

2 *rassegna*
2010 *penitenziaria*
e criminologica

Fondata da GIUSEPPE ALTAVISTA

DIRETTORE RESPONSABILE

FRANCO IONTA

VICE DIRETTORE

EMILIO DI SOMMA

PRESIDENTE DEL COMITATO DI DIREZIONE

GIOVANNI CONSO

COMITATO DI DIREZIONE

SALVATORE ALEO, GIUSEPPE AMATO, RENATO BREDÀ,
SANTI CONSOLO, FRANCO DELLA CASA, GIUSEPPE DI GENNARO,
FRANCESCO SAVERIO FORTUNA, FRANCESCO PAOLO GIORDANO,
GIUSEPPE LA GRECA, LUIGIA MARIOTTI CULLA,
MASSIMO PAVARINI, EMILIO SANTORO, ERNESTO SAVONA,
RICCARDO TURRINI VITA

COMITATO DI GARANZIA

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

REDATTORE CAPO

FEDERICO FALZONE

REDAZIONE

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

SOMMARIO

DOTTRINA E DIBATTITI

GIUSEPPE DI GENNARO

Giustizia penale nella Toscana del Seicento.

Il processo a un ebreo pag. 5

ENRICO LANZA

Il reato di immigrazione clandestina » 17

GIANLUCA TRAMONTANO

Percorsi di giustizia:

verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti . » 49

GIURISPRUDENZA

Cass. Sez. I - C.C. 3 marzo 2010

(Dep. 12 aprile 2010), n. 13542

Commento di Fabio Fiorentin..... » 75

RECENSIONI

*L. Morgante - L. Viggiani, Dal disagio alla
devianza giovanile,*

Ed. Nuova Cultura 2010.

Commento di Antonio Deriu » 101

**GIUSTIZIA PENALE NELLA TOSCANA DEL SEICENTO.
IL PROCESSO A UN EBREO**

GIUSEPPE DI GENNARO*

L'amministrazione della giustizia penale nel Granducato di Toscana al tempo dei Medici ha formato oggetto di accurata analisi da parte degli storici del diritto i quali hanno messo a nostra disposizione una vasta informazione sul sistema giudiziario e sul diritto, sostanziale e processuale, allora vigenti.

Possediamo, così, una doviziosa documentazione sulla materia che copre anche gli ultimi decenni del secolo diciassettesimo quando il dominio della famiglia Medici, al tramonto, si avviava verso l'estinzione¹.

Gli studiosi, nel condurre le loro ricerche, hanno potuto avvalersi della ricca documentazione contenuta negli archivi storici delle città toscane, primi fra tutti gli archivi fiorentini.

Ma chi vuole rivivere, come in flash back, il funzionamento della giustizia di allora, cogliendolo nel suo concreto operare fra la gente, può addentrarsi negli archivi fortunosamente conservati in alcune città minori della Toscana.

In essi è custodita la memoria di "casi giudiziari clinici" affidata a documenti che ci consentono, aldilà delle ricostruzioni sistematiche, di conoscere, quasi fossimo testimoni contemporanei, l'andamento della giustizia penale nel momento dell'azione.

La lettura dei verbali delle indagini e delle udienze dà, infatti, l'impressione di essere presenti allo svolgimento dei fatti che essi registrano.

Il caso che qui si presenta è stato esumato dall'archivio storico del comune di Monte San Savino in cui sono allineati, in bell'ordine, anno per anno, voluminosi fascicoli a partire dai primi anni del 1400.

La ricerca che ha riportato alla luce lo svolgimento del processo, di cui qui si racconta, non è stata motivata da interesse giuridico

* Membro del Comitato di Direzione della Rassegna penitenziaria e criminologica.

¹ Si veda, in particolare: DANIELE EDIGATI "Gli occhi del Granduca-Tecniche Inquisitorie e Arbitrio Giudiziale nella Toscana seicentesca", Ed. ETS 2009

quanto, piuttosto, da una curiosità storico-sociologica incentrata sulle relazioni personali fra la minoranza ebraica e la comunità 'cristiana' che abitavano nel paese.²

Il materiale emerso è, però, ricco di notizie che consentono anche interessanti osservazioni sulla gestione del processo, sul trattamento degli imputati e sul quantum di libertà e di diritti umani concesso al popolo.

I fatti si svolsero fra il 1697 e il 1699, quando era Granduca Cosimo III. La memoria di lui, che la storia ci consegna, non è lusinghiera. Egli assunse il potere a quarantasette anni, nel 1670, e lo mantenne fino alla sua morte nel 1723, lasciando il Granducato in dissesto nelle mani del figlio Gian Gastone, che fu l'ultimo Granduca della famiglia Medici.

Cosimo III, che il padre Ferdinando II avrebbe voluto avviare a studi scientifici e all'apprendimento della gestione del potere, subì la forte influenza della madre Vittoria Della Rovere. Costei, donna di strette vedute e bigotta, impose al figlio una educazione pedantemente religiosa che influò molto sulla mente e sul carattere di lui. Ne risultò una personalità instabile e contraddittoria. Cosimo dedicava gran parte del suo tempo alle funzioni religiose in chiesa e alle pubbliche processioni mentre, a tratti, si compiaceva di passatempi gioiosi dandosi a feste e a balli.

Dominato da ossessioni mistiche, prendeva decisioni estreme a tutela della moralità e del buon costume come quella di bandire dalle chiese tutti i quadri in cui fosse rappresentata la figura umana non completamente coperta. Il suo fervore religioso lo impegnò fortemente a combattere il peccato che egli individuava soprattutto nelle infrazioni alla morale sessuale, tanto che istituì l'Ufficio del Decoro Pubblico per prevenire e punire tutti i comportamenti sessuali fuori dal legittimo matrimonio.

Inevitabilmente la sua preoccupazione di tutelare la religione cattolica lo indusse a legiferare contro gli ebrei che, ai suoi occhi, rappresentavano una minaccia costante per la fede che egli professava.

Sotto i Granduchi precedenti gli ebrei, pur discriminati rispetto ai cittadini cristiani, avevano goduto di una larga tolleranza. I più attivi e capaci fra loro erano riusciti a creare produttive attività commerciali che spesso erano riguardate con favore dalle autorità perché comportavano vantaggi anche per la popolazione della zona.

² V. BRUNO PORTALEONE: *"Commercio Carnale con Femmina Cristiana"*, Ed. di Storia e Letteratura, Roma 2008

Questo era avvenuto anche a Monte San Savino dove la famiglia ebrea degli Usigli gestiva lucrosi affari e godeva di largo prestigio tanto da avere ottenuto il permesso di avere proprietà immobiliari in eccezione al generale divieto posto ai correligionari.

L'avvento di Cosimo III al potere mutò radicalmente il clima e la condizione sociale degli ebrei accentuando progressivamente la loro discriminazione fino al confinamento nel ghetto che fu istituito nel 1707.

Di particolare rilievo per quanto attiene alla giustizia sono i tre Bandi, che egli emise, "Sopra La Proibizione Del Commercio Carnale Fra Cristiani e Ebrei".

Nel primo, che risale al 1677, enunciò una fattispecie piuttosto generica dell'illecito che intendeva vietare e ne stabilì le pene. Ma evidentemente non ritenne sufficiente quanto prescritto e ritornò sull'argomento due anni dopo con altro Bando suggerito dalla constatazione che "le pene imposte fin' hora alli Ebrei, che ardiscono avere commercio carnale con le meretrici, e altre donne cristiane; e a Cristiani, che hanno commercio con le meretrici, e donne ebree, non sono state bastanti a impedire simili delitti". Di conseguenza stabilì pene più severe riferite ad una serie di fattispecie puntigliosamente articolata fino a prevedere la pena di morte "se poi oltre questo li s'aggiungessero altre qualità aggravanti, come di ratto, stupro, e altre considerate dalle Leggi".

Ma nemmeno questo acquietò l'ossessione anti ebraica di Cosimo III, tanto che l'anno seguente, il 1680, emise un terzo Bando intitolato "In aumento della proibizione del commercio carnale tra Cristiani, e Ebrei".

Questo documento merita una attenta considerazione perché, con il fine dichiarato di voler contrastare il promiscuo "commercio carnale", introdusse per la prima volta nello Stato toscano una legislazione diretta a separare fisicamente gli ebrei dal contesto sociale in cui vivevano.

L'editto si apre con la considerazione che "se bene per i Bandi del 1 Luglio 1677, e del 16 giugno 1679, a sufficienza si può comprendere, che per estirpare per quanto mai si possa il commercio carnale tra Cristiani, e Ebrei, non hanno i predetti Cristiani, e Ebrei a poter coabitare nelle medesime case, ancorchè in appartamenti affatto distinti, e diversi, mentre entrino per la medesima porta, o siano in altro qualsiviasa modo comunicabili, non solamente per porte, ma anco per mezzo di finestre, o comodità di tetti; nondimeno perché tale proibizione non si è specialmente espressa, ci sono state alcune famiglie Cristiane, e Ebree, che hanno avuto ardire di coabitare nella medesima casa, e da Iudicendi sono state tollerate".

Segue poi una meticolosa previsione di tutte le possibili ipotesi abitative che avrebbero potuto, in qualche modo, favorire il paventato rapporto interpersonale.

Quanto alle sanzioni, dopo aver riaffermato la vigenza di quelle stabilite nei precedenti Bandi, ne prevede altre e aggiunge la possibilità di “maggiori pene afflittive ad arbitrio del Giudice”.

L'analisi di questo Bando è interessante anche perché da essa traspare quella che doveva essere la realtà dei rapporti fra cristiani ed ebrei a livello popolare.

Evidentemente fra i membri delle due comunità vi era una familiarità che persisteva anche di fronte alle proibizioni dell'autorità. Ciò si evince non solo dall'incipit del testo ma anche dalla sollecitazione rivolta ai cittadini perché “palesamente, o segretamente” denunciino gli illeciti assicurando loro il beneficio di un terzo della pena pecuniaria che sarebbe stata inflitta ai denunciati.

È da ritenere, poi, che anche i giudici avessero verso gli ebrei una disposizione d'animo analoga a quella dei comuni cittadini poiché il Bando da un lato ne denuncia la tolleranza e dall'altro li stimola ad applicarne le previsioni promettendo “al Giudice che condannerà” “un altro terzo” della pena pecuniaria inflitta.

Sempre in tema di giustizia si deve ricordare che Cosimo III nel primo decennio del suo regno, sollecitato da illuminati consiglieri, si accinse alla riforma del sistema giudiziario penale tanto da creare la “Deputazione per la riforma dei magistrati” a cui dette mandato di rivedere la disordinata e inefficiente struttura esistente. Egli accettò la proposta della Deputazione di istituire il tribunale della “Ruota Criminale”, che entrò in funzione nel 1680.

La Toscana si dotò, così, di un tribunale, composto da qualificati giuristi, che assunse le competenze che prima esercitavano gli Otto di Guardia e Balìa.

Purtroppo, però, il suo interesse per la giustizia decadde presto: il sistema tornò a deteriorarsi e la Ruota Criminale fu soppressa nel 1699.

I fatti che determinarono il processo di cui si tratta avvennero nell'anno 1697.

Un giovane ebreo, certo GraziaDio Vitale Portaleone, fu inviato da Mantova, dove risiedeva, a Monte San Savino per lavorare nelle attività commerciali della famiglia degli Usigli, suoi parenti. Il capofamiglia, Leone, suo zio, gli affidò la gestione di una rivendita di tabacco.

Dopo alcun tempo in cui le relazioni fra il giovane e gli Usigli si erano svolte pacificamente, insorsero degli attriti e si creò malanimo

fra l'ospite e i suoi parenti. Questi lo sospettavano infedele nella gestione della rivendita mentre il GraziaDio, da parte sua, li accusava di essersi appropriati di una considerevole somma che la di lui madre aveva messo nelle loro mani per le cure del figlio. La tensione crebbe quando, all'insaputa del giovane, fu assunta altra persona per la gestione della rivendita.

Turbato da questi avvenimenti il GraziaDio, il 25 dicembre del 1697, irruppe nell'abitazione degli Usigli, armato di coltello. Nel corso di una furibonda rissa accolse il capofamiglia Leone, il figlio di lui Abramo e la moglie di altro figlio, donna Maraviglia, dopo di che si allontanò rifugiandosi nella canonica della chiesa di Sant'Agata.

Immediatamente si mise in funzione l'apparato della giustizia tanto che lo stesso giorno si procedette al compimento di quelli che potremmo definire "accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone". Dal verbale risulta che gli atti relativi furono compiuti nel corso di un sopralluogo condotto dal Cancelliere della Corte, da un notaio e da un medico.

La fase giudiziale seguì immediatamente. Infatti il giorno dopo, 26 dicembre, venne esercitata l'azione penale con la formulazione dell'imputazione per lesioni plurime. L'iniziativa fu presa dal Bargello, un funzionario a capo della polizia, che aveva competenze in qualche modo riconducibili a quelle dell'odierno pubblico ministero.

La richiesta di procedere fu indirizzata al Commissario del Granduca, in veste di giudice monocratico, certo Fabrizio Venturini, che, a distanza di sole ventiquattro ore, il 27 dicembre, iniziò l'istruttoria dibattimentale, in contumacia dell'imputato, continuandola nei giorni seguenti.

I verbali delle udienze attestano fedelmente l'escussione di molti testimoni e la capacità del giudice nel porre domande pertinenti.

Quattro giorni dopo, il 31 dicembre, un testimone, nel rendere le sue dichiarazioni, fece accenno, per la prima volta, a una certa relazione di GraziaDio con una fanciulla che, essendo serva presso una famiglia cristiana, presumibilmente non era ebrea. Egli affermò di aver veduto i due "ridere assieme, farsi saluti e cose simili pubblicamente che lo sa tutto il paese"; lei che abitava in una casa "dirimpetto alla casa e bottega degli Usigli... era quasi sempre alla finestra e lui a bottega e così stavano in continui amoreggiamenti". Non sa, tuttavia, se "detto GraziaDio e detta serva siano passati ad atti di maggiore confidenza..".

Altri testimoni vennero interrogati per acquisire maggiori elementi su questa relazione, nessuno, però fu in grado di affermare

se fra i due ci fosse stato qualcosa di più di quanto già riferito.

Comunque il Bargello ritenne le testimonianze raccolte sufficienti per elevare imputazione di commercio carnale nei confronti della ragazza, Orsola Orsini, facendo istanza di procedere contro di lei il giorno 22 gennaio 1698.

Non è chiaro se il promotore di giustizia estese l'accusa anche a GraziaDio. Sta di fatto, però, che il giorno successivo il Commissario stesso formalizzò l'imputazione suddetta a carico di ambedue chiamando a giudizio anche certa Maddalena Marianelli con l'accusa di aver favorito gli incontri fra i due facendoli accedere insieme nella sua abitazione³.

L'istruttoria dibattimentale andò avanti per circa due mesi. Furono sentiti molti testi. Orsola fu sottoposta a continui interrogatori ai quali seppe tenacemente resistere proclamando la sua innocenza. Ammise di avere avuto qualche confidenza con l'ebreo ma ciò aveva fatto incoraggiata anche da un sacerdote che contava sulla simpatia che esisteva fra i due per indurre al battesimo e alla conversione il GraziaDio.

Fu anche disposta una perizia ginecologica per accertare se la ragazza fosse vergine. L'esame fu condotto da due praticone chiamate da fuori. Il loro giudizio, basato sul colore della vagina, fu a favore della deflorazione.

Per vincere la resistenza dell'imputata e costringerla a confessare il Commissario ordinò che fosse sottoposta alla "tortura della fune", dopo essersi munito dell'autorizzazione della superiore magistratura degli Otto di Guardia e Balìa, così come prescriveva la legge quando si faceva ricorso a questo tremendo supplizio. Ma nemmeno sotto tortura la giovane ammise la colpa.

In un giorno imprecisato, prima della conclusione del giudizio, il Commissario trasmise tutti gli atti del processo all'Auditore di Sua Altezza Serenissima.

Il giorno 26 marzo 1698 venne emessa la sentenza che così dispose: nei confronti di GraziaDio a) per il commercio carnale scudi 300 e anni tre di confino (trasformati in cinque anni di carcere in caso di inadempimento); b) per le lesioni personali lire 120; c) concessione di un termine di quindici giorni per purgare la contumacia. Nei confronti di Orsola un anno di esilio da Monte San Savino. Assoluzione per insufficienza di prove per la Marianelli.

Va notato che la sentenza venne notificata ad Orsola nello

³ Mentre dai verbali di udienza non risulta che il Bargello abbia promosso l'azione penale anche nei confronti di GraziaDio Portaleone ciò viene affermato nella sentenza conclusiva del giudizio.

stesso giorno e a GraziaDio ben cinquantasette giorni dopo.

Ma la vicenda giudiziaria non si conclude qui.

Un nuovo verbale, datato 22 maggio 1698, informa di una udienza di riapertura del processo nei confronti del solo imputato GraziaDio che, essendosi costituito entro il termine di quindici giorni dalla notifica della sentenza, aveva purgato la contumacia.

In questa fase si coglie una atmosfera molto diversa dalla precedente.

Nel corso della prima procedura gli Usigli, parti lese, erano stati accaniti accusatori, i testimoni, sia pure con diverse gradazioni, avevano mostrato più avversione che simpatia per gli imputati. Il Commissario era stato duro e insistente nella sua inquisizione fino ad imporre la tortura.

Ora, invece, si avverte, per ogni verso, un atteggiamento di indulgenza o, addirittura, di favore per il giudicando.

Già nel riassumere il dispositivo della sentenza precedente il verbalizzante, sintetizzando la descrizione dei fatti per cui è processo, ne attenua la gravità. Le lesioni (di cui almeno quella inferta ad Abramo, che aveva cagionato la fuoriuscita di un'ansa intestinale dall'addome, era da considerarsi grave) vengono descritte come "ferite leggerissime per sua necessaria e moderata difesa e non con animo di offendere". Leone Usigli non si presenta e i suoi familiari non mostrano risentimento. I testimoni scolorano le loro precedenti affermazioni e non fanno induzioni malevole.

Vale la pena riportare alcune parti della deposizione di uno di loro, certo Biagio Ciaperoni, che sono emblematiche dell'atteggiamento generale:

"Interrogato che dica che causa habbi in questo tribunale detto GraziaDio Risponde il giorno di Natale prossimo passato ebbe che dire in casa con li figlioli del dottore Usili: il povero giovane fu bastonato, sgraffiato e percosso; e, perché a sua difesa ferì non so chi di loro, fu processato.

Interrogato come sappi che detto GraziaDio fusse percosso e graffiato.

Risponde l'istessa sera che seguì questo accidente quasi subito io lo veddi sulla porta della Compagnia dei Bianchi tutto sbigottito, et abbaruffato che erano circa due ore di notte se non erro, e mi disse che Ferrante et Abramo Usigli suoi cugini l'havevano voluto ammazzare perché gli chiedeva il suo, e che se non aveva il temperino in tasca l'haverebbe fatta male e mi mostrò la gola tutta sangue.....lo condussi in casa del priore di S. Agata attaccata alla chiesa".

L'imputato fece richiesta di presentare una lista di testimoni a

difesa indicando quindici capitoli su cui interrogarli. Il Commissario nell'accogliere la richiesta specificò che non si sarebbe avvalso dei testimoni "se non in quanto dichino la verità".

Lo svolgimento delle udienze, tutte dedicate all'escussione dei testi, durò sessantanove giorni.

Il 30 luglio 1698 fu emessa la sentenza: "contro GraziaDio Vitale Portaleone ebreo di Mantova contro il quale ed altri, a querela di Lorenzo Milani bargello per nostra sentenza da noi lata in sua contumacia il 26 marzo 1698 si procedette alla condennazione per le cause che in essa, e specialmente per il capo del commercio carnale di scudi 300 e tre anni di confino a Pisa e suo capitanato pena anni cinque di Stinche⁴ non osservando, e per il capo della ferita in lire 120, con riserva di giorni quindici a comparire e giustificarsi... e perché il detto GraziaDio comparse e si giustificò nel riserva suddetto, perciò revocando detta prima sentenza del 26 marzo 1698 condanniamo l'ebreo inquisito suddetto per tutto il risultante per lui dal processo arbitrariamente in scudi cento..".

Dagli atti dell'archivio si può, poi, conoscere quella che possiamo definire la fase esecutiva. Sappiamo, così che il condannato fu liberato dal carcere, dove era rimasto dal momento della sua costituzione, a seguito di suo impegno formale, avanti al giudice, di pagare il suo debito di cento scudi con la garanzia dello zio Leone. Seguono domande di grazia, di parziale riduzione del debito e di rateazione del pagamento. Sappiamo, ancora, che il 10 gennaio 1699 il GraziaDio si trovava in carcere presumibilmente per non avere, a quel momento, saldato completamente il suo debito con la giustizia.

Non si può pretendere che dagli atti di un solo processo si possano ricavare notizie sul funzionamento dell'intero sistema di giustizia in Toscana sul finire del secolo XVII. Su di esso, come accennato avanti, hanno indagato qualificati studiosi che ci hanno fornito un quadro esauriente della materia.

Questo singolo processo, però, pur nella sua singolarità, ci fornisce dati interessanti sulla prassi giudiziaria e sul comportamento delle figure pubbliche e dei privati cittadini che sembrano muoversi come "dramatis personae" nella luce del palcoscenico che si materializza nella nostra mente alla lettura delle carte dell'archivio di Monte San Savino.

Chi è interessato agli aspetti giuridici della vicenda coglie numerosi spunti di riflessione e di comparazione con la giustizia del nostro tempo.

⁴Il carcere delle Stinche ha funzionato a Firenze fino ai giorni nostri.

La prima osservazione riguarda la natura e la posizione del giudice. Si è visto che la Ruota Criminale, composta da giuristi qualificati, era, al momento del processo, prossima all'estinzione per disinteresse e noncuranza del supremo potere. La sua agonia e cessazione emblemizzano la cultura politica e sociale del tempo che non era certamente impegnata nel rispetto della libertà individuale e di quei beni che oggi definiamo diritti umani.

Il giudice era un commissario del Granduca, più o meno un "missus domini" della cui indipendenza è lecito dubitare. Nella specie non si può, tuttavia, parlare di un giudice speciale perché dallo stesso archivio si ricava la prova che il medesimo commissario trattava ogni altro caso di giustizia penale in quella giurisdizione.

Ci sono due momenti del comportamento del commissario che ci fanno dubitare della sua indipendenza.

L'uno riguarda l'eccessiva determinazione e la durezza, durante la prima fase processuale, nel trattare una imputazione che aveva ad oggetto due temi che ossessionavano il principe: religione e sesso. Si ha l'impressione che il Venturini fosse interessato a ben figurare agli occhi del Granduca servendo puntualmente le sue ossessioni.

L'altro momento concerne un atto formale regolarmente verbalizzato e cioè la trasmissione di tutti gli atti processuali al senatore Andrea Poltri auditore di Sua Altezza Serenissima prima dell'emissione della sentenza. Tale adempimento, che non risulta fosse previsto dalla normativa vigente, non può significare altro che una condizione di subordinazione del giudice al potere politico. Da esso si può desumere che Cosimo III, direttamente o per interposta persona, intendeva controllare l'operato del giudice e probabilmente impartire disposizioni su come decidere.

La imparzialità del giudice era, poi, condizionata dal diritto, riconosciutigli dal Bando del 1680, di beneficiare di un terzo della pena pecuniaria inflitta. È da notare che tale beneficio era stato previsto nel Bando dopo che, nella premessa, veniva lamentato che le infrazioni al divieto di commercio carnale "da Iusdicendi sono state tollerate".

Gli imputati non godevano dei diritti della difesa tanto che non erano assistiti da un difensore né in udienza né durante le operazioni peritali⁵.

Altra circostanza che fa dubitare della correttezza della

⁵ Leggendo i capitoli su cui l'imputato ha chiesto l'interrogatorio dei testimoni si è propensi a credere che egli, sia pure fuori dal processo, sia stato assistito da un valido legale.

procedura si coglie nelle notifiche. Come si è detto, la prima decisione di condanna fu notificata ad Orsola lo stesso giorno della sua emissione e a GraziaDio ben cinquantasette giorni dopo. Si può pensare, allora, che vi siano stati contatti fra la Corte e il condannato e che la notifica sia stata ritardata per dare a lui la possibilità di costituirsi nei quindici giorni successivi per sanare la contumacia.

Resta, però, il quesito del perché, ove vi fosse stato l'intento di favorire l'imputato, non si sia fatto ricorso all'istituto della comparso "ad novas" che consentiva di sanare la contumacia costituendosi anche fuori dal termine del "riservo" per concessione del Principe. Ciò avrebbe evitato quello che appare essere stato uno specioso ritardo nella notifica.

Forse la risposta può essere data osservando che il GraziaDio era ebreo e che a quel tempo non vi era disponibilità dell'autorità a mostrare alcuna condiscendenza verso gli ebrei e che, quindi la concessione "ad novas" suonava inopportuna. Si era, perciò, preferita una via traversa.

Una apprezzabile disposizione garantista è il divieto al giudice di imporre la tortura senza aver ottenuto il permesso della magistratura superiore, il che dimostra come, pur trovandoci ancora in un'epoca oscura del diritto, si era fatto un primo passo sulla via della sensibilità per tutela della persona rispetto alla brutalità dei trattamenti nei secoli precedenti.

Bisogna ammettere, infine, che non è facile giustificare il diverso atteggiamento del giudice, delle persone offese e dei testimoni nelle due fasi del processo.

Possiamo ipotizzare che la durezza del giudice nella prima fase sia stata in parte influenzata dalla contumacia dell'imputato. A questo proposito va ricordato che in quel sistema la contumacia veniva percepita come un'offesa alla Corte e ad essa si attribuiva generalmente il valore di ammissione di colpa. Inoltre non era emersa alcuna circostanza favorevole che facesse propendere per favorire i giudicandi e trattandosi di un reato odioso al Granduca il giudice era motivato a compiacerlo.

Quanto all'atteggiamento benevolo nella seconda fase la spiegazione che appare più probabile va ricercata sul terreno della religione.

Dagli atti processuali risulta che un sacerdote e un chierico avevano intravisto nel comportamento di GraziaDio una sia pur remota possibilità di conversione. Dopo la prima condanna il giovane si rifugiò in una chiesa e fu accolto dal priore.

Nella indicazione delle circostanze su cui chiese l'interrogazione dei testimoni l'imputato ci tiene a far sapere che si è rifugiato in una

chiesa e che “pubblicamente nella Terra del Monte San Savino si diceva che Orsola...allettasse detto GraziaDio per indurlo a farsi cristiano, e non ad altro fine” e ancora “Li detti testimoni, ancor essi, in vari modi allettavano il detto GraziaDio a farsi cristiano”; “Del genio che aveva il detto ebreo nel conversare co’ cristiani, e alla sua buona indole, essi testimoni credevano, et universalmente nella Terra del Monte San Savino si diceva, che detto GraziaDio si facesse cristiano”.

Noi non sappiamo se realmente il giovane propendesse a farsi cristiano ma possiamo ragionevolmente ritenere che nel clima di fondamentalismo religioso, istaurato da Cosimo III, questa apparente propensione riferita da più testimoni abbia giocato a favore dell’imputato.



IL REATO DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA

ENRICO LANZA*

1. Introduzione

Una delle caratteristiche essenziali della normativa italiana sull'immigrazione e sulla condizione giuridica dello straniero è stata sempre quella di non attribuire rilevanza penale alla situazione di mera clandestinità o irregolarità dell'allogeno presente nel territorio dello Stato. Per motivazioni non soltanto ideologiche, legate anche alla cultura della solidarietà sociale, ma altresì pratiche, visto il dispendio economico ed organizzativo che sarebbe derivato da una scelta diversa, la presenza illegale dello straniero, entrato in violazione delle norme di legge sul territorio dello Stato o qui trattenutosi, pur dopo un ingresso legale, in modo irregolare, ha determinato per tanto tempo l'applicazione della sola sanzione amministrativa dell'espulsione¹.

Da più parti, però, da un certo periodo di tempo, era stata profilata la possibilità di introdurre un'apposita fattispecie incriminatrice che avesse, innanzitutto, efficacia dissuasiva e si ponesse ad argine degli afflussi incontrollati di extracomunitari, nella convinzione della particolare forza intimidatrice del precetto penale.

Dopo molteplici vicissitudini parlamentari, che hanno coinvolto le ultime legislature, sul tema della opportunità di criminalizzare la condizione di clandestinità e di irregolarità, con la legge 15 luglio

* Ricercatore di Diritto penale nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Catania.

¹ Occorre ribadire che i termini "clandestino" e "irregolare", utilizzati normalmente in modo promiscuo, sottendono a situazioni differenti. Il "clandestino" è colui che entra illegalmente nel territorio nazionale, per esempio sottraendosi ai controlli previsti ai confini dello Stato o presentando alla polizia di frontiera documenti falsi. L'"irregolare" è colui che, dopo avere fatto ingresso legale nel territorio nazionale, ha perso i titoli che rendevano legittima la sua presenza, per esempio per non avere richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto o per essere questo scaduto di validità.

2009 n. 94 – il c.d. pacchetto sicurezza² – questo passo è stato alla

² Le più importanti novità apportate con il pacchetto sicurezza del 2009 sono le seguenti: l'interpretazione autentica della circostanza aggravante comune dell'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale, contenuta nel numero 11-bis dell'art. 61 c.p., inserito con la riforma sulla sicurezza del 2008, nel senso che la disposizione ivi contenuta va riferita esclusivamente ai cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi e non anche ai cittadini comunitari; l'abrogazione del secondo comma dell'art. 235 c.p., relativo all'espulsione e all'allontanamento dello straniero dallo Stato come misura di sicurezza, e dell'omologa previsione contenuta nel secondo periodo del primo comma dell'art. 312 c.p. e il contestuale inserimento nelle norme di attuazione, coordinamento e transitorie del codice di procedura penale degli artt. 183-bis e 183-ter, relativi, rispettivamente, all'esecuzione della misura di sicurezza dell'espulsione dell'extracomunitario e all'esecuzione della misura di sicurezza dell'allontanamento del cittadino dell'Unione europea; l'estensione della modifica del delitto di associazione per delinquere, realizzata con la legge n. 228 del 2003, ai casi previsti nel comma 3-bis dell'art. 12 del testo unico sull'immigrazione; la riformulazione del primo periodo del comma 5-bis dell'art. 12 t.u., relativo al reato di cessione di immobile allo straniero clandestino o irregolare; l'introduzione del reato di immigrazione clandestina; l'adeguamento della disciplina dell'espulsione come sanzione sostitutiva all'introduzione del reato di immigrazione clandestina; le modifiche in tema di competenza penale del giudice di pace; la previsione del versamento di un contributo in danaro per il rilascio e il rinnovo del permesso di soggiorno; la modifica del reato di mancata esibizione del documento di identificazione del terzo comma dell'art. 6 t.u.; la previsione del superamento di un test di conoscenza della lingua italiana per il rilascio del permesso di soggiorno CE di lungo periodo; l'estensione del periodo massimo di trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione a centottanta giorni; la modifica delle fattispecie legate alla violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato, dei commi 5-bis e seguenti dell'art. 14 t.u.; l'istituzione di un fondo rimpatri, finalizzato a finanziare le spese per il rimpatrio degli stranieri verso i Paesi di origine o di provenienza; la restrizione del divieto di espulsione agli stranieri conviventi con parenti entro il secondo – e non più il quarto – grado di nazionalità italiana; la definizione dell'accordo di integrazione; le modifiche in tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina; la creazione della fattispecie di *Impiego di minori nell'accattonaggio*, con la contestuale abrogazione dell'art. 671 c.p., nonché l'introduzione di alcune pene accessorie e della circostanza attenuante della collaborazione con l'autorità per i reati in materia di schiavitù.

Sul pacchetto sicurezza del 2009 P. BONETTI, *Le norme in materia di stranieri del disegno di legge sulla sicurezza pubblica all'esame dell'Assemblea della Camera dei Deputati (A.C. 2180-A). Analisi e commento a prima lettura*, in www.asgi.it del 2 maggio 2009; A. DELLA BELLA, *L'ultimo atto del "pacchetto sicurezza": le novità in materia penale*, in *Corriere del merito*, 2009, n. 7, pp. 709 e ss.; T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida al diritto*, 15 agosto 2009, n. 33, pp. 14 e ss.; P. PISA, *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata miniriforma*, in *Diritto penale e processo*, 2009, n. 1, pp. 5 e ss.; P. SCOGNAMIGLIO, *Il Nuovo Pacchetto Sicurezza. Commento organico alla L. 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica)*, Simone, Napoli, 2009.

Sul reato di immigrazione clandestina in particolare, oltre alla dottrina appena citata, vd. A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali. (Una guida alla lettura)*, in *Questione giustizia*, 2009, n. 1, p. 86; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, n. 1, pp. 101 e ss.; G. L. GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto penale e processo*, 2009, n. 11, pp. 1323 e ss.; C. F. GROSSO, *Una svolta che non aiuta la giustizia*, in *La Stampa*, 3 luglio 2009; M. MANNUCCI, *Brevi considerazioni sul reato di immigrazione clandestina*, in www.penale.it del 30 agosto 2009;

fine compiuto³.

Nel corpo del decreto legislativo n. 286 del 1998, il c.d. testo unico sull'immigrazione, è stato inserito l'art. 10-*bis*, dedicato, appunto, all'*Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*⁴, sulla cui ragionevolezza sono stati profilati da subito, sia da parte

V. ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, in *Il Sole 24 Ore*, del 19 maggio 2009, p. 1; V. ONIDA, *Criminalizzare? È inutile*, in *Il Sole 24 Ore*, 4 luglio 2009; P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Diritto penale e processo*, 2009, Speciale immigrazione, pp. 5 e ss.

³ Erano stati molti i progetti di legge in cui si era prevista l'introduzione del reato di immigrazione clandestina, mai giunti all'approvazione finale da parte del Parlamento. Un tentativo di maggior consistenza era stato realizzato con il primo decreto Conso, n. 107 del 1993, mai convertito in legge, in cui, al terzo comma dell'art. 8, era disciplinata una forma di criminalizzazione della clandestinità. In quell'atto normativo era previsto l'inserimento, nella legge Martelli, dell'art. 7-*bis*, secondo cui «1. Lo straniero che si sottrae volontariamente ai controlli di frontiera o ai provvedimenti di respingimento alla frontiera o di espulsione, ovvero che, essendo stato espulso dal territorio nazionale, vi fa rientro senza autorizzazione o vi si trattiene indebitamente, è punito con la reclusione da uno a tre anni». «2. La stessa pena si applica allo straniero che non esibisce alla competente autorità amministrativa i documenti di viaggio necessari per l'esecuzione dell'espulsione ovvero che, in mancanza di detti documenti, non comunica alla stessa autorità le informazioni occorrenti per assicurarne l'espulsione».

⁴ Ai sensi dell'art. 10-*bis* t.u., «1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale». «2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 1». «3. Al procedimento penale per il reato di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui agli articoli 20-*bis*, 20-*ter* e 32-*bis* del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274». «4. Ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi del comma 1 non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13, comma 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato. Il questore comunica l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento di cui all'articolo 10, comma 2 [il c.d. respingimento differito], all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato». «5. Il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 2, pronuncia sentenza di non luogo a procedere. Se lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14 [ordinariamente di dieci anni, salvo che nel decreto di espulsione sia previsto un termine più breve, comunque non inferiore a cinque anni, definito tenendo conto della complessiva condotta dell'interessato nel periodo di permanenza in Italia], si applica l'articolo 345 del codice di procedura penale [sulla riproponibilità dell'azione penale]». «6. Nel caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251 [di *Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*], il procedimento è sospeso. Acquisita la comunicazione del riconoscimento della protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'articolo 5, comma 6, del presente testo unico, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere».

della dottrina⁵ che della giurisprudenza⁶, serie perplessità. Si è evidenziato, innanzitutto, che questa statuizione contraddice la logica dell'*ultima ratio* dell'intervento penale, visto che la pena si sovrappone interamente all'ambito amministrativo, nel quale è contemplata la sanzione espulsiva. In secondo luogo, essa presuppone la pericolosità sociale della condizione di migrante irregolare, invero negata, nella sua connessione deterministica, dalla stessa Corte costituzionale. Infine, essa comporta la punizione della mera situazione soggettiva di un individuo – quella di migrante, appunto –, in modo contraddittorio non solo con il principio di eguaglianza, ma altresì col principio di materialità del diritto penale.

La nuova disposizione si colloca in un percorso normativo di accentuazione progressiva della logica repressiva nei confronti degli stranieri, fondata sul ritenuto pericolo che costoro rappresentano per le esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza dello Stato. La legge n. 94 del 2009 è solo l'ultimo dei provvedimenti legislativi in tal senso, poiché è stata preceduta da una serie di

⁵ Cfr., per esempio, CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali. (Una guida alla lettura)*, cit., p. 86; DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., pp. 125 e ss.; DELLA BELLA, *L'ultimo atto del "pacchetto sicurezza": le novità in materia penale*, cit., pp. 709 e ss.; GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., pp. 1323 e ss.; GROSSO, *Una svolta che non aiuta la giustizia*, cit.; ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, cit., p. 1; ONIDA, *Criminalizzare? È inutile*, cit.; PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, cit., p. 14; PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, cit., pp. 5 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *Il Nuovo Pacchetto Sicurezza. Commento organico alla L. 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica)*, cit., p. 42. In senso contrario, a sostegno della non irragionevolezza della scelta di incriminare la clandestinità, N. ZANON, *Il rigore è la strada giusta*, in *Il Sole 24 Ore*, 4 luglio 2009.

⁶ Cfr. Tribunale di Pesaro, giudice monocratico V. Andreucci, 31 agosto 2009, Diouf Ibrahima, che ha posto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis t.u. per la violazione degli artt. 2, 3, 10, 27, primo comma, Cost. e del principio costituzionale di ragionevolezza; Giudice di pace di Torino, 6 ottobre 2009, Eid Abdellatif Eid Aser, che ha posto analoga questione per violazione degli artt. 2, 3, 24, secondo comma, 25, secondo comma, e 97, primo comma, Cost.; Giudice di pace di Agrigento, 15 dicembre 2009, che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della previsione per contrasto con gli artt. 3, 25 e 27 Cost.; la richiesta al giudice di pace di Torino da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis t.u. per il contrasto con gli artt. 2, 3, primo comma, e 25, secondo comma, Cost.; la richiesta al giudice di pace di Bologna da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna del 16 settembre 2009 di sollevare la questione di legittimità costituzionale delle norme in materia di criminalizzazione dell'ingresso e della permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato per violazione degli artt. 3, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97 Cost.; la richiesta al giudice di pace di Agrigento da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento del 22 settembre 2009 di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis t.u. per violazione degli artt. 3, 25, 27 e 117 Cost.

altre riforme normative che hanno attribuito, nel corso di poco più di un decennio, una connotazione sempre più rigorosa al testo unico sull'immigrazione, privilegiando l'approccio esclusivo della diversità a dispetto delle politiche di integrazione ad ampio raggio⁷.

Per rendere effettiva la repressione della condizione di illegalità dello straniero, inoltre, è stato previsto nei confronti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio, che vengano a conoscenza di tale situazione nell'esercizio delle loro funzioni o del loro servizio, l'obbligo di denuncia, con esclusione dei sanitari. Ai sensi del quinto comma dell'art. 35 t.u., infatti, «5. L'accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero non in regola con le norme sul soggiorno non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità salvo il caso in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano». Come è posto in evidenza dal giudice di pace di Torino, una previsione analoga non sussiste con riferimento alle prestazioni scolastiche obbligatorie (che, ai sensi dell'art. 38 t.u., sono tali anche per i minorenni stranieri), con la conseguenza che l'allogeno illegalmente presente nel territorio dello Stato potrà iscrivere i figli a scuola senza indicare la propria condizione; qualora, però, il personale scolastico, che riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, dovesse venire a conoscenza della condizione di illegalità dello straniero, dovrebbe ottemperare al proprio obbligo di denuncia alle autorità⁸.

2. Analisi del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato.

2.1. Il primo comma dell'art. 10-bis t.u.

Nel primo comma dell'art. 10-bis t.u. è stabilito che «1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a

⁷ La legge c.d. Bossi-Fini del 2002 (la legge 30 luglio 2002, n. 189), la legge 12 novembre 2004, n. 271, di conversione del decreto-legge 14 settembre 2004, n. 241, e il pacchetto sicurezza del 2008 (la legge 24 luglio 2008, n. 125, di conversione in legge del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92) possono essere ritenuti gli interventi di riforma principali – sebbene non unici – realizzati sul testo unico dell'immigrazione, che hanno contribuito a disegnare in senso sempre più repressivo soprattutto la dimensione penale del corpo legislativo.

⁸ Giudice di pace di Torino, 6 ottobre 2009, Eid Abdellatif Eid Aser, cit.

10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale»⁹.

La fattispecie di questo primo comma è un reato proprio, in quanto autore può esserne solo il soggetto definito come "straniero" nel testo unico sull'immigrazione. Nell'art. 1 t.u. sono indicati come stranieri i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e gli apolidi.

La condotta incriminata è duplice e relativa ai diversi momenti in cui può sorgere la condizione di illegalità dell'allogeno. Infatti, questa può essere una caratteristica originaria, esistente sin dall'ingresso nel territorio nazionale, oppure conseguita in un momento successivo, a seguito della perdita dei titoli che legittimavano la presenza dell'allogeno sul suolo nazionale. Nel primo caso, lo straniero "fa ingresso" nel territorio dello Stato in violazione delle norme di legge; nel secondo, vi "si trattiene", verosimilmente dopo un arrivo realizzato in osservanza delle prescrizioni normative.

Questa appare l'esegesi più plausibile della disposizione, malgrado l'improprietà della formulazione linguistica, che sembra legare la condotta del trattenimento ad un precedente arrivo nel territorio nazionale in violazione della legge, come se la fattispecie di ingresso illegale costituisse un reato di natura istantanea di cui occorreva perpetuare la rilevanza penale. Sembra preferibile ritenere, invece, che l'ipotesi del trattenimento riguardi il soggetto entrato legalmente nel territorio dello Stato e solo successivamente divenuto irregolare, perché l'intento del legislatore è stato di colpire la condizione di illegalità dello straniero in tutte le sue forme di

⁹ Secondo il disposto dell'art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, relativa alla *Disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio*, «1. Ai sensi dell'articolo 4, comma 4, e dell'articolo 5, comma 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, per l'ingresso in Italia per visite, affari, turismo e studio non è richiesto il permesso di soggiorno qualora la durata del soggiorno stesso sia non superiore a tre mesi. In tali casi si applicano le disposizioni di cui all'articolo 4, comma 2, del medesimo testo unico e il termine di durata per cui è consentito il soggiorno è quello indicato nel visto di ingresso, se richiesto». «2. Al momento dell'ingresso o, in caso di provenienza da Paesi dell'area Schengen, entro otto giorni dall'ingresso, lo straniero dichiara la sua presenza, rispettivamente all'autorità di frontiera o al questore della provincia in cui si trova, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno». «3. In caso di inosservanza degli obblighi di cui al comma 2, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, lo straniero è espulso ai sensi dell'articolo 13 del citato testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni. La medesima sanzione si applica qualora lo straniero, avendo presentato la dichiarazione di cui al comma 2, si sia trattenuto nel territorio dello Stato oltre i tre mesi o il minore termine stabilito nel visto di ingresso».

manifestazione¹⁰.

La previsione della rilevanza penale del mero trattenimento, inoltre, consente di applicare la nuova norma incriminatrice a tutti gli stranieri già presenti illegalmente nel territorio dello Stato al momento dell'entrata in vigore della legge n. 94 senza che vi si opponga il divieto di irretroattività del precetto penale. L'uso del verbo "trattenersi", però, sembra attribuire al reato – diversamente dall'ipotesi dell'ingresso illegale, che è di tipo istantaneo – natura permanente, con la conseguenza che esso potrà ritenersi consumato solo qualora sia trascorso un congruo lasso di tempo fra l'entrata in vigore della nuova legge e il rilevamento della condizione di illegalità dello straniero¹¹.

Ad avviso della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna, la previsione della rilevanza penale di chi si trattiene illegalmente nel territorio dello Stato, perché già clandestino o irregolare al momento dell'entrata in vigore della legge n. 94, presenta profili di illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza. Mentre, infatti, lo straniero che oggi dovesse fare ingresso clandestino nel territorio dello Stato terrebbe una condotta commissiva posta in dispregio di un precetto penale chiaro, l'allogeno già presente sul suolo nazionale prima dell'emanazione del pacchetto sicurezza del 2009, che si limitasse a permanere in Italia, terrebbe un comportamento omissivo, oltretutto condizionato dall'esistenza di legami – lavorativi, affettivi, etc. – col contesto locale. La differenza evidente fra queste situazioni ne imporrebbe il trattamento diversificato. Il legislatore avrebbe potuto trovare una soluzione di compromesso concedendo allo straniero già in Italia al momento dell'entrata in vigore della nuova legge un termine per ottemperare all'obbligo di lasciare il territorio dello Stato, durante il quale il fatto della presenza illegale non fosse rilevante penalmente. L'assenza di una tale previsione impedirebbe allo straniero clandestino o irregolare, che volesse

¹⁰ Secondo GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1327, la fattispecie del primo comma dell'art. 10-bis t.u. costituisce un reato unico a condotte alternative e non contempla, invece, delle condotte autonome, che potrebbero concorrere fra loro. Tale esegesi deriverebbe dal dato formale dell'inserimento delle due situazioni in un'unica norma incriminatrice e della previsione del medesimo trattamento sanzionatorio, nonché dalla sussistenza dello stesso bene giuridico, rappresentato dall'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, pur nella diversità delle modalità di aggressione.

¹¹ Ritiene trattarsi di reato permanente Tribunale di Pesaro, giudice monocratico V. Andreucci, 31 agosto 2009, Diouf Ibrahim. In dottrina, GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1327; PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, cit., p. 6.

rispettare il precetto penale, di farlo legalmente, perché dovrebbe abbandonare il territorio dello Stato “clandestinamente”¹².

Contrariamente a questa ricostruzione, può essere notato che lo straniero diligente, venuto a conoscenza nel periodo di *vacatio legis* dell'introduzione della nuova fattispecie, avrebbe dovuto lasciare da subito il territorio dello Stato per evitare, appunto, ogni rischio di incriminazione. Per questa ragione i paventati dubbi di legittimità costituzionale, quantomeno sotto questo profilo, possono considerarsi superabili.

Perché la condotta incriminata nell'art. 10-*bis* t.u. sia punibile è necessario che l'autorità procedente accerti la condizione di illegalità dello straniero, salvo che si voglia ammettere a carico dell'imputato l'onere di provare la propria condizione di regolarità.

La sanzione prevista è la sola ammenda. Ciò conferisce all'illecito il carattere di contravvenzione, quindi di un reato di minore entità.

Bisogna porre in evidenza che, nella versione originaria del disegno di legge che ha portato all'introduzione del reato di immigrazione clandestina, la fattispecie era strutturata in forma delittuosa, con la previsione della reclusione da sei mesi a quattro anni, l'arresto obbligatorio in flagranza e il rito direttissimo, sebbene limitata al solo ingresso dello straniero nel territorio dello Stato in violazione delle norme del testo unico. Con un emendamento la condotta punibile è stata estesa al trattenersi nel territorio nazionale, ma la fattispecie tutta è stata trasformata in una contravvenzione, con la conseguente attribuzione della competenza al giudice di pace e la scomparsa dell'arresto in flagranza. La ragione di tale cambiamento è stata individuata nell'acquisita consapevolezza da parte della maggioranza di governo che il mantenimento della fattispecie delittuosa avrebbe comportato l'intasamento delle strutture di custodia da parte di una moltitudine di stranieri, i quali difficilmente avrebbero lasciato spontaneamente l'Italia¹³.

Dubbi possono sorgere in merito all'efficacia della sanzione attualmente prevista. A parte le problematiche che sussistono in generale per la ripetibilità da parte degli uffici giudiziari delle somme comminate a titolo di multa e ammenda, nel caso di specie la situazione di ordinaria indigenza degli stranieri presenti illegalmente nel territorio nazionale rende impensabile che queste

¹² In tal senso Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna del 16 settembre 2009. In senso conforme Giudice di pace di Torino, 6 ottobre 2009, Eid Abdellatif Eid Aser.

¹³ PISA, *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata miniriforma*, cit., pp. 5-6.

somme verranno mai acquisite dallo Stato e, proprio per ciò, tale previsione assume un accentuato carattere simbolico.

Oltre a questa considerazione di fatto, si può ritenere che, a prescindere dalle difficoltà concrete di ripetizione delle somme, l'attitudine intimidatrice della sanzione pecuniaria, in queste tipologie di reati, può ritenersi relativa.

Infine, non si può pensare che presentino efficacia neppure le soluzioni previste a livello normativo per il caso di insolvenza del condannato alla pena pecuniaria. Nell'art. 55 del decreto legislativo n. 274 del 2000, attributivo della competenza penale al giudice di pace, è stabilito che, nell'ipotesi del mancato pagamento delle somme comminate da questo giudice a titolo di multa o di ammenda, la sanzione pecuniaria venga convertita nel lavoro sostitutivo o nella permanenza domiciliare. Per quanto concerne la prima soluzione, appare paradossale che lo straniero, del quale il legislatore vuole favorire in ogni modo l'allontanamento dal territorio nazionale, sia costretto a permanervi – oltretutto in una condizione di sostanziale libertà – per l'assolvimento degli obblighi connessi con la pena sostitutiva, anche se strutturata nelle forme della utilità pubblica. Per quanto concerne la seconda possibilità, è da escludere che la permanenza domiciliare sia un esito da considerare ordinario per gli stranieri clandestini o irregolari poiché non è frequente che costoro abbiano un domicilio stabile.

La natura contravvenzionale dell'illecito rende punibile la condotta sia nel caso in cui l'agente abbia agito con dolo, sia nel caso in cui l'elemento soggettivo sia costituito dalla colpa, con il rischio, amplificato per chi è alloggato, della ricaduta in ambito penale di errori di valutazione circa la portata della norma incriminatrice¹⁴.

¹⁴ Come pone in evidenza GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1328, anche nell'ipotesi dell'art. 10-bis t.u. troverà applicazione l'art. 5 c.p. nella lettura che la Corte costituzionale ne ha fornito con la sentenza n. 364 del 1988. Ne consegue che l'eventuale ignoranza inevitabile del precetto incriminatorio scuserà l'agente. Tale situazione si può verificare nel caso dello straniero appena giunto in Italia, che non conosce la lingua e non ha contatti con propri connazionali, il quale non sappia della rilevanza penale, nel nostro Paese, della condizione di clandestinità o irregolarità. Secondo l'Autore, costituisce parimenti errore sulla legge penale, ai sensi dell'art. 5 c.p. – e non errore su norma extrapenale del terzo comma dell'art. 47 c.p. –, il caso dello straniero che, pur sapendo che la condizione di illegalità è penalmente rilevante, ignori la disciplina amministrativa sulla presenza degli stranieri nel territorio nazionale e integri, così, con la propria condotta, l'illecito dell'art. 10-bis t.u. In questo caso si tratterebbe pur sempre di errore sul precetto, ai sensi dell'art. 5 c.p., perché la normativa contenuta nel testo unico sull'immigrazione, relativa alla regolarità della presenza degli stranieri nel territorio nazionale, integra la statuizione penale e concorre a descrivere l'oggetto dell'incriminazione. Occorrerà, pertanto, anche in questo caso, che l'ignoranza sia inevitabile perché l'allogeno possa essere scusato.

Con il pacchetto sicurezza del 2009, inoltre, in ragione di un inciso inserito nell'art. 16 t.u., la facoltà di utilizzare l'espulsione come sanzione sostitutiva della detenzione di breve durata è stata estesa al reato di immigrazione clandestina, in modo eccezionale rispetto alla previsione generale dell'art. 62 del decreto legislativo n. 274 del 2000, secondo la quale è precluso al giudice di pace il ricorso alle sanzioni sostitutive.

Il riconoscimento di questo potere al giudice di pace provoca, però, l'insorgenza di alcune perplessità, visto che l'art. 16, primo comma, t.u. può trovare attuazione normalmente come rimedio sostitutivo della sola sanzione detentiva. Nessun riferimento esplicito è effettuato alla multa o all'ammenda. Potrebbero ravvisarsi, pertanto, gli estremi per la proposizione di una questione di legittimità costituzionale per la violazione dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza. In ogni caso, tale facoltà di ricorrere all'espulsione in luogo della pena pecuniaria è sintomo dell'intendimento legislativo di attribuire preferenza al rimedio ablativo dell'allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato rispetto alla medesima sanzione pecuniaria.

Dubbi esistono, inoltre, circa il carattere obbligatorio o facoltativo della sostituzione¹⁵ della pena pecuniaria con l'espulsione in ragione della formula normativa contenuta nell'art. 62-*bis* del decreto legislativo n. 274 del 2000, introdotto, appunto, con il pacchetto sicurezza del 2009; secondo questa disposizione, «1. Nei casi stabiliti dalla legge, il giudice di pace applica la misura sostitutiva di cui all'articolo 16 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286». L'uso del verbo all'indicativo esclude formalmente la possibilità di qualsivoglia valutazione di opportunità da parte del giudice. Non può non rilevarsi, tuttavia, che, qualora si volesse aderire all'interpretazione letterale della disposizione e ritenere la sostituzione come obbligatoria, la pena principale definita dal legislatore presenterebbe, di fatto, carattere di residualità; o, meglio, essa manterrebbe il proprio spazio applicativo solo nell'ipotesi dell'insussistenza delle condizioni per procedere all'esecuzione del provvedimento ablativo. Nella logica della priorità riconosciuta al procedimento espulsivo, in sostanza, il giudice di pace dovrebbe sempre ricorrere alla misura dell'allontanamento e applicare l'ammenda nel solo caso in cui l'espulsione sia ineseguibile. In questo modo, però, la pena principale diventerebbe l'espulsione e l'indicazione sanzionatoria

¹⁵ Ritene trattarsi di una facoltà del giudice di pace GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1329, nota n. 50.

generale del primo comma dell'art. 10-*bis* t.u. assumerebbe una connotazione tendenzialmente stilistica.

La previsione del primo comma dell'art. 10-*bis* t.u. si apre con una clausola di salvaguardia, che serve ad escludere il concorso della fattispecie con gli altri reati previsti nel testo unico, per i quali la condizione di clandestinità o di irregolarità è elemento costitutivo: le ipotesi in materia di permanenza o reingresso illegali nel territorio dello Stato degli artt. 13 e 14 t.u.

Fino all'entrata in vigore della riforma normativa del 2009, abbiamo visto, la presenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato non costituiva reato; assumeva rilevanza penale indiretta solo nel caso di intimazione questorile a lasciare l'Italia, ovviamente disattesa (art. 14, comma 5-*ter*, t.u.), o di violazione del divieto di reingresso nell'ipotesi di espulsione eseguita (artt. 13, commi 13 e 13-*bis*, e 14, comma 5-*quater*, t.u.). La funzione di queste previsioni è stata – e continua ad essere – di garanzia dell'effettività del sistema delle espulsioni e non concerne la condizione giuridica dell'allogeno. Da oggi, gli stranieri versanti nelle situazioni, che integrano questi illeciti degli artt. 13 e 14 t.u. e che, a seguito dell'introduzione della fattispecie di immigrazione clandestina, diventano autori anche di questo reato, non si vedranno applicata la nuova norma incriminatrice per l'operatività della clausola di salvaguardia e risponderanno solo degli altri reati del testo unico.

Con riferimento all'art. 14, comma 5-*ter*, t.u., la clausola di salvaguardia, però, sembra avere una portata reale piuttosto circoscritta: il carattere, cioè, della norma temporale. Essa, infatti, espleta la sua funzione principalmente in questa prima fase di applicazione della nuova norma incriminatrice, con riferimento, cioè, alle situazioni di clandestinità o irregolarità già "maturate" da parte dello straniero al momento dell'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009, rispetto alle quali è concretamente realizzabile il concorso del fatto dell'immigrazione clandestina con la diversa ipotesi della violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato. Superata questa prima fase, appare molto difficile che, in concreto, si possa verificare tale ipotizzata concorrenza. Concluso questo periodo di diritto "intertemporale", infatti, la previsione concernente la violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato opererà nei confronti di soggetti già – formalmente e penalmente – qualificati clandestini o irregolari, rispetto ai quali, cioè, il procedimento penale per il reato del primo comma dell'art. 10-*bis* sarà stato, quantomeno, avviato. In questo modo i fatti illeciti commessi dagli stranieri non solo sono concettualmente distinguibili, ma seguono percorsi giudiziari

diversi, poiché corrispondono a situazioni di fatto eterogenee. La sopravvivenza della clausola si salvaguarda se il procedimento per la violazione dell'intimazione questorile fosse già avviato prima dell'inizio dell'iter giudiziario per il reato di clandestinità (in sostanza, nell'ipotesi di omissione dei doveri d'ufficio da parte dell'autorità, che non ha denunciato lo straniero illegalmente presente sul suolo nazionale) e il rito relativo all'art. 10-*bis* t.u. cominciasse il suo sviluppo solo successivamente. La condizione di illegalità dello straniero è divenuta, infatti, con la novella del 2009, elemento costitutivo di un reato complesso.

Quindi, a prescindere da questa eccezione, che sembra avere una valenza meramente teorica, il concorso fra il reato di immigrazione clandestina e quello del comma 5-*ter* dell'art. 14 t.u. è da escludere.

La clausola di salvaguardia assolve alla sua funzione, invece, con riguardo alle ipotesi di violazione del divieto di reingresso.

Rispetto alle considerazioni prima svolte con riferimento all'art. 14, comma 5-*ter*, t.u., intanto v'è da premettere che la clausola di salvaguardia, in relazione alle ipotesi dell'art. 13, commi 13 e 13-*bis*, t.u., avrà maggiore ampiezza temporale di efficacia, perché queste norme possono concernere persone già clandestine o irregolari al momento dell'introduzione del pacchetto sicurezza del 2009 ed operano per tutta la durata del divieto di reingresso (fino a dieci anni). In questi casi, cioè, la valenza della condizione di illegalità dello straniero maturata prima dell'entrata in vigore del pacchetto sicurezza è estesa a tutto il periodo di durata del divieto di reingresso.

In confronto agli stranieri, la cui condizione illegale matura dopo l'entrata in vigore della riforma del 2009, il concorso fra i reati dell'art. 10-*bis*, da una parte, e dell'art. 13, commi 13 e 13-*bis*, dall'altra, è formale perché il reingresso viene realizzato in violazione delle norme di legge, anche di quelle relative alla presenza legittima dell'allogeno sul suolo nazionale. Con la clausola di salvaguardia si evita l'applicazione delle norme sul concorso formale di reati.

Dei quesiti possono sorgere con riferimento al rapporto fra il reato dell'art. 10-*bis* t.u. e la circostanza aggravante comune prevista nel numero 11-*bis* dell'art. 61 c.p., consistente nella condizione di straniero illegalmente presente nel territorio dello Stato dell'autore del fatto illecito. L'allogeno, che dovesse rendersi autore del reato dell'art. 10-*bis* t.u., non si vedrà applicata l'aggravante perché troverà applicazione il disposto dell'art. 61 c.p., in ragione del quale le circostanze ivi indicate incrementano la gravità del reato quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali.

I dubbi possono permanere nel caso dello straniero che, presente

illegalmente nel territorio dello Stato, commetta un altro reato. Ci si domanda se, in questo caso, la condizione di clandestinità o di irregolarità comporti l'aggravamento della pena per il fatto commesso, ai sensi del numero 11-*bis* dell'art. 61 c.p., o il concorso con la contravvenzione contenuta nel testo unico sull'immigrazione. Secondo certa dottrina, deve trovare applicazione la regola generale sul reato complesso, contenuta nel primo comma dell'art. 84 c.p., ai sensi del quale «Le disposizioni degli articoli precedenti [sul concorso di reati] non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato». Ne consegue la prevalenza della circostanza aggravante comune sul reato dell'art. 10-*bis* t.u.¹⁶

Nel secondo periodo del primo comma dell'art. 10-*bis* si esclude l'applicabilità al reato di immigrazione clandestina dell'art. 162 c.p., in cui è disciplinata l'oblazione nelle contravvenzioni punite con la sola ammenda. Questo istituto è stato creato dal legislatore per finalità di deflazione processuale con riferimento agli illeciti più lievi: appunto, le contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda. In questo caso, si dà al contravventore la possibilità di pagare, prima dell'apertura del dibattimento o prima del decreto penale di condanna, a seconda dei casi, una somma corrispondente alla terza parte del massimo edittale previsto per l'illecito commesso, oltre alle spese del procedimento. Il pagamento determina l'estinzione del reato. La connotazione deflativa dell'istituto si evince chiaramente dai termini entro i quali tale facoltà può essere esercitata. L'esclusione di questo strumento con riguardo al reato di immigrazione clandestina rimarca l'intolleranza del legislatore verso questa condotta, attraverso delle forme che, comunque, hanno carattere eminentemente simbolico; tanto che questa differenza rispetto a tutti gli altri illeciti contravvenzionali, per i quali il ricorso all'oblazione è sempre possibile, costituirebbe una violazione del principio costituzionale di eguaglianza¹⁷. Questo principio è apparso leso, altresì, sotto il profilo della ragionevolezza se si considera che nell'art. 162-*bis* l'oblazione è prevista anche per le contravvenzioni punite con le pene alternative dell'arresto e dell'ammenda: quindi, per fatti caratterizzati da un maggior disvalore¹⁸.

¹⁶ Così GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1330.

¹⁷ Giudice di pace di Torino, 6 ottobre 2009, Eid Abdellatif Eid Aser, cit.

¹⁸ Così DELLA BELLA, *L'ultimo atto del "pacchetto sicurezza": le novità in materia penale*, cit., p. 710.

Lo straniero non potrà neppure beneficiare della sospensione condizionale della pena perché la facoltà di applicare il rimedio degli artt. 163 e ss. c.p. è preclusa formalmente al giudice di pace dall'art. 60 del decreto legislativo n. 274 del 2000. Per la medesima ragione l'allogeno non potrà neppure far ricorso all'istituto del c.d. patteggiamento della pena, ai sensi della lettera g) dell'art. 2 del medesimo decreto¹⁹.

2.2. Il secondo comma dell'art. 10-bis t.u.

Nel secondo comma dell'art. 10-bis è previsto che «2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 1».

Con questa statuizione il legislatore ha voluto impedire l'eccesso di intervento giudiziario laddove, in sostanza, l'esito dell'allontanamento fosse stato conseguito prima del varco delle frontiere. La norma determina l'esclusione della rilevanza del tentativo, comunque preclusa dal carattere contravvenzionale dell'illecito.

Proprio quest'ultima considerazione ha fatto ritenere la statuizione di questo secondo comma dell'art. 10-bis t.u. del tutto superflua. Anche in sua assenza il reato del primo comma non si sarebbe configurato per la mancanza dell'elemento oggettivo dell'illecito: chi è respinto alla frontiera, infatti, non fa ingresso nel territorio dello Stato²⁰.

Il reato di immigrazione clandestina si configura, invece, come vedremo meglio più avanti, nei casi di c.d. respingimento differito del secondo comma dell'art. 10 t.u.

¹⁹ Secondo GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1329, dovrebbe risultare inapplicabile, per l'incompatibilità con il tipo di offesa prodotto dal reato dell'art. 10-bis t.u., anche l'istituto dell'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, disciplinato nell'art. 35 del decreto legislativo n. 274 del 2000. Secondo l'Autore, invece, non dovrebbero sussistere ragioni per non utilizzare il rimedio della improcedibilità per particolare tenuità del fatto dell'art. 34 del medesimo testo normativo, sempre che ne ricorrano tutti i presupposti: «a) l'offesa al bene tutelato è esigua (si pensi ad es. al caso dello straniero che, dopo essere entrato in Italia, essendo tenuto ai sensi dell'art. 5, comma 2, t.u. a richiedere il permesso di soggiorno entro otto giorni lavorativi dal suo ingresso, lo abbia fatto con un solo giorno di ritardo); b) il fatto di ingresso o trattenimento illecito è "occasionale"; c) l'intensità del dolo o il grado della colpa è lieve; d) il procedimento penale potrebbe compromettere esigenze di lavoro, studio, famiglia o salute dell'immigrato».

²⁰ In questo senso GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1327.

2.3. Il terzo comma dell'art. 10-bis t.u.

Nel terzo comma dell'art. 10-bis è statuito che «3. Al procedimento penale per il reato di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui agli articoli 20-bis, 20-ter e 32-bis del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274». La competenza a conoscere di questo illecito è attribuita, infatti, al giudice di pace²¹.

Per rendere ancora più agevole il procedimento da svolgere dinnanzi a questo organo ne sono state modificate alcune regole. In particolare, per i reati procedibili d'ufficio, attribuiti, appunto, alla cognizione del giudice di pace, è stato introdotto un rito speciale articolato in due varianti modellate sul giudizio immediato e su quello direttissimo, nelle forme previste per il giudice ordinario, e disciplinate, rispettivamente, nell'art. 20-bis sulla "presentazione immediata a giudizio dell'imputato in casi particolari" e nell'art. 20-ter sulla "citazione contestuale in udienza dell'imputato in casi particolari"²².

2.4. Il quarto comma dell'art. 10-bis t.u.

Nel quarto comma della stessa disposizione si è previsto che «4. Ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi del comma 1 non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13, comma 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato. Il questore comunica l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento di cui all'articolo 10, comma 2, all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato».

Una delle critiche da sempre mosse all'idea di attribuire rilevanza penale alla condizione di clandestinità è stata l'ingolfamento della macchina giudiziaria per fatti che, comunque, non presentano particolare gravità²³. Con la previsione di questo quarto comma si è tentato di porre rimedio a tale problematica, cercando di snellire le procedure di espulsione degli stranieri denunciati per il reato di immigrazione clandestina. Mentre, di

²¹ Per alcuni rilievi critici sulla devoluzione di questa competenza a tale organo A. CAPUTO – L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 3, pp. 13 e ss.

²² GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1330. In argomento S. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, in *Diritto penale e processo*, 2009, Speciale immigrazione, pp. 56-57.

²³ Vd., per esempio, MANNUCCI, *Brevi considerazioni sul reato di immigrazione clandestina*, cit.

norma, infatti, per l'esecuzione dell'espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale occorre il nulla osta dell'autorità precedente, qui si ovvia a questo requisito e, per esigenze di celerità del rimedio ablativo, si attribuisce al questore un mero onere di comunicazione dell'esecuzione del provvedimento. È di tutta evidenza la violazione del diritto di difesa dello straniero.

Inoltre, il riferimento contenuto nella disposizione al respingimento disciplinato nel secondo comma dell'art. 10 t.u. pone qualche problema. Abbiamo visto che non costituisce il reato di immigrazione clandestina la situazione che determina l'applicazione del rimedio amministrativo del respingimento del primo comma dell'art. 10 t.u., per un'espressa previsione in tal senso contenuta nel secondo comma dell'art. 10-bis. Viceversa, le situazioni che danno origine alle ipotesi di respingimento del secondo comma dell'art. 10 non impediscono la configurabilità del reato in esame. Nessun problema si pone con riferimento al caso contemplato nella lettera *a*) di questo secondo comma, ovvero sia del respingimento degli stranieri «che, entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo». Qui vi è stato, infatti, l'ingresso illecito dello straniero e il ricorso al rimedio del respingimento – in luogo dell'espulsione – corrisponde ad un'esigenza di semplificazione nelle procedure amministrative. Delle perplessità sorgono, invece, con riguardo all'ipotesi della lettera *b*), ove si fa riferimento agli stranieri «che, nelle circostanze di cui al comma 1 [di presentazione ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti per l'ingresso nel territorio dello Stato], sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso». Malgrado, cioè, la condizione di difficoltà in cui tali soggetti versano, il fatto assume rilevanza penale, salva la possibilità di ravvisare, in concreto, la configurabilità di qualche esimente.

2.5. Il quinto comma dell'art. 10-bis t.u.

A completamento della disciplina, nel quinto comma dell'art. 10-bis si è statuito che «5. Il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 2, pronuncia sentenza di non luogo a procedere. Se lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14, si applica l'articolo 345 del codice di procedura penale [sulla riproponibilità dell'azione penale]».

Secondo i magistrati della Procura della Repubblica di

Agrigento, la previsione del quinto comma dell'art. 10-*bis* t.u. si pone in contrasto con l'art. 3 Cost. per la violazione del principio di eguaglianza sotto il profilo della ragionevolezza. L'esecuzione dei provvedimenti di espulsione e di respingimento, infatti, dipende molte volte dalla discrezionalità della pubblica amministrazione. Lo straniero, allora, grazie alla previsione della sentenza di non luogo a procedere, potrebbe evitare la condanna per il reato di clandestinità per un fatto indipendente dalla sua volontà, mentre un altro allogeno, imputato per il medesimo fatto, potrebbe essere condannato, invece, perché l'autorità amministrativa non dispone, per esempio, dei mezzi per eseguire il provvedimento ablativo. Non solo è evidente la disparità di trattamento fra queste due situazioni, ma sembra che la scelta di incriminazione effettuata dal legislatore con la previsione dell'art. 10-*bis* t.u. dipenda dalla necessità di sopperire all'inefficienza della macchina amministrativa, con violazione del principio di sussidiarietà dell'intervento penale²⁴.

In generale, può essere rilevato come la previsione della sentenza di non luogo a procedere confermi il carattere simbolico dell'incriminazione dell'ingresso e del soggiorno illegali. Rispetto a queste condotte l'unica vera sanzione permane l'allontanamento dal suolo nazionale. L'attribuzione della rilevanza penale a questi comportamenti non espleta nessun effetto ulteriore – quantomeno di norma – e serve solo per fornire al governo un'immagine forte nella lotta contro il fenomeno dell'immigrazione clandestina. Il fatto dell'ingresso e del soggiorno illegali assume contemporaneamente valenza penale e amministrativa, secondo due percorsi destinati ad intrecciarsi a tutto vantaggio della sanzione ablativa, oltretutto se consideriamo, come abbiamo visto, il riconoscimento, effettuato sempre con il pacchetto sicurezza del 2009, al giudice di pace del potere di ricorrere all'espulsione come sanzione sostitutiva dell'art. 16 t.u. nel caso del reato di immigrazione clandestina. La coincidenza perfetta fra la soluzione amministrativa e quella penale è evidente per la presenza dei medesimi presupposti applicativi del rimedio ablativo, nel senso che il reato di clandestinità può essere sanzionato con l'espulsione dell'art. 16 t.u. ricorrendo alle forme generali del quarto comma dell'art. 13 t.u. – e non ad eventuali particolari modalità – e sempre che non sussistano le cause ostative del primo comma dell'art. 14 t.u.: se, in ragione di questi ostacoli, non si era potuto procedere già all'esecuzione dell'espulsione, è impensabile

²⁴ Vd. la richiesta al giudice di pace di Agrigento da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento del 22 settembre 2009 di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis* t.u., cit.

che la rilevanza penale attribuita alla condizione di illegalità dello straniero possa consentire il superamento delle difficoltà che fino ad oggi hanno reso complicato il ricorso alla soluzione ablativa.

Se la disciplina della fattispecie in esame rende residuale, in effetti, sia dal punto di vista astratto, che concreto, l'applicazione nei confronti dello straniero della pena pecuniaria prevista, lo stesso esito non si produce per gli eventuali concorrenti nel reato ai sensi dell'art. 110 c.p. La configurazione del concorso di persone sarà possibile anche nei confronti di tutti coloro che si limitino ad aiutare lo straniero nell'espletamento delle necessità primarie di sostentamento (salva la configurabilità di eventuali cause di giustificazione). Nei confronti di questi soggetti la previsione dell'ammenda può costituire uno strumento deterrente efficace e stimolare l'atteggiamento di chiusura e di ostilità verso gli stranieri²⁵.

2.6. Il sesto comma dell'art. 10-bis t.u.

Infine, nel sesto comma dell'art. 10-bis, a tutela delle ragioni umanitarie, si è stabilito che «6. Nel caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251 [di *Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*], il procedimento è sospeso. Acquisita la comunicazione del riconoscimento della protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'articolo 5, comma 6, del presente testo unico, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere».

Secondo il giudice di pace di Torino, la limitazione della possibilità di sospendere il procedimento a carico dello straniero nel solo caso in cui egli avanzi domanda di protezione internazionale presenta dei profili di dubbia legittimità costituzionale. Nel terzo comma dell'art. 31 t.u., infatti, è previsto che «3. Il tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato,

²⁵ In tal senso Tribunale di Pesaro, giudice monocratico V. Andreucci, 31 agosto 2009, Diouf Ibrahim, cit.

anche in deroga alle altre disposizioni del presente testo unico. L'autorizzazione è revocata quando vengono a cessare i gravi motivi che ne giustificavano il rilascio o per attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia. I provvedimenti sono comunicati alla rappresentanza diplomatica o consolare e al questore per gli adempimenti di rispettiva competenza». Il giudice rileva come non sia statuita anche in questa evenienza la sospensione del procedimento instaurato nei confronti dello straniero per la sua condizione di illegalità con violazione del principio di eguaglianza²⁶. Si può ritenere, però, che in questo caso operi la causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto e, quindi, non si pongano problemi di irragionevolezza dell'omissione.

3. La ragionevolezza dell'incriminazione della condizione di illegalità dello straniero.

Attraverso l'introduzione del reato di immigrazione clandestina si supera l'incoerenza di un sistema in cui si puniva l'ausilio all'ingresso nel territorio dello Stato senza un analogo trattamento per chi avesse tenuto in prima persona questa condotta. A giustificazione di tale assetto normativo non appariva invocabile il principio di frammentarietà del sistema penale: questa, infatti, è solo un riflesso del principio di legalità, una caratteristica delle norme consequenziale rispetto alle scelte di criminalizzazione, ma non sembra possa essere concepita come criterio autonomo di politica criminale e, quindi, di selezione dei comportamenti punibili e di giustificazione delle opzioni di tutela.

Non si può evitare di notare, però, come la soluzione penale non sia stata sostitutiva del rimedio amministrativo, bensì cumulativa ad essa. Ne consegue che nei confronti dello straniero clandestino o irregolare saranno avviati due procedimenti – uno penale e l'altro amministrativo – in grado di intrecciarsi, con prevalenza per l'iter amministrativo, ma con un dispendio di risorse che può essere considerato contrario al principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione²⁷.

Ovviamente, la scelta di incriminazione è, in radice, puramente politica e deve pertanto rispondere ai valori ed agli obiettivi che si vogliono realizzare, in considerazione degli interessi coinvolti nella

²⁶ In tal senso Giudice di pace di Torino, 6 ottobre 2009, Eid Abdellatif Eid Aser, cit.

²⁷ In questo senso anche Giudice di pace di Torino, 6 ottobre 2009, Eid Abdellatif Eid Aser, cit.

questione. Non sembra questa, perciò, la sede per esprimere un giudizio sulla giustezza o meno della creazione di una fattispecie penale specifica per colpire i clandestini, ma non si può fare a meno di osservare come la scelta di criminalizzazione appaia più coerente con l'attuale impianto legislativo. Altro conto è la valutazione circa l'adeguatezza complessiva del sistema repressivo delineato dal nostro legislatore in materia di immigrazione.

Una notazione da farsi è che, comunque, con ogni probabilità, l'attribuzione della rilevanza penale alla condizione di illegalità dello straniero difficilmente costituirà un deterrente all'immigrazione clandestina. Inoltre, permane il problema costituito dalla sorte di quegli extracomunitari irregolari di cui non si conoscono le generalità e di cui, quindi, è ignota l'origine. Da un lato, la collocazione nei centri di identificazione ed espulsione è a termine, dall'altro, anche l'eventuale adozione della soluzione carceraria, in prospettiva di riforma, non pare davvero priva di inconvenienti sol che si consideri il sovraffollamento cui gli istituti di pena andrebbero incontro; in ogni caso, la questione si riproporrebbe alla conclusione dell'espiazione.

Naturalmente, è possibile percorrere strade alternative, attraverso un riassetto delle strategie di lotta al fenomeno del flusso incontrollato di stranieri. In particolare, poteva anche evitarsi di incriminare l'ingresso clandestino nel territorio nazionale se ciò appariva in contraddizione con gli obblighi di solidarietà dello Stato; questa scelta avrebbe dovuto tradursi, però, in un ripensamento della normativa penale del testo unico, sostituendo o quantomeno riformando le norme nel senso di un'ulteriore specificazione – e quindi restrizione – del loro ambito di operatività.

In linea di principio, il modo migliore per combattere il fenomeno dell'immigrazione clandestina (non solo in Italia, ma dovunque) è pensare a strategie politiche sopranazionali che portino ad un miglioramento delle condizioni socio-economiche dei Paesi esportatori di risorse umane. È ovvio, però, che subordinare le opzioni di legislazione criminale alla realizzazione degli obiettivi di politica internazionale appare utopistico. Questa aspirazione, per tradursi in programma, necessita di tempi, risorse e volontà che possono realizzarsi difficilmente nel breve periodo; e il problema dell'immigrazione è attuale e richiede risposte tempestive.

Come in ogni campo, la prevenzione è il miglior modo di affrontare il problema e, quindi, l'incremento del controllo delle frontiere dovrebbe risultare il primo strumento di lotta all'arrivo di clandestini. In Italia questo monitoraggio è particolarmente arduo a causa dei moltissimi chilometri di costa sui quali non è possibile

esercitare materialmente una supervisione capillare (forse anche la penuria di risorse specificamente destinate a questo fine è concausa degli insuccessi delle autorità di vigilanza); sorge, pertanto, l'esigenza di usare altri mezzi per contrapporsi al fenomeno: lo strumento penale viene considerato dal legislatore uno dei più adatti allo scopo.

Oltretutto, v'è da considerare che la maggior quantità di stranieri illegalmente presenti nel territorio dello Stato non è costituita dai clandestini veri e propri – cioè da coloro che superano le frontiere violando la legislazione –, bensì dai c.d. *overstayers*, cioè da coloro che fanno ingresso regolare e poi perdono la loro condizione di legalità.

Il ricorso alla criminalizzazione delle condotte umane come rimedio ordinario all'inefficacia della pubblica amministrazione appare contraddittorio, però, con l'idea del diritto penale come *extrema ratio*, in ragione della quale la sanzione penale dovrebbe essere utilizzata solamente quando non esistano altri mezzi ugualmente validi. Certamente, anche in una realtà in cui siano stati rinvenuti ed utilizzati tutti gli strumenti atti a perseguire il fine del controllo della clandestinità può residuare un'esigenza di tutela per la quale non sia sostituibile il ricorso alla pena. Soltanto in questi limiti si può legittimare la criminalizzazione dei comportamenti umani.

Posto ciò, l'unico modo per orientarsi in questa tematica è avere chiaro quale sia lo scopo delle norme, quale bene giuridico debba essere tutelato. Se il bisogno della punizione nasce dall'esigenza di garantire il rispetto dell'ordine pubblico, sicuramente violabile dai flussi incontrollati di stranieri, la condotta tanto di chi favorisce l'ingresso dello straniero nello Stato quanto di chi entra nel territorio merita la medesima repressione. In questo caso non si guarderà all'immigrato come individuo, disperato in fuga da condizioni di vita precarie o cinico approfittatore. Ciò che rileva è il fatto dell'ingresso in violazione delle norme in materia, in grado di per sé di turbare la tranquillità sociale. In questo contesto ha senso la criminalizzazione sia della condotta dello straniero sia di quella agevolatrice dell'ingresso illecito.

Se, invece, l'obiettivo politico fosse di combattere il deprecabile fenomeno dello sfruttamento di individui in condizioni di bisogno, sarebbe sufficiente creare una fattispecie *ad hoc*, in cui si prevedano, come elementi costitutivi, la condizione di vulnerabilità del clandestino e l'approfittamento di questo *status* da parte di soggetti che perseguono dei fini di profitto illecito, come avviene sostanzialmente già oggi nel delitto di favoreggiamento della

permanenza dello straniero irregolare del quinto comma dell'art. 12 t.u. In questo contesto non avrebbe senso punire il clandestino. Se fosse effettuata una tale scelta, d'altronde, non avrebbe legittimazione la norma sul delitto di favoreggiamento dell'ingresso clandestino nei termini in cui è formulata attualmente: con essa, infatti, non solo si punisce chi da solo aiuta altri ad entrare nel territorio dello Stato, ma non si richiede neppure un dolo specifico, una particolare finalità, cioè, che si accompagni alla condotta.

Nella realtà assistiamo, invece, al diffondersi di una logica di tipo repressivo: il fenomeno "criminale" può essere efficacemente combattuto, si ritiene, con lo strumento della sanzione penale. In quest'ottica si spiega la tendenza generale alla recrudescenza dell'ammontare delle pene.

4. Le questioni di costituzionalità sollevate con riferimento al reato dell'art. 10-bis t.u.

Coerentemente con quanto sostenuto dalla dottrina, come abbiamo visto, anche la giurisprudenza ha rilevato diversi profili di dubbia costituzionalità del reato di ingresso e permanenza illegale nel territorio dello Stato²⁸, le cui considerazioni saranno sviluppate qui di seguito congiuntamente.

Il ragionamento effettuato da questi magistrati si fonda sul presupposto che la possibilità di attribuire rilevanza penale alle condotte dell'individuo dipenda dal rispetto di due canoni fondamentali del sistema penale: il principio di offensività, per cui deve sussistere quantomeno l'esposizione a pericolo, derivante dal comportamento censurato, per il bene protetto con la previsione incriminatrice (che deve essere, oltretutto, di rilevanza costituzionale); il principio di sussidiarietà, ovvero l'inadeguatezza degli strumenti diversi da quello penale per perseguire la medesima finalità protezionistica. Questi criteri sono validi anche allorquando la pena prevista è di tipo pecuniario perché, intanto, essa incide su beni costituzionalmente rilevanti come il patrimonio e la dignità sociale del condannato, inoltre, in caso di insolvibilità, è tramutata in misure limitative della libertà personale del reo.

²⁸ Cfr. Tribunale di Pesaro, giudice monocratico V. Andreucci, 31 agosto 2009, Diouf Ibrahima, cit.; Giudice di pace di Torino, 6 ottobre 2009, Eid Abdellatif Eid Aser, cit.; Giudice di pace di Agrigento, 15 dicembre 2009, cit.; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino del 15 settembre 2009; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna del 16 settembre 2009, cit.; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento del 22 settembre 2009, cit.

Per quanto concerne il profilo del rispetto del principio di offensività, tali magistrati hanno ritenuto che l'illecito sia strutturato come un fatto di mera disobbedienza, che non può essere considerato offensivo di alcun bene giuridico – neppure della sicurezza pubblica – poiché la sola condizione di clandestinità o irregolarità dello straniero, come ha posto in evidenza la Corte costituzionale con le sentenze nn. 22 e 78 del 2007²⁹, non può essere considerata indice presuntivo di pericolosità sociale³⁰. Pertanto, la previsione incriminatrice non solo viola il principio di eguaglianza poiché si fonda su una condizione soggettiva dell'agente³¹, ma si pone in contrasto altresì, per la medesima ragione, con il principio di materialità³², nonché con quello di presunzione di non colpevolezza visto che la pericolosità di un individuo va dimostrata di volta in volta³³.

Per quanto riguarda il profilo della sussidiarietà, esso appare violato in quanto la previsione incriminatrice coincide con l'ambito di applicazione del rimedio amministrativo dell'espulsione, anzi rispetto a questo presenta un carattere di cedevolezza. La

²⁹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 22 gennaio – 2 febbraio 2007, n. 22, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2007, n. 1, pp. 173 e ss., con nota di G. SAVIO, *Il diritto degli stranieri e i limiti del sindacato della Corte costituzionale: una resa del giudice delle leggi?*, pp. 81 e ss., e in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, n. 1, pp. 151 e ss., con nota di D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale « vorrebbe ma non può » sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, pp. 181 e ss.; nonché Corte costituzionale, sentenza 5 marzo 2007 (dep. 16 marzo 2007), n. 78, in *Diritto penale e processo*, 2008, n. 2, pp. 195 e ss., con nota di R. SOTTANIS, *Misure alternative e immigrati clandestini: vale per tutti la logica della rieducazione. Il commento*, pp. 198 e ss. Sulla sentenza n. 78 del 2007 si permetta il rinvio a E. LANZA, *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2007, n. 2, pp. 27 e ss.

³⁰ D'altronde, lo stesso legislatore del 2009 ha ammesso che la condizione di illegalità dello straniero non sia di per sé sintomatica della sua pericolosità visto che con la legge n. 102, di poco successiva al pacchetto sicurezza, ha consentito a determinate categorie di lavoratori stranieri clandestini o irregolari di legalizzare la propria posizione.

³¹ E per questo in violazione altresì del secondo comma dell'art. 25 Cost., in quanto fattispecie penale discriminatoria non fondata su fatti e comportamenti riconducibili alla volontà del soggetto attivo. Così Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino del 15 settembre 2009, cit.

³² Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento del 22 settembre 2009, cit.

³³ Tribunale di Pesaro, giudice monocratico V. Andreucci, 31 agosto 2009, Diouf Ibrahima, cit.

Nega la rilevanza del profilo dell'offensività GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1334, secondo il quale il reato è posto a tutela della corretta gestione dei flussi migratori, che può costituire un interesse meritevole di protezione penale, espressivo del diritto penale del fatto e non del tipo di autore. La ragione di incostituzionalità della previsione va ricercata, secondo l'Autore, nella violazione del principio di sussidiarietà.

sanzione penale non verrà applicata, infatti, qualora lo straniero sia stato respinto alla frontiera ai sensi del primo comma dell'art. 10 t.u., qualora lo straniero, nelle more del procedimento penale, sia stato espulso o respinto alla frontiera ai sensi del secondo comma dell'art. 10 t.u., qualora il giudice di pace si avvalga del nuovo potere riconosciutogli di sostituire la pena per questo reato con l'espulsione del primo comma dell'art. 16 t.u. Se a queste considerazioni si aggiungono la constatazione della normale condizione di indigenza degli autori di questo reato, che rende pressoché impossibile il pagamento della somma di danaro prevista a titolo di ammenda, e il carico di lavoro che deriverà per gli organi giudiziari dai procedimenti penali innescati da questa previsione incriminatrice, si può dedurre, secondo i magistrati, che la fattispecie sia stata congegnata in modo che l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena principale presentino carattere di eccezionalità. Questa situazione presuppone che il legislatore, in verità, abbia ritenuto normalmente sufficiente, per il perseguimento delle finalità di deterrenza, i rimedi amministrativi dell'espulsione e del respingimento, violando, così, con la scelta di incriminare tali condotte il canone dell'*extrema ratio* del diritto penale. Inoltre, dal carattere concretamente residuale del ricorso alla pena per questo reato è stata dedotta l'effettiva inoffensività della condotta sanzionata³⁴.

Un altro problema di costituzionalità è stato ravvisato nella mancata previsione dei "giustificati motivi" – coerentemente con quanto il legislatore aveva fatto in materia di inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato – come causa di esclusione del reato, che avrebbe attribuito maggiore parità di trattamento fra gli stranieri e più ragionevolezza alla fattispecie. Infatti, appare un non-senso che la clausola sia stata prevista per il fatto dell'art. 14, comma 5-ter, t.u., che non solo è più grave per l'entità della pena, ma presenta anche modalità della

³⁴ Giudice di pace di Agrigento, 15 dicembre 2009, cit., e Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento del 22 settembre 2009, cit., nonché Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino del 15 settembre 2009, che rileva un ulteriore profilo di contrasto con il principio di ragionevolezza nel trattamento sanzionatorio previsto per il fatto che quello dell'art. 10-bis t.u. costituisce l'unico caso nell'ordinamento giuridico italiano in cui la sanzione sostitutiva (dell'espulsione per un tempo non inferiore a cinque anni) è più grave della sanzione sostituita (l'ammenda da cinquemila a diecimila euro).

Per la ritenuta violazione altresì dei principi del finalismo rieducativo della pena e del buon andamento della pubblica amministrazione in relazione al rapporto fra il procedimento penale instaurato per il reato dell'art. 10-bis t.u. e i meccanismi espulsivi cfr. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna del 16 settembre 2009, cit.

condotta più pervasive: qui lo straniero disobbedisce a un ordine specifico che gli è rivolto dal questore, nel caso dell'art. 10-*bis* t.u. la violazione concerne una norma astratta e generale. Inoltre, il fatto dell'art. 10-*bis*, in ragione della formula di salvaguardia di apertura del precetto, è assorbito dall'illecito del comma 5-*ter* dell'art. 14, a conferma della minore rilevanza della previsione e dell'incongruenza – anche dal punto di vista logico – dell'assenza della clausola di esclusione della pena³⁵.

Infine, la statuizione è ritenuta in contrasto con l'art. 117 Cost. perché contraddittoria con gli obblighi assunti dall'Italia a livello internazionale nella tutela dei migranti, in particolare con le disposizioni del Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo del 2000 sul traffico di migranti in cui si vieta di penalizzare la condizione di chi è meramente "vittima" del traffico di persone o delle condotte ad essa correlate (art. 5) e in cui si impone di adottare misure di tutela e di assistenza nei confronti di tali soggetti (art. 16)³⁶.

Un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale è stato ravvisato nell'ambito della criminalizzazione dell'ingresso e della permanenza illegali negli articoli della legge n. 102 del 2009, con la quale è stata consentita la regolarizzazione delle c.d. badanti³⁷. Non si comprende perché solo questa categoria di stranieri clandestini

³⁵ Tribunale di Pesaro, giudice monocratico V. Andreucci, 31 agosto 2009, Diouf Ibrahima, cit., Giudice di pace di Agrigento, 15 dicembre 2009, cit., Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino del 15 settembre 2009, cit., Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna del 16 settembre 2009, cit., Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento del 22 settembre 2009, cit.

³⁶ Giudice di pace di Agrigento, 15 dicembre 2009, cit., e Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento del 22 settembre 2009, cit.

Secondo il disposto dell'art. 5 del Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo sul traffico di immigrati, relativo alla responsabilità penale dei migranti, tali persone non sono assoggettabili all'azione penale prevista nel Protocollo per il solo fatto di essere stati oggetto delle condotte considerate penalmente rilevanti. Resta ferma, però, la possibilità per i legislatori nazionali di stabilire diversamente in relazione alla rilevanza penale o meno dell'ingresso illegale. Il divieto di criminalizzazione riguarda, infatti, le sole condotte di ingresso illecito direttamente connesse con il traffico di migranti. Oltretutto, l'ambito di applicazione del Protocollo è collegato alla natura della Convenzione di Palermo, in cui si definiscono e reprimono le forme di criminalità organizzata transnazionale. In mancanza della dimensione organizzata, infatti, le disposizioni del testo normativo non possono trovare attuazione. In questa specificità si comprende la ragione del divieto di criminalizzare la condotta del migrante introdotto illegalmente nel territorio dello Stato parte. Quando il valico delle frontiere è organizzato da un'associazione, la condizione del migrante è di sostanziale subordinazione ed è di fatto spesso difficilmente distinguibile in concreto dalla condizione del soggetto sottoposto alla tratta di esseri umani.

³⁷ La possibilità di effettuare una dichiarazione di emersione del lavoro irregolare per determinate categorie di stranieri e, di conseguenza, di rendere legale la loro

condizione è contenuta nella legge 3 agosto 2009, n. 102, di *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga dei termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali*, in particolare nell'art. 1-ter, intitolato *Dichiarazione di attività di assistenza e di sostegno alle famiglie*. Ai sensi del primo comma, «1. Le disposizioni del presente articolo si applicano ai datori di lavoro italiani o cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea, ovvero ai datori di lavoro extracomunitari in possesso del titolo di soggiorno previsto dall'articolo 9 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, che alla data del 30 giugno 2009 occupavano irregolarmente alle proprie dipendenze, da almeno tre mesi, lavoratori italiani o cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea, ovvero lavoratori extracomunitari, comunque presenti nel territorio nazionale, e continuano ad occuparli alla data di presentazione della dichiarazione di cui al comma 2, adibendoli: a) ad attività di assistenza per se stesso o per componenti della propria famiglia, ancorché non conviventi, affetti da patologie o handicap che ne limitino l'autosufficienza; b) ovvero al lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare». In questa previsione è definito l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina speciale, ovvero sia le categorie di datori di lavoro e di lavoratori che vi sono inclusi. È da notare che il provvedimento, che ha la finalità di fronteggiare la crisi economica, non riguarda soltanto i lavoratori stranieri, bensì anche quelli italiani che dovessero essere stati assunti in nero. Il fatto che questa legge sia intervenuta immediatamente dopo la criminalizzazione della condizione di illegalità dello straniero rende importante, per i nostri fini, effettuare un'analisi riferita al lavoratore soprattutto allogeno. Nell'ottavo comma è stabilito che «8. Dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e fino alla conclusione del procedimento di cui al presente articolo [relativo appunto alla regolarizzazione della condizione lavorativa], sono sospesi i procedimenti penali e amministrativi nei confronti del datore di lavoro e del lavoratore che svolge le attività di cui al comma 1 per le violazioni delle norme: a) relative all'ingresso e al soggiorno nel territorio nazionale, con esclusione di quelle di cui all'articolo 12 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni; b) relative all'impiego di lavoratori, anche se rivestano carattere finanziario, fiscale, previdenziale o assistenziale». Ai sensi del nono comma, «9. Nei casi in cui non venga presentata la dichiarazione di cui al comma 2 ovvero si proceda all'archiviazione del procedimento o al rigetto della dichiarazione, la sospensione di cui al comma 8 cessa, rispettivamente, alla data di scadenza del termine per la presentazione ovvero alla data di archiviazione del procedimento o di rigetto della dichiarazione medesima». Inoltre, «10. Nelle more della definizione del procedimento di cui al presente articolo, lo straniero non può essere espulso, tranne che nei casi previsti al comma 13» e «11. La sottoscrizione del contratto di soggiorno, congiuntamente alla comunicazione obbligatoria di assunzione all'INPS di cui al comma 7, e il rilascio del permesso di soggiorno comportano, rispettivamente, per il datore di lavoro e il lavoratore l'estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi relativi alle violazioni di cui al comma 8». Secondo il disposto del tredicesimo comma, «13. Non possono essere ammessi alla procedura di emersione prevista dal presente articolo i lavoratori extracomunitari: a) nei confronti dei quali sia stato emesso un provvedimento di espulsione ai sensi dell'articolo 13, commi 1 e 2, lettera c), del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e dell'articolo 3 del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, e successive modificazioni; b) che risultino segnalati, anche in base ad accordi o convenzioni internazionali in vigore per l'Italia, ai fini della non ammissione nel territorio dello Stato; c) che risultino condannati, anche con sentenza non definitiva, compresa quella pronunciata anche a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei reati previsti dagli articoli 380 e 381 del medesimo codice». Nel quindicesimo comma è statuito che «15. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque presenta false dichiarazioni o attestazioni, ovvero concorre al fatto, nell'ambito della procedura di emersione prevista dal presente articolo, è punito ai sensi dell'articolo 76 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Se il fatto è commesso attraverso

o irregolari, lavoratori in nero, dovesse essere destinataria di un trattamento penale di favore³⁸.

La scelta di criminalizzazione è stata oggetto di profonde critiche da parte della stessa giurisprudenza anche perché ritenuta contraria al principio di solidarietà degli artt. 2 e 3 Cost. Secondo tale giudice, l'art. 10-*bis* t.u. contrasta, fra l'altro, con il principio di solidarietà «poiché con la previsione indiscriminata della illiceità penale del soggiorno non regolare nel territorio dello Stato di persone migranti, generalmente sospinte a cercare migliori condizioni di vita dalla povertà e dall'oppressione sofferte nei propri Paesi e per effetto delle conseguenze normative di tale previsione, provoca un radicale mutamento nello spirito e negli atteggiamenti dei cittadini, degli stranieri "regolari" e della società nel suo complesso, nei confronti di persone in condizioni di povertà, obiettive difficoltà di vita, bisognose di solidarietà e accoglienza, un indurimento degli animi e dei comportamenti, suscettibile oltretutto di estendersi anche ad altre situazioni di "diversità" ed emarginazione (non sembra estraneo al mutato clima sociale favorito dalla logica amico/nemico, il ripetersi frequente di comportamenti ostili e aggressivi nei confronti di varie categorie di "diversi", come le persone omosessuali, i rom, gli stranieri). Il contrario di quella società aperta e solidale, costruita sull'accoglienza, sulla promozione e sulla emancipazione di coloro che sono in condizione svantaggiata, voluta dai costituenti»³⁹.

la contraffazione o l'alterazione di documenti oppure con l'utilizzazione di uno di tali documenti, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni. La pena è aumentata se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale».

Il termine originario del 30 settembre 2009 indicato per l'espletamento della procedura di emersione del lavoro irregolare è stato prorogato al 31 dicembre dello stesso anno con la circolare n. 7602 del 1° dicembre 2009 del Ministero dell'Interno. La proroga concerne le istanze di emersione, per le quali è stato effettuato regolarmente, entro il 30 settembre 2009, il pagamento del contributo forfetario di 500 euro e che non risultano acquisite al sistema informatico del Ministero dell'Interno - Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione per il difetto degli altri requisiti procedurali richiesti. Il pagamento del contributo forfetario è considerato, infatti, dal Ministero come una manifestazione espressa di volontà del datore di lavoro di procedere alla regolarizzazione del rapporto di lavoro con il cittadino extracomunitario e il termine di scadenza viene ampliato allo scopo di consentire l'esaurimento di questi procedimenti già avviati.

³⁸ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna del 16 settembre 2009, cit. Vd. anche Giudice di pace di Torino, 6 ottobre 2009, Eid Abdellatif Eid Aser, cit.

³⁹ Tribunale di Pesaro, giudice monocratico V. Andreucci, 31 agosto 2009, Diouf Ibrahima, cit.

5. Conclusioni.

Credo che, complessivamente, la scelta di sanzionare penalmente la condizione di illegalità dello straniero non costituisca *in sé* espressione di un atteggiamento di profonda chiusura nei confronti dell'altro; anche perché non è solo nel nostro ordinamento che questa opzione è presente. I limiti derivano, piuttosto, per un verso, dalla mancanza di congrue politiche di integrazione, di un atteggiamento di disponibilità verso soggetti da percepire come parti di un unico insieme, per altro verso, all'estremo opposto, dall'insussistente – o comunque scarsa – utilità reale di tale strumento penale, tanto da potersene ritenere prevalente il carattere eminentemente simbolico.

Certa dottrina ha rilevato, comunque, la sussistenza di alcuni effetti secondari collegati all'introduzione del reato. Se, in linea generale, tale previsione non presenta alcuna peculiare utilità perché non agevola le procedure di espulsione, non rendendo più semplice l'eliminazione degli ostacoli all'esecuzione dei provvedimenti ablativi, né ne incrementa i casi rispetto alla disciplina precedente meramente amministrativa, come, d'altronde, non costituisce un particolare deterrente per la tipologia della sanzione stabilita, essa, però, ha delle conseguenze indirette rilevanti.

In primo luogo, stante l'obbligo di denuncia a carico dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio, i quali, nell'esercizio delle loro funzioni o del loro servizio, venissero a conoscenza della condizione di illegalità dello straniero, gli stranieri clandestini o irregolari tenderanno a vivere in situazioni di sempre maggiore invisibilità⁴⁰.

In secondo luogo, l'attribuzione della rilevanza penale alla condizione di illegalità dello straniero permette di eludere i contenuti della *Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*⁴¹, da attuarsi entro il 24 dicembre del 2010, in cui si prevede come modalità ordinaria di esecuzione dei provvedimenti ablativi

⁴⁰ ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, cit., pone in evidenza come, considerata l'evidente ineffettività del nuovo reato, la "filosofia" della norma sia costituita dall'idea di fare terra bruciata attorno agli stranieri presenti illegalmente sul territorio nazionale, precludendo o rendendo particolarmente ardua la via di accesso ai servizi pubblici in chiaro dispregio dei diritti fondamentali dell'individuo. L'esibizione del permesso di soggiorno, per esempio, è richiesta, infatti, per contrarre matrimonio o per accedere ad altri atti dello stato civile.

⁴¹ In *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 348 del 24 dicembre 2008, pp. 98 e ss.

la partenza volontaria, mentre si ammette, solo in via eccezionale, il ricorso alla procedura forzata, fra l'altro, quando l'espulsione costituisce una sanzione penale o la conseguenza dell'applicazione di una sanzione penale. La criminalizzazione dell'ingresso e del soggiorno illegali, cioè, consentirebbe di utilizzare il rimedio dell'espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera per gli stranieri colti sul territorio nazionale in condizione di clandestinità o irregolarità senza violare formalmente i contenuti della normativa comunitaria⁴².

⁴² Così GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., pp. 1330 e ss., che pone in evidenza come la dottrina abbia rilevato l'illegittimità del tentativo elusivo effettuato dal legislatore italiano in quanto la facoltà di derogare al carattere ordinario del procedimento per intimazione, per essere coerente con l'intento della normativa comunitaria, deve riguardare i casi in cui l'espulsione consegua alla commissione di reati diversi dall'ingresso o dal soggiorno illegale. Sulla Direttiva sui rimpatri vd. C. FAVILLI, *La Direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2009, n. 2. Con particolare riferimento al tentativo di elusione attuato dal legislatore italiano, l'Autrice considera che «se addirittura si potesse paventare che lo scopo dell'introduzione di tale fattispecie di reato [di immigrazione clandestina] sia anche la volontà di limitare l'ambito di applicazione della direttiva si potrebbe profilare una violazione dell'obbligo di leale cooperazione e di non adozione, nelle more del termine concesso per l'attuazione delle direttive, di atti contrari al loro scopo, che ne ostacolano l'attuazione nei termini». *Ivi*, p. 6.

Bibliografia

PAOLO BONETTI, *Le norme in materia di stranieri del disegno di legge sulla sicurezza pubblica all'esame dell'Assemblea della Camera dei Deputati (A.C. 2180-A). Analisi e commento a prima lettura*, in www.asgi.it, del 2 maggio 2009.

DAVID BRUNELLI, *La Corte costituzionale « vorrebbe ma non può » sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, n. 1, pp. 181 e ss.

ANGELO CAPUTO – LIVIO PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 3, pp. 13 e ss.

ANGELA DELLA BELLA, *L'ultimo atto del "pacchetto sicurezza": le novità in materia penale*, in *Corriere del merito*, 2009, n. 7, pp. 709 e ss.

MASSIMO DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, n. 1, pp. 101 e ss.

CHIARA FAVILLI, *La Direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2009, n. 2.

GIAN LUIGI GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto penale e processo*, 2009, n. 11, pp. 1323 e ss.

ENRICO LANZA, *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2007, n. 2, pp. 27 e ss.

SERGIO LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, in *Diritto penale e processo*, 2009, Speciale immigrazione, pp. 50 e ss.

MASSIMO MANNUCCI, *Brevi considerazioni sul reato di immigrazione clandestina*, in www.penale.it del 30 agosto 2009.

VALERIO ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 maggio 2009, p. 1.

TULLIO PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida al diritto*, 15 agosto 2009, n. 33, pp. 14 e ss.

PAOLO PISA, *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata miniriforma*, in *Diritto penale e processo*, 2009, n. 1, pp. 5 e ss.

PAOLO PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Diritto penale e processo*, 2009, Speciale immigrazione, pp. 5 e ss.

GUIDO SAVIO, *Il diritto degli stranieri e i limiti del sindacato della Corte costituzionale: una resa del giudice delle leggi?*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2007, n. 1, pp. 81 e ss.

PAOLO SCOGNAMIGLIO, *Il Nuovo Pacchetto Sicurezza. Commento organico alla L. 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica)*, Simone, Napoli, 2009.

ROBERTA SOTTANIS, *Misure alternative e immigrati clandestini: vale per tutti la logica della rieducazione. Il commento*, in *Diritto penale e processo*, 2008, n. 2, pp. 198 e ss.



PERCORSI DI GIUSTIZIA:
VERSO UNA NUOVA MODALITÀ DI RISOLUZIONE
DEI CONFLITTI

GIANLUCA TRAMONTANO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Modelli di giustizia. 3. Il modello riparativo. 4. Strategie di giustizia riparativa. 4.1. Victim-Offender Mediation (VOM). 4.2. Family Group Conferences (FGC). 4.3. Circles. 5. I protagonisti e le caratteristiche della VOM. 6. La mediazione penale in Italia. 6.1. I centri di mediazione penale in Italia. 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il tema della mediazione e della ricomposizione privata dei conflitti è diventato, negli ultimi anni, oggetto di numerose ricerche e pubblicazioni e argomento di dibattito all'interno di diversi convegni e incontri di studio. Questo suo riconosciuto ruolo di catalizzatore di attenzioni da parte del mondo accademico, di quello giuridico e di quello delle scienze sociali *tout court*, è dovuto al suo utilizzo all'interno di diversi ambiti, con dinamiche diverse.

A seconda del punto di partenza, infatti, è possibile declinare la mediazione in numerosi contesti; si parla di mediazione familiare, culturale, di mediazione linguistica, di quella penale, di quella sociale in generale e, da qualche anno, di quella scolastica. Nonostante gli specifici protocolli operativi e i diversi ambiti di applicazione, il punto di partenza comune ai diversi approcci alla mediazione, è quello della fiducia in un modo diverso di gestire e risolvere conflitti, alternativo a quelli tradizionali¹. Altro aspetto comune ai vari programmi di mediazione è la presenza di un terzo neutrale che

* Criminologo, Dottorando di Ricerca in "Sociologia e Ricerca Sociale", Università degli studi del Molise.

¹ Un testo che rende conto in maniera esaustiva dei vari ambiti di applicazione della mediazione come risoluzione dei conflitti è, F. Scaparro (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Milano, Guerini 2001.

favorisca la comunicazione tra soggetti che si trovano in una situazione conflittuale².

La nostra quotidianità è piena di conflitti, di incomprensioni, di contese, molto spesso neanche troppo esplicitati, tali da venire percepiti in maniera ambigua da parte delle persone e da caratterizzarsi come un rumore di fondo della vita sociale che ne rallenta il corso lasciando i protagonisti insoddisfatti; altre volte, invece, l'origine e l'entità del conflitto, dello scontro, è molto chiara: è la rottura di un rapporto sentimentale, il deteriorarsi di un rapporto di lavoro, un torto subito o l'essere stati vittima di un reato.

Quando l'origine di un conflitto è chiara e si mostra in tutta la sua evidenza agli occhi degli osservatori, la sua risoluzione appare più semplice e la sua gestione ordinaria. Ma la complessità del nostro sistema sociale e dei nostri rapporti rendono estremamente problematica la gestione di conflitti e con essa, la risoluzione degli stessi, lasciando molto spesso in ognuna delle parti coinvolte, amarezza, paure, risentimenti, desideri di vendetta che, lasciati a se stessi, generano ulteriori contese e conflitti, altre paure e risentimenti, vendette di vendette. È a tale scopo che l'uomo moderno, specie quando nell'offesa si legge la lesione di un diritto³, ha affidato ad alcune istituzioni il compito di stabilire le ragioni e i torti in questi conflitti, di stabilire chi è la vittima e chi il colpevole, se c'è da punire e quale pena sia giusto comminare.

Ma la società attuale, ha qualcosa di più e qualcosa di meno della società in cui si è sviluppato un tale discorso. Tutta una serie di fenomeni l'hanno interessata e la stanno interessando: la globalizzazione, la molteplicità delle ideologie, la crisi dei sistemi di socializzazione ordinaria, famiglia e scuola, la presenza di culture "altre" e le relazioni di queste con quelle locali.

La presenza di questi nuovi stimoli, ha ovviamente generato cambiamenti comportamentali che a loro volta hanno provocato implicazioni su almeno due livelli: da una parte, come avviene solitamente nei momenti di cambiamento, è aumentata la conflittualità nella società, dall'altra però, questa presenza, ha contribuito alla creazione di nuovi modelli per sua gestione⁴.

In questo contributo, ci occuperemo dei conflitti che presuppongono la lesione di un diritto e di una nuova modalità, la media-

² M. BOUCHARD, G. MIEROLO, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano, Bruno Mondadori 2005, pag. 202.

³ G. PISAPIA, *La sfida della mediazione*, Padova, CEDAM 1997, pag. 92.

⁴ Cfr., L. VIGGIANI, *Mediazione penale fra esperienza e progetto*, in, *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive*, Atti del Seminario di Studi, a cura dell'Ufficio Centrale di Giustizia Minorile, Milano, Franco Angeli 1999, pagg. 55-56.



zione penale, per la loro risoluzione.

Nel corso della storia dell'uomo, si sono alternate diverse visioni della giustizia e queste visioni hanno generato modelli che hanno informato nel corso degli anni l'attività delle istituzioni preposte alla gestione dei conflitti; quando prendiamo in considerazione la ricostruzione storica dell'avvicinarsi di tali modelli nel mondo occidentale, facciamo riferimento ai due principali che si sono alternati e al tempo stesso integrati tra loro: quello retributivo e quello rieducativo o riabilitativo⁵.

2. Modelli di giustizia

Agli albori della società, il sistema penale consisteva grosso modo nella vendetta privata; questa è stata poi inglobata all'interno del sistema penale statale che ne ha assunto il monopolio e modificato l'applicazione. Lo Stato si è sostituito alla vittima e ha sostituito la vendetta con forme di risarcimento, consistenti nelle più disparate punizioni da infliggere al colpevole⁶.

Tale esigenza di regolamentazione da parte dello Stato, rispondeva a due ordini di problemi: da un lato, il limite da porre alla pretesa punitiva da parte della vittima anche per garantire la proporzionalità tra delitto e castigo; dall'altro, la possibilità di ottenere giustizia anche quando i rapporti di forza sbilanciati tra le parti, non avrebbero consentito l'inflizione del castigo.

A questo iniziale modello, definito retributivo, era sottesa una logica di estrema semplicità: chi ha commesso il male deve avere in cambio il male (*retribuio* = pago, do il dovuto)⁷. La pena viene comminata a cagione del reato commesso e come tale è afflittiva, personale, proporzionale, determinata e inderogabile.

Altra funzione della pena, strettamente connessa a quella retributiva, è quella preventiva; di prevenzione generale perchè la paura della pena opera come una contro-spinta rispetto a quanti altri hanno interesse a compiere un crimine, in quanto vengono (o dovrebbero essere) scoraggiati dal compierlo proprio dal rischio di

⁵ G. DE LEO, P. PATRIZI, *Psicologia della devianza*, Roma, Carocci 2008, pagg. 64-68.

⁶ Su questa arbitraria pretesa dello Stato si sono espressi i teorici dell'abolizionismo penale che non ritengono giustificabile alcun tipo di sanzione penale comminata dall'istituzione statale. Tra questi, i più noti, soprattutto in Europa sono Hulsman, Christie e Mathiesen. In Italia, ma in generale in occidente, l'influenza dell'abolizionismo nella cultura penalistica è stata assai limitata, ma ciò non significa che tale pensiero debba essere svalutato; esso, infatti, per la sua carica di "necessaria utopia", può svolgere la funzione di costante elemento di critica verso i sistemi giuridici e punitivi.

⁷ Cfr., G. PONTI, *Compendio di Criminologia*, Milano, Cortina 1999, pag. 32.



subire una punizione; di prevenzione speciale perché la stessa pena inflitta, previene (o dovrebbe prevenire) il compimento di altri reati da parte del reo⁸.

Con il progredire della coscienza civile, però, si è imposta nel pensiero giuridico, la funzione rieducativa della pena.

Il concetto di pena come difesa, che comporta la pretesa che lo stato inibisca la condotta del criminale o che, comunque tenti di modificarla, compie un decisivo passo in avanti quando, invece, pretende di modificare le convinzioni che sono alla base dell'atto delinquenziale. Attraverso questa modalità la pena non assolve semplicemente le funzioni retributiva, intimidativa e di difesa sociale, ma mira a favorire il recupero sociale del reo.

A questa funzione ha corrisposto una *ideologia rieducativa*⁹ che ha informato le politiche penali di molti paesi occidentali, ponendo la rieducazione quale finalità prevalente, considerata lo scopo primario, o addirittura unico, della pena¹⁰.

Tutto ciò si è tradotto nella critica della Scuola Classica e dei concetti chiave del diritto penale, come ad esempio la colpa, la sanzione, l'imputabilità, tutti concetti che acquistano un significato diverso. La sanzione, ad esempio, non può più consistere nella semplice retribuzione, ma deve rappresentare un mezzo giuridico di difesa contro il delinquente, che non deve essere punito, ma riadattato alla vita sociale¹¹.

Dalla metà degli anni quaranta del novecento i principi riabilitativi diventano il fulcro delle politiche penali dei paesi occidentali, ma già a partire dagli anni settanta cominciano ad evidenziarsi le prime criticità: comincia il crollo del "mito riabilitativo".

Il crollo del mito è stato generato da una serie di fattori concomitanti che hanno assunto, a seconda della prospettiva, importanza maggiore o minore. Tra questi, a nostro avviso, due sono stati determinanti: l'assenza di diminuzione della recidiva a seguito dell'applicazione dei nuovi programmi e la critica mossa a tale sistema da diversi sociologi, storici e criminologi definiti "revisionisti"¹².

⁸ Cfr., V. PILLA, *La mediazione penale*, in *Minorigiustizia*, 4/2008, pag. 90.

⁹ Cfr., T. MATHIESEN, *Perché il carcere?*, Torino, EGA 1996, pag. 58.

¹⁰ Cfr., G. PONTI, *cit.*, pag. 555.

¹¹ Cfr. P. NICOSIA, BRUNI A., DIOGUARDI P., MARINELLI D. (a cura di), *Temi di mediazione penale*, Pisa, Plus 2008, pag. 59.

¹² Tra i più noti: Stanley Cohen, Michael Ignatieff, David Rothman, David Garland e lo stesso Michael Foucault; in Italia, Dario Melossi e Massimo Pavarini. I loro studi sono caratterizzati da un forte scetticismo circa le finalità, i principi e le modalità di attuazione delle riforme penali e ne leggono, vieppiù, una ulteriore manifestazione del potere statale. Un'analisi sulla lettura dei dati utilizzati per la determinazione della recidiva, sullo sfondo di una mancanza di iniziativa sui temi sociali, e uno

Le analisi condotte da questi studiosi alla fine degli anni settanta, dimostravano che l'ideologia del trattamento causava tempi di detenzione più lunghi e minor certezza del diritto rispetto alle pratiche precedenti e, soprattutto, che il nuovo modo di trattare i detenuti, non aveva portato alcun tipo di beneficio, né nei loro confronti (una grossa percentuale "rientrava" in carcere nel giro di pochi mesi), né nei confronti della società, che pure credeva nell'ideale trattamentale, invasa dai delinquenti usciti grazie ai nuovi meccanismi giudiziari¹³.

La critica mossa da molti esperti all'organizzazione del sistema trattamentale, anche se in parte condivisibile, ha determinato, però, oltre alla riesumazione di concezioni punitive ormai datate, anche la scomparsa di molte delle istanze "umanizzanti" che pure erano entrate in carcere dopo secoli di chiusura totale e puro contenimento. Fatto ancora più grave è che né i criminologi né i sociologi protagonisti del crollo del mito, si impegnarono per la formulazione di nuovi programmi: il loro intervento si limitò per la quasi totalità, ad una critica fine a se stessa.

Prescindendo dai rilievi critici mossi all'uno e all'altro, ciò che emerge dalle considerazioni sin qui svolte, è che i due modelli di giustizia che si sono alternati quali principi delle politiche penali, differivano sotto diversi punti di vista: da quello del proprio oggetto, da quello dei mezzi utilizzati e, infine, da quello degli obiettivi che si prefiggevano.

Il modello retributivo aveva come oggetto il reato, come mezzo l'applicazione delle sanzioni e come finalità l'accertamento della colpevolezza e la giusta punizione del colpevole; il modello rieducativo, invece, aveva come oggetto l'autore del reato, come mezzo gli strumenti di trattamento orientati verso la modifica del comportamento e come finalità il reinserimento sociale del reo¹⁴.

sguardo più approfondito sulle teorie dei rappresentanti della scuola "revisionista", necessiterebbero di altri spazi e potremo occuparcene in altra sede, ma ciò che qui possiamo dire è che il denominatore comune dei rappresentanti di questa corrente era una sorta di "ermeneutica del sospetto" tesa a mostrare come, al di sotto delle filosofie penali, degli ideali riformisti e dei valori etici, non ci fossero che interessi economici e volontà di potere. Cfr., E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino, Giappichelli 2004, pag. 7.

¹³ "Innanzitutto, nel corso degli anni sessanta e settanta, molti lavori teorici nel campo delle scienze sociali sostenevano che l'ideologia del trattamento causava tempi di detenzione più lunghi e minor certezza del diritto, rispetto a una pena detentiva del tutto normale [...] Inoltre, nel medesimo periodo, numerose ricerche empiriche indicavano che a prescindere dalla forma di trattamento, e persino in esperimenti di trattamento molto intensivo, i risultati erano largamente gli stessi e per di più alquanto scadenti". T. MATHIESEN, *cit.*, pag. 70.

¹⁴ U. GATTI, M. MARUGO, *La vittima e la giustizia riparativa*, in *Marginalità e Società*, 27, 1994, pag. 18.

3. Il modello riparativo

Un nuovo modello di giustizia, però, si va affermando da qualche decennio, sebbene con difficoltà e in maniera non lineare, nei paesi occidentali, quello della giustizia riparativa, traduzione approssimativa di *restorative justice*, che rappresenta la sfida cruciale ai modi tradizionali di risolvere i conflitti e prevenire la criminalità.

Questo nuovo modello di giustizia, si differenzia da entrambi i precedenti modelli in quanto ha come oggetto il conflitto e i danni provocati alla vittima, come obiettivo l'eliminazione di tali conseguenze e come mezzi le attività riparatorie del danno causato alla vittima da parte del reo¹⁵.

Il primo autore a creare un modello integrato di giustizia riparativa è stato Howard Zehr.

Nel suo citatissimo testo *Changing Lenses*, egli presenta la giustizia riparativa come paradigma assolutamente alternativo a quello retributivo, e tutto il suo lavoro è orientato alla valorizzazione di tutti quegli aspetti della giustizia riparativa che recano beneficio alla vittima e mettono il reo in condizione di assumersi la responsabilità delle sue azioni e fare tutto ciò che è necessario per riparare al male causato. L'impatto di questa interazione con la vittima, per il reo, è sicuramente più profondo di quello che potrebbe generare la condanna da parte di un tribunale¹⁶.

Non è semplice individuare le radici filosofiche di questo nuovo modello di giustizia; alcuni autori le rinvergono in certe istanze dell'abolizionismo penale¹⁷, quali ad esempio il fallimento dei modelli di giustizia precedenti o la riappropriazione del conflitto da parte degli attori principali, vittima e reo, altri nella diffusione della vittimologia¹⁸, altri negli sviluppi recenti della criminologia criti-

¹⁵ G. SCARDACCIONE, *Nuovi modelli di giustizia: giustizia riparativa e mediazione penale*, in, *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 1-2, 1997, pag. 11.

¹⁶ Cfr., T. F. MARSHALL, *Restorative Justice: an Overview*, A report by the Home Office Research Development and Statistics Directorate, 1999, pag. 5.

¹⁷ Del resto, secondo molti autori, soprattutto in Europa, la giustizia riparativa ha avuto il suo inizio grazie ad un articolo pubblicato da NILS CHRISTIE nel 1977, *Conflicts as Property*, in, *British Journal of Criminology*, 17(1), pagg. 1-17. Vedi anche M. WRIGHT, *Restorative Justice: for whose benefit?*, in, *Victim-Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, Leuven University Press, Leuven, 2000, pag. 19, e anche, A. BANDINI, U. GATTI, *Delinquenza giovanile. Analisi di un processo di stigmatizzazione e di esclusione*, Milano, Giuffrè 1987.

¹⁸ Cfr., H. VON HENTIG, *The Criminal and his Victim*, New York, Schocken Books 1979, e G. GULOTTA, *La ricerca empirica sulla vittima*, con la collaborazione di C. Cabras, in Ponti G. (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, Giuffrè 1995, pp. 167-183.

ca¹⁹, altri ancora nella crisi della modernità, del diritto e del Welfare State, incapaci di prevenire e risolvere i conflitti²⁰.

Probabilmente tutti questi fattori hanno concorso alla formazione di un dibattito intenso sulle reali condizioni e possibilità del sistema giustizia, ma quali che siano le specifiche teorizzazioni che hanno portato alla costruzione di questa nuova visione, che variano del resto da paese a paese, alla sua base ci sono, sicuramente:

1. la constatazione dell'inadeguatezza e della crisi dell'istituzione giudiziaria e l'insufficienza dei tradizionali modelli retributivo e riabilitativo²¹

2. la maggiore attenzione dedicata alla vittima ed ai suoi bisogni e diritti²² e la

3. necessità, con particolare riferimento alla giustizia minorile, di introdurre risposte alternative sia alla detenzione, sia alle soluzioni indulgenziali, attraverso risposte finalizzate alla responsabilizzazione del minore e non più solo alla sua punizione e/o rieducazione.

L'avvento di questo nuovo modello di giustizia, però, non sancisce la fine o il declino dei precedenti modelli, ma la possibilità che, a seconda dei cambiamenti sociali e politici, questi diversi modelli possano coesistere e integrarsi diversamente o sostituirsi all'occorrenza in un'ottica sintetica²³.

Nel corso degli anni, e nei diversi paesi che hanno promosso e sperimentato questo nuovo approccio alla giustizia, si sono avute numerose definizioni di giustizia riparativa, alcune delle quali hanno posto maggiore enfasi sulle esigenze della vittima, altre su quelle del reo, altre ancora hanno scelto di concentrarsi sulle dinamiche legate anche alla comunità di appartenenza dei protagonisti del conflitto. È utile a questo punto presentarne alcune per evidenziarne le caratteristiche e i contenuti.

Howard Zehr, considerato il fondatore della giustizia riparativa e protagonista del primo esperimento di mediazione penale avutosi nell'America del nord²⁴, la definisce in questa maniera:

¹⁹ L. WALGRAVE (a cura di), *Restorative Justice for Juveniles. Potentialities, Risks and Problem for Research*, Leuven, Leuven University Press 1998.

²⁰ A. CERETTI, *Progetto per un Ufficio di Mediazione Penale presso il Tribunale per i Minorenni di Milano*, in G. PISAPIA, (a cura di), *cit.*, pagg. 85-114.

²¹ Cfr., tra gli altri, J. FAGET, *La mediazione penale. Un passo verso la giustizia "riparatoria"*, in, *Mediare, non punire*, *Antigone* 2/2008, Torino, L'Harmattan, pag. 28.

²² Cfr., A. MESTITZ, *Introduzione* in, A. Mestitz (a cura di), *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004, pag. 5.

²³ G. DE LEO, P. PATRIZI, *cit.*, pag. 64.

²⁴ È l'ormai noto episodio di Kitchener (Ontario) dove per la prima volta un *probation officer* propose la riconciliazione con la vittima ad un giovane reo.

La giustizia riparativa è un processo che mira a coinvolgere, il più possibile, le persone che hanno avuto interesse in un reato specifico e a identificare i danni, i bisogni e gli obblighi così da “sistemare le cose il meglio possibile”²⁵.

Tale definizione, estremamente semplice, pone attenzione al conflitto e ai suoi protagonisti principali, vittima e reo, che dovranno, riappropriandosi della gestione del processo che li vede coinvolti, essere parte determinante per la valutazione del danno e la scelta dei comportamenti riparativi da porre in essere.

Mark Umbreit, uno dei maggiori teorici della giustizia riparativa, si esprime in questo modo:

La giustizia riparativa è una risposta al crimine centrata sulla vittima che dà alle persone più direttamente coinvolte in un atto criminale – la vittima, il reo, le loro famiglie e i rappresentanti della comunità – l’opportunità di essere direttamente coinvolte nella risposta al danno causato dal crimine. La giustizia riparativa è basata su valori che: enfatizzano l’importanza dell’assistenza dovuta alle vittime del crimine; mettono il reo direttamente di fronte alle persone e alla comunità che il suo reato ha violato; recuperano il più possibile le perdite materiali ed emotive subite dalla vittima; garantiscono una serie di opportunità per il dialogo e la risoluzione dei problemi tra vittima, reo, famiglie e altre persone significative interessate dal crimine; offrono al reo l’opportunità per lo sviluppo di competenze per la sua reintegrazione nella vita produttiva della comunità; rafforzano la sicurezza pubblica attraverso la rafforzamento dei legami nella comunità²⁶.

È evidente come questa definizione di Umbreit sia maggiormente complessa e articolata. Innanzitutto sottolinea immediatamente la centralità della vittima nella riparazione, restituendole quella centralità che lo Stato le ha sottratto all’interno dei procedimenti penali, poi allarga la cerchia dei protagonisti della giustizia riparativa anche alle famiglie della vittima e del reo e a figure rappresentative della comunità.

Altra caratteristica fondamentale di tale definizione è la presenza al suo interno di termini solitamente esclusi dal linguaggio giudiziario ordinario, quali: valori, assistenza, perdite emotive,

²⁵ H. ZEHR, *The Little Book of Restorative Justice*, Intercourse, PA, Good Books 2002, pag. 37. Zehr utilizza l’espressione “put things right”. Traduzione mia, come degli altri passaggi dei testi in lingua inglese.

²⁶ M. S. UMBREIT, *The Handbook of Victim-Offender Mediation*, San Francisco, CA, Jossey-Bass Inc. 2001, pagg. XXVII-XXVIII.

dialogo, reintegrazione sociale, comunità.

Secondo una definizione di giustizia riparativa ampiamente condivisa in ambito internazionale, che riprende diversi aspetti richiamati, questa è

*[...] un processo attraverso il quale, le parti interessate ad una specifica offesa, insieme, decidono come gestire le conseguenze di tale offesa e le sue implicazioni per il futuro*²⁷.

In un eccellente manuale, Susan Sharpe²⁸, riassume in questo modo gli obiettivi che deve perseguire e le caratteristiche che la giustizia riparativa deve possedere.

I programmi di giustizia riparativa devono:

- *Mettere nelle mani delle persone direttamente coinvolte nel crimine le decisioni importanti;*

- *Rendere la giustizia più vicina e, idealmente, più trasformativa;*

- *Ridurre le probabilità che si commettano altri reati in futuro;*

Ma, per realizzare questi obiettivi, si richiede che:

- *Le vittime siano coinvolte nel processo e ne escano soddisfatte;*

- *Gli autori di reato comprendano come le loro azioni abbiano danneggiato altre persone e assumano la piena responsabilità di queste;*

- *I risultati portino alla riparazione del danno e individuino le ragioni del reato (piani specifici sono tarati sui bisogni della vittima e del reo);*

- *Sia la vittima che il reo percepiscano la vicinanza della comunità e si sentano reintegrati in essa.*

Un'altra definizione alla quale bisogna fare necessariamente riferimento, è quella presente nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa sulla mediazione in ambito penale²⁹ dove viene definita come

[...] procedimento che permette alla vittima e al reo di partecipare attivamente, se vi consentono in piena libertà, alla soluzione delle difficoltà derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale (mediatore).

²⁷ T. F. MARSHALL, *Victim-offender mediation.*, in, *Home Office Research Bulletin* 30, 1991, pag. 10.

²⁸ S. SCHARPE, *Restorative Justice: A Vision for Healing and Change*, AB, Canada, Mediation and Restorative Justice Centre 1998, pag.7.

²⁹ Raccomandazione R(99) 19 del Consiglio d'Europa, adottata dal Comitato dei Ministri in data 15 settembre 1999.

Gli elementi chiave che possiamo individuare in questa definizione sono diversi. Innanzitutto, la mediazione è un processo dinamico piuttosto che statico ed è nel processo stesso che risiede il suo valore intrinseco, più che nelle decisioni che poi verranno prese. In secondo luogo, la partecipazione della vittima e del reo, protagonisti principali del conflitto, deve essere volontaria. In ultimo, la figura del mediatore, terzo imparziale è imprescindibile per la buona riuscita della mediazione

Altri autori³⁰ si sono spinti oltre, considerando la giustizia ripartiva

non solo come un modo per riformare il sistema di giustizia criminale, ma un modo per trasformare l'intero sistema legale, la nostra vita familiare, i nostri atteggiamenti sui luoghi di lavoro, il modo di fare politica.

Partendo dalle definizioni elaborate in ambito internazionale, ma anche da quelle prodotte dal dibattito italiano sul tema, emerge che i principi innovativi, universalmente riconosciuti, su cui si fonda la giustizia riparativa sono: a) la riappropriazione del processo da parte dei diretti interessati, autore e vittima del reato; b) la rivalutazione della vittima all'interno del processo: la vittima infatti ha voce nel definire che cosa costituisca per lei una soddisfacente riparazione in senso materiale o morale; c) l'affermazione di un nuovo concetto di responsabilità dell'autore che tiene conto non tanto della definizione del reato, quanto delle conseguenze che esso ha prodotto sulla vittima; d) il recupero dell'amministrazione della giustizia da parte della comunità che fornisce risorse e, direttamente o indirettamente, partecipa alla definizione delle concrete modalità di riparazione; e) l'inserimento di nuove figure professionali, quali quella del mediatore, che possono e devono essere autonome rispetto al sistema giudiziario³¹.

La giustizia riparativa, però, si manifesta in diverse maniere nei vari paesi in cui è praticata³².

³⁰ J. BRAITHWAITE, *Principles of Restorative Justice*, in A. von Hirsch, J. Roberts, A. Bottoms, J. Roach, M. Schiff (a cura di), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms*, Oxford, Hart, 2003, pag. 1.

³¹ G. SCARDACCIONE, *cit.*, pag. 13.

³² Le forme di giustizia riparativa maggiormente diffuse nel mondo sono: community policing, family group conferencing, peacemaking circles, sentencing circles, community reparative boards, victim impact panels, restitution programs, offender competency development programs, victim empathy classes for offenders, victim-directed and citizen-involved community service by the offender, community-based support groups for crime victims, victim advocacy programs and community-based support groups for offenders. Cfr., M.S. UMBREIT, *cit.*, pag. XXXII-XXXIII.

4. Strategie di giustizia riparativa

Per quanto riguarda l'Italia, ma in generale tutta l'Europa, la forma maggiormente diffusa di giustizia riparativa è la VOM (Victim-Offender Mediation), da noi tradotta con mediazione penale³³.

Come ha ben evidenziato Tony Peters:

Quasi ovunque in Europa la victim-offender mediation è considerata il modo migliore per raggiungere gli obiettivi della giustizia riparativa. Spesso non si fa distinzione: la victim-offender mediation è la giustizia riparativa e la giustizia riparativa rimane limitata all'utilizzo della victim-offender mediation. Anche se conosciamo i family group o community conferencing e i sentencing circle, questi due approcci non hanno avuto alcuna significativa implementazione nella scena europea fino ad oggi³⁴.

Ma le possibili tipologie applicative della giustizia riparativa non si limitano alla sola VOM. Esistono altri programmi che, pur condividendo i principi di fondo relativi agli obiettivi e la comune radice culturale, differiscono nel numero e nella categoria dei partecipanti agli incontri e, in qualche caso, nello "stile" della conduzione degli stessi. Le differenze tra i vari modelli, risiedono sostanzialmente, come ha ben evidenziato Howard Zehr³⁵, nel "chi" e nel "come".

Tutti i modelli mettono in comunicazione la vittima il reo e altri elementi significativi nella loro relazione, per dare una risposta di tipo ristorativo al crimine. Il loro obiettivo comune è quello di riportare la pace e l'equilibrio sociale, riparando al danno prodotto dal comportamento criminale.

Nelle seguenti brevi descrizioni, ci riferiremo a quelli che risultano essere i modelli di giustizia riparativa maggiormente diffusi nel mondo³⁶.

³³ In Inghilterra e Galles, Irlanda e Belgio modalità diverse dalla VOM, quali Circles, Conferencing e Family Groups sono variamente praticate e, solo in Olanda, preferite alla VOM. Cfr., A. MESTITZ, S. GHETTI, *Victim-Offender Mediation with Youth Offenders in Europe. An Overview and Comparison of 15 Countries*, The Netherlands, Springer 2005, pag. 5.

³⁴ T. PETERS, *Victim-Offender Mediation: Reality and Challenges*, in *Victim-Offender Mediation...*, cit., pag. 11.

³⁵ Cfr., H. ZEHR, cit., pag. 47-52.

³⁶ Per una panoramica su tutti gli altri numerosi modelli praticati e sulle loro caratteristiche si veda, A. MORRIS, G. MAXWELL (a cura di), *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, Oxford, Hart Publishing 2001.

4.1 Victim-Offender mediation (VOM)

Nella VOM sono unicamente coinvolti la vittima e il reo, prima incontrati separatamente e, dopo il loro esplicito consenso, in una seduta congiunta; l'incontro è condotto da un mediatore che guida il processo mediativo in maniera equilibrata. Solitamente alla fine dell'incontro o degli incontri viene stilato un accordo scritto; i familiari della vittima e del reo possono partecipare, ma solitamente il loro ruolo è di supporto e secondario. Per quanto riguarda i membri della comunità di appartenenza dei protagonisti della mediazione, questi possono talvolta prenderne parte, soprattutto come aiuto nello svolgimento dei programmi di riconciliazione e nel mantenimento degli impegni presi dal reo nell'accordo raggiunto, ma solitamente non sono affatto presenti.

4.2 Family Group Conferences (FGC)

I FGC allargano il cerchio dei partecipanti all'incontro a persone diverse dalla vittima e il reo, quali i loro familiari o altri soggetti significativi per le parti direttamente coinvolte nel conflitto. Dato che questo modello di giustizia riparativa ha posto come suo obiettivo primario il supporto al reo affinché questi acquisti consapevolezza delle proprie azioni e cambi il proprio comportamento, la presenza della sua famiglia e di altri membri significativi della comunità appare rilevante. Tale modello trae origine da alcune pratiche diffuse nelle comunità aborigene della Nuova Zelanda e, oggi, in quella nazione, rappresenta il modello di gestione ufficiale della giustizia minorile.

Come per quello della VOM, il conduttore nella FGC deve essere imparziale e in grado di valutare i bisogni e gli interessi di entrambe le parti coinvolte. In questo modello, centrale appare il ruolo delle famiglie, tanto che può essere considerato come un modello che tende al rafforzamento familiare.

4.3 Circles

L'approccio "circolare" emerge inizialmente nelle prime comunità nazionali formatesi in Canada. Questo modello viene utilizzato per raggiungere diversi obiettivi e infatti, attualmente, oltre ai *sentencing circles*, che si occupano delle questioni penali, ci sono *circles* che si occupano di altre tipologie di conflitto, quali ad esempio quelle presenti nel vicinato o nei luoghi di lavoro.

Come appare evidente dalla sua stessa definizione, i parteci-

panti ai *circles* si dispongono in cerchio e, per garantire a tutti la possibilità di esprimere la propria opinione ed essere ascoltati, si passano un *talking piece*, una sorta di testimone che dà il diritto di parlare.

In questo modello non esiste un vero e proprio mediatore, ma esistono dei *circles keepers*, che guidano il percorso restando il più possibile esterni allo stesso.

Protagonisti sono, oltre alla vittima e il reo e le rispettive famiglie, membri della comunità che rappresentano l'elemento essenziale del modello.

5. I protagonisti e le caratteristiche della VOM

Come evidenziato sopra, a differenza degli altri modelli di giustizia riparativa, la VOM contempla, solitamente, la presenza di soli tre protagonisti: la vittima, il reo e il mediatore (o i mediatori).

La vittima è probabilmente il vero protagonista della mediazione. Il percorso mediativo le offre la possibilità di essere al centro del programma, di esserne parte essenziale, a differenza di ciò che accade nei percorsi ordinari di giustizia. La vittima ha la possibilità unica di parlare della propria esperienza del crimine, di esprimere le proprie emozioni, di spiegare ciò che il reato ha significato per lei; può, durante l'incontro, fare domande al reo, chiedergli i motivi alla base del suo gesto e le ragioni che lo hanno spinto a scegliere proprio "quella" vittima. Può, infine, scegliere il tipo di attività che il reo dovrà svolgere per riparare al crimine.

La mediazione offre, però, una grande possibilità anche al reo: incontrare faccia a faccia la vittima del suo reato. Il reo viene messo in condizione di rendersi pienamente conto delle conseguenze delle sue azioni attraverso il racconto della vittima; può mettersi completamente a disposizione della vittima e fare tutto ciò che è necessario per "rimettere le cose a posto". Il reo, se vuole, può pentirsi di ciò che ha fatto e chiedere perdono alla vittima.

Il terzo, ed ultimo, protagonista della VOM è il mediatore. Questa figura esercita un ruolo estremamente importante nel processo mediativo. Terzo neutrale, deve essere in grado di non imporre le proprie interpretazioni dei fatti o le proprie soluzioni; deve condurre la mediazione in una atmosfera distesa in cui sia data ad entrambe le parti la possibilità di esprimersi, di raccontare le proprie storie, le proprie emozioni; sia alla vittima che al reo deve dare la possibilità di fare domande, di chiedere spiegazioni, di esprimere pienamente i significati che il conflitto del quale sono protagonisti

ha assunto per loro. Una volta che avranno fatto questo, decideranno insieme quali azioni è giusto intraprendere³⁷.

Questo incontro tra le vittima e il reo per discutere del reato e della sua risoluzione è il centro del processo mediativo che, però, è preceduto e seguito da altre attività che cercheremo di evidenziare brevemente.

Nonostante le diversità dei sistemi penali presenti nei singoli paesi, della loro organizzazione della giustizia e delle specificità riguardanti l'erogazione dei servizi di mediazione, in Europa, ma in generale dovunque è praticata la VOM, si è andato affermando uno schema comune di attuazione dei programmi di intervento e delle fasi che questo deve prevedere.

L'attività di mediazione viene portata avanti mettendo in atto tutta una serie di attività ben stabilite, che possono variare nel numero, ma che possono essere riassunte in tre grandi fasi³⁸:

- Fase preliminare, che include le procedure di invio del caso, la raccolta di informazioni, il contatto con le parti, la valutazione del caso da mediare e l'organizzazione del primo incontro tra la vittima e il reo;
- Incontro/i di mediazione e accordo, fase centrale e più delicata dove le parti, assistite da uno o più mediatori, cercano di trovare un accordo condiviso che, molto spesso, si concretizza in un accordo formale scritto;
- Fase conclusiva, che include la valutazione del caso da parte del mediatore, la formazione di un report finale da inviare all'autorità che ha inviato il caso e un *follow-up* sulla effettiva implementazione dell'accordo di mediazione.

Anche un'indagine condotta sui centri di mediazione presenti sul nostro territorio nazionale³⁹, ha evidenziato l'esistenza di tre fasi comuni a tutti i centri, così sintetizzate:

- Pre-mediazione: analisi della fattibilità e raccolta del consenso delle parti (lettere e/o telefonate a vittime e imputati, colloqui preliminari individuali con le parti);
- Mediazione: uno o più incontri faccia a faccia tra vittima/e e autore/i di reato alla presenza dei mediatori allo scopo di raggiungere accordi, rappacificazione, riparazione dei danni;

³⁷ Cfr., H. ZEHR, *cit.*, pag. 160-162.

³⁸ Cfr., A. MESTITZ, *A Comparative Perspective on Victim-Offender Mediation with Youth Offenders Throughout Europe*, in A. MESTITZ, S. GHETTI (a cura di), *Victim-Offender Mediation ...*, *cit.*, pag. 12.

³⁹ A. MESTITZ, *I centri locali per la mediazione penale*, in A. MESTITZ (a cura di), *cit.*, pag. 80.

- Post-mediazione: predisposizione della risposta scritta al magistrato sull'esito della mediazione.

Sebbene questo schema sia sovrapponibile a quello individuato come condiviso dai paesi europei, la Mestitz sottolinea l'assenza del *follow-up* per tutti i centri italiani, tranne quello di Roma. Questa specifica attività, menzionata in tutti i testi sulla mediazione e unico strumento per la verifica dei risultati della propria attività e base per il miglioramento delle prestazioni, pare stranamente non essere presente tra quelle indicate dai centri italiani⁴⁰.

Una differenziazione importante che può essere evidenziata tra i modelli di VOM, è quella che si riferisce al rapporto dei programmi di mediazione con il sistema penale.

Si ritiene che esistano tre tipi di programmi⁴¹:

1. Programmi «indipendenti» dal sistema penale (*community-based projects*), ai quali i partecipanti vengono inviati direttamente dalla comunità o da organizzazioni private ovvero si presentano spontaneamente, senza essersi rivolti alle forze di polizia o alla magistratura. Spesso la richiesta di accesso a questo tipo di programmi è motivata dal desiderio che chi ha commesso il reato non venga punito, ma aiutato a modificare il proprio comportamento. Questi programmi si occupano, evidentemente, di casi di scarsa rilevanza che riguardano più che altro liti tra vicini, o tra persone che hanno particolari vincoli di conoscenza.

2. Programmi «relativamente indipendenti» dal sistema penale, che intervengono dopo che i soggetti sono entrati nel sistema penale. Questi programmi si dicono anche "incondizionati", perché presuppongono che, nel caso di mediazione negativa e accordo non raggiunto tra le parti, non ci siano poi ricadute negative sul reo. L'invio può avvenire su richiesta di diversi soggetti: su richiesta della polizia, del magistrato o dell'organo giudicante, e in qualsiasi momento: prima del processo, prima della condanna, dopo la condanna, ma prima dell'irrogazione della pena.

3. Programmi «dipendenti», sono quelli che prevedono l'invio di tipo "condizionato"; ad esempio quando il pubblico ministero decide che archiverà il caso se sarà raggiunto un accordo tramite la mediazione⁴².

⁴⁰ Ibidem

⁴¹ Cfr., T. BANDINI, U. GATTI, et al., *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Milano, Giuffrè 2003, pagg. 410-411.

⁴² ANNA MESTITZ, nella sua pubblicazione sulla realtà europea della mediazione, riferendosi a questi stessi caratteri, parla di programmi di mediazione sviluppati: *out-of-court*, *near-court* o *in-court*, a seconda del loro rapporto con le autorità giudiziarie.

Tracciate le origini, le linee di sviluppo e gli elementi caratterizzanti della VOM, appare opportuno a questo punto, rivolgerci alla realtà italiana della mediazione penale.

6. La mediazione penale in Italia

In Italia la mediazione nasce come esperimento all'interno dei procedimenti penali a carico dei minorenni, sotto la spinta di alcuni movimenti culturali collegati alla magistratura minorile che facevano riferimento ad esperienze già avviate in altri paesi e alla necessità che tale nuovo modello di giustizia si affermasse anche nel nostro paese⁴³. La specifica dimensione e il preminente utilizzo della mediazione penale in ambito minorile sono dovuti ad una serie di fattori, tra i quali: la particolare condizione del minore, tale da preferirne l'immediata fuoriuscita dal circuito penale anche attraverso attività riparatorie nei confronti della vittima; l'influenza delle esperienze straniere in merito (si pensi agli Stati Uniti o al Regno Unito, dove l'applicazione elettiva della mediazione è proprio sui minori); le considerazioni di alcuni autori⁴⁴ che vedono il sistema penale minorile come il "cavallo di Troia", grazie al quale far passare innovazioni anche nel sistema penale per gli adulti⁴⁵.

Altra particolarità di tale sperimentazione è dovuta al fatto che sia partita dal basso, *bottom up*, e non, come avviene di solito per le pratiche del sistema giudiziario italiano e come è successo in altri

Cfr., A. MESTITZ, *A Comparative...*, cit., pag. 5. Jacques Faget, invece, fa riferimento all'esistenza di due modelli di applicazione della mediazione, quello "derivato" e quello "integrato". Nel modello "derivato", la mediazione può intervenire in varie fasi prima del giudizio. Nella maggior parte delle legislazioni, il procuratore può effettivamente proporre la mediazione alle parti come alternativa all'azione giudiziaria. La mediazione può costituire allora una reale alternativa alla sanzione. Nel modello "integrato", la mediazione può far parte del processo decisionale. Viene allora considerata come una misura probatoria che contribuisce a rafforzare la decisione del magistrato. Cfr., J. FAGET, cit., pag. 29.

⁴³ In particolare, notevole importanza, assunsero alcuni articoli di MARCO BOUCHARD, *Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto*, in *Dei delitti e delle pene*, 2 1992, pagg. 191-202 e, *Dove va la delinquenza dei giovani, dove va la giustizia minorile?* in *Minorigiustizia*, 4 1994, pagg. 10-18 e uno non firmato, ma da attribuire ad un gruppo di magistrati minorili, decisivo per l'inizio della diffusione della mediazione penale in Italia, *Proposte per una giustizia penale riparatoria*, in *Minorigiustizia*, 4 1994, pagg. 26-33.

⁴⁴ A. MESTITZ, *Introduzione*, in A. MESTITZ (a cura di), cit., pag.12. La Mestitz fa riferimento ad uno scritto di Damasca. Vedi anche, C. MAZZUCATO, *Un filo rosso unisce mediazione e diritti dei bambini. Strategie consensuali e costruttive per la prevenzione dei reati minorili*, in *Mediares*, 7/2006, pag. 267.

⁴⁵ Tali considerazioni, però, non esauriscono il discorso, visto che molti dei centri presenti in Italia, svolgono attività di mediazione penale non solo minorile, ma anche con adulti e, ad esempio, il centro di Trento è stato istituito appositamente a supporto dei Giudici di Pace e, solo in seguito, ha allargato la propria attività al settore minorile.

paesi europei, in Francia ad esempio, con la promulgazione di norme, *top down*⁴⁶.

Il ruolo centrale della magistratura minorile nella diffusione della mediazione, si è palesato anche nel fatto che i primi centri di mediazione in Italia sono stati istituiti proprio nelle strutture dove insistevano le sedi degli uffici giudiziari o i Centri per la Giustizia Minorile, distaccandosi successivamente da tale contesto attraverso protocolli d'intesa siglati con i governi locali, seguendo del resto le indicazioni della normativa sopranazionale e delle esperienze già consolidate, che vogliono le attività riparative esterne ed autonome rispetto al sistema giudiziario.

Consideriamo adesso, per valutarne le specificità e le sfumature, alcune definizioni significative di mediazione penale all'interno del nostro paese.

Bonafé-Schmitt la definisce come:

*un processo, il più delle volte formale, con il quale un terzo neutrale tenta, mediante scambi tra le parti, di permettere a queste ultime di confrontare i loro punti di vista e di cercare con il suo aiuto una soluzione al conflitto che le oppone*⁴⁷.

In questa definizione è chiaro l'accento posto sulla figura del mediatore, terzo neutrale, che fa incontrare le parti al fine di risolvere il conflitto.

Altre definizioni, come quella che presentiamo di seguito, accentuano la dimensione comunicativa della mediazione dove la si caratterizza come:

*un'attività che un terzo neutrale svolge nei confronti di due o più persone in conflitto e che ha lo scopo di riallacciare i fili di una comunicazione interrotta, che offre uno spazio di ascolto e di parola a chi lo desidera ed è perciò caratterizzata da neutralità, libera adesione e confidenzialità*⁴⁸.

Tali aspetti sono stati incorporati anche nella definizione che le Linee di Indirizzo su "L'attività di mediazione nell'ambito della giustizia penale minorile", emanate nel 1999 dalla Commissione Nazionale Consultiva e di Coordinamento per i rapporti con le Re-

⁴⁶ Cfr. A. MESTITZ, *I centri locali...*, cit., pag. 46, e C. SCIVOLETTO, *Mediazione penale: rappresentazioni e pratiche*, Franco Angeli, Milano 2009, pag. 46.

⁴⁷ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, in G. PISAPIA (a cura di), cit., pagg. 21-49.

⁴⁸ M. BOUCHARD, *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, in *Questione Giustizia*, 1992 3-4, pag. 770.

gioni e gli Enti Locali, danno della mediazione penale, considerata come:

attività realizzata da un terzo equidistante, finalizzata a realizzare una comunicazione tra due parti che sono in conflitto, su posizioni contrapposte.[...]È una modalità di regolazione dei conflitti che non si sostituisce alla giurisdizione, ma può costituire una risorsa operativa da essa utilizzabile.

È un'attività che può essere utilmente considerata dal sistema penale, in quanto mette a confronto diretto reo e vittima e favorisce la comprensione delle reciproche posizioni: il reo è aiutato a comprendere gli effetti prodotti dal reato sulla vittima, la vittima trova un contesto che accoglie le sue emozioni e che le consente di interagire con il reo⁴⁹.

Esplicitati gli elementi alla base della sperimentazione della mediazione penale in Italia, passiamo ad analizzare sinteticamente la specifica realtà dei centri di mediazione penale in Italia.

6.1 I centri di mediazione penale in Italia

Dalle iniziali esperienze italiane, risalenti alla prima metà degli anni novanta, ad oggi, il panorama è sensibilmente cambiato e tale cambiamento è rilevabile dall'aumento considerevole dei centri di mediazione presenti nel nostro territorio. Nel nostro paese, attualmente i centri di mediazione sono 20⁵⁰, segno questo della totale apertura a questa diversa forma di gestione e risoluzione dei con-

⁴⁹ Consultabile sul sito web. www.giustizia.it

⁵⁰ Ho potuto verificare tale numero in occasione del Seminario Internazionale "Restorative Juvenile Justice in Europe", organizzato dal Ministero della Giustizia e tenutosi a Nisida, presso il Centro Europeo di Studi, l'11 e il 12 novembre 2009, al quale hanno partecipato, su impulso del Dipartimento per la Giustizia Minorile, tutti i Centri o Uffici di Mediazione del nostro Paese. Nel dettaglio, esistono Centri o Uffici di Mediazione ad Ancona, Bari, Bolzano, Brescia, Cagliari, Caltanissetta, Catania, Catanzaro, Firenze, Foggia, Genova, Latina, Milano, Napoli, Palermo, Salerno, Sassari, Torino, Trento e Venezia. Una nota che mi piace rimarcare in questa occasione è che, finalmente, anche la Regione Molise sta per dotarsi di un centro di mediazione penale, ormai a più di due anni dalla firma del Protocollo d'Intesa tra la Regione Molise, il Centro per la Giustizia Minorile per l'Abruzzo, Molise e Marche, il Tribunale per i Minorenni del Molise e la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni del Molise. Dopo l'organizzazione di un corso di formazione per mediatori penali, giunto ormai quasi al termine, l'Assessorato regionale alle Politiche Sociali, che si è assunto tale onere alla firma del Protocollo, si appresta a stanziare i fondi per la creazione del centro, ad individuare la struttura dove farlo insistere e a reclutare l'*équipe* di mediatori, adeguatamente formati, da impegnare. Questo momento rappresenta, a mio avviso, una tappa importante nell'ottica delle politiche sociali della regione di concerto con l'autorità giudiziaria, l'allineamento della regione Molise al resto d'Italia e il superamento di una discriminazione operante ancora oggi nei confronti dei molisani, dovuta all'assenza dell'attività dei centri di mediazione nella regione in cui vivo.

flitti da parte della magistratura e della società e di una volontà, anche e soprattutto di politica locale in tal senso, stante l'assenza di indicazioni precise da parte del Ministero della giustizia.

Infatti, nonostante l'invito ad adottare una normativa specifica in tema di mediazione penale entro il 2006, rivolto dal Consiglio d'Europa a tutti i paesi membri⁵¹, il nostro paese, insieme a pochi altri, ancora non ha una specifica legge in materia.

L'unico documento ufficiale emanato dal Ministero della giustizia, sulla scorta delle esperienze internazionali e di quelle italiane già avviate a quel tempo, sono le "Linee d'indirizzo per l'attività di mediazione nell'ambito della giustizia penale minorile" del 1999⁵².

Si tratta di un documento che invita all'utilizzo della mediazione penale e che rappresenta una indicazione sugli orientamenti condivisi sulle sue corrette modalità di attuazione.

Nel documento si fa riferimento inizialmente alle radici storiche e sociali che hanno portato alla diffusione della mediazione, partendo dalle prime esperienze nordamericane fino a quelle europee della Gran Bretagna, della Francia e dell'Austria.

Viene data poi la definizione di mediazione che abbiamo riportato sopra, dove è emersa, chiaramente, l'acquisizione di molti degli aspetti richiamati nelle definizioni di giustizia riparativa nordamericane.

Nella restante parte delle Linee, si passa ad una ricognizione dei protagonisti della mediazione, vittima, reo e mediatore; agli obiettivi della mediazione: la riparazione materiale e morale del danno e la conciliazione tra vittima e reo; alle specifiche fasi della mediazione e agli spazi normativi di applicazione (con il solo riferimento al procedimento penale minorile).

La questione dell'assenza di una specifica normativa in tema di mediazione penale minorile, rappresenta uno degli aspetti cruciali della realtà italiana⁵³, dove l'unica esplicita previsione legislativa al riguardo è quella contenuta nell'art. 28 del DPR 448/88, il quale prevede la possibilità per il giudice, nell'ambito del provvedimento di sospensione del processo e messa alla prova, di impartire pre-

⁵¹ Si tratta della Decisione quadro del Consiglio d'Europa del 15 marzo 2001 (2001/220/GAI), relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale.

⁵² In realtà successivamente alla emanazione di quelle del 1999, il Dipartimento per la Giustizia Minorile ha elaborato delle Linee Guida sulla mediazione penale, ad integrazione e modifica parziale delle indicazioni precedenti, dove, però, non si interviene sulla definizione di mediazione, ma si opera una sistematizzazione, necessaria a mio avviso, relativa alle pratiche di mediazione, ai servizi, al processo di mediazione, alla documentazione e al coordinamento tra i centri e il Dipartimento.

⁵³ I. MASTROPASQUA, *Verso una disciplina normativa?*, in C. SCIVOLETTO (a cura di), *cit.*, pagg. 73-86.

scrizioni dirette a riparare le conseguenze dirette del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa. Ma tale procedura, si colloca in uno spazio già processuale, in quanto inserita nella fase successiva all'esercizio dell'azione penale e, come tale, coordinata con le regole del processo⁵⁴, in netta opposizione con la caratteristica pregnante delle politiche penali di *diversion*, dove le pratiche mediative e riconciliative devono collocarsi precedentemente e in uno spazio "diverso" da quello processuale.

Una possibilità di questo tipo, suggerita dall'esperienza del Tribunale per i Minorenni di Torino⁵⁵ e poi messa in atto anche da altre sedi, è quella che permette di accedere alla mediazione penale in una fase precedente all'inizio del processo, attraverso una utilizzazione "impropria"⁵⁶ dell'art. 9 del D.P.R. 448/88 e, segnatamente, della previsione contenuta nel comma 2, che contempla la possibilità, tanto per l'organo di accusa quanto per il giudice di acquisire informazioni sul minore, anche consultando esperti senza formalità di procedura, valutando la disponibilità del minore indagato ad incontrarsi con la vittima, a riconsiderare la condotta posta in essere e ad avviare un processo di responsabilizzazione, anche attraverso un'attività di riparazione già in fase di indagini preliminari; quindi in una fase non ancora processuale.

L'assenza di una vera e propria normativa in tal senso caratterizza le esperienze italiane come ancora sperimentali, nonostante alcune di esse abbiano avuto inizio da oltre un decennio e fa sì che la mediazione si configuri, quindi, più come una "strategia giudiziaria" utilizzata dai magistrati che come una procedura regolata.

Tale situazione, però, non ha impedito la continua nuova costituzione di centri di mediazione in Italia che condividono numerosi aspetti.

In una ricerca pubblicata da Anna Mestitz nel 2004⁵⁷, sono emerse una serie di caratteristiche comuni ai vari centri di mediazione e, nonostante la ricerca sia stata condotta quando i centri in Italia erano solo 9, tali corrispondenze appaiono estendibili anche ai centri costituitisi successivamente.

Particolari corrispondenze tra i centri, emergono in relazione alla loro costituzione, alla loro organizzazione e al loro funziona-

⁵⁴ Su tale aspetto vedi, V. PATANÈ, *Ambiti di attuazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella penale*, in A. MESTITZ (a cura di) *cit.*, pag. 31.

⁵⁵ Su questo aspetto vedi, M. BOUCHARD, *Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice?*, in *Questione Giustizia*, 1995 4, pagg. 887-915.

⁵⁶ Ivi, pag. 32.

⁵⁷ A. MESTITZ, *I centri locali per la mediazione penale*, in, A. MESTITZ (a cura di), *cit.*, pagg. 45-88.

mento. Innanzitutto la funzione propulsiva dei Magistrati minorili per la creazione dei centri ed il loro necessario “gradimento”, insieme a quello dei servizi sociali minorili, appaiono condizione essenziale per il buon funzionamento dei centri di mediazione, inoltre la firma di protocolli d’intesa, tra Tribunale per i Minorenni o Centri di Giustizia Minorile e governi locali risulta essere la pratica ordinaria per la creazione di quasi tutti i centri di mediazione penale⁵⁸. Grazie alla firma di tali protocolli, i vari centri di mediazione si sono resi autonomi dai Centri di Giustizia, in mancanza di norme specifiche dello Stato e, al contempo, hanno trovato un modo efficace per avere maggiori risorse finanziarie. La principale fonte di finanziamento dei centri di mediazione, sia a nord che a sud, infatti, sono gli organismi del governo locale, in particolare le regioni⁵⁹. Altro aspetto comune è quello relativo alle sedi dei centri che sono state messe a disposizione dagli enti locali, soddisfacendo, così, uno degli aspetti fondamentali per la buona riuscita della mediazione penale e cioè che questa venga svolta in strutture esterne e separate da quelle giudiziarie. Tutti i centri, poi, si configurano come servizi pubblici gratuiti e hanno utilizzato modelli analoghi per la formazione dei mediatori⁶⁰.

Ciò che appare evidente dalla lettura di tali corrispondenze è la presenza necessaria e l’apporto decisivo degli enti locali, sia per la costituzione che per il funzionamento dei centri. La presenza degli Enti Locali, oltre a garantire il sostentamento dei centri, evidenzia però alcune criticità; uno in particolare è quello che fa riferimento alla dipendenza economica esclusiva dei centri dai governi locali. Non essendovi finanziamenti diretti dal Ministero della giustizia, ma solo un appoggio formale, i “destini” dei centri dipendono direttamente dalle volontà dei politici che di volta in volta si occupano del finanziamento dei centri o del rinnovo delle convenzioni con le strutture che fanno mediazione.

Questo è un problema, spesso sollevato dai centri di mediazione che pesa sulla tranquillità dei mediatori e sulla stabilità delle attività dei centri, con grave pregiudizio dei servizi resi alla collettività⁶¹.

⁵⁸ Precisamente 7 centri su 9, A. MESTITZ, *I centri locali...*, cit., pagg. 56-57.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Tutti i mediatori si sono formati seguendo il modello elaborato da Jacqueline Morineau, o seguendo personalmente i suoi corsi o venendo formati da altri mediatori che l’avevano fatto, con l’eccezione dei mediatori del Centro di Bari, che hanno elaborato un proprio modello a partire da quello della Morineau che hanno definito “mediterraneo” e quelli di Trento, che fanno riferimento all’approccio della «non direttività interveniente» di Michael Lobrot. Sul punto si veda, C. SCIVOLETTO, op. cit., pag. 50.

⁶¹ Quasi tutti i centri hanno fatto riferimento a questo aspetto nel Seminario

In tal senso, uno degli interventi che maggiormente viene richiesto al Ministero della giustizia o comunque al Governo centrale, è proprio quello della garanzia di copertura economica delle spese dei centri e del compenso per i mediatori, tramite stanziamenti di fondi annuali regolari, così da scongiurare eventuali e dannose schermaglie con la politica locale che potrebbero incidere negativamente sul lavoro dei centri.

7. Considerazioni conclusive

Il percorso della giustizia che abbiamo cercato di tracciare in queste pagine, rappresenta un tentativo di chiarificazione rispetto alle radici e alle caratteristiche del suo ultimo approdo: il modello riparativo.

Questo nuovo approccio alla risoluzione dei conflitti si fonda su una serie di assunti che ne hanno determinato la nascita, quali la crisi dell'istituzione giudiziaria e la critica ai precedenti modelli di giustizia, retributivo e riabilitativo, la nuova considerazione riservata ai bisogni e ai diritti della vittima e la possibilità, data al reo, di comprendere i profondi significati del proprio comportamento e riparare i danni prodotti, senza la necessaria comminazione di sanzioni eccessivamente restrittive.

Una gemmazione della giustizia riparativa può essere considerata sicuramente la mediazione penale, che è il modello applicativo maggiormente diffuso in Europa e in Italia.

Nel nostro paese la diffusione della mediazione penale, all'interno dei procedimenti penali a carico di minorenni, ha avuto avvio oltre dieci anni fa, ma parlare di un modello italiano è forse prematuro, sebbene qualcuno ne abbia sottolineato alcune specificità⁶².

Ciò che abbiamo potuto fare è stato delinearne gli aspetti maggiormente significativi e valutarne le relazioni con il sistema di giustizia ordinario.

Sugli aspetti positivi della mediazione abbiamo avuto modo di soffermarci, seppur brevemente, in questo contributo, ma numerosi sono gli aspetti problematici sui quali la ricerca e la riflessione in generale dovranno cimentarsi: la necessità o meno di una normativa *ad hoc* per la mediazione penale; la sua posizione rispetto al processo; i suoi possibili esiti in relazione ai procedimenti pe-

Internazionale di Nisida sopra richiamato. Sull'argomento vedi anche, A. MESTITZ, *La mediazione penale minorile: aspetti comparati*, in *Mediaries*, Dedalo 6/2005, Bari, pag. 92.

⁶² I. MASTROPASQUA, *La mediazione penale minorile in Italia: riflessioni e prospettive*, in *Nuove esperienze di giustizia minorile*, Roma, Dipartimento per la giustizia minorile, 1/2008, pag. 89.

nali; l'organizzazione e il finanziamento dei centri di mediazione; la possibilità della creazione di un coordinamento centrale sotto la guida del Ministero della Giustizia; la formazione dei mediatori e la produzione di un loro codice deontologico; il quadro teorico-pratico cui devono fare riferimento; le caratteristiche degli interventi di mediazione; la valutazione, attraverso analisi dettagliate, degli eventuali effetti sulla recidiva e una ricerca sul "gradimento" dei partecipanti alla mediazione.

Questi sono solo alcuni dei punti sui quali c'è la necessità di soffermarsi e riflettere a fondo e la continua organizzazione, da parte del Ministero della giustizia, di convegni e seminari di studio con scambi di esperienze e contaminazioni non può che essere accolta con favore. Ma c'è un aspetto fondamentale, a nostro avviso, sul quale sarebbe utile approfondire i nostri sforzi: la promozione di un dibattito sulla mediazione che ne accentui la spinta al cambiamento e ne evidenzi più il carattere culturale e sociale, quale diversa forma di risoluzione dei conflitti, che quello tecnico-procedurale, riservato ai pochi che se ne occupano per lavoro o per ricerca.

Nonostante il fatto che il lessico riparatorio sia ormai penetrato nel linguaggio di tutti i professionisti che in qualche maniera entrano in contatto con il conflitto, la mediazione rimane, comunque, una pratica limitata e circoscritta agli addetti ai lavori e pressoché sconosciuta alla gente comune, anche laddove esistano esperienze datate⁶³.

Bibliografia

BANDINI T., GATTI U., GUALCO B., MALFATTI D., MARUGO M.I., VERDE A., *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Milano, Giuffrè, 2003

BANDINI T., GATTI U., *Delinquenza giovanile. Analisi di un processo di stigmatizzazione e di esclusione*, Milano, Giuffrè, 1987

BASSETTI R., *Derelitti e delle pene. Carcere e giustizia da Kant all'indultino*, Roma, Editori Riuniti, 2003

BAUMAN Z., *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, Laterza, 2006

BONAFÉ-SCHMITT J.P., *Una, tante mediazioni dei conflitti*, in G. Pisapia (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova, Cedam, 1997

⁶³ Cfr., M. BOUCHARD, G. MIEROLO, *cit.*, pag. 205 e, C. SCIVOLETTO, *Qualche riflessione per cominciare...*, su, *Minorigiustizia*, 4/2005, pag. 140.

BOUCHARD M., MIEROLO G., *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano, Bruno Mondadori, 2005

BOUCHARD M., *Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice?*, in *Questione Giustizia*, 4/1995

Id., *Dove va la delinquenza dei giovani, dove va la giustizia minorile?* in *Minorigiustizia*, 4/1994

Id., *Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992

Id., *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, in *Questione Giustizia*, 1992 3-4

BRAITHWAITE, J., *Principles of Restorative Justice*, in, A. VON HIRSCH, J. ROBERTS, A. BOTTOMS, J. ROACH, M. SCHIFF (a cura di), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms*, Oxford, Hart, 2003

CATTANEO M.A., *La filosofia della pena nei sec. XVII e XVIII*, Ferrara, Edizione Universitaria, 1974

CATTANEO M.A., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla Filosofia del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1998

CERETTI A., *Progetto per un Ufficio di Mediazione Penale presso il Tribunale per i Minorenni di Milano*, in G. PISAPIA, (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova, Cedam 1997

CHRISTIE N., *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale*, Torino, EGA, 1985

CHRISTIE N., *Conflicts as Property*, in, *British Journal of Criminology*, 1977, 17(1)

D'AGOSTINO F., *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Torino, Giappichelli, 2006

DE LEO G., PATRIZI P., *Psicologia della devianza*, Roma, Carocci, 2008

FAGET J., *La mediazione penale. Un passo verso la giustizia "riparativa"*, in, *Mediare, non punire*, Antigone 2/2008, L'Harmattan, Torino

GATTI U., MARUGO M., *La vittima e la giustizia riparativa*, in *Marginalità e Società*, 27, 1994

GARLAND D., *Pena e società moderna*, Milano, Il Saggiatore, 2006

GULOTTA G., *La ricerca empirica sulla vittima, con la collaborazione di C. CABRAS*, in PONTI G. (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Giuffrè, Milano 1995

HULSMAN L., DE CÉLIS J.B., *Pene perdute. Il sistema penale in discussione*, Milano, Colibrì, 2001

MARSHALL, T., *Victim-offender mediation*, in, *Home Office Research Bulletin* 30, pagg. 9-15, 1991

MASTROPASQUA I., *Verso una disciplina normativa?*, in C. SCIVOLETTI (a cura di), *Mediazione penale: rappresentazioni e pratiche*, Franco

Angeli, Milano, 2009

MASTROPASQUA I., *La mediazione penale minorile in Italia: riflessioni e prospettive*, in, *Nuove esperienze di giustizia minorile*, Roma, Dipartimento per la giustizia minorile, 1/2008

MATHIESEN T., *Perché il carcere?*, Torino, EGA, 1996

MAZZUCCATO C., *Un filo rosso unisce mediazione e diritti dei bambini. Strategie consensuali e costruttive per la prevenzione dei reati minorili*, in, *Mediaries*, 7/2006

MESTITZ A., *A Comparative Perspective on Victim-Offender Mediation with Youth Offenders Throughout Europe*, in A. MESTITZ, S. GHETTI (a cura di), *Victim-Offender Mediation with Youth Offenders in Europe. An Overview and Comparison of 15 Countries*, The Netherlands, Springer, 2005

MESTITZ A., *La mediazione penale minorile: aspetti comparati*, in *Mediaries*, Bari, Dedalo, 6/2005

Id. (a cura di), *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Carocci, Roma, 2004

MORRIS A., MAXWELL G. (a cura di), *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, Oxford, Hart Publishing, 2001

NICOSIA P., BRUNI A., DIOGUARDI P., MARINELLI D. (a cura di), *Temi di mediazione penale*, Plus, Pisa, 2008

PATANÈ, *Ambiti di attuazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella penale*, in A. Mestitz (a cura di), *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Carocci, Roma, 2004

PETERS T., *Victim-Offender Mediation: Reality and Challenges*, in *Victim-Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, Leuven University Press, Leuven, 2000

PILLA V., *La mediazione penale*, in *Minorigiustizia*, 4/2008

PISAPIA G. (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova, CEDAM, 1997

PONTI G., *Compendio di Criminologia*, Milano, Cortina, 1999

SANTORO E., *Carcere e società liberale*, Torino, Giappichelli, 2004

SARZOTTI C., *Percorsi didattici sul carcere*, su www.ristretti.it

SCAPARRO F. (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Milano, Guerini, 2001

SCARDACCIONE G., *Nuovi modelli di giustizia: giustizia riparativa e mediazione penale*, in, *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 1-2, 1997

SCHARPE S., *Restorative Justice: A Vision for Healing and Change*, AB, Canada, Mediation and Restorative Justice Centre, 1998

SCIVOLETTO C. (a cura di), *Mediazione penale: rappresentazioni e pratiche*, Franco Angeli, Milano, 2009

Id., *Qualche riflessione per cominciare...*, su, *Minorigiustizia*, 4/2005

SENECA L.A., *De ira*, Milano, Rizzoli, 1998

UMBREIT M.S., *The Handbook of Victim-Offender Mediation*, San Francisco, CA, Jossey-Bass Inc. 2001

VIGGIANI L., *Mediazione penale fra esperienza e progetto*, in, *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive*, Atti del Seminario di Studi, a cura dell'Ufficio Centrale di Giustizia Minorile, Milano, Franco Angeli, 1999

VON HENTIG H., *The Criminal and his Victim*, New York, Schocken Books, 1979

WALGRAVE L.(a cura di), *Restorative Justice for Juveniles. Potentialities, Risks and Problem for Research*, Leuven, Leuven University Press, 1998

WEITEKAMP E.G.M., *Research on Victim-Offender Mediation. Finding and Needs for the Future*, in European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (a cura di), *Victim-Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, Leuven, Leuven University Press, 2000

WRIGHT M., *Restorative Justice: for whose benefit?*, in European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (a cura di), *Victim-Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, Leuven, Leuven University Press, 2000

ZEHR H., *The Little Book of Restorative Justice*, Intercourse, PA, Good Books, 2002

GIURISPRUDENZA

**CASS. SEZ. I - C.C. 3 MARZO 2010 (DEP. 12 APRILE 2010),
N. 13542 - PRES. SILVESTRI - REL. CASSANO -
P.M. SALZANO (CONCL. CONF.) – RIC. S.A.**

Ordinamento Penitenziario - Affidamento in prova previsto dall'art. 94 d.P.R. n. 309 del 1990 - Applicabilità della revoca prevista dagli artt. 47, comma 11, e 58-quater, comma 2, dell'ordinamento penitenziario - Divieto di concessione dei benefici penitenziari - Non sussiste.

- L. 26 luglio 1975, n. 354, art. 58-quater; D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 94

Autorità: Cassazione penale sez. I

Data udienza: 03 marzo 2010

Numero: n. 13542

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SILVESTRI Giovanni	-	Presidente
Dott. GIORDANO Umberto	-	Consigliere
Dott. BONITO Francesco M.S	-	Consigliere
Dott. BRICCHETTI Renato	-	Consigliere
Dott. CASSANO Margherita	-	rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

1) S.A., n. il (OMISSIS);

avverso l'ordinanza n. 1751/2009 TRIB. SORVEGLIANZA di MILANO, del 30/09/2009;

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. CASSANO Margherita;

lette le conclusioni del PG Dott. SALZANO Francesco che ha chiesto il rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Il 30 settembre 2009 il Tribunale di sorveglianza di Milano rigettava l'istanza di affidamento terapeutico avanzata da S. A., osservando che la previsione di cui alla L. n. 354 del 1975 , art. 58-*quater* e successive modifiche, in tema di inammissibilità della misura alternativa a seguito di revoca di una precedente misura, si estende anche all'affidamento terapeutico D.P.R. n. 309 del 1990, ex art. 94 e che, in ogni caso, S. non si era dimostrato in grado di gestire gli spazi di apertura concessigli, come dimostrato dall'intervenuta revoca della semilibertà, disposta dal Magistrato di sorveglianza di Milano il 23 ottobre 2008.

2. Avverso il citato provvedimento ha proposto ricorso per cassazione personalmente S., il quale lamenta violazione ed erronea applicazione della L. n. 354 del 1975 , art. 58-*quater* e successive modifiche e D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94.

OSSERVA IN DIRITTO

Il ricorso è fondato.

1. Si registra un contrasto interpretativo sulla questione, posta dal ricorso se il divieto di concessione di benefici penitenziari al condannato nei cui confronti sia stata disposta la revoca di una misura alternativa, previsto dalla L. n. 354 del 1975 , art. 58-*quater*, comma 2, e successive modifiche, operi o meno anche per l'affidamento in prova in casi particolari (D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94).

All'indirizzo secondo cui tale misura alternativa alla detenzione non è espressamente menzionata tra quelle per cui si applica la previsione ostativa di cui all'art. 58-*quater* cit., che, per il suo carattere restrittivo, non è suscettibile di interpretazione analogica (Cass., Sez. 1, 25 novembre 2009, P.G. in proc. pen. Bonillo), se ne contrappone un altro (Cass., Sez. 1, 10 marzo 2009, n. 13607, rv. 243497; Cass., Sez. 1, 6 luglio 2007, n. 29143, rv. 237332), secondo cui il divieto di concessione di benefici penitenziari al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa

alla detenzione ai sensi della L. 26 luglio 1975 , n. 354 , art. 47, comma 11, e art. 58-*quater* , comma 2, opera anche nell'ipotesi di affidamento in prova in casi particolari di cui al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 94, in forza del rinvio effettuato dal comma 6 di tale norma alle disposizioni dell'ordinamento penitenziario.

2. Tale secondo orientamento esegetico non pare condivisibile per una molteplicità di ragioni.

Innanzitutto occorre sottolineare che dall'interpretazione letterale e logico-sistematica dell'art. 94 cit. si evince che in esso è contenuta, al comma 6, una clausola di chiusura, che opera un generico rinvio, "per quanto non diversamente stabilito" alla disciplina prevista dalla L. 26 luglio 1975 , n. 354 e successive modifiche. Tale clausola di salvezza non può intendersi limitata a norme particolari contenute nel D.P.R. n. 309 del 1990 e deve intendersi estesa ad ogni disposizione dello stesso ordinamento penitenziario che faccia specifico riferimento a singoli e diversi istituti in coerenza con il principio che la legge speciale deroga a quella generale, laddove il contrario non sia espressamente stabilito.

Ne consegue che l'affidamento terapeutico D.P.R. n. 309 del 1990, ex art. 94, per quanto non espressamente previsto dal citato testo unico in materia di stupefacenti, trova la sua fonte di disciplina nella L. n. 354 del 1975 , art. 47 e successive modifiche.

Tale conclusione, peraltro, non consente di affermare che, in virtù del rinvio operato dal D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94, comma 6 alle norme di ordinamento penitenziario "per quanto non diversamente stabilito", comprenda anche l'estensione degli effetti impeditivi derivanti dalla revoca di altra misura alternativa previsti dalla L. n. 354 del 1975 , art. 58-*quater* , comma 2. Tali effetti sono, infatti, espressamente limitati, ai sensi del combinato disposto del secondo e dell'art. 58-*quater* cit., comma 1, all'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47), alla detenzione domiciliare (art. 41-*ter*), alla semilibertà (art. 51). L'espresso rinvio all'affidamento in prova al servizio sociale "nei casi previsti dall'art. 47", presente nell'art. 58-*quater* , comma 1, sin dal testo originario introdotto con il D.L. n. 152 del 1991 è obiettivamente e univocamente indicativo della espressa esclusione dell'affidamento in prova terapeutico, già previsto nell'art. 41-*bis* e, successivamente, trasfuso nel D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94, atteso che l'ordinamento penitenziario non prevede ulteriori e diverse forme di affidamento in prova.

Depone in tal senso anche l'interpretazione letterale e logico sistematica del comma 7-*bis* (introdotto dalla L. n. 251 del 2005) dell'art. 58-*quater* che, analogamente a quanto previsto dal comma

1 (riscritto dalla L. n. 251 del 2005, art. 7), menziona espressamente solo l'affidamento in prova al servizio sociale "nei casi previsti dall'art. 47".

3. Significative del diverso trattamento riservato dal legislatore all'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 o.p.) e all'affidamento terapeutico (D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94) sono anche le vicende legislative concernenti quest'ultima misura.

La L. 5 dicembre 2005, n. 251, nella versione originaria, introduceva nel D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94-*bis*, contenente restrizioni - sempre in maniera diversa rispetto alla disciplina di ordinamento penitenziario - per l'accesso al beneficio per i condannati cui fosse stata applicata la recidiva ex art. 99 c.p., comma 4.

L'art. 94-*bis* cit. e i correlati inasprimenti del regime per i condannati tossicodipendenti veniva, peraltro, poco dopo soppressa ad opera del D.L. 30 dicembre 2005, n. 272 e l'abrogazione veniva mantenuta dalla L. n. 49 del 2006 che introduceva il divieto della sospensione dell'esecuzione della pena nei confronti dei recidivi cui fosse stata applicata la recidiva ex art. 99 c.p.p., comma 4 (art. 656 c.p.p., comma 9, lett. c) e, contemporaneamente, escludeva l'operatività del divieto nei confronti di coloro che si trovavano agli arresti domiciliari disposti nell'ambito di un programma terapeutico ai sensi del D.P.R. n. 309 del 1990, art. 89.

Il complesso dei predetti interventi normativi è significativo dell'autonomia delle due misure alternative e del conseguente diverso trattamento che il legislatore ha voluto riservare per l'accesso a ciascuna di esse, con lo scopo finale di sottrarre l'affidamento terapeutico alla nuova e più severa disciplina, mantenendo nel contempo le generale regola limitativa di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94, comma 5.

4. Tale approdo ermeneutico appare coerente con i principi enunciati dalla Corte Costituzionale (ordinanza n. 367 del 1995 e sentenza n. 377 del 1997) secondo cui l'affidamento in prova i casi particolari, "pur inserendosi come *species* del *genus* dell'affidamento in prova già previsto dall'ordinamento penitenziario, rappresenta una risposta ... differenziata dell'ordinamento penale" che trova la sua giustificazione nella "singolarità della situazione dei suoi destinatari", ossia le persone tossicodipendenti o alcooldipendenti.

Nell'affidamento in prova terapeutico, fondato su presupposti specifici e autonomi (accertato stato di tossicodipendenza e idoneità del programma terapeutico ai fini del recupero del condannato)

assume, quindi, un rilievo preminente la cura dello stato di tossicodipendenza e il recupero da tale condizione.

5. In tale contesto e avuto riguardo alla preminente finalità di recupero sottesa all'istituto disciplinato dal D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94 si spiega la scelta legislativa di non attribuire rilievo all'esito negativo di un'altra misura che, a differenza dell'affidamento terapeutico, non sia modulata sullo stato di tossicodipendenza. In tale ottica assume un peculiare rilievo il divieto di disporre per più di due volte l'affidamento terapeutico, sancito dal D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94, comma 6, a dimostrazione, ancora una volta, del fatto che, con specifico riguardo a tale misura, il legislatore ha ritenuto necessario un autonomo giudizio di bilanciamento, e ha attribuito preminente rilievo allo scopo terapeutico rispetto alla dimostrata inidoneità di un'altra misura analoga in vista a conseguire l'effetto di risocializzazione perseguito.

6. Conclusivamente è possibile affermare che il divieto di concessione di benefici penitenziari al condannato nei cui confronti sia stata disposta la revoca di una misura alternativa, previsto dalla L. n. 354 del 1975, art. 58-*quater*, comma 2, e successive modifiche, non opera per l'affidamento in prova in casi particolari (D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94), atteso che tale misura alternativa alla detenzione non è espressamente menzionata tra quelle per cui si applica la previsione ostativa di cui all'art. 58-*quater* cit., che, per il suo carattere restrittivo, non è suscettibile di interpretazione analogica.

7. Per tutte queste ragioni, tenuto conto del rilievo attribuito nell'iter argomentativo dell'ordinanza impugnata all'interpretazione analogica della L. n. 354 del 1975, art. 58-*quater*, s'impone l'annullamento della stessa e il rinvio per nuovo esame al Tribunale di sorveglianza di Milano.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Tribunale di Sorveglianza di Milano.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 3 marzo 2010.
Depositato in Cancelleria il 12 aprile 2010.

Possibili le misure terapeutiche in alternativa al carcere per i condannati tossicodipendenti nel caso di revoca di precedente misura: il *revirement* della Cassazione riapre una dibattuta questione.

SOMMARIO: 1. La più recente giurisprudenza della Corte conferma il *revirement*. 2. L'orientamento contrapposto. 3. Una lettura alternativa della disciplina delle preclusioni alla concessione delle misure "terapeutiche". 4. Il quadro emergente delle preclusioni con riguardo alle misure "terapeutiche". 5. L'applicazione costituzionalmente orientata delle preclusioni in materia di benefici penitenziari. 6. Conclusioni.

1. La più recente giurisprudenza della Corte conferma il revirement.

Con un nuovo arresto a breve distanza da analoga pronuncia resa su un caso analogo¹, la Cassazione ritorna sulla controversa interpretazione sull'applicazione della preclusione stabilita dall'art. 58-*quater*, comma 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (c.d. ordinamento penitenziario, d'ora in poi, O.P.)², in relazione a istanze di concessione dell'affidamento "in casi particolari" per condannati alcolodipendenti o tossicodipendenti (art. 94, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309)³, nel caso di precedente revoca di altra misura alternativa alla detenzione, ribadendo l'opzione interpretativa secondo cui, in stretta aderenza al tenore letterale della disposizione restrittiva in esame, il divieto di una nuova concessione non opera nel caso di affidamento "terapeutico".

La Suprema Corte ha confermato l'avviato *revirement*, riattualizzando il principio – già espresso nelle prime decisioni seguite all'introduzione della controversa disposizione – che la portata preclusiva della norma *de qua* non può estendersi oltre i casi

¹ Il riferimento è a Cass. Sez. I, 27.01.2010, n. 3476, rv. 245692, P.G. in proc. Bonillo, in *Ced Cass.*

² La norma restrittiva è stata introdotta nell'ordinamento penitenziario dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152 recante provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata, convertito dalla l. 12 luglio 1991, n. 203.

³ Il quadro normativo concernente i presupposti per l'affidamento a scopo terapeutico è mutato per effetto delle modifiche introdotte, nel testo dell'art. 94, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, dall'art. 4-*undecies* del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, recante "Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 303", convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49. Per una ricostruzione dell'istituto, anche in chiave diacronica, cfr. PRESUTTI in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, 2000, p. 508 ss.

ivi espressamente previsti e, in particolare, non trova applicazione nel caso di una nuova istanza "terapeutica" formulata da chi abbia subito la revoca di un precedente beneficio penitenziario. Pare, dunque, consolidarsi il recupero del primo indirizzo originariamente stabilito, e diviene più evidente il contrasto con l'ermeneutica seguita dall'orientamento contrapposto, che aveva, invece, assunto una posizione ispirata a una lettura coordinata del sistema delle preclusioni, estendendone l'applicabilità al campo delle misure alternative destinate ai condannati tossicodipendenti.

Il tema dello spazio applicativo concesso alle misure "terapeutiche" dal sistema di "filtri" normativi via via introdotti dalla legislazione ispirata alla *zero tolerance*, così attuale alla luce dell'ampio dibattito sulla funzione della pena e sul problema del sovraffollamento carcerario, trascende gli aspetti specifici del caso trattato, e consente di rivolgere lo sguardo allo sviluppo della problematica concernente la perimetrazione del sistema di blocchi normativi, preordinato dal legislatore per limitare l'applicazione dei benefici penitenziari; e alle conseguenti criticità di tale più severa disciplina sotto il profilo dell'armonia con i principi costituzionali che innervano la disciplina dell'esecuzione penale e penitenziaria.

La pronuncia in analisi, nel prendere atto del contrasto interpretativo attualmente vivo sulla questione, ritiene non condivisibile l'indirizzo secondo cui il divieto di concessione di benefici penitenziari al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa alla detenzione ai sensi della L. 26 luglio 1975, n. 354, art. 47, comma 11, e art. 58-*quater*, comma 2, opera anche nell'ipotesi di affidamento in prova di cui all'art. 94 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, in forza del rinvio generale effettuato dal comma 6 di tale norma alle disposizioni dell'ordinamento penitenziario.

L'iter argomentativo della decisione in rassegna prende le mosse proprio da quest'ultimo profilo, osservando che il detto richiamo opera, quale norma di chiusura della disciplina speciale, rinviando alle disposizioni generali dettate dalla legge penitenziaria «per quanto non diversamente stabilito». Tale clausola di salvezza deve essere intesa nel senso che all'affidamento in casi particolari si applicano tutte le disposizioni dell'ordinamento penitenziario che facciano specifico riferimento «a singoli e diversi istituti in coerenza con il principio che la legge speciale deroga a quella generale, laddove il contrario non sia espressamente stabilito.» Ciò non vale, tuttavia, secondo il più recente indirizzo, a ritenere che tale generico rinvio comprenda anche la disciplina restrittiva prevista dall'art. 58-*quater*, comma 2, O.P., poiché tale effetto è

testualmente circoscritto, alla luce della coordinata lettura dei commi 1 e 2 della medesima norma, all'affidamento in prova al servizio sociale; alla detenzione domiciliare e alla semilibertà. Di più: l'espresso riferimento all'affidamento in prova al servizio sociale «nei casi previsti dall'art. 47», presente nell'art. 58-*quater*, comma 1, cit., appare univocamente diretto a escludere dal proprio alveo applicativo l'altra tipologia di affidamento prevista dall'ordinamento (quello "terapeutico", appunto).

Che all'affidamento di cui all'art. 94, d.p.r. n. 309/90 sia riservata una disciplina di favore e comunque differente da quella generale indurrebbero, del resto, univoci elementi: anzitutto la ricordata interpretazione letterale e logico sistematica del comma 7-*bis* dell'art.58-*quater*, che, significativamente, fa menzione espressamente del solo l'affidamento in prova al servizio sociale «nei casi previsti dall'art. 47»; e inoltre la differenziata disciplina della sospensione dell'esecuzione della pena prevista dal nuovo testo dell'art. 656, c.p.p., come da ultimo riscritto dalla L. 5 dicembre 2005, n. 251; dal D.L. 30 dicembre 2005, n. 272 e quindi dalla L. n. 49 del 2006.

Tale differente disciplina appare coerente con la finalità di recupero del condannato tossicodipendente, sul piano sociale e terapeutico, che l'ordinamento persegue con la misura di cui all'art. 94, cit., e giustificerebbe la sottrazione dell'affidamento "terapeutico" ai rigori della disciplina delle preclusioni dettata per i casi di affidamento ordinario.

La stessa Corte costituzionale, nell'affermare (ordinanza n. 367 del 1995 e sentenza n. 377 del 1997) la peculiarità dell'affidamento in prova i casi particolari quale risposta "differenziata" dell'ordinamento penale, sottolinea la preminente funzione di strumento terapeutico della misura⁴.

⁴ Il riferimento è a Corte cost., 26.11 – 5.12.1997, n. 377. In tale arresto, la Corte, dichiarando non fondata la questione di costituzionalità dell'art. 67, L. 24 novembre 1981, n. 689, ha affermato, tra l'altro, che l'affidamento "in casi particolari", pur inserendosi come *species* nel *genus* dell'affidamento in prova già previsto dall'ordinamento penitenziario, « rappresenta una "risposta (...) differenziata dell'ordinamento penale" conformata alla (e giustificata dalla) "singolarità della situazione dei suoi destinatari", vale a dire le persone tossicodipendenti o alcolodipendenti (ordinanza n. 367 del 1995). Esso quindi, pur non essendo del tutto estraneo alla logica generale dell'affidamento in prova, quella cioè di perseguire la risocializzazione del condannato attraverso regimi diversi da quello carcerario, si fonda su presupposti e persegue finalità nettamente differenziati.» Da tale premessa deriva, secondo il Giudice delle leggi, che: «Stante la differenza fra i due istituti, non può ritenersi che ogni norma la quale si riferisca all'affidamento in prova, (...) si estenda automaticamente alla diversa ipotesi dell'affidamento in prova del tossicodipendente o dell'alcolodipendente, successivamente introdotta dal legislatore. Dal punto di vista testuale, del resto, l'art.

Con tale complessivo quadro, attesa la peculiare *ratio* dell'istituto di cui all'art. 94, T.U. stup., sarebbe, pertanto, coerente la scelta del legislatore di non attribuire rilevanza *tranchante* all'eventuale esito negativo di un'altra precedente misura che - a differenza dell'affidamento "terapeutico" - non sia finalizzata alla cura dello stato di tossicodipendenza, tenuto anche conto della circostanza che già la stessa disciplina speciale dell'affidamento "in casi particolari" prevede un'autonoma e specifica disposizione che limita a due le possibilità per il condannato di accedere alla detta misura⁵.

In conclusione, secondo l'orientamento in analisi, il divieto di concessione di benefici penitenziari al condannato nei cui confronti sia stata disposta la revoca di una misura alternativa, previsto dall'art. 58-*quater*, comma 2, O.P., non opera per l'affidamento in prova in casi particolari, non essendo tale misura espressamente menzionata tra quelle per cui si applica la previsione ostativa ivi indicata e per il divieto di interpretazione analogica di tale disciplina restrittiva.

Le motivazioni poste alla base della decisione in commento riecheggiano la prima giurisprudenza formatasi circa l'ampiezza dello spettro di efficacia delle disposizioni limitative alla concessione dei benefici penitenziari, introdotte con la legislazione emergenziale del 1991, recuperandone pressoché integralmente

94 del decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, là dove, al sesto comma, contiene una clausola di rinvio "per quanto non diversamente stabilito", si riferisce non già genericamente ad ogni altra norma in materia di affidamento in prova, ma solo alla "disciplina prevista dalla legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificata dalla legge 10 giugno 1986, n. 663" (come, parimenti, si riferiva alla "disciplina prevista dalla presente legge" l'art. 47-*bis* della legge n. 354 del 1975).»

⁵ Cfr. l'analogo ragionamento svolto in Corte cost. n. 377/97, *cit.* : «nel caso dell'affidamento "terapeutico" di persona tossicodipendente o alcolodipendente, da un lato, la *ratio* legislativa è nel senso di una preminenza data dalla norma all'intento di cura dello stato di dipendenza, donde l'essenzialità del programma di recupero come contenuto della misura: intento che mal si presta ad essere paralizzato dall'esito negativo di una "prova" di tutt'altro genere, in nulla "mirata" sul medesimo stato di dipendenza, qual è, in sostanza, l'applicazione della pena sostitutiva della semidetenzione o della libertà controllata. Dall'altro lato, soprattutto, il legislatore ha compiuto una autonoma valutazione dei limiti di ripetibilità di questa particolare "prova", sancendo il divieto di disporre questa forma di affidamento "più di due volte" (art. 94, comma 5, del testo unico sugli stupefacenti; e già prima art. 47-*bis*, comma 7, dell'ordinamento penitenziario). Con questa autonoma valutazione, intesa a bilanciare la preminenza dello scopo terapeutico con la constatazione eventuale della inidoneità della prova a conseguire l'effetto di risocializzazione perseguito, mal si concilia un rigido divieto, quale quello che conseguirebbe all'applicazione dell'art. 67 della legge n. 689 del 1981, di concedere anche una sola volta l'affidamento "speciale", in conseguenza (automatica) dell'esito negativo di una "prova" affatto diversa ed estranea al percorso terapeutico che caratterizza l'istituto in questione.»

il percorso argomentativo⁶. A tale indirizzo, che pare dunque conoscere una sorta di “seconda giovinezza”, se ne era sovrapposto – come si è anticipato – un secondo che appariva prevalente e in via di definitivo consolidamento, tanto che la stessa prassi giudiziaria aveva progressivamente finito per adeguarvisi, con l’effetto che le corti di merito si sono trovate – per così dire – “prese in contropiede” dall’improvviso *revirement* della Suprema Corte.

2. L’orientamento contrapposto.

L’indirizzo che sembrava consolidarsi, infatti, individua la regola applicabile alla fattispecie in esame attraverso un doppio richiamo: operato, rispettivamente, dall’art. 94, comma 6, T.U. stup., alla disciplina prevista dall’art. 47, L. n. 354/75; e da quest’ultimo all’art. 58-*quater*, della medesima legge⁷. Tali rimandi, letti sinotticamente, convergono – secondo questa opinione – a delineare gli effetti della intervenuta revoca dell’affidamento ordinario, per quanto concerne l’affidamento “terapeutico”, in termini del tutto analoghi a quelli vevoli per le misure alternative comuni previste dall’ordinamento penitenziario, con la conseguenza che, anche nel caso di istanza di misura “terapeutica”, scatterebbe la preclusione triennale a ulteriori applicazioni, come stabilito nella disposizione dell’art. 58-*quater*, cit.

Si tratta di tesi che desta non poche riserve sotto articolati profili, come subito si dirà.

Anzitutto, l’indirizzo favorevole all’applicazione delle preclusioni di cui all’art. 58-*quater*, comma 2, O.P., appare piuttosto disomogeneo. Un primo precedente, infatti, ha affermato la legittimità della declaratoria di inammissibilità, formulata sulla base dell’art. 58-*quater*, comma 2, O.P., delle istanze di affidamento in prova, semilibertà e detenzione domiciliare proposte da un condannato nei cui confronti era intervenuta la revoca della misura

⁶ Secondo Cass., Sez. I, 14.11.2001, n.40517, Mura, rv. 220239, in *Ced Cass.*, «Il divieto di concessione di benefici penitenziari al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa, previsto dall’art.58-*quater*, comma 2, della legge 26/7/1975, n. 354, non opera per l’affidamento in prova in casi particolari di cui all’art. 94 del d.p.r. 9/10/1990, n. 309 (T.U. in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope), in quanto tale misura alternativa alla detenzione non è espressamente menzionata nelle disposizioni ostantive del citato art. 58-*quater* che, per il loro carattere restrittivo, non sono suscettibili di applicazione analogica.» Nello stesso senso, cfr. Cass., Sez. I, 6.2.2003, Mangione, rv. 223579, in *Ced Cass.*; Cass., Sez. I, 6.10.2004, n. 46227, Tatone, rv. 230502, in *Ced Cass.*

⁷ Seguono tale orientamento Cass., Sez. I, 19.7.2007, n.29143, Cerretani, rv. 237332, in *Ced Cass e in Cass.Pen.*, 2009, 4, p. 1192; Cass., Sez. I, 28.6. 2005, n. 24371, Mei, rv. 232113, in *Ced Cass.*; Cass., Sez. I, 10.3.2009, n. 13607, Conti, rv. 243497, in *Ced Cass.*; Cass., Sez. I, 6.7.2007, n. 29143, rv. 237332, in *Ced Cass.*

di cui all'art. 94, T.U. stup., precedentemente concessa, senza attendere il decorso del termine previsto dall'art. 58-*quater*, comma 3, O.P.⁸

In tale arresto, la Cassazione ha formulato alcune importanti considerazioni di carattere sistematico, che si collocano, per il vero, in senso antitetico alla tesi della piana applicabilità della disciplina restrittiva alle misure "terapeutiche": vi si afferma, in particolare, che è del tutto coerente, alla luce della *ratio* tesa al recupero del tossicodipendente che permea tutto il d.p.r. n. 309/1990, consentire senza limiti (dunque, anche in caso di fallimento di una misura ordinaria precedentemente disposta), la concessione dell'affidamento in casi particolari, e non ammettere l'ipotesi contraria, poichè nessuna ragione desumibile dal sistema giustifica, una volta fallito l'affidamento "terapeutico", la concessione di un affidamento ordinario o di altra misura aspecifica prima del decorso del triennio.

Un secondo precedente⁹, senz'altro più coerente con la tesi in esame, afferma che all'affidamento in casi particolari si applica la disposizione in tema di revoca di cui all'art. 47 comma 11, O.P. e, conseguentemente, il divieto di nuova concessione previsto dall'art. 58-*quater*, comma 2, O.P. (che scatta in tutti i casi in cui sia stata disposta la revoca del beneficio ai sensi dell'art. 47 comma 11, cit.)¹⁰ e, discostandosi espressamente dall'unico precedente¹¹, afferma di non condividere l'assunto per il quale il divieto *de quo* non opererebbe per l'affidamento in prova in casi particolari, non essendo tale misura menzionata nell'articolo medesimo e non essendo le disposizioni restrittive suscettibili di interpretazione analogica, «e ciò perché (...) tale tesi non tiene conto del richiamo di cui all'art. 94 comma 6 D.P.R. 309/90 e perché, conseguentemente, è del tutto inconferente il riferimento al divieto di interpretazione analogica delle disposizioni restrittive.»¹²

⁸ Cass., Sez. I, 6.10.2004, n. 46227, Tatone, *cit.*

⁹ Cass., Sez. I, 28.6.2005, n. 24371, Mei, *cit.*

¹⁰ Il divieto di concessione di benefici penitenziari, previsto dall'art. 58-*quater*, comma 2, O.P. per il «condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell'art. 47, comma 11, dell'art. 47-*ter*, comma 6 e dell'art. 51, comma 1» del medesimo ordinamento, opera con riguardo a qualsiasi condannato, indipendentemente dal titolo del reato cui la condanna si riferisce, e non con riguardo soltanto ai condannati per taluno dei reati di cui all'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, cui si riferisce il comma 1 del citato art. 58-*quater* (Cass., Sez. I, 30.9.1996, Diofebo, rv. 205704, in *Ced Cass.* e in *Mass. Foro it.*, Rep. 1996, voce Ordinamento penitenziario, n. 67).

¹¹ Cass., Sez. I, 14.1.2001, n. 40517, Mura, *cit.*

¹² Cfr. Cass., Sez. I, 6.10.2004, n. 46227, Tatone, *cit.* Secondo tale arresto, anche nel caso di affidamento di persona tossicodipendente, la revoca del beneficio

Il tenore della disposizione dell'art.58-*quater*, comma 2, O.P., il quale stabilisce che il divieto di concessione triennale si applica anche nei casi di revoca di una misura alternativa «ai sensi dell'art. 47, comma 11» della l. 26 luglio 1975, n. 354, ha – secondo il detto orientamento – portata generale e, stante il rinvio operato dall'art. 94, comma 6, d.p.r. 309/90, è applicabile anche con riferimento alla richiesta di affidamento in caso di soggetti tossicodipendenti. Tale assunto si fonda sulla premessa logico-sistematica secondo cui la revoca del beneficio, anche nel caso si tratti di affidamento in casi particolari, è sempre disposta ai sensi dell'art. 47, comma 11, O.P.¹³

In effetti, la disciplina speciale contenuta nel T.U. stup. non contiene una regolamentazione specifica delle ipotesi di revoca dell'affidamento in casi particolari (mentre è oggetto di specifica regolamentazione l'ipotesi di revoca del beneficio della sospensione della pena di cui all'art. 90, d.p.r. n. 309/90). Ne deriva che così che, nel rinvio operato dall'art. 94, comma 6, T.U. stup., alle disposizioni della L. n. 354/75, deve ritenersi compreso l'istituto della revoca della misura, come normato dall'art. 47, comma 11, O.P. A sua volta, l'art. 58-*quater*, O.P., espressamente richiama la detta ipotesi di revoca quale condizione che fa scattare le preclusioni alla concessione di nuovi benefici.

Fino a questo punto, la traccia interpretativa appare abbastanza nitida. Assai meno persuasiva è l'ulteriore affermazione – priva di convincente svolgimento motivazionale – che il richiamo operato dall'art. 94, comma 6, T.U. stup., eliderebbe *tout court* il divieto di interpretazione analogica della disposizione restrittiva di cui all'art. 58-*quater*, O.P., che costituisce, invece, una coordinata ermeneutica di valenza generale, laddove il *leading case* nella materia in esame – con motivazione ben più articolata – aveva censurato la declaratoria di inammissibilità, *ex art. 58-*quater*, cit.*, dell'istanza di affidamento in prova in casi particolari formulata da un condannato nei cui confronti era stato revocato il beneficio della detenzione domiciliare.

Con tale primo arresto, la Cassazione aveva – come si è già detto – stabilito che le disposizioni di carattere restrittivo di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 58-*quater* non prevedono, nella tassativa elencazione dei benefici che non possono più essere concessi al condannato che abbia posto in essere determinate condotte, l'affidamento in

dell'affidamento è disposta ai sensi dell'art. 47, comma primo, O.P., ed opera per l'effetto come divieto preclusivo ai sensi dell'art.58-*quater*, O.P. nei riguardi di ulteriori benefici.

¹³ Cass., Sez. I, n. 46227/04, *cit.*; cfr. anche Cass., Sez. I, 11.05.2005, n. 24371, rv.232113, in *Ced Cass.*

prova “terapeutico” di cui all’art. 94, T.U. stup., osservando che il legislatore ha avuto cura di bene specificare, con il riferimento normativo, che si tratta dell’istituto applicabile «nei casi previsti dall’art. 47» dell’ordinamento penitenziario, escludendo *a contrario* quello “terapeutico”¹⁴.

3. *Una lettura alternativa della disciplina delle preclusioni alla concessione delle misure “terapeutiche”.*-

La non persuasività dei precedenti richiamati dalla Corte non costituisce, peraltro, l’unico elemento che porta a dissentire dalla ricostruzione operata dall’indirizzo giurisprudenziale che oggi pare superato dalla più recente giurisprudenza.

L’ulteriore punto di perplessità concerne il tenore della concatenazione normativa che viene sinteticamente tracciata nell’orientamento favorevole all’estensione delle preclusioni dell’art. 58-*quater*, comma 2, O.P., all’affidamento in prova in casi particolari.

L’art. 94, T.U. stup., infatti, richiama espressamente la disciplina di cui all’art. 47, O.P., in due soli punti: precisamente, ai commi 4 e 6-*bis*, in entrambi i casi, riferendosi a profili particolari (a es. alle prescrizioni) della misura ordinaria e non alla disciplina generale di tale istituto, mentre nel testo dell’art. 47, cit., non vi è alcun accenno alla disposizione dell’art. 58-*quater*, O.P. A cercare di seguire tale percorso, in definitiva, si finisce in una sorta di vicolo cieco interpretativo.

Merita, piuttosto, di esaminare la tesi che pone al centro del ragionamento interpretativo la disposizione di cui all’art. 94, comma 6, T.U. stup., laddove stabilisce – con formula ampia, che «si applica, per quanto non diversamente stabilito, la disciplina prevista dalla L. 26 luglio 1975, n. 354», così schiudendo, secondo la sopra ricordata opinione, la possibilità di estendere alle misure “terapeutiche” la disciplina delle preclusioni stabilita per le misure alternative ordinarie.

Si tratta di una norma di chiusura, e tale veste è suggerita non soltanto dal suo tenore letterale bensì dalla stessa collocazione all’interno dell’art. 94, cit., dacché ne costituiva, nell’originaria formulazione, l’ultimo comma¹⁵.

A tale configurazione segue che tale esteso rimando deve essere

¹⁴ Cass. Sez. I, 14.11.2001, n. 40517, Mura, *cit.*

¹⁵ I commi successivi, che compaiono nell’attuale versione della norma in esame, sono stati aggiunti dall’art. *undecies*, comma 1, lett. e), del d.l. 30.12.2005, n. 272, conv. dalla l. 21.2.2006, n. 49.

inteso come una clausola onnicomprensiva, ma generica, di rinvio, per tutto quanto non espressamente regolato dalla normativa speciale in materia di stupefacenti, alla disciplina generale dettata dalla legge n. 354/75 per le (altre) misure alternative alla detenzione.

Dalla specificità della *ratio* sottesa all'istituto dell'affidamento "terapeutico", nell'accezione sopra richiamata deriva, inoltre, che deve escludersi che ogni disposizione relativa all'affidamento ordinario possa estendersi automaticamente all'affidamento in prova del tossicodipendente¹⁶.

Tale considerazione è confortata dall'evidenza che, pur senza negare gli elementi di affinità che connotano le due *species* di affidamento in prova (anche in virtù del già ricordato rinvio generico operato dalla disciplina "speciale" a quella ordinaria), si tratta pur sempre di istituti profondamente differenti, tanto per le condizioni che ne consentono l'applicazione quanto, sopra tutto, per le differenti finalità che ne caratterizzano la disciplina; e che di tali peculiari elementi caratterizzanti, frutto della scelta di politica legislativa di favorire nel caso di condannati tossicodipendenti, il recupero della persona piuttosto che la punizione del colpevole, non può non tenersi conto nel momento di applicare istituti di sfavore introdotti nella disciplina generale¹⁷.

¹⁶ Così si è espressa la più autorevole giurisprudenza: cfr. Corte cost., sent. 26.11 – 5.12.1997, n. 377, *cit.*; SS.UU., Iacono, *cit.* alla nota seguente, secondo cui: « *Alla peculiarità dei presupposti dell'affidamento terapeutico corrisponde la specificità della finalità perseguita dall'istituto, nel quale, accanto al generico scopo rieducativo proprio di ogni misura alternativa alla detenzione, è di determinante preminenza la finalità terapeutica di recupero e di liberazione dalla tossicodipendenza, onde deve escludersi che ogni norma relativa all'affidamento ordinario possa estendersi automaticamente all'affidamento in prova del tossicodipendente (Corte cost., 5 dicembre 1997, n. 377).*»

¹⁷ La Corte costituzionale con la ricordata sentenza n. 377 del 1997, ha chiarito che l'affidamento "in casi particolari", di cui al citato art. 94, pur originando quale *species* dall'istituto dell'affidamento in prova già previsto dall'ordinamento penitenziario, rappresenta una risposta differenziata dell'ordinamento penale, giustificata dalla singolarità della situazione dei suoi destinatari cui è specificamente diretta (sull'arresto costituzionale n. 377/97, cfr. *amplius* note 4) e 5). Anche la Cassazione si era prevalentemente indirizzata a ritenere i due istituti *species* differenti: cfr. Cass., Sez. I, 11.10.1996, in *Cass.Pen.*, 1997, 2848. In base al rilievo che la materia è disciplinata in maniera completa ed autonoma dallo specifico testo legislativo in materia di tossicodipendenza, la prevalente giurisprudenza della Cassazione ha ritenuto la misura alternativa in esso prevista sottratta alle preclusioni di cui all'art. 4-bis, O.P. (Cass., Sez. I, 17.4.1998, Bruzzone, rv. 202313, in *Ced Cass.*). L'approdo ermeneutico è stato definitivamente recepito dalle modifiche poi introdotte dalla legge 27 maggio 1998, n. 165, che ha anche formalmente abrogato la disposizione dell'art. 47-bis, O.P., che originariamente prevedeva l'affidamento "terapeutico" (in tema, cfr. Cass. Sez. I, 4.05.1999, De Felice, rv. 213837, in *Ced Cass.*; Cass., Sez. I, 3.02.1999, P.G. in proc. Pontillo, rv 212263, in *Ced Cass.*, e, più di recente, SS.UU., 27.06.2001, n.29025 Iacono, rv 219227, in *Ced Cass.* In dottrina, cfr. AMATO, 1995: 281; GUAZZALOCA, 1998:483.

Questo primo approdo non pare in contrasto con la condivisibile affermazione che, essendo applicabile all'affidamento "terapeutico" la disciplina generale dettata dalla legge sull'ordinamento penitenziario e, dunque, essendo la revoca della misura "terapeutica" pronunciata ai sensi dell'art. 47, comma 11, O.P., ne deriva l'applicazione dell'art. 58-*quater*, comma 2, della medesima legge, che, in effetti, stabilisce a sua volta che tale effetto preclusivo si verifica nel caso di «revoca di una misura alternativa ai sensi dell'art. 47, comma 11, dell'art. 47-*ter*, comma 6 o dell'art. 51, primo comma.»

Lo snodo cruciale è, infatti, se all'affidamento "terapeutico" si applichino non soltanto le disposizioni che stabiliscono *i casi di revoca*, bensì anche quelle che introducono preclusioni restrittive sulla base dell'intervenuta revoca (in altri termini: *gli effetti della revoca*).

Il dubbio interpretativo pare doversi risolvere in coerenza con la lettura stretta della norma preclusiva contenuta nella disciplina per le misure ordinarie, nel senso, cioè, che mentre i casi di revoca stabiliti per l'affidamento ordinario (art. 47, comma 11, O.P.) sono applicabili anche alla misura a connotazione "terapeutica"; gli effetti preclusivi che a tale negativo evento sono ricondotti dall'art. 58-*quater* della legge penitenziaria sono neutralizzati dalla ermeneutica restrittiva imposta dal carattere ablativo di detta disposizione.

L'interpretazione stretta sui limiti all'operatività, che si adotta pacificamente in relazione alla disposizione di cui all'art. 58-*quater*, cit., per i casi ordinari non v'è ragione non sia ribadita anche nel momento in cui essa si applica, in forza del già rammentato generico richiamo operato dall'art. 94, comma 6, T.U. stup., all'affidamento in casi particolari.

Sembra confortare tale conclusione l'osservazione che la disciplina speciale di cui al T.U. n. 309/90 già prevede gli effetti di plurime, precedenti concessioni delle misure "terapeutiche", vietando che le medesime siano concesse più di due volte (art. 94, comma 5, T.U. stup.). Richiamando lo svolgimento che precede, dunque, potrebbe revocarsi in dubbio che la legge generale successiva (che ha introdotto le preclusioni di cui all'art. 58-*quater*, O.P.) possa aver modificato la precedente disciplina speciale concernente gli effetti di precedenti concessioni di benefici (benché, a tutto considerare, la disposizione dell'art. 58-*quater*, comma 2, O.P., ponga una preclusione temporalmente circoscritta – tre anni – rispetto al ben più drastico divieto di concedere più di due volte al condannato l'affidamento "in casi particolari", così che le due norme

parrebbero operare su piani differenti e – in questa prospettiva – non inconciliabili dal punto di vista logico e giuridico)¹⁸.

4. *Il quadro emergente delle preclusioni con riguardo alle misure “terapeutiche”.*

In definitiva, come pare suggerito dalla precisione dispiegata dal legislatore, il divieto triennale di concessione di un nuovo beneficio, di cui all’art. 58-*quater*, O.P., si riferisce solo alle istanze di benefici ordinari, quelli, cioè, *nominatim* indicati.

Che esclusivamente a tali misure il legislatore intendesse riferirsi è confermato dal tenore del comma 1 della norma in esame, ove, con puntigliosità coerente con il carattere ablativo della disciplina, il dettato normativo fa riferimento proprio e soltanto - per quanto in questa sede interessa - all’ “affidamento in prova al servizio sociale, *nei casi previsti dall’art. 47 [il corsivo è dell’A.]*”, cioè a quello ordinario, di cui la misura “terapeutica” costituisce una differenziata tipologia.

La soluzione ispirata dal dato letterale trova, del resto,

¹⁸ I rapporti tra il limite di due applicazioni della misura “terapeutica” (art. 94, comma 5, T.U. stup.) e le preclusioni di cui all’art. 58-*quater*, O.P., sono stati scandagliati dalla ricordata sentenza costituzionale n. 377/97. Secondo il richiamato arresto, il limite delle due applicazioni è coesistente alla *ratio* dell’affidamento speciale, valendo a «bilanciare la preminenza dello scopo terapeutico con la constatazione eventuale della inidoneità della prova a conseguire l’effetto di risocializzazione perseguito» (e per questa ragione mal si concilierebbe con una preclusione assoluta derivante dalla particolare “genesì” del titolo detentivo). Si veda in tema, CORBI, 1986, 1110, che ritiene «ingiustificata» la disposizione. In generale, si ritiene che la peculiare finalità dell’affidamento previsto dall’art. 94 del d.p.r. n.309/90 che, oltre a perseguire il generico scopo di rieducazione, comune ad ogni misura alternativa, è precipuamente mirato al recupero terapeutico e alla liberazione dalla tossicodipendenza del condannato, e che in ciò trovi giustificazione « il divieto di disporre l’affidamento terapeutico più di due volte: disposizione che, da una parte, risulta di maggior favore rispetto al limite generale stabilito per le ordinarie misure alternative dall’art. 58-*quater*, comma 2, ord. pen. e, d’altra parte, è giustificata dalla verificata assenza di ragionevoli prospettive di utile sperimentazione dello speciale trattamento alternativo» (Cass. I, 11.6.03, n. 25329, rv. 225201, Gallano, in *Ced. Cass.* del 2003, inedita). Nella giurisprudenza di legittimità, prevale autorevole indicazione di SS.UU. 27.06.2001, n.29025 Iacono, rv 219227, *cit.*: «La disamina della disciplina giuridica dei due istituti offre una dimostrazione univoca della specialità del particolare affidamento previsto dall’art. 94 del D.P.R. n. 309/90. Questo è connotato, anzitutto, dalla diversa ampiezza del limite della pena da espriare, fissato in quattro anni e non in tre anni come per l’affidamento ordinario (v. artt. 94 D.P.R. cit., 47 ord. pen. e 656 c.p.p.), dalla possibilità di applicazione per due volte (e, quindi, dalla non estensione del divieto di cui all’art. 58-*quater*, comma 2, ord. pen.) e dalla inoperatività - secondo un determinato indirizzo giurisprudenziale condiviso in dottrina - del divieto di applicare la misura alternativa speciale al tossicodipendente condannato per uno dei reati indicati nell’art. 4-bis ord. pen. (Cass., Sez. I, 4 maggio 1999, De Felice, rv. 213837; Cass., Sez. I, 15 dicembre 1998, Pontillo, rv. 212263).» Nel senso dell’autonomia dell’istituto di cui all’art. 94, T.U. stup., è la prevalente dottrina: RONCO 1993.

conforto nel riferimento alla *ratio* perseguita dal legislatore che, nell'introdurre le restrizioni di cui all'art. 58-*quater*, comma 7-*bis*, O.P., ha utilizzato esattamente, *et pour cause*, la stessa dizione sopra vista, all'evidente scopo di sottrarre l'affidamento "terapeutico" alla più severa disciplina di nuovo conio (non a caso, è stata mantenuta in vigore la disposizione dell'art. 94, comma 5, T.U. stup.).

Asostenere il contrario, si arriverebbe, a tacer d'altro, alla illogica conseguenza di applicare una medesima norma interpretandone il contenuto in senso restrittivo per i condannati comuni e in senso estensivo per i soggetti tossicodipendenti, con fin troppo evidenti forzature del sistema.

Pare dunque ne consegua, sul piano degli effetti ablativi della revoca di precedente misura alternativa previste dall'art. 58-*quater*, O.P., e con riferimento al caso dell'affidamento in casi particolari, la seguente sistematizzazione: mentre la revoca di una misura a carattere terapeutico influirà negativamente ai fini della concessione di un nuovo beneficio ordinario (la misura "terapeutica", infatti, è revocata, per quanto sopra detto, ai sensi dell'art. 47, comma 11, O.P., fattispecie sussunta dalla norma stabilita nell'art. 58-*quater*, comma 2, O.P., ai fini di precludere la concessione dei benefici penitenziari *tassativamente* indicati nel comma 1 della medesima disposizione (precludendo quindi l'applicazione, a es. dell'affidamento ordinario, o della detenzione domiciliare); non vale l'ipotesi contraria.

Stante, infatti, la stretta interpretazione del citato art. 58-*quater*, deve ritenersi che la revoca di precedente misura - non importa se "terapeutica" ovvero ordinaria - non espliciti i negativi effetti già rammentati se non con riferimento alle misure *nominatim* menzionate, tra cui non compare l'affidamento in casi particolari, che - se ne deve concludere - rimane estraneo alla disciplina restrittiva stabilita per le misure ordinarie¹⁹.

Tale ricostruzione dell'ambito di operatività di cui all'art. 58-*quater*, O.P., sembra, peraltro, plausibile sul piano sistematico, con riferimento alla peculiare normativa in materia di benefici penitenziari riservati ai condannati tossicodipendenti, che è stata espressamente sottratta dal legislatore alla ventata rigorista che - a più riprese - ha introdotto estese preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari ordinari per determinate categorie di condannati.

In questa prospettiva, la lettura sopra proposta che, in buona

¹⁹ È questa, del resto, la corrente interpretazione dell'altra norma ablativa presente nell'ordinamento penitenziario (l'art. 4-*bis*), che pacificamente non si ritiene ostativa in relazione alle misure terapeutiche, ivi non indicate. In questo senso cfr. Cass., Sez. I, 3.2.1999, P.G. in proc. Pontillo, rv 212263, *cit.*

sostanza, sottrae i benefici a più spiccata connotazione terapeutica allo sbarramento della preclusione triennale sancita per i casi ordinari dalla norma dell'art. 58-*quater*, cit., pare convincente per un duplice ordine di argomenti.

Su un piano generale appare, infatti, coerente con l'opportunità di limitare ai casi espressamente indicati dal legislatore l'effetto ablativo, stabilito, ai fini della concessione dei benefici penitenziari, sulla base di una valutazione legale di immeritevolezza, che sottrae al giudice la discrezionalità connessa al potere-dovere di verificare, caso per caso, la meritevolezza del condannato, così ponendosi, per molti interpreti, in contrasto con i canoni costituzionali e, in particolare, con i principi stabiliti negli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.

La proposta sistemazione sembra inoltre maggiormente rispettosa della ricordata volontà del legislatore di sottrarre l'esecuzione penale nei confronti dei tossicodipendenti ai rigori delle preclusioni legali sopra richiamate, così emblematicamente palesata dal legislatore con l'abrogazione, *re melius perpensa*, della norma restrittiva di cui all'art. 94-*bis*, del d.p.r. n. 309/90²⁰.

Merita di osservare, in conclusione, che la ravvisata ammissibilità di istanze "terapeutiche" formulate da soggetti che hanno subito la revoca di un precedente beneficio rende ancor più pressante l'esigenza di una approfondita e pregnante valutazione del merito dell'istanza, in particolare sotto il profilo della verifica da parte del giudice della idoneità della misura richiesta a elidere il pericolo di recidiva. Tale disamina appare ancor più imprescindibile nel momento in cui non si ritiene operante, nella fattispecie, la preclusione derivante dalla valutazione legale di "inaffidabilità" introdotta dal legislatore con la disposizione dell'art. 58-*quater*, O.P.²¹

²⁰ L'art. 94-*bis*, T.U. stup., introdotto con l'art. 8 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. legge "ex-Cirielli"), è stato abrogato per effetto dell'art. 4 del d.l. n. 272/05, conv. dalla l. n. 49/2006, sulla considerazione che - per usare le parole della relazione sul disegno di legge - nei confronti dei condannati tossicodipendenti «il maggior rigore nell'applicazione dei benefici si tradurrebbe in una limitazione alle opportunità di "presa in carico" da parte dei servizi alternativi e di conseguente prospettiva di cura, riabilitazione e reinserimento sociale e lavorativo. Peraltro, occorre ancora sottolineare che mantenere nell'ordinamento penale il citato articolo 94-*bis* determinerebbe la permanenza nelle strutture carcerarie di un cospicuo numero di persone con accertata dipendenza da alcool e droghe, con gli inevitabili problemi di gestione degli istituti carcerari, già gravati dalla nota sovrappopolazione». Cfr. in tema GUZZALOCA, 2007:321.

²¹ «La *ratio* della norma è chiara volendo il legislatore impedire a un soggetto che si è dimostrato inaffidabile per aver violato le prescrizioni imposte con una misura alternativa che lo stesso benefici, almeno nel periodo detto, di una misura analoga che presuppone un atteggiamento da parte del beneficiario di adesione alla misura imposta»

5. *L'applicazione costituzionalmente orientata delle preclusioni in materia di benefici penitenziari.*

L'esigenza di una lettura costituzionalmente orientata delle preclusioni introdotte nella legge sull'ordinamento penitenziario dalla legislazione di questi ultimi anni si affaccia, del resto, nella più recente giurisprudenza. Con riferimento proprio alla norma dell'art. 58-*quater*, O.P., come rimodellata dalla l. n. 251/05 (c.d. "legge *ex-Cirielli*"), l'indirizzo prevalente ritiene non assoluto il divieto di concessione di una nuova misura alternativa nei confronti di coloro che siano stati riconosciuti responsabili del delitto di evasione. È stata, infatti, disattesa, l'opzione interpretativa secondo cui la condanna per il delitto in esame sia automaticamente preclusiva della possibilità di concessione di benefici penitenziari²².

Nello stesso senso, la Cassazione ha ritenuto che il divieto di plurima concessione di benefici al condannato cui sia stata applicata con il titolo in esecuzione la recidiva *ex art. 99 c.p.*, comma 4, (art. 58-*quater*, comma 7-*bis*, l. 26 luglio 1975, n. 354, modificato dall'art. 7, comma 7, l. 5 dicembre 2005, n. 251) non opera automaticamente, a prescindere, cioè, da qualsiasi valutazione in ordine all'avvenuta realizzazione di tutte le condizioni per usufruire di un differente beneficio richiesto²³.

Tale convergente orientamento interpretativo della portata applicativa delle preclusioni contenute nell'attuale tenore dell'art. 58-*quater*, O.P., origina dalle coordinate ermeneutiche di livello costituzionale, così come decodificate dalle più recenti decisioni della Consulta, che lasciano intravedere "una trama interpretativa

(Cass., Sez. I, 12.2.2009, n. 6123, in *Ced Cass.*). La giurisprudenza si è, de resto, già espressa più volte ribadendo il principio che la pericolosità rende inidonea la misura di cui all'art. 94, d.p.r. n. 309/1990: « Il legislatore, con la L. n. 49 del 2006, proprio in riferimento all'istituto dell'affidamento terapeutico, disciplinato dal D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94, prevede al comma 4 che tale programma debba assicurare la prevenzione dei reati, così uniformandosi alla giurisprudenza di questa Corte, che più volte aveva segnalato come il giudice, ben lungi dall'accettare supinamente il programma stesso, dovesse valutare la pericolosità del condannato, la sua attitudine ad intraprendere positivamente un trattamento, al fine di garantire un effettivo reinserimento nel consorzio civile» (Cass., Sez. I, 4.4.2001, Di Pasqua, in *Ced Cass.*; Cass., Sez. I, 25.5.2006, n. 18517, in *Ced Cass.*).

²² Cfr. Cass., Sez. I, 28.5.2009, n. 22368, rv. 244130, secondo cui, in base ad una lettura in senso costituzionale della L. n. 251 del 2005, art. 7, comma 6, che ha novellato l'art. 58-*quater*, comma 1, della L. n. 354 del 1975, «la condanna per il delitto di evasione non è automaticamente preclusiva della possibilità di concessione di benefici penitenziari (...), dovendo il giudice impegnarsi nell'esame approfondito della personalità del condannato e sulla sua effettiva, perdurante, pericolosità sociale, oltre che sulla verifica della sussistenza di tutte le condizioni richieste per la concessione del beneficio.»

²³ Cass., Sez. I, 6 febbraio 2007, n. 4688, rv. 236621, in *Ced Cass.*

unitaria, in base alla quale l'automatica preclusione dell'accesso ai benefici penitenziari in ragione di una scelta general-preventiva si porrebbe in evidente contrasto con la finalità rieducativa della pena e vanificherebbe i principi di proporzione e di individualizzazione della stessa che caratterizzano il trattamento penitenziario."²⁴

Ne deriva, secondo tale affermato indirizzo, che le coordinate costituzionali sopra richiamate configurano la portata delle preclusioni in esame nel senso che, in presenza delle condizioni sussunte dalla norma dell'art. 58-*quater*, O.P., il giudice debba svolgere «... un'analisi particolarmente approfondita sulla personalità del condannato, sulla sua effettiva e perdurante pericolosità sociale alla luce delle condotte (...) rilevanti ed oggetto di accertamento definitivo, sui progressi trattamentali compiuti e il grado di rieducazione raggiunto.»²⁵

6. Conclusioni.

Resta ora svolgere qualche considerazione, suggerita dalla perdurante incertezza in materia di disposizioni restrittive alla concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei soggetti tossicodipendenti, così evidente nella esaminata giurisprudenza che si è pronunciata sulla *vexata quaestio*.

Su un piano generale, l'introduzione ad opera del legislatore di "filtri" destinati ad operare automaticamente sulla base di valutazioni legali di "pericolosità", nella fase dell'accesso di determinate categorie di condannati alle misure extramurarie, è il frutto di una scelta politica avversata tanto in giurisprudenza quanto in dottrina²⁶.

²⁴ Tali principi generali sono stati recepiti in due recenti decisioni delle Sezioni Unite (SS.UU. 28.3.2006, ric. Alloussi; SS.UU., 30.5.2006, ric. Aloj, in *Ced Cass.*). In senso coerente con l'opzione indicata dalle Sezioni Unite è la prevalente giurisprudenza delle Sezioni semplici (Cass., Sez. I, 22.10.2009, n. 41956, Bello, in *Ced Cass.*; Cass., Sez. I, 12.3.2008, Ahmetovic, rv. 240142, in *Ced Cass.*; Cass., Sez. I, 5.6.1992, n. 1841, D'Onofrio, rv. 190521, in *Ced Cass.*). L'indirizzo contrario, costituito - a quanto consta - da un unico precedente (Cass., Sez. I, 13.2.2007, n. 9719, Taranto, in *Ced Cass.*), risale a epoca antecedente alla parziale declaratoria di incostituzionalità della norma in esame.

²⁵ Cass., Sez. I, 20.11.2009, n. 44669, rv. 245682, in *Ced Cass.*; Cass., Sez. I, 20.11.09, n. 44669, rv. 245682, P.G. in proc. Resta, in *Ced Cass.* Tali decisioni, pur esprimendo principi generali in materia di portata delle preclusioni alla concessione dei benefici penitenziari, si riferiscono, precisamente, all'ipotesi di preclusione derivante da condanna dell'interessato per il delitto di evasione.

²⁶ La Corte costituzionale si è reiteratamente espressa nel senso indicato: «la tipizzazione per titoli di reato, non appare lo strumento più idoneo per realizzare appieno i principi di proporzione e individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario» (sentenze n. 306 del 1993; n. 504 del 1995 e n. 445 del 1997). In dottrina, tra i più recenti, EUSEBI 2007:483; MANNA 2006:830; PADOVANI 2006, 32; ZAFFARONI 2006:757. Su particolari profili cfr. anche LA GRECA 1998:981.

La lettura restrittiva, in questa sede proposta, dei limiti all'applicazione delle valutazioni legali di pericolosità contenute nell'art. 58-*quater*, O.P., evita di stigmatizzare una pericolosità soggettiva, che finirebbe per creare una qualità personale – quella di “detenuto che ha subito la revoca di un beneficio” distinto dai condannati “comuni”, e un correlato regime a *doppio binario* nell'ambito dell'esecuzione penale, reintroducendo – in modo strisciante e in nome di esigenze di tutela della collettività - figure di “delinquente tipico” che devono (dovrebbero) ritenersi bandite dal nostro ordinamento.

La valorizzazione di percorsi penitenziari differenziati sulla base di una valutazione legale di pericolosità sociale (perciò stesso *presunta* e non *concretamente* accertata) contrasterebbe, del resto, con il principio di finalizzazione rieducativa delle pene (art. 27, comma 3, Cost.), il quale postula un meccanismo di rieducazione delle persone condannate a carattere flessibile, poiché collegato all'evoluzione della personalità del singolo condannato e non già rigidamente scandito da preclusioni collegate a determinate condotte o circostanze del passato, per quanto gravi esse si configurino.

Deve essere precisato che, a nostro parere, pur essendo criticabile in via di principio l'utilizzo, da parte del legislatore, di modelli normativi che ritagliano figure di “tipi d'autore”, in contrasto con il principio dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio e penitenziario, l'esteso regime di preclusioni recentemente introdotte non presta, di per sé, il fianco a censure di incostituzionalità, quantomeno sotto il profilo dell'irrazionalità della scelta legislativa, poiché non sembra costituire manifesta irragionevolezza la valutazione normativa di particolare pericolosità in rapporto ai soggetti indicati nella disposizione in esame e nel conseguente innalzamento dei limiti di pena che occorre avere espiato prima di accedere a istituti che consentono forme di immediato contatto con la società libera.

Quel che pare irrazionale, piuttosto, del meccanismo incentrato sulle figure del “tipo di autore”, è il fatto che esso subordina l'operatività (attuale) di istituti e benefici penitenziari con riferimento esclusivo alla “storia” delinquenziale del soggetto, con una visione – per così dire - strabica della personalità del reo, che guarda solo al passato senza alcun riguardo all'evoluzione della personalità successiva al delitto stigmatizzante, che potrebbe rendere inutilmente punitiva, con riferimento al parametro di cui all'art. 27, comma 3, Cost., la prosecuzione della pena detentiva *in vinculis*.

Censurabile è, ancora, l'assoluta carenza, nella nuova disciplina delle preclusioni, di parametri valutativi che consentano – pur in un quadro di maggior rigore che nel passato – di distinguere e graduare, all'interno di una categoria di detenuti "pericolosi" le singole posizioni, così da inserire il singolo condannato nel percorso rieducativo "individualizzato" prescritto dalla legge (artt.13 e 15, O.P.).

Premminente importanza assumono, allora, a fronte di scelte legislative volte alla generalizzata limitazione dell'accesso ai benefici penitenziari di determinati "delinquenti tipici", l'introduzione, nella medesima fattispecie ablativo-preclusiva, di "elementi individualizzanti", ad evitare l'innescò di automatismi legali dalle maglie così stringenti per il giudice da risolversi nella totale obliterazione della flessibilità della pena, tratto connaturale alla funzione rieducativa della medesima²⁷.

²⁷ La connotazione di flessibilità della pena detentiva è un tratto peculiare dell'ordinamento vigente in materia di esecuzione penale, caratterizzato da una progressione nella premialità, cui fa da contrappunto una regressione nella medesima in ipotesi di «gravi comportamenti da cui risulta che il soggetto non si è dimostrato meritevole del beneficio» (v. sentenza n. 504 del 1995). La giurisprudenza costituzionale è particolarmente feconda di spunti nel senso indicato. Investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, la Consulta, con sentenza n. 306 del 1993, dopo avere premesso che il principio di irretroattività dettato, oltre che per la pena, pure per le disposizioni che ne regolano l'esecuzione «potrebbe meritare una seria riflessione», ha sottolineato che «anche in materie non soggette al principio di irretroattività della legge (...) la vanificazione con legge successiva di un diritto positivamente riconosciuto da una legge precedente non può sottrarsi al necessario scrutinio di ragionevolezza.» Il legislatore, quindi, nei limiti della ragionevolezza, può fare tendenzialmente prevalere, di volta in volta, le esigenze di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, oppure quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, comportanti una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione, purché «nessuna di esse ne risulti obliterata.» In questo contesto, la Corte ha aggiunto che si può parlare di una sostanziale non elusione delle funzioni costituzionali della pena, soltanto se il sacrificio di una delle componenti sia il "minimo indispensabile" per realizzare il soddisfacimento dell'altra. Nello stesso contesto ha precisato che appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di tipi d'autore, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita. Con successiva sentenza n. 173 del 1999, la Corte costituzionale, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale dell'art. 4-bis, O.P., ha affermato che il principio rieducativo nella fase dell'esecuzione penale conserva la sua cogenza anche in presenza di leggi con le quali si ritenga di limitare l'accesso alle misure alternative alla detenzione o a determinati benefici penitenziari per far fronte ai pericoli creati dalla criminalità organizzata. Nel medesimo solco interpretativo si colloca la sentenza n. 445 del 1997 che, in tema di semilibertà, censura il divieto di concessione di misure alternative alla detenzione, pur in presenza di un comprovato percorso rieducativo adeguato al beneficio da conseguire, in quanto destinato a riprodurre di fatto "un meccanismo a connotazioni sostanzialmente ablativo" e a riprodurre così un'ipotesi di "revoca" non fondata sulla condotta colpevole del condannato.

E certamente tali considerazioni non possono non essere riproposte con maggiore convinzione nella materia della legislazione speciale sul trattamento penitenziario dei condannati

Con la sentenza n. 257 del 2006, la Corte Costituzionale - nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 30-*quater*, l. 26 luglio 1975, n. 354, introdotto dall'art. 7, l. 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso sulla base della normativa previgente nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore della citata l. n. 251 del 2005, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto - ha affermato che la preclusione, nei confronti di tali soggetti, alla fruizione di benefici scaturita dal nuovo regime normativo si tradurrebbe in un incoerente arresto dell'*iter* trattamentale, in violazione del principio sancito dall'art. 27, comma 3, Cost. Nella stessa prospettiva, il giudice delle leggi, con sentenza n. 255 del 2006 (richiamata da SS.UU. 30.5.2006, ric. Aloï, *cit.*), ha ribadito i principi di "proporzionalità e di individualizzazione della pena" caratterizzanti il trattamento penitenziario, affermati in precedenti decisioni (Corte Cost., sentenze n. 445 del 1997; n. 504 del 1995; n. 306 del 1993) e riconducibili all'art. 27 Cost., commi 1 e 3, e art. 3 Cost. (sentenze n. 203 del 1991 e n. 50 del 1980), da intendere nel senso che «eguaglianza di fronte alla pena significa proporzione della medesima alle personali responsabilità e alle esigenze di risposta che ne conseguono» (Corte Cost., sentenze n. 349 del 1993 e n. 299 del 1992). Per l'attuazione di tali finalità, costituzionalmente sancite, e in funzione della risocializzazione del reo è, quindi, necessario assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena e, conseguentemente, riconoscere un potere discrezionale al magistrato di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari (Corte Cost., sentenza n. 504 del 1995). Da ultimo, la Corte Costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 58 *quater*, commi 1 e 7 *bis*, l. 26 luglio 1975, n. 354, , introdotti dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251, art. 7, commi 6 e 7, nella parte in cui non prevedono che i benefici in essi indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della citata l. n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti, ha affermato che «la finalità rieducativa della pena, stabilita dall'art. 27 Cost., comma 3, deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria. Quest'ultima deve prevedere modalità e percorsi idonei a realizzare l'emenda e la risocializzazione del condannato, secondo scelte del legislatore, le quali, pur nella loro varietà tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, devono convergere nella valorizzazione di tutti gli sforzi compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine costituzionalmente sancito della rieducazione. La massima valorizzazione dei percorsi rieducativi compiuti da chi deve espriare una pena mal si concilia con la vanificazione, in tutto o in parte, degli stessi, per effetto di una mera successione delle leggi nel tempo. Le diverse valutazioni di carattere generale e preventivo, operate dal legislatore in ordine alla previsione di misure alternative alla detenzione o di benefici penitenziari, non possono incidere negativamente sui risultati già utilmente raggiunti dal condannato. Nell'ipotesi di una sopravveniente normativa che escluda da un beneficio una data categoria di soggetti, l'applicazione della nuova restrizione a chi aveva già maturato, secondo la previgente disciplina, le condizioni per godere del beneficio stesso, rappresenta, rispetto all'*iter* rieducativo, una brusca interruzione, senza che ad essa abbia in alcun modo corrisposto un comportamento colpevole del condannato... Tale interruzione pone nel nulla le positive esperienze già registrate ed ostacola il raggiungimento della finalità rieducativa della pena prescritta dalla Costituzione.» In tal modo l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti (sentenza n. 257 del 2006). Nella giurisprudenza di legittimità, tali principi sono richiamati da SS.UU. 28.03.2006, ric. Alloussi, *cit.*, e, recentemente, da Cass., Sez. I, 12.03.2008, Ahmetovic, rv. 240142, *cit.*, e Cass., Sez. I, 28.05.09, n. 22368, rv. 244130, P.G. in proc. Leone, in *Ced Cass.*

tossicodipendenti, dove anche la severità del legislatore dei più recenti interventi normativi in materia di esecuzione penale è stata mitigata dalla consapevolezza della necessità di “curare” piuttosto che “reprimere.”

Lo stesso legislatore, del resto, pare non rinnegare l’opzione di ridurre le esigenze preventive per favorire le opportunità terapeutiche: oltre alla già accennata vicenda che ha portato all’abrogazione dell’art. 94-*bis*, T.U. stup., va ricordato che l’art. 9, l. 5 dicembre 2005, n. 251, incidendo sulla norma-filtro dell’art. 656, c.p.p., pur avendo introdotto nel procedimento di esecuzione un meccanismo selettivo informato alla logica del “tipo d’autore” (caratterizzato da una procedura che impone ai condannati per delitti di particolare gravità o recidivi l’obbligatorio passaggio attraverso l’espiazione di una parte significativa della pena in ambito penitenziario e la correlativa sottoposizione ai più severi limiti di pena per l’accesso alle misure alternative alla detenzione), ha fatto salva l’ipotesi che la condanna riguardi un tossicodipendente che si trovi in comunità o abbia in corso un programma terapeutico di recupero²⁸.

In conclusione, la pronunzia che si è annotata non costituisce soltanto un approdo coerente con il quadro dell’esecuzione penale costituzionalmente orientata, ma rappresenta un punto guadagnato sul fronte della finalità di recupero dei condannati tossicodipendenti che ispira la legislazione speciale ad essi dedicata.

*A cura di Fabio Fiorentin**

²⁸ Cfr. GUZZALOCA, 2007: 417.

* Magistrato

Bibliografia

AMATO G. (1995), *Teoria e pratica degli stupefacenti*, Laurus Robuffo, Roma.

CORBI F. (1986), *L'affidamento in prova con finalità terapeutica: un nuovo "sostitutivo" della pena detentiva*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*.

EUSEBI L. (2007), *L'assunzione di stupefacenti non è un diritto, ma il tossicodipendente non è un "nemico"*, in *Legislazione penale*, II, UTET, Torino.

GUAZZALOCA R. (1998), *L'esecuzione della pena del tossicodipendente*, in *Le sostanze stupefacenti*, a cura di INSOLERA, UTET, Torino.

GUAZZALOCA R. (2007), *Commento articolo per articolo, Legge 21.2.2006, n. 49, sub art.4-undecies*, in *Legislazione penale*, II, UTET, Torino.

LA GRECA G. (1998), *Preclusioni automatiche di alternative alla detenzione: problemi di costituzionalità per adulti e minorenni*, in *Foro Italiano*, I.

MANNA A. (2006), *La nuova disciplina in tema di stupefacenti e i principi costituzionali in materia penale*, in *Diritto penale e processo*, IPSOA, Milano.

PADOVANI T. (2006), *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida al Diritto*, I.

PRESUTTI A. in GREVI V. – GIOSTRA G. – DELLA CASA F. (2000), *Ordinamento Penitenziario*, CEDAM, Padova.

RONCO M. (1993), *Stupefacenti*, II, *Dir. Pen.*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXX, Roma.

ZAFFARONI E.R. (2006), *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI e PALIERO, Giuffré, Milano.



Luca Morgante, Luigi Viggiani
*Dal disagio alla devianza giovanile. Aspetti giuridico-istituzionali,
esperienze formative e intervento pedagogico.*
Nuova Cultura
Roma, 2010.

**LA DIFFICOLTÀ DI “ESISTERE PEDAGOGICAMENTE”
DEGLI EDUCATORI DELLA GIUSTIZIA**

La pratica pedagogica, in ambito penale, ha discendenze antiche. La criminologia positivista ha tramandato fino a tempi recenti l'idea che la devianza avesse un'eziologia clinica. La classificazione delle tipologie criminali distingueva i rei folli, il delinquente costituzionale e quello occasionale. È soprattutto nei confronti delle ultime due categorie che l'azione educativa si associava a interventi di tipo psicologico e sanitario. I primi esperti in pedagogia fecero ingresso nel mondo della giustizia come giudici onorari presso i Tribunali per i minorenni¹. Ai giudici togati venivano affiancati due “benemeriti nell'assistenza sociale”, scelti tra i cultori di biologia, psichiatria, antropologia criminale, pedagogia, psicologia, e sociologia. Sia il sistema sanzionatorio, sia quello trattamentale, erano improntati all'idea che i soggetti ancora in età evolutiva potessero essere sottratti agli influssi criminogeni, attraverso specifici interventi di tipo educativo. A questo scopo erano creati i “gabinetti medico - psico - pedagogici” cui era addetto personale specializzato.

Nel sistema penale per adulti, si cominciò a sperimentare negli anni '50 un modello di trattamento rieducativo all'Istituto Nazionale di Osservazione di Rebibbia, in collaborazione con la cattedra di antropologia criminale dell'Università di Roma, diretta da Beniamino di Tullio. Un educatore si associava a un gruppo di operatori specializzati nel campo delle discipline mediche, psicologiche e antropologiche, per studiare la personalità dei

¹ Artt. 2 e 5 del Regio decreto-legge 20 luglio 1934 n.1303 e succ. modif.

condannati e definire un programma rieducativo da attuarsi in ambito carcerario. In tale contesto l'educatore svolgeva compiti di osservazione dei comportamenti individuali e di gruppo, svolgeva colloqui di valutazione dei bisogni e concorrevano, insieme agli altri componenti dell'équipe, a predisporre un programma di recupero.

Questo modello di lavoro multidisciplinare, mutuato in parte dal sistema minorile, venne poi recepito dalla riforma penitenziaria del 1975², che introdusse ufficialmente la figura professionale dell'educatore nel mondo penitenziario.

I primi educatori fecero ingresso negli istituti nel 1979: non avevano una preparazione culturale specifica né era stato richiesto, per l'accesso alla professione, un titolo di studio di livello universitario. La figura professionale, del resto, era ancora di incerta definizione. Soltanto a metà degli anni '80, a seguito dei lavori di una commissione di studio, istituita presso il Ministero degli Interni, si arrivò ad un primo riconoscimento giuridico della figura dell'educatore professionale, come operatore "addetto al recupero e reinserimento dei soggetti portatori di menomazioni psicofisiche". Il decreto ministeriale 10 febbraio 1984 indicava come requisito culturale il possesso di un corso di abilitazione di durata biennale, acquisito presso le sedi del servizio sanitario o strutture universitarie. Solo con il decreto ministeriale 8 ottobre 1998 n. 520, si arrivò ad una definizione più chiara dei compiti professionali degli educatori impegnati nei contesti extra scolastici, e a caratterizzarne il percorso formativo a livello del diploma universitario³.

Gran parte degli educatori penitenziari, quindi, sia quelli impegnati nel settore minorile, sia quelli che operano nel compartimento degli adulti, sono stati reclutati senza una formazione specialistica. Nel settore degli adulti, soltanto con gli ultimi concorsi, banditi nel 2004, è stato richiesto un titolo di studio di livello universitario, ma non si è ritenuto di restringere il campo dei partecipanti ai soli laureati in scienze della formazione o ai corsi di laurea per educatori professionali. Sicché, i nuovi educatori che hanno fatto recentemente ingresso negli istituti, sono in possesso dei titoli di studio più svariati e la maggior parte di essi non hanno una formazione pedagogica⁴.

² Legge 25 luglio 1975 n. 354

³ Successivamente, il decreto interministeriale 2 aprile 2001 ha stabilito che i corsi di laurea finalizzati alla formazione del profilo dell'educatore professionale «sono istituiti e attivati dagli atenei con il concorso di più facoltà, tra le quali è comunque ricompresa la facoltà di Medicina e Chirurgia, sulla base di specifiche norme del regolamento didattico di ateneo che ne disciplinano il funzionamento» (art. 2 comma 2).

⁴ Il Contratto collettivo nazionale integrativo del personale non dirigenziale del

Gli educatori penitenziari, pertanto, oggi come in passato, sperimentano la pratica educativa sul campo, spesso senza un adeguato bagaglio teorico e metodologico, e con l'unico supporto dei corsi organizzati dall'amministrazione. Ciò ha contribuito a caratterizzare gli educatori per una certa debolezza professionale, a confronto con le altre figure impegnate nell'équipe, certamente più specialistiche o comunque più tipizzate (i medici, gli psicologi, gli assistenti sociali, la stessa polizia penitenziaria); e per una scarsa identità culturale e di ruolo. Conseguentemente, sono sopravvissute nel tempo antiche pratiche trattamentali, di derivazione positivista e criminologica, che rischiano di tramandarsi ancora⁵. Va detto, inoltre, che il sistema rieducativo carcerario è in crisi da molti anni, per un complesso di ragioni, ma anche per la scarsa efficacia delle attività educative nei contesti istituzionalizzanti. Le modifiche intervenute nell'ordinamento penitenziario hanno in gran parte snaturato la riforma licenziata nel '75: il sistema delle misure alternative assomiglia ormai più a quelli di *probation*, in vigore negli altri paesi europei, e sono sempre più numerosi gli strumenti di decarcerizzazione (ordinari e straordinari) che prescindono totalmente dalle tradizionali attività di osservazione e trattamento. Quella dell'educatore penitenziario, pertanto, è una professione che da un po' di anni sembra entrata in crisi, schiacciata tra vecchie pratiche carcerarie e mutamenti che imporrebbero una revisione profonda dei saperi e delle metodologie di intervento; nonché, probabilmente, di una complessiva rivisitazione del sistema trattamentale.

Tuttavia, l'istituzione dei corsi universitari per educatore professionale e la creazione dei corsi di laurea in scienze della formazione, hanno prodotto effetti positivi anche nel settore penale, producendo una certa contaminazione con i saperi professionali degli educatori impegnati sul territorio, negli ambiti comunitari e in quelli dei servizi pubblici e privati. Da alcuni anni, attraverso iniziative dei singoli istituti penitenziari, per impulso dell'Ufficio

Ministero della giustizia, siglato in 29 luglio 2010, ha ridisegnato il profilo professionale degli educatori denominandoli "operatori giuridico pedagogici". Ciò costituisce un ulteriore elemento di confusione rispetto alle funzioni e al ruolo degli operatori addetti al trattamento rieducativo, alle competenze tecniche che sono richieste per assicurare il trattamento rieducativo, e ai contenuti della professione.

⁵ Nell'ordinamento penitenziario, il trattamento rieducativo viene assicurato avvalendosi dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando i contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia (art. 15). Si tratta di una versione modernizzata del sistema rieducativo delineato nel Regolamento carcerario del 1931, che indicava come strumenti della rieducazione il lavoro, l'istruzione scolastica e la religione.

del trattamento intramurario del Dipartimento, e grazie ad alcune attività formative promosse dall'I.S.S.P.E. e realizzate dai Provveditorati, si sperimentano pratiche pedagogiche e tecniche educative che hanno il carattere dell'*intenzionalità*: conduzione di gruppi, attività laboratoriali di teatro e di scrittura autobiografica, tecniche dell'animazione, didattiche dell'area corporea e cognitiva, ecc. La giustizia minorile, invece, dopo il varo del nuovo codice di procedura penale⁶, si è dotata con più largo anticipo di un sistema che declina la risposta penale sulla base della personalità e delle esigenze educative del minore, e che agisce in maniera integrata con le risorse e i servizi del territorio. Con gli istituti della messa alla prova e la sperimentazione della mediazione penale, l'apparato sanzionatorio si è dotato di un vero e proprio sistema di *probation*, conformandosi a modelli penali alternativi già utilizzati negli altri paesi europei da molti anni.

Queste esperienze hanno avviato finalmente un confronto con il mondo universitario che ha cominciato a sviluppare un certo interesse verso la figura dell'educatore, e delle altre professioni sociali impegnate nel sistema penale, e su tutti gli aspetti relativi alla loro formazione.

È il caso dell'Università "Sapienza" di Roma, che ha istituito un insegnamento denominato "*Problematiche educative nel corso dell'esecuzione penale*", nell'ambito del corso di laurea in Scienze dell'educazione e della formazione, presso la Facoltà di Filosofia. Luca Morgante e Luigi Viggiani, autori del libro "*Dal disagio alla devianza giovanile: aspetti giuridico-istituzionali, esperienze formative e intervento pedagogico*", conducono ormai da anni corsi e laboratori nell'ambito dell'insegnamento, svolgendo un lavoro prezioso di sistematizzazione del bagaglio teorico e pratico degli educatori; un'attenta ricognizione delle esperienze, dei bisogni formativi, delle tecniche operative da acquisire per la costruzione della competenza pedagogica nel sistema penale e nello specifico carcerario, minorile e degli adulti.

Gli autori, che hanno svolto a lungo la professione dell'educatore, rispettivamente nel settore degli adulti e in quello minorile, hanno prestato la loro esperienza all'attività universitaria, in qualità di docenti a contratto. Grazie al loro contributo, è stato realizzato un interessante progetto didattico e si è creato uno spazio di riflessione per tutti coloro che intendono avvicinarsi alla pratica educativa e

⁶ D.P.R. 22 settembre 1988 n. 448. Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni.

alle altre professioni sociali nel sistema penale.

Il libro è un primo e interessante risultato di questo progetto, ed è il frutto di sei anni di studi e approfondimenti realizzati insieme agli studenti che hanno frequentato i corsi e i laboratori della facoltà di scienze della formazione e dell'educazione. Il lavoro, infatti, si pone anche come momento di restituzione dei percorsi didattici, presentando una parte dei lavori svolti dagli studenti sotto la guida dei docenti.

Il testo si compone di una parte generale che passa in rassegna le cause della devianza minorile attraverso le principali teorie criminologiche, analizza gli aspetti psico sociali del disagio giovanile che sono all'origine dei comportamenti antisociali. Fanno seguito una serie di approfondimenti realizzati dagli studenti su alcuni temi di interesse: l'abbandono dei minori, l'abuso e lo sfruttamento dei minori, la violenza nell'ambito familiare, la tratta dei minori a scopo sessuale, la sospensione del processo e la messa alla prova, la mediazione penale come strumento educativo.

Il testo, cui farà seguito presto un successivo volume dedicato alle istituzioni totali, è un contributo importante per alcuni motivi. In primo luogo perché, oltre a scandagliare le questioni connesse al disagio giovanile, svolge una ricognizione delle metodologie di intervento con riferimento alle diverse fattispecie penali che riguardano i minori autori di reato e quelli che a loro volta sono vittime di reato, e di come questi interventi si articolano nell'ambito della risposta istituzionale alla violazione della norma. Viene inoltre svolta una ricognizione degli strumenti predisposti dalla legge per realizzare la finalità della prevenzione speciale: le misure sanzionatorie, le modalità di esecuzione delle pene e i programmi socio-educativi finalizzati alla modifica e all'estinzione delle stesse.

L'opera, pertanto, ha un carattere teorico pratico di indubbia utilità per chi lavora nel settore e risponde alle necessità di aggiornamento degli operatori della giustizia e della formazione di quelli che vogliono iniziare la professione. Sotto questo aspetto, gli autori hanno un indubbio merito. Quello di muoversi nella prospettiva del confronto con la più moderna evoluzione della figura dell'educatore e di voler ridefinire l'esperienza educativa nei contesti giudiziari come attività pedagogicamente fondata, cioè orientata intenzionalmente a conseguire i risultati sulla base di metodologie e tecniche di intervento tipiche della professione.

Non va dimenticato che la giustizia minorile, storicamente, ha anticipato riforme che poi hanno trovato applicazione più generale. Da molti anni, nelle sedi parlamentari, e nelle varie commissioni di riforma del codice penale che si sono succedute, e da parte

della dottrina, si discute della possibilità di adottare nel sistema processuale gli istituti di *probation* attualmente in uso per i minori autori di reato: in particolare con riferimento alla sospensione del processo e messa alla prova. Questa fattispecie è stata inserita anche nella presente legislatura in un disegno di legge che sta seguendo il suo *iter* parlamentare. La stessa amministrazione penitenziaria, da diverso tempo, ha avviato la sperimentazione di forme di mediazione penale e giustizia riparativa, con riguardo ai condannati ammessi alla misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale. La disamina degli autori del libro, pertanto, è interessante perché coglie la prospettiva di una riforma complessiva del sistema penale, da tempo all'ordine del giorno, che dovrà fondarsi sulla diversificazione della risposta penale e sulla considerazione delle esigenze delle vittime del reato. Ciò richiederà, specie nel settore degli adulti, una generale riconsiderazione dell'approccio pedagogico e delle tecniche necessarie per realizzare la finalità rieducativa della pena, accentuando il confronto con le esperienze già in corso.

Il libro, infine, va a rinforzare una bibliografia del settore ancora bisognosa di contributi. Specie di quelli realizzati da persone che abbiano realmente sperimentato l'applicazione di tecniche educative nell'area penale, e che possiedano cultura e competenza pedagogica. Troppo spesso, infatti, si è assistito alla pubblicazione di opere di pedagogia applicata al settore penale da parte di autori che non avevano una formazione pedagogica e competenze educative. A lungo, scriveva Bertolini, si è «diffusa l'opinione secondo cui l'educazione è una terra di nessuno e dunque terra di conquista nella quale è lecito avventurarsi senza alcuna preparazione specifica o con preparazioni altrimenti qualificate ed orientate»⁷.

Il pregiudizio, secondo il quale chiunque possa cimentarsi nell'esercizio di questa professione, è sopravvissuto a lungo. E forse sopravvive ancora, anche dentro le istituzioni deputate a gestire i servizi educativi.

*A cura di Antonio Deriu**

⁷ PIERO BERTOLINI, *L'esistere pedagogico*, La Nuova Italia, Firenze, 1996, p. 302.

* Educatore, Direzione Generale dell'esecuzione penale esterna, DAP.

AVVERTENZE PER GLI AUTORI

La *Rassegna penitenziaria e criminologica* è pubblicata quadrimestralmente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Inoltre:

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

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

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

La Rassegna penitenziaria e criminologica è consultabile in internet all'indirizzo www.rassegnapenitenziaria.it