosa» (n. 4).

Assai significative poiché insistono sulla risocializzazione quale obiettivo *irrinunciabile* degli strumenti sanzionatori penali risultano, inoltre, le parole pronunciate dal pontefice nell'omelia rivolta ai detenuti, sempre il 9 luglio 2000, presso il carcere romano di Regina Coeli: «La pena, la prigione hanno senso se, mentre affermano le esigenze della giustizia e scoraggiano il crimine, servono al rinnovamento dell'uomo, offrendo a chi ha sbagliato una possibilità di riflettere e cambiare vita per reinserirsi a pieno titolo nella società» (n. 5).

Affermazione, questa, ancor più rilevante in quanto connessa al riconoscimento di una ben precisa efficacia sociale del percorso appena descritto e, in tal modo, a un concetto non riduttivo di prevenzione: «Di questo vostro cammino non potrà che gioire l'intera società. Le stesse persone a cui avete cagionato dolore sentiranno forse di aver avuto giustizia più guardando al vostro cambiamento interiore che al semplice scotto penale da voi pagato» (n. 6).

Il che rimanda ad alcune parole, la cui importanza non dovrebbe mai essere dimenticata, contenute nell'enciclica *Pacem in terris* di Giovanni XXIII: «L'autorità che si fonda solo o principalmente sulla minaccia o sul timore di pene o sulla promessa e attrattiva di premi non muove efficacemente gli esseri umani all'attuazione del bene comune» (n. 28).

Non possono del resto non essere riferite anche alla problematica penale ordinaria le considerazioni svolte dal papa Giovanni Paolo II sulla giustizia riconciliativa nel messaggio per la Giornata mondiale della pace 1997, aventi per oggetto specifico il superamento di guerre etniche o civili segnate da gravissimi delitti (viene citata, in particolare, l'esperienza delle commissioni *Verità e riconciliazione* che hanno favorito un passaggio non cruento alla democrazia in Sudafrica): «La giustizia non si limita a stabilire ciò che è retto tra le parti in conflitto, ma mira soprattutto a ripristinare relazioni autentiche con Dio, con se stessi, con gli altri. Non sussiste, pertanto, alcuna contraddizione fra perdono e giustizia. Il perdono, infatti, non elimina né diminuisce l'esigenza della riparazione, che è propria della giustizia, ma punta a reintegrare sia le persone e i gruppi nella società, sia gli Stati nella comunità delle Nazioni. Nessuna punizione può mortificare l'inalienabile dignità di chi ha compiuto il male. La porta verso il pentimento e la riabilitazione deve restare sempre aperta» (n. 5).

Una riflessione, quella sul rapporto fra giustizia e perdono, che trova il suo apice nel messaggio del Papa per la Giornata mondiale della pace 2002: «Il perdono va contro l'istinto spontaneo di ripagare il male col male... Nella misura in cui si affermano un'etica e una cultura del perdono, si può anche sperare in una "politica del perdono" espressa in atteggiamenti sociali e in istituti giuridici nei quali la stessa giustizia assuma un volto più umano» (n. 8).

Ripagare il male col male non rientra dunque, secondo il papa, in una logica di giustizia, ma è considerato *un istinto*, mentre si dichiara che una giustizia dal volto umano è chiamata a trarre ispirazione da un'etica e da una cultura del perdono; di conseguenza viene asserita, e insieme auspicata, la capacità del riferimento al perdono di tradursi in istituti giuridici. Approdo, quest'ultimo, di grande rilievo, perché supera la tendenza classica a confinare il ruolo del perdono entro l'ambito dei rapporti privati e a vedere nel perdono un'alternativa, o una rinuncia, alla giustizia.

Nella medesima ottica vanno considerati i costanti appelli del papa contro l'esecuzione di condanne capitali e la stessa richiesta giubilare di un segno di clemenza verso i detenuti quale «chiara manifestazione di sensibilità, che non mancherebbe di stimolarne l'impegno di personale

recupero in vista di un positivo reinserimento nella società», richiesta ribadita il 14 novembre 2002 davanti al Parlamento italiano: ciò «costituirebbe anche un segno eloquente del progressivo affermarsi nel mondo di una giustizia più vera, perché aperta alla forza liberatrice dell'amore».

Questo quadro complessivo esprime alcune opzioni fondamentali di grande interesse anche per quanto concerne i modi con cui il problema della criminalità è comunemente proposto alla pubblica opinione: il che assume per l'Italia un'importanza tanto maggiore, essendo avviato l'iter di riforma del codice penale.

L'accettabilità morale e la ragionevolezza della risposta ai reati, in primo luogo, è fatta chiaramente dipendere da una valutazione dei loro contenuti e dei loro fini, escludendo qualsiasi riferimento a una pretesa giustizia intrinseca della pena retributiva, cioè concepita, in sostanza, come riproduzione per analogia del male commesso.

Nel momento in cui si auspica che gli istituti giuridici, affinché possa aversi una giustizia più umana, recepiscono «un'etica e una cultura del perdono» emerge, piuttosto, l'immagine di una giustizia che sappia portare in sé il segno di ciò che è altro rispetto al male commesso, ricucire i rapporti piuttosto che reciderli, promuovere un'adesione *per convincimento* ai valori portanti della convivenza civile.

Ciò si pone in continuità con una chiarificazione fondamentale di ordine religioso, che ha interessato vari settori della riflessione teologica ma risulta, altresì, di enorme portata culturale: la fede cristiana e una corretta lettura della Bibbia non suffragano concezioni retributive della giustizia, anche se i riflessi dell'incidenza storica di tali concezioni sono presenti nella Scrittura; piuttosto, risulta essenziale al messaggio della Bibbia, negli stessi testi condivisi dalle tre grandi tradizioni monoteistiche, l'idea della giustizia quale alternativa secondo il bene – che riflette l'agire di Dio – alla logica del male¹³².

Del resto per il cristianesimo la giustizia di Dio si manifesta in Gesù (*giusto per gli ingiusti*: 1 Pt 3,18) come spendita incondizionata dell'amore di fronte al male, realtà che si rivela pienezza di vita, cioè resurrezione, nonostante la sconfitta apparente della croce. In questo senso la giustizia divina, che ogni individuo è chiamato a riproporre, risulta salvifica, di liberazione dal male e non di condanna. Dio non applica pene, in quanto, afferma il papa Giovanni Paolo II, «non può volere che la salvezza degli esseri da lui creati»; e l'inferno stesso, sono ancora parole del papa, indica «più che un luogo, la situazione in cui viene a trovarsi chi liberamente e definitivamente si allontana da Dio, sorgente di vita e di gioia», chiudendosi al suo amore, senza che ci sia «dato di conoscere ... se e quali esseri umani vi siano effettivamente coinvolti»¹³³.

Emerge, in quest'ottica, il ruolo cardine della dignità umana di chi abbia commesso un reato, dignità che non è valorizzata in quanto si pretenda di riconoscere quest'ultimo come essere libero attraverso la retribuzione della sua colpevolezza, bensì in quanto gli si consenta di tornare a esprimere la sua libertà in nuove scelte di vita. Dunque la libertà non è vista, negli interventi del

¹³² Cfr., con riguardo all'incongruenza di tradizionali rimandi a modelli religiosi da parte del diritto penale, E. WIESNET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1987, nonché gli atti già citati (nota 1) del convegno *Colpa e pena? La teologia di fronte alla questione criminale e, di chi scrive, Cristianesimo e retribuzione penale*, cit. Cfr. inoltre C. M. MARTINI, *Non è giustizia. La colpa, il carcere e la Parola di Dio*, Mondadori, Milano, 2003, nonché la sezione monografica dal titolo *Perdono e giustizia nelle religioni* (atti del convegno interreligioso «Non è giustizia rispondere con il male al male. Un punto di incontro fra le tradizioni religiose?»), Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore, 12 maggio 2002), a cura di A. ACERBI e L. EUSEBI, in *Humanitas*, Brescia, 2004, 2, p. 261 ss., e il forum dal titolo *La giustizia penale e la teologia morale*, in *Rivista di teologia morale*, Bologna, 2003, 2, p. 173 ss. Si consideri, infine, il breve testo dal titolo *La missione* elaborato dai Cappellani delle carceri della Lombardia (EDB, Bologna, 2004).

¹³³ Così nell'udienza del 28 luglio 1999. Si confronti anche, richiamato dal Papa, il n. 1033 del *Catechismo della Chiesa Cattolica* (che parla di «auto-esclusione dalla comunione [con] Dio»).

Papa, come elemento da considerare retrospettivamente per *inchiodare* un individuo alle sue colpe, bensì come condizione da riconquistare (il male commesso è una *privazione* di libertà), cioè come risorsa che dev'essere *promossa*: con ciò recuperando il valore del monito evangelico *nolite iudicare* (Mt 7,1; Lc 6,37, ma anche Rom 2,1 e 1 Cor 4,5) e la coscienza dell'impossibilità di soppesare la colpevolezza *in interiore homine*: «solo Dio» afferma la costituzione *Gaudium et spes* (n. 28c) «è giudice e scrutatore dei cuori, perciò ci vieta di giudicare la colpevolezza interiore di chiunque».

Soltanto in questo modo rimane del resto possibile mantenere viva la percezione della *corresponsabilità sociale* rispetto alle occasioni e ai fattori – economici, culturali, materiali – che favoriscono le scelte criminose, percezione indispensabile perché la società sia disposta ad assumere gli oneri di un impegno preventivo serio, evitando di ritenere che il *male* si esaurisca nelle condotte qualificate come reato (come pure di riferire ogni suo interesse a determinati fatti eclatanti, sovente espressivi di condizioni al limite del patologico, della c.d. cronaca nera, trascurando la prevenzione, che a sua volta richiede mezzi diversi da quelli tradizionali, di condotte rischiose o comunque antiggiuridiche, specie in ambito economico, tali da contribuire a esiti lesivi per lo più indiretti ma talora assai gravi).

Di qui la sollecitazione del Papa a riconsiderare in radice le strategie sanzionatorie e dunque ad abbandonare la centralità del carcere, strumento il cui ruolo egemone non dipende da esigenze preventive, bensì dal fatto che consente un dosaggio estremamente duttile della pena intesa come *ritorsione*, in rapporto al male del reato; ma anche strumento che seleziona quasi esclusivamente un tipo di popolazione penitenziaria segnata da situazioni di gravissimo disagio sociale (si pensi solo alle quote elevatissime dei tossicodipendenti e degli stranieri); e strumento che ha dei costi umani comunque altissimi (tra i quali, non lo si dimentichi, tassi di suicidio di gran lunga superiori a quelli ordinari)¹³⁴.

Ne deriva l'impulso all'introduzione di strumenti nuovi e quanto più possibile *in sé* costruttivi, dai percorsi riabilitativi e di cosiddetta messa alla prova, alle condotte riparatorie, alle procedure di mediazione (costituenti esperienza recente di grande interesse), al lavoro socialmente utile, a un uso intelligente della sanzione pecuniaria e di altre misure patrimoniali ecc.: secondo l'ottica di un ricorso al carcere – che in ogni caso dovrebbe essere un carcere *diverso* – in termini di effettiva *extrema ratio* (connessi al pericolo concreto della reiterazione in libertà di reati gravi) e comunque limitato nel tempo, che implichi una riduzione sostanziale circa il numero dei detenuti.

Non si deve trascurare, in proposito, che il diritto penale odierno interviene sì, come esige un principio liberale cardine, solo in presenza della commissione di un *fatto* illecito, ma poi riferisce in pratica al mero fatto (il peso del cui verificarsi oggettivo a parità di pericolosità *ex ante* delle condotte resta tra l'altro molto forte) la definizione della risposta sanzionatoria, risposta che ovviamente coinvolge, invece, la persona.

Le condizioni di quest'ultima, pertanto, non incidono, rispetto agli adulti, onde definire la risposta al reato *migliore* per il recupero di chi lo abbia commesso, essendo tra l'altro esclusa anteriormente alla condanna definitiva, *ex art. 220, comma 2, c.p.p.*, qualsivoglia perizia che riguardi la personalità e non rilevi ai fini del giudizio sulla capacità d'intendere e di volere: del resto in sede di condanna può attualmente essere inflitta, a parte ambiti marginali, solo la detenzione (sospensibile o sostituibile, dati certi requisiti, se di limitata entità).

Nel contempo, l'invito del Papa a una fase progettuale nuova circa i modi utilizzati per affrontare il problema della criminalità apre a riconsiderare che cosa significhi fare davvero prevenzione, superando l'idea assai diffusa, seppur ampiamente smentita nella prassi, che essa

¹³⁴ Come, per es., ha rimarcato, in una dichiarazione sul problema penitenziario del 10 gennaio 2003, il Comitato Nazionale per la Bioetica. Cfr. G. TAMBURINO, *Il suicidio in carcere*, in *Le due città. Rivista dell'amministrazione penitenziaria*, 2001, 11, p. 26 ss.; S. SEGIO, *Il pianeta delle ombre e il mal di carcere*, in *Dignitas. Percorsi di carcere e giustizia*, 2002, 1, p. 38 ss.

costituisca l'esito naturale, in veste di intimidazione e neutralizzazione, della pena intesa come un *male* da comminarsi e applicarsi in rapporto al reato¹³⁵.

Il Papa stesso, quando sottolinea la fecondità, in delicate situazioni internazionali, di un orientamento riconciliativo della giustizia e quando lascia intendere che le stesse vittime di una condotta delittuosa potranno avere vera giustizia soltanto dal cambiamento di vita dell'autore evoca a tal proposito un modello diverso di prevenzione, razionale e insieme umano.

Esso è dato dall'idea, ma anche dall'esperienza, secondo cui agire in senso preventivo risulta davvero efficace se fa leva su dimensioni dialogiche, o di persuasione, intese a tenere alto il livello di *consenso* prestato da uomini liberi ai precetti normativi, piuttosto che sull'esercizio della *forza*, sotto forma di minaccia e di incapacitazione fisica (idea con la quale si configura del tutto compatibile, beninteso, un potenziato contrasto degli interessi e dei vantaggi connessi all'agire criminoso)¹³⁶.

Ne deriva che l'impegno volto al *recupero* dell'agente di reato e alla riconciliazione riparativa non costituisce una mera concessione umanitaria *in conflitto* con gli interessi dei cittadini, bensì fattore cardine della strategia di tutela dei beni fondamentali: come più sopra si osservava, nulla consolida infatti più efficacemente l'autorevolezza del diritto, incidendo sulla capacità di creare imitazione che caratterizza i modelli comportamentali devianti, della scelta personale di prendere le distanze da una precedente esperienza criminosa e di operare in un'ottica di c.d. *restorative justice* nei confronti delle vittime.

Già s'è visto, d'altra parte, che l'impegno summenzionato costituisce per lo più un vero e proprio debito della comunità civile rispetto a situazioni di gravissimo disagio sociale.

Anche di fronte alla frattura dei rapporti di solidarietà che può essere rappresentata dal reato si tratta dunque di agire nella logica di una progettazione razionale *secondo il bene*, riferita a tutti i soggetti coinvolti, e non secondo il modello di una *ritorsione del male* dalla quale ci si attenda il bene: si tratta, in altre parole, di prendere le distanze dall'idea, in cui si sostanzia una nozione formale e inautentica della giustizia (ma incidente in moltissimi ambiti dei rapporti intersoggettivi, economici, internazionali), che al male sarebbe *giusto* rispondere in maniera analoga, mentre soltanto al bene già compiuto sarebbe dovuta una risposta in termini di bene¹³⁷.

Idea la quale, si noti, presuppone che per stabilire come sia giusto atteggiarsi verso un altro individuo lo si debba previamente giudicare: così che, precedendo simile giudizio l'instaurarsi di una relazione umana, esso conduce molto facilmente a ravvisare nell'altro profili di negatività (perfino quando non gli si possa muovere alcun rimprovero) utilizzati per giustificare un reciproco atteggiamento negativo nei suoi confronti (lo dimostra, del resto, il doloroso affermarsi di modelli culturali riferibili, in senso lato, alle nozioni di *aborto*, *eutanasia*, *eugenetica*¹³⁸).

¹³⁵ Nell'ambito ecclesiale si confrontino, per spunti progettuali di grande interesse, il documento *Liberare la pena. Comunità cristiana e mondo del carcere* elaborato dalla Caritas italiana (EDB, Bologna, 2004) e l'importante testo base *Cristo Liberto de Todas as Prisões* predisposto dalla conferenza episcopale brasiliana per la *Campanha da Fraternidade* dedicata nella quaresima 1997 al tema *A fraternidade e os encarcerados* (testo del quale non consta una traduzione in italiano).

¹³⁶ V. più ampiamente *supra*, n. 5-6.

¹³⁷ Se ne è più ampiamente discusso nel contributo *Quale giustizia per una convivenza pacifica?*, in *Dialoghi*, Roma, 2002, 2 (*Il prossimo e l'estraneo. La riconciliazione alla prova*), p. 54 ss., altresì pubblicato col titolo *Quale giustizia per la pace*, in *Dignitas. Percorsi di carcere e di giustizia*, n. 1/2002, p. 6 ss.

¹³⁸ Nello stesso dibattito sulla tutela dell'embrione umano sovente non emerge in modo adeguato il nodo cardine della problematica: posto che la vita di un individuo consta nell'essere in atto una

14. La giustizia e il problema del male alla luce della Scrittura.

A supporto della giustizia retributiva è stato per secoli utilizzato, strumentalizzandolo, il riferimento religioso, mediante letture superficiali di espressioni tratte dalle Scritture¹³⁹. Quanti, del resto, vedono nella religione – già lo si accennava – nient'altro che il presidio della logica secondo cui i buoni vanno premiati e i cattivi puniti?

Nulla in effetti deturpa il messaggio religioso più radicalmente della sua identificazione con l'idea che il male esiga una ritorsione secondo il male: la peculiarità dell'annuncio cristiano, non per questo in antitesi alle altre tradizioni religiose, sta, piuttosto, nel convincimento che solo il *bene* – l'amore, in quanto adesione all'essere stesso di Dio – è vera alternativa *di vita* allo scandalo del male.

Amare non è il sentimento irenistico dei giorni spensierati; al contrario, è lo scarto – lo *spasimo* – che si realizza quando, di fronte al male (sia esso *il nostro*, o quello che ci raggiunge, o quello che patisce, o in cui vive, un altro individuo), decidiamo di attivarci, o comunque di porci, secondo una logica *diversa* da quel male (secondo ciò che è *alternativo* al male): dunque, quando non ce ne lasciamo schiacciare o non ci appiattiamo su di esso; quando quel male non diviene giustificazione delle nostre inerzie disilluse, delle nostre interessate cecità, se non delle nostre vendette.

L'amore è una cosa viva: è *protesta* nei confronti del male, però non con i mezzi del male («se c'è una guerra tra il bene e il male, e il bene usa le armi del male, chi vince?») ¹⁴⁰.

C'è una sorta di mistero: si ama a partire dal male; non ci è dato concepire un amore non speso, che in qualche modo non sia crocifisso, che non muova dall'impossibilità di restare indifferenti verso l'una o l'altra realtà negativa, che non costituisca un sussulto di orgoglio – secondo la nostra natura, che è per la vita e improntata all'amore (caratteristica, quest'ultima, che possiamo tradire, ma non perdere: cfr. Gen 1,26-27) – nei confronti di ciò che solo fisicamente può schiacciarci, o verso il nostro stesso peccato.

Da millenni ci interroghiamo sul problema del male. Ma forse un abbozzo di risposta esige che si sposti l'attenzione proprio sull'amore: ciò che regge il mondo, ciò che è vera vita, ciò che non può non essere, perché lo è innanzitutto Dio nella Sua dimensione trinitaria, e che resterà – l'*amore* – costituisce una realtà *dinamica*, che riusciamo a descrivere solo riferendoci all'incompiutezza – potremmo dire al fetore irrimediabile di morte (da Auschwitz a *ogni* morte) – che *domina* in sua assenza: dunque, come *superamento* (o *trascendimento*) del male, come donarsi gratuito che *si consuma*, dimostrandosi fecondo, attraverso l'abbandono di ogni riserva egoistica, e che dischiude una condizione *altra* rispetto allo scandalo del male.

Forse non va ricercata, pertanto, una spiegazione del male scissa dalla realtà dell'amore, quasi siano due realtà statiche, così che il sussistere del primo pare contraddire la possibilità stessa che il mondo sia istituito secondo il bene e con ciò l'onnipotenza, o la bontà, di Dio: da cui le note

sequenza esistenziale che per procedere, in un ambiente idoneo, non ha bisogno di alcun ulteriore impulso esterno (una sequenza, dunque, *continua* e *autogovernata*), e posto che nessuno nega il sussistere dalla fecondazione di una simile sequenza, non tutelare l'embrione significherebbe negare l'assunto cardine della democrazia, vale a dire il fatto che il riconoscimento dell'altro come soggetto, e come titolare di diritti, avviene in forza del suo mero esistere quale individuo umano vivente, e non in forza di un *giudizio* (altrui) sulle capacità o qualità che il medesimo manifesti in un certo momento della sua vita (cfr. L. EUSEBI, *Embrione, eugenetica, generazione, in Il Regno – Documenti*, n. 9, 2005, p. 236 ss.).

¹³⁹ Cfr., in proposito, E. WIESNET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena*, trad. it. Giuffrè, Milano, 1987; AA.VV., *Colpa e pena? La teologia di fronte alla questione criminale*, cit.

¹⁴⁰ Così una lettera al quotidiano spagnolo *El País*, nel 2001.

disquisizioni delle teodicee. Se l'amore, piuttosto, è davvero la realtà cardine, attiva e vivificante *fin dal principio*, che riscontriamo come esistenza la quale si dona, spendendosi (la croce, in questo senso, non è *accidentale* per Dio, così che non a caso si dice, del Figlio, che «*tutto è stato fatto per mezzo di lui*»: Gv 1,3; Col 1,16), allora il male è il contesto drammatico in cui l'amore può esprimersi, per rivelarsi *pienezza di vita* e annullare la condizione che sussiste finché l'amore – Dio – non sia *tutto in tutti* (1 Cor 15,28), vale a dire annullare il male medesimo (di cui è un aspetto, non dimentichiamolo, anche l'insensatezza distributiva).

Ne deriva quello che a prima vista potrebbe sembrare un paradosso, e che dovrebbe risultare invece *consolante*: il fatto, cioè, che perfino la condizione del peccato (della *colpa*) è contesto idoneo per la testimonianza dell'amore. Anzi, chi più ha sperimentato le lusinghe, e insieme l'alienazione, del peccare si trova in un certo senso nella possibilità di dare una *più forte* testimonianza di amore, perché *più forte* è lo strappo che deve operare rispetto alla seduzione del male. È solo un caso che Gesù risorto domandi per tre volte proprio a Pietro, che lo aveva disconosciuto tre volte, «*mi ami?*», aggiungendo – alla prima richiesta – «*più di costoro*» (Gv 21,15)?

Di tutto questo, peraltro, non riusciamo solitamente a gioire. Abbiamo bisogno dei nostri punti di riferimento: ciascuno stia nel suo ruolo, i giusti in quello dei giusti, i malfattori in quello dei malfattori (cfr. Lc 15,25-32). Se un malfattore cambia vita, che un malfattore cambi vita, scompagina i ruoli. Potrebbe essere, allora, che io giusto, domani, debba riconoscermi peccatore. Meglio, dunque, che simili sconvolgimenti non accadano.

Eppure accadono. Proprio la capacità di conversione contraddistingue ognuno di noi come essere libero: la vita di chi pure sia colpevole – così affermavano i vescovi francesi in un fondamentale intervento del 1978¹⁴¹ contro la pena di morte, a quel tempo in vigore nel loro paese – «è giocata lungo una durata; se il passato ha conosciuto il delitto, il futuro rimane una possibilità aperta».

Finché i cambiamenti di vita accadono, finché ci si adopera perché continuino ad accadere, è lecito confidare in una convivenza pacifica fra gli uomini, dato che per convivere è *imprescindibile* la disponibilità ad ammettere gli errori: non possiamo eliminare, infatti, la nostra capacità di fare il male, ma possiamo riconoscerla e in tal modo contrastarla. Negandola, invece, finiamo per moltiplicare il male.

Emerge, allora, un concetto di giustizia alquanto diverso da quello corrente: l'alternativa al male è *il bene*, non la ritorsione del male. Il male, seppur camuffato da giustizia, non può produrre alcun bene. La giustizia, piuttosto, può essere luogo di composizione delle lacerazioni. Ciò non implica in alcun modo inerzia di fronte al male: implica semmai ricercare con intelligenza che cosa significhi agire secondo il bene, di tutte le persone coinvolte e insieme dell'intera società, rispetto al male commesso.

La risurrezione di Gesù attesta che fare la volontà del Padre, cioè amare incondizionatamente – anche a costo della vita – di fronte al male, seppure agli occhi degli uomini possa implicare morte, è *pienezza e attualità di vita in Dio*, di quella Vita che non conosce tramonto: di quella vita che ci è donata in Gesù Cristo salvatore («*morto per i peccati, giusto per gli ingiusti*»: 1 Pt 3,18), in quanto solo la gratuità infinita dell'amore di Dio poteva dare prospettiva di vita eterna alla condizione umana segnata dal peccato.

L'alternativa alla giustizia della bilancia si realizza attraverso un diritto il quale abbia a che fare col riconoscimento dell'altro: *limite* al mio avere, ma *necessario* al mio essere.

Si tratta di domandarsi, rispetto a tutte le situazioni di incompiutezza – di male – che incontriamo nella vita (sempre che le sappiamo vedere, anche quando non ci colpiscono direttamente), come si possa agire con intelligenza secondo il bene.

¹⁴¹ In *Il Regno-documenti*, 5, 1978, p. 109 ss.

Prima di qualsiasi giudizio sull'altro che ci consenta di legittimare la nostra indifferenza o di giustificare in termini di ritorsione il nostro male, ci si deve accollare la fatica del bene. Non perché venga meno il dovere di discernere *che cosa è male*, ma perché il giudizio sul male non si trasformi in un giudizio sull'intera realtà esistenziale della persona, o delle persone, cui quel male venga ricollegato, in modo da poter agire a nostra volta secondo il male.

Se Antonio Rosmini affermava che è l'essere umano il diritto vivente, se i Romani avvertirono che il diritto dovrebbe riconoscere a ciascuno ciò che è conforme, nelle diverse situazioni, alla sua dignità umana, se la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo intese affrancare quei diritti da qualità, meriti o demeriti *ulteriori* della persona, allora l'idea della reciprocità retributiva, che pure informa la nostra cultura, non corrisponde alla dimensione più autentica del diritto, come tale medesima cultura, se non altro in termini teorici, è stata dunque capace di intuire.

A meno di non intendere la reciprocità nel senso della formula aurea: agisci verso gli altri come desidereresti che ogni altro agisse, in tutte le condizioni pensabili, verso di te.

4) IL TRATTAMENTO (19.05.2006)

La prevenzione della criminalità

1. La funzione preventiva del sistema penale.

Premessa.

La **prevenzione** del delitto costituisce **una delle principali funzioni attribuite al sistema penale**. Storicamente, **la pena ha trovato giustificazione**, oltre che nella concezione retributiva – secondo la quale al male del reato deve seguire una male di segno uguale e contrario (*malum passionis propter malum actionis*) – **in argomentazioni di tipo preventivo**.

La pena avrebbe in particolare sia una **funzione general-preventiva** che una **funzione special-preventiva**.

L'idea della **prevenzione generale** si fonda sull'assunto che **la minaccia della pena distolga i consociati dalla commissione di fatti socialmente dannosi**, ciò sulla base della considerazione che la minaccia della sanzione operi come controspinta psicologica alla spinta criminosa.

Secondo la teoria della **prevenzione speciale** l'inflizione della pena ad un soggetto serve a **prevenire che il medesimo compia in futuro altri reati**.

Analizziamo il primo polo concettuale, quello della funzione generalpreventiva della pena, per poi passare ad analizzare il tema della prevenzione speciale mediante rieducazione.

La funzione general-preventiva della pena.

L'idea della prevenzione generale, ossia l'idea che scopo della pena sia quello di impedire che i consociati commettano in futuro reati, risale alle **filosofie utilitaristiche settecentesche**. In particolare al pensiero di **Cesare Beccaria** il quale, principale esponente dell'Illuminismo giuridico, fondò la teoria della prevenzione generale, sottolineando l'importanza della certezza della pena piuttosto della severità della stessa nel funzionamento del meccanismo generalpreventivo. Tale idea ricevette una elaborazione in chiave psicologica ad opera dello studioso inglese **Jeremy Bentham** e del tedesco **Anselm Feuerbach**.

Secondo questa elaborazione, il **crimine è il frutto di un attento calcolo e di una scelta razionale**, l'uomo soppesa costi e benefici della scelta criminale: egli rinuncerà al delitto tutte le volte in cui la prospettiva di sofferenza connessa alla pena superi l'attrattiva dei possibili vantaggi dell'azione criminosa. La minaccia della pena agirebbe cioè da contropinta psicologica all'azione criminosa.

Questa visione è stata sottoposta di recente a severa critica. La concezione schematica del delinquente quale acuto calcolatore, postulata dalla teoria della deterrenza, nasce infatti da una errata generalizzazione della psicologia dell'uomo medio e porta ad attribuire all'agente un atteggiamento razionale ed esente da tensioni emotive che non è comune a tutti i tipi di criminalità, specie di quella omicida (DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Cedam, Padova, 1979, pp. 235-36).

A questa prima concezione della prevenzione, detta prevenzione generale negativa, in quanto facente leva sul concetto di intimidazione, si è accostata in tempi più recenti una concezione c.d. allargata della prevenzione generale, secondo la quale la minaccia della pena adempie ad una funzione c.d. di orientamento culturale o morale-pedagogica. In altre parole, secondo un'impostazione che risale ad Andenaes, la previsione della pena, quale manifestazione di riprovazione sociale di un determinato comportamento, può avere effetti educativi, moralizzatori e di creazione di abitudini di rispetto della legge (cfr. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, della irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in AA. VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna, ed. Il Mulino, 1980, p. 33 s.). L'operare di tale concezione della prevenzione generale, nota sotto il nome di prevenzione generale positiva, è tuttavia subordinata al ricorrere di alcune condizioni: 1. è innanzitutto necessario che vi sia una convergenza fra disapprovazione sociale e disapprovazione legale (ciò spiega perché tale funzione di orientamento culturale è destinata a non operare laddove la stigmatizzazione del comportamento nella morale sociale risulti incerta, si pensi per es. ai reati economici); 2. è necessario inoltre che il sistema penale goda di una buona credibilità, poiché certamente un sistema percepito come ingiusto o inefficace non può stimolare all'osservanza della legge (cfr. FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, Torino, 2001, p. 663 ss.)

In realtà anche tale concezione della prevenzione generale positiva viene oggi sottoposta a critica in quanto essa sembra in definitiva tradursi in un ritorno alla concezione retributiva della pena, finendo con il privilegiare la soddisfazione dei bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (EUSEBI, *La pena "in crisi"*, Morcelliana ed., Brescia 1990, p. 33 ss.)

La prevenzione generale, infine, assume un ruolo diverso nelle diverse fasi della minaccia, della inflizione e della esecuzione della pena. La funzione di deterrenza e di orientamento culturale esplicano il loro ruolo principalmente nella fase della minaccia della pena e ciò è evidente perché se si vuole evitare che vengano in futuro commessi dei reati è necessario che il sistema penale eserciti la sua influenza prima della loro commissione. Non vi è spazio invece per considerazioni di prevenzione generale nella fase commisurativa della pena. Infatti, se si desse importanza in questa fase all'esigenza di distogliere i consociati dalla commissione di reati, si finirebbe con l'infliggere delle pene esemplari tali da ingenerare timore nei potenziali rei. Tuttavia, in questo modo, l'individuo diverrebbe un capro espiatorio: egli verrebbe cioè strumentalizzato per fini di politica criminale. Ma ciò è in contrasto con il principio inalienabile della dignità dell'uomo che deve essere a tutti riconosciuto, anche al delinquente. In fase esecutiva, invece, la prevenzione generale occupa un ruolo marginale in quanto domina qui la finalità rieducativa di cui parleremo in seguito.

Quanto alle fortune dell'idea di prevenzione generale, essa ha vissuto alterne vicende. In auge con la scuola classica del diritto penale, alla fine del 1800 essa venne spodestata dalla impostazione specialpreventiva introdotta dalla Scuola Positiva del diritto penale, secondo la quale la pena deve essere diretta alla rieducazione e al reinserimento del reo.

Intorno alla metà degli anni Sessanta, con la crisi dell'ideale rieducativo e in presenza di un crescente aumento dei tassi di criminalità, le teorie generalpreventive vissero una nuova primavera come testimoniano molte delle indagini empiriche che, soprattutto nel panorama americano, vennero condotte.

Le indagini empiriche sulla deterrenza.

Verso la metà degli anni Sessanta, la criminologia mostrò un rinnovato interesse per il problema dell'efficacia generalpreventiva della legge penale: il problema, che fino ad allora era stato studiato sotto il solo profilo speculativo, venne affrontato per la prima volta sotto il profilo empirico. I criminologi cercarono cioè di fornire una verifica empirica dell'efficacia general-preventiva della legge penale. Vennero condotte una serie di indagini volte a verificare se la minaccia o la concreta applicazione della pena portassero ad una diminuzione dei tassi di reato e quindi servissero a dissuadere i cittadini dal commettere reati. La ricerca criminologica studiò in particolare il profilo della severità e della certezza della pena per verificare se tali fattori potessero incidere sul numero dei reati diminuendoli.

Un ruolo fondamentale nell'ambito di questi studi ebbe l'econometria la quale fornì agli studiosi dell'efficacia deterrente della pena sofisticate tecniche statistiche per la ricerca, sulla base della teoria economica della delinquenza, secondo la quale il criminale agirebbe a seguito di un attento calcolo soppesando costi e benefici dell'azione criminale e il crimine sarebbe la conseguenza di una scelta razionale ed efficiente.

Da un punto di vista metodologico, le ricerche sull'efficacia deterrente della pena si dividono in: studi trasversali; studi longitudinali; studi soggettivi su severità e certezza della pena; studi sperimentali.

a) Gli studi trasversali consistono in studi effettuati confrontando due aree geografiche simili fra loro e diverse solo per il tipo di legislazione penale. Essi si basano su statistiche ufficiali e indagano l'influenza esercitata dalla certezza e dalla severità oggettiva della pena sul numero dei reati commessi.

Tra gli altri, particolare importanza riveste il lavoro di Gibbs risalente al 1968 con il quale l'Autore mette in relazione la severità e la certezza della pena con i tassi di omicidio in alcuni Stati americani. Gibbs giunge alla conclusione che maggiori sono la severità e soprattutto la certezza della pena, minore è il numero degli omicidi.

Gli studi trasversali successivi sono delle repliche allo studio di Gibbs. Da questi studi emerge come non tanto la severità quanto la certezza della pena sia correlata ad una diminuzione dei tassi di reato: tutti gli studi trasversali più recenti relativi ai diversi tipi di reato (quindi non solo all'omicidio), infatti, confermano una relazione inversa fra certezza della pena detentiva e numero dei delitti.

Tale tipologia di studi, che, come vedremo, è stata ampiamente utilizzata nello studio dell'efficacia generalpreventiva della pena di morte, è stata sottoposta a numerose critiche: non solo in relazione all'incompletezza e ai limiti delle statistiche ufficiali utilizzate, ma anche in relazione al fatto che tali ricerche non hanno differenziato l'effetto di incapacitazione della detenzione dall'effetto deterrente, con la conseguenza che possono essere attribuite al secondo effetti che sono invece del primo. Un ulteriore rilievo critico viene individuato nel c.d. effetto di *feedback* relativo all'effetto che il reato può esercitare sulla pena: aumenti o diminuzioni della criminalità possono avere sulla prassi commisurativa effetti tali da far sì che erroneamente tale mutamento di prassi possa essere scambiato per la causa anziché la conseguenza della variazione nella curva della criminalità omicida. Per esempio: un aumento della criminalità che provochi un'inflazione del sistema giudiziario può portare per ipotesi a un maggior ricorso a forme di patteggiamento, con

conseguente abbassamento dei livelli di pena, cosicché l'aumento della criminalità può essere erroneamente imputato a questa mitezza del trattamento sanzionatorio.

b) Un'altra tipologia di studi sull'efficacia generalpreventiva della pena è quella degli studi longitudinali. Si tratta di studi che cercano di indagare i rapporti fra l'applicazione della legge penale nel tempo e i tassi di delinquenza.

Per esempio, tra gli studi di questo tipo, uno studio classico è considerato quello condotto sugli effetti di una legge inglese, il *Road Safety Act*, varata al fine di ridurre gli incidenti stradali dovuti ad intossicazione da alcool degli automobilisti e basata sul fatto di considerare reato la guida di chi avesse una determinata concentrazione di alcool nel sangue. La legge nell'immediatezza della emanazione determinò una diminuzione degli incidenti stradali in stato di ebbrezza. In seguito tale efficacia della legge diminuì e ciò perché la legge non venne più applicata dalla polizia con la certezza che era stata pubblicizzata nell'imminenza dell'emanazione della legge. L'autore dello studio, Ross, trasse la conclusione che era più efficace la maggior certezza dell'applicazione della pena rispetto alla maggior severità della pena.

Gli altri studi longitudinali condotti su altri tipi di reato giungono a risultati sostanzialmente negativi rispetto all'efficacia deterrente delle sanzioni penali. Soprattutto da alcune di esse emerge come la severità della pena sia irrilevante nel funzionamento del meccanismo generalpreventivo.

Anche questi studi sono stati oggetto di critiche: si è in particolare notato come si debba tener conto del c.d. fenomeno di regressione al medio. E' noto che ad un incremento nei tassi di criminalità segue tendenzialmente nel tempo un ritorno a valori normali e ciò indipendentemente dalle strategie di politica criminale intervenute frattanto. Perciò vi è il rischio che questo fenomeno che si sarebbe verificato in ogni caso venga erroneamente attribuito alla scelta di politica criminale in esame.

Anche tali studi, come vedremo, sono stati impiegati nell'analisi dell'efficacia deterrente della pena di morte.

c) Sono state inoltre condotte alcune ricerche, basate sul metodo dell'intervista e del questionario, volte a verificare gli effetti della severità e certezza percepita piuttosto che oggettiva della pena: tali ricerche hanno dato esiti analoghi a quelli degli studi già analizzati rinvenendo un rapporto inversamente proporzionale fra la certezza percepita della pena e la delinquenza. Ossia hanno rinvenuto che quest'ultima diminuisce all'aumentare della percezione della certezza della pena. Risultati più contraddittori invece riguardano la severità della pena. Vi sono poi studi tedeschi, sempre condotti con il metodo dell'intervista, i quali mostrano come la contropinta reale alla criminalità si situi in modo preminente sul piano della autorevolezza morale con cui il divieto sappia imporsi alla percezione del singolo piuttosto che sul piano della sola intimidazione.

d) Sono infine stati condotti alcuni studi sperimentali sull'efficacia generalpreventiva della pena. Si tratta di indagini svolte in laboratorio come, per esempio, l'indagine di Tittle e Rowe. Un gruppo di studenti universitari venne invitato a rispondere a otto questionari di valutazione di profitto. I questionari vennero distribuiti per la correzione agli studenti dopo la comunicazione delle risposte esatte, quindi, ognuno di loro doveva autoassegnarsi il punteggio raggiunto.

Analizzando i questionari, i due ricercatori rilevarono che solo 5 dei 107 studenti erano rimasti del tutto onesti e che mentre il primo appello morale all'onestà da loro rivolto non aveva sortito alcun effetto, la successiva minaccia di una sanzione in caso di punteggi sovrastimati aveva contribuito a ridurre il grado di disonestà.

In definitiva, la ricerca criminologica sull'efficacia generalpreventiva della pena ha dimostrato come piuttosto che la severità della pena sia la certezza di quest'ultima a dissuadere i consociati dal porre in essere condotte devianti, un dato questo che già aveva sottolineato Beccaria e che anche le indagini sull'efficacia deterrente della pena di morte – i cui risultati per la verità non sono generalizzabili – sembrano confermare.

Gli studi sull'efficacia generalpreventiva della pena di morte.

Nell'ambito delle indagini sull'efficacia generalpreventiva della legge penale, un ruolo rilevante occupano le indagini sull'efficacia deterrente della pena di morte. Anzi, per molto tempo, quello della pena di morte fu l'unico campo di ricerca nel quale si tentò di raggiungere una valutazione statistica dell'effetto deterrente della pena (ANDENAES, *General Deterrence Revisited: Research and Policy Implications*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 1975, p. 343). In effetti, nell'ambito delle analisi empiriche sulla efficacia generalpreventiva della legge penale, quelle sulla pena di morte sono tra le più numerose e complete.

Secondo l'impostazione di Andenaes, di cui abbiamo riferito, la minaccia e l'applicazione della sanzione penale producono un effetto motivante nei confronti dei consociati non solo attraverso l'intimidazione, ma anche attraverso la manifestazione della disapprovazione sociale del fatto vietato la quale genera nei destinatari un effetto educativo, moralizzatore e contribuisce a creare delle abitudini di rispetto della legge. Analogamente, sono due gli aspetti della efficacia generalpreventiva della pena di morte: da un lato c'è il profilo della intimidazione, generalmente studiato per mezzo di rilievi statistici dei tassi di criminalità, rilievi che si sono tradotti nell'esame della relazione tra la minaccia della sanzione o il grado di rischio dell'esecuzione e i tassi dell'omicidio, dall'altro rileva il profilo, c.d. di orientamento culturale, relativo agli effetti educativi, moralizzatori e di creazione di abitudini di rispetto della legge, che la previsione della pena, quale manifestazione di riprovazione sociale di un determinato comportamento, può ingenerare. Questi effetti – l'intimidazione, l'educazione, la moralizzazione, la convalida normativa - sono noti negli ordinamenti anglosassoni sotto il nome di “*general prevention*” o “*long-term deterrence*”.

Tuttavia in tali ordinamenti il termine *general prevention* è usato più spesso quale sinonimo di intimidazione ed infatti oggetto precipuo delle indagini criminologiche americane sulla efficacia deterrente della pena di morte sono le c.d. componenti negative della prevenzione generale, legate ad uno solo dei meccanismi attraverso i quali si può esplicitare l'effetto generalpreventivo della pena, quello intimidativo. Considerazioni di prevenzione generale c.d. positiva sono invece di essenziale importanza per un tentativo di valutazione dei dati statistici di cui riferiremo.

Prima di descrivere i risultati delle ricerche empiriche, occorre tener presente che le indagini statistiche sulla efficacia generalpreventiva della pena di morte non mirano genericamente ad accertare se essa possieda efficacia deterrente in relazione ai reati per i quali è comminata, bensì mirano ad accertare se la pena capitale sia dotata di maggiore efficacia generalpreventiva rispetto ad altre sanzioni e, in particolare, rispetto alla detenzione a vita, tradizionale alternativa alla pena di morte e inoltre esse si sono orientate allo studio delle quattro proprietà della sanzione penale - le stesse già individuate da Beccaria - che rafforzano la capacità dissuasiva della pena: *in primis* la severità della sanzione penale e la certezza della stessa, quindi la celerità o prontezza con la quale essa viene irrogata, e infine la pubblicità che ne viene data.

La 'teoria' classica della deterrenza si basa infatti sulla premessa che la sanzione penale, per essere effettiva nella prevenzione dell'attività criminale, deve essere abbastanza severa da costituire una 'contropartita' del vantaggio che può derivare dall'attività criminale stessa. Una tale ipotesi si fonda sull'assunto secondo il quale il reato costituisce il frutto di una scelta razionale e il delinquente è un soggetto che agisce secondo un attento calcolo e che nell'atto di intraprendere un'azione criminale soppesa costi e benefici della propria azione, in una sorta di 'massimizzazione utilitaristica'. L'uomo agirebbe cioè come *homo aeconomicus*. E' evidente dunque, seguendo la premessa, che l'agente sarà maggiormente dissuaso dal compiere l'attività delittuosa se maggiori saranno i 'costi eventuali' della sua azione, se cioè più severa sarà la sanzione criminale prevista per quel reato, se più sicura sarà la probabilità di ricevere quella sanzione e quanto più prontamente questa verrà irrogata, quanto maggiore sarà la conoscenza della sua esistenza da parte dell'agente.

Dall'inizio del secolo sino agli anni Sessanta, il metodo principalmente utilizzato per verificare l'efficacia deterrente della pena di morte è stato quello della comparazione (*comparative studies*): si è cioè proceduto, da un lato, ad un confronto dei tassi di omicidio, all'interno di una medesima giurisdizione, prima e dopo l'abolizione o la (re)introduzione della pena capitale, dall'altro, ad un confronto dei tassi di omicidio in Stati abolizionisti e in Stati non abolizionisti (BAILEY, PETERSON, *Murder, Capital Punishment, and Deterrente: A Review of the Literature*, in H.A. BEDAU (a cura di), *The Death Penalty in America: Current Controversies*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 137).

Nel primo caso – gli studi longitudinali - l'ipotesi della efficacia deterrente marginale della pena di morte rispetto alla detenzione a vita verrebbe confermata qualora si rinvenisse un aumento dei tassi di omicidio in seguito all'abolizione della pena capitale, e viceversa, una diminuzione degli stessi in caso di (re)introduzione della sanzione; nel secondo caso, quello della comparazione 'trasversale', l'ipotesi sarebbe confermata se si rinvenisse un tasso di omicidi più alto nelle giurisdizioni abolizioniste, rispetto a quelle non abolizioniste.

Tutti questi studi, basati sul metodo comparativo, non hanno fornito conferma alcuna dell'ipotesi 'deterrenza', rivelando piuttosto, in maniera unanime e consistente, indicazioni in senso contrario. Gli studi longitudinali sulle variazioni dei tassi di omicidio prima e dopo la abolizione/(re)introduzione della pena di morte hanno mostrato infatti che negli Stati ove la pena di morte era stata abolita non si era verificata alcuna variazione in aumento degli omicidi, né variazioni significative si rinvenivano tra Stati differenti, gli uni abolizionisti e gli altri mantenitori. Al contrario, questi studi constatavano una relazione tra pena di morte e andamento della criminalità opposta rispetto a quella attesa: i tassi di omicidio erano più alti negli Stati che mantenevano la previsione della pena capitale. La pena di morte sembrava cioè avere un effetto criminogeno, anziché deterrente.

Tra gli altri, un rilievo particolare occupa un lavoro di Thorsten Sellin, condotto con il metodo della comparazione trasversale. Sellin confrontò la curva della criminalità omicida dal 1920 al 1963 in diciotto Stati, raggruppandoli però in modo da formare gruppi di Stati contigui e omogenei tra loro "quanto alla composizione della popolazione e alle condizioni sociali ed economiche", sì da soddisfare la condizione *ceteris paribus*, e diversi soltanto per essere, all'interno del singolo gruppo, alcuni abolizionisti e altri mantenitori (cfr. SELLIN, *Homicides in Retentionist and Abolitionist States*, in T. Sellin (a cura di), *Capital Punishment*, New York, Harper & Row, 1967, p. 135).

Alla luce dello studio condotto, Sellin concludeva che "la presenza della pena di morte - in diritto e in pratica - non influenza i tassi di omicidio" (SELLIN, op. cit., p. 138).

Può essere utile notare come le conclusioni di Sellin siano state ribadite da studi successivi, di analoga tipologia.

Se i primi studi, e in particolare quello di Sellin, evidenziavano come la minaccia della pena (ritenuta) più severa, la pena di morte, sia ininfluente nella prevenzione della criminalità omicida, essi, tuttavia, limitandosi a considerare il profilo della *minaccia legale* della punizione, ignoravano del tutto un aspetto ulteriore che può influire sull'andamento della criminalità: la 'certezza' della punizione, ossia l'effettiva irrogazione ed esecuzione della pena.

Studiando proprio la certezza della pena di morte, a metà degli anni '70, un economista, Isaac Ehrlich, trovò conferma dell'efficacia deterrente della pena capitale: secondo le conclusioni di questo studioso, la pena di morte sarebbe in grado di produrre una diminuzione nei tassi di omicidio.

Grazie all'impiego di una metodologia statistica particolarmente sofisticata che si avvale della tecnica propria dell'analisi econometrica e denominata '*multiple regression analysis*', anche detta *analisi multivariata*, con uno studio longitudinale, Ehrlich, dopo aver aggregato i dati su base nazionale e annua, rinveniva che negli Stati Uniti, lungo l'arco di tempo compreso fra il 1933 e il 1969, si era verificata, tenute costanti le variabili socio-demografiche e politico-criminali di controllo, una "correlazione negativa" tra il tasso delle esecuzioni e il tasso degli omicidi a tal punto

significativa, che, stimava, “una esecuzione in più, all’anno, per il periodo considerato avrebbe potuto prevenire, in media, da sette a otto omicidi” (EHRlich, *The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death*, in *Am. Econ. Rev.*, 1975, vol. 65, n. 3, p. 39; p. 415, riprodotto in M. KOOSSED (a cura di), *The Philosophical, Moral, and Penological Debate over Capital Punishment*, Vol. I, New York–London, Garland Publishing, p. 398, p. 414).

Ehrlich traeva, in questo modo, una conferma dell’efficacia deterrente delle esecuzioni, fino allora negata dalla pressoché totalità degli studiosi.

Il lavoro di Ehrlich suscitò un rinnovato interesse della criminologia nei confronti delle indagini empiriche sul problema dell’efficacia generalpreventiva della pena di morte, per molti ormai un capitolo chiuso. Ne è scaturita una sorta di ‘nuova primavera’ per la verifica empirica dell’efficacia deterrente della pena di morte. Utilizzando sempre l’analisi multivariata, importanti ricerche, nel tentativo di ovviare ai difetti degli studi di Ehrlich, hanno ribaltato le conclusioni alle quali era giunto tale studioso: hanno fornito cioè una smentita dell’ipotesi deterrenza’, rinvenendo elementi decisivi in favore dell’ipotesi secondo la quale le esecuzioni non riducono i tassi di omicidio e dunque la pena di morte non ha una efficacia deterrente marginale superiore rispetto alla pena detentiva a vita.

Non solo. Senza voler trarre indebite generalizzazioni da questi studi, che valgono solo in relazione alla pena capitale, essi forniscono alcune indicazioni significative in relazione all’irrelevanza del solo fattore ‘severità’ nel controllo della devianza. Da essi emerge infatti che, nel calcolo dell’agente, assume un peso decisivo non tanto la misura della pena, quanto il rischio di essere scoperto, quindi il rischio di essere condannato, e solo in ultimo, e in misura non significativa, il rischio di essere giustiziato. Si conferma dunque la nota acquisizione criminologica secondo la quale “la certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggior impressione che non il timore di un altro più terribile unito con la speranza dell’impunità” (BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene*, ed. Mursia, p. 75).

Un secondo filone di ricerca molto importante nell’ambito delle indagini sull’efficacia generalpreventiva della pena di morte e’ quello relativo al rapporto fra la pubblicità delle esecuzioni e i tassi di omicidio: anche tali ricerche, comparando i tassi d’omicidio nelle settimane precedenti e successive ad esecuzioni altamente pubblicizzate, hanno confermato l’inefficacia deterrente della pena di morte ed anzi hanno evidenziato, seppure in maniera non definitiva, un’efficacia brutalizzante o criminogena della pena di morte.

E in un’ottica di prevenzione generale positiva, questi rilievi statistici non devono stupire. La contraddizione interna di cui la pena di morte è portatrice - promuove la vita spegnendola - non può non ‘rovesciare la medaglia’ di un presunto effetto di prevenzione generale positiva della pena di morte (la Commissione Reale inglese sulla pena di morte sosteneva che, essendovi nell’immaginazione popolare una stretta associazione fra assassinio e pena di morte, l’efficacia deterrente della pena di morte si realizzasse anche “facendo sorgere nella comunità, su un lungo periodo di tempo, un profondo sentimento di particolare aborrimiento del crimine di assassinio”: tale effetto viene oggi assolutamente negato). Proprio la visione di uno Stato che attua una violenza da lui stesso vietata al cittadino mortifica gli effetti moralizzatori della legge penale e degradando il rispetto generale della vita umana, finisce col produrre un effetto dannoso sulla psiche della collettività (Cosi EUSEBI, *La pena in crisi*, cit., p. 29).

Soprattutto in prospettiva di scelte da attuare sul terreno della politica criminale, tale conclusione è di estrema importanza. Poiché, fermo restando che la pena di morte non ha un effetto preventivo maggiore di quello della carcerazione a vita, quand’anche si ipotizzi che essa possa dissuadere qualche potenziale criminale, più della prospettiva della detenzione a vita, tale effetto verrebbe neutralizzato dall’effetto contrario in altri casi.

2. La prevenzione speciale nella forma della rieducazione. Il modello riabilitativo.

Premessa.

Come dicevamo, il sistema penale ha una funzione preventiva la quale si può esplicitare oltre che nella funzione generalpreventiva – ossia distogliere i consociati dal commettere reati – anche nella funzione special-preventiva – ossia impedire che il reo commetta in futuro altri reati. Tale finalità può essere raggiunta in diversi modi: o attraverso la neutralizzazione del soggetto, ossia tramite una coercizione (o addirittura eliminazione) fisica esercitata sul soggetto (si pensi ad un uomo in carcere per la vita o ad un uomo condannato a morte), o attraverso l'emenda morale del reo.

In realtà, nei tempi moderni la prevenzione speciale assume la forma della rieducazione. Ragioni d'economia impediscono un approfondimento del concetto di rieducazione che, come vi è già stato detto, si sostanzia di diversi contenuti (su questo concetto, si rimanda a DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in MARINUCCI-DOLCINI, (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, Giuffrè, p. 137 ss. e p. 172 ss.).

Ciò che è certo è che l'idea di prevenire i delitti attraverso un'opera di rieducazione del reo è un'idea non nuova.

Origine del modello riabilitativo. Brevi cenni.

L'idea di prevenire la commissione di reati attraverso un'azione di rieducazione della persona del reo si affermò, seppure in maniera embrionale, sin dal XVIII secolo con la filosofia Illuministica (si pensi al celebre *Panopticon* di Bentham, la prigione concepita come caserma-scuola-collegio e ospedale) per poi svilupparsi ulteriormente nel corso dell'Ottocento.

E' in particolare alla nascita della Scuola Positiva che può ricollegarsi la piena affermazione del modello riabilitativo. La Scuola Positiva, che applicava i principi della filosofia positivista – ancorata al fatto e ad un metodo induttivo di conoscenza – al diritto penale, comportò uno spostamento d'interesse della criminologia dal delitto al delinquente. La giustizia penale assumeva dunque il compito di individuare strumenti di conoscenza del delinquente al fine di approntare mezzi scientifici in grado di arginare la recidiva.

In Italia il pensiero positivista si pose in contrapposizione con le idee della Scuola classica che aveva invece affermato la centralità del concetto di reato considerato come un ente astratto: venne in particolare messo in discussione il concetto – centrale nel pensiero dei classici – del libero arbitrio, presupposto del concetto di colpa e dell'idea della retribuzione morale. Per la Scuola Positiva, dunque, il condannato non è più soggetto colpevole perchè il suo delitto, lungi dall'essere frutto di libero arbitrio, è frutto di condizionamenti bio-socio-economici. Di conseguenza la sanzione non può consistere in mera retribuzione, ma deve essere un mezzo attraverso il quale il delinquente va riadattato, se possibile, alla vita sociale.

Nell'ambito della Scuola Positiva, grande fortuna ebbe il pensiero di Cesare Lombroso che formulò la teoria del "delinquente nato", di colui che, indipendentemente da fattori ambientali, è naturalmente portato al delitto per via di anomalie organiche e psicologiche, le quali possono essere curate attraverso un intervento scientifico a fini terapeutici. Il delinquente viene considerato come una sorta di malato e il comportamento deviante un sintomo che può essere oggetto di trattamento attraverso una individualizzazione della pena.

Questa interpretazione positivista della delinquenza porta all'affermazione di un modello medico di giustizia penale, basato su tre elementi: 1. l'ideale riabilitativo, per cui funzione della giustizia penale è comprendere l'eziologia del crimine in funzione del reinserimento sociale e della rieducazione del soggetto; 2. la predizione di pericolosità (concetto sopravvissuto fino a noi e presupposto delle misure di sicurezza che appunto sono state mutate dal pensiero positivista e che

sono misure indeterminate finalizzate alla risocializzazione del reo); 3. l'individualizzazione del trattamento.

Queste idee della Scuola positiva, pur depurate della loro componente deterministica, sopravvivono ancor oggi in molte legislazioni occidentali. Prendiamo la legislazione italiana: per fare solo alcuni esempi, in essa ritroviamo, come dicevo, le misure di sicurezza, misure determinate solo nel minimo volte alla risocializzazione del reo socialmente pericoloso; ritroviamo le misure alternative al carcere, ispirate all'idea della risocializzazione del reo e del trattamento; ritroviamo, nel codice di procedura penale minorile, la sospensione del processo con la messa alla prova del minore a fini di trattamento e risocializzazione dello stesso.

Possiamo affermare che, tra i vari Paesi occidentali che hanno abbracciato il modello riabilitativo, senz'altro al primo posto vi sono gli Stati Uniti d'America. Negli U.S.A., infatti, a partire dal 1945, la riabilitazione diviene il cardine del sistema penale. Compito del sistema penale non è più solo punire, ma soprattutto rieducare: nasce così il sistema delle pene indeterminate, indeterminate proprio perché indeterminato è il tempo necessario alla risocializzazione, nasce l'idea del trattamento psicologico, nonché gli istituti del *probation*, del *parole*, della *diversion*.

E' proprio al panorama statunitense dunque che rivolgiamo la nostra attenzione concentrandoci in particolare sui principali programmi di trattamento ivi messi in atto. Come avremo modo di vedere, alcuni di questi istituti sono stati introdotti anche nel nostro ordinamento.

I principali programmi di trattamento previsti nell'ordinamento statunitense.

Secondo il *National Academy of Sciences* statunitense la riabilitazione è "un intervento pianificato che riduce la futura attività criminosa del soggetto". Tre sono i principali istituti alla base del sistema riabilitativo negli Stati Uniti: *diversion*, *probation* e *parole*. I primi due istituti intervengono rispettivamente all'inizio e alla fine della fase processuale, il terzo anticipa il rilascio del condannato e prevede la continuazione dell'espiazione della pena fuori dal carcere sotto la supervisione di un apposito organo.

a) *Diversion*.

La *diversion* risponde alla necessità di allontanare precocemente alcuni soggetti come i minori e i soggetti autori di reati bagatellari dal sistema di giustizia penale. La *diversion* è quindi una alternativa al processo, tramite la quale l'imputato acconsente a sottostare ad alcune condizioni – come ad esempio il sottoporsi a un programma di trattamento - imposte dal *prosecutor* (che è l'organo dell'accusa) in cambio del ritiro delle accuse da parte di quest'ultimo. La *diversion*, che è consentita nell'ordinamento statunitense dalla vigenza del principio della non obbligatorietà dell'azione penale, consiste in una procedura amministrativa informale, volta al recupero del reo tramite un'attività di assistenza psicologica, medica o sociale che si pone in alternativa al processo. Si può trattare di programmi di trattamento individualizzati diversi a seconda del bisogno dell'autore di reato: terapie di disintossicazione da alcool o stupefacenti, terapia psichiatrica o psicologica.

La finalità principale è quella di evitare la stigmatizzazione derivante dal processo e gli effetti criminogeni del carcere e infatti si ricorre alla *diversion* soprattutto per soggetti con pochi precedenti penali e che abbiano commesso reati di lieve entità i quali appunto subirebbero maggiormente gli effetti negativi del carcere. L'istituto risponde anche ad altre finalità come quella della risocializzazione del reo e della prevenzione della recidiva, oltre che ad esigenze di deflazione del sistema penale.

La *diversion* presuppone comunque perché possa giungere a buon fine il consenso dell'imputato e la libera accettazione della misura.

Se le condizioni imposte dalla *diversion* sono rispettate, le accuse cadono definitivamente; se invece vengono trasgredite, l'azione penale viene ripresa.

Ai fini della concessione della misura si tiene conto solitamente dell'età, di eventuali disturbi psichici o fisici che hanno determinato l'atto deviante o di particolari condizioni famigliari o sociali suscettibili di modifica tramite un trattamento riabilitativo.

Numerose ricerche empiriche hanno tentato di verificare l'efficacia della *diversion* confrontando questo istituto con altre misure di tipo giudiziario, considerando diversi criteri di comparazione come il tasso di recidiva e la positiva trasformazione dei comportamenti dei soggetti sottoposti alla misura. Tali ricerche giungono per lo più alla conclusione che raramente la *diversion* produce risultati positivi, favorendo talvolta un aumento dei tassi di recidiva. In realtà, l'istituto viene sottoposto oggi a revisione critica soprattutto per altre ragioni: si sottolinea innanzitutto come il fine della *diversion*, la de-criminalizzazione, si sia in realtà tradotto esattamente nell'opposto: infatti, grazie alla *diversion*, i *prosecutors* hanno finito con l'ampliare il raggio dell'intervento giudiziario sottoponendo ad una misura alternativa coloro che con ogni probabilità sarebbero stati prosciolti. L'istituto ha cioè causato il c.d. "*net-widening effect*", ossia un allargamento della sfera del controllo sociale, ciò contrariamente all'originario intento di de-criminalizzazione dell'istituto. Si ritiene dai più dunque che questo istituto nella sua concreta applicazione abbia finito per tradire le premesse sulle quali era nato.

Pur con limiti di cautela, si può osservare che nel nostro ordinamento il principio della *diversion* ha trovato attuazione in alcuni istituti previsti dalla Giustizia minorile e in particolare nel proscioglimento per irrilevanza del fatto (di cui abbiamo già detto) secondo il quale il p.m. può chiedere al g.i.p. di emettere una sentenza di non luogo a procedere quando risulti la tenuità del fatto, l'occasionalità del comportamento e l'ulteriore corso del procedimento pregiudichi le esigenze educative del minore, nonché l'istituto della messa alla prova. Quest'ultimo istituto, lo ricordiamo, è disciplinato dall'art. 28 del D.P.R. n. 448/88 in base al quale il giudice può disporre con ordinanza la sospensione del processo per un periodo massimo di 3 anni durante il quale il minore, affidato ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia in collaborazione con i servizi locali, sarà sottoposto ad una prova che consiste in un progetto di intervento di carattere educativo.

b) *Probation*.

L'origine di questo istituto viene solitamente fatta risalire a Jhon Augustus, un facoltoso calzolaio di Boston, che, dopo aver pagato la cauzione, prese in affidamento un soggetto accusato di ubriachezza molesta. Grazie all'aiuto di Augustus l'uomo trovò un lavoro e smise di bere e il giudice, al momento del processo, in considerazione dell'avvenuta risocializzazione dell'imputato, decise di condannarlo soltanto ad una pena simbolica di un centesimo.

Augustus promosse, tramite l'associazione di cui era a capo, il riconoscimento legale della *probation* e nel 1878 il Massachusetts emanò la prima legge che prevede l'istituto nell'ambito della giustizia minorile. In seguito la *probation* divenne una misura non più contemplata solo per i minori, ma rivolta anche agli adulti e si diffuse in tutti gli Stati Uniti.

La *probation*, nella sostanza, sottrae il condannato alla pena detentiva; generalmente viene disposta dal giudice con la sentenza di condanna su parere del *probation officer*, che è l'organo che vigila e presiede alla attività del soggetto posto in *probation*. La finalità dell'istituto è evidentemente quella di evitare gli effetti criminogeni del carcere e soprattutto di favorire la risocializzazione del condannato.

Contrariamente a tali finalità, tuttavia, nella prassi, ai fini della concessione della misura, hanno molta importanza la natura del reato commesso e i precedenti penali, sicché la dottrina critica mette in rilievo come di fatto uno dei pregi di questa misura, quello di consentire una sanzione individualizzata che tenga conto delle condizioni ambientali e sociali del reo, venga vanificato.

Se durante il periodo di *probation* vengono rispettate tutte le condizioni prescritte, alla fine del periodo il soggetto non deve scontare alcuna pena, in caso contrario, il giudice revocherà la misura disponendo l'ingresso in carcere.

Accanto alle forme tradizionali di *probation*, in tempi recenti, sono apparse nuove forme dell'istituto, come la *shock probation*, la *probation* elettronica, l'*intensive supervision probation*, rivolte più al controllo che alla risocializzazione. La prima richiede che il soggetto abbia già scontato una breve pena detentiva, la seconda si distingue dalla *probation* ordinaria per il modo in cui vengono effettuati i controlli sugli spostamenti del soggetto il quale viene sottoposto ad un monitoraggio elettronico. La terza è prevista per soggetti considerati ad alto rischio (purché non condannati per reati violenti) che necessitano di un controllo molto attento al fine di evitare la violazione delle regole imposte dalla *probation*.

Anche con riferimento alla *probation* sono state poste in essere molte ricerche empiriche volte a verificarne l'effettività. I risultati di tali ricerche sono molto contrastanti. Sembra tuttavia che, oltre a non prevenire la recidiva, l'istituto non costituisca un mezzo efficace di reinserimento sociale sicché parte degli studiosi decretano il fallimento dei programmi di *probation*.

L'istituto americano del *probation* trova un corrispondente nell'ordinamento italiano - che ad esso si è ispirato - nell'affidamento in prova al servizio sociale, una misura alternativa al carcere che ha la funzione di sottrarre il soggetto agli effetti negativi del carcere e di favorirne la risocializzazione. L'istituto è disciplinato all'art. 47 ord. pen. e comporta che il condannato venga ammesso ad un periodo di prova di durata uguale a quella della pena detentiva da scontare. Durante tale periodo il condannato è affidato - fuori dall'istituto carcerario - al servizio sociale che svolge nei confronti di quest'ultimo sia un compito di controllo che di aiuto ai fini del reinserimento sociale. Se la prova dà esito positivo, ossia se non intervengono cause di revoca della prova, si estingue la pena e vengono meno gli effetti penali della condanna.

Al momento dell'affidamento, il Tribunale di sorveglianza può dettare prescrizioni relative ai rapporti fra il condannato e il servizio sociale, al lavoro, alla libertà di locomozione, alla dimora, al soggiorno in un determinato luogo, alla frequentazione di determinati locali o persone. Questi obblighi e divieti, previsti dall'art. 47, co. 5 e 6 o.p., non hanno carattere tassativo: infatti al condannato può essere impartita qualsiasi prescrizione che gli impedisca di "svolgere attività o di avere rapporti personali che possono portare al compimento di altri reati" (47, co. 6 o.p.).

Quanto all'ambito applicativo dell'affidamento in prova, occorre osservare che l'istituto sembrerebbe applicarsi solo ai condannati a pena detentiva non superiore a tre anni, ma di fatto oggi si estende anche ai condannati a pene di più lunga durata.

Per la concessione dell'affidamento in prova, è necessario inoltre che il Tribunale di sorveglianza (l'affidamento interviene nella fase esecutiva della pena, non nella fase del giudizio), sulla base della osservazione in carcere o in mancanza sulla base del comportamento tenuto dal condannato successivamente alla commissione del reato, ritenga che il provvedimento "contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati" (47, co. 2).

È evidente, in base a quanto detto, che l'effettività di questa misura alternativa dipende nella pratica sia dalle prescrizioni stabilite dal Tribunale di sorveglianza, sia dal ruolo effettivamente svolto dal servizio sociale. Purtroppo, da tempo, il servizio sociale non è in grado di svolgere quel compito di controllo e di aiuto al reinserimento sociale che gli è proprio, sicché i contenuti della misura sono nella sostanza vanificati.

c) *Parole.*

L'ultimo istituto proprio del modello riabilitativo è il *parole*. Esso, diversamente dai primi due istituti, trova applicazione nella fase esecutiva della pena.

Si tratta di una figura di rilascio condizionale che interviene dopo che il soggetto ha scontato una parte della pena inflittagli e che prevede una supervisione come quella prevista nel caso di probation. Il giudice infligge con la sentenza di condanna una pena indeterminata. L'effettiva durata della pena verrà stabilita solo successivamente ad opera di un organo amministrativo, il parole board, che in maniera discrezionale deciderà quando procedere al rilascio.

Per assumere tale decisione il parole board esamina diversi fattori quali i precedenti penali del reo, la natura e la gravità del reato commesso, il comportamento tenuto durante la detenzione, la partecipazione a programmi correzionali, la probabilità che il soggetto commetta altri reati, le opportunità di reinserimento sociale.

Nato nel diritto penale coloniale e affermatosi definitivamente negli anni quaranta, l'istituto è oggi previsto in tutte le giurisdizioni statunitensi le quali tuttavia lo disciplinano in modi assai diversi l'una dall'altra.

Al fine di arginare il potere discrezionale del parole board, in molte giurisdizioni, nell'ambito di una più ampia riforma del sentencing nord-americano che ha sostituito il sistema delle pene indeterminate, precipitato normativo dell'ideale rieducativo, con un sistema di pene determinate, sono state adottate delle parole guidelines, ossia delle linee-guida che l'organo amministrativo è tenuto a seguire nell'assumere la decisione circa il rilascio. Tali linee-guida sembrano tuttavia orientare l'istituto più in una direzione retributiva che non riabilitativa.

Anche questo istituto come i precedenti è stato sottoposto al vaglio della ricerca empirica la quale ha dato risultati diversi: sembra tuttavia di poter dire che anche il parole ha dato esiti meno confortanti di quelli sperati.

Solitamente il parole viene avvicinato al nostro istituto della liberazione anticipata. Tra le misure alternative, la legge sull'o.p. inserisce anche la liberazione anticipata (art. 54 o.p.). Essa comporta una detrazione di 45 gg. per ogni semestre di pena scontata a beneficio del condannato a pena detentiva che "abbia dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione".

La crisi dell'ideale rieducativo.

All'inizio degli anni Settanta, l'ideale rieducativo, che per lungo tempo aveva occupato la ribalta della politica penale nordamericana, entra in "crisi" (Così ALLEN, *The Decline of the Rehabilitative Ideal, Penal Policy and Social Purpose*, New Haven-London, Yale University Press, 1981, p. 2 ss.).

La crisi dell'ideale rieducativo avviene non solo sul piano ideologico, ma anche su quello pratico. Nel 1974, infatti, uno studio empirico, condotto da Robert Martinson, dimostrava l'inefficacia dei programmi di trattamento nella prevenzione della recidiva. Lo studio di Martinson ha inciso profondamente nella problematica penalistica americana, contribuendo ad acuire il clima di generale sfavore per l'idea rieducativa.

Intorno alla fine degli anni sessanta, infatti, una prima subitanea disillusione nei confronti dell'idea special preventiva riconducibile, invero, ad una sopravvalutazione delle aspettative riposte nell'efficacia dei programmi di trattamento, si acuisce in seguito ad alcuni problemi connessi al sistema del sentencing indeterminato, che dell'ideale rieducativo è diretta espressione normativa.

Tra questi problemi, la dottrina critica sottolineava, in particolare, il potere discrezionale quasi illimitato concentratosi in seno agli organi giudiziari, sia nella fase del sentencing (la fase della commisurazione della pena), sia soprattutto nella fase esecutiva della pena, il cui arbitro è un organo amministrativo (il parole board di cui si è detto), e il verificarsi, proprio in ragione di questa ampia discrezionalità, del fenomeno della sentencing disparity, ossia di una disomogeneità di trattamento sanzionatorio, pur in presenza di fattispecie di reato simili. Di fronte a queste problematiche, s'imponeva come essenziale la ricerca di una maggiore certezza della pena e

l'esigenza di maggiori garanzie di rispetto della dignità del condannato e del principio di eguaglianza.

La nascita del *Just Desert Model* e del *Crime Control Model* come risposta alla crisi dell'ideale rieducativo.

La reazione seguita alla disillusione nei confronti dell'ideale rieducativo e alla crescente sfiducia nei confronti della capacità stessa dell'uomo di riabilitarsi si è tradotta in un ritorno all'idea retributiva (Cfr. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 114 ss).

E' noto che "il dibattito sulla retribuzione ha tradizionalmente investito quest'ultima quale teoria assoluta della pena" (EUSEBI, *ibidem*). La pena cioè risponderebbe ad esigenze metafisiche di superiore giustizia e sarebbe giustificata in sé stessa, in base a parametri universali di giudizio, e non in ragione della sua utilità. Sarebbe infatti *ab-soluta*, in quanto sciolta da qualsiasi legame con i suoi futuri effetti (preventivi) e proiettata invece sulla condotta passata del reo. Tale concezione, che sembra rispondere meglio di ogni altra all'idea di giustizia radicata nell'opinione pubblica (a volte anche a quella adottata nella prassi giudiziaria) e fortemente posta in discussione invece dalla dottrina, non rispecchia tuttavia a pieno i contenuti del 'neoretribuzionismo' sviluppatosi negli Stati Uniti a partire dagli anni settanta.

E' infatti in chiave garantistica che, almeno nelle dichiarazioni di intenti, la dottrina penalistica nordamericana recupera, agli inizi degli anni settanta, l'idea retributiva. Quest'ultima, nel suo nucleo originario, porta con sé un'idea fortemente garantista, che si sostanzia nel principio di proporzionalità fra la pena e il reato: l'uomo non può essere inteso come mezzo per uno scopo, bensì deve essere il 'fine' (si veda la dichiarazione di Kant: "[...] l'uomo non deve mai essere trattato come un puro mezzo in servizio dei fini di un altro ed essere confuso con gli oggetti di diritto reale [...]. Egli deve essere trovato *passibile di punizione*, prima ancora che si possa pensare di ricavare da questa punizione qualche utilità per lui stesso o per i suoi concittadini". Cfr. KANT, *Del diritto di punizione e di grazia*, da *La metafisica dei costumi*, trad. a cura di G. Vidari, Bari, Laterza, 1983, pp. 164-71, in EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 217-8), e in tal modo l'ancoraggio al principio di proporzionalità impedisce l'inflizione di pene eccessive o esemplari, non rispondenti alla colpevolezza e dettate piuttosto da esigenze preventive.

Il ritorno alla concezione retributiva della pena si può cogliere, prima ancora che nella dottrina, nella giurisprudenza. Già nel 1976 nel caso *Gregg v. Georgia* la retribuzione torna ad essere riconosciuta come una delle possibili finalità della pena: "*la retribuzione non è più la finalità dominante nel diritto penale, ma nemmeno una finalità vietata o in contrasto con il nostro rispetto per la dignità dell'uomo*" (*Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, a p. 184 (1976)).

La prima avvisaglia del mutato orientamento nell'opinione pubblica poi si fa in genere risalire al rapporto, intitolato *Struggle for Justice*, sulla situazione penitenziaria negli Stati Uniti. Questo rapporto costituiva una denuncia delle problematiche sopra esposte e una richiesta di cambiamento orientata verso un'ottica punitiva, piuttosto che di trattamento, nonché verso l'eliminazione di ogni forma di discrezionalità e di considerazioni soggettive nella commisurazione della pena.

E' però con l'ormai classica opera filosofica di John Rawls, *A Theory of Justice* (J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 1997, 6a ed.), che la critica alla situazione generatasi nella giustizia penale trova un'eco anche in ambito dottrinario e soprattutto un forte supporto ideologico.

Muovendo da un'interpretazione contrattualistica dell'organizzazione sociale, l'opera di Rawls tende ad una ricostruzione in chiave rigidamente distributiva del concetto di giustizia. La giustizia è

intesa cioè come 'equità' (*fairness*) e si identifica con "il rispetto della norma", ossia con "l'amministrazione regolare e imparziale, e in questo senso equa, del diritto" (RAWLS, p. 203): ciò implica "la massima secondo cui casi simili vanno trattati in modo simile" e tale condizione richiede che venga limitata "in modo significativo la discrezionalità del giudice e dell'autorità" (p. 204).

Anteponendo una concezione formale della giustizia, il pensiero di Rawls contribuiva così a radicare nella cultura penalistica americana la legittimità del concetto di giustizia, a prescindere dal perseguimento di qualsiasi scopo utilitaristico.

L'idea retributiva trova tuttavia una compiuta affermazione con il diffondersi della dottrina del 'giusto merito'. L'opera di von Hirsch, *Doing Justice* (A. von HIRSCH, *Doing Justice: The Choice of Punishment*, New York, Basic Books, 1976.), pubblicata nel 1976, costituisce il manifesto di questa corrente di pensiero. Il nucleo centrale di questa dottrina penalistica prevede che a condotte ugualmente riprovevoli debba seguire il medesimo trattamento sanzionatorio e che la severità della pena debba essere graduata in proporzione alla gravità del reato. Respinta la riabilitazione quale fine della pena, von Hirsch propone una pena retributiva che corrisponda alla 'giusta' dose di punizione, rintracciabile in una doppia scala di sanzioni predeterminate, previste legislativamente in base alla gravità dell'offesa e al tasso di recidivismo del reo. Sebbene la 'giusta pena' nel pensiero di Hirsch sia tesa a ridurre il ricorso alla pena detentiva - specie per i reati bagatellari - essa in ogni caso viene concepita come irrinunciabile (come nel sistema kantiano ed hegeliano): si vuole cioè escludere "la possibilità, per i colpevoli, di sfuggire alla giusta dose di punizione", in quanto 'meritata'. E' evidente il risvolto garantistico di questa impostazione: nessuna pena può superare il limite di quanto è dovuto secondo proporzionalità.

E' tuttavia significativo che questa rivalutazione della punizione retributiva, pur in un'ottica garantistica, si accompagni contemporaneamente all'affermarsi, nel panorama penalistico americano, di forti istanze repressive. Accanto infatti alla critica ideologica, mossa dalla c.d. criminologia radicale o 'nuova criminologia' nei confronti dell'idea di risocializzazione - dettata da un rigetto di un sistema sociale che, 'rieducando', in realtà nega la genesi sociale della devianza e anzi impone un adeguamento coattivo del soggetto ai valori sociali - si assiste in questi anni al diffondersi di un altro movimento di pensiero antagonista dell'idea rieducativa, il cosiddetto *law and order movement* (Sul movimento *law and order*, vedi ALLEN, *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, cit., p. 62).

Una ricostruzione in chiave di deterrenza e di incapacitazione del sistema penale, portato tipico del movimento *law and order*, si coglie già nell'efficace sintesi di Norval Morris (*The Future of Imprisonment*, Chicago-London, University of Chicago Press, 1974) secondo il quale nel sistema penale due sole sono le finalità da perseguire: deterrenza e retribuzione. La riabilitazione non è esclusa, ma può realizzarsi solo in caso di volontaria adesione del condannato.

E' tuttavia nelle variegate correnti di pensiero che si ispirano alla concezione della giustizia penale come 'guerra al crimine' e al criminale quale 'nemico' da sconfiggere, che la deterrenza e la neutralizzazione si affermano come compiti primari e irrinunciabili cui lo Stato deve adempiere. In particolare, si tratta di correnti di pensiero, anch'esse nate in risposta alla crisi dell'idea rieducativa, che, facendo leva su un accentuato bisogno di sicurezza dei cittadini (sintomo di profondi problemi etico-sociali) hanno riproposto quale valore essenziale l'ordine pubblico, da attuarsi ad ogni costo, e soprattutto mediante una *escalation* di repressione. A queste correnti di pensiero che fondano il *Crime Control Model*, appartiene l'opera, pubblicata nel 1975, dal titolo *Punishing Criminals: Concerning a Very Old and Painful Question* (E. van den HAAG, *Punishing Criminals: Concerning a Very Old and Painful Question*, New York, Basic Books Inc., 1975.) ad opera del criminologo Ernest van den Haag.

Nella medesima, che si presenta sotto forma di trattato criminologico, infatti, van den Haag sancisce quale finalità prioritaria della pena l'incapacitazione, realizzabile attraverso pene detentive

di lunghissima durata ed anche mediante il ricorso alla pena capitale, ribadendo inoltre la piena legittimità della retribuzione quale fine della pena.

3. Il modello riparativo.

Abbiamo già accennato alla c.d. *restorative justice* o giustizia riparativa (sul tema cfr. CIAPPI-COLUCCIA, *Giustizia criminale*, Franco Angeli, Milano, 1997).

La presa d'atto della inefficacia del sistema penale fondato ora sulla prevenzione generale ora sulla riabilitazione, insieme alla nuova considerazione del ruolo della vittima, rivalutato soprattutto negli ultimi vent'anni ad opera della vittimologia, hanno portato alla ideazione di nuovi tipi di risposta al reato che sostituiscono o affiancano alla punizione del colpevole interventi volti ad attenuare il conflitto fra autore e vittima e ad ottenere una piena riparazione dei danni causati dal delitto.

E' difficile rinvenire un'unica filosofia a cui ricondurre l'idea della giustizia riparativa: quest'idea infatti si ritrova in diverse correnti di pensiero, sia in quelle riabilitative sia nei movimenti abolizionisti.

Tra i movimenti abolizionisti si suole distinguere l'abolizionismo radicale che propugna il totale abbandono del sistema penale e l'abolizionismo istituzionale che, pur non volendo rinunciare al sistema di giustizia penale, intende abolire l'istituzione carceraria e altre istituzioni come l'ospedale psichiatrico. Proprio a quest'ultimo movimento sembra potersi ascrivere l'idea della giustizia riparativa, anche se non manca chi l'ascrive piuttosto ai più recenti sviluppi della criminologia critica.

Il modello riparativo intende riportare la persona che è stata danneggiata dal reato al centro del sistema penale facendone la vittima principale e relegando lo Stato al ruolo di vittima secondaria; assieme a quello della vittima cambia anche il ruolo dell'autore di reato che da soggetto passivo destinatario della sanzione penale, diventa soggetto attivo a cui è richiesto di rimediare agli errori commessi e ai danni provocati con la condotta criminosa.

Il modello riparativo comporta dunque una differente concezione della pena. Al carattere affittivo della pena proprio dei classici e a quello di trattamento e di risocializzazione del modello riabilitativo si sostituisce il carattere reintegrativo della sanzione.

Tale modello affida dunque alla vittima e all'autore di reato un ruolo attivo nella ricerca del modo più soddisfacente di risoluzione del conflitto per entrambe le parti. Il dialogo e la mediazione diventano gli strumenti fondamentali di questo approccio.

La mediazione.

La mediazione, secondo una definizione su cui vi è unanime accordo in dottrina, può essere definita come la negoziazione fra le parti in conflitto, vittima e autore di reato, con l'assistenza di una terza parte, il mediatore, che facilita il processo di mediazione.

Lo spirito della mediazione è quello di dare l'opportunità alle parti di esprimere i loro sentimenti rispetto all'evento criminoso e di aiutarle a raggiungere un accordo di restituzione.

Il primo esempio di mediazione è stato quello canadese del 1974 cui sono seguiti altri programmi di mediazione in U.S.A. e in molti Paesi europei. Tali programmi sono molto diversi gli uni dagli altri. E' tuttavia possibile classificarli in base al loro rapporto con il sistema penale:

- a) programmi 'indipendenti' dal sistema penale ai quali i partecipanti vengono inviati dalla comunità o da organizzazioni private o vi si rivolgono spontaneamente senza l'intervento della magistratura o della polizia. Si tratta per lo più di liti fra vicini o di casi di violenza in famiglia.

- b) Programmi relativamente ‘indipendenti’ dal sistema penale che intervengono dopo che i soggetti sono entrati nel sistema penale, ma solo quando l’invio del caso da parte degli operatori del sistema penale è incondizionato nel senso che all’eventuale mancato accordo non conseguano ricadute negative sul soggetto. L’invio può avvenire in qualsiasi momento su richiesta del p.m., della polizia, o del giudice.
- c) Programmi ‘dipendenti’ dal sistema penale in cui l’invio alla mediazione avviene in modo condizionato. Ad esempio, il p.m. archiverà il caso se sarà raggiunto un accordo tramite la mediazione.

Generalmente la mediazione si svolge tramite l’incontro diretto delle parti, ma a volte, ove esse rifiutino, il mediatore può fare da tramite fra di loro. Il mediatore deve essere una terza persona neutrale la quale non deve imporre alcuna soluzione ma solo facilitare la riconciliazione. In origine i mediatori erano in genere volontari e talora avevano alle spalle solo brevi corsi di formazione, attualmente si sta affermando una figura professionale di mediatore opportunamente preparato.

In Italia, la vigenza dei due principi di legalità – per il quale le condotte criminose devono essere rigorosamente tipizzate – e del principio di obbligatorietà dell’azione penale ha fatto sì che il principio della mediazione abbia incontrato maggiori resistenze che in altri Paesi. In ogni caso, la mediazione in Italia riguarda solo l’ambito della giustizia minorile ove sono individuabili due forme di mediazione: una extra-processuale che ha luogo prima dell’inizio del processo (artt. 9 e 27 D.P.R. 448/88 e 564 c.p.p.) e una processuale, collocata nella fase esecutiva come parte del progetto di messa alla prova.

L’esperienza pilota in Italia è avvenuta a Torino nella metà degli anni ’90. L’ufficio di mediazione ivi creato in collegamento con il Tribunale per i minorenni, nei primi quattro anni di lavoro, ha assistito ad un esito positivo delle mediazioni realizzate nel 73% dei casi. La mediazione ha riguardato soprattutto reati contro la persona, quindi reati contro il patrimonio tra cui soprattutto la rapina.

La ricerca criminologica ha cercato di valutare l’efficacia della mediazione anche se con difficoltà dettate dal fatto che il criterio per valutare il successo dell’istituto varia al variare del principale obiettivo che viene affidato alla mediazione.

E’ certo comunque che un elevato numero di vittime accetta il programma di mediazione (mentre gli autori di reato tendono più spesso a rifiutare). Tutti gli studi volti a verificare l’efficacia della mediazione mostrano inoltre come le percentuali di accordo siano elevatissime, pari quasi al 90%. Analogamente pari all’80-90% sono le percentuali di coloro che si dichiarano soddisfatte del programma. Il motivo della soddisfazione è quasi sempre di ordine psicologico o emotivo: per le vittime tale motivo consiste nell’opportunità loro offerta di incontrare personalmente il responsabile e di conoscere i motivi che l’hanno indotto ad agire, per il delinquente nel fatto di avere incontrato la vittima, di avere scoperto che essa è disposta ad ascoltarlo, offrendo loro la possibilità di esprimere pentimento per il gesto commesso.

IL SOFFERENTE PSICHICO AUTORE DI REATO

1. Il caso.

Verso le ore 4 del 27 dicembre 2001 Giuseppe R., dinanzi alla porta della propria abitazione, sul pianerottolo condominiale, esplose due colpi di pistola all’indirizzo di Vittorio A., colpendo

la vittima all'altezza del collo e della testa e provocandone la morte. Gli agenti della polizia trovavano R. ancora con la pistola in pugno, che esclamava rivolto a loro: "Sono stato io, così ha finito di rompere". Nonostante l'intimazione di gettare l'arma ed alzare le mani, il R. continuava a brandire la pistola e a minacciare gli astanti, compresi alcuni condomini accorsi dopo gli spari. Gli agenti si trovavano così costretti ad intervenire con la forza, disarmando R. ed immobilizzandolo. Il rumore degli spari aveva destato anche Carla P., moglie di A., la quale, accertasi che il marito non era a letto, si era recata pure lei sul pianerottolo condominiale, al piano inferiore, e trovando il marito riverso a terra aveva cercato di soccorrerlo; R. le aveva allora rivolto la pistola contro, dicendo "Ora ammazzo pure te" e puntandole l'arma alla tempia.

Procedutosi con il rito abbreviato, il giudice aveva disposto perizia sulla capacità di intendere e di volere dell'imputato, che veniva riconosciuto affetto da vizio parziale di mente, dichiarato colpevole, seppur con l'attenuante di cui all'art. 89 c.p., e condannato a quindici anni e quattro mesi di reclusione; il giudice disponeva inoltre nei confronti del R. la misura di sicurezza dell'assegnazione alla casa di cura e di custodia per la durata minima di tre anni.

Nel solo primo grado, l'imputato era stato oggetto di tre accertamenti (senza tener conto delle consulenze da parte difensiva). Una prima consulenza, disposta dal P.M., aveva individuato nell'imputato "un disturbo della personalità di tipo paranoideo in un soggetto portatore di una patologia di tipo organico consistente in una malformazione artero-venosa cerebrale", concludendo che, mentre la capacità di intendere del soggetto era piena, quella di volere risultava grandemente scemata. La seconda consulenza, disposta sempre dall'accusa, in una prima versione dichiarava l'imputato totalmente privo della capacità di intendere e di volere al momento del fatto, in quanto affetto da "crisi psicotica paranoidea"; nella seconda versione, lo stesso consulente mutava parere, definendo il soggetto "non psicotico, bensì con personalità borderline di tipo paranoideo" e pertanto dotato, al momento del fatto, di una piena capacità di intendere ma non invece di quella di volere. Il perito nominato dal giudice concludeva per una parziale capacità (o incapacità?) di intendere e di volere dell'imputato e per la sua pericolosità sociale. Egli escludeva che il R. fosse affetto da un disturbo borderline, individuando invece "un disturbo paranoideo...frammisto ad elementi appartenenti al disturbo narcisistico di personalità". Secondo il perito, la personalità dell'imputato presentava "un nucleo depressivo profondo, legato ad avvenimenti personali ed in grado di determinare radicati sentimenti di inabilità, insufficienza, inadeguatezza" che avrebbero portato il R. ad alimentare, per anni, "vissuti fortemente persecutori e tematiche di natura aggressiva, come risposta all'incapacità di assumersi la responsabilità dei propri fallimenti esistenziali", polarizzando la propria esistenza intorno a "contenuti ideici che non possono essere definiti deliranti, ma che possono essere compresi attraverso la definizione psichiatrica di 'idee dominanti'". Per quanto attiene la capacità di volere, secondo il perito, "il R. avrebbe sperimentato, mediante la totale invasività del pensiero persecutorio con le caratteristiche delle idee dominanti, uno scardinamento delle proprie labili capacità di controllo delle scariche impulsive e della propria aggressività", con "un passaggio all'atto in cui il libero dispiegarsi dei meccanismi della volontà viene impedito dal massiccio vissuto persecutorio". Nelle fasi immediatamente precedenti il delitto, come peraltro in quella attuale, l'imputato era inoltre affetto da "una compromissione della capacità di intendere che, se non giunge alla grave destrutturazione tipica delle autentiche esperienze psicotiche, si caratterizza per una profonda anomalia del pensiero". Il perito concludeva pertanto per la presenza di "una condizione psicopatologica in cui entrambe le capacità di intendere e di volere erano significativamente danneggiate, ma senza giungere al loro totale azzeramento"; mancava cioè, nel R., "un disturbo psicotico delirante" ma sussisteva soltanto (?) "un disturbo paranoideo per effetto del quale la capacità di intendere e di volere è compromessa, ma non del tutto esclusa". Quanto alla patologia organica (la malformazione artero-venosa cerebrale), "era da eludere che essa abbia mai avuto un ruolo esclusivo nell'infermità psichiatrica, anche se certamente contribuisce a determinare la particolare condizione del predetto, incidendo negativamente sulle sue capacità di volizione".

Il pubblico ministero e le parti civili proponevano appello e, in questa sede, la decisione di primo grado veniva ribaltata. Rilevava la Corte d'Assise d'Appello che "né il perito nominato dal

giudice, né i c.t. del P.M. hanno riscontrato nell'imputato, in sostanza, altro che disturbi della personalità, sulla cui esatta definizione non si sono neppure trovati concordi” e concludeva che “le anomalie comportamentali dell'imputato non hanno causa in una alterazione patologica clinicamente accertabile, corrispondente al quadro clinico di una determinata malattia...né in una infermità o malattia mentale o...alterazione anatomico-funzionale della sfera psichica..., bensì in anomalie del carattere, in una personalità psicopatica o psicotica, in disturbi della personalità che non integrano quella infermità di mente presa in considerazione dall'art. 89”.

Avverso la decisione di secondo grado il R. ricorreva in Cassazione. La Corte, con una pronuncia a sezioni unite, il 25 gennaio 2005 annullava la sentenza impugnata, così affermando. “Ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, rientrano nel concetto di ‘infermità’ anche i ‘gravi disturbi della personalità’, a condizione che il giudice ne accerti la gravità e l'intensità, tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere o di volere, e il nesso eziologico con la specifica azione delittuosa. Alla stregua di tanto sussistente si appalesa l'error iudicis nel quale è incorsa la sentenza impugnata: la quale è erroneamente pervenuta alla esclusione del vizio parziale di mente evocando il criterio della ‘alterazione patologica clinicamente accertabile’ e della ‘alterazione anatomico-funzionale della sfera psichica’”.

2. Le disposizioni codicistiche.

In linea con le disposizioni del precedente codice Zanardelli, l'attuale codice penale, risalente al 1930, definisce autonomamente il concetto di imputabilità. Di essa tratta infatti, specificamente, il capo I del Titolo IV (“Del reo e della persona offesa dal reato”) che, sotto l'intestazione “Dell'imputabilità”, stabilisce, all'art. 85, che “nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui l'ha commesso non era imputabile” e che, al secondo comma, prosegue così affermando: “È imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere”. La legge successivamente indica le cause che escludono tale capacità: tra di esse spicca il “vizio di mente” ossia “l'infermità” che pone il soggetto “in tale stato di mente” da “escludere” (art. 88) o da “scemare grandemente” (senza tuttavia escludere: art. 89) la capacità di intendere o di volere. In questa seconda ipotesi, il soggetto, parzialmente incapace al momento del fatto, risponde egualmente del reato commesso, ma, dice l'art. 89, “la pena è diminuita”. Chiude la teoria delle norme l'art. 90 che apoditticamente dichiara: “Gli stati emotivi o passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità”.

A detta del legislatore, la struttura mentale del soggetto-autore di reato, rilevante ai fini del giudizio sull'imputabilità, ruota intorno a due fattori: la capacità di intendere, l'elemento intellettuale, ossia “l'attitudine del soggetto alla comprensione del mondo esterno secondo parametri di ‘normalità’ o schemi di convergenza controllabili, ovvero la sua idoneità a discernere tra più soggetti od opzioni e a valutare di conseguenza il significato del proprio comportamento nel contesto della realtà che lo circonda” e la capacità di volere, ovvero “l'attitudine del soggetto ad esercitare il controllo su stimoli e reazioni, ad attivare meccanismi di impulso e di inibizione in attuazione di decisioni assunte in conformità alla propria comprensione della realtà e alle opzioni conseguenti”. Ne discende “un rapporto di progressività tra capacità di intendere e capacità di volere”: mentre la prima potrà sussistere anche senza la seconda, la seconda non sarà presente in assenza della prima (così, per tutti, Mario ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, 1996, 13-14). Per contro, coerentemente alla “definizione legale e al contenuto materiale dell'imputabilità”, l'art. 90 “esclude una identificazione tra stato emotivo e passionale e infermità” (Mario ROMANO, *op. ult. cit.*, 44 e 46). E, d'altronde, una simile soluzione si impone: limitando l'imputabilità alla capacità di intendere e (o?) di volere ne consegue ad essa saranno estranei tutti quei fattori, sentimentali od affettivi, estranei alla sfera intellettuale e/o volitiva del soggetto. Evidenti risultano le istanze politico-criminale alla base della scelta normativa; in ossequio all'impianto autoritario del codice Rocco, la disposizione di cui all'art. 90 è “intesa, in senso

generalpreventivo, a sollecitare da ciascuno il massimo autocontrollo emotivo” (Mario ROMANO, *op. ult. cit.*, 44).

Tuttavia, nel ridurre l'imputabilità a due soli (e separati) fattori, il primo di natura intellettuale ed il secondo a carattere volitivo, il legislatore commette (forse volutamente) due errori. *In primis*, perché “definisce, ‘ex lege’, l'uomo come un essere a due dimensioni, trascurando il dato essenziale che...è già difficile considerare tali facoltà separatamente”; in secondo luogo, perché non tien conto del fatto che, *in rerum natura*, “l'uomo...non esaurisce l'intero spettro dei propri mezzi di interrelazione con altri uomini nell'atto volitivo e conoscitivo, ma è dotato di un sistema affettivo-emotivo, ben reale, ed imprescindibile per un esame globale ed integrale della personalità” (TAGLIARINI, *Ripensamento su alcuni rapporti fra imputabilità, colpevolezza e pericolosità*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, II, 1994, 967). Ora, è vero che la determinazione, generale ed astratta, degli elementi in cui si sostanzia la categoria normativa dell'imputabilità è compito esclusivo del legislatore; ma è innegabile che tocca poi alla psichiatria riempire di contenuto le categorie legislative, fornendo al giudice “l'indicazione dei casi in cui l'imputabilità dell'uomo è esclusa o scemata per la presenza di una infermità psichicamente rilevante” (TAGLIARINI, *Le prospettive di riforma dell'istituto dell'imputabilità nell'attuale schema di delega legislativa per la riforma del codice penale*, in *Atti del convegno “Giustizia e psichiatria. La malattia mentale nel progetto del nuovo Codice Penale”*, Bologna 7-8 maggio 1993, 1994, 79). E l'unica via che consente di “utilizzare appieno i risultati, più accettabili, della scienza psichiatrica” passa necessariamente per una riconsiderazione del soggetto, imputabile o meno, come uomo “a tre dimensioni: quella volitiva, quella intellettuale e quella affettiva, tutte convergenti a costituire l'unità biopsichica e morale, in modo inscindibile” (TAGLIARINI, *Ripensamento su alcuni rapporti fra imputabilità, colpevolezza e pericolosità*, *cit.*, 968).

3. L'evoluzione storica del “vizio di mente”: i complicati rapporti tra psichiatria e giurisprudenza.

Per lungo tempo e a partire dagli inizi del secolo scorso, la decisione circa l'esistenza del vizio di mente e della sua idoneità ad influire, escludendo o scemando grandemente la capacità di intendere o di volere, è stata demandata, dal giudice, alle risultanze del sapere psichiatrico. In quella che è stata definita “l'età dell'oro della psichiatria forense” “non vi era contraddizione né conflitto fra i presupposti del diritto e quelli della medicina” (ARIATTI – FIORITI, *Evoluzione storica del concetto di vizio di mente: aspetti culturali, dottrinali e giurisprudenziali*, in *Atti del convegno “Giustizia e psichiatria”*, *cit.*, 54).

Ed infatti, entrambe le scienze presupponevano l'esistenza di una “correlazione biunivoca tra lesioni cerebrali note (psicosi organiche: lue, delirium tremens, tumori cerebrali, epilessie...) o presunte (psicosi funzionali: schizofrenia e psicosi maniaco-depressiva) e perdita delle competenze psichiche necessarie ad essere partecipi del diritto sia nel suo aspetto attivo (diritti civili come possibilità di voto, di disporre del patrimonio...), sia nel suo aspetto passivo consistente nella titolarità del diritto a rispondere penalmente e civilmente dei propri atti” (ARIATTI – FIORITI, *op. loc. ult. cit.*).

Il legame tra psichiatria e giustizia penale era poi rafforzato dal fatto che entrambe le discipline “mantenevano atteggiamenti coerenti fra loro e basati sulla necessità di isolare dal corpo sociale, custodire ed eventualmente curare” il soggetto che, portatore di un'imperfezione somato-psichica (il vizio di mente) non risultasse in grado di “accedere a forme di contrattualità sociale proprie del diritto”, prescindendo dalla sua qualità di autore di reato. Reo o non reo, costui veniva “collocato al di fuori del diritto” (ARIATTI – FIORITI, *Evoluzione*, *cit.*, 55) e, una volta ingoiato dall'istituzione manicomiale, sottoposto alle medesime forme di controllo e di custodia.

Per quanto riguarda, in particolare, la valutazione dell'imputabilità del soggetto-autore di reato, il “vizio di mente” di cui agli artt. 88 e 89 c.p. veniva fatto coincidere con la nozione di

“infermità mentale, dovuta a causa organica, la cui diagnosi consentiva automaticamente la esclusione delle capacità di intendere e di volere” (ARIATTI – FIORITI, *op. ult. cit.*, 55). Accadeva così che tale valutazione, che presupponeva, teoricamente, un’analisi bifasica (un giudizio diagnostico, relativa alla sussistenza della malattia, ed un giudizio normativo, concernente l’idoneità della stessa ad incidere sulla capacità di intendere e di volere) veniva in realtà ridotta ad un unico momento, quello diagnostico, in cui finiva per diluirsi la valutazione circa l’effettivo stato mentale del soggetto al momento del fatto. “La gravidanza, la gravità e l’implicita abitudine connessa ai termini di schizofrenia o psicosi maniaco-depressiva, insieme all’evidenza manicomiali della cronicizzazione di questi stessi quadri, rendeva superflua ogni distinzione e rappresentazione dello stato mentale del paziente al momento del fatto”, nonché l’accertamento di un “nesso etiologico tra malattia mentale e fatto-reato, essendo sufficiente quello temporale; la presenza stessa della psicosi porterebbe ad escludere l’imputabilità del soggetto, indipendentemente dal fatto che il reato trovi la sua ragione nella psicosi stessa”. “La diagnosi assommava in sé giudizio medico-legale, prognosi e destino istituzionale” (ARIATTI – FIORITI, *op. loc. ult. cit.*): infatti, “la riconducibilità di un’alterazione psichica ad una catalogata forma di malattia mentale offre...al magistrato una tranquillante e comoda dimostrazione di morbosità” (FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale*, 1988, 67).

Per contro, nessun rilievo veniva riconosciuto alle psicopatie, alle nevrosi ed ai disturbi del carattere o della personalità, a prescindere dalla loro intensità ed estensione. Erano loro, in quanto “stati mentali intermedi situati al confine tra normalità e malattia mentale”, “a fare le spese di questa soluzione in chiave di certezza giuridica” (FIORAVANTI, *op. ult. cit.*, 68). Trionfava il “paradigma medico” o “nosografico” (su cui v. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Diritto penale in trasformazione*, 1985, 236 ss.; ID., *L’imputabilità ed il vizio di mente nel sistema penale*, 1990, *passim*), che, elaborato da Emil Kraepelin sul finire dell’ottocento, non cessa, ancor oggi, di influenzare la giurisprudenza. “Le anomalie che influiscono sulla capacità di intendere e di volere sono le *malattie mentali in senso stretto*, cioè le insufficienze cerebrali originarie o quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura, nonché le psicosi acute o croniche, contraddistinte, quest’ultime, da un complesso di fenomeni psichici che differiscono da quelli tipici di uno stato di normalità per qualità e non per quantità”, sicché “esula dalla nozione di infermità mentale il gruppo delle cosiddette *abnormità psichiche*, come le nevrosi e le psicopatie, che non sono indicative di uno stato morboso e si sostanziano in anomalie del carattere non rilevanti ai fini dell’applicabilità degli artt. 88 e 89 c.p., in quanto hanno natura transeunte, si riferiscono alla sfera psico-intellettuale e volitiva e costituiscono il naturale portato di stati emotivi e passionali”, afferma Cassazione, sezione VI, n. 26614 del 2003 (corsivi nostri). E prima ancora, Cassazione, sezione I, n. 7523 del 1991 dichiara che non solo le manifestazioni di tipo nevrotico-depressivo ed i disturbi della personalità, comunque privi di un substrato organico, ma anche la semplice *insufficienza mentale* risulterebbero “non idonee a dare fondamento ad un giudizio di infermità mentale”.

Cherchez la maladie, direbbero i francesi. Ritiene BERTOLINO (*La crisi del concetto di imputabilità*, *cit.*, 239) che “particolarmente emblematiche di questo atteggiamento giurisprudenziale” siano alcune sentenze incentrate sulla distinzione tra psicosi e psicopatia. Secondo queste decisioni, mentre gli psicotici sono dei *veri* malati mentali, affetti da un disturbo inquadabile nella tradizionale nosografia psichiatrica, gli psicopatici si rivelano, invece, dei *meri* “caratteripatici”, affetti cioè da un semplice “disturbo della personalità” (cosiddetta “personalità *abnorme*”), ossia da un’anomalia che, non incidendo sulla sfera intellettuale, non è idonea ad annullare o fare grandemente scemare la capacità di intendere e di volere (Cassazione, sezione I, n. 299 del 1991). E, per questo motivo, non rilevano ai fini dell’esclusione o della riduzione dell’imputabilità le cosiddette “reazioni a corto circuito”, proprio perché collegate a condizioni di turbamento psichico transitorio e non dipendenti da una causa patologica, ma, al contrario, emotiva o passionale (così Cassazione, sezione I, n. 9701 del 1992).

Le pronunce sopra riportate non esauriscono tuttavia, l'intero panorama della giurisprudenza in materia. Nonostante la sua vitalità, il "modello medico" non rimane a lungo l'unico dominatore della scena. Già dagli albori del novecento, sotto l'influenza dell'opera freudiana (in particolare, con la scoperta dell'inconscio e la teoria della nevrosi) comincia a proporsi un diverso paradigma, di tipo "psicologico". In effetti, il paradigma medico è entrato in crisi: esso si rivela incapace, oltre che di trovare valide metodologie curative, di individuare il substrato organico di alcune anomalie psichiche, da lui comunque definite "malattie". Per contro, la psicoanalisi freudiana "non nega che alla base dei disturbi psicopatologici vi siano dei veri e propri processi biologici, ma considera questi ultimi inaccessibili rispetto ai propri mezzi di indagine". Esso "definisce...i disturbi mentali come disarmonie dell'apparato psichico, in cui le fantasie inconsce raggiungono un tale potere che la realtà psicologica diventa per il soggetto più significativa della realtà esterna". E "quando questa realtà inconscia prevale sul mondo reale si manifesta la 'malattia mentale'" (BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità, cit.*, 243). La giurisprudenza (peraltro minoritaria) che abbraccia il "paradigma psicologico", libera dalle rigide classificazioni della letteratura psichiatrica "classica", afferma la "necessità di una concreta valutazione del disturbo psichico" e della sua idoneità ad incidere causalmente sulla capacità di intendere e di volere, "indipendentemente dal fatto che si tratti di psicosi o psicopatologia" (BERTOLINO, *L'imputabilità ed il vizio di mente nel sistema penale, cit.*, 447).

Due sono le conseguenze di questa "rivoluzione". La prima è che "per la sussistenza del vizio di mente non è sufficiente che il giudice riconduca l'azione dell'imputato sotto un modello di infermità apoditticamente affermata, ma è necessario, invece, che lo stesso indichi i dati anamnestici, clinici, comportamentali o sorgenti dalle stesse modalità del fatto, rilevatori dell'asserito quadro morboso" (Cassazione, 4 febbraio 1989, n. 525). La seconda è che il concetto di "infermità" si amplia, riuscendo così a ricomprendere anche i disturbi mentali transitori (Cassazione, 8 febbraio 1983, n. 8993) e quelli atipici: "Qualunque condizione morbosa, anche se difficilmente caratterizzabile sul piano clinico, può integrare il vizio di mente, sempre che presenti connotazioni tali da escludere o diminuire le normali capacità intellettive e volitive" (Cassazione, 13 gennaio 1986, n. 697). Ma la liberazione dai vincoli del "paradigma medico" non è priva di rischi, almeno quando si traduce in un utilizzo acritico di concetti e nozioni presi a prestito dalla psicoanalisi. Esempio, in proposito, è rimasta la decisione (peraltro rimasta isolata) della prima sezione della Cassazione, 14 luglio 1978: "È possibile...ravvisare nel delitto commesso da uno psicopatico la risoluzione di un conflitto edipico non superato, e in tal ragione occulta individuare il vero movente dell'azione criminosa con cui il reo mira a placare il profondo senso di colpa da cui si sente afflitto".

Ma anche il "modello psicologico" finisce per deludere le iniziali aspettative, di fronte all'insorgere di nuovi disturbi non più riconducibili a conflitti, intrasoggettivi, tra pulsioni dell'Es e barriere del Super-Io. Mentre l'impianto psicoanalitico freudiano vacilla, si segnalano le "prime aperture verso una dimensione sociale". "Si determina di conseguenza...una situazione ambigua ed incerta: da una parte la crisi dei precedenti paradigmi, dall'altra la sopravvivenza contemporanea di loro aspetti particolari potenzialmente validi" (BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità, cit.*, 246-247). Il terreno è pronto per accogliere un nuovo indirizzo, detto "sociologico", che concepisce l'infermità di mente come una "malattia sociale", non più riconducibile ad una causa individuale, organica o psicologica, ma provocata dalle inadeguate relazioni instauratesi tra il soggetto ed il suo ambiente. La nuova prospettiva lascia indifferente la giurisprudenza; per contro, la psichiatria la abbraccia, sviluppando l'indirizzo "alternativo" o "antipsichiatria", alla base del movimento italiano per la riforma psichiatrica, che giunge a svuotare di contenuto il concetto stesso di "malattia mentale", definendola un "mito", ossia un termine con cui la società allude, metaforicamente, a difficoltà personali, sociali ovvero etiche (cfr., per tutti, BASAGLIA, *L'istituzione negata*, 1968). Dalla frantumazione del monolito del sapere psichiatrico nascono poi altri orientamenti: la scuola psicodinamica, l'indirizzo fenomenologico etc., che hanno in comune il superamento della visione, ottocentesca, della psiche umana composta da "funzioni separate

(volontà, memoria, intelligenza, percezione, senso morale) ed ordinate gerarchicamente secondo la loro importanza in un modello ideale di uomo mentalmente sano”. Compito dello psichiatra è ora quello di descrivere e comprendere la complessiva alterazione del paziente nel suo specifico modo di percepire il mondo e interagire con esso”. Ne discende che “il rigido riferimento al concetto di lesione come condizione necessaria per attribuire dignità di malattia a una specifica alterazione funzionale non può più essere utilizzato” (MELEGA, *imputabilità e malattia mentale: il contributo della psichiatria clinica*, in *Atti del convegno “Giustizia e psichiatria”*, cit., 93). Pertanto, non solo “le esperienze con significato psicopatologico, sottese cioè a processi morbosi”, ma anche “le varianti abnormi dell’essere psichico” acquistano, in quest’ottica, “dignità psicopatologica” (ARIATTI – FIORITI, *Evoluzione*, cit., 56). La diagnosi medica, spogliata delle funzioni che non le competevano, riduce la sua portata al puro ambito clinico, con meri scopi prognostico-terapeutici. La “nuova” psichiatria esclude nettamente che vi sia una necessaria corrispondenza “fra diagnosi medica e capacità di rappresentazione dell’eventuale disvalore sociale dei propri atti (capacità di intendere), né tra questa e capacità di volere” (ARIATTI – FIORITI, *op. loc. ult. cit.*).

4. “Insieme ma separati”: la nuova relazione tra psichiatria e giustizia.

E la giurisprudenza, come reagisce di fronte alla perdita di certezza che la scienza psichiatrica era solita fornirle, di fronte ad un sapere che comprende esponenti quali gli psichiatri autodefinitisi “agnostici”, assolutamente convinti di non potersi pronunciare ‘scientificamente’, come periti, sulle capacità intellettive e volitive (sul punto v. MERZAGORA, *Scene da un matrimonio. I rapporti tra psichiatria e diritto*, in *Questioni sull’imputabilità*, a cura di CERETTI e MERZAGORA, 1994, 102 ss.)? Verrebbe da pensare che la luna di miele tra le due scienze sia finita ed il matrimonio si trovi ormai in piena crisi. Di certo, soprattutto “con quei magistrati per lungo tempo abituati ad un ‘routinario’ schematismo: ‘malattia mentale = non imputabilità’” “si sono naturalmente prodotte incomprensioni” (CARRIERI – CATANESI, *Psichiatria e giustizia: una crisi di “crescita”*, in *Questioni sull’imputabilità*, cit., 90) e, “nella maggior parte dei casi la collaborazione fra psichiatria e giustizia è risultata frustrante, frustrante per l’identità tecnica degli psichiatri costretti ad ingabbiare le proprie osservazioni e le proprie teorie all’interno di rigide categorie giuridiche, ed insoddisfacente per i giudici, alle prese con distinzioni e giudizi utili ai fini terapeutici, ma scarsamente applicabili in ambito medico-legale” (ARIATTI – FIORITI, *Evoluzione*, cit., 57).

Ebbene, di fronte al proliferare delle scuole di pensiero in ambito psichiatrico e all’adozione di “modelli integrati” della malattia mentale che spiegano il disturbo psichico tenendo conto di tutte le variabili, biologiche, psicologiche, sociali, relazionali, che entrano in gioco nel determinare la malattia, una parte (assai esigua) della giurisprudenza ha reagito opponendo un atteggiamento di chiusura e rispolverando schemi decisionali tipici dell’indirizzo cosiddetto giuridico. “La formula di ‘indirizzo giuridico’... varrebbe appunto a restituire l’immagine di una prassi giudiziaria impegnata a gestire autonomamente le ‘situazioni naturalistiche’ portate al suo esame, sulla base di un atteggiamento di gelosa rivendicazione delle prerogative giurisdizionali e di tendenziale diffidenza verso apporti di provenienza esterna” (FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale*, cit., 32).

Successivamente, però, anche a causa delle difficoltà incontrate nel tentativo di delineare una precisa ed univoca nozione di infermità “in senso giuridico” (si veda, ad esempio, come nelle decisioni su un tema “spinoso”, qual è quello della psicopatia, al di sotto delle argomentazioni logico-giuridiche affiorino, mai sopite, preoccupazioni morali o di ordine sociale: sul punto cfr. FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale*, cit., 69 ss.; v. infine Cassazione, sezione I, n. 24255 del 2004 che ripropone la distinzione, mai chiarita, tra “malattia in senso clinico-psichiatrico e malattia in senso psichiatrico-forense”) le resistenze iniziali hanno ceduto il passo ad un atteggiamento di fiducia nella psichiatria, specialmente quella clinica. “In

questa prospettiva, hanno trovato spazio nella prassi giudiziaria interpretazioni diverse dal tradizionale concetto giuridico di infermità mentale” (FIORAVANTI, *op. ult. cit.*, 11), che, postulando un’analisi concreta delle condizioni psichiche dell’autore al momento del fatto, spezzano il binomio indistruttibile follia – assenza di imputabilità.

“È questa una prospettiva che potrebbe essere definita psicopatologica” (BERTOLINO, *L’imputabilità ed il vizio di mente nel sistema penale, cit.*, 445), che costituisce una “variante più elastica e moderna del paradigma medico” (TAGLIARINI, *Le prospettive di riforma, cit.*, 80). “Secondo questo modello è ben possibile che sussista una compatibilità, almeno in alcuni casi, tra psicosi e piena imputabilità, e viceversa che malattie mentali cosiddette atipiche, o perfino disposizioni abnormi del carattere, possano, in virtù della loro gravità, o per il sovrapporsi di stati patologici, configurare vizio di mente ed incidere sull’imputabilità del soggetto” (ARIATTI – FIORITI, *Evoluzione, cit.*, 60, nota 5; cfr. inoltre PONTI – GALLINA FIORENTINI, *Compatibilità tra psicosi e piena imputabilità, in Riv. it. med. leg.*, 1982, 98 ss.). “Il grimaldello” utilizzato per scardinare l’impianto del modello medico e della giurisprudenza ad esso asservita è stato il concetto di “valore di malattia”, che, elaborato dalla psichiatria, starebbe ad indicare “il grado di diversità fra le direttive abituali di una personalità ed i modi di reazione suoi propri da un lato, ed il suo comportamento abnorme dall’altro”. Grazie a tale nozione è stato dunque possibile “trasferire sul piano giuridico concetti e categorie psichiatriche non inquadrabili negli schemi nosografici classici”, anche se, a causa dei continui aggiustamenti ed adattamenti, il “valore di malattia” ha finito per “diventare un concetto assai discusso e comunque destituito di fondamento scientifico e di credibilità (ARIATTI – FIORITI, *op. cit.*, 60-61 e *ivi* esempi). Nonostante le critiche, va comunque riconosciuto al “valore di malattia” un indubbio pregio, per aver fornito alla giurisprudenza un “parametro di riferimento” (non importa quanto elastico) “per riconoscere efficacia scusante ai disturbi psichici abnormi, non inquadrabili nelle psicosi e ai limiti della salute mentale” (BERTOLINO, *L’imputabilità ed il vizio di mente nel sistema penale, cit.*, 446-447). Esempio, a questo proposito, è Cassazione, 24 maggio 1986, che, “accanto a questo gruppo di affezioni mentali (le psicosi), ed ai limiti della salute mentale (secondo la definizione dell’Organizzazione mondiale della sanità), esiste un vasto raggruppamento di soggetti che la scienza psichiatrica riconduce nella categoria degli ‘abnormi psichici’ – designati per lo più con le espressioni di ‘nevrotici’ o ‘psicopatici’ – che non integrano il concetto di ‘malati di mente’ in senso medico legale e le cui anomalie, pur rientrando certamente nel concetto giuridico di ‘infermità’, non sono necessariamente dotate di quella intensità richiesta dalla legge per la sussistenza almeno del vizio parziale di mente. Ciò tuttavia non esclude che a tali infermità – specie nei loro gradi estremi o nelle forme più complesse – non possa essere riconosciuto ‘valore di malattia’, tenuto conto dell’effettivo rapporto tra il tipo di anormalità psichica effettivamente riscontrata nel singolo soggetto ed il determinismo dell’azione delittuosa da lui commessa”. Lungo questa linea interpretativa si colloca anche la più recente Cassazione, sezione I, n. 15419 del 2002, che attribuisce rilevanza ad alcune situazioni, classificabili come “disturbi borderline”, che si presentavano in forma complessa e con un elevato grado di intensità.

Tornando alla sopra citata decisione 24 maggio 1986, si rileva come la Cassazione pretenda l’esistenza un “effettivo rapporto tra il tipo di anormalità psichica effettivamente riscontrata nel singolo soggetto ed il determinismo dell’azione delittuosa da lui commessa”, discostandosi, in tal modo, dall’impostazione tradizionalmente seguita da dottrina e giurisprudenza, le quali, forti della lettera dell’art. 88, si limitavano a pretendere che il vizio di mente fosse presente al momento del fatto e non anche che ne fosse la causa. Tale impostazione è stata ormai superata da una serie di pronunce (cfr., per tutte, Cassazione, sezione I, n. 12366 del 1990; Id., sezione I, n. 3536 del 1997; Id., sezione I, n. 19532 del 2003) che ribadiscono la necessità della sussistenza di una correlazione diretta tra il disturbo psichico effettivamente riscontrato ed il fatto realizzato dall’agente e che culminano nella sentenza delle sezioni unite 8 marzo 2005, n. 9163, ricordata all’inizio della trattazione. “È infine necessario”, si legge nella motivazione “che tra il disturbo mentale ed il fatto di reato sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo casualmente determinato

dal primo. Invero...le più recenti acquisizioni della psichiatria riconoscono spazi sempre più ampi di responsabilità al malato mentale, riconoscendosi che, pur a fronte di patologie psichiche, egli conservi, in alcuni casi, una 'quota di responsabilità'. "L'esame e l'accertamento di tale nesso eziologico si appalesa, poi, necessario al fine di delibare non solo la sussistenza del disturbo mentale, ma le stesse reali componenti connotanti il fatto di reato, sotto il profilo psico-soggettivo del suo autore, attraverso un approccio non astratto e ipotetico, ma reale e individualizzato, in specifico riferimento, quindi, alla stessa sfera di possibile, o meno, autodeterminazione della persona cui quello specifico fatto di reato medesimo si addebita e si rimprovera; e consente, quindi, al giudice – cui solo spetta il definitivo giudizio a riguardo – di compiutamente accertare se quel rimprovero possa essere mosso per quello specifico fatto, se, quindi, questo trovi, in effetti, la sua genesi e la sua motivazione nel disturbo mentale (anche per la sua eventuale, possibile incidenza solo 'settoriale'), che in tal guisa assurge ad elemento condizionante della condotta: il tutto in un'ottica, concreta e personalizzata, di rispetto della esigenza generalpreventiva, da un lato, di quella individualgarantistica, dall'altro".

5. Il parere dell'esperto: dalle classificazioni astratte all'analisi concreta.

La questione relativa al rapporto tra malattia mentale e tipo di reato commesso merita di essere ulteriormente chiarita grazie all'analisi condotta, in tale materia, da psichiatri clinici. Le osservazioni sotto riportate sono tratte dal lavoro di MELEGA (*Imputabilità e malattia mentale: il contributo della psichiatria clinica*, in *Atti del convegno "Giustizia e psichiatria"*, cit., 94 ss.), del Servizio di Salute Mentale dell'A.S.L. di Bologna, cui vanno aggiunti i rilievi effettuati dal medesimo Autore, insieme a NERI e FIORITI in *Revisione del concetto di pericolosità per malattia mentale* (in *Atti del convegno "Giustizia e psichiatria"*, cit., specialmente 128 ss.).

Rileva MELEGA che quando si parla di non imputabilità si finisce sempre per richiamare concetti generici, quali quello dell' "infermità mentale" o delle "altre anomalie", o delle "alterazioni psichiche per altre cause". "Tale genericità parte dalla convinzione...che la malattia mentale significhi, di fatto, una condizione di perdita del senno o follia, e che in queste condizioni qualsiasi comportamento bizzarro o francamente delittuoso sia possibile". Occorre quindi "uscire da questa genericità e...descrivere in modo dettagliato e circoscritto l'insieme di queste situazioni anche in rapporto al tipo di reato commesso".

Le situazioni in cui un soggetto affetto da un disturbo psichico commette un reato sono suddivisibili in quattro grandi categorie.

a) Nella prima categoria troviamo quei soggetti adulti che, a causa di un mancato sviluppo psicofisico, dovuto ad alterazioni organiche e/o a carenze ambientali, presentano un'insufficienza mentale grave o rilevanti deficit sensoriali. Si tratta di soggetti solitamente assegnati all'area etichettata come "handicap". Il soggetto adulto e mentalmente insufficiente si trova in una situazione psichicamente analoga a quella del minore autore di reato: nel suo caso, caso, però, la mancata maturazione è provocata da un blocco nel normale sviluppo psicologico. In tale ipotesi, il raggiungimento della maggiore età non comporta automaticamente un analogo sviluppo dal punto di vista della capacità di autodeterminarsi; quest'ultima andrebbe pertanto valutata, caso per caso, da uno specialista dell'età evolutiva.

b) La seconda categoria si riferisce a soggetti affetti da psicosi organica di vario grado ed intensità, in cui prevalgono gravi alterazioni della coscienza. Si tratta di situazioni diagnosticabili in maniera univoca, in cui l'alterazione della coscienza è tale da compromettere "l'orientamento di base" (in "legalese": la capacità di intendere e di volere) e che, per questa ragione, non pongono problemi particolari. 1) In questo raggruppamento si collocano anche quelle condizioni acute conosciute come "psicosi tossico-metaboliche", che cessano terminato l'effetto della sostanza intossicante. 2) Assimilabili alle psicosi organiche vi sono poi altre situazioni in cui, anche se la causalità organica non è dimostrabile, le caratteristiche del fenomeno (repentinità, clamorosità,

incongruenza di comportamento) permettono di ricondurle alla seconda categoria. Rientrano in questo gruppo i cosiddetti “stati crepuscolari”, gli equivalenti epilettici, le crisi di eccitamento maniacale insorte in modo acuto. 3) Ancora, è opportuno inserire in questo quadro le reazioni di perdita improvvisa di organizzazione della vita psichica che possono verificarsi in seguito a forte stress o forti reazioni emotive. Si tratta di situazioni che meritano molta attenzione perché, spesso, esse rischiano di essere scambiate per semplici “iper-reazioni” e quindi di non avere rilievo ai fini dell'imputabilità. 4) In altri casi, invece l'alterazione, definitiva e progressiva, determina una situazione di “demenza cronica”, alla cui origine vi possono essere tumori cerebrali, emorragie cerebrali, demenze primitive e anche intossicazioni croniche da alcool o stupefacenti. In tutte queste categorie i reati gravi, che richiedono un minimo di organizzazione psicologica sono ovviamente meno probabili, mentre risultano invece più frequenti i reati omissivi o realizzati in concorso con altri (in questo caso il soggetto agirà, al massimo, come “braccio” e non invece come “mente”).

c) La terza categoria, che è anche la più problematica, comprende soggetti che si trovano in situazioni di delirio. Riportiamo qui di seguito le considerazioni di MELEGA (*op. cit.*, 97-98), secondo il quale, in psicopatologia, per delirio si intende “una grave e stabile alterazione del senso della realtà che si manifesta con convinzioni erronee del soggetto su di sé e sul mondo, convinzioni che sono impermeabili a ogni modificazione esterna e che anzi si autoalimentano fino a diventare...la realtà unica e soggettiva dell'individuo... In queste situazioni il paziente giunge progressivamente a costruirsi una invalicabile realtà privata che interseca quella comune polarizzandola in un unico o pochi significati, tanto che la sua esperienza viene condizionata a modificata attraverso la lente del delirio. Questa interpretazione univoca ed esclusiva della realtà interrompe...il funzionamento a feed-back che permette di utilizzare le esperienze quotidiane come continui aggiustamenti/adequamenti, portando il soggetto malato a vivere un'esperienza esistenziale sempre più solitaria, solipsistica e incomunicabile agli altri, con il risultato di un suo totale isolamento”.

Tuttavia, “la condizione delirante è compatibile con una vita di relazione apparentemente adeguata anche se a livelli minimi e che ad un occhio non professionale può essere persino scambiata per normalità”. Ciò che rileva, pertanto, ai fini della valutazione psichiatrico-forense, non è tanto la “gravità clinica” della diagnosi sul paziente, quanto, piuttosto, “la specifica qualità del delirio”, ovvero l'intensità “dell'alterazione qualitativa che si viene a determinare nella visione e nel vissuto del mondo del paziente”. Può quindi accadere che “un paziente con una diagnosi psichiatrica grave (ad esempio schizofrenia cronica) sia in grado di autodeterminarsi, al contrario di un paziente con una diagnosi meno severa, ad esempio, di depressione o paranoia, che si trovi però in una fase delirante più costrittiva”.

Va poi considerato che “il delirio non si stabilisce d'improvviso ma si organizza con una sua durata cronologica, oltre che psicologica”. Nel corso di tale sviluppo, l'imputabilità può essere esclusa solo per quel fatto di reato che risulti “congruo con il mondo delirante del paziente e solo in questo caso al soggetto non è possibile fruire dei normali meccanismi di controllo che lo rendono imputabile: un delirio di gelosia non giustifica una rapina a mano armata”.

Un'ultima considerazione. “Oggi si tende ad insistere sul carattere di necessità dell'azione delittuosa in rapporto al delirio per dimostrare la incapacità del soggetto disturbato al momento del fatto, con la conseguenza di far immaginare che il delitto possa essere il risultato dello scatenarsi di una forza irresistibile che lascerebbe il soggetto privo di alternative” con il risultato di recuperare “evocativamente” il concetto di raptus, concetto “popolare e privo di fondamento scientifico”. Per contro, “il delirio è una condizione necessaria ma non sufficiente a giustificare il reato nel momento storico in cui è avvenuto...anche se il paziente...rimane in quella situazione privo di autodeterminazione. La differenza fra chi ha commesso il reato e chi non lo ha commesso non deriva da una peculiarità psicopatologia, ma da una situazione contingente che molto spesso non è possibile prevedere”.

A tale proposito NERI e FIORITI (*op. cit.*, 128-129) ricordano la formula di SCOTT, “aggressore + vittima + situazione = aggressione”, che “sintetizza i requisiti necessari a descrivere

correttamente un delitto”. “Per i pazienti psicotici” ricordano gli Autori “la violenza giunge alla fine di un lungo percorso patologico che ha inizio con l’esordio della malattia, che quasi mai coincide con le manifestazioni più conclamate del disturbo, ma che ha normalmente una durata di anni. Durante questo periodo di tempo il paziente si allontana progressivamente da ogni relazione sociale, in forza delle caratteristiche della sua psicopatologia... Il cerchio di persone con cui il paziente si relaziona si stringe sempre di più e finisce per essere costituito solo dai propri congiunti più stretti con cui fatalmente la difficoltà della convivenza e il peso delle relazioni si trasformano in frequenti conflitti e scontri”.

Ora, in questa situazione, “la condizione psicopatologica è necessaria perché si determini una situazione pericolosa ma non sufficiente, perché questa viene resa attuale dall’accumularsi di effetti connessi col deterioramento, l’isolamento e l’abbandono e la diseducazione sociale conseguente”. È dunque più corretto parlare di “fattori di rischio, piuttosto che di determinanti della violenza, fattori di rischio tra cui il disturbo psichico è uno tra i tanti e non il principale”.

Osserva infine MELEGA (*op. cit.*, 99) che, per questo genere di pazienti, “il tipo di reato commesso è nella stragrande maggioranza dei casi violento, in qualche caso si manifestano comportamenti clamorosi che interessano l’ordine pubblico”.

d) Nella quarta categoria sono raggruppate quelle azioni, costituenti reato, che sono il frutto di “automatismi comportamentali”, ossia “schemi comportamentali stereotipi, sottratti all’influenza di un controllo mentale superiore” (MELEGA, *op. loc. ult. cit.*). Si tratta di comportamenti costanti e stabili, realizzati in seguito ad un basso livello di riflessione e, talvolta, anche di consapevolezza (si sostiene infatti che essi si sottraggano al controllo corticale) e che rispondono ad un bisogno pulsionale urgente. In un certo momento della vita del soggetto, questa pulsione è stata appagata dall’adozione di un certo comportamento; esso è stato poi costantemente ripetuto, al ripresentarsi del bisogno, e si è quindi rafforzato come “risposta privilegiata”. Ne sono esempi tipici la cleptomania, la piromania, delitti sessuali come l’esibizionismo, il feticismo, alcuni casi di violenza carnale e taluni delitti violenti, un tempo catalogati come “delitti passionali”.

Osserva MELEGA (*op. cit.*, 99) che, “una volta istituiti nel repertorio comportamentale del soggetto, questi comportamenti si stabilizzano costituendo risposte semiriflesse...in quanto il bisogno perentorio di appagamento pulsionale offusca quella dimensione riflessiva che potrebbe esercitare un controllo inibitorio da parte di istanze superiori”. I soggetti in questione, tuttavia, non possono essere ritenuti totalmente incapaci, non soltanto perché essi intendono perfettamente il significato, anche sociale, del loro gesto, ma anche perché tale gesto “è il risultato di un apprendistato durato molto tempo e che all’inizio, almeno, non ha avuto il carattere di assoluta coerenza che ha acquistato successivamente”. Almeno all’inizio il soggetto ha avuto la possibilità di scegliere, di fronte allo stimolo, una risposta diversa: il reato, ora automatico, “può essere paragonato al risultato di una carriera delinquenziale di cui l’individuo è responsabile in quanto l’ha imboccata e che potrebbe cercare di interrompere con l’aiuto di specialisti”.