



Rivista di
Criminologia, Vittimologia e Sicurezza

*Organo ufficiale della
Società Italiana di Vittimologia (S.I.V.)*

Anno VII

N° 1

Gennaio-Aprile 2013

Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza

Rivista quadrimestrale fondata a Bologna nel 2007

ISSN: 1971-033X

Registrazione n. 7728 del 14/2/2007 presso il Tribunale di Bologna

Redazione e amministrazione: Società Italiana di Vittimologia (S.I.V.) - Via Sant'Isaia 8 - 40123 Bologna - Italia;
Tel. e Fax. +39-051-585709; e-mail: augustoballoni@virgilio.it

Rivista peer reviewed (procedura double-blind) e indicizzata su:

Catalogo italiano dei periodici/ACNP, Progetto CNR SOLAR (Scientific Open-access Literature Archive and Repository), directory internazionale delle riviste open access DOAJ (Directory of Open Access Journals), Google Scholar, EBSCO Discovery Service, Academic Journal Database

Editore e Direttore:

Augusto BALLONI, presidente S.I.V., già professore ordinario di criminologia, Università di Bologna, Italia (direzione@vittimologia.it)

REDAZIONE

Coordinatore:

Raffaella SETTE, dottore di ricerca in criminologia, professore associato, Università di Bologna, Italia (redazione@vittimologia.it)

Elena BIANCHINI (Università di Bologna), Roberta BIOLCATI (Università di Bologna), Fabio BRAVO (Università di Bologna), Maria Pia GIUFFRIDA (Dipartimento per l'Amministrazione Penitenziaria, Ministero della Giustizia), Giorgia MACIOTTI (Università Tolosa 1 Capitale, Francia), Cecilia MONTI (S.I.V.), Andrea PITASI (Università "G. D'Annunzio, Chieti), Sandra SICURELLA (Università di Bologna)

COMITATO SCIENTIFICO

Coordinatore:

Roberta BISI, vice Presidente S.I.V., professore ordinario di sociologia della devianza, Università di Bologna, Italia (comitatoscientifico@vittimologia.it)

Andrea BIXIO (Università Roma "La Sapienza"), Encarna BODELON (Università Autonoma di Barcellona, Spagna), Stefano CANESTRARI (Università di Bologna), Laura CAVANA (Università di Bologna), Janina CZAPSKA (Università Jagiellonian, Cracovia, Polonia), Lucio D'ALESSANDRO (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli), François DIEU (Università Tolosa 1 Capitale, Francia), Maria Rosa DOMINICI (S.I.V.), John DUSSICH (California State University, Fresno), Jacques FARSEDAKIS (Università Europea, Cipro), Paul FRIDAY (University of North Carolina, Charlotte), Jean-Marie LEMAIRE (Institut Liégeois de Thérapie Familiale, Belgio), Silvio LUGNANO (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli), Mario MAESTRI ((Società Psicoanalitica Italiana, Bologna), Luis Rodriguez MANZANERA (Università Nazionale Autonoma del Messico), Gemma MAROTTA (Sapienza Università di Roma), Maria Rosa MONDINI (Centro Italiano di Mediazione e Formazione alla Mediazione, Bologna), Tony PETERS† (Università Cattolica, Lovanio, Belgio), Monica RAITERI (Università di Macerata), Francesco SIDOTI (Università de l'Aquila), Emilio VIANO (American University, Washington, D.C.), Sachio YAMAGUCHI (Università Nihon Fukushi, Giappone), Vito ZINCANI (Procura della Repubblica, Modena)

Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza

ISSN 1971-033X
Anno VII, Numero 1

INDICE

Gennaio-Aprile 2013

Il contributo delle scienze criminologiche per la formazione degli esperti nel settore della sicurezza

di *Augusto Balloni* pag. 4

El papel de la víctima durante la ejecución de condenas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo en España

di *Patricia Faraldo Cabana* pag. 18

La víctima, el victimario y la justicia restaurativa

di *Karla Villarreal Sotelo* pag. 43

Il sistema penale *through the looking glass*

di *Maria Antonella Pasculli* pag. 58

Violenze in famiglia e molestie sul lavoro: una ricerca comparata tra Italia e Francia

di *Maria Florio* pag. 85

I crimini nelle sette sataniche: un'analisi "sistemica" della scena del crimine

di *Laura Mariconda, Pasquale Caponnetto, Roberta Auditore* pag. 111

La mediazione *de iure condendo*

di *Francesca Tugnoli* pag. 123

Una introduzione ai software per il crime mapping

di *Alessandro Ummarino* pag. 147

Réaction sociale de l'opinion publique face aux prestations de soins au CHU de Treichville (Abidjan)

di *Adélaïde Gakoué e Opadou Koudou* pag. 160

Il contributo delle scienze criminologiche per la formazione degli esperti nel settore della sicurezza¹

Augusto Balloni*

Riassunto

L'evolversi della criminalità comune e organizzata comporta un maggior grado di vulnerabilità per tutte quelle realtà pubbliche e private che producono ricchezza di tipo economico, culturale o di altro tipo. Di conseguenza la sicurezza diventa centrale e fondamentale e si presenta come un problema complesso, a volte di difficile interpretazione e soluzione, a causa della molteplicità dei fattori in gioco, delle esigenze di budget e della necessità di adeguarsi continuamente alle diverse richieste che sono in rapporto anche al manifestarsi di nuove forme di criminalità e di altri eventi dannosi.

E' necessario sottolineare come, in tema di sicurezza, sia indispensabile che l'esperienza pratica giunga ad una chiara comprensione della realtà. Quando si affronta il problema della sicurezza occorre tentare di tradurre diverse opinioni (per esempio quelle dei fisici, dei criminologi, degli economisti, degli imprenditori, ecc.) in un linguaggio scientifico.

E' evidente che la sicurezza, inserita nella dinamica degli eventi sociali, dipende da molti fattori, tanto che in Italia il concetto di sicurezza si è sviluppato, ad esempio, in diverse direttive: la locuzione *pubblica sicurezza*; la *sicurezza sociale*; la *sicurezza* intesa come *security*.

Risulta quindi impellente attuare strategie di difesa e di prevenzione che si colleghino ad elevati standard di sicurezza ed a scelte oculate per quanto riguardo l'aspetto economico e l'attenzione a minacce reali. In una tale prospettiva emerge il concetto di rischio che diventa di fondamentale importanza nel collegamento all'attività di prevenzione del crimine e alla difesa dei beni e delle persone da eventi dannosi di natura volontaria. Perciò sicurezza, dinamica del rischio, strategie di tutela dei beni e delle persone sono in stretta connessione così che nella loro analisi non si può prescindere dallo sviluppo delle tecnologie e delle scienze umane e sociali, tenendo conto della globalizzazione e del mutamento sociale.

Résumé

L'évolution de la criminalité commune et organisée a pour effet d'augmenter le niveau de vulnérabilité des organismes publics et privés qui produisent des richesses de type économique, culturel ou de tout autre type. La sécurité devient en conséquence indispensable et fondamentale, bien qu'elle se présente comme un problème complexe, qu'il est parfois difficile de comprendre et de résoudre, en raison de la multiplicité des facteurs qui entrent en ligne de compte, des exigences en matière de budget et de la nécessité de s'adapter continuellement à de nouveaux impératifs, qui naissent notamment de l'apparition de nouvelles formes de criminalité.

Il est évident, par conséquent, que, en matière de sécurité et de prévention du crime, le comportement criminel peut refléter des motifs et des objectifs, mais n'est pas uniquement déterminé par ceux-ci, dans la mesure où il est déterminé par une série de facteurs : par les conditions contingentes, par les connaissances, par les habitudes et par les attitudes sociales, en plus que par les motivations de l'individu.

Il est nécessaire de souligner que, en matière de sécurité, il est indispensable que l'expérience pratique mène à une compréhension claire de la réalité. Quand on aborde le problème de la sécurité, il faut tenter de traduire différentes opinions (par exemple celles des physiciens, des criminologues, des économistes, des entrepreneurs, etc.) en un langage scientifique.

Il est clair que la sécurité, introduite dans la dynamique des événements sociaux, dépend de nombreux facteurs, en conséquence de quoi, il faut la considérer comme une expression polysémantique. En effet, en Italie, le concept de sécurité s'est développé dans différentes directions : la locution *pubblica sicurezza* ; la *sécurité sociale* ; *sicurezza* (ce type de sécurité est celui qui est englobé dans l'expression anglo-saxonne *security* et dans l'expression française *sécurité*).

Par conséquent, on souligne qu'il est nécessaire que les institutions de formation soient en mesure de favoriser la constitution du groupe de recherche-action.

Abstract

The evolution of both common and organised crime leads to greater vulnerability among all parties, both public or private, involved in generating wealth; in addition, natural disasters or disasters brought about by human action are rendering the earth increasingly vulnerable in a number of countries throughout the world.

¹ Questo articolo ripropone il testo presentato all' "International Forum on Creating U.N. World Security University", Bellagio, Como, Italia, 4-8 aprile 2011 e al "Fórum Universitário Mundial para Criação da Universidade Mundial de Segurança e desenvolvimento social das Nações Unidas", Salvador, Bahia, Brasil, 28-30 maggio 2012.

* Neuropsichiatra, medico legale, psicologo, già ordinario di criminologia all'Università di Bologna.

Consequently, security becomes fundamental and is closely connected with the concept of risk: it is essential to have a clear picture of the state of the art of the scientific development of security and criminology, since security, within the dynamics of social events, is conditioned by many factors, and is thus considered a polysemantic term. Therefore, the issues pertaining to security may be summed up using the formula $S = f(P, E)$, where S is for security, P for people, in the sense of groups of persons, right up to state organisations, and E for environment, in the widest sense of the term (town, region, country) and whereby security is dependent on P as it relates to E. It follows that the set-up of courses related to security must have a polycentric nature.

1. Premessa.

L'evolversi della criminalità comune e organizzata comporta, come ben noto, un maggior grado di vulnerabilità per tutte quelle realtà pubbliche e private che producono ricchezza di tipo economico, culturale o di altro tipo. Inoltre il verificarsi di catastrofi naturali e di origine umana rendono sempre più vulnerabile il territorio in diversi Paesi del mondo per cui si impone, soprattutto per il futuro, un nuovo approccio nell'ambito della riparazione dei danni e della prevenzione.

Di conseguenza la sicurezza diventa necessaria e fondamentale pur presentandosi come un problema complesso, a volte di difficile interpretazione e soluzione, a causa della molteplicità dei fattori in gioco, delle esigenze di budget e della necessità di adeguarsi continuamente alle diverse richieste che sono in rapporto sia al manifestarsi di nuove tipologie di criminalità che al propagarsi delle più diverse forme di calamità che si presentano e si diffondono in maniera imprevedibile ed, a volte, improvvisa.

Risulta quindi impellente attuare strategie di prevenzione e di difesa che si colleghino ad elevati standard di sicurezza e a scelte accurate per quanto riguarda l'aspetto economico e l'attenzione a minacce reali. In una tale prospettiva emerge il concetto di rischio che diventa di fondamentale importanza nel

collegamento all'attività di prevenzione del crimine e alla difesa dei beni e delle persone da eventi dannosi di natura volontaria. Perciò sicurezza, dinamica del rischio, strategie di tutela dei beni e delle persone sono in stretta connessione così che nella loro analisi non si può prescindere dallo sviluppo delle tecnologie e delle scienze umane e sociali.

In rapporto a queste tematiche è quindi da sottolineare che una delle ripercussioni della seconda guerra mondiale e delle successive e più recenti rivoluzioni industriali è il nuovo stadio di sviluppo raggiunto dalla scienze umane e sociali e dall'evolversi della tecnologia.

Da queste brevi premesse è evidente come l'organizzazione della sicurezza debba diventare oggetto di particolare attenzione, soprattutto se si tiene presente che le innovazioni tecnologiche si collegano al mutamento sociale e ripropongono il profondo legame che esiste tra trasformazione della società e quella dei comportamenti quotidiani che si realizzano anche nell'ambito delle organizzazioni aziendali¹.

Partendo da questo presupposto è necessario ricordare che il progresso teorico non ha tenuto il passo in modo adeguato con lo sviluppo delle tecniche di ricerca, per cui le scienze sociali dovrebbero raggiungere un livello tale da

¹ Balloni A. (a cura di), *Criminologia e Sicurezza*, Milano, FrancoAngeli, 1998, pp. 13-21.

consentire una loro utilizzazione pratica nella prospettiva della sicurezza.

Perciò, ai fini della progettazione di ricerche e di corsi per la formazione nel settore della sicurezza, appare necessaria una visione chiara dell'attuale stadio di sviluppo scientifico.

2. Sicurezza, criminalità e disastri.

In tema di sicurezza quanto accadde a Hiroshima e Nagasaki e quanto sta accadendo dopo il terremoto in Giappone per quanto riguarda la sicurezza delle centrali nucleari, potrebbe rendere più propensi i fisici a considerare i fatti sociali come fenomeni aventi, con ogni probabilità, lo stesso grado di realtà di quelli fisici. In particolare ad esempio, le conseguenze della bomba atomica, il disastro di Chernobyl, considerato il più grave incidente nucleare della storia, la crisi nucleare e il dopo-terremoto in Giappone pongono in risalto con drammatica evidenza la misura in cui gli avvenimenti sociali sono il risultato di eventi fisici. Quindi ci troviamo in un'epoca in cui lo studioso di scienze sociali, interessato alla sicurezza, deve essere sempre più aderente ai fatti reali legati agli eventi fisici.

Nella stessa prospettiva chi si interessa di sicurezza, oltre ai dati criminologici, socio-giuridici, antropologici e psicologici, deve tenere conto degli aspetti economici della società e di quel grado di realtà che viene attribuito al costo della vita e ad altri parametri economici.

In una tale ottica si deve sempre più fare riferimento, per quanto concerne la criminalità, a quei delitti che sono attuati sullo sfondo delle organizzazioni criminali, che si possono realizzare con la copertura di cariche pubbliche o semi pubbliche o che possono essere facilitati anche

nell'ambito di attività politiche. In tal senso si colloca ogni tipo di frode economica e finanziaria e di corruzione ad ogni livello. A ciò devono aggiungersi le attività commerciali illecite e lo sfruttamento dei lavoratori - soprattutto emigrati - le frodi pubblicitarie, l'inquinamento ambientale e il traffico di persone, di stupefacenti e di armi. Questo tipo di crimini ha una costante e una caratteristica significativa: non costituisce una novità, pur rimanendo largamente impunito ed anche sconosciuto. Infatti si constata che le forme più comuni e convenzionali di delitti (furti, lesioni personali, violenze sessuali) sono punite e soprattutto sono ben rappresentate nelle pubblicazioni dedicate alle statistiche criminali; i delitti non convenzionali - che si configurano anche come criminalità organizzata e dei colletti bianchi - sono individuati con difficoltà, sono puniti più raramente e con lentezza, e quindi non trovano posto adeguato nelle statistiche criminali, pur essendo considerati delitti dai codici penali e dalle leggi speciali di quasi tutte le nazioni del mondo.

In questo settore, in particolare gli economisti, hanno sostenuto che il crimine organizzato - almeno nelle sue attività di mercato - opera come qualsiasi altra impresa economica, fornendo beni-servizi e quindi consumi, dichiarati illeciti dalle autorità, rivolgendosi a clienti volontari, secondo il modello della domanda-offerta. Il traffico d'armi, lo spaccio di droghe, l'usura, il gioco d'azzardo e lo sfruttamento della prostituzione ne sono esempi significativi. È poi da rilevare che gli appartenenti alle organizzazioni criminali usano i proventi delle attività illegali per finanziare altri crimini o per monopolizzare affari leciti o per tentare di corrompere o per corrompere gli

amministratori pubblici o anche i custodi del meccanismo legislativo. Perciò il crimine si considera come una parte funzionale del sistema della libera impresa, cioè un aspetto di quel continuum di cui l'altro capo è rappresentato dall'attività legale. Secondo questa ipotesi, il crimine organizzato si collega alla cosiddetta criminalità dei colletti bianchi².

È evidente quindi che, in tema di sicurezza e di prevenzione del crimine, il comportamento anche quello criminale può riflettere motivi e scopi, ma non è determinato unicamente da quelli, essendo multideterminato: dalle condizioni situazionali, dalle conoscenze, dalle abitudini e dagli atteggiamenti sociali, oltre che dai motivi dell'individuo. In particolare, la conoscenza soggettiva della situazione, le previsioni che un individuo attua in rapporto alla sua azione e il desiderio di approvazione sociale possono influenzare una decisione e quindi anche una condotta criminosa, verificandosi appunto quel comportamento definito multideterminato: la dipendenza e l'indipendenza dell'individuo, sottoposto alla pressione di un gruppo anche criminale, appaiono quindi in rapporto alla natura della situazione e alle caratteristiche dell'individuo.

Nel settore delle nuove emergenze criminali si avverte maggiormente l'esigenza di interpretazioni tali da fornire possibilità di una maggior prevenzione e soprattutto di un controllo. Nella criminalità organizzata, con ramificazioni internazionali e con l'utilizzazione di mezzi efferati (presa di ostaggi) o sofisticati (utilizzazione dell'informatica), i modelli

criminologici tradizionali evidentemente non forniscono interpretazioni adeguatamente utilizzabili in studi finalizzati alla difesa sociale in uno Stato democratico. In questa prospettiva si pensi al traffico degli stupefacenti, in cui violenza ed organizzazione sono le fondamenta basilari del mercato, anche se la violenza è poco appariscente tanto da non consentire di individuare, a volte, le dinamiche più raffinate che sottendono questo traffico illecito. Inoltre, per quanto riguarda i crimini delle organizzazioni mafiose, economici e/o collegati alla corruzione politica, che proliferano in molti stati, una domanda, a livello di analisi, riguarda il fatto se queste condotte criminose possano o meno essere interpretate secondo le tradizionali classificazioni vetero-positivistiche di C. Lombroso, E. Ferri, R. Garofalo, secondo le tipologie psicoanalitiche di S. Freud, T. Reik, F. Alexander e H. Staub, o secondo lo schema neo-positivistico di H.J. Eynseck, od anche nella prospettiva delle sole teorie sociologiche.

E' evidente che si possono ipotizzare profili di coloro che appartengono ad organizzazioni criminose, però tali profili non possono essere generalizzati e servono a sollevare dall'angoscia o dall'impotenza coloro che, trovandosi di fronte ad un crimine efferato, non dispongono di indizi sufficienti o di prove concrete per collegare l'evento crimine al suo autore.

Tutte le analisi formulate in questo campo pongono in evidenza l'inadeguatezza delle tradizionali classificazioni sopra ricordate e sottolineano l'esigenza di un nuovo tipo di ricerca, che ora si richiede anche e soprattutto per quei fenomeni criminosi che vanno sotto il nome di terrorismo, forma di violenza fra le più diffuse,

² Balloni A., "Criminologia e criminalità organizzata. Analisi, ipotesi e prospettive", *Giovani realtà*, a. IX, n. 32, 1989, pp. 29-42.

all'Est come all'Ovest, al Nord come al Sud. Infatti il terrorismo è attuale e preoccupante, in ascesa o in attenuazione, ma costantemente presente.

Perciò vale la pena di ricordare che il clima sociale e culturale in cui il terrorista vive è importante per lo sviluppo della sua azione, come l'aria che respira. Non deve quindi meravigliare che il gruppo al quale la persona appartiene e la cultura in cui vive ne determinino il comportamento e lo stile e, inoltre, non si può analizzare il terrorismo trascurando il ruolo della vittima.

3. Una finestra sul Mediterraneo.

Nel Mediterraneo, ad esempio, i cui Paesi saranno senz'altro interessati alla istituzione di programmi per la sicurezza, emergono sempre più problemi per quanto riguarda due aspetti connessi alla qualità della vita di tutte le popolazioni che vi si affacciano: la sicurezza e il contrasto al terrorismo e alla criminalità organizzata transnazionale. In una panoramica che prenda in considerazione le diverse forme di criminalità che si consumano nel Mediterraneo potrebbe essere utile effettuare un viaggio di studio criminologico in una prospettiva investigativa in questo mare, attraverso l'analisi di documentazione e di ricerche. Si può partire da Marsiglia, la terza città della Francia con il suo porto sul Mediterraneo, e constatare che le organizzazioni criminali hanno in questo bacino radici profonde e si sviluppano attraverso comportamenti che si rifanno alla criminalità comune ed anche alla criminalità organizzata in cui prevale il traffico di droga e lo sfruttamento della prostituzione. Relativamente allo sfruttamento della prostituzione in Francia, è

necessario sottolineare che dati recenti mettono in evidenza che tale fenomeno criminoso è in regressione soprattutto perché la legislazione francese è piuttosto severa in questo settore. Al contrario, in rapida ascesa sono il riciclaggio dei capitali provenienti dalla droga, la falsificazione di banconote e i giochi clandestini³.

Il traffico di droga è importante insieme ad altri traffici ed è in rapporto al fatto che tutto entra per il porto di Marsiglia, città dove esistono quartieri in difficoltà che le danno appunto una fisionomia particolare, per cui vi è un legame sempre più significativo tra piccola delinquenza e delinquenza organizzata. Questo legame si concentra in modo particolare attorno al traffico di droga, soprattutto a quello di hashish, mentre il traffico di eroina e di cocaina è ancora controllato dai grandi trafficanti. Il traffico dei derivati della canapa pare essersi "democratizzato", ma ciò determina problemi di controllo nei quartieri in cui possono verificarsi conflitti tra bande e diverse manifestazioni di microcriminalità. Perciò un forte allarme sociale può essere provocato da diverse forme di devianza che vedono nei giovani gli autori di piccoli reati.

Questa situazione fa subito pensare a Napoli in cui si sbarca nel nostro ideale viaggio⁴. Napoli è una città dove, per l'esistenza del porto come a Marsiglia, può entrare di tutto. Anche se la

³ Alvarez J., "Délinquance organisée et petite délinquance, quel liens dans l'Europe de Schengen ?", *Archives de politique criminelle*, 1, n° 25, 2003, pp.135-175; Aubry G., "Organisations criminelles et structures répressives : panorama français", *Cahiers de la Sécurité*, n° 7, 2009, pp. 25-40.

⁴ Monzini P., *Gruppi criminali a Napoli e a Marsiglia. La delinquenza organizzata nella storia di due città (1820-1990)*, Catanzaro, Meridiana, 1999; Bianchini E., Sicurella S., "Il crimine organizzato in Italia: analisi evolutiva", *Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza*, vol. 1, n° 3, 2007, pp. 111-127 (disponibile sul sito Internet: www.vittimologia.it/rivista).

situazione è cambiata questa grande città ha avuto sempre un problema riguardante i cosiddetti “ragazzi di strada” che restano anche attualmente una realtà preoccupante. Sebbene si ritenga che il potere della Camorra, organizzazione criminale tipica dell’agro napoletano, sia diminuito, quest’organizzazione criminale mantiene ancora tradizionali comportamenti antisociali che si concretano nell’estorsione, nel contrabbando e nel traffico di droga. Come a Marsiglia, anche a Napoli, si ritiene che esista un importante legame tra piccola delinquenza e criminalità organizzata, rappresentata appunto dalla Camorra che può servirsi di minori e di giovani per la realizzazione di particolari reati. Nel Terzo Millennio si suppone ancora che la Camorra costituisca una grande opportunità per i giovani: alcuni quartieri di questa città vengono infatti considerati luogo di reclutamento per quei giovani che non avendo accesso alle opportunità legittime individuano nella Camorra, da cui vogliono farsi notare, un’opportunità, seppure illegittima, per l’accesso alle vie del successo. La Camorra, nelle sue attività criminali, oltre al traffico della droga e al racket, non è estranea al traffico d’armi. I suoi componenti si rendono autori di frequenti omicidi collegati alla modifica degli aspetti dei clan e alle lotte per il controllo del territorio, analogamente a quanto si riscontra per le altre forme di criminalità che si affacciano nel Mediterraneo, controllando ampi spazi del territorio nazionale⁵.

Perciò nell’ideale viaggio si incontra senz’altro la Mafia, che ha la sua casa madre in Sicilia e che attraverso molte evoluzioni ha sviluppato notevoli attività sia a livello nazionale che in ambito internazionale, sempre più proiettata a collegarsi,

attraverso stretti vincoli operativi, ad omologhe organizzazioni, moltiplicando così la sua capacità aggressiva ed offensiva. In una tale ottica, per meglio proteggere i suoi settori produttivi criminali, la Mafia tende a cercare soluzioni, seppur temporanee, a molteplici dissidi interni “contenendo la durata e l’intensità degli scontri fra famiglie, nonché le attività delittuose più violente, limitandole ai casi ritenuti non altrimenti fronteggiabili: ciò ha determinato una significativa flessione degli omicidi. L’abbassamento del livello di aggressività non riduce la pericolosità e la capacità offensiva di questa organizzazione criminale, confermata tra l’altro dagli ingenti sequestri di armi, munizioni ed esplosivi”⁶. Il coinvolgimento della criminalità organizzata nel traffico delle armi, aspetto che ne denota l’estrema pericolosità, è sempre avvenuto a due livelli: “Il primo attiene al commercio finalizzato al rifornimento militare delle famiglie. Il secondo, invece, riguarda i grandi traffici nazionali e internazionali”⁷.

Il traffico degli stupefacenti, come per altre organizzazioni criminali, rappresenta per la Mafia ancor oggi un’importante fonte di guadagno e un settore criminale in continuo sviluppo che trova le sue origini e ramificazioni alla fine degli anni ’40 e all’inizio degli anni ’50 del secolo scorso nelle attività di trafficanti internazionali che risalgono e fanno riferimento al noto boss italo - americano Lucky Luciano, considerato uno dei padri del crimine organizzato e l’ideatore nel secondo dopo guerra di una massiccia espansione del commercio

criminali, Bologna, Clueb, 1999, pag. 63.

⁶ *Ibidem*, pp. 51-52.

⁷ *Ibidem*, pag. 52.

⁵ Gallitelli L., *Modello investigativo e fenomeni*

di eroina⁸. La Mafia commette altresì, come altre organizzazioni criminali, mediante l'uso delle armi di cui è esperta trafficante, estorsioni che si legano purtroppo al silenzio delle vittime, attentati dinamitardi e/o incendiari e incendi dolosi, reati "perpetrati per intimidire e convincere, o per 'punire' coloro che non intendono sottomettersi all'imposizione mafiosa"⁹.

Con riferimento a queste osservazioni e rifacendomi ad un articolo di A. Sabella in tema di "La nuova vecchia mafia", ricordo che "Quando la Mafia diventa silenziosa vuol dire che è impegnata negli affari. Se nelle strade siciliane non si ammazza più come una volta, se è finita la stagione degli attentati, insomma se Cosa Nostra sembra scomparsa, salvo sporadici ed effimeri ritorni di fiamma, lo si deve certo all'azione di magistrati, Polizia e Carabinieri che hanno arrestato i maggiori capi, centinaia di 'picciotti' ed esattori del 'pizzo', ma potrebbe anche essere il frutto di una scelta strategica. Il fenomeno dell'attuale 'inabissamento' della Mafia, della sua capacità di adattarsi al mutare delle condizioni sociali, economiche e politiche ..."¹⁰. Queste osservazioni non trovano concordi gli studiosi tanto che "nella situazione attuale, non persuade secondo Cisterna, l'idea di una strategia della mimetizzazione e dell'inabissamento della Mafia. Anche se la dimensione imperiale di Cosa Nostra, stile anni '70 - '80, è ormai tramontata. Diceva

⁸ Balloni A., "Droga, crimine e controllo sociale", in AA.VV., *Droga, resistenza o resa?*, Vicenza, Rezzara, 1983, pp. 25-55.

⁹ Gallitelli L., *Modello investigativo e fenomeni criminali*, Bologna, Clueb, 1999, pag. 53.

¹⁰ Sabella A., "Evoluzioni di Cosa nostra. La nuova vecchia mafia", *Rivista italiana di intelligence*, anno XV, n.1, 2009, pag. 99.

Giovani Falcone: 'come tutte le cose umane la Mafia ha avuto un inizio e avrà una fine'."¹¹.

Perciò si trae la conclusione che si possa parlare di sconfiggere la Mafia e di "vittoria all'orizzonte". Se la situazione della mafia è così dibattuta ed ancora preoccupante, nel Mediterraneo, oltre ad essa, si affaccia l'ndrangheta che, dopo aver ottenuto lucrosi guadagni attraverso i sequestri di persona, sembra essersi orientata ad investire il suo patrimonio in attività redditizie quali il traffico di droga e quello delle armi. Quest'ultimo sfrutta le relazioni criminali con i Paesi dell'est europeo e consente alle cosche la costituzione di veri e propri arsenali¹². Nell'ambito sempre delle mafie italiane che si affacciano sul Mediterraneo, non si può trascurare la criminalità pugliese, che va sotto il nome di "sacra corona unita" e che si caratterizza, come gli altri sodalizi criminali organizzati, nel risolvere i propri contrasti interni con il ricorso alla violenza che si concreta negli omicidi. Il traffico di stupefacenti rappresenta, insieme al contrabbando, una delle principali voci del fatturato criminale a cui si collega un sempre più rilevante interesse per il traffico di armi e di esplosivi.

Strettamente collegato alle mafie italiane è lo scenario criminale albanese, anch'esso affacciato sul Mediterraneo, che si caratterizza per differenti piani criminosi che, nel loro complesso, esprimono una delle più elevate capacità criminogene a livello internazionale. I gruppi criminali albanesi sono efficacemente e chiaramente descritti in un recente resoconto, al

¹¹ Cisterna A., "Storia di una lunga marcia. 'Declaring victory' nella lotta alle mafie", *Rivista italiana di intelligence*, anno XV, n° 3, 2009, pag. 65.

¹² Gallitelli L., *op. cit.*, pp. 57-58.

quale si fa riferimento e che riguarda la “mafia albanese in crescita: dal rischio di area alle grandi alleanze”. “Infatti coesistono, in rapporto di stretto mutualismo:

- organizzazioni mafiose, caratterizzate da un radicato controllo del territorio, da sistematiche pratiche collusive e da qualificate proiezioni ‘esogene’ attraverso cui assicurano lo sviluppo di attività illecite transnazionali (...)
- bande criminali, estremamente fluide e mobili sul territorio, dotate di elevata versatilità e spesso dedite ad attività serventi rispetto agli interessi dei sodalizi mafiosi (...)
- aggregazioni criminali, strutturalmente labili e legate da momentanei ed occasionali opportunismi illeciti (...)

In sintesi la criminalità albanese media i caratteri tradizionali - evidenti nella rigidità disciplinare interna, nella clanicità, nella ‘chiusura endogamica’ che aumentano l'impermeabilità, l'affidabilità e la tenuta endogena - con elementi innovativi e moderni, quali la transnazionalità, l'imprinting commerciale e la cultura criminogena di servizio”¹³.

Attualmente la criminalità organizzata albanese controlla molti traffici illeciti, tra cui vanno segnalati il traffico della droga, la tratta degli esseri umani e il traffico di armi. Gli albanesi controllano gran parte delle attività e dei flussi criminali transnazionali. Infatti, il traffico di droga costituisce il primo ambito criminale transnazionale in quanto “presuppone la sinergica azione di diverse matrici criminali ed il coordinamento puntuale delle numerose fasi. Gli

¹³ Servizio per le informazioni e la sicurezza democratica, “Mafia albanese in crescita dal rischio di area alle grandi alleanze”, *Rivista italiana di intelligence*, anno XI, n. 4, 2005, pp. 107-108.

albanesi hanno dimostrato nello specifico settore una particolare versatilità, riuscendo in un decennio ad acquisire una elevata competitività sia nel traffico sia nella gestione dei relativi mercati”¹⁴.

Per quanto riguarda la tratta degli esseri umani, è da segnalare che: “I gruppi hanno inizialmente gestito i macro - flussi di clandestini dall'area di origine, investendo massicciamente le coste italiane attraverso un sistematico e capillare network di raccolta, trasporto ed approdo (una vera e propria flotta di pescherecci, gommoni e motoscafi hanno conquistato il mar Adriatico sino a quando non sono state ‘militarizzate’ sia le coste montenegrine ed albanesi sia i tratti marittimi prospicienti).

La gestione tanto efficace della tratta presuppone un elevato controllo territoriale per la collocazione della domanda e per l'esercizio intimidatorio relativo al riscatto del viaggio (sia diretto agli immigrati sia ai loro parenti rimasti in Patria) ed il contestuale ricorso a necessarie inferenze delittuose quali: falsificazione documentale, sequestro di persona, corruzione, sfruttamento della prostituzione e della manodopera in nero”¹⁵. Infine, relativamente al traffico di armi, i gruppi albanesi hanno un'ampia disponibilità di armi che trafficano verso l'Europa occidentale ed anche in Italia.

E' evidente che criminologia e sicurezza diventano un binomio significativo che si impone di fronte alla diffusione della criminalità, alla varietà delle sue manifestazioni e alla consistente presenza degli autori noti di reato. Perciò il criminologo deve saper valorizzare e concorrere a gestire quelle istituzioni in cui, oltre alla

¹⁴ *Ibidem*, pag. 109.

criminologia applicata, si collocano anche il security management e le tecniche investigative. Di conseguenza, la criminologia deve sapersi collegare professionalmente con quelle abilità specifiche che si concretano nella capacità di corrispondere ad alcune istanze qualitative espresse dalla società e deve farsi carico di favorire quell'assetto professionale che l'avvicini concretamente all'ambito della sicurezza e dell'investigazione, mediante attività che, partendo dalla ricerca, approdino alle funzioni didattiche.

4. Sicurezza mondiale e istruzione.

Le scuole, gli allievi e i sistemi educativi nei conflitti armati sono sempre più presi di mira come bersagli premeditati: tali crimini restano in gran parte sconosciuti ed hanno come vittime silenziose bambini (vittime dirette), essendo anche sottoposti a violenze sessuali, e adolescenti (vittime indirette) essendo sottoposti al reclutamento forzato. "I conflitti armati non distruggono solo edifici e scuole. Distruggono le opportunità di futuro di diverse generazioni di bambini. Nel rapporto di monitoraggio del programma 'Educazione per tutti', presentato ... a New York e in varie città del mondo, l'Unesco ha scelto di fare piena luce su questa crisi nascosta. I fatti sono allarmanti ... La carenza di educazione alimenta il circolo vizioso della guerra. I bambini privati di scuola sono condannati alla povertà, che è il più efficace degli agenti reclutatori. Un basso livello educativo è inoltre un indicatore statisticamente significativo del rischio di

violenza. Questa crisi è un attacco diretto al rispetto dei diritti dell'uomo"¹⁶.

Per queste ragioni l'educazione deve essere posta in prima linea per la sicurezza mondiale e quindi è necessario ricorrere a quell'agire in comunità che si attua allorquando si opera dividendo il lavoro per cui istituzioni e società, insieme, pongono in essere tutti quei progetti e quelle strategie per contrastare il crimine e per favorire la sicurezza.

Educazione e istruzione diventano premesse necessarie ad ogni discorso relativo alla sicurezza, che è la presa di coscienza dell'importanza di un problema. Perciò, nell'ambito della formazione di esperti della sicurezza, si impone la creazione di professionalità specializzate in discipline che servano all'apprendimento, attraverso curricula ben definiti, di tecniche esercitate come servizio alla comunità, nel settore pubblico e privato, per la prevenzione e per la repressione di ogni forma di criminalità e di illeciti. Infatti le scienze criminologiche, oltre a dedicarsi agli studi causali del fenomeno criminale e alle ricerche sulla criminalità intesa come fenomeno sociale, possono anche concorrere alla formazione di quegli operatori che debbono contribuire alla prevenzione e alla repressione del crimine e a fornire programmi e strumenti per la sicurezza sociale e individuale.

5. Il significato del termine Sicurezza.

Dopo questa breve analisi relativa ad uno scacchiere mondiale assai importante, come l'area del Mediterraneo, e dopo aver sottolineato l'importanza dei sistemi educativi è necessario mettere in evidenza come, in tema di sicurezza,

¹⁵ *Ibidem*, pag. 110.

¹⁶ Bokova I., "La sicurezza mondiale? Dipende anche dalla scuola" (traduzione di Anna Maria Brogi), *Avvenire-Agorà*, 5 giugno 2011, pag. 1.

sia indispensabile che l'esperienza pratica giunga ad una chiara comprensione della realtà. Quando si affronta il problema della sicurezza occorre tentare di tradurre diverse opinioni (per es. quelle dei fisici, dei criminologi, degli economisti, degli imprenditori, ecc.) in un linguaggio scientifico, per cui si potrebbe affermare: gli eventi sociali dipendono dal campo sociale nel suo complesso piuttosto che da alcune questioni particolari; occorre che l'uomo dell'azione (l'esperto di sicurezza) al pari dello scienziato sia in grado di osservare gli eventi sociali in tutte le loro sfaccettature (vedasi figura n. 1).

E' evidente che la sicurezza, inserita nella dinamica degli eventi sociali, dipende da molti fattori per cui è da considerare un'espressione polisemantica. Infatti, in Italia, il concetto di sicurezza si è sviluppato in diverse direttive:

- la locuzione pubblica sicurezza indica il complesso di quelle attività, interessi, apparati, autorità e strutture (anche in senso giuridico) di cui l'esecutivo e l'apparato legislativo dispongono per garantire un accettabile grado di sicurezza per i cittadini di uno Stato, per fronteggiare emergenze e gravi necessità collettive, nell'obiettivo dell'incolumità pubblica.
- esiste la sicurezza sociale intesa come previdenza ed assistenza e strettamente collegata al dettato costituzionale in cui si precisa che (art. 38 Cost.) "ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto di mezzi necessari per vivere ha il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale". In tal senso questo concetto di sicurezza si sviluppa attraverso tre parametri:
 1. assistenza sociale

2. previdenza sociale

3. sicurezza sociale.

Esiste anche un riferimento alla sicurezza (vedasi per esempio la legge n. 217/2010 riguardante misure urgenti in materia di sicurezza, in vigore dal 19 dicembre 2010) intesa come settore che si occupa dello studio e dell'attuazione di strategie, di proposte politiche e di piani e attività operative finalizzate a prevenire, fronteggiare, contrastare eventi o condotte di natura volontaria che possono colpire e danneggiare risorse umane, materiali e immateriali e organizzative. Questo tipo di sicurezza è quello che è definito nell'ambito anglosassone *security* e in francese *sécurité*. Per quanto riguarda quest'ultimo concetto ci si rende conto che l'espressione sicurezza, *security* o *sécurité* può avere due diverse connotazioni. Si può considerare la sicurezza, *security*, *sécurité* sia come una disciplina che come un'attività. Se si prende in considerazione quest'espressione come una disciplina o una materia d'insegnamento e di studio, con specifici riferimenti ad un piano scientifico, si può sostenere che dal dopoguerra ad oggi essa ha avuto un'evoluzione significativa ed importante legata ai grandi cambiamenti avvenuti nella sfera sociale e nel campo tecnologico così che è possibile inquadrarla come un settore disciplinare dotato di basi teoriche e metodologiche, di procedure definite e di solidi legami con altre discipline tecnologiche, giuridiche, sociologiche, psicologiche e psicopatologiche. D'altra parte la stessa sicurezza, *security* e *sécurité* può caratterizzarsi come un'attività pratica, con risvolti tipicamente operativi, per cui diventa uno strumento che provvede alla tutela e alla protezione di beni, di attrezzature, di informazioni, di persone, di

strutture, opponendosi ad azioni o ad influenze indesiderate, illegali o comunque incompatibili con gli scopi e il normale funzionamento della realtà che si vuole proteggere. In tal senso, la sicurezza viene considerata una sequenza di procedure articolate e organizzate, un insieme di interventi, di ruoli e di responsabilità. Perciò il compito pratico della sicurezza è la protezione di risorse materiali e immateriali contro i rischi di natura dolosa e si attualizza con l'utilizzo ottimale di risorse economiche, umane e conoscitive a disposizione.

- La protezione dei beni materiali e immateriali e delle persone oltre che collegata alla *security* si riferisce anche alla *safety* (*sûreté* in francese) che viene intesa come quella disciplina che si occupa della protezione di persone e beni da eventi accidentali (errori umani, guasti e calamità naturali).

Se il concetto di sicurezza è polisemantico, la sua gestione in una prospettiva mondiale deve essere considerata policentrica, nel senso che ogni Nazione, gruppi di persone e di associazioni hanno problemi e questioni diverse da sottoporre alla sicurezza.

Questi aspetti attribuiti alla sicurezza, a mio avviso, riportano alla necessità di osservare le problematiche ad essa connesse riprendendo appunto la teoria di K. Lewin¹⁷ che può venir denominata predominanza di campo e che riguarda principalmente l'inestricabile unità esistente fra comportamenti e contesti ambientali in cui essi si verificano. Questo gioco di fattori vale sia per le scienze cosiddette osservative, sia per quelle interpretative, sia per le scienze della

natura che per le scienze della cultura. Circa il rapporto osservazione – teoria, il modello di Lewin $C = f(P.A.)$ è forse quello più illuminante: la scienza, superato lo stadio puramente speculativo, da un lato, e quello puramente osservativo, dall'altro, si muove nella direzione di uno stadio costruttivo dove un impianto teorico ben strutturato produce ipotesi guida per l'osservazione e si cimenta con i dati che dall'osservazione derivano e sulle prospettive operative consequenziali. Quindi si potrebbero schematizzare le problematiche della sicurezza secondo questa formula (vedasi figura n. 2): $S = f(P.A.)$,

dove S corrisponde a sicurezza, P a persone, al plurale inteso come gruppi di persone fino a giungere ad organizzazioni statuali e A ad ambiente, nel senso più ampio del termine (città, regione, stato), per cui la sicurezza è in funzione di P in rapporto ad A.

Perciò, si sottolinea l'utilità che le istituzioni formative sappiano favorire la costituzione del gruppo di ricerca-azione che si distingue "dal gruppo psicologico in quanto ha uno scopo specifico: migliorare se stesso in quanto gruppo e, attraverso tale miglioramento, incidere sulla trasformazione della società"¹⁸. Tutto ciò può realizzarsi entro condizioni che possono essere sia positive che negative. Le prime sono rappresentate da un clima sociale democratico all'interno delle istituzioni di appartenenza volto a favorire la partecipazione diretta dei cittadini ai problemi che richiedono una soluzione: per esempio, sicurezza e riparazione dei danni da vittimizzazione. Le condizioni negative si

¹⁷ Lewin K., *La teoria, la ricerca, l'intervento*, Bologna, il Mulino, 2005.

¹⁸ Trombetta C., Rosiello L., *La ricerca-azione. Il modello di Kurt Lewin e le sue applicazioni*, Trento, Erickson, 2000, pag. 150.

collegano invece alla presenza di un clima fortemente gerarchizzato che favorisce l'aumento della tensione, dell'ansia, del bisogno di trovare comunque e immediatamente una soluzione al problema senza, molte volte, averlo compreso: tale situazione induce la persona a delegare la soluzione dei problemi che sono connessi alla sicurezza. A questo riguardo, ricordo che gli studi sulla ricerca-azione mettono in evidenza come essa tenda a realizzare un quadruplice collegamento tra: "a) ricerca di base e ricerca applicata in quanto essa contribuisce allo sviluppo della prima attraverso applicazioni pratiche e azioni concrete opportunamente analizzate e controllate; b) sistema osservatore e sistema osservato con il quale si riduce la distanza tra il ricercatore ed i suoi oggetti di investigazione; c) progettisti ed esecutori della ricerca giacché l'elaborazione delle differenti fasi della ricerca e dell'azione necessita di dialogo e di collaborazione costante tra coloro che vi sono implicati; d) il ricercatore e alcune dimensioni della sua personalità legate al suo sistema di valori e delle sue determinazioni psico-culturali.

La dinamica del processo della metodologia della ricerca-azione richiede una profonda riconsiderazione del ruolo che il ricercatore, con le sue esperienze pregresse e il suo bagaglio ideologico, apporta durante il cambiamento sociale"¹⁹ ().

Infatti, sotto il profilo metodologico, la ricerca-azione di origine lewiniana, piuttosto che essere una metodologia di ricerca lineare, "è un processo ciclico che procede attraverso una spirale di provvedimenti, ciascuno dei quali si compone di

tre momenti: pianificazione, esecuzione, inchiesta sui risultati"²⁰.

La ricerca-azione esce dunque dal laboratorio scientifico e indaga sugli aspetti della vita reale e il ricercatore, nell'affrontare i problemi collegati alla sicurezza, alla criminalità e ai disastri, è consapevole delle implicazioni sociali, politiche, economiche ed educative.

6. Alcune proposte.

Per quanto riguarda corsi di formazione per esperti della sicurezza, è necessario precisare che il dibattito sulla didattica in criminologia e sulla formazione degli operatori addetti all'investigazione e alla sicurezza impone di rifarsi ad alcune ricerche effettuate nell'ultimo ventennio dalle quali emerge che le discipline relative alla sicurezza e alle scienze criminologiche sono impartite assai diffusamente, in modo autonomo e finalizzato a ben determinate professioni, in quasi tutte le università del mondo. Solo in alcuni Paesi queste discipline soffrono di crisi di identità e di mancanza di autonomia²¹. Di conseguenza le discipline relative alla sicurezza e alle scienze criminologiche devono assumere una sempre maggiore autonomia per contribuire a qualifiche professionali che rispondano ad una reale esigenza del mercato, anche nell'ambito della globalizzazione, e alla necessità di promuovere una formazione sempre più qualificata degli addetti alla sicurezza e all'investigazione. I corsi fondati su queste tematiche dovranno dotarsi di una duplice attrattiva che si concreti in un'elevata qualificazione formativa e in uno standard

²⁰ *Ibidem*, pag. 85.

²¹ Balloni A., Sette R. (a cura di), *Didattica in criminologia applicata. Formazione degli operatori della sicurezza e del controllo sociale*, Bologna, Clieb, 2000.

¹⁹ *Ibidem*, pag. 87.

professionale riconosciuto a livello nazionale ed internazionale. Pertanto, si sente l'esigenza di proporre curricula disciplinari finalizzati alla preparazione specifica negli ambiti della sicurezza, della criminologia, dell'investigazione, della tutela delle vittime (vittimologia) e quindi, in senso lato, delle scienze criminologiche riferite anche al campo economico-finanziario e a quello della sicurezza ambientale.

Nell'ambito dei progetti di formazione, si può quindi proporre l'istituzione e il potenziamento di strutture con offerte formative diversificate che potranno essere inserite in un network che colleghi strutture di ricerca e di studio pubbliche e private ai centri operativi e di formazione delle forze di polizia e degli istituti di investigazione per utilizzare il loro patrimonio formativo, scientifico ed operativo.

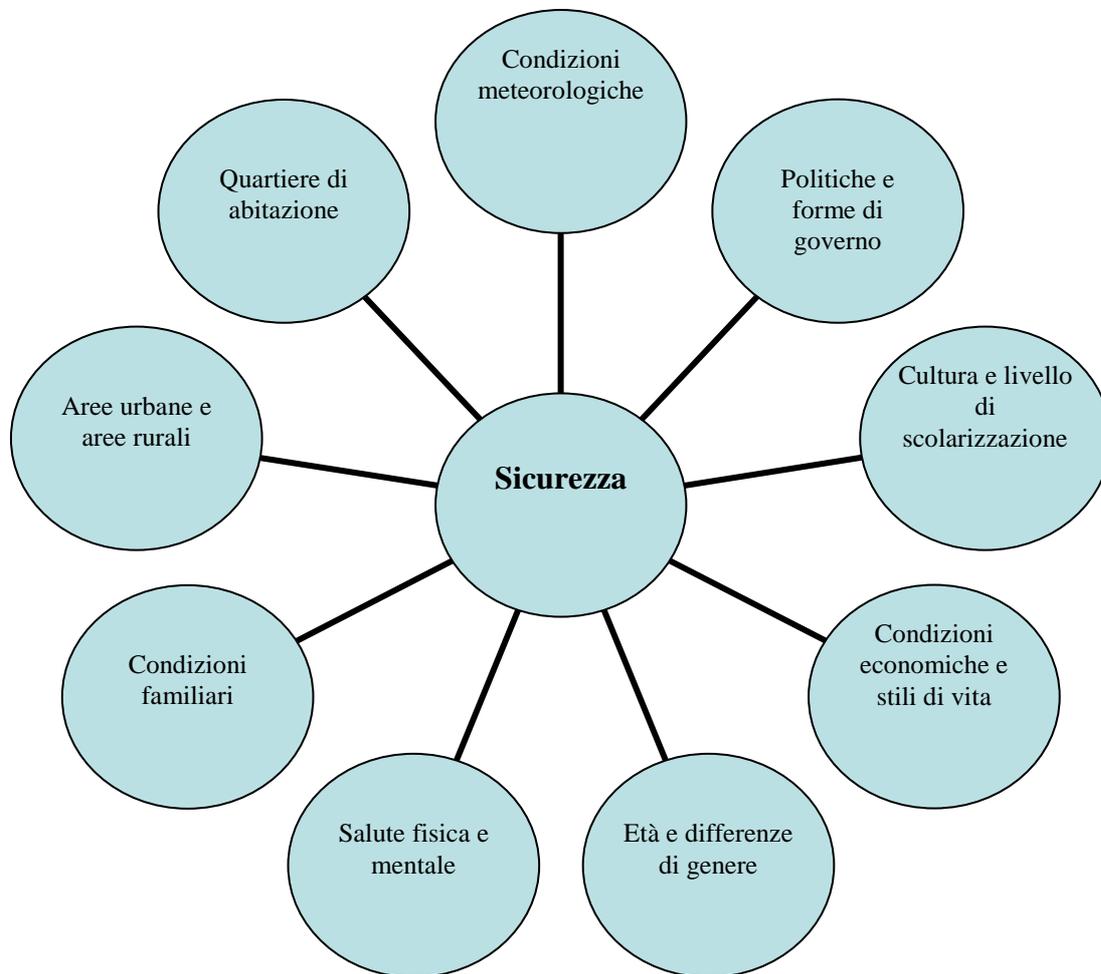


Figura n. 1

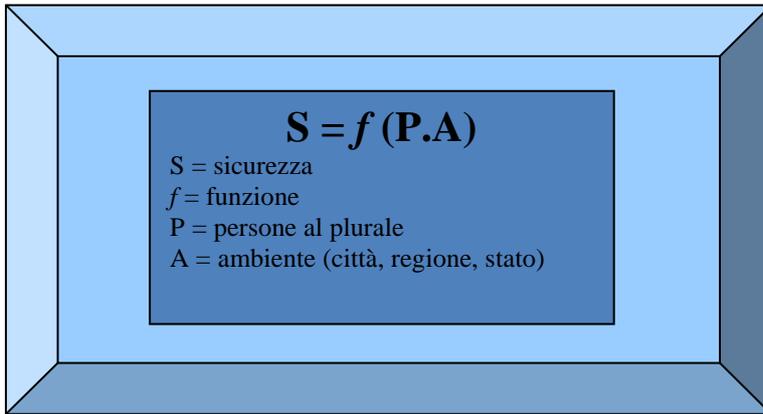


Figura n. 2

Bibliografia.

- Alvarez J., “Délinquance organisée et petite délinquance, quel liens dans l’ Europe de Schengen ?”, *Archives de politique criminelle*, 1, n° 25, 2003, pp.135-175.
- Aubry G., “Organisations criminelles et structures répressives : panorama français”, *Cahiers de la Sécurité*, n° 7, 2009, pp. 25-40.
- Balloni A., “Droga, crimine e controllo sociale”, in AA.VV., *Droga, resistenza o resa?*, Vicenza, Rezzara, 1983, pp. 25-55.
- Balloni A., “Criminologia e criminalità organizzata. Analisi, ipotesi e prospettive”, *Giovani realtà*, a. IX, n. 32, 1989, pp. 29-42.
- Balloni A. (a cura di), *Criminologia e Sicurezza*, Milano, FrancoAngeli, 1998.
- Balloni A., Sette R. (a cura di), *Didattica in criminologia applicata. Formazione degli operatori della sicurezza e del controllo sociale*, Bologna, Clueb, 2000.
- Bianchini E., Sicurella S., “Il crimine organizzato in Italia: analisi evolutiva”, *Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza*, vol. 1, n° 3, 2007, pp. 111 –127 (disponibile sul sito Internet: www.vittimologia.it/rivista).
- Bokova I., “La sicurezza mondiale? Dipende anche dalla scuola” (traduzione di Anna Maria Brogi), *Avvenire-Agorà*, 5 giugno 2011.
- Cisterna A., “Storia di una lunga marcia. ‘Declaring victory’ nella lotta alle mafie”, *Rivista italiana di intelligence*, anno XV, n° 3, 2009.
- Contini B., “Terrorismo, la minaccia viene dall’Al Qaeda Islamic Maghreb. I mille volti del pericolo fondamentalista: dal traffico di eroina ai collegamenti con le mafie”, 2009 (disponibile sul sito Internet: www.medidea.review.it).
- Gallitelli L., *Modello investigativo e fenomeni criminali*, Bologna, Clueb, 1999.
- Lewin K., *La teoria, la ricerca, l’intervento*, Bologna, il Mulino, 2005.
- Monzini P., *Gruppi criminali a Napoli e a Marsiglia. La delinquenza organizzata nella storia di due città (1820-1990)*, Catanzaro, Meridiana, 1999.
- Sabella A., “Evoluzioni di Cosa nostra. La nuova vecchia mafia”, *Rivista italiana di intelligence*, anno XV, n.1, 2009.
- Servizio per le informazioni e la sicurezza democratica, “Mafia albanese in crescita dal rischio di area alle grandi alleanze”, *Rivista italiana di intelligence*, anno XI, n. 4, 2005.
- Trombetta C., Rosiello L., *La ricerca-azione. Il modello di Kurt Lewin e le sue applicazioni*, Trento, Erickson, 2000.

El papel de la víctima durante la ejecución de condenas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo en España¹

*Patricia Faraldo Cabana**

Riassunto

Il presente articolo analizza, innanzi tutto, le modalità attraverso le quali il codice penale spagnolo promuove attività volontarie effettuate dal condannato alla reclusione al fine di rispondere alle esigenze di protezione degli interessi della vittima, sottolineando l'esistenza di un sistema penitenziario d'eccezione per i condannati per reati di terrorismo. Successivamente, lo scritto riflette sul fatto che questo tipo di misure dirette alla protezione degli interessi della vittima durante l'esecuzione della pena detentiva da parte dei condannati possa condurre alla riabilitazione dei delinquenti oppure se diventa un ostacolo ai fini della loro reintegrazione nella società.

Résumé

Cet article analyse en premier lieu les modalités utilisées par le code pénal espagnol afin de promouvoir des activités volontaires effectuées par le condamné à la détention en vue de répondre aux exigences de protection des intérêts de la victime, soulignant l'existence d'un système pénitentiaire exceptionnel pour les condamnés pour délits de terrorisme. Ensuite, l'auteur du texte s'interroge sur ce type de mesures, dont le but est de protéger les intérêts de la victime pendant la période de détention des auteurs du crime la question étant de savoir s'il peut conduire à la réhabilitation du criminel or s'il constitue un obstacle à sa réintégration dans la société.

Abstract

This paper first of all analyses how the Spanish Criminal Code promotes voluntary activities carried out by the convict during the custodial sentence in order to respond to the need to protect the victim's interests, highlighting the existence of an exceptional prison system for those convicted of offences related to terrorism. Secondly, this text discusses if this kind of measures, whose purpose is to protect the victim's interests during the prison sentence, leads to the rehabilitation of offenders or poses an obstacle to their reintegration back into society.

¹ La realización de este trabajo ha sido posible gracias a la subvención otorgada a los proyectos de I+D sobre "Consolidación de las medidas alternativas a la privación de libertad en el sistema penal español: riesgos y beneficios" (DER2011-24030JURI) por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y "Medidas alternativas a la privación de libertad" (código 10PXIB101082PR) por la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia.

* Catedrática de Derecho Penal de la Universidade da Coruña, España, Patricia Faraldo Cabana es doctora en Derecho y diplomada en Criminología.

1. Introducción.

En el Código penal español de 1995 (en adelante CP), en comparación con el texto derogado de 1944/73, se advierte una gran atención a la satisfacción de los intereses, sobre todo¹, como en la fase de ejecución, a través de la regulación de diversas medidas que se extienden desde la exigencia de pago de la responsabilidad civil para obtener la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, contenida en el art. 81.3ª CP, y la cancelación de los antecedentes penales, conforme a lo dispuesto en el art. 136.2 CP, a la necesidad de tener en cuenta el esfuerzo por reparar el daño causado a la hora de proceder a la sustitución de las penas privativas de libertad, como establece el art. 88.1 CP, pasando por el requisito de haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito para acceder a la libertad condicional en los términos que recoge el art. 90 CP.

Parte de estas medidas ya se recogían en la redacción original del Código penal de 1995, y algunas tienen antecedentes tan lejanos como el Código penal de 1928. Ahora bien, hace apenas unas décadas se podía decir que la atención a los intereses de la víctima respondía a la introducción de consideraciones victimológicas en el Derecho penal, procesal y penitenciario.

De hecho, conviene no olvidar que existe un amplio conjunto de resoluciones y declaraciones a nivel internacional dedicadas a las víctimas, y en particular a las víctimas del terrorismo. Baste citar la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, celebrada en Viena en 1993, donde ya se adoptó cierta

patrimoniales, de la víctima tanto en la fase de aplicación de la pena, a través de la previsión de causas de levantamiento y de atenuación de la pena basadas en la reparación del daño en la parte general y en la parte especial del texto legal perspectiva victimológica; la Resolución 50/186, de 1995, sobre derechos humanos y terrorismo, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que expresa el principio de solidaridad con las víctimas del terrorismo y plantea la posibilidad de establecer un fondo voluntario de las Naciones Unidas para las víctimas del terrorismo, así como la necesidad de un trabajo conjunto sobre la rehabilitación y reintegración de las víctimas; la Resolución 2003/37 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que menciona expresamente el deber de la atención de las necesidades de las víctimas del terrorismo y su reintegración social; o la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo de 2006, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 60/288, que insiste en la necesidad de crear sistemas nacionales de asistencia y la conveniencia de promover la solidaridad internacional con las víctimas.

Sin embargo, actualmente, y en especial desde la reforma operada por la Ley Orgánica (en adelante LO) 7/2003, de 30 de junio², esta atención a las

¹ Vid. ampliamente sobre ellas Faraldo Cabana P., *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

² Sobre la LO 7/2003 vid. *in extenso* Faraldo Cabana P., “Un Derecho Penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en Faraldo Cabana P. (Coord.), Brandariz García J. A., Puente Aba L. (Dirs.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 299-340; y en Rivera Beiras I. (Coord.), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, 2005, pp. 395-433; también Rivera Beiras I., *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*, Editores del Puerto, 2ª ed., Buenos Aires, 2008, pp. 433-451. Se puede ver una excelente panorámica de la evolución de la normativa relativa al terrorismo en España en Aranda

víctimas es más consecuencia de una utilización populista de los deseos de venganza de éstas y sus familias por parte de partidos políticos y medios de comunicación que de una reflexión pausada en torno a la necesidad de atender sus necesidades. Ese origen espurio es particularmente visible en los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo, pues nos encontramos ante una forma de delincuencia que suscita un gran rechazo por parte de amplios grupos sociales, lo que da pie a que a la sociedad solicite, y el legislador asuma, la adopción de medidas de signo puramente inocuizador y retribucionista, orientadas básicamente a la introducción más o menos velada de la prisión perpetua para este grupo de delitos.

En concreto, en este trabajo pretendo analizar los medios de que dispone el Código penal para fomentar durante la ejecución de la pena de prisión la realización voluntaria de comportamientos postdelictivos positivos del condenado, que responden a la tutela de los intereses de la víctima, sobre todo de contenido patrimonial, resaltando la existencia de un sistema penitenciario de excepción para condenados por delitos de organización o grupo terrorista y de terrorismo.

En segundo lugar, analizaré si en la ejecución de la pena de prisión la tutela de los intereses de la víctima sirve al fin de resocialización del condenado o, antes bien, se ha convertido en un obstáculo para su reinserción, partiendo para ello de que “las penas privativas de libertad... estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social” (art. 25.2 de la Constitución española de 1978, en adelante CE), de forma que la introducción de

Ocaña M., “La política criminal en materia de terrorismo”, en Rivera Beiras I. (Coord.), *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, 2005, pp. 367-394, si bien únicamente alcanza hasta 2005.

consideraciones victimológicas es aceptable sólo si no perjudica ese objetivo básico de la ejecución de la pena de prisión, y en tanto pueda servir como elemento enriquecedor del tratamiento penitenciario y como dato a valorar a efectos del juicio de peligrosidad que debe hacerse en diversos momentos de la ejecución.

A los efectos de este estudio emplearé un concepto amplio de víctima que abarque tanto al ofendido o sujeto pasivo del delito, esto es, al titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito, como al perjudicado, coincida o no con el sujeto pasivo del delito.

Los principios sobre la protección a víctimas de actos terroristas del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 2005, indican que no se encuentra una definición de víctimas del terrorismo en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos ni en la jurisprudencia del Tribunal, pero se remite a la Resolución de las Naciones Unidas de 1985 sobre víctimas de delitos en general y al artículo 1 de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, sobre la posición de las víctimas en el proceso penal³. Víctima de terrorismo es, pues, aquella persona que ha sufrido un daño directo, físico o psíquico, como resultado de un acto terrorista, incluyendo, en su

³ En este documento se entiende por víctima “la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro” (art. 1). La distinción entre ofendido y perjudicado no reside en que el primero sería el directamente afectado por el delito y el segundo se vería sólo indirectamente afectado. Ambos son afectados directos, aunque la afectación recae sobre intereses distintos, y en ese sentido debe entenderse la definición de víctima que da la Decisión marco. Cfr. Peiteado Mariscal P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Edersa, Madrid, 2000, p. 328, nota núm.31. La distinción radica en que el

caso, a sus familiares cercanos. Esta definición es independiente de la identificación, arresto, procesamiento o condena del infractor.

2. El régimen general de acceso al tercer grado y a la libertad condicional.

2.1. La desaparición del período de seguridad obligatorio

La LO 7/2003 reformó el art. 36 CP para introducir el llamado “período de seguridad” en caso de condenas superiores a cinco años de privación de libertad⁴, de forma que “cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta”. Se rompía así el modelo diseñado en la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante LOGP), que era totalmente flexible y estaba presidido por la idea de no mantener a un interno en un grado inferior al que merece, haciendo posible el paso inmediato

perjudicado no es titular del bien jurídico protegido por el delito de que se trate, mientras que el ofendido sí.

⁴ La Instrucción 2/2005, de 15 de marzo, sobre modificación de las indicaciones de la Instrucción 2/2004, para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, señala que “para la aplicación del período de seguridad... se tendrá en cuenta la pena o penas impuestas consideradas de manera individual; es decir, que en los supuestos en los que el penado cumpla varias que sumadas aritméticamente o refundidas excedan de 5 años, pero que individualmente consideradas no excedan de este límite, no le será de aplicación el periodo de seguridad”. Sobre el proceso seguido para llegar a esta conclusión, vid. Faraldo Cabana P., “Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima y resocialización del condenado”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXVI, 2006, pp. 30-31, nota núm.55.

al tercer grado⁵. A continuación el art. 36.2 segundo párrafo CP recogía una excepción a la aplicación del período de seguridad: “El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador... podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento”. Era necesario para acceder a ese régimen general que el reo hiciera frente a la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el art. 72.5 LOGP para considerar que había observado buena conducta y existía respecto de él un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social⁶:

⁵ Como señala, entre otros, González Tascón M. M., “El período de seguridad”, en Álvarez García F. J., González Cussac J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 91. La redacción del art. 36.2 CP tras la reforma de 2003 derogaba parcialmente de forma tácita preceptos de la Ley Orgánica General Penitenciaria que no se habían modificado expresamente para coordinarlos con el Código penal, en particular el art. 72.3 LOGP, que establecía (y lo sigue haciendo) que “siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los anteriores”. Por su parte, el art. 72.4 LOGP declara que “en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”. El Consejo General del Poder Judicial propuso en sus *Informes del Consejo General del Poder Judicial sobre las Reformas Penales*, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2003, pp. 38-39, la modificación expresa de estos artículos para evitar contradicciones, pero su sugerencia no fue acogida en su día por el legislador.

⁶ La LO 7/2003 también introdujo en el art. 72 LOGP un nuevo apartado que aludía, y lo sigue haciendo, no sólo o no exclusivamente al pago de la responsabilidad civil, sino a un conjunto de circunstancias que deben ser valoradas globalmente. Sobre ellas vid. Tamarit Sumalla en García Albero R., Tamarit Sumalla J. M., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 122 ss; del mismo autor, Tamarit Sumalla J. M., “La

“La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Singularmente se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

a) Delitos contra el patrimonio y contra el

introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: ¿una respuesta al rearme punitivo?”, *Revista Electrónica Penal Iustel*, núm.1, 2004, pp. 8-9. Las valora positivamente, al entender que permiten considerar los intereses de la víctima en la concesión de estos beneficios y demostrar la voluntad del legislador de que la buena conducta objeto de valoración no sea simplemente el comportamiento disciplinario del condenado en la cárcel, Mapelli Caffarena B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson-Civitas, 5ª ed., Madrid, 2011, pp. 194-195. Más matizado Tamarit Sumalla J. M., “¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?”, en Tamarit Sumalla J. M. (Coord.), *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 42, señala que “lo positivo de la reforma es el hecho de haber marcado una tendencia hacia la consideración de los intereses de la víctima en la ejecución... Sin embargo, ha estado muy desacertada la visión reduccionista de la reparación, identificada meramente con la responsabilidad civil derivada del delito, lo cual distorsiona la lógica político-criminal a la que debería haber servido”.

orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.

b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.

c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal”.

La reforma operada por la LO 5/2010 ha incidido notablemente sobre esta regulación. En primer lugar, en el régimen general la aplicación obligatoria del período de seguridad siempre que la duración de la pena de prisión impuesta fuera superior a cinco años se sustituye por una aplicación potestativa para el juez o tribunal, que “podrá ordenar que la clasificación del condenado en tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta” (art. 36.2 CP).

Téngase en cuenta que al dejar la decisión de imponer o no el período de seguridad en manos del juez o tribunal sentenciador, en lugar de obligarle a aplicarlo siempre que la condena fuera superior a cinco años y permitir que excepcionalmente sea el juez de vigilancia penitenciaria quien lo modifique, resulta que el órgano que ha de tomar ahora la decisión no dispone de los informes de Instituciones Penitenciarias, por lo que le falta un elemento importante de ponderación. De hecho, “se echa en falta la previsión en la Ley de algún parámetro que guíe al órgano sentenciador en la adopción de la decisión de imponer el período de seguridad”⁷.

⁷ González Tascón M. M., “El período de seguridad”, *op. cit.*, p. 93.

La decisión eventualmente adoptada de aplicar el período de seguridad puede modificarse durante la ejecución, pues “el Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de inserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento...”⁸.

Es lamentable que no se haya aprovechado la reforma de 2010 para eliminar la referencia a la necesidad de dar audiencia a “las demás partes” antes de aplicar el régimen general de cumplimiento, que sólo puede entenderse como alusiva a las acusaciones popular y particular, de manera que la víctima que se haya personado en el procedimiento debe ser escuchada antes de tomar la decisión de aplicar el régimen general de cumplimiento⁹. Podría pensarse que esta previsión

⁸ Debemos entender por régimen general de cumplimiento la regulación del Reglamento Penitenciario, que prevé no conceder el tercer grado en condenas superiores a un año si no se ha cumplido una cuarta parte de la condena, con ciertas excepciones.

⁹ Se recoge así una de las propuestas que hacía un sector doctrinal favorable a facilitar la intervención de la víctima durante la ejecución de la pena de prisión. Vid. entre otros Torán Muñoz A., “La posición de la víctima en el sistema penal español”, en Echano Basaldúa J. I. (Coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 589-591. Más restrictivo, entiende que son partes únicamente el recluso y la víctima personada Benito López R., “La quiebra de la finalidad resocializadora de la pena, y la resurrección de la prisión por deudas”, en Jorge Barreiro A., y Otros, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 99, que critica que haya que oír a Instituciones Penitenciarias cuando ya ha emitido el pronóstico individualizado de reinserción, pues “supone una duplicidad de actos que retrasan y encarecen indebidamente el procedimiento”. También lo critica Marcos Madruga F. de, “Artículo 36”, en Gómez Tomillo M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 291.

se acomoda al principio X de los principios sobre la protección de las víctimas de actos terroristas, aprobados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de marzo de 2005, de acuerdo con el cual se reafirma el derecho de las víctimas a recibir información sobre el estado del procedimiento en todas las fases, así como al art. 4.3 de la Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que señala que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar, al menos en el caso de que pueda existir un riesgo para la víctima, que en el momento de la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada por la infracción, se pueda decidir, en caso necesario, informar de ello a la víctima”. Pero recibir información no es lo mismo que ser escuchada. En mi opinión nada pueden añadir que sea de interés para tomar la decisión de aplicar el régimen general de cumplimiento, ya que todos los extremos a que alude el art. 72.5 LOGP se han fijado ya en la sentencia o se desprenden de los hechos considerados probados en ella (estimación del enriquecimiento obtenido por la comisión del delito, el entorpecimiento producido al servicio público, la naturaleza de los daños y perjuicios causados, el número de perjudicados y su condición, datos todos ellos que se deben tomar en consideración para determinar la pena), son conocidos por el juez (conducta efectivamente observada en orden a cumplir la responsabilidad civil, las condiciones personales y patrimoniales del culpable), o bien, por último, deben ser valoradas por él, no por la acusación popular o particular (capacidad real de satisfacer la responsabilidad civil, garantías que permitan asegurar la satisfacción futura).

Hay que valorar positivamente que la aplicación del período de seguridad se haya convertido en una medida potestativa, no obligatoria, para el juez o tribunal. En cualquier caso, supone una mejora respecto de la situación anterior a la reforma de 2010, aunque no, ciertamente, respecto de la situación anterior a la reforma de 2003.

2.2. El pago de la responsabilidad civil como condición para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional

Tras la reforma de 2010 sigue siendo necesario cumplir los criterios establecidos en el art. 72.5 LOGP por la reforma de 2003 para acceder o progresar al tercer grado.

Se ha de valorar no sólo el dato objetivo del pago o no de la responsabilidad civil, sino también, en caso de que no se haya pagado en su totalidad, la conducta efectivamente observada respecto de la asunción del pago y, de no haberse producido, si el penado tiene capacidad real para hacerlo y presta garantías que permitan asegurar la satisfacción futura.

Aunque no se prevé expresamente el caso de que el penado sea insolvente, como sí sucede el art. 81.3ª CP al regular la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, y tampoco se contempla el supuesto de que la responsabilidad civil haya prescrito, estas circunstancias, debidamente acreditadas, no pueden ser obstáculo para acceder al régimen general de cumplimiento¹⁰. Hay que tener en cuenta no sólo

la insolvencia, sino la disposición mostrada para reparar, como se desprende implícitamente de la alusión a la capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera. Si no fuera así se estaría

responsabilidad civil debe referirse a las posibilidades de reparación de acuerdo con la situación económica del penado en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su progresión de grado". Así también Berdugo Gómez De La Torre J. R., "Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código penal", en Castellano Rausell P. (Dir.), *Las últimas reformas penales*, Cuadernos de Derecho Judicial III-2005, Madrid, pp. 145-146; Cervelló Donderis V., "Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria", *La Ley Penal*, núm.8, año I, septiembre 2004, p. 15; Juanatey Dorado C., "La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal", *La Ley Penal*, núm.9, año I, octubre 2004, p. 18; Leganés Gómez S., *La evolución de la clasificación penitenciaria*, Ministerio del Interior, Madrid, 2005, pp. 131-132. Vid. sin embargo Fernández Aparicio J. M., "La satisfacción de la responsabilidad civil y su incidencia en el ámbito penitenciario", *Revista del Poder Judicial*, núm.74, segundo trimestre 2004, p. 49, quien entiende que "exigimos con esta reforma abonar la responsabilidad civil a quien incluso ha sido declarado insolvente y ello tras haber realizado una investigación de su capacidad patrimonial", aunque más adelante apunta que "la medida con la que (la ley) es aplicada por jueces y fiscales permite evitar que quien carezca de bienes o capacidad de pagar pueda verse perjudicado en su situación penitenciaria" (p. 51). La Instrucción 2/2005, de 15 de marzo, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, parece contemplar una interpretación más generosa del pago de la responsabilidad civil, al no limitarla al pago efectivo y considerar otros criterios como la situación económica del reo y sus posibilidades de afrontar el pago en el futuro. Así, se dispone que "en los demás casos, la voluntad y capacidad de pago será valorada ponderadamente por la Junta de Tratamiento a la hora de realizar las propuestas de tercer grado, siendo necesario acompañar a la propuesta copia de la resolución judicial de declaración de insolvencia del penado dictada en los correspondientes procesos penales, así como justificar la situación económica actual del interno que le impide afrontar el pago (extracto de la hoja de peculio que refleje la escasez de ingresos, informe de los servicios sociales al respecto...) y el compromiso firmado por el mismo de comenzar a satisfacerla si durante el tercer grado o el disfrute de la libertad condicional desarrolla un trabajo remunerado Si el interno ya viniere pagando

¹⁰ De entenderlo de otra forma tendría razón Benito López R., "La quiebra", *op.cit.*, pp. 100 ss, cuando afirma que nos encontramos ante una prisión por deudas para los delincuentes pobres y que la exigencia a todos los presos del pago de la responsabilidad civil para progresar de grado vulnera el principio de igualdad. El Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, *op.cit.*, p. 45, recuerda que "la exigencia de satisfacción de la

condicionando la progresión de grado a la satisfacción de intereses particulares que, aunque dignos de tutela, disponen de otros mecanismos de naturaleza no penal para hacerse efectivos.

Lo que se encomienda a la junta de tratamiento, y por vía de recurso al juez de vigilancia penitenciaria, es en definitiva una decisión discrecional en la que debe primar el principio de la “reparación en la medida de la propia capacidad” y en la que la norma rehuye el formalismo de las declaraciones de insolvencia para que se valore tal capacidad con arreglo al conjunto de las circunstancias del delito y del responsable.

Ya se ha apuntado en la doctrina que “si el primero de los criterios se puede calificar de objetivo, sin embargo, el resto son eminentemente valorativos, lo cual va a generar un caldo de cultivo propicio a resoluciones diversas por parte de los diferentes JVP pues directa o indirectamente va a ser el juez previo informe del fiscal quien valore estos criterios subjetivos”¹¹.

Se trata, por tanto, de interpretar este requisito de forma análoga a como se hace respecto de la sustitución de la ejecución de la pena, esto es, no como una condición absoluta para su disfrute, sino abordándolo desde una perspectiva preventivo-especial que valore el esfuerzo realizado por el penado para satisfacer los intereses patrimoniales de la víctima de acuerdo con sus posibilidades¹².

fraccionadamente la responsabilidad civil se señalará y documentará tal extremo”.

¹¹ Fernández Aparicio J. M., “La satisfacción”, *op.cit.*, p. 52.

¹² Ya lo apuntaba el Consejo General del Poder Judicial en los *Informes*, cit., pp. 26-28. En este sentido vid. también Juanatey Dorado C., “La Ley”, *op.cit.*, p. 24; Leganés Gómez S., *La evolución*, *op.cit.*, pp. 129-130. A juicio de Bueno Arús F., “Las reformas de las leyes penitenciarias en España a la luz de los fines del Derecho”, en Jorge Barreiro A., y Otros, *Homenaje al*

Ahora bien, al respecto hay que señalar que estamos hablando de sujetos que ya llevan un cierto tiempo en prisión, y dentro de la prisión es difícil generar ingresos¹³.

Es criticable que entre los criterios que se han de tener en cuenta se incluyan “la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición”, pues son datos que ya han sido valorados en el momento de la sentencia, a la hora de determinar la pena y fijar la cuantía de la responsabilidad civil. “No parece que estas circunstancias deban ser valoradas por el Juez de Vigilancia en orden a apreciar el esfuerzo y disposición desplegados por el penado para satisfacer la responsabilidad civil –*ex delicto*–”¹⁴.

En lo que respecta a la concesión de la libertad condicional se exige, en primer lugar, que el sentenciado se encuentre en el tercer grado de tratamiento penitenciario, y en segundo lugar, que se hayan extinguido tres cuartas partes de la condena impuesta, puntualizándose respecto del tercero, consistente en que se haya observado buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe previsto en el art. 67 LOGP, que “no se entenderá cumplida la circunstancia

Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 162, así se “busca un principio de equilibrio entre el interés social en el castigo del delincuente, el interés del delincuente en que no se le cierren las posibilidades que ofrece la Constitución y el interés de la víctima en volver a la situación primigenia”.

¹³ Cfr. Gudín Rodríguez-Magariños F., “Efectividad de la responsabilidad civil *ex delicto*: ¿impunidad civil?”, *La Ley Penal*, núm.26, año III, abril 2006, p. 40.

anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria” (art. 90.1 CP), declaración que resulta redundante puesto que ya se establece como requisito para acceder al tercer grado el pago de la responsabilidad civil, y si no se está en tercer grado no se puede acceder a la libertad condicional.

Se mantiene en 2010 la vía excepcional de adelantamiento de la libertad condicional prevista en el art. 91.2 CP¹⁵, que permite un acortamiento de la estancia en prisión hasta la mitad de la duración de la pena si el penado, además de haber desarrollado las actividades anteriormente descritas, acredita la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de desintoxicación o tratamiento, en su caso. “Las mayores restricciones derivadas de la exigencia de reparación del daño se ven así compensadas por un tratamiento incentivador de la reparación”¹⁶, lo

¹⁴ Berdugo Gómez De La Torre J. R., “Alternativas”, *op.cit.*, p. 139.

¹⁵ Art. 91.2 CP: “A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso”.

¹⁶ Tamarit Sumalla J. M., “La introducción”, *op.cit.*, p. 7; Del mismo autor, Tamarit Sumalla J. M., “¿Hasta qué punto...?”, *op.cit.*, pp. 42-43. Vid. también

que debe valorarse positivamente. No merece la misma valoración, sin embargo, que se exija informe previo de “las demás partes”, que sólo puede entenderse, de nuevo, alusiva a las acusaciones popular y particular. En mi opinión nada pueden añadir que sea de interés para tomar la decisión de aplicar el adelantamiento de la libertad condicional, pues ni siquiera la participación en programas de reparación a las víctimas tiene que haber supuesto un contacto con la víctima concreta¹⁷.

3. El régimen especial de acceso al tercer grado y a la libertad condicional para condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo

3.1. El mantenimiento del período de seguridad obligatorio para condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo, entre otros

Aunque ha desaparecido el período de seguridad obligatorio con carácter general, se mantiene la necesidad de cumplimiento de la mitad de la condena para acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo (entre otros, pues también se habla de los delitos

Berdugo Gómez De La Torre J. R., “Alternativas”, *op.cit.*, pp. 161-163.

¹⁷ Hay que evitar que se trate de manera desigual a los penados según la naturaleza del delito cometido, ya que si se exige que se mantengan contactos con la víctima concreta no sería posible que los responsables de delitos “sin víctimas” o con víctima que no desea colaborar en el programa, o que no ocasionaron daños o perjuicios civilmente indemnizables, accedieran a esta posibilidad si no son drogodependientes ni necesitan tratamiento.

cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, como antes de la reforma de 2010, que ha añadido la mención de los delitos del art. 183 CP, que son los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, y los delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II, esto es, prostitución y corrupción de menores, cuando la víctima sea menor de trece años).

No voy a analizar las razones por las que se mencionan estos delitos y no otros de igual o mayor gravedad. En el Preámbulo de la reforma de 2010, el legislador se limita a indicar que el período de seguridad obligatorio “se estima conveniente para estos grupos de delitos de extrema gravedad” (apartado III), sin explicar las razones de esa “conveniencia”. Son, en todo caso, motivaciones de carácter extra-jurídico las que han llevado al legislador a elaborar esta lamentable lista¹⁸. La única excepción es, precisamente, la relativa a la delincuencia organizada, pues en esta materia el art. 11.4 de la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada, firmada en Palermo los días 12 a 15 de diciembre de 2000, apunta que “cada Estado Parte velará por que sus tribunales u otras autoridades competentes tengan presente la naturaleza grave de los delitos

¹⁸ Aunque el legislador se refiera en el Preámbulo de la LO 5/2010 a que se trata de una “grupos de delitos de extrema gravedad”, hay que puntualizar que la especial peligrosidad criminal que pudieran manifestar sus autores se podría controlar igualmente, como apunta Baucells Lladós J., “Artículo 36”, en Córdoba Roda J., García Arán M. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 439, “a través del sistema de individualización científica que valora las circunstancias concretas del condenado y no se basa en pronósticos generales de peligrosidad criminal”, que más que pronósticos son presunciones que no admiten prueba en contrario. Vid. también críticamente González Tascón M. M., “El período de seguridad”, *op.cit.*, pp. 93-94.

comprendidos en la presente Convención al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de tales delitos”.

En estos casos no existe la posibilidad de que el juez de vigilancia penitenciaria acuerde la aplicación del régimen general de cumplimiento¹⁹. Obsérvese que, por los delitos que nos interesan a efectos de este trabajo, se mencionan tanto los referentes a organizaciones y grupos terroristas (art. 571 CP) como los de terrorismo (arts. 572 a 580 CP).

Estos delitos se ven afectados, además, por lo dispuesto en el art. 78 CP, que recoge una serie de medidas que pretenden garantizar el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas impuestas por dos o más delitos en determinados casos. Recuérdese que sigue siendo potestativo para el juez o tribunal sentenciador “acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias... si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas” (art. 78.1 CP). Ahora bien, este acuerdo se convierte en preceptivo “en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas”. Esto significa que siempre que el reo resulte condenado a más de 50, 60 u 80 años, según los casos, y por aplicación de los límites

¹⁹ Como propone que se haga *de lege ferenda* Fuentes Osorio J. L., “Período de seguridad”, en Ortiz De Urbina Gimeno, I. (Dir.), *Memento experto Francis Lefebvre Reforma Penal Ley Orgánica 5/2010*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 743.

legales contemplados en el art. 76 CP sólo pueda cumplir respectivamente 25, 30 o 40 años, será obligatorio para el juez o tribunal realizar el cómputo para los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y la libertad condicional atendiendo a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, y no al límite máximo de cumplimiento efectivo. Esta regulación supone que en algunos casos el condenado no llegará a disfrutar ni de beneficios penitenciarios, ni de permisos, por no hablar del tercer grado o de la libertad condicional, puesto que llegará antes al límite máximo de años que puede cumplir (25, 30 o 40 según los casos) que a la mitad de la condena impuesta, que puede ser de cientos de años. Teniendo en cuenta que esta regulación puede resultar manifiestamente desproporcionada en algún caso, se permite que “el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento” (art. 78.3 CP), esto es, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran nuevamente al límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable. De esta excepción se exceptúan, valga la redundancia, los delitos de organización y grupo terrorista y de terrorismo contemplados respectivamente en el art. 571 CP y en los arts. 572 a 580 CP²⁰ y los cometidos en el

²⁰ Aunque el precepto menciona únicamente los delitos de terrorismo, la disposición adicional primera de la LO 5/2010 establece que “las referencias que se hacen

seno de organizaciones criminales, en cuyo caso “la anterior posibilidad sólo será aplicable: a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena” (art. 78.3 CP). Puede comprobarse aquí el afán retribucionista del legislador, que pretende que tanto los condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas, delitos de terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales que se encuentren en la situación contemplada en el art. 78 CP pasen en primer o segundo grado penitenciario el mayor tiempo posible, todo el de la condena si son peligrosos y cuatro quintas partes si no lo son y su pronóstico de reinserción es favorable, lo que a mi juicio resulta manifiestamente desproporcionado²¹.

El Consejo General del Poder Judicial justificó en su día la introducción del período de seguridad obligatorio con argumentos basados en la prevención general positiva o integradora²², lo que no es aceptable si se parte, como aquí hacemos, de

a los delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II... en los artículos 78, 90 y 91 del Código Penal, se entenderán hechas a delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de dicho Código...”.

²¹ Sobre esta regulación, vid. Acale Sánchez M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 91 ss.

²² Cfr. *Informes, op.cit.*, pp. 39-41. En efecto, se afirma que el período de seguridad es sinónimo de “compensación por el ilícito grave cometido, prevaleciendo durante este periodo consideraciones de prevención general sobre las relativas a la prevención especial. La comunidad no entendería que el autor de un delito grave pudiera acceder a un régimen abierto desde el inicio de su condena, y, en consecuencia, el

que lo que se esconde detrás de ella no es más que una doctrina de corte autoritario, discriminatorio, que redundaría en un mayor intervencionismo en la esfera interna del ciudadano. Además de que no se tiene en cuenta que en la fase de ejecución de la pena deben primar las consideraciones de prevención especial²³. A ello apunta el legislador en el preámbulo de la LO 5/2010, cuando señala que “la remodelación del llamado “período de seguridad” garantiza la primordial finalidad constitucional de la pena, la resocialización”. Pero con ello reconoce que tal finalidad constitucional se abandona cuando se impone el período de seguridad como medida obligatoria en determinadas clases de delitos, con independencia de otros elementos que deberían tenerse en cuenta.

3.2.La satisfacción de la responsabilidad civil y otros comportamientos postdelictivos positivos como condición para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional de condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas, de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales

Se mantiene en la Ley Orgánica General Penitenciaria, sin modificación, que “la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código

sentimiento de vigencia del ordenamiento jurídico podría resentirse”.

²³ Cfr. Acale Sánchez M., “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”, en Faraldo Cabana P. (Coord.), Brandariz García J. A., Puente Aba L. (Dirs.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 360; Baucells Lladós J., “Artículo 36”, *op.cit.*, p. 438; Morillas Cueva L., “Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el Código penal español”, en Castro Antonio J. L. de (Dir.), *Derecho penitenciario II*, CGPJ, Madrid, CDJ XVII-2003, p. 42.

Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades” (apartado 6º del art. 72 LOGP, introducido por la LO 7/2003).

Esta regulación, en lo que se refiere a la colaboración con la Administración de Justicia (no en los aspectos relacionados con la reparación) parece estar inspirada en la legislación italiana, que en el marco de la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada de tipo mafioso impide la aplicación de medidas alternativas a la prisión para los “irreductibles” por el mero hecho de la falta de

colaboración²⁴, además de permitir, cuando se den “graves motivos de orden y de seguridad pública”, suspender la aplicación del tratamiento, “lo que, por otro lado, no significa que la adopción de formas de cárcel dura, según los parámetros de la teoría de la pena -retribución o prevención negativa- que ya con la Reforma penitenciaria de 1975 se creía haber abandonado”²⁵.

Al respecto ha de señalarse, en primer lugar, que también los condenados por delitos de terrorismo, como el resto de los penados, deben pagar o esforzarse en pagar la responsabilidad civil que les corresponda como condición necesaria, que no suficiente, para conseguir el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social necesario para la clasificación o progresión al tercer grado, en los términos que hemos visto en el apartado anterior.

En segundo lugar, conviene tener presente que quedan al margen los delitos referentes a organizaciones o grupos terroristas, pues se contienen en el art. 571 CP, fuera de la sección 2ª

²⁴ Vid. el art. 4 *bis* de la Ley Penitenciaria italiana, modificado por el art. 1 de la Ley 356/1992. Sobre esta regulación, Cesari F., “Art. 4 *bis*”, en Guazzaloca B. (a cura di), *Codice commentato dell’esecuzione penale. Volume I*, UTET, Torino, 2002, pp. 4-17; Guazzaloca B., “Criterio del “doppio binario”, utilizzo della “premiabilità” e “degiurisdizionalizzazione” del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza”, en Giostra G., Insolera G. (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 144 ss.

²⁵ Moccia S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm.5, julio 2000, p. 23. Sobre la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada a través del Ordenamiento penitenciario, vid. Laudi M., *Terroristi “pentiti” e liberazione condizionale*, Giuffrè, Milano, 1984; Pavarini M., *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, 2ª ed., Edizioni Martina, Bologna, 1996, pp. 249 ss; Presutti A., *Profili premiali dell’ordinamento penitenziario*, Giuffrè, Milano, 1986; Presutti A. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Giuffrè, Milano, 1994, *passim*.

del capítulo V, a los que sí hace mención el art. 36.2 CP, lo que supone una falta de coordinación entre la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Código penal que lleva a que las exigencias a mayores que contempla el art. 72.6 LOGP para clasificar en tercer grado a los condenados por delitos de terrorismo no sean aplicables a los condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas, lo cual, como poco, resulta sorprendente.

En tercer lugar, en lo que respecta a la demostración inequívoca de haber abandonado los fines y los medios terroristas, hay que destacar que se produce la vinculación de la progresión de grado a una opción político-ideológica, como demuestra el hecho de que no sólo hayan de rechazar los medios terroristas, básicamente el empleo de la violencia, sino también los fines, que pueden ser perfectamente legítimos y defendibles en el marco de un Estado de Derecho siempre que se utilicen medios no violentos, como la independencia de una parte del territorio nacional. No sólo “el legislador se extralimita al incurrir en lo que se ha denominado “prohibición de la simpatía”, como se refleja en la alusión al abandono de los “fines” de la actividad terrorista y en la demanda de desvinculación del entorno”²⁶, sino que se olvida que no se trata de someter al penado a un “lavado de cerebro”, pues la resocialización ha de limitarse estrictamente “a lograr que los ciudadanos se abstengan de cometer delitos, pero sin intentar que asuman como propios valores o creencias que, en ningún caso,

²⁶ Prats Canut, Tamarit Sumalla en Quintero Olivares G. (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 532. Entiende que “la declaración expresa de repudio y el perdón de las víctimas no respetan la libertad ideológica individual”, Leganés Gómez S., *La evolución, op.cit.*, p. 141.

deberían entrar a formar parte de su acervo ideológico personal. Se trata, pues, del respeto aséptico a los bienes jurídicos, no de la aceptación sincera de los mismos como algo necesariamente positivo²⁷. Debería bastar con la aportación de indicios que acrediten la desvinculación. El abandono de la concepción de la resocialización respetuosa con el libre desarrollo de la personalidad del penado no puede ser más claro. Todo ello sugiere la utilización de la cárcel como instrumento material para la formación del consenso, o dicho con otras palabras, la reformulación del fin resocializador de la pena en clave de razón de Estado²⁸.

A la desvinculación de la organización o grupo terrorista se suma la necesidad de una “petición expresa de perdón a las víctimas del delito”.

No faltan experiencias en el Derecho comparado que pretenden la combinación de “*reintegration with shaming*”, esto es, el empleo de estrategias de resocialización basadas en rituales y ceremonias que causan la vergüenza del infractor²⁹.

²⁷ Díaz Pita M. M., Faraldo Cabana P., “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, *RdPP*, núm.7, 2002-1, pp. 126-127. Critican esta previsión Acale Sánchez M., “Terrorismo”, *op.cit.*, p. 366; Cervelló Donderis V., “Los nuevos criterios”, *op.cit.*, p. 16; Sánchez García De Paz I., “El coimputado que colabora con la justicia penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-05, 2005, p. 27; Tamarit Sumalla en García Albero R., Tamarit Sumalla J. M., *La reforma de la ejecución penal*, cit., pp. 108-109.

²⁸ Ampliamente sobre esta cuestión, vid. Faraldo Cabana P., “Medidas premiales durante la ejecución de condenas por delitos de terrorismo y delincuencia organizada. Hacia un subsistema penal y penitenciario de excepción”, en Cancio Meliá M., Gómez-Jara Díez C. (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Volumen I*, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 757-798.

²⁹ Sobre estas prácticas vid. Braithwaite J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, *pássim*, que fue el primero en teorizarlas, en 1989. Ofrecen evaluaciones de distintos programas basados en ellas, entre otros, Vagg J.,

Además de que esta terminología “tiene connotaciones moralistas que suponen el riesgo de una aplicación abusiva”, es de lamentar “la creación de categorías especiales de víctimas, al plantearse el perdón como algo exigible al penado tan sólo respecto a algunas de ellas, lo cual resulta improcedente desde el punto de vista victimológico e inadecuado desde el prisma del principio de igualdad”³⁰. Y es que cabe preguntarse por qué las víctimas de los delitos de terrorismo merecen un tratamiento especial a este respecto que no se ofrece a las víctimas de cualquier otro delito violento. Sólo la presión

“Delinquency and Shame: Data from Hong Kong”, *British Journal of Criminology*, vol.38, nº 2, Spring 1998, pp. 247 ss; y Young R., Goold B., “Restorative Police Cautioning in Aylesbury – From Degrading to Reintegrative Shaming Ceremonies”, *Criminal Law Review*, 1999, pp. 126 ss. Crítico Von Hirsch A., *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 54-58 y 117-118, que señala, en primer lugar, la dificultad de causar vergüenza, que es una respuesta del infractor, y en segundo lugar, que la vergüenza no elimina los incentivos al delito, preguntándose además por el significado del elemento reintegrador en estas prácticas. Por lo demás, parece que los mayores índices de éxito, nunca espectaculares, se consiguen con delincuentes juveniles. También muy crítico Whitman J. Q., “What Is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?”, *Yale Law Journal*, vol. 107, nº.4, January 1998, pp. 1060 ss. Más recientemente, Kubiciel M., “Shame Sanctions – Ehrenstrafen im Lichte der Strafrechtstheorie”, *ZStW*, Vol. 118, núm.1, 2006, pp. 44-75.

³⁰ Tamarit Sumalla en García Albero R., Tamarit Sumalla J. M., *La reforma de la ejecución penal*, *op.cit.*, p. 125; del mismo autor, Tamarit Sumalla J.M., “La introducción”, *op.cit.*, p. 9; del mismo autor, Tamarit Sumalla J.M., “¿Hasta qué punto...?”, *op.cit.*, p. 42. Vid. también Cervelló Donderis V., “Los nuevos criterios”, *op.cit.*, p. 21; Juanatey Dorado C., “La Ley”, *op.cit.*, p. 17; Pérez Cepeda A. I., *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 459-464. Sin embargo, Castro Antonio J. L., “La ejecución de la pena en materia terrorista”, en Mir Puig, S., Queralt Jiménez J. J. (Dirs.), *La seguridad pública ante el Derecho penal*, Edisofer-Bdef, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 224, tras indicar que “la emisión de este perdón en prácticamente la totalidad de los casos queda reducida a su incorporación en el expediente disciplinario, sin que se haga un traslado efectivo a la víctima”, apunta que “sería conveniente

ejercida por la Asociación de Víctimas del Terrorismo³¹, convertida en auténtico *lobby* a favor de una política penal y penitenciaria antiterrorista de extrema dureza, puede explicar, que no justificar, esta regulación.

Quede constancia que no me opongo a que la petición de perdón se configure como una forma simbólica de reparación en los casos en que no es posible o no procede el pago de la responsabilidad civil *stricto sensu*. Ya se hacía mención a ella con este sentido supletorio del pago de la responsabilidad civil en el párrafo 1 del Proyecto Alternativo de Reparación (AE-WGM), junto con otras prestaciones inmateriales como las entrevistas de conciliación. El problema es que no es a esto a lo que apunta la normativa vigente en España, donde la atención a la víctima, que en principio merece toda clase de aplausos, se acaba convirtiendo en un esfuerzo por satisfacer sus ansias de venganza, comprensibles sin duda, pero a las que no se debe dar juego en el marco de la ejecución penal³².

En cuarto lugar, además de desvincularse de la organización terrorista y de las asociaciones y colectivos de su entorno el penado ha de colaborar

exigir al arrepentido una expresión pública de arrepentimiento...”.

³¹ La Asociación de Víctimas del Terrorismo (AVT), constituida en 1981, es una de las más importantes asociaciones en este ámbito. Está ideológicamente vinculada al Partido Popular español y se ha manifestado en numerosas ocasiones en contra de cualquier medida que suponga reducir la condena de los presos de ETA o dulcificar sus condiciones de cumplimiento. Vid. los diversos comunicados realizados en su página web www.avt.org.

³² Sobre el origen del Derecho penal como negación de la venganza y sobre la función actual del Derecho penal de reducción al mínimo del sufrimiento de las víctimas y de los autores de los delitos, previniendo incluso las respuestas irracionales de las víctimas, vid. la obra clásica de Ferrajoli L., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 1990,

activamente con la Administración de Justicia. No se tiene en cuenta que la alusión a los delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código penal, arts. 572 a 580 CP, incluye delitos cometidos por quienes no pertenecen a organización o grupo terrorista alguno, como sucede con los recogidos en los arts. 576 *bis*, 577 o 578 CP, de manera que resultan absurdos o imposibles de cumplir los requisitos que se les impone para acceder al tercer grado. Y por cierto, lo que se le exige que haga (impedir la producción de otros delitos, la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, etc.) parece escasamente compatible con el hecho de que se trata de requisitos para el acceso al tercer grado, es decir, que el penado ya ha cumplido la mitad de su condena (o cuatro quintas partes, si le es de aplicación el art. 78.3 CP), con lo que es dudoso que pueda suministrar información actualizada y relevante³³. A lo que se añade que con ello se prima la delación, que siempre ha sido objeto de numerosas críticas³⁴. Por no olvidar que quienes no son miembros de la organización o grupo terrorista difícilmente podrán ofrecer algún dato relevante. Todo ello lleva a sospechar que lo que se pretende es garantizar el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas impuestas por terrorismo.

pp. 326-327. También Donini M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 79 ss.

³³ Se trata de una objeción generalizada. Así, Benito López R., “La quiebra”, *op.cit.*, p. 96; Leganés Gómez S., *La evolución*, *op.cit.*, p. 139; Renart García F., *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Edisofer, Madrid, 2003, pp. 184 ss. Vid. también Juanatey Dorado C., “La Ley”, *op.cit.*, p. 17, que señala que “esa exigencia puede ser imposible de cumplir (si el condenado carece de información), o incluso podría suponer la puesta en peligro de su vida”.

³⁴ Vid. Faraldo Cabana P., *Las causas de levantamiento de la pena*, *op.cit.*, pp. 294 ss. También Acale Sánchez M., “Terrorismo”, *op.cit.*, pp. 365-367, muy crítica.

En relación con la libertad condicional se insiste en la misma línea, ya que a los condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo, así como por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales se les vuelve a imponer la misma condición de estar desvinculados de la actividad criminal que ya se prevé en la legislación penitenciaria para acceder al tercer grado³⁵, si bien hay que puntualizar que lo previsto en ella sólo es aplicable a delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales, y no a delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas, pues la normativa penitenciaria no ha sido reformada por la LO 5/2010. De acuerdo con el art. 90.1 CP, “en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código³⁶, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las

³⁵ Cfr. Acale Sánchez M., “Terrorismo”, *op.cit.*, pp. 365-366; Faraldo Cabana, P., “Un Derecho penal de enemigos”, *op.cit.*, pp. 326 ss; Sánchez García De Paz I., “El coimputado”, *op.cit.*, p. 27. Además, coinciden parcialmente con uno de los criterios empleados para determinar la clasificación en primer grado recogidos en el art. 102 RP: “pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas”.

³⁶ Como ya se ha apuntado, aunque el precepto menciona únicamente los delitos de terrorismo, la disposición adicional primera de la LO 5/2010 establece que “las referencias que se hacen a los delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II... en los artículos 78, 90 y 91 del Código Penal, se entenderán hechas a delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de dicho Código...”.

autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”³⁷.

El requisito general conforme al cual han de haberse extinguido las tres cuartas partes de la condena para obtener la libertad condicional puede sustituirse por la extinción de dos tercios siempre que el sujeto merezca el beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales (art. 91.1 CP). Pues bien, esta excepción no es aplicable a los condenados por delitos referentes a

³⁷ Esta redacción es prácticamente igual a la del art. 76.2 LOGP. Su antecedente inmediato es el art. 98 *bis* CP 1944/73, en redacción otorgada por la LO 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código penal. Cfr. Tamarit Sumalla en García Alberó R., Tamarit Sumalla J. M., *La reforma de la ejecución penal*, *op.cit.*, pp. 106 ss, criticando duramente que se exija tanto una conducta negativa, la disociación, como una positiva, la delación. De nuevo cabe apuntar que se trata de conductas difícilmente al alcance de quien ya lleva en prisión un período largo de tiempo. El Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, *op.cit.*, p. 47, entiende que este requisito “debe referirse a la posibilidad de una colaboración exigible al penado, y no como condición necesaria para el acceso a la libertad condicional

organizaciones y grupos terroristas³⁸, de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, a los que tampoco se les permite acceder a la vía extraordinaria de adelantamiento de la libertad condicional que prevé el art. 91.2 CP, que permite un acortamiento de la estancia en prisión hasta la mitad de la duración de la pena si el penado, además de haber desarrollado las actividades anteriormente descritas, acredita la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de desintoxicación o tratamiento, en su caso. “Ninguna otra justificación que no sea el puro retribucionismo puede fundamentar la exclusión de los colectivos referenciados (terroristas y delincuentes organizados) de la posibilidad de acceder a la libertad condicional de un modo anticipado”³⁹. No otros son los motivos que llevan al legislador a imponer esta forma agravada de ejecución de las penas privativas de libertad a los condenados por delitos de terrorismo, incluyéndose a los delincuentes organizados en un intento fútil de enmascarar que se crea un subsistema penitenciario de excepción para terroristas.

Es prueba de que sólo se piensa en los terroristas el que el art. 90.1 CP, al puntualizar cuándo se entiende que hay pronóstico de reinserción social,

entendida en término de eficacia policial”, propuesta que comparto plenamente.

³⁸ Como ya se ha apuntado, aunque el precepto menciona únicamente los delitos de terrorismo, la disposición adicional primera de la LO 5/2010 establece que “las referencias que se hacen a los delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II... en los artículos 78, 90 y 91 del Código Penal, se entenderán hechas a delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de dicho Código...”.

mencione los fines y medios de la actividad “terrorista”, la comisión de otros delitos “por parte de la organización o grupo terrorista”, responsables “de delitos terroristas”, etc., olvidándose de la delincuencia organizada común. Con el fin de cerrar el sistema así diseñado se introdujeron por la LO 7/2003 y se mantienen tras la reforma de 2010 dos apartados en el art. 93 CP, los núms.2 y 3, que regulan la revocación de la libertad condicional concedida a condenados por delitos de terrorismo⁴⁰. Esta regulación no se extiende, curiosamente, ni a los condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas, ni a los delincuentes organizados, en este último caso rompiendo la línea mostrada en otros preceptos, que dan el mismo trato a ambos supuestos. En el caso de condenados por delitos de terrorismo se añade una causa de revocación a las ya previstas con carácter general para el resto de la población carcelaria, y es el incumplimiento de las condiciones que les permitieron el acceso a la libertad condicional, alusión que no puede sino extenderse a la desvinculación respecto de la organización o grupo terrorista⁴¹. Dándose cualquiera de las tres causas de revocación, la

³⁹ Renart García F., *La libertad condicional*, op.cit., p. 189. En sentido similar, Juanatey Dorado C., “La Ley”, op.cit., pp. 24-25.

⁴⁰ Art. 93 CP: “2. En el caso de condenados por delitos de terrorismo..., el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Si en dicho período de libertad condicional el condenado delinquire, inobservare las reglas de conducta o incumpliere las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda.

3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional”.

consecuencia es que el penado reingresa en prisión “con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional”, previsión cuyo automatismo de nuevo pone de manifiesto el puro retribucionismo que se practica respecto de estos delincuentes, sin que se tenga presente si únicamente incumplieron una de las condiciones impuestas por el juez, si el incumplimiento tiene explicación, si se ha producido una sola vez o es reiterado, etc⁴². Además de que la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional para el cómputo del cumplimiento de la pena no tiene justificación objetiva alguna, no siendo “más que un envilecimiento en la ejecución penal de este tipo de delitos”⁴³, introduce un tratamiento discriminatorio carente de toda justificación⁴⁴, y da lugar a que se cumpla una pena de duración superior a la impuesta en la sentencia, pues no cabe duda de que el tiempo transcurrido en libertad condicional se computa como de cumplimiento de la pena, al tratarse de un grado de la ejecución de la pena de prisión (art. 93.1 CP)⁴⁵.

⁴¹ Coincide Renart García F., *La libertad condicional*, *op.cit.*, p. 192.

⁴² Cfr. entre otros Juanatey Dorado C., “La Ley”, *op.cit.*, p. 25. En el art. 99 CP 1944/73 se establecía esta consecuencia para el caso de reincidencia o reiteración en el delito durante el período de libertad condicional.

⁴³ Cervelló Donderis V., “Los nuevos criterios”, *op.cit.*, p. 18. Vid. también Berdugo Gómez De La Torre J. R., “Alternativas”, *op.cit.*, p. 187.

⁴⁴ Cfr. Mapelli Caffarena B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op.cit.*, p. 185. Leganés Gómez S., *La evolución*, *op.cit.*, p. 260, afirma que “esta medida es inconstitucional en base al derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución”.

⁴⁵ Señalan que estas críticas pueden suavizarse “si se parte de que en la fase de libertad condicional no se está ejecutando materialmente la pena, sino que se trata más bien de una figura que comparte la naturaleza de la libertad a prueba”, Gracia Martín, Alastuey Dobón en Gracia Martín L. (Coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 376. Esta postura no se puede

Los requisitos del art. 76.2 LOGP para la clasificación en tercer grado de condenados por delitos de terrorismo y relacionados con la delincuencia organizada coinciden completamente con los que prevé el art. 90.1 CP con carácter general para acceder a la libertad condicional, como hemos podido comprobar, lo que es muestra de la precipitación con que obra el legislador y que le lleva a no coordinar el texto de dos artículos que se modifican en la misma reforma, convirtiendo en inútiles, por reiterativos, los contenidos en el último precepto citado. Y también coinciden parcialmente con los que se recogen para beneficiarse de la atenuación de la pena que ofrece el art. 579 CP, para terroristas⁴⁶, lo que consagra legalmente una suerte de no doble sino triple valoración de la misma conducta, que sirve primero para atenuar la pena en la fase judicial y luego vuelve a ser eficaz para progresar al tercer grado y para la obtención de la libertad condicional en la fase de ejecución⁴⁷.

Para terminar este apartado, téngase en cuenta que las restricciones introducidas para el acceso a la libertad condicional por miembros de los colectivos que nos ocupan “impiden, a su vez, que a un penado terrorista... se le pueda clasificar en libertad condicional, en cualquier momento del cumplimiento de la condena, en aquellos casos en que el penado haya cumplido 70 años o sufra una enfermedad muy grave con padecimientos

compartir. La libertad condicional no comparte la naturaleza jurídica de la suspensión: no es un sustitutivo de la ejecución, sino que presupone que la pena que se impuso en la sentencia empezó a ejecutarse y continúa siendo ejecutada en el momento de aplicarla; sus requisitos son distintos, igual que lo son las condiciones que se imponen al condenado y las consecuencias del incumplimiento.

⁴⁶ Sobre ellos vid. por todos Faraldo Cabana P., *Las causas de levantamiento de la pena*, *op.cit.*, pp. 282 ss y 294 ss.

incurables, dado que uno de los requisitos ineludibles es que se encuentre clasificado en tercer grado”⁴⁸. En efecto, para obtener la concesión de la libertad condicional el penado debe reunir los requisitos establecidos en los preceptos anteriores, incluyendo estar en tercer grado, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de la condena o, en su caso, las dos terceras. Esta regulación puede suponer infligir tratos inhumanos o degradantes a los presos pertenecientes a la categoría que estamos analizando, en particular cuando hablamos de enfermos muy graves.

Así lo entendió la Instrucción 9/2003, de 25 de julio, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que señaló que en estos casos de mayores de setenta años o enfermos muy graves no rigen los nuevos criterios, lo que es lógico por motivos humanitarios, “pero si el Código Penal los quiere excluir debe hacerlo expresamente”⁴⁹. Los tribunales están adoptando una posición favorable a la no exigencia de estos criterios para acceder al tercer grado o a la libertad condicional tratándose de condenados por delitos de terrorismo que sufren enfermedades muy graves con padecimientos incurables. Así, el Auto de 19 de abril de 2004 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria (JUR 2004\122716), aunque no concede la libertad condicional, permite el acceso al tercer grado en la modalidad de régimen abierto con control telemático⁵⁰.

⁴⁷ Cfr. Acale Sánchez M., “Terrorismo”, *op.cit.*, p. 365.

⁴⁸ Juanatey Dorado C., “La Ley”, *op.cit.*, p. 16. Vid. también Sanz Delgado E., “Los beneficios penitenciarios”, *La Ley Penal*, núm.8, año I, septiembre 2004, p. 58.

⁴⁹ Cervelló Donderis V., “Los nuevos criterios”, *op.cit.*, p. 17.

⁵⁰ Vid. el comentario de Alonso De Escamilla A., “Clasificación de interno en tercer grado de cumplimiento por razones humanitarias (Comentario al

4. El papel de la víctima durante la ejecución de la pena de prisión y su compatibilidad con la resocialización del condenado.

La introducción de consideraciones basadas en el comportamiento postdelictivo positivo, y en concreto el esfuerzo serio por reparar el daño causado a la víctima, no es incompatible con una ejecución penal de orientación básicamente rehabilitadora, antes bien, puede reforzarla⁵¹, pero lo cierto es que el legislador español no ha sabido recoger correctamente las propuestas doctrinales. En efecto, se ha centrado más en ocultar el tradicional abandono en que deja a la víctima a la hora de cobrar la responsabilidad civil con medidas de naturaleza más simbólica que práctica, que escasamente repercutirán de manera efectiva en un aumento del índice de pagos, en imponer una concepción punitiva del pago de la responsabilidad civil para ciertas categorías de delincuentes⁵² y en dificultar la progresión de grado de los condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo en aras del “ideal” inocuidador del cumplimiento íntegro y efectivo de

Auto de 19 de abril de 2004, del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria)”, *La Ley Penal*, núm.8, año I, septiembre 2004, pp. 107 ss.

⁵¹ Vid. ampliamente Guardiola Lago M. J., “Desarrollo y aplicaciones de la justicia restaurativa en prisión”, en Tamarit Sumalla J. (Coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, pp. 183-236.

⁵² En “vincular el patrimonio presente o futuro de los terroristas condenados por delitos más graves a indemnizar a las víctimas” y “establecer que quien ha sustraído fondos públicos no tenga beneficios penitenciarios si antes no devuelve lo que ha robado”, según el Ministro de Justicia durante la presentación del Proyecto de Ley Orgánica en el Pleno del Congreso. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 6 de marzo de 2003, núm.232, p. 11859. Critica esta tendencia Segovia Bernabé J. L., “Problemática en torno a la reinserción social”, en Castro Antonio J. L. (Dir.), *Derecho penitenciario II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, CDJ XVII-2003, pp. 590-591.

las penas, que en dar forma a un mecanismo que permita estimular el interés del penado en participar en programas basados en los principios de la justicia reparadora, con los consiguientes beneficios tanto para su rehabilitación, al favorecer la toma de conciencia sobre las consecuencias del delito y la asunción de responsabilidad, como para la víctima, que consigue una reparación total o parcial, patrimonial o simbólica, de las consecuencias perjudiciales ocasionadas por el delito⁵³.

Por ej., la redacción en términos impersonales de la necesidad de haber satisfecho las responsabilidades civiles para conseguir la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, el acceso al tercer grado o a la libertad condicional lleva a concluir que el requisito se cumple si un tercero hace frente al pago o si el pago se produce tras una ejecución forzosa, lo que “no se corresponde con la idea del favorecimiento de una reparación que exija una prestación o aportación personal”⁵⁴.

Con carácter general, la utilización de la progresión de grado como instrumento de satisfacción de intereses privados para la cual existen cauces en el Derecho civil no es adecuada⁵⁵. La doctrina es

⁵³ Cfr. Tamarit Sumalla en García Albero R., Tamarit Sumalla J. M., *La reforma de la ejecución penal*, *op.cit.*, pp. 121 ss.

⁵⁴ Tamarit Sumalla J. M., *La Víctima en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 214.

⁵⁵ Entre otros, vid. Serrano Pascual M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 319-320. Como pone de manifiesto Ramon Ribas E., “La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía al Derecho Penal de cinco vías?”, en Faraldo Cabana P. (Coord.), Brandariz García J. A., Puente Aba L. (Dirs.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 253, “no es la responsabilidad civil la que constituye un instrumento de política criminal, sino la responsabilidad penal la que cabe definir como un instrumento de política civil. En efecto, con la atribución de efectos penales positivos al cumplimiento de la obligación civil de reparar el daño causado, el Derecho Penal fomenta la satisfacción de las

unánime a la hora de reclamar que se investigue adecuadamente la situación patrimonial del penado para evitar las falsas insolvencias y la consiguiente insatisfacción de los legítimos intereses de la víctima⁵⁶, pero ese mal funcionamiento de la Administración de Justicia no debe servir de excusa para dificultar la progresión de grado que se basa en consideraciones de prevención especial y se orienta a la resocialización y reinserción del penado. Más cárcel tampoco es la vía para satisfacer a la víctima. Ciertamente que no faltan las voces a favor de este tipo de medidas en el ámbito de la ejecución de las penas, ya que pueden coordinarse con las exigencias de un Derecho penal preventivo orientado a la reinserción social y a la evitación de futuros delitos⁵⁷. A mi juicio, sin negar que en el

responsabilidades civiles que hubieren nacido como consecuencia de la producción de daños causados mediante conductas tipificadas como delito o falta, favoreciendo, así, a la víctima del delito”.

⁵⁶ Vid. por todos Alastuey Dobón M. C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 305-306; Gudín Rodríguez-Magariños F., “Efectividad”, *op.cit.*, pp. 29 ss; Landrove Díaz G., *La moderna victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 183-184; Solé Riera J., *La tutela de la víctima en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 102 ss.

⁵⁷ Cfr. en general Tamarit Sumalla J. M., “La introducción”, *op.cit.*, *pássim*. El Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit., p. 48, dice que “es un presupuesto razonable de la liberación condicional de los autores de los delitos a que se refiere”. Bueno Arús F., “Las reformas”, *op.cit.*, p. 165, señala que la exigencia de haber satisfecho las responsabilidades civiles para progresar de grado es coherente con los requerimientos de la victimodogmática, aunque más adelante reconoce que “es dudoso que cuanto se refiere al tratamiento resocializador se pueda medir con criterios objetivos (tiempo transcurrido, abono de responsabilidad civil), aunque puede ser una garantía de protección frente a criterios doctrinales sin justificación para las víctimas y la opinión pública” (p. 166). Por su parte, Torán Muñoz A., “La posición”, *op.cit.*, p. 589, señala que “sería deseable, además, que las futuras reformas legislativas se supeditaran, también, para la obtención de estos beneficios a los delincuentes, al abono, por ellos, de las responsabilidades civiles generadas por su actividad delictiva, en aras a satisfacer, al máximo, el interés de la víctima”. Para Espina Ramos J. A., “La reforma para el

plano teórico sea posible esa coherencia, su configuración actual en el Código penal español no la consigue.

En cuanto al régimen especial para delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo, es de lamentar que en nuestro Ordenamiento, junto con algunas previsiones tendencialmente favorables a los intereses de la víctima que merecen alguna valoración positiva a efectos de la resocialización del penado, se hayan introducido otras medidas que permiten hablar del establecimiento de una nítida separación entre un modelo de ejecución penal basado en un sistema progresivo y de individualización científica y otro retributivo, que se olvida de consideraciones preventivo especiales para primar la prevención general integradora o positiva, para determinadas categorías de delincuentes⁵⁸. Y dentro de este

cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras”, *RdPP*, núm.11, 2004-1, pp. 34-35, “difícilmente podremos entender que existen expectativas efectivas de reinserción en la sociedad de quienes, tras haber cometido tan graves crímenes como son los de terrorismo o los cometidos a través de organizaciones criminales, no se encuentren ni tan siquiera en disposición de dar este paso”, aplaudiendo esta exigencia al considerarla perfectamente coherente no sólo con la filosofía de la reforma, que lo es, sino con la naturaleza y finalidad de la clasificación penitenciaria, que ya es bastante más discutible.

⁵⁸ No sólo terroristas y delincuentes organizados, sino también condenados a penas superiores a cinco años. El hecho es que con la distinción entre penas superiores e inferiores a cinco años a la hora de obligar a cumplir un período de seguridad el legislador está reconociendo de forma implícita que la ejecución de la pena de prisión sólo persigue la rehabilitación y reinserción social cuando la pena impuesta tiene una duración inferior a cinco años, pues tratándose de penas de duración superior “no tienen otro fundamento que el castigo por la inobservancia de la norma y están dirigidas a satisfacer las supuestas demandas punitivas de la sociedad”. Acale Sánchez M., “Terrorismo”, *op.cit.*, p. 361. Vid. también Benito López R., “La quiebra”, *op.cit.*, p. 83; Bueno Arús F., “Las reformas”, *op.cit.*, p. 165, para quien “queda clara la finalidad agravatoria de la lucha penal contra el terrorismo y los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, a cuyos autores se les niega en todos los preceptos modificados “el pan y la sal””;

segundo modelo se aprecia en el tratamiento del terrorismo la interferencia de consideraciones morales e ideológicas, que bajo la cobertura victimológica confunden la ausencia de peligrosidad criminal con la petición de perdón o con el abandono de ciertas ideologías políticas. El abandono del ideal de la resocialización para terroristas no es más que uno de los muchos matices de un nuevo sistema penal, procesal y penitenciario de enemigos. Frente al terrorista, en suma, frente al enemigo, la única reacción posible parece ser la inocuización o neutralización. Y es que el principal efecto producido por la introducción de este nuevo Derecho penitenciario es el regreso a nociones que, aunque ni mucho menos desconocidas⁵⁹, sí habían quedado olvidadas en el discurso penal continental, como la de inocuización⁶⁰.

Cervelló Donderis V., “Los nuevos criterios”, *op.cit.*, pp. 21-22. Lo viene a reconocer el Consejo General del Poder Judicial en sus *Informes*, donde apunta que “ya no rige un sistema puro de individualización científica, sino que el sistema se limita en función de razones de prevención general positiva, por lo que en realidad rige un sistema mixto”. Critica el abandono de la exigencia constitucional de que la ejecución de la pena se oriente a la reinserción social del penado Sanz Morán A. J., “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, *Revista de Derecho Penal*, núm.11, 2004, pp. 11 ss. Vid. también Fuentes Osorio J. L., “Período de seguridad”, *op.cit.*, pp. 746-747.

Sobre la vulneración del principio de igualdad en el tratamiento de estas categorías de delincuentes vid. entre otros Cervelló Donderis V., “Los nuevos criterios”, *op.cit.*, p. 20; Sanz Morán A., *op. cit.*, p. 15. Apunta que se produce un trato desigual discriminatorio Juanatey Dorado C., “La Ley”, *op.cit.*, pp. 15-16.

⁵⁹ Cfr. Muñoz Conde F., “Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 15-16, 1994, pp. 1031 ss.

⁶⁰ Cfr. entre otros Silva Sánchez J. M., “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en Silva Sánchez J. M., *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, pp. 233 ss. Como apunta Baratta A., “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, *CPC*, núm.24, 1984, pp. 533 ss, el delincuente pasa a ser “portador de una respuesta simbólica... que se realiza “a su costa””.

No merece otra calificación que la de medida inocuizadora la imposibilidad para condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas, de terrorismo y propios de la delincuencia organizada de acceder al tercer grado y a la libertad condicional cumpliendo las condiciones del régimen general, aunque se hayan disociado de hecho de la banda criminal, si no adoptan las formas de comportamiento que hemos visto, respecto de las cuales hay que resaltar que no basta una conducta pasiva de alejamiento de la organización o grupo terrorista o criminal, pues se exige una manifestación pública para acreditar esa separación. La ley presume en estos casos que se mantiene intacta la peligrosidad criminal del sujeto, presunción *iuris tantum* que sólo admite la prueba en contrario de una colaboración en los términos apuntados. Frente a ello hay que solicitar la desaparición de la demanda de transformación ideológica de los penados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo como condición para la obtención del tercer grado o de la libertad condicional, exigiendo únicamente una voluntariedad en la que no importen los motivos que impulsen al sujeto a colaborar.

La reforma del Código penal español operada por la LO 7/2003, de 30 de junio, se orientó hacia la creación de un sistema penal de excepción para terroristas y delincuentes organizados, que se puede encuadrar dentro del llamado Derecho penal del enemigo, y nada de ello ha sido corregido por la LO 5/2010. Si lo único que con esta regulación se pretende es la inocuización de cierto tipo de delincuentes, saltándose a la torera toda posibilidad de rehabilitación y reinserción social, y hacer un

guiño a la comunidad, a la que se le permite así satisfacer las ansias de venganza aireadas, cuando no creadas, por los medios de comunicación, habremos de llegar a la conclusión de que no es legítima ni defendible desde la perspectiva del Estado social y democrático de Derecho. “A partir de la sentencia, prevalece el interés público-social de la reinserción, y ése es un ámbito en el que la víctima no puede ejercer interés alguno”⁶¹. Si esto es así, ni el Derecho penal ni el Derecho penitenciario pueden convertirse en la “Carta Magna” de las víctimas. Lo que ha de hacer el Estado es ofrecer un programa integral de cobertura asistencial a las víctimas, reafirmando así la solidaridad de toda la sociedad con ellas. Este programa ya existe en España desde hace varios años⁶².

Arús F., “Las reformas”, *op.cit.*, p. 179.

⁶¹ Pérez Cepeda A. I., *La seguridad*, *op.cit.*, p. 462, citando a García Arán M., “La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo”, *La Ley Penal*, núm.30, 2006, pp. 1 ss.

⁶² En materia de delitos de terrorismo, la obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar los perjuicios morales y materiales se regula en la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, así como en los Reales Decretos 673/1992, 1912/1999, de 17 de diciembre 1974/1999, de 23 de diciembre, que la desarrollan, y en el Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo, que atribuyen al Estado el deber de pagar las indemnizaciones debidas y no satisfechas por los autores y demás responsables de acciones terroristas a sus víctimas en concepto de responsabilidad civil derivada del delito. Esta atribución se califica de extraordinaria, sin que comporte la asunción de ningún tipo de responsabilidad subsidiaria por parte del Estado. El deber de pago de indemnizaciones se asume por un principio de solidaridad y no de responsabilidad. Vid. la lista de ayudas a las víctimas de terrorismo (ayudas de estudio, subvenciones, ayudas por gastos varios, asistencia psicosocial, programa de atención domiciliaria, etc.) en la página web del Ministerio del Interior

Bibliografía.

- Acale Sánchez M., “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”, en Faraldo Cabana P. (Coord.), Brandariz García J. A., Puente Aba L. (Dirs.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 341-380.
- Acale Sánchez M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- Alastuey Dobón M. C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Alonso De Escamilla A., “Clasificación de interno en tercer grado de cumplimiento por razones humanitarias (Comentario al Auto de 19 de abril de 2004, del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria)”, *La Ley Penal*, núm.8, año I, septiembre 2004, pp. 107-111.
- Aranda Ocaña M., “La política criminal en materia de terrorismo”, en Rivera Beiras I. (Coord.), *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, 2005, pp. 367-394.
- Baratta A., “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 24, 1984, pp. 533-552.
- Baucells Lladós J., “Artículo 36”, en Córdoba Roda J., García Arán M. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 434-441.
- Benito López R., “La quiebra de la finalidad resocializadora de la pena, y la resurrección de la prisión por deudas”, en Jorge Barreiro A., y Otros, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 83-113.
- Berdugo Gómez De La Torre J. R., “Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código penal”, en Castellano Rausell P. (dir.), *Las últimas reformas penales*, Cuadernos de Derecho Judicial III-2005, Madrid, pp. 63-214.
- Braithwaite J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- Bueno Arús F., “Las reformas de las leyes penitenciarias en España a la luz de los fines del Derecho”, en Jorge Barreiro A., y Otros, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 151-182.
- Castro Antonio J. L. de, “La ejecución de la pena en materia terrorista”, en Mir Puig S., Queralt Jiménez, J. J. (Dirs.), *La seguridad pública ante el Derecho penal*, Edisofer-Bdef, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 191-250.
- Cervelló Donderis V., “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria”, *La Ley Penal*, núm.8, año I, septiembre 2004, pp. 5-22.
- Cesari F., “Art. 4 bis”, en Guazzaloca B. (a cura di), *Codice commentato dell’esecuzione penale*. Volume I, UTET, Torino, 2002, pp. 4-17.
- Consejo General Del Poder Judicial, *Informes del Consejo General del Poder Judicial sobre las Reformas Penales*, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2003.
- Díaz Pita M. M., Faraldo Cabana P., “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm.7, 2002-1, pp. 119-149.
- Espina Ramos J. A., “La reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras”, *Revista de Derecho y Proceso Penal* núm.11, 2004-1, pp. 23-38.
- Faraldo Cabana P., *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Faraldo Cabana P., “Un Derecho Penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en Faraldo Cabana P. (Coord.), Brandariz García J. A., Puente Aba L. (Dirs.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 299-340.
- Faraldo Cabana P., “Medidas premiales durante la ejecución de condenas por delitos de terrorismo y delincuencia organizada. Hacia un subsistema penal y penitenciario de excepción”, en Cancio Meliá M., Gómez-Jara Díez C. (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Volumen 1*, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 757-798.
- Faraldo Cabana P., “Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima y

<http://www.mir.es/SGACAVT/indeyayu/ayudasvictima/terrorismo/>.

- resocialización del condenado”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXVI, 2006, pp. 7-79.
- Donini M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004.
 - Fernández Aparicio J. M., “La satisfacción de la responsabilidad civil y su incidencia en el ámbito penitenciario”, *Revista del Poder Judicial*, núm.74, segundo trimestre 2004, pp. 47-64.
 - Ferrajoli L., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 1990.
 - Fuentes Osorio J. L., “Período de seguridad”, en Ortiz De Urbina Gimeno I. (Dir.), *Memento experto Francis Lefebvre Reforma Penal Ley Orgánica 5/2010*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 743-755.
 - García Albero R., Tamarit Sumalla J. M., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
 - González Tascón M. M., “El período de seguridad”, en Álvarez García F. J., González Cussac J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 91-94.
 - Gracia Martín L. (Coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
 - Guardiola Lago M. J., “Desarrollo y aplicaciones de la justicia restaurativa en prisión”, en Tamarit Sumalla J. (Coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, pp. 183-236.
 - Guazzaloca B., “Criterio del ‘doppio binario’, utilizzo della ‘premialità’ e ‘degiurisdizionalizzazione’ del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza”, in Giostra G., Insolera G. (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 141-153.
 - Gudín Rodríguez-Magariños F., “Efectividad de la responsabilidad civil *ex delicto*: ¿impunidad civil?”, *La Ley Penal*, núm.26, año III, abril 2006, pp. 29-45.
 - Juanatey Dorado C., “La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal”, *La Ley Penal*, núm.9, año I, octubre 2004, pp. 5-30.
 - Kubiciel M., “Shame Sanctions – Ehrenstrafen im Lichte der Straftheorie”, *ZStW*, Vol. 118, núm.1, 2006, pp. 44-75.
 - Landrove Díaz G., *La moderna victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
 - Laudi M., *Terroristi “pentiti” e liberazione condizionale*, Giuffrè, Milano, 1984.
 - Leganés Gómez S., *La evolución de la clasificación penitenciaria*, Ministerio del Interior, Madrid, 2005.
 - Mapelli Caffarena B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2011.
 - Marcos Madruga F. de, “Artículo 36”, en Gómez Tomillo M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 287-292.
 - Moccia S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm.5, julio 2000, pp. 13-26.
 - Morillas Cueva L., “Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el Código penal español”, en Castro Antonio, J. L. de (Dir.), *Derecho penitenciario II*, CGPJ, Madrid, CDJ XVII-2003, pp. 21-78.
 - Muñoz Conde F., “Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 15-16, 1994, pp. 1025-1050.
 - Pavarini M., *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, 2ª ed., Edizioni Martina, Bologna, 1996.
 - Peiteado Mariscal P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Edersa, Madrid, 2000.
 - Pérez Cepeda A. I., *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, iustel, Madrid, 2007.
 - Polaino Navarrete M., *La reforma penal española de 2003*, Tecnos, Madrid, 2004.
 - Presutti A., *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Giuffrè, Milano, 1986.
 - Presutti, A. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Giuffrè, Milano, 1994.
 - Quintero Olivares G. (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.
 - Ramon Ribas E., “La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía ¿al Derecho Penal de cinco vías?”, en Faraldo Cabana P. (Coord.), Brandariz García J. A., Puente Aba L. (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 179-258.

- Renart García F., *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Edisofer, Madrid, 2003.
- Rivera Beiras I. (Coord.), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthopos, Barcelona, 2005.
- Rivera Beiras I., *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, Anthopos, Barcelona, 2005.
- Rivera Beiras I., *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*, 2ª ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- Sánchez García De Paz I., “El coimputado que colabora con la justicia penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-05, 2005.
- Sanz Delgado E., “Los beneficios penitenciarios”, *La Ley Penal*, núm.8, año I, septiembre 2004, pp. 47-72.
- Sanz Morán A. J., “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, *Revista de Derecho Penal*, núm.11, 2004, pp. 11-40.
- Segovia Bernabé J. L., “Problemática en torno a la reinserción social”, en Castro Antonio J. L. de (Dir.), *Derecho penitenciario II*, CGPJ, Madrid, CDJ XVII-2003, pp. 561-598.
- Serrano Pascual M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, Trivium, Madrid, 1999.
- Silva Sánchez J. M., “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en Silva Sánchez J. M., *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, pp. 143-160.
- Solé Riera J., *La tutela de la víctima en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997.
- Tamarit Sumalla J. M., *La reparación a la víctima en el derecho penal (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, Fundació Jaume Callís, Barcelona, s/f.
- Tamarit Sumalla J. M., *La Víctima en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- Tamarit Sumalla J. M., “La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: ¿una respuesta al rearme punitivo?”, *Revista Electrónica Penal Iustel*, núm.1, 2004.
- Tamarit Sumalla J. M., “¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?”, en Tamarit Sumalla J. M. (Coord.), *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 27-46.
- Téllez Aguilera A., “La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”, *La Ley*, 14 de agosto de 2003.
- Téllez Aguilera A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer, Madrid, 2005.
- Torán Muñoz A., “La posición de la víctima en el sistema penal español”, en Echano Basaldúa J. I. (Coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 583-594.
- Vagg J., “Delinquency and Shame: Data from Hong Kong”, *The British Journal of Criminology*, vol.38, nº 2, Spring 1998, pp. 247-264.
- Von Hirsch A., *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid, 1998.
- Whitman J. Q., “What Is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?”, *Yale Law Journal*, vol. 107, nº.4, January 1998, pp. 1055-1092.
- Young R., Gould B., “Restorative Police Cautioning in Aylesbury – From Degrading to Reintegrative Shaming Ceremonies”, *Criminal Law Review*, 1999, pp. 126-138.

La víctima, el victimario y la justicia restaurativa

*Karla Villarreal Sotelo**

Riassunto

Nel 2008, il Messico ha promulgato una riforma costituzionale relativa ad un nuovo paradigma di giustizia riparativa mirato a salvaguardare la dignità delle vittime e all'introduzione di nuove norme, come pace e perdono.

Le pratiche di giustizia riparativa dovranno permettere alle vittime, al criminale ed ai membri della comunità di: 1) partecipare nel riparare il danno causato dal reato; 2) considerare la vittima come un componente a parte intera della comunità; 3) promuovere la riconciliazione e la reintegrazione del delinquente nella comunità.

Le basi teoriche dei programmi di giustizia riparativa risiedono negli approcci criminologici e vittimologici, i quali esplorano nuove aree di studio con riferimento a questi attori sociali coinvolti nel conflitto ed incoraggiano la conduzione di ricerche per giungere ad una vera giustizia riparativa. In tal senso, la ricerca criminologica e vittimologica ha il dovere di sviluppare metodi, modelli e strumenti da utilizzare nelle pratiche di giustizia riparativa al fine di permettere alle vittime ed ai cittadini di ricoprire un ruolo sempre più importante nel sistema di giustizia.

Résumé

En 2008, le Mexique a adopté une réforme constitutionnelle qui a créé un nouveau paradigme de justice réparatrice dans le but de protéger la dignité de la victime et d'introduire des normes légales et sociales innovantes (par exemple, paix et pardon).

Les pratiques restauratrices permettront à la victime, au criminel et aux membres impliqués de la communauté de : 1) participer pour essayer de réparer le dommage causé par le crime ; 2) considérer la victime comme un membre à part entière de la communauté ; 3) promouvoir la réconciliation et la réintégration du criminel dans la communauté.

Les pratiques restauratrices s'appuient sur les théories criminologiques et victimologiques auxquelles elles ouvrent de nouveaux domaines en termes d'études des acteurs sociaux impliqués dans le conflit criminel. En ce sens, la recherche criminologique et victimologique a le devoir de développer des méthodes, des modèles et des instruments qui peuvent être appliqués aux pratiques restauratrices dans le but de permettre aux victimes et aux citoyens de jouer un rôle majeur au sein de la justice.

Abstract

In 2008, Mexico adopted a constitutional reform that creates a new paradigm of restorative justice aimed to preserve the dignity of the victims and introduce innovative legal and social norms in law enforcement, such as peace and forgiveness.

The restorative process will enable the victim, the offender and affected members of the community to: 1) participate in remedying the damage arising from the crime, 2) consider the victim as a member of the community, 3) promote reconciliation and reintegration of offender into the community.

Restorative programs have been integrated into criminological and victimological thinking, providing new areas of study of these social actors involved in the criminal conflict, encouraging research to achieve true restorative justice. In this sense, criminological and victimological research have the duty to develop methods, models and tools that can be applied successfully to restorative justice programs in order to enable victims and citizens to play a greater role in the justice process.

* Jefa del Departamento de Posgrado e Investigación, Maestría en Criminología y Ciencias Forenses, Unidad Académica Multidisciplinaria Reynosa Aztlán, Universidad Autónoma de Tamaulipas, Mexico.

1. Introducción.

La Reforma Constitucional Penal Mexicana del 2008, "Del Sistema Mexicano de Seguridad y de Justicia" incorpora un nuevo paradigma de Justicia, *la Justicia Restaurativa* con el propósito de que los Derechos de la Víctima sean atendidos por Métodos Alternos de Solución de Conflictos¹, en instancias de Justicia Alternativa y Mediación². Esta Reforma concentra un conjunto de normas Jurídicas encaminadas a dignificar a la Víctima, promovidas en gran parte por diferentes movimientos interesados en la humanización del Sistema Penal, disminuyendo el sufrimiento del delito y sus consecuencias, rehaciendo su interés en garantizar Justicia Alternativa a las Víctimas. Introduce, dentro del catálogo de elementos el reconocimiento a las Víctimas y sus derechos, la sensibilización en un diseño de Justicia centrado en su atención, dando paso a mecanismos alternativos fundamentales en el Sistema Procesal Penal Mexicano, que aplicados pretenden otorgar una *Justicia Restaurativa* a favor del ofendido.

Así mismo dentro de los esquemas de Mediación y Justicia Restaurativa, la Reforma introduce Innovadoras figuras jurídicas en Impartición de Justicia; la Paz³, el Perdón y la Misericordia. Términos y conceptos difíciles e inconcebibles de relacionar dentro del actual Procedimiento Penal

Mexicano⁴, caracterizado en lo general por ser abstracto, frío, injusto e impersonal. Lo interesante en este sistema alternativo, recae precisamente en eso, ya que no solo ubica a la víctima en un lugar preferencial u óptimo de atención, sino que al mismo tiempo, genera alternativas para la resocialización del delincuente, y por ende brinda alternativas de crecimiento para las ciencias como la Criminología y la Victimología.⁵ Dado a lo observable sobre el desarrollo y manejo de estos principios religiosos centrados en las necesidades humanas para resolver el conflicto entre Víctima-ofensor y la reintegración del delincuente a la comunidad⁶. Ya que la perspectiva que argumenta ventajas derivadas de la figura del Perdón en estos sistemas restaurativos, contempla la rehabilitación de los delincuentes, y no solo el empoderamiento y sanación de las Víctimas, si no que busca, conciliarlo de la misma forma con otros miembros de la comunidad involucrados en el conflicto⁷.

2. Antecedentes.

La reforma reúne en la norma suprema los métodos alternos de solución de conflictos⁸ tales

¹ Art. 17, "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Ed. Anaya, Madrid, 2011.

² Se habla mediación como una medida alterna al procedimiento penal. La mediación pretende, en principio, lograr la reparación de la víctima sin necesidad de acudir ante procesos jurisdiccionales. Zamora Grant J., *Derecho Victimol: La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, Ed. INACIPE, México, 2009, p. 188.

³ Gorjón G. Fj, *Los MASC como instrumentos de paz "Métodos Alternos de Solución de Conflictos Herramientas de paz y modernización de la justicia"*, Ed. Dykinson, Madrid España, 2011, p. 29.

⁴ Los sistemas penales de justicia están diseñados para la represión a través del Derecho penal subjetivo (*ius puniendi*) impone penas y medidas de seguridad ante la comisión de conductas tipificadas como delito.

⁵ Estas ciencias tienen como objeto de estudio precisamente al Delincuente (la Criminología) y la otra a la Víctima (la Victimología).

⁶ El delincuente tras reconocer la ilicitud del hecho, separa el acto del actor y se allana un nuevo camino para volver a una doble moral: Bibas S., "Forgiveness in criminal procedure", *J. Crim.*, L. 329, 2006-2007.

⁷ Govier, Trudy & Hirano, Colin, *Journal of Social Philosophy*, Fall2008, Vol. 39. Issue 3, p. 429-444, 16p. DOI: 10.1111/j.1467-9833.2008.00434.

⁸ "Artículo 17. ...Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se

como la mediación y la justicia restaurativa, con el propósito de que los Derechos de la Víctima con intervención mínima de la autoridad encuentren mecanismos para la solución de sus conflictos, en forma más humana y eficiente.

La Justicia Restaurativa constituye un nuevo paradigma más centrado en la reparación que en la punición. Esto representa una verdadera ruptura en la relación a los principios de la Justicia Retributiva, basada en el pronunciamiento de sanciones que se extienden desde el pago de una multa hasta la privación de la libertad.

El tránsito de la Justicia Retributiva a la Justicia Restaurativa requiere un cambio de mentalidad en el legislador, así como un cambio cultural al interior del propio sistema Judicial y de sus autoridades encargadas de distribuir justicia.

Este método alternativo tiene especial interés por aquellas necesidades de las víctimas que no son atendidas adecuadamente por el sistema de Justicia Penal, ya que es frecuente que las víctimas se sientan ignoradas, abandonadas e incluso hasta atropelladas por los procesos judiciales. El crimen es definido como un perjuicio contra el estado, de modo que éste toma el lugar de la víctima. Sin embargo, las verdaderas víctimas tienen necesidades específicas que la justicia debe satisfacer.

La Justicia Restaurativa se centra en el daño: Parte de una preocupación por las víctimas y sus necesidades, procura reparar el daño dentro de lo

requerirá supervisión judicial...” Artículo 18. ...Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. ... Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que

posible tanto de manera concreta como simbólica. El objetivo de la justicia restaurativa es generar una experiencia que sea sanadora para todos los involucrados.

3. Concepciones de Justicia Restaurativa.

Si bien el concepto de Justicia Restaurativa⁹ es relativamente nuevo en el Sistema de Justicia Penal Mexicano, este se ha utilizado por décadas atrás, en sociedades indígenas Canadienses, Estados Unidos y Nueva Zelanda en la resolución de conflictos¹⁰. El concepto unificado de Justicia Restaurativa de manera universal como tal, es inexistente hasta el momento.

Variadas definiciones y opiniones de Justicia Restaurativa coinciden en contemplar y/o referirse en cuanto a Justicia Restaurativa en:

- Diseño de *Justicia* basado en la atención a la Víctimas, en una solución no basada en la venganza con pretensiones de habilitar a las Víctimas, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que *participen directa y activamente* en la respuesta del delito con la vista puesta en la *reparación de la Paz social*¹¹.
- Por proceso Restaurativo se entiende, todo proceso en que la Víctima y el delincente,

efectúen la remisión y las que impongan las medidas. ...”

⁹ Toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito. Marshall T.F., “Restorative Justice An Overview”, Home Office 1999 en Diaz Gude A., *La experiencia de la mediación penal en Chile, Polit. Crimi.*, Vol. 5, N°9, Julio 2010, Art. 1, pp. 1-67.

¹⁰ La aplicación de la justicia como método alternativo de justicia se inicio en la década de los años de 1970. Arrona Palacios A., “La influencia de la victimología en la Justicia restaurativa y los programas de mediación”, *Rivista di Criminología, Victimología e Sicurezza*, Vol. 6., No. 1, Genallo - April 2012.

¹¹ Sampredo, Arrubia JA., “Que es y para qué sirve la Justicia Restaurativa”, *Revista Internacional*, No. 12, 2006, pp. 53-85.

(cuando proceda), y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la Mediación, Conciliación, Celebración, de Conversaciones y las Reuniones para decidir Sentencias¹².

- Debe ser entendida como un nuevo modelo de Justicia en el que las personas afectadas directamente por un delito o infracción (Victima, agresor y comunidad) logren mediante un proceso de carácter no punitivo, reparativo y deliberativo, alcanzar la solución del conflicto y la Restauración de las relaciones sociales quebrantadas por la comisión del hecho ilícito de una forma distinta de la que ofrece el Sistema Penal tradicional.

- Proceso en que todas las partes involucradas en un delito determinado resuelven de manera colectiva como manejar las consecuencias del daño y sus implicaciones para el futuro¹³.

A diferencia del concepto de Justicia Restaurativa, el concepto de Víctima, se alude ser dominado en la mayor parte del planeta. Sin embargo en una definición caracterizada y comprendida es la derivada de las concepciones jurídico penales y otras de naturaleza universal la conforman algunos de los conceptos siguientes:

Victima: Proviene del latín *víctima* y con ellos se designa a la persona o animal sacrificado o que se

destina al sacrificio. Es la persona sufre o padece un daño¹⁴.

Victima: Es la persona que padece daño por culpa propia, por culpa ajena o por caso fortuito¹⁵.

Se entiende por Víctima a la persona que individual o colectivamente sufre o padece el daño o lesión, sea en su persona propiamente dicha en su propiedad o en sus derechos humanos como resultado de una conducta que:

- a) Constituye una violación a la legislación penal nacional.
- b) Constituye un delito bajo el derecho internacional que constituya una violación a los principios sobre derechos humanos reconocidos internacionalmente.
- c) Que de alguna forma implique un abuso de poder por parte de las personas que ocupen posiciones de autoridad política o económica.

La víctima puede ser un individuo o colectividad, incluyendo grupos, clases o comunidades de individuos, corporaciones económicas o comerciales, y grupos u organizaciones políticas¹⁶.

Victima directa. Víctima a la que va dirigida la agresión inmediata. La persona que sufre o padece la directa de la victimización.

Víctima Indirecta. Son aquellas afectadas de la consecuencia mediata de la agresión, repercutiendo en su entorno, ya sea familiar, social o afectivo, por la existencia de una estrecha relación con la víctima directa.

¹² Naciones Unidas 1985 proclamación de los principios básicos de justicia para las víctimas de actos delictivos y abuso de poder.

¹³ Marchal Tony, Criminólogo Británico citado en Villarreal Sotelo K., *Principios de Victimología*, Ed. Oxford, México, 2011, p. 118, por Elmar Weitekamp.

¹⁴ Diccionario de la Real Accademia.

¹⁵ Diccionario Jurídico Mexicano, UNAM – Porrúa, México, 2000.

¹⁶ Naciones Unidas Milán 1985, Citado en Manzanera R., *Victimología*, 4ta. Edición, Ed. Porrúa, México, 1998, p. 57.

4. El Paradigma de la Justicia Restaurativa Para las Ciencias Criminológicas.

El panorama de la Víctima en la Nueva Reforma Constitucional implica nuevos retos, que se inician en lo personal, en el asumir por parte de los tratadistas de Ciencias Penales, que es un tema un tanto novedoso nacionalmente, que requiere el análisis de estas profesiones en la intromisión de la Justicia Restaurativa como vía de transformación del conflicto penal en un acuerdo de voluntades tendientes a lograr la Paz entre la Víctima y el ofensor¹⁷, Generando la necesidad de ser estudiado, abordado científica y ampliamente para ser comprendido, y garantizar óptimamente la aplicación de la Justicia a la Víctima, evitando su revictimización¹⁸.

El conocimiento de métodos, mecanismo y herramientas con los cuales se logre Reparar el Daño ocasionado, implican el redescubrimiento de la Víctima misma, su participación requerirá contemplar la otorgación del Perdón al ofensor. Representando una vertiente más de interés en las

¹⁷ Quizá la razón de este exiguo interés por estudiarla se deba a que éste sea un tema relativamente novedoso, visto incluso con cierto escepticismo, por todo lo que implica (cambio cultural particularmente en el caso mexicano Zaragoza Huerta J., Villarreal Sotelo K., "Justicia restaurativa: Un nuevo paradigma justicia en México, a partir de la reforma constitucional del año 2008", en Sánchez García A, (coord.), *Métodos Alternos de Solución de Conflictos Herramientas de paz y modernización de la justicia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 99.

¹⁸ Cuando se señalan desventajas del sistema mediador, se señala que la víctima puede sentir coaccionada a conceder elementos operantes de la restauración como el perdón. Cuando se habla e la oportunidad que representa para la criminología y la victimología, de debe a la manera en las que estas ciencias especializadas una en el estudio integral del delincuente y la otra en la víctima, por medio de estudios directos, descriptivos, longitudinales, descriptivos se puede dar seguimiento a la las estadísticas de testimonios que reflejen el sentimiento de justicia enfocado en el mejoramiento de las víctimas

Ciencias Criminológicas, ya que el proceso Restaurativo pretende habilitar a las Víctimas, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que participen directa y activamente en la respuesta al delito¹⁹. Introduce nuevos elementos humanísticos y de corte normativo religioso, como *el Perdón* en el Procedimiento Penal. El Procedimiento Penal tradicional tiene como objetivo el infligir el castigo, cuestión que deja muy poca capacidad de pensar, que pueda contemplarse espacio para el Perdón en este Nuevo Proceso Penal²⁰.

La Justicia Restaurativa contribuye al desarrollo del paradigma jurídico del siglo XXI, siendo el de resolver los problemas por nosotros mismos, entendiendo que en su interacción se desarrolla en un esquema multidisciplinario, interdisciplinario y multidimensional.

La Justicia es una necesidad humana, sin embargo, para satisfacer esta necesidad es necesario investigar sus características, comprender científicamente a sus actores (enlazar pues análisis multidisciplinarios: Victimología, Criminología, derecho, psicología jurídica, psicopatología forense, sociología, neurociencias, estadística, biología etc.²¹).

"alivio del mal sufrido" por parte del delincuente y por otro lado

¹⁹ Sampedro Arrubla J.A., "¿Qué es y para qué sirve la justicia restaurativa?", *Revista internacional*, N° 12, 2006.

²⁰ El perdón es generalmente atribuido en la literatura legal y criminológica contemporánea como un aspecto relacionado estrechamente con las acciones del ejecutivo, en la modificación de decisiones judiciales como el indulto. Tait D., "Pardons in perspective: The role of forgiveness in criminal justice". *Federal Sentencing Reporter*, *Pardon Power and Sentencing Policy*, Vol. 13, No. 3-4, November/December 2000 - January/February 2001, pp. 134-138.

²¹ García E., Robles J.I., González-Trijueque D., *Psicología Jurídica en México. En Fundamentos de Psicología Jurídica y Forense*, Oxford, México, 2010.

La Justicia Restaurativa es un nuevo movimiento en el campo de la Victimología y Criminología. Cabe mencionar que la Victimología en ningún momento ha dejado de atender y respaldar a la Víctima desde su nacimiento en los años 70 promulgando su reivindicación ante la sociedad, generando desarrollo teórico de estudios de victimización que aplicados incitaron movimiento sociales orquestados para garantizar el respeto a los derechos fundamentales de las Víctimas, obteniendo resultados favorables en diversas latitudes en los cuales se obtuvo un reconocimiento de ayuda a la Víctima, en lo relativo a reparación del daño y la participación en el proceso, y otros logros trascendentales en la materia.

La Victimología es la ciencia que centra su interés en el estudio científico de la Víctima²², *Benjamín Mendelshon*²³ la encasilla como la ciencia sobre las víctimas y la Victimidad, por lo tanto la Victimodogmática²⁴ es la asistencia de la víctima en el Proceso Penal como una obsesión Victimológica de eliminar la victimización secundaria.

²² Hassemer W., Muñoz Conde F., *Introducción a la Criminología*, Ed. Tirant lo blach, Valencia, 2001, p. 183. Define a la Victimología que agrupa y sistematiza el saber empírico sobre la víctima del delito.

²³ La palabra Victimología es un neologismo que se acuñó en 1940, definiéndose por primera vez 1973 en el Simposio internacional adjudicado a Benjamín Mendelshon, y de controversia actual sobre el reconocimiento o atribución a Whertam. Frederic, Maguire, Mike, y otros, *Manual de Criminología*, 2da. Edición, Ed. Oxford, México, 2002. p. 766.

²⁴ Se define como el fundamento de la Victimología es decir, la base teórica establecida por Organismos internacionales y regionales, que sustenta el estudio de la Víctima, permitiendo conocer la metodología y la finalidad para la que creó la ciencia victimología. Muñoz C. F., García Aran M., *Derecho Penal parte General*, 5ta.edición., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

La victimología distingue diferentes tipos de Víctima, Las víctimas primarias son las que están directamente involucradas en las situaciones activas a raíz del daño causado.

Victimización, específica, el fenómeno por el cual, una persona se convierte en víctima. De la misma manera refiere identificar el daño o el resultado de la motivación citando al mecanismo por el cual una persona se convierte en víctima²⁵.

Victimización primaria. Es la derivada del padecimiento personal de un delito. Que puede entenderse como aquella experiencia personal, que suele ir acompañada de efectos que se mantienen en el tiempo y pueden ser físicos, psíquicos, económicos o de rechazo social.

Victimización Primaria: Expresa experiencias “individuales” de las víctimas y las consecuencias directas de la conducta criminal.

Victimización secundaria. Es aquella que se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal. Se victimiza a quien va pidiendo justicia. Landrove Díaz, la considera más negativa que la victimización primaria porque el propio sistema el que victimiza a quien se dirige a él pidiendo justicia y porque afecta al prestigio del propio sistema²⁶.

Victimización Secundaria: Se deriva del encuentro de las víctimas con el sistema de Justicia penal.

Victimización terciaria. Es considerada como las secuelas provocadas a la víctima que han pasado por las dos victimizaciones anteriores, dejando una estigmatización o etiquetamiento por parte de

²⁵ Es la acción y efecto de victimizar o victimar, o el ello de ser victimizado o victimado en cualquier sentido. Manzanera R. L., *Estudio Científico de la Víctima*, Ed. Porrúa, México, 1998, p. 73.

²⁶ Landrove Díaz G., *La moderna Victimología*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

la sociedad que la rodea. Dunkel refiere que esta victimización se deduce de la imagen de sí mismo como objeto desamparado de un ambiente social, con el objetivo de un complot y se caracteriza por el hecho de que la autodefinición como víctima se convierte en un elemento central de su personalidad²⁷.

Victimización Terciaria: Surge como resultado de las vivencias y de los procesos de adscripción y etiquetamiento como consecuencia o valor añadido de las victimizaciones primaria y secundaria.

Victimidad. Se refiere al fenómeno que caracteriza a todas las víctimas, no solo a aquellas involucradas en algún crimen. Índice de actos victimales al ara y número de víctimas presentadas en una sociedad en un tiempo y espacio determinado²⁸.

Victimario. En su significado original es el sirviente de los antiguos sacerdotes gentiles que encendía el fuego, ataba las víctimas al ara y las sujetaba en el acto de sacrificio: *victimarius*. Por victimario entiéndase aquel que realiza el daño, el sufrimiento, el padecimiento, agresión, etc.

5. La Víctima, El Victimario y otros Involucrados en el Proceso Restaurador.

La Justicia Restaurativa es un tipo de Justicia que procura en el Proceso Penal un dialogo en el que participan activa y voluntariamente la Víctima, su ofensor y la comunidad con ello, la reparación del

daño a la Víctima, la restauración del lazo social y la rehabilitación del ofensor en un encuentro, convirtiéndose en actores centrales en el proceso de la justicia criminal, mientras que el Estado y los legisladores se convierten en los facilitadores de un sistema enfocado hacia la rendición de cuentas del ofensor, la reparación que éste hace a la víctima y la participación plena de los tres actores (víctima, ofensor y miembros afectados en la comunidad).

Por cuanto hace a los ofensores, la justicia restaurativa busca una motivación para una transformación personal que incluya: La sanidad de heridas de su pasado que contribuyeron a su conducta delictiva, oportunidades para el tratamiento de sus adicciones u otros problemas, fortalecimiento de sus habilidades y destrezas personales, motivación y apoyo para reintegrarse a la comunidad y Reclusión temporal o permanente para alguno de ellos.

El rol de la comunidad en este método alternativo, se basa en que, la comunidad es quien sufre el impacto del crimen, y en muchos casos, deberían ser considerados como partes interesadas en su calidad de víctimas secundarias.

Un Sistema Alternativo de Justicia persigue la Humanización del Procedimiento Penal, más centrado en las necesidades de los participantes, distinguiéndose como participantes, la Víctima, victimario u ofensor y las partes representantes de la comunidad relacionados en el conflicto. Al concebir que la Justicia Restaurativa tiene alcances distintos en el otorgamiento del Perdón al delincuente antes de ser condenado, de manera distinta en cuanto se concedía o se solicitaba a la Víctima fuera del Proceso Penal como elemento necesario en la búsqueda de la remisión parcial de

²⁷ Dunkel F., "Fundamentos victimológicos generales de la relación de la víctima y el autor en derecho penal", citado en Álvarez Rogelio B., "La víctima en los delitos relativos a la prostitución", *Cuadernos de Política Criminal*, Número 78, Julio 2002, p. 539.

²⁸ Gómez Tagle López E., *Derecho y sociedad: Glosario de criminología y ciencias sociales*, Universidad Pontificia de México, México, 2006, p. 225.

la pena²⁹ y beneficios de ley anticipada³⁰. El Perdón de la Víctima en esta nueva faceta marca un eje transversal de Justicia.

Los elementos y mecanismos para lograr la Justicia Restaurativa, contemplan la invitación al Perdón, con el fin de disminuir la sentencia, pero también para considerar que el perdón, conllevara posteriormente a reintegrar socialmente al delincuente al grupo social, sin hacerlo a un lado. Debe considerarse el hecho de que la Justicia Restaurativa no se reduce únicamente al Sistema Penal si no también es una forma de entender las relaciones sociales comunitarias, políticas e internacionales por que supone, en definitiva un modo de entender al ser humano como abierto, sociable en dialogo, capaz de abrirse a lo viable y susceptible de resolver los conflictos de modo pacífico, reparador y diagonal.

Estos procesos permitirán que los actores del conflicto en su caso, reconcilien, mejoren y subsanen el mal ocasionado y prosigan adelante en sus vidas. Lo que representa un nuevo acontecer para la víctima en México, al inspirar la conducción de la victima hacia la posibilidad de otorgar el perdón y la misericordia hacia su victimario³¹. Por lo tanto el conocer las formas de interacción y los mecanismos por los cuales en alguno de los casos la víctima invite al perdón o que el delincuente solicite el perdón y con la participación de la misericordia comunitaria,

marcando un nuevo reto de atención para la victimología.

El proceso de restauración de la reforma pretende habilitar a las víctimas, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que participen directa y activamente en la respuesta del delito, con la vista puesta en la reparación y la paz social, procurando un sistema de justicia penal más personalizado considerando como victimas los miembros de la comunidad interesada en promover la reconciliación y la reintegración de los delincuentes: la reintegración social del delincuente en participación activa de la sociedad. La evidencia empírica de la restauración de la justicia en resultados indica, que el delincuente que participa en los procesos de petición de perdón, es menos propenso a reincidir³². El perdón interactúa en la reducción de la reincidencia, impulsando al delincuente a cambiar sus vidas y abrirse las puertas hacia actividades lícitas, como la búsqueda de un empleo. Si el perdón promueve la reforma, puede existir menos necesidad de castigo tradicional. La misericordia no elimina la necesidad de castigar. El perdón y la reconciliación en la justicia restaurativa son bastante persistentes con la imposición de la pena, para reivindicar a la víctima, disuadir, incapacitar y educar entendiéndose que el perdón puede reducir la cantidad de pena, pero no puede abolirla.

Los miembros de la comunidad también merecen disculpas, por la parte de los daños indirectos que han sufrido, la misericordia de la víctima no puede prescindir de la comunidad, y si la víctima se opone a mostrar misericordia por el

²⁹ *Ley de Ejecución de sanciones privativas y restrictivas de la libertad de Tamaulipas*, Cap. III, Ed. Anaya, Madrid, 2009, p. 47.

³⁰ *Ley de Ejecución de sanciones privativas y restrictivas de la libertad de Tamaulipas*, Cap. I., Ed. Anaya, Madrid, 2009, p. 44. Considerado únicamente para delitos no graves.

³¹ El proceso actual del sistema de justicia penal atrae consecuencias injustas para las víctimas que la mayoría de los casos no deja de sufrir victimizaciones a lo largo

o durante las etapas del procedimiento penal. Arrona P., *ibidem*, p. 4.

³² Govier, Trudy & Hirano, Colin, *ibidem*.

delincuente, no puede bloquear la participación de la comunidad en su lugar. El castigo humano contextualizado tiene que tomar en cuenta, las emociones de los miembros de la comunidad y dejar espacio para que estos muestren misericordia. Ya que se requiere rehabilitar al delincuente en la sociedad, esta no debe persistir en etiquetar o seguir criminalizando al delincuente una vez que este atendió la responsabilidad de su delito, pidió perdón, ofreció disculpas, asumió y aceptó la culpa. La sociedad debe habilitar estrategias de resocialización para mejorar las condiciones del ofensor en su vida laboral, social y familiar. La sociedad debe percibir los logros del perdón, por ejemplo en la restauración de derechos a los delincuentes, en cuestiones de lograr y conservar un empleo³³. Este último en base a la consideración operante, de no tener antecedentes penales, incluida en diversos sectores laborales, como consideraciones para aspirar al empleo y la persistencia de la reducción de la edad, limitando con ello aun mas las posibilidades de no reincidir, una vez compurgada la pena al salir de la prisión.

6. Incorporación del Perdón en la búsqueda de la Justicia para la Víctima.

La Mediación y la Justicia restaurativa introducen elementos como la Paz, el Perdón y la Misericordia, contemplados o incorporados antes y después del Procedimiento Penal para la búsqueda de resolución de conflictos, considerablemente novedosos para la Justicia Penal.

³³ Incluso el derecho de vivir cerca de una casa, o una escuela, parque o centro público, prestar servicios de no seguridad, etc.

La Paz es esencial para la evolución y desarrollo del hombre está basado en los sentidos humanos de sensibilidad, pasión, percepción, conciencia, paciencia y bondad³⁴. La Paz es un conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida basados en³⁵:

- a) El respeto a la vida, el fin de la violencia y la promoción y la práctica de la no violencia por medio de la educación, el diálogo y la cooperación;
- b) El respeto pleno de los principios de soberanía, integridad territorial e independencia política de los Estados y de no injerencia en los asuntos que son esencialmente jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional;
- c) El respeto pleno y la promoción de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- d) El compromiso con el arreglo pacífico de los conflictos;
- e) Los esfuerzos para satisfacer las necesidades de desarrollo y protección del medio ambiente de las generaciones presentes y futuras;
- f) El respeto y la promoción del derecho al desarrollo;
- g) El respeto y el fomento de la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres;
- h) El respeto y el fomento del derecho de todas las personas a la libertad de expresión, opinión e información;
- i) La adhesión a los principios de libertad, justicia, democracia, tolerancia, solidaridad, cooperación, pluralismo, diversidad cultural, diálogo y entendimiento a todos los niveles de la sociedad y

³⁴ Gorjón G.Fj., *ibidem*.

³⁵ La cultura de la paz declarada y aprobada por la Organización de las Naciones Unidas el 6 de Octubre de 1999 Resolución 53/243. Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz.

entre las naciones; y animados por un entorno nacional e internacional que favorezca a la Paz.

Lo interesante del sistema alternativo de Justicia Restaurativa, recae en buscar cultura de Paz, ya que no solo se ubica a la víctima en un lugar preferencial u óptimo de atención, sino que al mismo tiempo, genera alternativas para la resocialización del delincuente.

La acción de Perdonar simboliza, la remisión de la pena merecida, ofensa recibida o alguna deuda u obligación pendiente.

Aun que en materia social el Perdón y la Misericordia participan en gran medida en la vida del hombre, en el Procedimiento Penal tiene una mínima relevancia. Si el derecho de castigar pertenece únicamente al estado, este debería de tomar los intereses de la víctima en cuenta, para dar peso para el perdón de la víctima. El perdón proporciona una base para la misericordia³⁶, ayudando a las víctimas al limpiarse la ira de venganza, promoviendo la sanación espiritual pero al mismo modo su reivindicación. Ya que una importante función de la pena es para reivindicar a las víctimas, del mismo modo que reitera la norma violada sustituyendo la figura del castigo en la reivindicación de las normas. El castigo y el perdón son compañeros íntimos en el ejercicio de la autoridad del estado sobre los sujetos o ciudadanos.

El proceso que lleva al perdón es un ritual social importante, que se da en la vida cotidiana, en la familia primaria, familiares, amigos y compañeros de trabajo que habitualmente suelen expresar

³⁶ La misericordia no elimina la necesidad de castigar. El perdón y la reconciliación son bastante consistentes con la imposición de la pena, para reivindicar a las víctimas, disuadir, incapacitar y educar. Así el perdón puede reducir en algunos de los casos la pena, pero no puede abolirla.

remordimiento, pedir disculpas de aquellos a quienes han hecho daño. Los delincuentes como ofensores son causantes de daños materiales como inmateriales a la Víctima. Independientemente de los daños materiales relacionados, aquellos con pérdida de bienes o monetarios, originan daños morales considerados, daños intangibles que puede ser constituidos por amenazas ó mensajes insultantes y degradantes, donde la víctima es inferior y el delincuente considera el poder insultarle como le plazca, originando la degradación de la Víctima. La falta de respeto a la Víctima, el daño a su persona y a su patrimonio, justifican su resentimiento hacia su ofensor, con marcado resentimiento en protesta por la injusticia del mal recibido.

Aplicándose el mismo análisis de los daños ocasionados por el delincuente de manera indirecta sufrida por los familiares amigos y una parte de la comunidad.

Perdonar implica superar el insulto y la degradación, el temor y superando el resentimiento propio de un delincuente por haber infringido una lesión, el perdón de las lesiones directas, normalmente debe de provenir de la Víctima y no de una tercera parte, ya que implica, no solo un cambio emocional interno, si no que también, se expresa en la acción. Para que tenga sentido el Perdón, la Víctima, debe manifestar la condonación de la deuda moral y la reparación de su incumplimiento en relación con el delincuente. El Perdón no tiende a la ofensa personal. El resentimiento como sentimiento personal es distinto de una culpa más impersonal y de evaluación del delincuente.

La Víctima encuentra en la Justicia Restaurativa, la contribución en su entorno de una sociedad más

madura, responsable y segura, favoreciendo no solo a su persona, sino también a la comunidad en general al recuperar la tranquilidad en la resocialización de los ofensores o victimarios, y la sanación de la víctima integral logrando la Paz.

7. Ventajas y Desventajas de la Justicia Restaurativa para la Víctima.

En todos los movimientos y circunstancias que interesen al hombre en relación con el castigo encontraremos diferentes posturas o tendencias, relacionando y describiendo ventajas y desventajas desde su punto de vista. En el tema de la Justicia Restaurativa existen afanados defensores que resaltan con pasión la evidencia empírica, los resultados de la restauración de la Justicia, representan un gran beneficio, no solo para la Víctima, sino también para el delincuente, por sus efectos resocializadores y a la comunidad como un eslabón resocializador reivindicador.

Los escépticos de la Justicia Restaurativa mencionan respecto a los derechos de las víctimas, que existen peligros de presionar a las víctimas, a lo que no están dispuestas a realizar, (1) Señalan que el perdón es un ideal irrealizable, ya que los delincuentes por lo general, no muestran arrepentimiento, fingen remordimientos y son capaces de ofrecer disculpas falsas, todo cuando sea necesario para obtener beneficios hacia su persona. (2) El miedo y temor que causan los delincuentes, y el daño causado a las víctimas, puede ser un obstáculo, dado a que se pueden encontrar racional o irracionalmente asustadas, con miedo, enojo e ira, o simplemente no quieren ni pensar en el delincuente y lo sucedido, por lo tanto no quieren perdonar. (3) La difícil forma de concebir como funcionaria, un modelo

restaurativo en los que no existe una víctima identificable³⁷, donde las víctimas múltiples pueden manifestar estar en desacuerdo entre ellas mismas y con los miembros de la comunidad en lo referente al Perdón y la misericordia³⁸.

8. La Justicia restaurativa en México en relación al panorama internacional.

México actualmente vive un enfoque filosófico de la Justicia Restaurativa, no se aplica en la práctica general de la República Mexicana, a pesar de que la Reforma Constitucional fue aprobada en el 2008 y de fue uno de los 37 países que respondieron desde el principio la invitación planteada por Consejo Económico y Social de la ONU (2002), Aun la mayoría de los estados de la República, ejercen su *vacatio legis*, para su implementación. Sin embargo los avances más significativos alusivos a esta temática se encuentran en los métodos alternos de resolución de conflictos y la mediación, que si bien estos forman distinta y fuera del proceso penal, la forma en la operan para lograr la resolución del conflicto, incluye aspectos de participación de la Víctima, Victimario y la Sociedad, encaminados en un nuevo esquema de acceso a la justicia, basado en mucho en el Perdón y admisión de la

³⁷ Crimen sin víctima es un concepto específicamente importante, aunque las víctimas pierden su identidad, la víctima del crimen puede ser una persona, una organización, el orden moral, el sistema legal que es dañado por un acto criminal. Shafer S., *Introduction to Criminology*, Reston Publishing Company, Reston, VA, 1976.

³⁸ Lo más obvio es pensar es que no se podría llegar al perdón en los llamados crimen sin víctimas, por no tener una víctima identificable. Este concepto es discutido partiendo de la teoría de lo inconcebible de una lesión penal, sin que exista un sujeto que la haya sufrido. Sin embargo otros estudios teóricos afirman que hay delitos que carecen de víctima. Quinney R., *¿Who is the Victim? Victimology*, Lexington Books, USA, 1974, p. 103.

responsabilidad para la construcción de la Paz Social, que por ende permiten dar el cambio a la cultura al respecto a la Justicia tradicional.

Por lo tanto la Justicia Restaurativa como los Medios Alternos de Solución de Conflictos representan un cambio de paradigma en el modus vivendi del Mexicano, ya que se requiere generar una cultura de conciliación y Paz, para lo cual se requerirá la culturización en todos los niveles educativos sobre la mediación y la paz como estrategias de desarrollo en las políticas públicas en los 31 estados y el Distrito Federal que componen en conjunto la Republica Mexicana³⁹, El camino para alcanzar una cultura de conciliación y Paz es la Educación. Obligando a capacitar en todos los niveles de educación generando en competencias de negociación, mediación y Paz.

La Justicia Restaurativa no es un Medio Alternativo de Solución de Conflictos, es una consecuencia de la interacción de la mediación por otras acciones y otros elementos que la hacen distinta, en conjunto logra restaurar el daño moral, social y económico, tanto en el plano personal (satisfacción de la Víctima, arrepentimiento del ofensor, rehabilitación social del victimario), como el material respecto a la restitución de los daños y perjuicios producidos por la infracción. Logrando el oportuno resarcimiento y reparación del daño a la víctima evitando consecuencias futuras alcanzan una justicia restaurativa e incidiendo en la Paz social a través de la mediación Penal. Por

³⁹ Las Entidades federativas deberán legislar a su interior para adecuar sus correspondientes normativas por el principio de supremacía constitucional, la cual obliga a las entidades federativas a que, dentro del ámbito de sus competencias, desarrollen los principios, valores y reglas que se encuentran en la nueva Reforma Constitucional Penal Federal del 2008. Zaragoza Huerta J. Villarreal Sotelo K., *op.cit.*

lo tanto a medida de que el individuo conozca los alcances de la mediación y se educa para ello, facilitara el camino al ejercicio de la Justicia Restaurativa.

La justicia restaurativa en los conflictos penales trasciende a la reparación del Daño, con la participación de las partes potenciado alcanzar con ello el resultado restaurador y la Paz social. El catalogo de delitos actuales en México puede incorporarse a este procedimiento. Considerando a todos aquellos delitos por Querrela de parte, al igual que los que se persiguen de Oficio, ambos no considerados como delitos graves.

Desde el punto de vista normativo los delitos pueden variar de una entidad federativa a otra, en los 31 Estados y el Distrito Federal en la Republica Mexicana. Pero no a si, la justificación, se buscado el resarcimiento mas ágil y oportuno para la víctima, reparando el daño y las consecuencias futuras, incidiendo en la Paz social a través de la mediación penal, mostrándose como una ventaja para la sociedad y no únicamente para la víctima. En la reducción de actos delictivos, por la disminución de la reincidencia criminal favoreciendo a la comunidad en general tanto en su seguridad individual como colectiva, aunado a la tranquilidad que por ende promoverá la comprensión y la armonía social a través del Perdón.

La Justicia Restaurativa enfatiza en la reparación del daño causado, alcanzado a través de procesos cooperativos, en reuniones entre Víctima, Infractor y Comunidad como el de la mediación entre la víctima y su victimario, con el objeto de tratar entre ellos un plan para tratar el daño. Cuestión que no es sencilla en donde se tiene la cultura de la justicia tradicional, sin embargo en

varios estados de la república han cambiado a un nuevo sistema de justicia procesal penal que garantiza la reivindicación de la víctima y los procesos restaurativos.

Las Entidades federativas que actualmente prevén los Métodos alternos de solución de controversias y leyes de Justicia Alternativa son Nuevo León, Baja California, Oaxaca, Guanajuato, Chiapas, Coahuila, Colima, Durango, Hidalgo, Michoacán, Nayarit, Veracruz, Quintana Roo, Yucatán, Chihuahua, Tamaulipas, Aguascalientes, Tlaxcala, Jalisco, Distrito Federal, y Sonora.

Existen a su vez distintos centros de mediación en los Estados, indistintamente si opera o el nuevo modelo de justicia. Conforme a la políticas fronterizas de justicia restaurativa en México se aprende los programas que emprenden en vecinos como Texas, donde los encuentros de Víctima – Victimario están tomando lugar dentro de las prisiones al igual que en Europa y América del Norte. Pero en México no existe aun la puesta en marcha de la reforma constitucional para el sistema penitenciario. Aun prevalecen los preceptos del Perdón al Victimario en lo ya señalado, así como tampoco se ha transitado a la utilidad de los círculos de ayuda con agresores sexuales como en Canadá para establecer un plan de reintegración del victimario en los casos de pedofilia.

9. Conclusiones.

La Justicia Restaurativa es un movimiento de relación reciente en las áreas de la Victimología y Criminología, que se desprende de reconocer que el crimen causa heridas directas e indirectas. Este tipo de justicia insiste en la reparación de dichos daños, a la vez que permite que las partes

involucradas participen en el proceso. Por lo tanto, los programas de Justicia Restaurativa permiten que los tres actores principales: la víctima, el victimario y los miembros afectados de la comunidad de manera directa participen en la solución que se le dará al crimen cometido.

Requiere que aquellos que se han visto directamente involucrados o afectados por el delito, tengan la posibilidad de participar en búsqueda de justicia alterna. El rol de la autoridad consistirá en preservar el justo orden público; la comunidad debe construir y mantener una justa Paz, a través de elementos normativos religiosos, como el Perdón y la Misericordia, a fin de trabajar en restaurar el mal, ha aquellos que se han visto perjudicados. Labores que necesitaran de capacitación, motivación y difusión a los profesionistas y miembros de la sociedad en tareas de formación como mediadores o facilitadores, que comprendan la trascendencia del Perdón en el panorama de los conflictos delictivos.

Se aclara que a Justicia Restaurativa no es un medio alternativo de solución de conflictos, sino una consecuencia de la interacción de la mediación con otras acciones y elementos que en conjunto intentaran restaurar el daño social y económico. Pero para llegar a su aplicación ayudara en mucho las formas de educación de los métodos alternos de solución de conflictos donde impera la mediación y la cultura de está incidirá en los procesos de justicia restaurativa (Mediación Víctima-Victimario). A medida que se sumen las entidades federativas en México para la aplicación al cambio de justicia penal, se puede ir considerando en la educación sobre la cultura de la paz de manera conjunta con las instituciones y centros de mediación en los estados.

No olvidar que la Justicia Restaurativa es la tercera etapa de solución al conflicto, como una herramienta de paz que en la reforma a la justicia mexicana intercede en una vía de nuevos paradigmas junto a la mediación y los juicios orales ambos en la búsqueda de la reparación del daño a través del perdón como una evolución de la alternativa y de la retributiva, pues parte de la premisas que han causado el daño y cuáles son las acciones para remendar este daño, facilitando, la reintegración de la Víctima y del Victimario en la sociedad en la que se repararon por el delito.

La Justicia Restaurativa da un mayor énfasis en contemplar tanto a las víctimas directas como indirectas del delito y sus necesidades, así como, la concientización y responsabilidad del Victimario en el acto criminal. Los programas de Estudios de las Victimología y Criminología deberán incluir el análisis de prácticas y recomendaciones que se deben de considerar para traspasar a la búsqueda de la Justicia Restaurativa enfocado no solo en la Víctima de manera individual si no también con la sociedad, la sociedad con Víctima y estas en relación al Victimario.

Se reconoce que entre más lenta y alejada sea la puesta en marcha la adaptación del nuevo modelo de justicia procesal penal en México, y la disparidad de tiempo con diferencias en su elaboración en principios y conceptos para adaptar la ley a la realidad jurídica se corre el riesgo de que en las distintas normativas no se introduzcan en su totalidad institutos, reglas y principios que garanticen un pleno acceso a la educación sobre la Justicia Restaurativa. Limitando la implantación y aplicación de programas de mediación. Entre los países de Europa se cuentan existentes más de 500

programas de mediación y proyectos de programas restauradores, en Estados Unidos arriba de 300 y en Canadá más de 100. En América Latina llama la atención el trabajo académico y legislativo que se realiza en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica.

La Justicia Restaurativa, correctamente operada, puede significar uno de los mayores aciertos de la interdisciplinariedad en beneficio de la estructura social en México.

Para trabajar en el logro y la satisfacción de la justicia, para llegar a la Paz y el Perdón el camino es la educación y la capacitación.

Bibliografía.

- Arrona Palacios A., “El dominio de la victimología en los métodos alternativos de justicia”, *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Vol. 6., No. 1, Genallo- April 2012.
- Álvarez Rogelio B., “La víctima en los delitos relativos a la prostitución”, *Cuadernos de Política Criminal*, Número 78, Julio 2002.
- Bibas S., “Forgiveness in Criminal Procedure”, *J. Crim.*, L. 329 2006-2007 (content downloaded/printed fromHeinOnline <http://heinonline.org>).
- Blake M. Riek., “Transgressions, guilt, and forgiveness: a model of seeking forgiveness”, *Journal of Psychology and Theology*, Vol. 38, No. 4, 2010, pp. 246-254.
- Braithwait J., “*Restorative Justice*”. *The Handbook of crime and punishment*, Oxford University, Oxford, 1998.
- Cámara de diputados. LX Legislatura: reforma constitucional de seguridad y justicia, México, 2008.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ed. Anaya, Madrid, 2011.
- Díaz A., “La experiencia de la mediación penal en Chile”, *Polít. crim.*, Vol. 5, Nº 9, Julio 2010, pp. 1-67, http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1.pdf
- *Diccionario de la Real Academia Española*, Diccionario de la Lengua Española, 22ava. Edición, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 2001.

- *Diccionario Jurídico Mexicano*, UNAM – Porrúa, México, 2000.
- Dzur A. W., Wertheimer A., “Perdón y deliberación pública: La práctica de la justicia restaurativa”, *Journal Criminal Justice*, Vol. 3 Citation: 21 *Crim. Just. Ethics* 3 2002 (content downloaded/printed from HeinOnline <http://heinonline.org>, Thu Jun 7 12:22:06 2012).
- Elias R.. *The Politics of Victimization*, Ed. Oxford, Oxford, 1986.
- Gómez Tagle López E., *Derecho y sociedad: Glosario de criminología y ciencias sociales*, Universidad Pontificia de México, México, 2006.
- Garcia E., Robles J.I., González-Trijueque D., *Psicología Jurídica en México. En Fundamentos de Psicología Jurídica y Forense*, Oxford, México, 2010.
- Gorjón G. Fj, *Los MASC como instrumentos de paz “Métodos Alternos de Solución de Conflictos Herramientas de paz y modernización de la justicia”*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- Govier T., Hirano C., “A Conception of invitational Forgiveness”, *Journal of Social Philosophy*, Vol. 39, No. 3, Fall 2008, pp. 429-444.
- Hassemer W., Muñoz Conde F., *Introducción a la Criminología*, Ed. Tirant lo blach, Valencia, 2001.
- Karmen A., *Crime and victims An Introduction to Victimology*, Sixth Edition, Thomson Wadsworth, USA, 2007.
- Landrove Díaz G., *La moderna Victimología*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- *Ley de Ejecución de sanciones privativas y restrictivas de la libertad de Tamaulipas*, Ed. Anaya, Madrid, 2009.
- Maguire M. y otros, *Manual de Criminología*, 2da. Edición, Ed. Oxford, México, 2002.
- Muñoz C.F., García Aran M., *Derecho Penal parte General*, 5ta.edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Naciones Unidas, *Proclamación de los Principios básicos de justicia para las víctimas de actos delictivos y abuso de poder*, Milán, Italia, 1985.
- Peterson Armour M., Umbret M. S., “Victim Forgiveness in Restorative Justice Dialogue”, *Victims and offenders*, Taylor & Francis Group, LLC, 2006, p.123-140.
- Quinney R. *¿ Who is the Victim? Victimology*, Lexington Books, USA, 1974.
- Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, *Guía de consulta ¿En qué consiste la Reforma?*, Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma; talleres gráficos de México, 2008.
- Rodríguez Manzanera L., *Estudio Científico de la Víctima*, Ed. Porrúa, México, 1998.
- Sampedro Arrubla J.A. “¿Qué es y para qué sirve la justicia restaurativa?”, *Revista internacional*, N° 12, 2006.
- Sánchez Vázquez R. y otros, *Diagnostico sobre la aplicación de la reforma constitucional y penal*, Ed. Montiel y Soriano, México, 2010.
- Shafer S., *Introduction to Criminology*, Reston Publishing Company, Reston, VA, 1976.
- Tait D., “Pardons in perspective: The role of forgiveness in criminal justice'. Federal Sentencing Reporter”, *Pardon Power and Sentencing Policy*, Vol. 13, No. 3-4, November/December 2000 - January/February 2001, pp. 134-138.
- Villarreal Sotel, K., *Principios de Victimología*, Ed. Oxford, México, 2011.
- Zamora Grant J., *Derecho Victimal: La víctima en el nuevo Sistema Penal Mexicano*, Ed. INACIPE, México, 2009.
- Zaragoza Huerta J., Villarreal Sotelo K., “Justicia restaurativa: Un nuevo paradigma justicia en México, a partir de la reforma constitucional del año 2008” en Sánchez García A. (coord.), *Métodos Alternos de Solución de Conflictos Herramientas de paz y modernización de la justicia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

Il sistema penale *through the looking glass*

Maria Antonella Pasculli*

Riassunto

L'articolo analizza le più interessanti teorie in tema di filosofia del linguaggio per leggere diversamente il processo penale. Il sistema accusatorio può, infatti, essere interpretato attraverso tali tecniche di lettura alternative ai consueti metodi esegetici (giurisprudenza e dottrina), rimandando agli usi performativi del linguaggio studiati da J. L. Austin nella sua elaborazione formale degli atti locutori, illocutori, perlocutori. Lo studio verte per profili argomentativi sulle funzioni dei giudici nella fase preliminare delle indagini, sul valore del termine prova e sulla capacità *decidendi* del giudicante in una proiezione "metalinguistica" del processo di parti.

Résumé

L'article analyse les théories les plus intéressantes de la philosophie du langage afin de lire différemment le procès pénal. En effet, le système accusatoire peut être interprété par ces techniques de lecture qui sont alternatives aux méthodes exégétiques les plus courantes (jurisprudence et doctrine). L'utilisation de la philosophie du langage remonte aux théories de J.L. Austin sur les actes locutoires, illocutoires et perlocutoires.

Le sujet principal de cette étude a trait aux fonctions des juges dans la phase de l'enquête préliminaire, la valeur du mot « preuve » et les motifs et le dispositif de la décision du juge en considération de la projection métalinguistique du procès accusatoire.

Abstract

The article will discuss the primary linguistic theories in order to examine criminal proceedings. The accusatorial system, in fact, could be interpreted through alternative analysis to usual exegetical methods (i.e. case law and legal doctrine). The original use of philosophy of linguistics dates back to J. L. Austin's development of performative utterances and his theory of locutionary, illocutionary, and perlocutionary acts. Judgements, evidences, and decisions are taken to include such acts as promising, ordering, greeting, warning and inviting.

This study will present multiple legal issues with respect to metalinguistic perspective of the accusatorial system.

* Ricercatore confermato di diritto penale, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bari.

1. Premessa. La filosofia del linguaggio come metodo analitico del processo di parti.

In ogni realtà rappresentativa una cosa è al posto di un'altra¹. Rappresentare, è come "essere l'altro di un altro, che è insieme evocato e cancellato

¹ Per uno studio sul lavoro filosofico inteso "come attività di ricostruzione del linguaggio attraverso la determinazione di significati e relazioni logiche, ossia di concetti e di proposizioni e di relazioni fra concetti e proposizioni", indispensabili, nel caso di specie, Scarpelli U., *Filosofia analitica, norme e valori*, Comunità, Milano, 1962, p. 29; *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1953. Il lineare valore argomentativo dei testi di Scarpelli sottintende una composita e qualificata bibliografia, con referenti classici immediati a Wittgenstein L., *Tractatus logico-philosophicus*, Einaudi, Torino, 1983; Wittgenstein L., *Osservazioni filosofiche*, Einaudi, Torino, 1976; Carnai R., *Sintassi logica del linguaggio*, Silva, Milano, 1961; Morris C. W., *Segni, linguaggio e comportamento*, Longanesi, Milano, 1963; Morris C. W., *Lineamenti di una teoria dei segni*, Paravia, Torino, 1954; Stevenson C.L., *Etica e linguaggio*, Longanesi, Milano, 1962; Ullmann S., *La semantica. Introduzione alla scienza del significato*, Il Mulino, Bologna, 1966; Austin A. L., *Quando dire è fare*, Marietti Torino, 1974; Austin A. L., *Saggi filosofici*, Guerini, Milano, 1990; Chomsky N., "La grammatica generativa trasformazionale", in Chomsky N., *Filosofia del linguaggio, Saggi linguistici*, vol. II, Boringhieri, Torino, 1970; Chomsky N., "Mente e linguaggio", *ibidem*, vol. III. L'impegno analitico più recente in ambito processual-penalistico pervade l'opera di Ferraioli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, valutata ed interpretata con grande originalità da Ferrua P., *Anamorfosi del processo accusatorio, Studi sul processo penale*, II, Giappichelli, Torino, 1992, p. 47 ss., nonché Cordero F., *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Giuffrè, Milano, 1967, p.123 ss. Sul concetto di rappresentazione si veda Pierce C. S., *Collected Papers*, The Belknap Press, Cambridge, vol. I, 1931; vol. II, 1932. "Rappresentare", secondo l'autore, è trattare qualcuno "come se fosse un'altra cosa" vol. II, p. 273. "Rappresentazione è quel carattere di una cosa in virtù della quale, per la produzione di un certo effetto, essa può stare al posto di un'altra cosa. Chiamo la cosa che ha questo carattere *representamen*, l'effetto mentale, o pensiero, il suo *interpretant*, la cosa per la quale esso sta, il suo *object*" vol. I, p. 564. Si manterrà questo contenuto minimale della rappresentazione, che, in questo modo, si configura come tessuto stesso del pensiero. Si pensa mediante idee e "essendo le idee come delle immagini, non può essercene nessuna che non ci sembri rappresentare qualche cosa". Descartes R., "Meditationes de prima philosophia", *Opere*, vol. I, Trad. it., Laterza, Bari,

dalla rappresentazione"². La sfera rappresentata è data nel caso di specie dal processo di parti³, la capacità di rappresentazione del linguaggio processuale.

Il sistema rappresentativo, nelle sue condizioni di sistematica possibilità, si definisce nell'esistenza di relazioni sensibili intelleggibili tra processo di parti e linguaggio processuale, di corrispondenza biunivoca tra sfera rappresentata e sistema rappresentativo. Ecco perché la scelta di una rappresentazione: la portata complessiva della denominazione⁴. È la struttura di pensiero che

1967, p. 224.

² E' la premessa di Gil F., "Rappresentazione", *Enc. Einaudi*, vol. XI, Torino, 1980, p. 546, senza tralasciare la multiforme *climax* degli usi linguistici "vagliati" da Wittgenstein L., *Tractatus logico-philosophicus*, *op.cit.*, prop. 3.144; 3.221; 4022; 4.1212;4.125.

³ Quel modello di processo che coincide con "l'ordine isonomico, cioè l'uguaglianza tra le parti", fondato sul "principio della divisione della conoscenza tra le parti e sullo scambio uguale del vero attraverso un movimento di contraria informazione" e "conforme ad un codice etico, che garantisce la giusta condotta nel dialogo". Mi avvalgo delle riflessioni giuridiche di De Luca G., "Cultura della prova e nuovo costume giudiziario", in AA.VV., *Il nuovo processo penale. Dalla codificazione dell'attuazione*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 22, che riprende le meditazioni filosofiche di Giuliani A., "Prova (filosofia)", in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p.519.

⁴ Sono quattro gli aspetti che denotano ogni relazione di rappresentazione: 1) la rappresentatività; la rappresentazione è un contenuto significativo in un luogo del rappresentato; 2) il contenuto informazionale; 3) un'efficacia/diffusione esterna; 4) un congegno per la decifrazione/codificazione. La rappresentazione è il risultato di una decifrazione e di un trattamento dell'informazione. Cfr., Gil F., *Rappresentazione, op.cit.*, p. 548, *passim*, che riprende sinteticamente l'elaborazione classico-scolastica del *thema* rappresentativo (p. 574-5). 1) *similitudo e imago* in rapporto alla fonte della *species*, cui essa assomiglia e che essa imita; 2) *species* in rapporto al senso all'intelletto... (il senso riceve le forme delle cose sensibili e l'intelletto è il luogo delle forme); 3) in rapporto agli specchi; 4) *phantasma e simulacrum*... nelle immagini ingannevoli dei sogni; 5) forma... immagine generale o "concetto" delle cose ottenuto con la ripetizione della memoria percettiva, mediante l'immaginazione e la memoria; 6) *intentio*... "essa non è davvero la cosa, ma piuttosto l'intenzione della cosa, ossia la somiglianza...Nel seicento, un dizionario

meglio descrive, sia pure con apparati formulatori approssimativi ed astratti, la relazione di rappresentazione⁵, costituita dalla perfettibile coincidenza tra segni linguistici e cose significate⁶, tra linguaggio processuale e processo di parti.

Le norme processuali sono, prima di tutto, proposizioni linguistiche, strutture di parole aventi una forma, un significato, una funzione specifica. *Ab origine* nascono come atto creativo del legislatore, atto composito, che si sviluppa attraverso fasi determinate; sono, dunque, un prodotto culturale, il frutto di discussioni, valutazioni, scelte ideologiche; possiedono una dimensione plastica che trascende la collocazione sistematica di un codice per trasfondersi in atti, comportamenti, decisioni.

La manifestazione di ogni ideologia è possibile solo attraverso le parole e le parole dell'ideologia accusatoria sono le norme processuali contenute nel codice di procedura penale. Il legislatore le ha attuate; ha, cioè, compiuto una scelta rappresentativa nello stesso tempo linguistico - culturale/valutativo - ideologica per esprimere/imprimere un sistema di valori innovatori. La partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento è espressione di un principio

filosofico enumererà ancora una decina di accezioni".

⁵ Si veda anche sul concetto di rappresentazione, Carnelutti F., "Crisi dell'arte e crisi del diritto", *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 517ss.

⁶ La relazione tra segno e significato sottintende la specificazione del termine concetto, in altre parole del "significato portato dal segno linguistico, implicando la variabilità del segno in costanza di significato". Così come nell'ambito degli enunciati normativi, il termine proposizione indica "un significato portato da un enunciato, implicando la variabilità dell'enunciato in costanza del significato" Così Scarpelli U., *Filosofia analitica. Norme Valori*, op.cit., p. 19-20.

accolto dal sistema accusatorio: il contraddittorio, che si qualifica nei requisiti essenziali di oralità, pubblicità, immediatezza, concentrazione; sottintende la presenza del giudice e delle parti, P.M. imputato/indagato per la formazione del *teatrum praeiudicium* o *iudicii*; la possibilità reale per le parti di conoscere il contenuto degli atti su cui il giudice formulerà liberamente il suo convincimento; il diritto delle parti di intervenire nell'acquisizione del materiale probatorio, contribuendo essenzialmente a formarlo *directly/indirectly*.

La partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento è espressa da parole, siano esse disposizioni processuali o interpretazioni processuali. Vi è il proclama della legge delega *ex art.2*, dir. n.3. Nel codice è sancita *ante iudicium* la "garanzia dell'informazione" *ex art. 369 c.p.p.*; mentre in *iudicium* le prove sono ammesse a richiesta di parte *ex art.190 c.p.p.*, con i limiti connessi *ex artt. 191-192 c.p.p.* e i modi relativi alla loro ammissione *ex art.493 c.p.p.* ed acquisizione *ex art. 495 c.p.p.*

Ora ogni parola deve esprimere la sua funzione, avere un suo significato. Ed il significato deve essere quello e non un altro, non uno e soltanto uno, lo stesso per cui la parola è stata creata e non un altro che possa distruggere la sua essenza. Spiegare il significato di una parola vuol dire darne una definizione e ciò è molto controverso. Ci sono i segni del linguaggio processuale da definire e i segni o i gruppi di segni del metalinguaggio processuale usati per spiegarne il significato.

La parola prova, presente nel codice accusatorio, è tanto il fatto rappresentativo/mezzo di prova,

quanto il fatto rappresentato/risultato probatorio. I momenti costitutivi della sequenza probatoria hanno tempi, spazi, oggetti determinati, individuabili nelle formule organizzatorie e nelle regole combinatorie, espresse dalle norme processuali, descritte della suddetta sequenza, al fine di verificare il rapporto variabile tra termini e loro significato, tra ideologia e terminologia accusatoria.

Il legislatore può avere usato un dato segno linguistico per informare il sistema intorno a qualcosa (uso informativo); per aiutare il sistema nella scelta preferenziale di oggetti (uso valutativo); per provocare sequenze di risposte diversificate (uso stimolante); per organizzare i comportamenti di un settore della società (uso sistematico).⁷

Il giurista è interprete attivo del diritto ed interprete teorico del diritto. Egli legge dentro le parole. Le esamina, le sviscera, le valuta, la applica. Cerca di comprendere se al segno corrisponda il senso; se il morfico coincida con il semantico. E' il giurista che stabilisce se sussista coincidenza fra segni linguistici e cose significate, servendosi di tecniche di definizione⁸. Stabilire

⁷ Cfr. Morris C.V., *Segni, linguaggio e comportamento*, sul senso in cui si usa un segno, *op.cit.*, p. 95 ss. "Un segno è adeguato in proporzione alla sua capacità di soddisfare lo scopo per cui è usato. I segni possono essere adeguati per alcuni scopi, inadeguati per altri. Dire che un segno è adeguato è come dire che con il suo uso si raggiunge uno scopo in una particolare occasione o che generalmente esso facilita il raggiungimento di un certo scopo. Per comprendere le specie di adeguatezza dei segni si devono comprendere gli usi che si fanno di essi". Più recentemente, in tema Benedetti G., *Segno, simbolo, linguaggio*, Bollati Boringhieri, Torino, 1971.

⁸ Il significato di una parola, infatti, può essere dato mediante riferimento alla realtà denotata dal segno (definizione referenziale o dimostrativa); mediante segni che appartengono ad un sistema costruito artificialmente (definizione semantica o logica); o per genere e differenza, a cui si ricorre nei casi di

questa coincidenza comporta attività di comprensione ed interpretazione assai complesse. Le norme processuali⁹ vanno, dapprima, analizzate in funzione logico-grammaticale, per comprendere appieno la definizione delle parole adoperate dal legislatore¹⁰.

Vengono per quanto possibile eliminati i termini ambigui, le locuzioni imprecise, le asserzioni illogiche, le formule indeterminate, *ergo* i margini dell'errore e del fraintendimento. Studiati i termini e fissati i concetti, si compiono operazioni di logica deduttiva, attraverso cui si ricava il nesso tra segno e significato. Solo con un attento esame dell'impostazione dei rapporti tra dati e simboli denotativi¹¹, un severo metodo di ragionamento, una specifica determinazione dei significati che si elabora un sistema rappresentativo valido¹².

complessità di alcune proprietà di soggetto e predicati enunciativi, analizzabili o distinguibili solo in due o più proprietà. Cfr. in tema Copi I., *Introduzione alla logica*, Il Mulino, Bologna, 1963.

⁹ Esse "pur non essendo giudizi esistenziali, sono giudizi fondati sull'esperienza, fanno riferimento a cose reali, ad enti reali; non si può intenderle senza risalire alla realtà sociale da cui sorge la norma e che la norma regola". Sul punto Scarpelli U., *Filosofia analitica e giurisprudenza*, *op.cit.* p. 22 ss.

¹⁰ Non si compiono operazioni di pura analisi grammaticale e sintattica, che possono dirsi comuni a qualsiasi espressione «comunicativa» dei segni e dei simboli grafici appartenenti alla lingua e al linguaggio corrente. Si affrontano, invece, operazioni intellettive di maggiori complessità". E la prefazione di Comoglio L. P., "Lessico delle prove e modello accusatorio", *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 1201 ss. Continuando in tema Scarpelli U., "Il metodo giuridico", *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 554. "Le operazioni intellettuali sono definibili come manipolazioni di segni, i cui prodotti sono sequenze di segni, espressive di proposizioni".

¹¹ Lo studioso attesta "l'esistenza, per consuetudine o convenzione, di una struttura di relazioni segni che determinanti significati e modalità di combinazioni di segni e di trasformazioni di combinazioni". Sono gli insegnamenti di Scarpelli U., *Il metodo giuridico*, *op.cit.*, p.568.

¹² "La filosofia del linguaggio contemporanea (...) è volta ad una concezione del significato come uso. Che un segno è significante significa che viene usato, cioè prodotto e ricevuto, in certe relazioni con altri segni o con enti non segnici". Sempre Scarpelli U., *Il metodo*

Convenzionalmente¹³ è l'esistenza di un lessico¹⁴ - gli elementi del processo di parti, le sue notazioni; di una sintassi¹⁵ - le regole di disposizione degli elementi esplicativi delle reciproche posizioni nel *teatrum iudicii*; di una semantica¹⁶ - le regole di assegnazione, attraverso cui s'intende che cosa, nel codice, designi gli elementi del processo di

giuridico, *op.cit.*, p.568.

¹³ Sul punto si veda la teoria dei linguaggi quadro di Wittgenstein, fedelmente riportata da Gil F., *Rappresentazione, op.cit.*, p. 552; più specificatamente Goodman N., *Languages of arts. An approach to a theory of symbols*, Trad. it., Il saggiatore, Milano, 1976, p. 192-193. "Ciò che in un sistema è un quadro può essere descrizione di un altro; e che un simbolo denotativo sia rappresentazionale dipende non dal fatto che assomigli a ciò che denota, ma dalle sue relazioni con gli altri simboli in uno schema dato".

¹⁴ Per un'ampia e dettagliata valutazione sul concetto di linguaggio in generale Chomsky N., "Linguaggio", *Enc. Einaudi*, Torino, 1979, p. 352ss.; in particolare sul concetto di linguaggio giuridico Belvedere A., "Linguaggio giuridico", *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, vol. XI, Torino, 1994, p. 21 ss. Sulla definizione di lessico giuridico Comoglio L.P., *Lessico delle prove e modello accusatorio, op.cit.*, p. 1203-4, che "avverte" i lettori del carattere ontologico del lessico giuridico, comprensivo di termini utilizzati nel linguaggio comune, i cosiddetti "termini fattuali" e del carattere specialistico del lessico giuridico, comprensivo di termini e di sintagmi imprescindibili "da giudizi o valutazioni riferibili a norme giuridiche", i cosiddetti "termini normativi". Vi sono poi termini "dell'una e dell'altra categoria, che entrano a far parte di un determinato linguaggio (e del relativo lessico) tecnico-giuridico, concorrendo ad identificare nelle diverse norme, al di là dei rischi di possibile ambiguità ed intrinseca vaghezza, il <senso> fatto <palese> dal significato proprio delle parole, secondo la loro <connessione> letterale e logica".

¹⁵ Sul concetto di sintassi del linguaggio come "teoria formale delle forme linguistiche di quel linguaggio, lo stabilimento sistematico di regole formali che lo governano e lo sviluppo delle conseguenze derivabili da queste regole", Carnap R., nell'impegnativo *Sintassi logica del linguaggio, op.cit.*, nonché, Morris C. W., *Lineamenti di una teoria dei segni, op.cit.*

¹⁶ Sul concetto di semantica rimando alla vasta trattazione di Scarpelli U., con connessa ricca bibliografia, "Semantica giuridica", in *N. N. D. I.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 978 ss. Tra le letture "personalizzate" segnalò, invece, Eco U., *Trattato di semiotica generale*, Bompiani, Milano, 1975; Eco U., *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Bompiani, Milano, 1979; Bonomi A.,

parti a determinare un sistema di rappresentazione.

Indicata la realtà rappresentativa, percorrere "la via lunga del linguaggio"¹⁷ nel tentativo di ricostruire la struttura del processo penale attraverso la ricostruzione filosofica del linguaggio processuale significa decostruire le parole del diritto, create dal legislatore, capirne simboli e meccanismi originari, indicare funzioni ed artifici nascosti; significa essenzialmente cercare di comprendere chi siamo¹⁸.

Tale studio pone, la parola al centro di tutto¹⁹, proponendosi per quanto possibile di decifrare i segni e di individuare i significati degli articoli del codice accusatorio nella loro scrittura legislativa ed interpretativa. Questa è la premessa indispensabile per un percorso differenziato

"Linguistica e logica", in Segre C. (a cura di), *La linguistica oggi*, Il Saggiatore, Milano, 1981.

¹⁷ La poetica espressione è di Ricoeur P., *Les conflits des interprétations. Essais d'hermènetique*, Trad. it, Jaca Book, Milano, 1977, p. 24.

¹⁸ Forse nessuna esperienza umana può essere compresa senza comprendere che cosa sia il linguaggio". Scarpelli U., *Filosofia analitica e giurisprudenza, op.cit.*, p.10; meglio "Qualsiasi cosa gli uomini dicono la dicono per mezzo del linguaggio, qualsiasi teoria costruiscono la costruiscono per mezzo del linguaggio". Sempre Scarpelli U., *Filosofia analitica. Norme e valori, op.cit.*, p.25.

¹⁹ Non solo come *Linguistic turn*, ossia costruzione del linguaggio come oggetto privilegiato dell'indagine filosofica, ma principalmente come "riflessione concentrata sulle relazioni tra linguaggio e mondo, tra parole e cose (...) la parola guadagna la sua densità come luogo a partire dal quale è possibile il suo darsi delle cose". Così Zaccaria G., *Questioni di interpretazioni*, Cedam, Padova, 1996, p. 109. In senso metafisico, Heidegger M., *In cammino verso il linguaggio*, Trad. it, Caracciolo, Milano, 1973, p. 27. "L'uomo parla. Noi parliamo nella veglia e nel sonno. Parliamo sempre, anche quando non proferiamo parola, ma ascoltiamo, leggiamo, ci dedichiamo ad un lavoro o ci perdiamo nell'ozio. In un modo o nell'altro parliamo ininterrottamente. Parliamo perché il parlare ci è connaturato", e l'osservazione di Husserl E., *Ricerche logiche*, Trad.it, Il saggiatore, Milano, 1982, p.366. "Io nelle rappresentazioni delle parole che accompagnano e appoggiano il mio silente pensare fantastico sempre parole parlate della mia voce".

nell'analisi del processo di parti. Parafrasando gli analisti, i problemi del sistema accusatorio nascono nel linguaggio processuale e si risolvono (o almeno si cerca di risolverli) lavorando sul linguaggio processuale²⁰.

Le norme del codice di procedura penale, che formano l'oggetto della ricerca, costituiscono la "lingua-oggetto"; metalinguaggio sarà, invece, il sistema linguistico denotativo, costruito artificialmente per mezzo di un altro linguaggio²¹.

La proposizione normativa è nel nostro caso linguaggio naturale, con tutte le sue ambiguità e vaghezze. Le sentenze dei giudici e gli studi della dottrina appartengono al metalinguaggio; sono, cioè, linguaggi artificiali, attraverso cui si analizza, si spiega, si interpreta il linguaggio processuale. Spetta al giurista con l'analisi descrittivo/applicativa delle regole, in base alle quali le unità significative di un sistema linguistico si combinano in frasi (sintassi), e con lo studio del significato delle parole, delle frasi e dei nessi significativi degli elementi dell'enunciato (semantica), di interpretarlo, completarlo, ordinarlo²². La proposta (di ricerca) è di indurre ad

"una presa di coscienza semantica" collettiva²³. Penetrare il linguaggio per poi saltare di là da esso²⁴.

2. Immagini virtuali e surrogati mistificanti.

Il codice di procedura penale proietta un'immagine virtuale del processo di parti, una copia del "vero" un modo in potenza di presentarsi della realtà processuale. Il codice di procedura penale non è che una forma di conoscenza del processo immaginifico, da cui emanano messaggi, frammenti, stereotipi, principi della cultura accusatoria. Il processo penale indubbiamente possiede e il fascino del visibile nelle sue strutturazioni oggettive (le due parti "innominate" in cui è suddiviso il codice, gli unici libri, gli articoli sempre in aumento in cui si risolve) e il fascino dell'invisibile, attraverso cui traspare nei limiti dell'osservabile "la narrazione del mito, il ritmo del rito, il simbolismo del potere, la drammaticità della visione, la tenerezza della memoria"²⁵. La presente ricerca oscilla tra il visibile e l'invisibile, tra ciò che non si vede, ma c'è (ormai si vede anche!) e ciò che si dovrebbe

²⁰ Scarpelli U., *Filosofia analitica. Norme e valori*, *op.cit.*, p.15.

²¹ Ci fu un momento "nel quale non si poté più indicare semplicemente i simboli o gli oggetti e si dovette pertanto cominciare a parlare di quelle parole oggetto e non si poté più arrivare ai simboli e agli oggetti che attraverso il significato, il discorso su di essi, la prima forma di metalinguaggio". Così nella spiegazione della "transizione dalla semiologia simbolica alla semantica discorsiva" De Lalla P., "Semantica normativa", *Logica delle prove penali*, Novene, Napoli, 1973, p. 201 con richiami alla nota 8.

²² Sono le sempre attuali osservazioni di Bobbio N., "Scienza del diritto a analisi del linguaggio", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 342 ss. "Ogni analisi del giurista inizia abitualmente con la determinazione del significato delle parole che entrano a far parte della proposizione normativa o del gruppo di proposizioni normative che formano oggetto della sua ricerca".

²³ La presenza necessaria di soggetti che interagiscano in tale percorso (legislatore-creatore; giurista-interprete; giurista-studioso) altera la visione statica del linguaggio "Non più pensato come descrizione di stati di cose, ma fondamentalmente come comunicazione fra le persone". Sul punto Zaccaria G., *Questioni di interpretazioni*, *op.cit.*, pag. 121-22. "In tal modo tra i soggetti di una comunicazione dialogica si dà in defettibilmente una contemporanea metacomunicazione intersoggettiva sul significato pragmatico e contestuale del comunicare". Ecco perché l'intendere (rsi) (del) il linguaggio è molto spesso un fraintendere (rsi) (sul) il linguaggio.

²⁴ Così Wittgenstein L. alla prop. 6.54 del suo *Tractatus logico-philosophicus*, *op.cit.* nonché, Carnelutti F., nella nota esplicativa a *Crisi dell'arte e crisi del diritto*, *op.cit.*, p. 517.

²⁵ Sono le descrizioni dell'immagine tratteggiate da Crapettini G. P., "Immagine", *Enc. Einaudi*, vol. VII, Torino, 1979, p. 93 ss.

vedere ma non c'è (né si è mai visto)²⁶.

Il modello accusatorio fissa la sua efficacia simbolica nelle 105 direttive della legge delega²⁷. La rappresentazione accusatoria si colloca così nel nostro immaginario. Il nostro rito presenta delle qualificanti connotazioni: la ripartizione dei ruoli (pubblico ministero, organo inquirente/parte processuale; imputato/indagato, parte processuale avversa, alla presenza garantita ed imparziale di un giudice terzo) e la suddivisione in fasi (indagini preliminari, fase preparatoria al giudizio stesso, cui è riservato il solo compito di ricercare, individuare e assicurare gli elementi di prova; udienza preliminare, fase filtro a prevenzione di inutili dibattimenti, introdotta dalla richiesta di rinvio a giudizio, presentata dal pubblico ministero al giudice dell'udienza preliminare; *iudicium*, fase dibattimentale, dove ha atto il contraddittorio per la prova). "Gli utenti dello *ius scriptum* vivono nella grammatica"²⁸. Le proposizioni normative relative al libro I c. p. p. presentano unità di linguaggio, che esprimono soggetti e parti processuali. Gli elementi sintattici di tale grammatica processuale (soggetto/ciò di cui si afferma qualcosa-predicato/tutto ciò che si

²⁶ Sull'inquisitorio prevalente e l'accusatorio assente leggasi Cordero F., "Linee di un processo di parti", in Cordero F., *Ideologia del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 168 ss.

²⁷ "Lo stile accusatorio postula un giudice immobile: guarda, ascolta, giudica; le parti costituiscono i *petita*, adducono le prove e se le giocano. L'attore dispone dell'azione: agisce discrezionalmente, se il caso merita di essere perseguito con adeguate chance, secondo sue prognosi insindacabili; quando voglia; desiste" Cordero F., *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 363 ss.

²⁸ "Qualcuno fabbrica una «littera», i competenti lavorano un'immensa tela: glossa, summa, commento, speculum, trattato, casistica, pratica; sotto una tale soglia le parole vagano confusamente; appena il gioco sintattico componga strutture chiuse, deflagra in un circuito semantico: la scienza delle norme studia tali «unità» minime". Così Cordero F., *Riti e sapienza del*

afferma) sono associati da una parte all'astratta morfologia degli strumenti sintattici e dall'altra al concreto significato funzionale di tali strumenti²⁹.

Gli articoli di legge segnano un profilo lessicale/sintattico/semantico almeno coerente con il processo di parti, se non proprio rispondente ai principi di verificanza/significazione di matrice analitica, solo per il pubblico ministero. Egli esercita l'azione penale, quando mancano i presupposti per l'archiviazione. L'analisi sintattica mostra un soggetto la cui posizione *ad incipit* della frase ne sottolinea il protagonismo ed un predicato dalle significanze iterative³⁰, indicativo di un potere: quello di instaurare il processo. L'uso del presente indicativo nelle norme processuali è il risultato di mediazioni/stratificazioni linguistiche, operate sul lessico giuridico³¹. "Il nucleo storico" prevedeva l'uso dell'imperativo³².

L'aspetto modale del predicato si è trasformato, il senso rimane, invece, immutato. "Il pubblico

diritto, Laterza, Bari, 1981, p. 169 al paragrafo *Enunciati normativi*.

²⁹ Sulla teoria della grammatica trasformazionale, in base alla quale gli oggetti sintattici, mediatori nel rapporto suono-significato, sono derivazioni sintattiche infinite, regolate da un sistema finito di regola (la grammatica, appunto!), si veda Chomsky N., *Syntactic Structures*, trad. it, laterza, Bari, 1974.

³⁰ Trattasi di voce dotta dal latino "exercitare", esercitare frequentemente, con impegno. Inoltre sulle sinonimie verbali ex art. 74 cod. 1930 rimando alla *Relazione al nuovo codice di procedura penale*, in *Lex, Legislazione italiana*, 1988 p. 366-67 e al "commento" di Cordero F., *Codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1990, p. 55-56.

³¹ "Il modello linguistico legislativo ignora gli imperativi; uno stile ellittico ha inghiottito anche i verbi modali come «dovere»; di solito il discorso segue un sommesso ritmo all'indicativo". Cordero F., "Diritto", *Enc. Einaudi*, vol. IV, Torino, 1978, p. 943.

³² "Ne troviamo tanti nelle XII Tavole; «em capito», «ito», «secanto», «necanto», «talio esto», «endoque plorato», «ne irroganto», «ne sepolito neve urito», «damnum decido». Tali imperativi equivalgono a frasi «se... allora»; quale soggetto vi figura un atto ipotetico, il predicato lo qualifica conforme o no alla condotta dovuta o valida". Cordero F., *Riti e sapienza del diritto*, *op.cit.*, p. 246-7.

ministero esercita l'azione penale" equivale a "il pubblico ministero deve esercitare l'azione penale"³³. Rimane una sorta di ambiguità riguardo alla valenza semantica dell'attività esercitata. Trattasi di un "potere obbligatorio". Il titolare ha un ambito d'azione, sottoposto all'esercizio di un dominio pressoché assoluto, o almeno discrezionale; deve, pertanto farne uso. Resta esclusa la non azione. Il pubblico ministero agisce sempre. La richiesta di archiviazione è l'altra alternativa processuale e non sintattica³⁴. La presenza di una proposizione subordinata temporale esplicita, in luogo di una proposizione coordinata disgiuntiva, è indicativa del carattere prevalente del potere d'agire del pubblico ministero sul suo potere di non agire sino in fondo.

3. Esempi di formazione linguistica.

Gli artt. 55 c.p.p. e ss. descrivono chi sia il pubblico ministero come soggetto processuale; le disposizioni relative al libro V del codice specificano chi egli sia come parte processuale. Il pubblico ministero svolge le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio penale. Deve, dunque, indagare e lo deve fare fornendo indicazioni qualitativamente esatte per procedere ulteriormente.

Da qui si sviluppa la dettagliata sequenza delle attività, che può compiere, meglio che compie. Procedo ad iscrizioni segrete o svelate a richiesta

di parte, con le dovute eccezioni; si avvale di consulenti tecnici di parte per operazioni di rilievo; procede all'individuazione di persone, beni e luoghi; assume informazioni da chiunque possa riferirgli elementi utili ai fini delle indagini; interroga, previo accompagnamento coattivo o a seguito di presentazione spontanea, gli imputati in procedimenti connessi, nonché, con difensore partecipe, le persone sottoposte alle indagini; dispone perquisizioni e sequestri; invia informazioni di garanzia; ferma individui gravemente indiziati di delitto, li interroga, avvisando il difensore, ne dispone la liberazione o richiede la convalida del loro stato; può promuovere incidente probatorio; può chiederne, a determinate condizioni, il differimento; egli ha, nell'esercizio delle sue funzioni i poteri di cui all'art.131 c. p. p., dunque, agisce come un giudice, *ergo* è come un giudice³⁵.

La fase del suo dominio incondizionato si chiude all'art.405 c. p. p.: egli esercita l'azione penale, quando non deve richiedere l'archiviazione. Certo sintatticamente la formulazione è meno corretta, ma la sostanza non muta.

Alla figura dell'antagonista nella sua duplice veste procedimentale e processuale, è applicata la medesima verifica sintattica dai connessi riverberi semantici, utilizzati in *interpretazione* della normativa "pubblica". Ai sensi dell'art.60, 1° comma c.p.p., un individuo assume la qualità di imputato, quando viene a lui attribuito il reato nella richiesta di rinvio a giudizio, di uno dei procedimenti speciali, di cui al libro VI del codice, nel decreto di citazione a giudizio, davanti

³³ Inoltre sull'impulso costituzionale in tema di obbligatorietà dell'azione, con particolareggiata valutazione giurisprudenziale e richiami attenti ai modelli stranieri, Chiavario M., "L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà", *Cass. Pen.*, 1993, p. 2658 ss.

³⁴ Devo dissentire dalle parole di Cordero F., *Codice di procedura penale, op.cit.*, p. 57, che sottolinea la presenza di una formula disgiuntiva inesistente. "Il

pubblico ministero agisce o chiede l'archiviazione".

³⁵ Efficace la critica di Cordero F., *Codice di procedura penale, op.cit.*, p. 425, sulle "figure impari" in fase preliminare.

al pretore, nel giudizio direttissimo. Il soggetto è tale in relazione all'oggetto, retto dal predicato³⁶; soggetto e oggetto della proposizione normativa a rigor di logica coincidono. Traspare nella lettera della legge l'assimilazione tra parola e azione: la richiesta di rinvio a giudizio, di giudizio immediato, di applicazione della pena, il decreto penale di condanna, il decreto di citazione a giudizio *ex art. 554*, 4° comma c. p. sono equiparati alla presentazione diretta dell'imputato³⁷ in stato di arresto *ex art. 449*, 1° comma, *ex art. 60 c. p. p.* ed un *dies ad quem* per venirne meno *ex 2° comma*, art. 60 c. p. p., con eccezione prevista al 3° comma. In nessun altro modo si può assumere la qualità di imputato.

Lo conferma l'art. 405, 1° comma c.p.p., con una sorta di ricongiungimento virtuale/verbale nel *quid* e nel *quomodo* con l'attore pubblico³⁸.

Eppure il legislatore amplia vertiginosamente la nozione di imputato attraverso un uso indiscriminato del termine *de quo*. E' imputata la persona alla quale è attribuito il reato nella richiesta di provvedimento cautelare, disposta dal pubblico ministero *ex art. 291 c. p.*; il soggetto indicato dal giudice come tale nell'ordinanza dispositiva di misura cautelare *ex art. 292 c. p. p.*, 2° comma, lett. a; è sempre l'imputato, il soggetto cui si rivolgono le esigenze cautelari *ex art. 274 c. p. p.*, lett. b, c. Questa scelta legislativa è, di fatto,

³⁶ A completare Cordero F., *op. loc. cit.*, p. 71. " In senso tecnico "imputato" è termine correlativo ad "azione": assume tale qualifica la persona contro cui il pubblico ministero agisce; i relativi atti, denominabili "imputabili", instaurano il processo, ossia una sequela vincolata quanto all'epilogo; fausto o nefasto, deve essere una sentenza".

³⁷ L'assunzione della qualifica è immediata in tal caso: dal 1° capoverso dell'art. 449, dove si indica " la persona arrestata in flagranza di reato", all'imputato in stato di arresto di lì a poco.

³⁸ Sul punto Chiavario M., "Parti e difensori nel primo libro del nuovo codice", *Leg. pen.*, 1989, p. 406.

in sintonia " distorta" con l'art. 2, dir. 36 della legge delega e in chiara dissonanza con il "presunto" rigore terminologico/formulare di cui al combinato disposto degli artt. 60, 405 c.p.p.³⁹.

Potrebbe anche dirsi ultrattività linguistica del legislatore a compensare il non linguaggio del medesimo. Se, infatti, l'imputato riveste tale qualifica *cum nomine criminis cuius videtur* in molteplici varianti, *nulla verba*, invece, sull'innominato soggetto processuale prima delle varie richieste di giudizio o in fase cautelare.

Espulso il termine indiziato⁴⁰, con cui ora il legislatore definisce, avvalendosi della qualificazione avverbale, esclusivamente lo *status* di persona soggetta a fermo, disposto dal pubblico ministero *ex art. 384 c.p.p.*, regna sovrana la confusione funzionale/verbale del ruolo pre-processuale. L'art. 61 c.p.p. non definisce il non imputato. L'analisi sintattica scopre un invertimento logico dei processi semantici. La sequela esemplificante di soggetto-verbo-complemento scompare. Al suo posto si materializza una grottesca "iperbole" garantista: i diritti e le facoltà che spettano all'imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini⁴¹.

³⁹ Si interpreti la sintonia distorta dell'art. 2, dir. 5, 6, 47 della legge delega come fedeltà alla lettera, ma non allo spirito della legge.

⁴⁰ Si interpreti la sintonia distorta dell'art. 2, dir. 5, 6, 47 della legge delega come fedeltà alla lettera, ma non allo spirito della legge.

⁴¹ Per una dottrina attenta alle "sviste" nomenclatorie, Rivello P. P., "Persona sottoposta alle indagini", *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 53 ss. "La qualifica di persona sottoposta alle indagini è correlata allo svolgimento di investigazioni soggettivamente orientate, che rappresenta, dunque, il dato caratterizzante tale *status* personale... lo *status* di persona sottoposta alle indagini va riconosciuto sulla base di una valutazione obiettiva dei dati sostanziali, anche antecedentemente alla comunicazione al p.m. della notizia di reato, a partire dallo svolgimento delle indagini da parte della p.g., nei confronti di un determinato soggetto".

Il non imputato si presenta, dunque, come un'emanazione dell'imputato. L'assimilazione dell'indagato alla figura anche lessicale dell'imputato è allo stato attuale assai nociva⁴².

La locuzione "persona sottoposta alle indagini" racchiude in sé molteplici interpretazioni. Persona sottoposta alle indagini è ciascun soggetto su cui indaga il pubblico ministero *cum longa manu*. Il legislatore ha cura di fortificare ancora di più la posizione garantista del non imputato *ex art. 61, 2° comma c.p.p.*, nonostante i richiami specifici *ex artt. 360, 364, 3° comma, 365, 2° comma c.p.p.* Non è, però, altrettanto rigoroso sui *dies a quo/dies ad quem*. Anche la persona sottoposta alle indagini non è soggetto processuale ad *libitum*, ma il legislatore sul punto tace⁴³. Non è scritto nel codice né come, né quando si diventa persona sottoposta alle indagini.

Allora o il soggetto in questione possiede facoltà divinatorie non indifferenti; questo gli consentirebbe di presentare richiesta *ex art. 335, 3° comma c.p.p.* novellato, per sapere se il proprio nome, legato a presunte fattispecie criminose, sia iscritto nel registro delle notizie di reato. O ne avrà conoscenza tramite informazione di garanzia⁴⁴, o con ordinanza di custodia cautelare,

⁴² "Tropo... traumatica è apparsa l'immediata consacrazione legislativa di un neologismo egualmente riassuntivo ("indagato") che, quanto a purezza linguistica non sarebbe l'ideale... si è preferito l'uso di circonlocuzioni che non hanno certo il pregio della sinteticità ("persona sottoposta alle indagini preliminari"), ma che, indubbiamente, sono, a loro volta, tra le più "asettiche" che si potesse immaginare". Così Chiavario M., *Parti e difensori nel primo del nuovo codice, op.cit.*, p. 407.

⁴³ Criticamente, Santalucia G., "Sugli effetti prolungati della sottoposizione alle indagini", *Giust. pen.*, III, 1995, c. 692 ss.

⁴⁴ Anche per l'informazione di garanzia le parole nascono confuse ed ingenerano voluta confusione. Cordero F., *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 773, aveva svelato le "trame" lessicali e grammaticali della locuzione temporale dell'art. 369

di arresti domiciliari, decreto di perquisizione, di sequestro⁴⁵.

Lo stato di limbo a termine della chiusura delle indagini preliminari *ex art. 405, 1° comma, c. p. p.* in una sorta di sovrapposizione sistematico/funzionale del non imputato sull'imputato. Le osservazioni sul linguaggio normativo impongono determinate osservazioni. "Il vuoto lessicale ne segnala uno logico"⁴⁶.

Ignorare volutamente un soggetto processuale con un rilievo ed uno spessore specifici, spazzare via le parole della sua storia comporta l'annientamento delle garanzie di cui al 1° comma

c.p.p. ante art. 19, legge 332/95. L'utilizzazione della preposizione "sin", significante "unione, coesione, connessione nel tempo e nello spazio" era stata abilmente neutralizzata. "Compimento significa cosa fatta e "dal" equivale a dopo". La riscrittura del profilo temporale nell'informazione medesima, ancorato esclusivamente al compimento di un atto garantito, "mentre negli altri casi avvertire il non imputato diventa mossa abusiva, svela difetti congeniti dell'istituto". Cordero F., *Procedura penale, op.cit.*, p. 774. Sulla stessa scia anche Peroni F., "Commento all'art. 19", in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Cedam, Padova, 1995, p. 277 ss.; nonché Giostra G., "I novellati artt. 335 e 369 c.p.p.: due rimedi inaccettabili", *Cass. pen.*, 1995, p. 3597 ss.

⁴⁵ Sull'equipollenza onnipresente, giurisprudenza in esubero. A titolo esemplificativo: nel passato cfr. Cass. 17 aprile 1972, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1973, p. 1107, m. 1456; Cass. 20 maggio 1974 in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1976, p.476, m.520; Cass. 22 ottobre 1971, in *Giur. it.*, 1972, II, p. 481; Cass. 9 ottobre 1972, in *Giust. pen.*, 1973, III, c. 212, m. 176; Cass. 3 aprile 1975, in *Giust. pen.*, III, c. 433; Cass. 22 aprile 1980, in *Riv. pen.*, 1980, p. 881; nel presente Cass. V, 9 aprile 1991, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 76; Cass. III, 8 luglio 1993, in *Dif. pen.*, 1993, p. 64; Cass. III, 9 aprile 1992, in *Giur. it.*, 1993, II, p. 98 ss; Cass. V, 3 settembre 1993, n. 2607, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1060; Cass. III, 30 giugno 1993, n. 1269, in *Riv. pen.*, 1994, p. 552; Cass. VI, 24 maggio 1995, n. 609, Cass. III, 19 ottobre 1995, n. 2501, in *Riv. pen.* 1995, p. 383; Cass. III, 10 gennaio 1996, n. 3945, in *Riv. pen.*, 1996, p. 900.

⁴⁶ L'osservazione è di Cordero F., *Diritto, op.cit.*, p. 895. "Anche la produzione giuridica sottintende una «grammatica generativa» e può darsi che l'utente non lo sappia, nel senso di una conoscenza introspettivamente esplorata, anzi è molto probabile: questi meccanismi stanno al di sotto del lavoro psichico conscio".

dell'art. 61 c.p.p. durante i meccanismi istruttori, significa mistificare l'identità del processo di parti. Sulla richiesta del pubblico ministero, delle parti private e della persona offesa provvede il giudice per le indagini preliminari. L'art. 328 c.p.p. definisce questo "strano" giudice.

Reading up throughout the meaning of the words, la funzione prima del giudice per le indagini preliminari⁴⁷ è ampiamente contenuta nell'azione che egli compie: quella di tenere conto delle richieste, in altre parole di far fronte a situazioni varie, attraverso mezzi necessari ed opportuni con l'adozione di misure idonee. Può, quindi, anche non garantire forme di giurisdizione oggettiva, con connesso effettuale contraddittorio *inter partes*, ma deve essere estraneo alla posizione dell'accusa.

Pubblico accusatore e giudice sono scissi nella rappresentazione accusatoria. Il costrutto sintattico disposto *ex art. 50, 328 c.p.p.*, studiato in simbiosi semantica, rivela un chiasmo normativo perfetto. Soggetto-verbo-oggetto: l'accusa è pubblica; è il pubblico ministero che dà inizio/luogo all'agire⁴⁸. Oggetto-verbo-soggetto: richiesti *à petita*, ad emanare i provvedimenti è il giudice in *extrema parte legis*. I canoni dell'oratoria e della retorica classica ponevano ad inizio e fine costrutto frasale l'entità *verbis* più rilevante. Così per il pubblico ministero, così per il giudice per le indagini preliminari. Ma al di là

⁴⁷ Per una lettura diversa in ordine a tale figura, si veda De Lalla P., "Idee per un <complemento istruttorio> del giudice nelle indagini", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 64 ss.

⁴⁸ "Nel senso realistico, oggi eclissato dal metaforico, 'azione' e 'attore' evocano gesti aggressivi: la forma garantisce all'atto di una qualità distinguendolo dalle violenze profanate; date parole scatenano un effetto negli "invisibilia" e, svanito lo sfondo mistico, fungono da elemento rituale". Così Cordero F., *Riti e sapienza*

delle norme, vicende occulte alterano l'identità dell'organo giudicante.

Eclettismo e trasformismo sono le sue caratteristiche essenziali. Egli, su richiesta di parte, applica, modifica, revoca le "precondanne" cautelari; procede, con possibile modifica *accusationis*, a convalida in sede di iniziative precautelari; dispone ordine di accompagnamento coattivo; accoglie o rigetta richieste di incidenti probatorie accerta la cosciente partecipazione al procedimento della persona sottoposta alle indagini; sovrintende ad una serie di autorizzazioni: dalla disposizione, emessa con decreto motivato, in caso si proceda ad ispezioni, perquisizioni e sequestri negli uffici dei difensori all'autorizzazione, sempre con decreto motivato, in caso di intercettazioni telefoniche⁴⁹.

Qui, in sintesi, termina il novero di attività, che fanno capo al giudice per le indagini preliminari. L'avverbio su espresso indica il luogo processuale, descritto all'art. 405 c.p.p., dove muore il procedimento penale, per dare forse alla luce il processo penale nelle sue variegate articolazioni. All'art 416 c.p.p. subentra il giudice dell'udienza preliminare⁵⁰.

La valutazione sintattico - semantica impone l'esistenza di due giudici. Il pubblico ministero deposita la richiesta di rinvio a giudizio nella cancelleria del giudice *ex art. 416, 1° comma c. p. p.* Con la richiesta di rinvio sono depositati anche il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini svolte,

del diritto, op.cit., p. 615. Ecco perché il pubblico ministero è *dominus* e non demiurgo.

⁴⁹ Sul punto cfr Tranchina G., "Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale", *Ind. pen.*, 1989, p. 615 ss.

⁵⁰ *En passant*, Carceri C., "Il giudice dell'udienza preliminare: giudice di rito o giudice di merito", *Cass. pen.*, 1994, p. 2832, ss.

nonché i verbali degli atti compiuti davanti a giudice delle indagini preliminari *ex art.* 416, 2° comma c. p. p.

Ciò significa che il giudice di cui al primo comma presiede l'udienza preliminare⁵¹, secondo le disposizioni degli artt. 418 e ss. c.p.p., mentre il giudice che abbia proceduto ad interrogatori di soggetti in stato di custodia cautelare o in sede di incidente probatorio (i cui verbali dei relativi atti siano stati depositati nella cancelleria del giudice dell'udienza preliminare) e rimane il giudice del procedimento per le indagini preliminari. Ci sono, dunque, due giudici nelle parole del codice di procedura penale. Ci sono necessariamente due giudici nella logica del processo di parti: uno di essi rappresenta la garanzia della giurisdizione terza ed imparziale in fase procedimentale, l'altro il filtro ed il controllo giurisdizionale prima o in sostituzione del dibattimento⁵². Finalmente all'art. 171 del D.lgs. n. 51/1998, in tema di giudice unico di primo grado (versione unificata di due precedenti decreti legislativi, attuativi dell'esercizio della delega conferita dal Parlamento al Governo con la legge n.254/1997, la cui entrata in vigore è stata ulteriormente

⁵¹ Per un'ampia prospettiva dell'istituto, con riferimenti all'esperienza inglese del *committal proceeding*, della *preliminary hearing* nordamericana e alle vicende italiane, si veda Frigo G., "Art. 416", in Chiavario M. (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, Utet, Torino, 1990, p. 565 ss.; nonché il recente e completo studio di Leo G., "Problemi dell'udienza preliminare", *Ind. pen.*, 1996, p. 474 ss., in specie p. 482.

⁵² Pisapia G.D., "Riflessioni sull'udienza preliminare nel nuovo processo penale", *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, p. 481 ss., dà precisa definizione della competenza del giudice per le indagini preliminari: mera competenza ad *acta*. Mentre i poteri decisorii del giudice dell'udienza preliminare rientrano in una *semiplena iurisdictio*; nel merito anche Santalucia G., "Definizione giuridica del fatto e poteri di valutazione del giudice dell'udienza preliminare", in *Giust. pen.*, III, 1991, c. 598 ss.

prorogata) è normativamente sancita la tanto invocata incompatibilità tra giudice per le indagini preliminari e giudice dell'udienza preliminare.

Viene, infatti, introdotto l'art. 34, 2° comma *bis* c.p.p., in base al quale il giudice, che nel medesimo procedimento ha esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari, non può emettere il decreto penale di condanna, né tenere udienza preliminare, ed, inoltre, anche fuori dai casi previsti dal comma 2°, non può partecipare al giudizio dibattimentale o abbreviato che sia.

L'istituto dell'incompatibilità garantisce la funzione giudicante in ogni stato e grado del giudizio, anche se "essendo la decisione sulla richiesta di archiviazione riservata al giudice per le indagini preliminari, non vi è spazio per una possibile interferenza; il giudice dell'udienza preliminare dovrà essere necessariamente diverso da quello che ha ordinato di formulare l'imputazione, in altre parole la prosecuzione delle indagini", così come è scritto nella Relazione di accompagnamento al provvedimento in questione.

4. Operazioni semantiche e significati emotivi.

Ogni tipologia analitica concentra l'analisi sulla parola "e attraverso la riflessione sulle sue combinatorie risalire alla frase e al discorso che la contiene"; oppure si sofferma sull'analisi del significato sulla frase o sul discorso "e da essi, per specificazione e riduzione, approdare al significato della parola o delle parole ivi contenute"⁵³.

Qualunque sia la scelta del metodo analitico⁵⁴ e lo

⁵³ Sulla differenza tra semantica nominale e semantica proposizionale e relativi sviluppi cfr., De lalla P., *Semantica normativa, op.cit.*, p. 202 ss.

⁵⁴ Gli usi del termine semantica "possono essere raggruppati intorno a tre principali, in cui il termine

scopo dell'analisi⁵⁵, le operazioni semantiche descrivono un fenomeno: quello della realizzazione linguistica⁵⁶. La parola, infatti, può designare la cosa realizzata, l'oggetto che è stato prodotto, come nei casi di testimonianza *ex art.* 194 c. p. p. o meglio nella prova documentale *ex art.* 234 c. p. p.; ma anche il fatto che si sia realizzato qualcosa, l'evento, costituito da tale parola, il suo inserimento nel susseguirsi dei fenomeni. In questo caso la realizzazione dell'entità linguistica esula dall'oggetto fisico; non si parlerà più di ciò che esiste, ma di esistenza di fatti, come nell'esposizione e richiesta probatoria *ex art.* 493 c. p. p. e nell'assunzione probatoria *ex art.* 496 c. p. p.

Infine, la realizzazione di una parola può designare il processo di produzione, al termine del quale qualcosa è stato realizzato, il lavoro che ne è all'origine; tale è il senso riscontrabile al 1° comma *ex art.* 523, con riferimento al termine

designa, rispettivamente una disciplina linguistica, una disciplina logica ed una disciplina psicosociologica che rende possibile un'attività curativa, attraverso interventi sul linguaggio e sui significati, di disturbi e mali psichici e sociali". Questa distinzione tra semantica logica, linguistica, e generale è di Scarpelli U., *Semantica giuridica, op.cit.*, p. 978.

⁵⁵ Per noi il diritto è linguaggio, la filosofia solo un metodo. "Il diritto non è altro che parola. O la parola basta o il diritto non nasce". Così Carnelutti F., "Diritto e parola", in Asquini A., *Studi di onore*, vol. I, Cedam, Padova, 1965, p. 187 ss. Per Corsero F., voce *Lingua giuridica*, in *Riti e sapienza del diritto*, *op.cit.*, p. 766-67, *passim*, "L'universo normativo è composto da parole: alcune hanno un senso definitivo nel lessico comune e tale trasparenza genera effetti illusori: ogni discorso giuridico contiene connettivi: 'deve' è una parola come 'se...allora', 'e', 'o', 'non'; quest'immagine cade su pure forme, 'norma', 'soggetto', 'effetto', ecco dei segni applicabili a qualunque dato positivo; il suono il gesto grafico diventano parola in quanto siano definibili secondo un dato sistema. Le categorie così enucleate compongono una sintassi. Uno strumento linguistico esatto serve all'igiene mentale e previene tanto traffico torbido".

⁵⁶ Cfr. L'analisi particolareggiata effettuata da Ducrot O., *Dire et ne pas dire. Principes de sémantique linguistique*, Hermann, Paris, 1972.

“prova”. La realizzazione linguistica è l'attività psico-fisiologica, che ha portato il legislatore a dire ciò che ha detto, il cui prodotto è costituito nel caso di specie da parole scritte. Questo impedisce definizioni delle/sulle parole⁵⁷.

Proseguendo secondo tale schema, frase è il materiale linguistico, utilizzato dal legislatore, cioè l'entità astratta a livello elementare; testo il succedersi delle frasi, in altre parole un'entità astratta a livello complesso. L'articolazione della realizzazione linguistica indica il termine enunciato come qualsiasi espressione linguistica, che possa essere vera o falsa ed il termine discorso, una successione di enunciati collegati tra loro. Le operazioni semantiche investono gli enunciati normativi. L'enunciato, così strutturato e destrutturato, è l'atto stesso di dire qualcosa nell'attualità stessa della sua esecuzione⁵⁸.

⁵⁷ La definizione è "un'operazione che pur appartenendo al piano del linguaggio, va oltre il denominare, in quanto ricava la descrizione di un fatto (*definiendum*) da quella di un altro (*definiens*): il che suppone una comunanza di elementi. Dati due individui veramente tali nel senso logico della parola, uno non può essere commisurato all'altro ed entrambi sono inesprimibili... Perciò la definizione, tipico procedimento discorsivo, risulta inapplicabile ai costituenti elementari del nostro mondo". Così Cordero F., "Le parole", *Gli osservanti, op.cit.*, p. 129, *passim*. I riferimenti logico-bibliografici sono a Wittgenstein L., *Tractatus logico-philosophicus, op.cit.*, prop. 2, 2.01, 2.011; Abbagnano N., *Guglielmo di Ockham*, Carabba, Lanciano, 1931, p.53; Moore G. E., *Principia ethica*, Bompiani, Milano, 1964, p. 51 ss. Sulle illusioni del linguaggio riguardo al significato, Scarpelli U., *Filosofia analitica e giurisprudenza, op.cit.*, p. 84 ss., afferma "Usiamo, come se avessero un significato chiaro, preciso, univoco, parole che, se vi poniamo attenzione, risultano vaghe, incerte, equivoche".

⁵⁸ La definizione è "un'operazione che pur appartenendo al piano del linguaggio, va oltre il denominare, in quanto ricava la descrizione di un fatto (*definiendum*) da quella di un altro (*definiens*): il che suppone una comunanza di elementi. Dati due individui veramente tali nel senso logico della parola, uno non può essere commisurato all'altro ed entrambi sono inesprimibili... Perciò la definizione, tipico procedimento discorsivo, risulta inapplicabile ai costituenti elementari del nostro mondo". Così Cordero

L'enunciato normativo è linguistico⁵⁹.

Dire qualcosa, considerato nella sua realizzazione, consiste nell'emissione di suoni e nell'articolazione di parole, secondo le regole grammaticali e conformemente al lessico di una lingua.

Tale è l'atto nella sua locuzione. Dire qualcosa è anche esprimere un'idea, un proposito, rispondere a delle aspettative, fornire informazioni. Lo *speech act*, pertanto, mette in atto un rapporto significazione tra significati e significanti. Realizza, cioè, un'intenzionalità di riferimento ad una situazione ben determinata e nell'ambito di un effettivo processo di comunicazione. Tale è l'atto nella sua illocuzione.

Tra la parola scritta e la cosa che essa indica esiste un rapporto di pura convenzione. Questo rapporto convenzionale è definito referenza. Ogni enunciato normativo riguarda (o vuole riguardare) un mondo distinto da ciò che si afferma di pensare o di desiderare intorno ad esso: la parola non è, né può essere creatrice. Essa si pone (e deve essere posta) a confronto con il mondo che contiene (o non contiene) e che possiede una realtà propria. Il referente è ciò che la parola implica, accettando che esso possa essere ben diverso da ciò che è nel mondo o nella realtà esterni alla parola⁶⁰.

F., *Le parole, in Gli osservanti, op.cit.*, p. 129, *passim*. I riferimenti logico-bibliografici sono a Wittgenstein L., *Tractatus logico-philosophicus, op.cit.*, prop. 2, 2.01, 2.011; Abbagnano N., *Guglielmo di Ockham, op.cit.*, p. 53; Moore G. E., *Principia ethica, op.cit.*, p.51 ss.. Sulle illusioni del linguaggio riguardo al significato, Scarpelli U., *Filosofia analitica e giurisprudenza, op.cit.*, p. 84 ss., afferma "Usiamo, come se avessero un significato chiaro, preciso, univoco, parole che, se vi poniamo attenzione, risultano vaghe, incerte, equivoche".

⁵⁹ Sulla *Speech Act Theory*, cfr. Austin A.L., *Quando dire è fare, op.cit.*, p. 126-147. Inoltre, Searle J., *Atti linguistici*, Boringhieri, Torino, 1976.

⁶⁰ "Un segno linguistico è esso stesso un evento o uno stato osservabile empiricamente. Esso in tanto ha un

L'oggetto degli enunciati normativi di cui agli artt. 328, 1° comma, 416 c. p. p. mostra il suo referente: il giudice per le indagini preliminari, il giudice dell'udienza preliminare. Chi sono? Questa fondamentale distinzione è dominata dall'individuazione del referente del segno linguistico 'giudice' contenuta ex artt. 418, 1° comma, 419, 1° comma, 420, 2° comma, 421, 1°, 2°, 4°, 6°, 7° comma, 423, 2° comma, 424, 1°, 2°, 4° comma, 425, 1° comma, 434, 435, 3° comma, 436 c. p. p., ha in sé il proprio referente, come riconoscere tale referente al di fuori di tale segno linguistico?

Se il referente del segno linguistico 'giudice' ex

significato in quanto si stabilisce un dato tipo di relazione tra il tipo di tale evento o stato ed il tipo di altri eventi o altri stati o, in generale proprietà verificabili empiricamente. Il segno linguistico può avere una funzione puramente logica: in tal caso il suo significato è dato da un certo tipo di relazione con altri segni nell'organizzazione del discorso. Oppure il segno è <fattuale>; il suo significato è dato da un certo tipo di relazione con certi eventi e stati non linguistici osservabili empiricamente". Scarpelli U., *Filosofia analitica e giurisprudenza, op.cit.*, p. 36 ss., illustra il principio di verifica, raffrontando il segno linguistico ed il fatto osservato, per cui tale principio assolve a due richieste. La prima è che di ogni enunciato si può sapere a quali stati o eventi dell'esperienza si riferisce; la seconda è che l'enunciato è accettato o rifiutato in base alla sua corrispondenza o non corrispondenza a stati o eventi dell'esperienza. Il principio di verifica "ci fornisce un criterio di significanza: una proposizione è significativa in quanto e solo in quanto sappiamo o quali stati o eventi nell'esperienza si riferisce, il linguaggio è significativo se e soltanto se ci consente di fare proposizioni delle quali sappiamo a quali stati ed eventi dell'esperienza si riferiscono". *Filosofia analitica. Norme e valori*, cit., p. 53 ss. Sull'identità del segno linguistico, Habermas J., "Il sopravanzamento della filosofia temporalizzata dell'originario: la critica di Derrida al fonocentrismo", in Habermas J., *Il discorso filosofico della modernità*, Laterza, Bari, 1991, p. 180, a commento di Derrida. "l'espressione scritta rammenta (infatti), con la massima fermezza, che i segni linguistici, <nonostante la totale assenza di un soggetto ed anche oltre la sua morte>, rendono possibile decifrare un testo, e se non lo garantiscono, almeno ne mettono in mostra l'intelligibilità. La scrittura è la promessa testamentaria del comprendere".

art.416 c.p.p. è il giudice dell'udienza preliminare, è ancora egli il medesimo referente *ex art.* 434, 435, 3° comma c. p. p. nonostante appaia diverso da ciò che tali norme dicono o non dicono di lui? In altri termini è possibile che ci siano due referenti diversi o è sempre lo stesso?

Intelligendo le norme processuali, la parola 'giudice' ha almeno due referenti esterni ad essa, la cui presenza è garantita dall'esistenza di diversi enunciati normativi relazionati a contesti differenziati (le indagini preliminari, l'udienza preliminare) e dalla possibilità di infiniti discorsi normativi intorno ad essa.

Il referente è dunque ontologicamente indeterminato, dotato di duplice natura, corrispondente a due discorsi normativi (o intorno alle norme) opposti, per mezzo dei quali lo si mette in discussione. Di conseguenza la parola riflette soltanto l'immagine del suddetto reale; è condannata a rifletterlo. Ma la parola non si ferma a ciò. Dire qualcosa scatena effetti consecutivi sui sentimenti, sui pensieri, sugli atti di chi ascolta/legge, di chi parla/scrive o di altri soggetti. Tale è l'atto nella sua perlocuzione.

L'uso di un enunciato o di una sequenza di enunciati da parte del locutore può avere delle conseguenze per i destinatari, che ne prendono conoscenza, e può essere motivato per il locutore dal desiderio di provocare tali conseguenze⁶¹. La

⁶¹ "La concezione delle norme e delle valutazioni come manifestazioni e stimoli di emozioni bisogna riconoscere che non è stata priva di qualche buon frutto. Ha portato tale concezione a serie indagini pragmatiche sulle relazioni tra gli enunciati normativi e valutativi e gli stati emozionali, a studiare i modi in cui quegli enunciati possono esprimere o provocare le emozioni con pazienza ed accuratezza. Per indicare la capacità di espressione di manifestare o stimolare un'emozione, si è costruito il concetto di <significato emotivo> e ci si è posti ad analizzare gli stretti e complessi rapporti tra il significato in senso proprio e il significato in senso emotivo". Così Scarpelli U.,

norma processuale non è mai neutra. La sua struttura semantica non giace tra i segni linguistici ma nelle intenzioni del legislatore. Egli è centro dinamico di significazione, cioè centro espressivo di significati e di concetti⁶². L'enunciato, atto linguistico, è sottoposto a "variabili intenzionali". Si tratta di allusioni alle intenzioni degli interlocutori, non decifrabili direttamente dalla frase, ma ricavabili dalla comprensione dell'enunciato.

La realizzazione linguistica permette di evidenziare le ambiguità ed indeterminatezze del linguaggio. Il termine 'prova' è ambiguo: associa, infatti, in una sola sequenza due o più significati distinti ma specifici; ed è indeterminato, in quanto inesatta proiezione tra significati e possibili stati della realtà. Non vi potrà mai essere un'esatta proiezione tra immaginario e reale accusatorio quando un singolo significante rappresenti una varia gamma di significati. Ne consegue che qualsiasi enunciato normativo con tale segno linguistico sarà vago riguardo al modo in cui il reale è rappresentato e che, quindi, il processo di parti risulterà inevitabilmente alterato.

Si è ricorsi al procedimento di elencare il termine 'prova' come lemma separato, con diversi significati. Così vi è un solo elemento lessicale con diversi significati possibili. Se questo procedimento è ammissibile nella scomposizione dei sintagmi polisemici (elemento/fonte/mezzo di prova), è inutile nel procedimento probatorio di

Filosofia analitica. Norme e valori, op.cit., 42.

⁶² "Il termine <concetto> viene caricato nei vari contesti di parecchi significati. Io qui lo adopero in questo significato: quando parliamo di concetto ci riferiamo a un significato portato da un segno linguistico, implicando la variabilità del segno in costanza di significato". A tale "concetto" intendo riferirmi, servendomi delle ricerche di Scarpelli U., *Filosofia analitica. Norme e valori, op.cit.*, p. 19.

marca dibattimentale. Della prova si chiede l'ammissione, della prova si ordina l'assunzione, della prova si procede ad assunzione, della prova, infine, si ha acquisizione. I casi grafici e semantici sono, in tali ipotesi, identici. Allora si potrebbe scrivere diversamente, dando un lemma distinto per ciascun significato, con una specificazione delle proprietà semantiche e morfologiche. La moderna grammatica generativa⁶³ ci permetterebbe di definire prova (1) la richiesta di ammissione probatoria; prova (2) l'ordinanza di ammissione probatoria; prova (3) la prova assunta; prova (4) la prova acquisita.

Il segno linguistico prova è lo stesso, mentre sono ben distinte le realizzazioni semantiche. Così ogni utente, studioso o interprete del processo penale sarà in grado di riconoscere i fattori semantici distintivi del lessema prova. La variazione morfologica in qualunque modo sia effettuata è assai più proficua della aggettivazione processuale. Che cosa significa prova irrilevante?

⁶⁴Nulla di ciò che non sia insito nel lessema prova;

⁶³ L'ipotesi di riscrittura, che mi limito ad illustrare fa capo agli studi di Lakoff G., "A Note on Vagueness and Ambiguity", *Linguistic Inquiry*, 1, 3, 1970, p. 357-9; Hasegawa K., "Transformations and semantic interpretation", *Linguistic Inquiry*, III, 2, 1972, p. 141-60; Hankamer J., "An Acceptable Ambiguity", *Linguistic Inquiry*, IV, I, 1972, p. 17-68; Postal P., "On Certain Ambiguities", *Linguistic Inquiry*, V, 3, 1974, p.367-424. Continuando in tema, Derrida J., *La différance*, in *Marges de la philosophie*, Editions de Minuit, Paris, 1972, p.8., riportata da Habermas J., *Il discorso filosofico della modernità*, op.cit., p. 181.

⁶⁴ <<"Che cosa ne sai della faccenda?>>, domandò il Re ad Alice.

"Nulla", rispose Alice.

"Nulla proprio nulla?", insistette il Re.

"Nulla proprio nulla", ribadì Alice.

"Questo è rilevante" disse il Re, rivolto alla giuria. Stavano cominciando a scrivere queste parole sulle lavagnette, quando il Consiglio bianco intervenne: "Naturalmente vostra maestà vuol dire irrilevante", disse con tono molto rispettoso, ma aggrottando la fronte e facendo strane smorfie mentre parlava.

sono solo categorie psichiche, che accompagnano i termini processuali⁶⁵. La schematizzazione della realizzazione linguistica, così come gli impulsi della grammatica generativa non serviranno a riscrivere il codice, ma sicuramente a meglio interpretarlo⁶⁶.

5. Interpretazione del *genus accusatorio*: le tecniche e i valori.

In tale prospettiva il giudizio è rappresentazione, dove il giudice è una che sta al posto di un altro⁶⁷.

"Irrilevante, certo era questo che intendevo", s'affrettò a dire il Re e quindi proseguì tra sé "rilevante, irrilevante, irrilevante, rilevante" come per provare quale suonava meglio. Alcuni giurati scrissero "rilevante". Altri "irrilevante". Alice se ne accorse, perché era abbastanza vicina da riuscire a leggere sulle lavagne "ma non ha alcuna importanza" pensò tra sé». Così sul concetto di rilevanza/irrilevanza, Carroll L., *Alice's Adventures in Wonderland*, Newton Compton editori, Roma, 1995, p.96.

⁶⁵ De Lalla P., *Semantica normativa*, op.cit., p. 251 ss., esamina a fondo "il significato sostanziale di evidente... L'evidenza è una categoria psichico, ossia astratta e non soggetta a leggi spazio temporali (in altri termini, è un predicato passibile di un'analisi intesa in senso esclusivamente fenomenista", giungendo alla conclusione che prova è sinonimo di prova evidente, perché "l'esistenza e l'esserci delle parole è un risultare", esistere ed esserci psichico, ossia un'evidenza.

⁶⁶ L'interpretazione è un lavoro semantico: stabilire i referenti dei triangoli (significante-significato/i-referente). Cfr. Cordero F., *Riti e sapienza del diritto*, op.cit., p. 766.

⁶⁷ "Il giudizio : un giudice, dunque! Lo spettacolo è questo : il giudice che sta in alto e, in basso, l'imputato. Ma il giudice chi è? Un individuo, anche lui. Uno come l'altro. Un suo pari. Una parte, dunque. Ci sono degli uomini che non siano parti? Ma i giuristi sono avvezzi a distinguere il giudice dalla parte, anzi a contrapporlo alla parte; hanno bisogno di questa contrapposizione. Ecco che il dramma si delinea; ma non come la gente lo vede sulla scena; senza confronto, più profondo e tremendo. I giudici, dicono i giuristi, è *super partes*, ma come può essere sopra le parti colui che è una parte? Il Maestro ha rappresentato agli uomini questa difficoltà, anzi questa impossibilità quando ai giudici dell'adultera ha rivolto le parole solenni: <chi è senza peccato scagli la prima pietra>. Poco dopo ha chiesto alla donna: <Dove sono i tuoi giudici?>, perché erano scomparsi. Non dovrebbe occorrere altro che scoprire l'antinomia del giudizio umano: un'opera sovrumana

Nella rappresentazione accusatoria, giudizio è *ius dicere*⁶⁸, è la scelta consapevole tra la dinamica degli impulsi e la previsione dei risultati⁶⁹. Giudizio è "una figura dialettica, risultante dalla combinazione di tre segni verbali: un soggetto ed un predicato, tra i quali la copula introduce un rapporto di uguaglianza o di disuguaglianza"⁷⁰, è l'insieme dei fenomeni psicologici, che accompagnano un enunciato normativo⁷¹. Giudizio è al luogo processuale per eccellenza del contraddittorio *inter partes*. Dire *ius* è dunque proprio del legislatore, così come del giudice. Per convenzione terminologica chiamiamo il giudizio del legislatore norma processuale, il giudizio del giudice sentenza: il passaggio semantico dal giudizio del legislatore al giudizio del giudice⁷² interpretazione⁷³.

affidata ad un uomo. Tutti gli altri compiti sono nulla in confronto del giudicare". Così Carnelutti F., "Responsabilità e giudizio", *Riv. dir. proc.*, 1958, p. 7.
⁶⁸ Cfr. Carnelutti F., *Diritto e processo*, *op.cit.*, p. 3 ss.

⁶⁹ Sul punto Cordero F., "Il giudizio", *Gli osservanti*, *op.cit.*, p. 135 ss.

⁷⁰ "In codesto schema si lascia ridurre l'intera esperienza del diritto, quale che sia l'angolo visuale entro cui lo si considera: si guardi alle categorie formali di ogni immaginabile discorso giuridico ovvero alle concrete previsioni che rappresentano il contenuto delle norme, alla prescrizione di comportamenti od alla situazione degli effetti. La vita del diritto si risolve in un'esauribile trama di giudizi, del legislatore, dell'interprete, del *subditus*, degli organi preposti all'applicazione delle norme". Così il giudizio, interpretato da Cordero F., *Giudizio*, *op.cit.*, p. 505 ss.. Inoltre sul giudizio "sintesi di un soggetto e di un predicato", nell'articolazione sillogistica aristotelica (e non) e nella sua negazione, si veda lo studio logico sino alle estreme conseguenze di Calogero G., "La cosiddetta struttura logica del pensiero giurisdizionale", in Calogero G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, 2^a ed., Cedam, Padova, 1964, p. 47 ss.

⁷¹ Su questo particolare, Cordero F., "Giurisprudenza", in *Diritto*, *op.cit.*, p. 932 ss.

⁷² Sui rapporti tra legislazione e giurisdizione, Carnelutti F., "Aspetti problematici del processo al legislatore", *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 1 ss., nonché Carnelutti F., "Diritto e processo", *op.cit.*, p. 19 ss.

⁷³ Tale concetto rimanda in toto all'opera di Betti E., *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. I, II, Giuffrè,

Il giudice trasforma il giudizio legislativo nel suo giudizio, in altre parole lo interpreta. Egli, prima di stabilire "ciò che è giusto"⁷⁴, è essenzialmente un interprete. Il giudice è un intermediario: cerca di far comprendere ad un dato numero di soggetti (imputato, p.m., difensori, collettività degli studiosi e non) ciò che è stato scritto dal legislatore. Il giudice non è né l'autore delle norme, né il destinatario finale del contenuto delle medesime: è un collegamento, un mediatore⁷⁵, un mediatore prescelto.

La norma è là come simbolo rappresentativo complesso⁷⁶. Il giudice si chiede cosa voglia dire la norma, cosa possa voler dire il legislatore con essa. Dire *ius* è anche questo voler dire:

Milano, 1955, in specie al *Problema epistemologico dell'intendere*, vol. I, p. 59 ss.

⁷⁴ Sul legame tra giudizio e giustizia, Carnelutti F., *Diritto e processo*, *op.cit.*, p. 4 ss. Sul parallelismo semantico tra il giudicare logico e il giudicare giurisdizionale, Calogero G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, *op.cit.*, p. 56-7

⁷⁵ Sull'interpretazione come mediazione e relativo significato, cfr. per tutti, Carnelutti F., *op. cit.*, p. 143 ss.

⁷⁶ Sulla struttura ed il congegno del simbolo linguistico, Betti E., *Teoria generale dell'interpretazione*, *op.cit.*, vol. I, p. 111 ss. "Si possono pertanto distinguere, col De Saussure (*Cours de linguistique générale*, 1916, p. 100) due termini antinomici: a) l'immagine significativa cui spetta la qualifica di forma rappresentativa, e b) il senso (*signifié*), l'idea che per essa viene significata; e contrappone l'uno all'altro termine c), alla quale sarebbe da riservare la qualifica di <segno>, nel senso pregnante di simbolo che lega il termine significativo al termine per esso significato... E' un'illusione (dipendente dal considerare la parola singola come la semplice unione di un dato suono con una data idea) credere che si possa cominciare dalle parole quasi che fossero valori linguistici definiti e costruire il sistema facendone la somma... E' un errore credere che alle varie parole sia affidata la funzione di rappresentare, ciascuna, idee date e preventivamente definite: se così fosse, nel trapasso dall'una all'altra lingua, ciascuna parola dell'una troverebbe nell'altra una parola esattamente corrispondente al senso: ma l'esperienza insegna proprio il contrario. " Più recentemente in tema, Rosini F., "La parola del diritto e le sue trasformazioni linguistiche", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 423 ss.

l'interprete intende ciò che si vuol dire come intenzione di dire e ciò che è detto come ciò che la norma dice effettivamente. Formare un giudizio⁷⁷ dipende dal giudice, ma la significazione della norma processuale dipende dalla sintassi e dal lessico e dalle informazioni complementari, fornite dal contesto dell'esistenza umana e filtrare dal processo penale.

L'interpretazione è il rapporto tra due giudizi: il primo è costituito dalla formulazione normativa, il secondo dall'interpretazione della formulazione normativa. Quest'ultimo non è interpretazione di sé, ma è l'interpretazione del e nei confronti del giudizio legislativo. La formulazione normativa è il dire *ius*, il modello del dire *ius*, l'ideologia originaria del dire *ius*, il programma cui il giudice deve attenersi. L'interpretazione è il ruolo attivo di quel dire *ius*, è relazione tra giudizi, di cui il secondo è in rapporto subordinato rispetto al primo; produce il giudizio del giudizio. L'interprete si propone di aggiungere qualcosa alla conoscenza del giudizio originale, producendo forme linguistiche e dati cognitivi. Interpretare è comprendere riformulando espressioni normative. Il giudice mostra qualcosa, passando dall'astratto al concreto, dalla formula processuale alla sua applicazione, dalla sua spiegazione al suo inserimento nella vita reale⁷⁸. Il

⁷⁷ "La grande opera del giudice sta non già nel ricavare dalle premesse la conclusione, ma proprio nel trovare e formulare le premesse. Quando il giudice è arrivato alla convinzione che un certo modo di agire implica per legge una certa conseguenza giuridica, e che di quel modo di agire si è verificato un caso, la conclusione può trarla chiunque. La difficoltà è tutta nel giungere a stabilire quelle due premesse ". Così nell'analisi distruttivamente costruttiva della logica deduttiva, Calogero G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, op.cit., p. 51 ss.

⁷⁸ L'ermeneutica giuridica non si restringe soltanto alla comprensione dei testi e dei materiali giuridici: non si limita alle relazioni tra le legge e la sentenza del

giudizio, però, non nasce dall'astratto, nasce dal concreto. Ogni analisi interpretativa a origine da un fatto⁷⁹, riformulato dal vocabolario descritto del legislatore e valutato in termini di ipotesi teorica che chiarisca determinate relazioni fra dati osservabili da parte del giudice.

Il giudice è, dunque, giudice delle norme processuali e giudice dei fatti non processuali; anzi, è prima interprete dei fatti, poi interprete delle norme. "ogni cosa è fatto"⁸⁰. Tutto ciò che

giudice, ma considera il sistema giuridico come parte del mondo, essa è anche teoria del comprendere le situazioni e il mondo... Testo sono anche le situazioni sociali, i principi, le norme non scritte, gli istituti e la dottrina giuridica. nella sua simultanea opera di decontestualizzazione e ricontestualizzazione del testo giuridico, l'interprete metterà sempre in gioco una comunità di riconoscitori: interpretando sostiene che esiste una comunità di condivisori che riconosce come propri... Partecipare a delle pratiche significa lasciarsi inquadrare in relazioni ed in piani di vita. Così avviene anche per il diritto: Il testo giuridico è vivente è sempre ed inevitabilmente un riconoscerlo". Così giustamente Zaccaria G., "Dimensioni dell'ermeneutica e interpretazione giuridica", *Questioni di interpretazione*, op.cit., p. 89-90, con riferimenti in nota a Hassemer W., "Hermeneutica y Derecho", *Anales del la Catedra de F. Suarez*, 25, 1985, p. 68 e a Ricoeur in Bonato B. (cura di), *L'attestazione tra fenomenologia ed ontologia*, Biblioteca dell'Immagine, Pordenone, 1993, p. 52.

⁷⁹ Sull'oggetto primo dell'interpretazione, cfr. Ascarelli T., "Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione", *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 349 ss.; *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, *ibidem*, 1958, p. 14 ss.; e relativa risposta dall'egual titolo, di Carnelutti a seguire, p. 22 ss.. Di più recente, Cordero F., *Il fatto*, in *Gli osservanti*, op.cit. p. 123; Ubertis G., "Enunciati fattuali e giudizi di valore", in Ubertis G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979., p. 9 ss.

⁸⁰ "La separazione del fatto dalla realtà non ha altra ragione che non sia quella di scoprire la concatenazione dei fatti. Quando il fatto si considera come causa, ci si accorge che consta dell'unione di due parti, che chiamiamo cose. Il fatto, dunque, non è semplice, ma composto; se è composto, deve a sua volta essere scomposto per penetrare il mistero. "Ad incipit dell'analisi sul giudizio di fatto, sempre Carnelutti F., "Il metodo del <non so come?>", *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 7-8 *passim*. Continuando Cordero F., *Gli osservanti*, op.cit., p. 124. "In assoluto non c'è nulla che non possa accadere (magari dissennatamente) nella sfera delle norme. Un evento della natura inanimata (la tempesta a

cade sotto l'esperienza come episodio o risultato di un agire è nudo fatto, ma il giudice non conosce i nudi fatti; egli ha conoscenza dei fatti mediati, *ergo* rappresentati. La rappresentazione di un fatto è la parola; la rappresentazione di un fatto nel processo è data dagli elementi, dalle fonti, dai mezzi di prova, dalle prove⁸¹. La prova rappresenta il fatto. È con essa nelle sue manifestazioni che il giudice apprende il fatto nelle sue deformazioni. E così lo ricostruisce⁸².

Il giudice è nello stesso tempo due volte mediatore: quando ricostruisce i fatti attraverso le prove, filtra la realtà nella rappresentazione del giudizio; quando si pronunzia sui fatti mediante sentenza, adatta la norma alla rappresentazione del

causa della quale Serse fa frustare l'Ellesponto), il movimento di un animale o quello involontario di un corpo umano, l'atto propriamente detto, l'atto mosso da un'intenzione, il puro pensiero: il giudizio normativo si è esercitato più o meno ragionevolmente su ciascuno di tali oggetti".

⁸¹ Il giudice è un assente, deve essere un assente. Ma come fa a sapere se è avvenuto e come è avvenuto un certo fatto che egli non ha né veduto né udito? A questo servono le prove. Le prove, presso a poco, dovrebbero essere degli specchi, nei quali si riflettono i fatti, che il giudice deve conoscere. Questo compito del giudice è il medesimo dello storico: ricostruire il passato. Ma chi fatti ricostruiti dagli storici sono per lo più accaduti alla luce del sole; e quelli che deve ricostruire il giudice, per lo più almeno quanto al giudizio penale, sono immersi nell'ombra. Il giudice giudica, quando giudica, come se le cose fossero andate in un certo modo". Così Carnelutti F., "Responsabilità e giudizio", *op.cit.*, p. 8, *passim*.

⁸² Sul concetto di ricostruzione del fatto, Calogero G., "Giudizio di fatto e giudizio di diritto ovvero storiografia e giurisdizione", in Calogero G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, 2ª ed., Cedam, Padova, 1964, p. 129 ss.. In relazione all'attività dello storico, si veda Calamandrei P., "Il giudice e lo storico", in Calamandrei P., *Studi sul processo civile*, vol. V, Cedam, Padova, 1947, p. 27 ss.; Bobbio N., "Sul formalismo giuridico", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 977 ss.; Taruffo M., "Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche", in *Riv. di Dir. Proc.*, 1967, p. 438 ss., con relativi e ricchi riferimenti bibliografici.

giudizio. Nel primo caso l'attività interpretativa⁸³ relaziona i fatti alle prove; ed il giudice si interpone tra fatti e rappresentazione probatoria dei fatti. Nel secondo caso l'interpretazione relaziona i fatti alle norme ed il giudice si interpone tra legislatore e parti.

La conoscenza ricostruttiva dei fatti⁸⁴ implica conseguentemente la valutazione dei medesimi⁸⁵. "Il giudice valuta la prova" *ex art.192, 1° comma c. p. p.* è "enunciato normativo che descrive, presupponendo simultaneamente, la presa di coscienza dei fatti, la valutazione probatoria, l'interpretazione normativa"⁸⁶. Nella rappresentazione del giudizio, dove le parti processuali riproducono al meglio o al peggio delle loro possibilità la realtà accusatoria, non ci può essere una scissione tra fatti e valutazione dei fatti.

Il fatto si materializza attraverso la narrazione⁸⁷ di

⁸³ Sui momenti teorici del processo interpretativo, Betti E., *Teoria generale dell'interpretazione*, *op.cit.*, vol. I, p. 291 ss.; propriamente *Sull'interpretazione in funzione normativa ed interpretazione giuridica*, *ibidem*, vol. II, p. 789 ss..

⁸⁴ Sulla conoscenza giudiziale del fatto, cfr. Ubertis G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, *op.cit.*, p. 41 ss..

⁸⁵ Su tale parola "ambigua come poche" si esamina Dewey J., "Theory of valuation", in Neurath O., *International Encyclopedia of Unified Science*, vol. II, University of Chicago Press, Chicago, 1939, p. 5, citato da Corsero F., "Il valore", *Gli osservanti*, *op.cit.*, p. 127.

⁸⁶ "La controversia giudiziaria è sempre "una questione mista", intessuta di rapporti tra "fatto" e "diritto". Così Zaccaria G., *Questione di interpretazione*, *op.cit.*, p. 82.

⁸⁷ In tema di narratività del diritto, inteso come criterio ermeneutico al pari della coerenza, cfr. sempre Zaccaria G., *Questioni di interpretazione*, *op.cit.*, p. 82-3, *passim*, che, riprendono Dworkin R., *Law's empire*, trad. it., Il saggatore, Milano, 1989, p. 176 ss., p. 225 ss., afferma che "le proposizioni giuridiche, al pari di quelle letterarie, non sono né puramente descrittive, né puramente valutative, ma uniscono sia elementi di descrizione, sia elementi di valutazione... Con particolare riguardo alla pratica interpretativa del giudice, la ricostruzione degli eventi, che è contenuta

un decreto di citazione a giudizio, di atti irripetibili, della documentazione ammissibile al dibattimento, delle voci di testimoni, difensori, pubblici ministeri. Il fatto è quello che il giudice riconosce che è⁸⁸.

Il fatto è rappresentazione del fatto ed è valutazione del fatto, in altre parole ciò che il giudice vuole che sia⁸⁹. Attraverso il riconoscimento valutativo dei fatti rappresentati, il giudice pone in essere dei valori, rappresentata dei valori⁹⁰. Il valore accusatorio esprime la possibilità, il desiderio che si realizzi il processo di parti. Valore accusatorio è scelta soggettiva che rende possibile la realizzazione oggettiva del processo di parti. Il valore accusatorio non è soltanto il fine, l'ideale che ispira i giudici, ma è anche, ed insieme, il mezzo che consente di realizzare il processo di parti.

Il valore non indica semplicemente una meta da raggiungere o un punto d'arrivo, ma la via, lo strumento per arrivarci. La nozione di valore non separa il mezzo dal fine, il reale dall'ideale, ma unisce unità fattuali e virtuali (linguistiche) insieme, in modo da comprenderle nello stesso giudizio⁹¹. Il giudizio di valore non prescinde dal

negli accertamenti processuali dei fatti, assume le sembianze di una serie di atti narrativi, attestanti la dichiarazione che i comportamenti del passato contengono un preciso senso giuridico per il presente".

⁸⁸ Cfr. senza dubbio, Calogero G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione, op.cit.*, p. 113.

⁸⁹ E' necessario leggere a riguardo il capitolo VI dell'opera di Carroll L., *Through the looking glass*, cit., p. 148 ss. e relativo commento di Scarpelli U., *Il metodo giuridico, op.cit.*, p. 566 ss. Inoltre sul fatto inteso "come realtà operata, e quindi, ascritta alla consapevolezza che lo constata, alla consapevolezza che lo compì, in altre parole come fatto di volontà", Calogero G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione, op.cit.*, p. 125.

⁹⁰ Sul termine valore nelle varie accezioni, Ubertain G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale, op.cit.*, p. 11 ss.

⁹¹ Cfr. Corradini D., "Il problema del controllo dei

giudizio di fatto.

Un fatto c'è e quindi "vale", quando può essere scelto. Se qualcosa a valore e quanto, se un fatto vale e quanto, si può determinare soltanto in base ad un certo punto di osservazione. Questo punto prospettico relativo al valore di un fatto o dei fatti è quello del giudice. Non ci sono idee, categorie, principi, premesse che non rientrino nella sua valutazione. I fatti rientrano in un sistema di puro prospettivismo, quindi in un sistema di relazioni. Ogni fatto è, pertanto, giudizio di valore⁹² ed è giudizio di fatto⁹³. Ogni contenuto del fatto giuridico e non è esclusivamente un dato valore di posizione del giudice rispetto al fatto processuale. La libertà di valutazione non è né arbitraria, né

valori nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto", *Riv. inter. fil. dir.*, 1966, p. 264 ss. in specie p. 269.

⁹² In tema Cordero F., "La classificazione", *Gli osservanti*, p. 171, *passim*. Anche se "l'operatore dissente dalla scelta legislativa, tuttavia agisce da suddito docile, per ragioni che vanno dalla cautela alla paura e al rispetto delle opinioni altrui. Grammaticalmente le pronunzie del giudice sono enunciati di valore o almeno trasformabili in tali (predicano la liceità o illiceità di un comportamento), indipendentemente dalla presenza o meno di un contenuto emotivo: consenso e biasimo fissati in un valore giuridico". Calogero G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione, op.cit.*, p. 138-9, *passim*, con affermazioni (all'apparenza) diametralmente opposte, aveva detto la stessa cosa. " Come il cosiddetto giudizio di fatto è l'accertamento del fatto del privato, così il cosiddetto giudizio di diritto è l'accertamento del fatto del legislatore. Se, dunque, la norma non è che il fatto del legislatore, ed essa non è, a sua volta, la posizione di un fatto - esempio, si può concludere che il giudizio di diritto, il quale dovrebbe nettamente distinguersi dal giudizio di fatto".

⁹³ La conclusione paradossale è proprio in quel principio di distinzione concerta tra giudizio di fatto e giudizio di diritto. " Si dice cognizione di fatto la conoscenza di una certa azione che fu voluta ed agita in un certo modo; quella che si dice cognizione di diritto è la conoscenza di una azione consistita nell'aver voluto e agito, affinché si volesse ed agisse in un certo modo". Così Calogero G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione, op.cit.*, p. 139. Si veda, anche, Cordero F., "Giudizi di fatto e giudizi di valore giuridico, sub Merito nel diritto processuale", *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 667.

puramente soggettiva. Il giudice non è né storico, né scienziato⁹⁴. La sua logica non sarà mai avalutativa o neutrale, ammettendo l'esistenza della neutralità e dell'avalutatività come valori. Fatto e valore coincidono nel giudizio. La rappresentazione del fatto implica la rappresentazione del valore nella rappresentazione del giudizio.

Il problema dell'attività interpretativa focalizza tutti i suoi punti prospettici: apprendere il fatto, conoscere il fatto processuale, conoscere la norma, comprenderne i significati, postularne la validità, valutare il fatto in conformità della norma, giudicare⁹⁵.

In realtà, essendo il fatto mediato dalle parole e la norma processuale un atto linguistico⁹⁶, l'interpretazione si configura come l'operazione che identifica il senso di ogni enunciato normativo ed associa un ben determinato valore di verità (vero o falso) a tali enunciati⁹⁷.

⁹⁴ Cfr. i rilievi di Conso G., "Dubbi in via di superamento: neutralità della scienza, neutralità del giurista?", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 3 ss.

⁹⁵ Interessanti a riguardo gli studi di Tarello G., "Il problema dell'interpretazione: una formulazione ambigua", *Riv. inter. fil. dir.*, 1966, p. 349 ss; Tarello G., "Orientamenti analitico linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1 ss. Inoltre si veda, Lumia G., "In tema di interpretazione e di applicazione del diritto", *Riv. inter. fil. dir.*, 1966, p. 305 ss.

⁹⁶ Ancora in tema, Searle J.R., "Che cosa è un atto linguistico", *Linguaggio e società*, Il Mulino, Bologna, 1973, p. 89 ss.

⁹⁷ "Dato che verità e falsità sono proprietà di enunciati descritti, mentre quelli interpretativi sono ascrivibili di significato, il tema del valore giuridico si sottrae a stretto rigore all'alternativa vero/falso. Interpretare un qualsiasi enunciato non è un dato puramente cognitivo, ma implica sempre una scelta tra molteplici significati. Essendo formulato in lingua naturale, ogni enunciato legislativo soffre per ciò stesso di indeterminatezza semantica, o comunque di nebulosità di confini, supponendo un nucleo di fatti inequivocabili riconducibili alla sua estensione. Il problema, semmai, è di ridurre al minimo questa indeterminatezza, che concorre a rendere arbitrario il giudizio di sussunzione del fatto alla norma". Così Ferrua P., *Contraddittorio e*

La comprensione dell'enunciato si manifesta nell'uso dei segni linguistici, che è regolata non solo dalla conoscenza della sintassi e del lessico, ma anche dalla conoscenza delle cose che le parole rappresentano – i fatti, appunto – ed infine dall'attitudine logica ad inferire un enunciato da un altro⁹⁸. Il procedimento intellettuale del giudice nell'interpretazione è un fatto complesso. Per interpretare le norme, il giudice si serve dei criteri di significazione della sintassi. Ma come capisce che due termini sono sinonimi? Dal fatto che sono sostituibili l'uno all'altro, oppure presentano un uso equivalente in certi contesti. Se due termini fossero perfettamente identici, uno dei due potrebbe facilmente essere eliminato. Se continuano ad essere impiegati, significa che possono essere utilizzati come valori differenti in contesti differenziati.

Il giudice accerta i criteri d'uso e limita la sinonimia a certi contesti; ammette per convenzione di considerare due termini sinonimi; ciò vuol dire che solo a seguito dell'interpretazione tali termini possono essere utilizzati senza creare equivoci⁹⁹. Il senso di un enunciato normativo possiede dimensioni semantiche molteplici, che appaiono nelle molteplici inferenze che il giudice può fare, collegando frasi attinte sia dal testo sia dal contesto processuale, a seconda del raggio della sua ricerca interpretativa.

L'interpretazione deve poter collegare condotte o

verità nel processo penale, op.cit., p. 58-9, con richiami in nota a Guastini R., *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino, 1985, p.146 ss., Guastini R., "Osservazioni in margine", in AA. VV., *L'analisi del ragionamento giuridico*, 1987, p. 44 ss.

⁹⁸ Su questo aspetto del potere del giudice, Ferraioli L., *L'interpretazione. Il potere di denotazione e le garanzie penali, op.cit.*, p. 94 ss.

dichiarazioni che nel reale non sono poste a confronto ed occorre un profondo ragionare per percepire e comprendere le situazioni, le informazioni necessarie, la risoluzione del problema. Il giudice interpreta il senso di una parola, indicandone l'uso, constatando il suo impiego in vari contesti, paragonandolo ad usi paralleli. L'interprete individua i referenti delle parole. Consideriamo l'espressione "diritto alla prova". La schematizzazione lessicale dice che ogni parola ha il suo referente. Se il contesto è il processo di parti e le parti hanno diritto alla prova, la prova esiste. Ma l'inferenza non è valida se l'interprete non chiarisca il senso ed il criterio d'uso della parola "prova". La parola "prova" attualmente è un oggetto intensionale dei processualisti; non ha relazione con il vero (o falso) processo accusatorio¹⁰⁰.

Spetta al giudice definire il referente della 'prova'. E non solo. Il giudice sottopone gli enunciati normativi a controllo empirico; egli è interessato ad accettare gli enunciati veri e a rifiutare quelli e solo quelli falsi ed i dati empirici sono la base adeguata per accertare i valori di "verità", il metodo della verifica e della falsificazione. Per dato empirico s'intende l'enunciato cui si riferisce (cioè che il giudice inferisce) o asserto base¹⁰¹. Le parole tornano sempre. Il giudice confronta gli enunciati con altri enunciati e può giudicare la verificabilità dei medesimi in relazione alla conformità con i dati empirici ossia

con altre parole¹⁰².

Prima di essere verificabile o falsificabile, l'enunciato normativo è controllabile. La possibilità di controllo rientra nei poteri interpretativi del giudice. un enunciato normativo è considerato dotato di significato se esiste una possibilità di confrontarlo (confermarlo), mediante enunciati osservativi, cioè se è possibile controllarlo empiricamente. Gli enunciati empirici si controllano direttamente attraverso l'osservazione. Gli enunciati normativo - teorici devono essere controllati mediante una comparazione con gli altri enunciati¹⁰³.

Il giudice deve specificare quali relazioni intercorrono tra gli enunciati osservabili o direttamente controllabili e quelli teorici, controllabili con gli enunciati di cui sopra al fine di verificarne la verificabilità o la falsificabilità¹⁰⁴. Di conseguenza gli enunciati normativi non dovrebbero avere nessun altro significato di quello che hanno gli enunciati osservativi, cui sono riconducibili, *ergo* i primi sarebbero equivalenti ai secondi. L'azione interpretativa del giudice stabilisce, dunque, la verifica e la falsificazione di un enunciato teorico, quando tutti i predicati non sono osservabili, che ciascun

in specie p. 37 ss.

¹⁰² Cfr. Ubertis G., "Concezione semantica della verità e oggetto di prova, sub Prova", *op.cit.*, p. 301.

¹⁰³ Cfr. Ubertis G., *ivi, passim*, riprendendo Tarsky A., "La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica", in Linsky L. (a cura di), *Semantica e filosofia del linguaggio*, Trad. it., Il Saggiatore, Milano, 1969, p. 31, asserisce con convinzione che "l'affermazione probatoria, costituente l'oggetto di prova risulta vero solo in funzione di un confronto effettuato non con il "fatto", ma con un altro enunciato, dunque, che le due asserzioni coincidono".

¹⁰⁴ Cfr. gli studi di Popper K., *Logica della scoperta scientifica*, Trad. it., Einaudi, Torino, 1970; Lakatos I., "Falsification and the Methodology of Scientific Research Programs", in Lakatos I., *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge University press, London, 1970, p. 91-196.

⁹⁹ In tema, Taruffo M., *Il giudice e lo storico*, *op.cit.*, p. 457 ss.

¹⁰⁰ Sul valore simbolico di certe rappresentazioni teoriche, Quine W.V., *From a Logical Point of View*, Trad. it., Ubaldini, Roma, 1966.

¹⁰¹ Si confronti con attenzione lo studio di Bobbio N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, *op.cit.*, p. 342 ss e l'approfondito commento di Scarpelli U., *Filosofia analitica e giurisprudenza*, *op.cit.*, p. 17 ss.,

enunciato contiene, possono essere controllati e quindi definiti, equivalendosi in termini con i predicati osservabili degli enunciati empirici.

Dire che il giudice stabilisce il vero e il falso è forviante, perché tale situazione dovrebbe presupporre un confronto ed una corrispondenza degli enunciati normativi con i fatti reali, situazione che non si verifica mai. Gli enunciati normativi sono verificabili ed osservabili perché confrontati e forse corrispondenti con altri enunciati; un confronto operato da un uomo, che valuta la corrispondenza fra parole.

La decisione, quella che il giudice deve prendere da solo dopo aver discusso, cercato di capire, capito, uomini, fatti e norme, quella che stabilisce l'enunciato vero, distinguendo da quello falso e separa "con taglio netto, il torto dalla ragione, la menzogna dalla verità"¹⁰⁵, non è la verità, la giustizia, l'oracolo pronunciato dopo il rituale; è, certamente, interpretazione delle norme e dei fatti, rappresentati dalle prove in sede di giudizio ed è, certamente, immediata utilizzazione dei risultati interpretativi, comunque raggiunti¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Cfr. Carnellutti F., *Della decisione*, in *Diritto e processo*, *op.cit.*, p. 212 ss.

¹⁰⁶ "Applicare, in senso ampio, vuol dire avvicinare, mettere su, adattare una cosa sopra l'altra, perché combacino. Applicare la norma significa ricercare per un fatto, una situazione di cui si vuol cercare la rilevanza sul piano del diritto, la norma o le norme che, assumendolo nella loro astratta previsione, ne determinano la qualificazione e gli effetti giuridici. L'applicazione suppone l'interpretazione, anzi esige allora da essa un più intenso sforzo di penetrazione, dovendosi ricavare dalla norma o addirittura dal sistema di norme la disciplina del fatto, così come esso si presenta nella ricchezza e completezza degli elementi di specie". Così Ciffo Bonaccorsi L., "Il processo e l'applicazione del diritto", *Riv. Inter. fil. Dir.*, 1966, p. 259. Inoltre in tema si deve necessariamente giungere "al superamento dei concetti tradizionali giuridici, come interpretazione del solo linguaggio delle norme giuridiche del processo come momento di applicazione del significato di una norma giuridica, significato già capito mediante l'interpretazione, ad un fatto in sé pregiuridico. Risulta

Nasce, così, un modello pratico di applicazione della legge processuale¹⁰⁷. Se, infatti, in un modello teorico, il risultato dell'applicazione di una legge è una decisione, un modello pratico, quello che si respira nelle aule dei tribunali, stabilisce che la sentenza vada applicata. Individuata la norma che disciplina il caso, il significato dei segni linguistici ed eventualmente (necessariamente) i relativi referenti, accertato il fatto dato come provato in virtù di un procedimento probatorio, con netta scansione terminologica ed effettuale, il fatto in questione è sussunto sotto la norma interpretata¹⁰⁸. Ciò è scritto nella sentenza ed ha conseguenze vincolanti.

Determinare in funzione vincolante le conseguenze legali di un fatto provato sulla base della norma interpretata dipende dalle caratteristiche della norma applicata: la norma può, per inferenza logica, stabilire soltanto le conseguenze del fatto o in specie il tetto minimo o massimo di tali conseguenze e dalle caratteristiche dell'organo dello Stato: il giudice può fornire i criteri di scelta delle possibili conseguenze oppure rinviare a regole di equità: in questo caso la decisione è presa sulle stesse regole e sulle stesse

evidente che sono distinguibili il momento in cui il giudice interpreta la norma giuridica e ne comprende il significato e il momento in cui applica il significato al fatto. In realtà l'«applicazione» della norma al fatto è, invece, quella che si definisce comunemente vera e propria «interpretazione» della norma giuridica, anzi è l'unica interpretazione giuridica in senso rigoroso, in quanto è solo attraverso la cosiddetta applicazione al fatto che la norma giuridica acquista «significato». Così Nasi A., "Sistema processuale, oggetto del processo ed epistemologia giuridica", *Riv. inter. fil. dir.*, 1966, p. 316-7, *passim*, con riferimento in nota a Capograssi G., "Il problema della scienza del diritto", *Opere*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1959, p. 381 ss.

¹⁰⁷ Il referente immediato è Wroblewski J., "Il modello teorico dell'applicazione della legge", *Riv. Intern. fil. dir.*, 1967, p. 10 ss.

¹⁰⁸ Sempre Wroblewski J., *ibidem*, p.19.

valutazioni da assumere come valide in una situazione determinata.

In questo schema semplificato occorre sottolineare il "processo psicologico" che induce gli organi dello Stato ad applicare la legge. Indipendentemente dalle conoscenze di questo o di quel giudice, un evento giuridico, processuale e non (ossia l'affermazione, la proposizione, l'enunciato che lo esprime) è o vero o falso. Questa distinzione è oggettiva.

Se si considera, tuttavia, tale distinzione in relazione ad un determinato soggetto, per cui per tale giudice, al suo stato presente di informazioni conoscitive, l'evento è o certo, o impossibile, o possibile, a seconda che, in base a quanto il giudice sa (o è), lo ritiene vero o falso, essa presenta un carattere squisitamente soggettivo.

Il fatto viene prima della norma, ma è interpretato in rapporto alla norma che potenzialmente potrebbe analizzarlo, ed è in più, "la valutazione negativa delle conseguenze legali di un fatto può indurre l'organo che applica la legge a cambiare la norma e il suo significato"¹⁰⁹. Ecco perché una decisione giudiziaria è motivata, al fine di distinguere, se non è possibile evitare la confusione tra "materiale psicologico" e "materiale di decisione"¹¹⁰. La sentenza è una sintesi di rapporti empiricamente avvertiti ed empiricamente verificabili, dove i risultati dell'indagine empirica e l'apporto soggettivo dell'interprete devono essere considerati decisivi ai fini del risultato del processo.

¹⁰⁹ Così Wroblewski J., *ibidem*, p. 23.

¹¹⁰ Si veda Bulygin E., "Sentenza giudiziaria e creazione del diritto", *ibidem*, p. 164 ss. Inoltre per una considerazione in tema di creazione del diritto da parte dei giudici, cfr. Cattaneo M. A., "Considerazione sul significato dell'espressione «i giudici creano diritto»",

Bibliografia.

- Abbagnano N., *Guglielmo di Ockham*, Carabba, Lanciano, 1931.
- Ascarelli T., "Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione", *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 349 ss.
- Austin A. L., *Quando dire è fare*, Marietti Torino, 1974.
- Austin A. L., *Saggi filosofici*, Guerini, Milano, 1990.
- Belvedere A., "Linguaggio giuridico", *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, vol. XI, Torino, 1994, p. 21 ss.
- Benedetti G., *Segno, simbolo, linguaggio*, Bollati Boringhieri, Torino, 1971.
- Betti E., *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1955.
- Betti E., *Sull'interpretazione in funzione normativa ed interpretazione giuridica*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1955.
- Bobbio N., "Scienza del diritto a analisi del linguaggio", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950.
- Bobbio N., "Sul formalismo giuridico", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 977 ss.
- Bonato B. (cura di), *L'attestazione tra fenomenologia ed ontologia*, Biblioteca dell'Immagine, Pordenone, 1993.
- Bonomi A., "Linguistica e logica", in Segre C. (a cura di), *La linguistica oggi*, Il Saggiatore, Milano, 1981.
- Bulygin E., "Sentenza giudiziaria e creazione del diritto", *Riv. Intern. fil. dir.*, 1967, p. 164 ss.
- Calamandrei P., "Il giudice e lo storico", in Calamandrei P., *Studi sul processo civile*, vol. V, Cedam, Padova, 1947.
- Calogero G., "La cosiddetta struttura logica del pensiero giurisdizionale", in Calogero G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, 2^a ed., Cedam, Padova, 1964.
- Calogero G., "Giudizio di fatto e giudizio di diritto ovvero storiografia e giurisdizione", in Calogero G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, 2^a ed., Cedam, Padova, 1964.
- Capograssi G., "Il problema della scienza del diritto", *Opere*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1959, p. 381 ss.
- Carceri C., "Il giudice dell'udienza preliminare: giudice di rito o giudice di merito", *Cass. pen.*, 1994, p. 2832, ss.

Riv. inter. fil. dir., 1966, p. 250 ss.

- Carnap R., *Sintassi logica del linguaggio*, Silva, Milano, 1961.
- Carnelutti F., “Responsabilità e giudizio”, *Riv. dir. proc.*, 1958.
- Carnelutti F., “Il metodo del <non so come?>”, *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 7-8.
- Carnelutti F., “Aspetti problematici del processo al legislatore”, *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 1 ss.
- Carnelutti F., “Crisi dell'arte e crisi del diritto”, *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 517ss.
- Carnelutti F., “Diritto e parola”, in Asquini A., *Studi di onore*, vol. I, Cedam, Padova, 1965.
- Carroll L., *Through the looking glass*, Mcmillan, London, 1871.
- Carroll L., *Alice's Adventures in Wonderland*, Newton Compton editori, Roma, 1995.
- Cattaneo M. A., “Considerazione sul significato dell'espressione «i giudici creano diritto»”, *Riv. inter. fil. dir.*, 1966, p. 250 ss.
- Chiavario M., “Parti e difensori nel primo libro del nuovo codice”, *Leg. pen.*, 1989.
- Chiavario M., “L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà”, *Cass. Pen.*, 1993, p. 2658 ss.
- Chomsky N., “La grammatica generativa trasformazionale”, in Chomsky N., *Filosofia del linguaggio, Saggi linguistici*, vol. II, Boringhieri, Torino, 1970.
- Chomsky N., “Mente e linguaggio”, in Chomsky N., *Filosofia del linguaggio, Saggi linguistici*, vol. III., Boringhieri, Torino, 1970.
- Chomsky N., *Syntactic Structures*, trad. it., Laterza, Bari, 1974.
- Chomsky N., “Linguaggio”, *Enc. Einaudi*, Torino, 1979, p. 352 ss.
- Ciffo Bonaccorsi L., “Il processo e l'applicazione del diritto”, *Riv. Inter. fil. Dir.*, 1966.
- Comoglio L. P., “Lessico delle prove e modello accusatorio”, *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 1201 ss.
- Conso G., “Dubbi in via di superamento: neutralità della scienza, neutralità del giurista?”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970.
- Copi I., *Introduzione alla logica*, il Mulino, Bologna, 1963.
- Cordero F., “La classificazione”, in Cordero F., *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Giuffrè, Milano, 1967.
- Cordero F., *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Giuffrè, Milano, 1967.
- Cordero F., “Linee di un processo di parti”, in Cordero F., *Ideologia del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1976.
- Cordero F., “Diritto”, *Enc. Einaudi*, vol. IV, Torino, 1978.
- Cordero F., *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari, 1981.
- Cordero F., *Codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1990.
- Cordero F., “Giudizi di fatto e giudizi di valore giuridico, sub Merito nel diritto processuale”, *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993.
- Cordero F., *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1993.
- Cordero F., *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1995.
- Corradini D., “Il problema del controllo dei valori nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto”, *Riv. inter. fil. dir.*, 1966.
- Crapettini G. P., “Immagine”, *Enc. Einaudi*, vol. VII, Torino, 1979.
- De Lalla P., “Semantica normativa”, *Logica delle prove penali*, Novene, Napoli, 1973.
- De Lalla P., “Idee per un «complemento istruttorio» del giudice nelle indagini”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 64 ss.
- De Luca G., “Cultura della prova e nuovo costume giudiziario”, in AA.VV., *Il nuovo processo penale. Dalla codificazione dell'attuazione*, Giuffrè, Milano, 1991.
- Derrida J., *La differance, in Marges de la philosophie*, Editions de Minuti, Paris, 1972.
- Descartes R., “Meditationes de prima philosophia”, *Opere*, vol. I, Trad. it., Laterza, Bari, 1967.
- Dewey J., “Theory of valuation”, in Neurath O., *International Encyclopedia of Unified Science*, vol. II, University of Chicago Press, Chicago, 1939.
- Ducrot O., *Dire et ne pas dire. Principes de sémantique linguistique*, Hermann, Paris, 1972.
- Dworkin R., *Law's empire*, trad. it., Il saggiaiore, Milano, 1989.
- Eco U., *Trattato di semiotica generale*, Bompiani, Milano, 1975.
- Eco U., *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Bompiani, Milano, 1979.
- Ferraioli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989.

- Ferrua P., *Anamorfosi del processo accusatorio, Studi sul processo penale*, II, Giappichelli, Torino, 1992.
- Frigo G., “Art. 416”, in Chiavario M. (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, Utet, Torino, 1990, p. 565 ss.
- Gil F., “Rappresentazione”, *Enc. Einaudi*, vol. XI, Torino, 1980.
- Goodman N., *Languages of arts. An approach to a theory of symbols*, Trad. it., Il saggiatore, Milano, 1976.
- Giuliani A., “Prova (filosofia)”, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988.
- Giostra G., “I novellati artt. 335 e 369 c.p.p.: due rimedi inaccettabili”, *Cass. pen.*, 1995, p. 3597 ss.
- Guastini R., *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino, 1985.
- Guastini R., “Osservazioni in margine”, in AA. VV., *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1987, p. 44 ss.
- Habermas J., “Il sopravanzamento della filosofia temporalizzata dell'originario: la critica di Derrida al fonocentrismo”, in Habermas J., *Il discorso filosofico della modernità*, Laterza, Bari, 1991.
- Hankamer J., “An Acceptable Ambiguity”, *Linguistic Inquiry*, IV, I, 1972, p. 17-68.
- Hasegawa K., “Transformations and semantic interpretation”, *Linguistic Inquiry*, III, 2, 1972, p. 141-60.
- Hassemer W., “Hermeneutica y Derecho”, *Anales del la Catedra de F. Suarez*, 25, 1985.
- Heidegger M., *In cammino verso il linguaggio*, Trad. it., Caracciolo, Milano, 1973.
- Husserl E., *Ricerche logiche*, Trad.it, Il saggiatore, Milano, 1982.
- Lakoff G., “A Note on Vagueness and Ambiguity”, *Linguistic Inquiry*, 1, 3, 1970, p. 357-9.
- Lakatos I., “Falsification and the Methodology of Scientific Research Programs”, in Lakatos I, *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge University Press, London, 1970, p. 91-196.
- Leo G., “Problemi dell'udienza preliminare”, *Ind. pen.*, 1996, p. 474 ss.
- Lumia G., “In tema di interpretazione e di applicazione del diritto”, *Riv. inter. fil. dir.*, 1966, p. 305 ss.
- Moore G. E., *Principia ethica*, Bompiani, Milano, 1964.
- Morris C. W., *Lineamenti di una teoria dei segni*, Paravia, Torino, 1954.
- Morris C. W., *Segni, linguaggio e comportamento*, Longanesi, Milano, 1963.
- Nasi A., “Sistema processuale, oggetto del processo ed epistemologia giuridica”, *Riv. inter. fil. dir.*, 1966, p. 316-7.
- Peroni F., “Commento all'art. 19”, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Cedam, Padova, 1995.
- Pierce C. S., *Collected Papers*, The Belknap Press, Cambridge, vol. I, 1931.
- Pierce C. S., *Collected Papers*, The Belknap Press, Cambridge, vol. II, 1932.
- Pisapia G.D., “Riflessioni sull'udienza preliminare nel nuovo processo penale”, *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, p. 481 ss.
- Popper K., *Logica della scoperta scientifica*, Trad. it., Einaudi, Torino, 1970.
- Postal P., “On Certain Ambiguities”, *Linguistic Inquiry*, V, 3, 1974, p.367-424.
- Quine W.V., *From a Logical Point of View*, Trad. it., Ubaldini, Roma, 1966.
- Ricoeur P., *Les conflit des interprétations. Essais d'hermènetique*, Trad. it, Jaca Book, Milano, 1977.
- Rivello P. P., “Persona sottoposta alle indagini”, *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995.
- Rosini F., “La parola del diritto e le sue trasformazioni linguistiche”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 423 ss.
- Santalucia G., “Definizione giuridica del fatto e poteri di valutazione del giudice dell'udienza preliminare”, *Giust. pen.*, III, 1991, c. 598 ss.
- Santalucia G., “Sugli effetti prolungati della sottoposizione alle indagini”, *Giust. pen.*, III, 1995, c. 692 ss.
- Scarpelli U., *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1953.
- Scarpelli U., *Filosofia analitica, norme e valori*, Comunità, Milano, 1962.
- Scarpelli U., “Semantica giuridica”, *N. N. D. I.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 978 ss.
- Scarpelli U., “Il metodo giuridico”, *Riv. dir. proc.*, 1971.
- Searle J.R., “Che cosa è un atto linguistico”, *Linguaggio e società*, Il Mulino, Bologna, 1973.
- Searle J., *Atti linguistici*, Boringhieri, Torino, 1976.
- Stevenson C.L., *Etica e linguaggio*, Longanesi, Milano, 1962.

- Tarello G., “Il <problema dell'interpretazione>: una formulazione ambigua”, *Riv. inter. fil. dir.*, 1966, p. 349 ss.
- Tarello G., “Orientamenti analitico linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1 ss.
- Tarsky A., “La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica”, in Linsky L. (a cura di), *Semantica e filosofia del linguaggio*, Trad. it., Il Saggiatore, Milano, 1969, p. 31
- Taruffo M., “Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche”, *Riv. di Dir. Proc.*, 1967, p. 438 ss.
- Tranchina G., “Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale”, *Ind. pen.*, 1989, p. 615 ss.
- Ubertis G., “Concezione semantica della verità e oggetto di prova, sub Prova”, in Ubertis G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979.
- Ubertis G., “Enunciati fattuali e giudizi di valore”, in Ubertis G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979.
- Ullmann S., *La semantica. Introduzione alla scienza del significato*, Il Mulino, Bologna, 1966.
- Wittgenstein L., *Osservazioni filosofiche*, Einaudi, Torino, 1976.
- Wittgenstein L., *Tractatus logico-philosophicus*, Einaudi, Torino, 1983.
- Wroblewski J., “Il modello teorico dell'applicazione della legge”, *Riv. Intern. fil. dir.*, 1967, p. 10 ss.
- Zaccaria G., *Questioni di interpretazioni*, Cedam, Padova, 1996.

Violenze in famiglia e molestie sul lavoro: una ricerca comparata tra Italia e Francia

Maria Florio*

Riassunto

La ricerca si pone l'obiettivo di indagare il complesso quadro delle molestie in famiglia e sul lavoro nell'ordinamento italiano e di effettuare una comparazione con un ordinamento appartenente alla stessa tradizione giuridica e cioè quello francese.

Sono state indagate le molestie in famiglia verso i soggetti deboli e le molestie sul luogo di lavoro, quali molestie sessuali e *mobbing*, che per molti aspetti rappresentano un fenomeno sommerso e poco conosciuto. Sono state analizzate soprattutto le forme di molestie psicologiche e meno conosciute.

Nel corso dell'esposizione saranno illustrati anche i recenti sviluppi della normativa sull'*harcèlement sexuel* in Francia. La ricostruzione teorico-normativa degli argomenti trattati è integrata con i risultati di una ricerca quantitativa e qualitativa tratta dalla giurisprudenza dei due paesi. La ricerca empirica è stata condotta utilizzando quali fonti di dati le sentenze della Suprema Corte di Cassazione italiana e francese.

Résumé

La recherche a pour objet d'étudier le domaine complexe du harcèlement familial et au travail dans la législation italienne et d'effectuer une comparaison avec une législation appartenant à la même tradition juridique, c'est-à-dire la tradition juridique française.

Les recherches ont porté sur le harcèlement familial envers les sujets les plus faibles et le harcèlement sur le lieu de travail tels que le harcèlement sexuel et le *mobbing*, qui sous de nombreux aspects représentent un phénomène caché et peu connu. L'auteur a analysé surtout les formes de harcèlement psychologique les moins connues.

Après quoi les récents développements législatifs sur le harcèlement sexuel en France seront illustrés. La reconstruction théorique-normative des arguments traités est complétée par les résultats d'une recherche quantitative et qualitative sur la jurisprudence des deux pays. La recherche empirique a été menée en utilisant des données provenant des arrêts des Cours de Cassation italienne et française.

Abstract

The research aims to investigate the complex framework of domestic violence and harassment at work in the Italian legal system and to make a comparison between another legal system of the same legal tradition, specifically that of France.

We studied domestic abuse towards weak people and harassment at work, such as sexual harassment and bullying, which, in many ways, represent a hidden phenomenon. In particular, we analysed different forms of psychological harassment.

Following this the recent developments in French law concerning *harcèlement sexuel* will be illustrated.

The theoretical-normative reconstruction of the covered topics is integrated with the results of a quantitative and qualitative case law study of these two countries. The empirical research was conducted using data coming from the judgments of the Italian and French Supreme Courts of Cassation.

1. Introduzione.

Il lavoro seguente si pone l'obiettivo di analizzare il complesso quadro delle molestie nell'ordinamento italiano e di effettuare una comparazione con l'ordinamento francese, di tradizione giuridica simile.

Nel nostro ordinamento si può parlare di molestie in senso giuridico solo a proposito delle molestie

previste e punite dall'art. 660 del codice penale, ma il fenomeno delle molestie è molto più diffuso: le molestie in famiglia verso i soggetti deboli, donne, minori, anziani o portatori di handicap, le molestie sul luogo di lavoro quali molestie sessuali e *mobbing*, le molestie a distanza o

* Dottore di ricerca in criminologia, Università di Bologna.

stalking, per molti aspetti rappresentano un fenomeno sommerso e poco conosciuto. Anche la legislazione al riguardo risulta carente o totalmente assente.

La ricerca intende approfondire soprattutto le forme di molestie psicologiche e meno conosciute.

I tipi di molestie analizzati possono essere riassunti in due grandi aree: da un lato le molestie in famiglia e le molestie nella vita privata (*stalking*) e, dall'altro, le molestie sul lavoro (*mobbing* e molestie sessuali).

2. Le molestie in famiglia e sul lavoro nell'ordinamento italiano.

La prima difficoltà incontrata nell'affrontare tali argomenti è rappresentata dalla definizione stessa di molestia, termine generico che può racchiudere molteplici aspetti offensivi, da quelli psichici, morali a quelli sessuali e fisici. E' arduo cercare una definizione unitaria delle molestie, dovendone dare delle definizioni differenti a seconda dei diversi ambiti di riferimento.

Le molestie nell'ordinamento italiano non costituiscono un autonomo reato, ma sono puniti, con norme vicarie, singoli comportamenti molesti.

Le uniche molestie definite come tali dalla legislazione penale nel nostro ordinamento sono le molestie punite dall'art. 660 c.p. e rubricate "Molestia o disturbo alle persone": "Chiunque in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero con il mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo, è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a € 516".

La norma è collocata tra i reati contravvenzionali, illeciti che hanno una natura ibrida, oscillante tra l'illecito amministrativo e quello penalistico.

L'oggetto tutelato dalla norma non è tanto la persona vittima di molestie, ma la tranquillità pubblica, per l'incidenza che il comportamento molesto ha sull'ordine pubblico. E' tutelato in primo piano l'ordine pubblico, pur trattandosi di un'offesa alla quiete privata: l'interesse privato, individuale, riceve una protezione solo riflessa, cosicché la tutela penale viene accordata anche senza e pur contro la volontà delle persone molestate o disturbate (Cass. Pen. Sez. I Sent. 11208 del 9-11-94). Si spiega in tal modo la procedibilità d'ufficio. La querela, eventualmente proposta, rimane assorbita dall'impulso procedimentale di ufficio.

Fatte tali premesse, è possibile formulare una definizione di molestia secondo il codice penale italiano: è molestia tutto ciò che altera, dolorosamente o fastidiosamente, lo stato psichico di una persona.

La molestia comprende ogni comportamento lesivo del diritto a disporre del proprio tempo, della propria persona, del proprio stile di vita senza subire interferenze sgradite ed indesiderate.

Secondo autorevole dottrina¹, è molestia qualsiasi attività che alteri in modo doloroso, fastidioso od importuno lo stato psichico della vittima: essa può essere tanto di origine fisica, quanto di origine psichica.

Questa ultima definizione è particolarmente interessante, poiché consente di ricomprendere molteplici situazioni di molestie.

Sono puniti attraverso l'art. 660 c.p. i comportamenti di pedinamento, i corteggiamenti

insistenti e non graditi, le telefonate mute e continue, l'invio di messaggi non graditi. La norma estende la sua operatività per applicazione giurisprudenziale anche ai nuovi mezzi di comunicazione a distanza, come l'invio di e. mail, sms o mms².

La giurisprudenza sulla norma dell'art. 660 c.p. si riferisce anche ai comportamenti attinenti alla sfera della libertà sessuale in senso ampio, come le manifestazioni di "gallismo" che si limitino a comportamenti verbali o gestuali e che non raggiungono il contatto fisico, sia pure fugace.

L'art. 660 c.p. presenta alcuni limiti di applicazione: un primo limite è di carattere spaziale, costituito dalla necessità che la condotta si verifichi in luogo pubblico o aperto al pubblico. Se la condotta si verifica in luogo privato, essa deve essere attuata col mezzo del telefono. Un secondo limite attiene alla pena che può essere inflitta; trattandosi di una contravvenzione, è punita con pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda. Nella maggior parte dei casi il molestatore rischierà al massimo una modesta ammenda.

I comportamenti che possono considerarsi molesti non si esauriscono nelle fattispecie punite attraverso la disposizione dell'art. 660 c.p. Vi sono altre e più gravi situazioni di comportamenti vessatori ed umilianti che comportano uno stato di prostrazione e depersonalizzazione per la vittima. Tali comportamenti a volte sono puniti attraverso fattispecie di reato più gravi, a volte, invece,

rimangono impuniti, per la difficoltà di provare comportamenti violenti dalla consistenza sfuggente.

Le violenze fisiche e psicologiche possono svilupparsi nei luoghi che, a rigore, dovrebbero essere considerati i più sicuri e rassicuranti: l'ambiente domestico e l'ambiente lavorativo.

Tra i fenomeni di violenza domestica possono elencarsi violenze verso le donne, verso i bambini, gli anziani e i disabili, così come possono citarsi casi di violenze psicologiche anche verso gli uomini in situazioni conflittuali o di rivendicazioni patrimoniali e strumentali nelle fasi di separazioni e divorzi.

Anche le molestie sul lavoro possono svilupparsi in tutti gli ambiti lavorativi e colpire ogni tipo di lavoratore; anzi, le persone più coscienti e ligie al dovere sono più esposte delle altre ad essere prese di mira ed isolate dal gruppo. A volte, in casi di riorganizzazioni aziendali, fusioni e cessioni, la violenza psicologica è utilizzata come strategia aziendale per liberarsi di dipendenti indesiderati.

Molte persone vivono sulla loro pelle situazioni di molestie, in famiglia o sul lavoro, e spesso è anche difficile riconoscerle e riconoscersi come una vittima di violenza.

3. Principali differenze normative tra l'ordinamento italiano e francese.

3.1. Molestie in ambito familiare.

Non potendo ripercorrere in questa sede l'apparato normativo dei due paesi sul tema di molestie, saranno dati soltanto dei brevi cenni sulle principali differenze riscontrate tra i due ordinamenti.

¹ Manzini V., *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. X., UTET, Torino, 1952, pp. 129 ss.

² Cassazione penale-Sezione III penale-sentenza 26 marzo-1 luglio 2004, n. 28680, "Gli sms possono essere una molestia telefonica", *Diritto e giustizia*, 36, 2004, p. 50 ss; Luini A., "I messaggi mms e il reato ex art. 660 codice penale", *Rivista penale*, 2003, pp. 367-368.

In Italia manca, nei reati di violenza sessuale, una norma che punisca o quanto meno riconosca come aggravante la violenza sessuale commessa nei confronti del coniuge. Il rapporto di parentela rileva tra le aggravanti comuni, all'art. 61 c.p., quale abuso di relazioni domestiche, facendo quindi riferimento alla normativa generale applicabile a tutti i reati.

La qualità di congiunto o convivente rileva, invece, in Francia quale aggravante di alcuni reati; è altresì ritenuta punibile la violenza sessuale tra coniugi.

La legge del 4 aprile 2006³ e successive modifiche ha introdotto un nuovo comma all'art. 222-22 *Code pénal*⁴ con lo scopo di prevenire e reprimere le violenze coniugali: i reati di stupro e di altre aggressioni sessuali sono integrati allorché sono stati imposti alla vittima nelle circostanze previste dalla legge, qualunque sia la natura delle relazioni esistenti tra l'aggressore e la vittima, ivi compreso se essi sono uniti dal legame del matrimonio. In questo caso, la presunzione di consenso dei coniugi all'atto sessuale vale fino a prova contraria.

A norma dell'art. 222-28 *Code pénal*, la pena per le aggressioni sessuali è aumentata se il fatto è

³ L. n° 2006-399 du 4 avr. 2006 art. 11.

⁴ Article 222-22 code pénal, modifié par [LOI n°2010-769 du 9 juillet 2010 - art. 36](#).

Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise. Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage.

Lorsque les agressions sexuelles sont commises à l'étranger contre un mineur par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables.

commesso dal congiunto, dal convivente della vittima, o dal partner legato alla vittima da un patto civile di solidarietà.

La legge 22 luglio 1992 n. 92-683⁵ ha introdotto un'aggravante nelle lesioni all'integrità fisica della persona in caso di qualità di congiunto o convivente. Il nuovo codice penale in vigore dal 1 marzo 1994 ha aggravato le sanzioni penali e ha previsto la punibilità del reato anche senza incapacità totale di lavoro (ITT). Se poi l'ITT è superiore a 8 giorni, la pena passa dai 3 ai 5 anni se le lesioni provengono da un congiunto (Art. 222-12, 222-13 *Code Pénal*).

Anche gli atti di tortura e barbarie sono aggravati se commessi dal congiunto o convivente (Art. 222-3 *Code Pénal*).

Le norme che prevedono l'aggravante per la qualità di coniuge o convivente si estendono anche alla qualità di ex coniuge o ex convivente, quando il fatto è stato commesso in relazione al rapporto preesistente con la vittima.

In Italia, l'aggravante della qualità di coniuge o convivente è stata prevista nel nuovo reato di molestie assillanti.

Per le molestie subite in ambito scolastico o socio-educativo è stato introdotto in Francia il reato di *bizutage*⁶, che punisce gli episodi di nonnismo e di bullismo nelle scuole ed università a carico degli ultimi arrivati o degli elementi più fragili.

⁵ Loi n. 92- 683 du 22 juillet 1992 : « Atteintes à l'intégrité de la personne ».

⁶ Article 225-16-1 Code Pénal, modifié par l'[Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 \(V\) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002](#).

Hors les cas de violences, de menaces ou d'atteintes sexuelles, le fait pour une personne d'amener autrui, contre son gré ou non, à subir ou à commettre des actes humiliants ou dégradants lors de manifestations ou de réunions liées aux milieux scolaire et socio-éducatif est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.

La Francia non ha ancora una normativa sullo stalking, previsto come reato in Italia dal 2009⁷, sebbene sia stata presentata al Parlamento francese una normativa sull'*harcèlement dans la vie privée*. La norma all'esame del Senato francese introdurrebbe il reato di *harcèlement criminel*⁸.

⁷ Art. 612 bis c.p. Atti persecutori. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita. La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato o da persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa. La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso a danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità di cui all'art. 3 della legge 5/2/1992 n. 104, ovvero con armi o da persona travisata. Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. Si procede tuttavia di ufficio se il fatto è commesso nei confronti di un minore o di una persona con disabilità di cui all'art. 3 legge 5/2/1992, n.104, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere di ufficio.

⁸ Proposition de loi n. 451, enregistré à la Présidence du Sénat le 17 mai 2010.

Article unique: harcèlement criminel. << Sauf autorisation légitime, il est interdit d'agir à l'égard d'une personne, sachant qu'elle se sent harcelée ou sans se soucier de ce qu'elle se sente harcelée, si l'acte en question a pour effet de lui faire raisonnablement craindre pour sa sécurité ou celle d'une de ses connaissances.

Aux termes du premier alinéa, constitue un acte de harcèlement criminel le fait de suivre une personne ou une de ses connaissances de façon répétée ; de cerner ou de surveiller sa maison d'habitation ou le lieu où cette personne ou une de ses connaissances réside, travaille, exerce son activité professionnelle ou se trouve ; de se comporter d'une manière menaçante à l'égard de cette personne, d'un membre de sa famille ou d'une de ses connaissances.

Est punie d'un an d'emprisonnement et de 10 000 euros d'amende, toute personne qui se sera rendue coupable d'un acte de harcèlement criminel >>.

3.2. Molestie nell'ambiente di lavoro.

Nell'ambito delle molestie sul lavoro, le differenze con l'ordinamento italiano sono più evidenti. Infatti, l'ordinamento francese ha riconosciuto, nell'ambiente di lavoro, due tipi di molestie:

- l'*harcèlement moral*, disciplinato dalla legge del 17 gennaio 2002, caratterizzato dalle azioni che hanno per oggetto o per effetto una degradazione delle condizioni di lavoro, suscettibile di ledere i diritti e la dignità della persona, di alterare la sua salute psichica, di comprometterne l'avvenire professionale;

- l'*harcèlement sexuel*, disciplinato dalla legge 17 giugno 1998, che concerne le azioni che hanno per scopo di ottenere favori sessuali da una persona con abuso dell'autorità conferita dalle proprie funzioni.

Nel 2002 la norma è stata aggiornata con l'eliminazione del riferimento al concetto di abuso di autorità, per renderla applicabile a tutte le molestie sul lavoro, sia provenienti da dirigenti che da colleghi.

Il campo elettivo di tali molestie è l'ambiente di lavoro ed in tale ambito si è concentrata la normativa francese, di natura sia lavoristica che penale.

Le molestie morali, *harcelèment moral*, sono vietate dall'art. L 122-49 del *Code du travail*⁹ e

⁹ Code du Travail Art. L. 122-49 : « Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. « Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi, ou refusé de subir, les

sono punite dall'articolo 222-33 -2 del *Code pénal* con un anno di reclusione e 15.000 euro di ammenda¹⁰.

Le molestie sessuali, *harcèlement sexuel*, sono proibite dall'art. L 122-46 del *Code du travail*¹¹ e punite dal 222-33 con un anno di reclusione e 15.000 euro di ammenda¹² fino all'aprile 2012¹³. Sono previste sanzioni interdittive anche per gli enti ritenuti responsabili di molestie perpetrate dai propri preposti e dipendenti nell'esercizio dell'attività aziendale a norma dell'art. 222-33-1 del *Code pénal*¹⁴.

agissements définis à l'alinéa précédent ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés. «Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit.

¹⁰ Code Pénal Art. 222-33-2 : «<Le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende>>».

¹¹ Code du Travail Art. L. 122-46 : «Aucun salarié ne peut être sanctionné ni licencié pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement d'un employeur, de son représentant ou de toute personne qui, abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, a donné des ordres, proféré des menaces, imposé des contraintes ou exercé des pressions de toute nature sur ce salarié dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers. «Aucun salarié ne peut être sanctionné ni licencié pour avoir témoigné des agissements définis à l'alinéa précédent ou pour les avoir relatés. «Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit.

¹² Cod. Pén. Art. 222-33 : «Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

¹³ Norma modificata dalla *LOI n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel* (v. nota 25 ss.).

¹⁴ Cod. Pén. Art. 222-33 -1: «Modifié par [LOI n°2010-121 du 8 février 2010 - art. 1](#) «Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par [l'article 121-2](#), des infractions définies aux [articles 222-22 à 222-31](#) encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par [l'article 131-38](#), les peines prévues par [l'article 131-39](#). «L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité

In Italia, le molestie sessuali sul lavoro hanno avuto un riconoscimento in sede di conversione della normativa comunitaria con il D. Lgs 145 del 2005, che ha dato attuazione alla direttiva 2002/73/CE in materia di parità di trattamento tra gli uomini e le donne, per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro¹⁵. In realtà si è fatta scarsa applicazione di queste norme e la tutela penale è lasciata alle norme generali in tema di violenza sessuale.

In Italia manca ancora una normativa sul *mobbing*, lasciato ad alcune enunciazioni nella contrattazione collettiva; manca soprattutto una disciplina penale sul *mobbing* che, allo stato, non è considerato di per sé reato, impedendo a chi lo subisce di ottenere una pronta tutela, ma semmai un risarcimento in sede civile o del lavoro, qualora riesca a provarne l'esistenza.

Le molestie psicologiche sul lavoro sono punite con norme penali vicarie e per singoli aspetti, quali le molestie dell'art. 660 c.p., la violenza privata, ingiurie e minacce e, in qualche caso, i maltrattamenti in famiglia e verso i sottoposti puniti dall'art. 572 cp.

Il *mobbing* non può essere compreso considerandone solo singoli episodi. Bisogna parlare di processo di *mobbing* perché ciò che lo caratterizza non è l'atto in sé, ma la durata e la ripetitività dei comportamenti.

De iure condendo, una norma penale sul *mobbing* dovrebbe mirare ad una valutazione del processo di *mobbing* e di quei comportamenti che, considerati isolatamente sarebbero irrilevanti, ma

dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

¹⁵ D. Lgs 30 maggio 2005 n. 145, pubblicato in G.U. n. 173 del 27 luglio 2005.

che, inseriti in un contesto unitario, danno la reale misura del programma persecutorio. Gli elementi da considerare nell'elaborazione di una fattispecie penale di mobbing sono la ripetitività e durata del comportamento e l'intenzione di molestare. La norma penale dovrebbe quindi reprimere le condotte persecutorie più rilevanti, riservando a strumenti extrapenalmente la prevenzione e repressione di condotte sporadiche e meno gravi di molestie.

Una traccia per l'elaborazione di una novella normativa può essere offerta dalla nuova formulazione del reato di stalking, introdotto nel 2009 e per il quale erano già stati avanzati gli stessi dubbi di costruzione normativa della fattispecie penale in termini di tassatività e determinatezza. Tali dubbi oggi risultano fugati a seguito dell'efficace applicazione punitiva della norma e della possibilità offerta dalle misure cautelari ed interdittive di intervenire in una fase prodromica e di interrompere l'iter lesivo prima che sia portato ad ulteriori conseguenze.

Di recente, anche la normativa francese in tema di *harcèlement sexuel* è stata sottoposta al vaglio di costituzionalità del Consiglio Costituzionale. Con una decisione a sorpresa, il Consiglio ha dichiarato incostituzionale e ha abrogato il delitto di *harcèlement sexuel*, per difetto di tassatività della fattispecie¹⁶.

La formulazione del delitto di molestie sessuali, consistente nel "fatto di molestare altri con lo scopo di ottenere dei favori di natura sessuale"¹⁷ è stata ritenuta troppo ampia e vaga. Tale nozione si scontra con le esigenze di tassatività e determinatezza del diritto penale: l'attuale

formulazione dell'art. 222-33 *code pénal*, secondo il *Conseil constitutionnel*, consente che il delitto di *harcèlement sexuel* sia punibile senza che gli elementi costitutivi del reato siano sufficientemente definiti, sostanziandosi in una lesione del principio di legalità dei delitti e delle pene e, pertanto, va dichiarato contrario alla Costituzione.

La decisione in esame ha aperto un vuoto normativo ed ha comportato delle immediate conseguenze procedurali.

I processi pendenti per tale delitto sono destinati ad estinguersi a seguito dell'abrogazione del reato e gli inquisiti non potranno essere più processati, nemmeno con la nuova formulazione del reato.

Un salvataggio per una parte dei processi in corso è dato dall'art. L. 1153-1 del Codice del lavoro che punisce le molestie sessuali sul lavoro e dall'art. L. 1155-2 che ne stabilisce la sanzione penale, norme non interessate dall'intervento costituzionale¹⁸ ma che sono applicabili soltanto ai contratti di lavoro privato.

Per le vittime che subiranno gli effetti abrogativi del reato non resta che la strada dell'azione civile

¹⁸ Article L1153-1 Code du Travail : Les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits.

Article L1153-2 : Aucun salarié, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement sexuel.

Article L1153-3 : Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements de harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés.

Article L.1155-2 : Les faits de harcèlement moral et sexuel, définis aux articles L. 1152-1 et L. 1153-1, sont

¹⁶ Décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012.

¹⁷ Cod. Pén. Art. 222-33: « Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

risarcitoria per molestie sessuali, ma tale azione, per il gravoso onere probatorio incombente sulla vittima, risulta spesso infruttuosa, come vedremo in seguito anche per l'ordinamento italiano.

Nel mese di agosto 2012 è stata emanata in Francia la nuova normativa sull'*harcèlement sexuel*, che verrà illustrata nella parte conclusiva di questo testo¹⁹.

4. La ricerca comparata.

La ricerca che andremo ad illustrare è basata su un campione di 502 sentenze della Corte di Cassazione civile e penale italiana in materia di molestie relative al quinquennio 2005-2009 e di 602 sentenze della Suprema Corte francese relative agli anni 2005-2009 con l'elaborazione di schede di rilevazione parallele. Il campione iniziale, più numeroso (533 sentenze italiane e 695 francesi), è stato epurato di quelle sentenze che non contenevano dati fattuali, ma esclusivamente procedurali.

L'indagine è stata incentrata sulla giurisprudenza di legittimità, il terzo grado di giurisdizione, al quale giungono solo una parte dei giudizi, filtrati dalla denuncia e dal percorso giudiziario di merito. Non si esclude, quindi, che la dimensione reale del fenomeno possa essere diversa, ma l'esame della giurisprudenza di legittimità ha consentito l'accesso a dati di livello nazionale sulla situazione delle molestie e ha permesso di poterne ricavare degli utili elementi di riflessione generale.

La ricerca empirica esposta rivela i differenti campi e le differenti forme di molestie e di

violenze psicologiche, che nel nostro ordinamento hanno ricevuto finora una scarsa attenzione.

4.1. I reati di molestie.

4.1.1. L'autore.

Dall'analisi della giurisprudenza italiana penale è emerso che l'autore dei reati di molestie è di sesso maschile nell'80% dei casi, mentre i reati di molestie commessi da donne si attestano su una percentuale molto più bassa, del 20% dei casi.

La bassa percentuale di autori di reato di sesso femminile è in linea con la bassa percentuale di criminalità rilevata delle donne. La nazionalità degli autori è prevalentemente italiana. Quanto allo stato civile, prevale una maggioranza di persone sposate o in coppia stabile. L'autore di reato risiede al Nord Italia nel 43,3% dei casi, al Sud Italia e nelle Isole nel 34,7%, al Centro Italia nella percentuale del 21,4% dei casi.

I reati di molestie sono commessi prevalentemente da persone che hanno un'occupazione (94%) e dal 6% di persone che non hanno una condizione professionale.

Quanto al tipo di impiego svolto dall'autore, le percentuali maggiori si riferiscono a persone che rivestono posizioni apicali, circostanza che agevola la commissione di atti di molestie, in particolare nell'ambito lavorativo.

Gli autori di reato francesi sono per l'87,4% di sesso maschile e per il 12,6% di sesso femminile e sono tutti maggiorenni. Nell'80% sono sposati o in coppia, nel 13% sono celibi o nubili, nel 6,5% sono separati o divorziati. Quasi tutti i rei hanno un'occupazione (98,2%), in qualche caso sono disoccupati o in condizione non professionale.

punis d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 15 000 €.

¹⁹ LOI n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

La funzione che rivestono in prevalenza è quella dirigenziale (72,3%), seguita da una professione intellettuale (8,5%), per il 6,4% sono quadri, per il 5,3% sono impiegati, il 4,3% appartengono alle forze di polizia, in basse percentuali svolgono professioni tecniche (2,1%) o attività di commercio (1,1%).

In pochi casi l'autore è disoccupato.

4.1.2. La vittima.

La vittima italiana è nel 78,5 % donna e nel 21,5 % un uomo; si notano percentuali invertite rispetto all'autore di reato. Le vittime sono nell'80% maggiorenni e di cittadinanza italiana.

Le vittime minorenni sono il 10% e le vittime straniere sono solo il 3%. Quest'ultimo dato può essere posto in relazione con la difficoltà delle vittime straniere di sporgere querela per fatti di molestie e violenze e di affrontare i costi economici e sociali del percorso giudiziario fino alla sentenza di Cassazione. Questa difficoltà è particolarmente accentuata per gli immigrati in condizioni di irregolarità o di precariato lavorativo.

Le percentuali cumulate di persone sole superano il 60% dei casi (celibi/nubili, separati/divorziati, vedovi). Questo dato conferma gli alti indici di vittimizzazione delle persone sole, in particolare delle donne nubili, separate o divorziate. Le ragioni della maggiore vittimizzazione, rispetto alle persone in coppia, possono essere ricercate nella maggiore esposizione ai rischi in relazione alle differenti abitudini di vita, nella maggiore vulnerabilità delle persone sole, nelle condizioni di maggiore attività lavorativa, ma anche di bisogno economico che spingono a tollerare più a lungo situazioni di molestie .

Le vittime risiedono maggiormente nel Nord Italia (43,2%), per il 33,9% al Sud e nelle Isole, per il 22,6% al Centro. Trascurabili sono i casi di vittime con residenza estera.

Il dato della prevalenza di vittime al Nord può essere variamente interpretato poiché può ipotizzarsi anche che al Nord vi sia una maggiore propensione alla denuncia del fatto di reato per la maggiore emancipazione e partecipazione sociale della popolazione femminile.

Le vittime hanno un'occupazione nel 67% dei casi, il 33% del campione, invece, non ha una condizione professionale.

La relazione che lega l'autore alla vittima è decisamente di conoscenza (63,2%), di parentela (15,4%) o affettivo sentimentale (12,3%).

Le relazioni maggiormente conflittuali si rilevano in primo luogo tra ex mariti-ex mogli (25%) e in secondo luogo tra mariti e mogli (23,2%) e tra genitori e figli (19,6%); tra ex partner si riscontra la percentuale del 15,3% e tra datore di lavoro e dipendente del 15,6%.

I reati commessi da sconosciuti sono minoritari; soltanto nel 9% dei casi tra l'autore e la vittima non intercorre alcun rapporto pregresso, il che conferma l'assunto criminologico per il quale la maggior parte dei reati è commessa da conoscenti ed in percentuale molto minore da sconosciuti.

Nel campione francese la vittima è di sesso maschile nel 29,4% e femminile nel 70,6%, maggiorenni, (i minorenni sono il 6,6%). Le persone offese hanno per il 92% un'occupazione, mentre l'8% è in condizione non professionale.

Anche il campione francese conferma che la maggior parte dei reati sono commessi da conoscenti ed in minima parte da sconosciuti.

La relazione di conoscenza tra autore e vittima maggiormente rappresentata è il rapporto di lavoro: la relazione di subordinazione è presente nel 70,8% dei casi, tra l'autore sovraordinato e la vittima subordinata, nel 3,8% dei casi tra la vittima sovraordinata e l'autore subordinato, il rapporto di colleganza è presente nel 6,6% del campione. La preponderanza del dato della relazione di subordinazione si spiega con l'esistenza nell'ordinamento francese di appositi reati di molestie psicologiche e di molestie sessuali realizzati nei confronti dei dipendenti.

La relazione di parentela più rappresentata è quella di coniugio (55,6%) e di genitori-figli (22,2%), mentre la percentuale di ex coniugi è solo dell'11,1%.

Tale ultimo dato è interessante e può essere spiegato dalla normativa francese sul divorzio: l'assenza di una fase di separazione, la posizione paritaria delle parti in sede giudiziaria, la maggiore facilità di accesso e speditezza delle procedure di divorzio riducono tempi e possibilità di ritorsioni e conflitti tra i coniugi.

Il reato più frequentemente riscontrato nel campione italiano è quello di violenza sessuale. Le molestie sessuali indagate dalla presente ricerca sono soprattutto quelle di minore gravità, previste dall'art. 609 bis ult. co. c.p., che si realizzano con modalità diverse dallo stupro.

4.1.3. Il reato.

Il reato più frequentemente riscontrato nel campione italiano è quello di violenza sessuale. Le molestie sessuali indagate dalla presente ricerca sono soprattutto quelle di minore gravità, previste dall'art. 609 bis ult. co. c.p., che si realizzano con modalità diverse dallo stupro.

Rientrano nelle ipotesi di "minore gravità" baci forzati, palpeggiamenti del seno, pacche sul sedere, tocamenti di zone erogene, contatti del corpo diretti a soddisfare il desiderio sessuale dell'aggressore.

Tali atti, che nella normativa antecedente al 1996 erano considerati atti di libidine, sono ugualmente qualificabili come violenza sessuale, ma la pena prevista per il reato è diminuita in misura non eccedente i due terzi. La "minore gravità" non incide sulla qualificazione del fatto di reato, che resta di violenza sessuale, ma sull'entità della pena.

I reati di violenza sessuale coprono la percentuale del 25% dei reati riscontrati.

Diffusi sono anche i reati di molestie previsti dall'art. 660 c.p. (21,1%), ed in particolare di molestie telefoniche (20,9%).

Seguono i reati di ingiuria e diffamazione (6,6%), di violenza privata (5,3%), di minaccia (4,9%), di lesioni personali dolose (4,6%), di maltrattamenti in famiglia (3,9%), di omicidio o tentato omicidio a seguito di molestie (1,9%), di danneggiamento (1,9%), di violazione degli obblighi di assistenza (1,0%). In misura minore sono stati riscontrati i reati di violazione di domicilio, lesioni personali colpose, sequestro di persona, estorsione e calunnia (vedasi figura n. 1).

Le donne commettono prevalentemente reati di molestie telefoniche, seguiti da molestie ed ingiurie o diffamazioni. In misura minore, minacce, lesioni personali, danneggiamenti e maltrattamenti in famiglia, calunnia. Anche tra le donne vi è qualche caso di violenza sessuale e di omicidio.

Sia uomini che donne sono vittime di omicidi e tentati omicidi nella stessa misura.

La localizzazione del reato è al Nord Italia per il 43,2%, al Sud e nelle Isole per il 33,5%, al Centro per il 23,3%.

Le regioni con più alti tassi di criminalità del tipo esaminato sono la Lombardia (14,9%) e il Friuli Venezia Giulia (8,2%) al Nord e la Sicilia (12,6%) e la Puglia (8,9%) al Sud.

Passando ad esaminare il luogo e le modalità del fatto di reato, il luogo in cui vi è il più alto rischio di subire violenze o molestie è il domicilio della vittima (38,3%), seguito dal luogo di lavoro (19,8%) e dalla strada o luoghi aperti (14,9%). La residenza comune di autore e vittima è il teatro di violenze nell'11,3% e nel 9,4% dei casi le violenze e molestie avvengono in spazi chiusi, in locali o strutture pubbliche. In misura minore la vittima è stata aggredita in un autoveicolo (2,8%), in casa dell'autore (2,2%), o altro (1,4%) (vedasi tabella n. 1).

Paradossalmente, i luoghi più pericolosi per la vittima sono proprio quelli in cui dovrebbe sentirsi più protetta, nella propria casa e nel luogo di lavoro.

I mezzi più utilizzati sono le molestie, le molestie telefoniche (46,2%) e le molestie sessuali (28,9%).

Il 7,2% delle vittime subisce percosse o maltrattamenti, il 6,2% minacce, il 5,2% ingiurie. La fattispecie di molestie persecutorie sul lavoro è individuabile per il 2,7% delle vittime.

La bassa percentuale di molestie sul lavoro si spiega con l'assenza di una normativa sul *mobbing*, che impedisce di punire penalmente le molestie psicologiche sul lavoro. I fatti inquadrabili astrattamente nel *mobbing* o nelle molestie sessuali possono essere puniti solo con il richiamo ad altre norme incriminatrici (molestie,

percosse o maltrattamenti, minacce, ingiurie, violenza sessuale) e solo qualora ne ricorrano i rispettivi elementi costitutivi .

Per gli eventi più letali, le armi utilizzate sono principalmente da punta o taglio, seguite da strangolamento o soffocamento, corpi contundenti ed armi da fuoco.

Passando all'analisi dei mezzi utilizzati in base al genere dell'autore, si osserva che gli uomini si rendono responsabili principalmente di molestie e di molestie sessuali, le donne di molestie e molestie telefoniche.

Gli uomini utilizzano altresì percosse e maltrattamenti, minacce, ingiurie, *mobbing* sul lavoro; le donne ingiurie, minacce e percosse, in qualche caso, molestie sessuali e *mobbing*.

I mezzi più violenti e letali sono stati utilizzati dagli uomini.

Nel campione francese il reato più frequente è *l'harcèlement moral*, le molestie psicologiche sul lavoro, con il 34,9% dei casi, seguito dalle aggressioni sessuali (15,1%) e dall'*harcèlement sexuel*, le molestie sessuali (12,7%)²⁰. Le lesioni personali ricorrono in una percentuale del 8,7%, come anche il reato di intralcio all'esercizio delle funzioni di delegato (8,7%). Percentuali progressivamente minori si riscontrano per la calunnia (4,8%), le molestie telefoniche (3,2%), le ingiurie (3,2%) ed altri reati come danneggiamenti, minacce, maltrattamenti, subornazione di testimone, sottrazione di minori (vedasi figura n. 2).

²⁰ Nel reato di *harcèlement sexuel* il comportamento molesto è finalizzato ad ottenere favori di natura sessuale ; quando invece vengono posti in essere atti sessuali con violenza, costrizione, minaccia o sorpresa ricorrono i diversi reati di aggressione sessuale e di stupro.

Gli omicidi a seguito di condotte di molestia hanno una ricorrenza del 2,4% dei casi.

Dal punto di vista professionale, le vittime impiegate sono state oggetto in maniera importante di molestie psicologiche e sessuali e di intralcio alle funzioni sindacali; le vittime dirigenti sono state bersaglio di ingiurie e calunnie, i professionisti e i quadri di molestie psicologiche, gli operai di molestie psicologiche e di intralcio alle funzioni sindacali.

Tra le vittime non occupate, casalinghe e studentesse hanno subito aggressioni sessuali.

Quanto all'ubicazione geografica, le regioni più interessate dai procedimenti penali analizzati sono in primo luogo la regione parigina, l'Ile de France (20,8%), che è anche il dipartimento industriale più importante; a seguire la Provenza-Alpi-Costa Azzurra (11,2%) e la regione Rodano-Alpi (8%).

Il luogo in cui si è realizzato il reato è per il 71,7% l'ambiente di lavoro; la residenza comune di autore e vittima è teatro delle violenze nell'8,3%, locali o strutture pubbliche nel 6,7%, l'abitazione della vittima nel 5,8%, la strada o luoghi aperti nel 2,5%, l'abitazione dell'autore nell'1,7%. I casi residuali sono stati realizzati in macchina o in altri luoghi.

Il luogo di lavoro è assolutamente prevalente, seguito dalla residenza comune di autore e vittima. Trova conferma anche nel campione francese la constatazione che i luoghi più familiari e ritenuti sicuri dalla vittima sono anche quelli in cui si realizzano con maggiore frequenza molestie e violenze.

Il mezzo utilizzato per la realizzazione del reato è l'adozione di atti vessatori (26,4%), di molestie sessuali (22,4%), di aggressioni e maltrattamenti

(17,6%), l'abuso di autorità nel 12,8%, minacce e ritorsioni nel 10,4%, ingiurie nel 6,4% .

4.1.4. I dati delle molestie sul lavoro.

Nelle sentenze civili, in prevalenza del lavoro, l'azione è stata proposta contro il datore di lavoro, sia esso persona fisica che società.

Il 76,7% delle procedure è stato attivato nei confronti di enti giuridici ed il 23,3% nei confronti di persone fisiche. Gli enti giuridici datori di lavoro per il 57,4% sono società private o associazioni e per il 42,6% enti pubblici.

Gli episodi di molestia sono stati realizzati sia nel settore di lavoro privato, che nel settore di lavoro pubblico.

Gli autori persone fisiche sono soprattutto uomini, nel 73% circa, ed in minore percentuale donne, nel 27 % circa, e sono tutti maggiorenni, trattandosi di un campione riferito quasi interamente alle molestie sul lavoro.

Gli autori persone fisiche risiedono maggiormente al Nord (37,5%), risiedono al Centro o al Sud Italia in una stessa percentuale (31,3%) e svolgono tutti un'attività professionale.

Le professioni ricoperte sono per la metà del campione quelle dirigenziali- imprenditoriali (50%); seguono le categorie degli impiegati, degli artigiani ed operai (21,4%) ed infine le professioni tecniche (7,1%).

La vittima di molestie sul lavoro, nel campione esaminato, è soprattutto di sesso maschile (66,7%) ed è di sesso femminile nel 33,3% dei casi (vedasi figura n.3).

Le vittime sono tutte maggiorenni, trattandosi di lavoratori e lavoratrici, e quasi esclusivamente italiane.

Le vittime risiedono soprattutto al Nord Italia (43,3%), il 30% risiede al Sud Italia e nelle isole, il 26,7% al Centro Italia.

La categoria maggiormente rappresentata è quella impiegatizia (31,8%), seguita dalle professioni tecniche (17%), dalle professioni intellettuali (14,8%) e dalla categoria operaia (11,4%).

La classe dirigenziale risulta anch'essa una categoria vittimizzata, con la percentuale del 12,5% dei casi. I quadri sono vittime nel 6,8% e le forze dell'ordine nel 3,4%, da ultimo i commercianti con il 2,3%.

Il provvedimento impugnato in sede giudiziaria è per il 40% un atto di demansionamento o di dequalificazione professionale del dipendente. Nel 25,6% dei casi è il licenziamento del lavoratore, nel 20% si tratta dell'adozione di misure vessatorie o discriminatorie nei suoi confronti. Per il 5,6% è stato impugnato il procedimento disciplinare promosso contro il dipendente. Sempre nel 5,6% dei casi il dipendente è stato costretto a rassegnare le dimissioni, poi impugnatate in sede giudiziaria. In pochi altri casi il lavoratore ha chiesto il riconoscimento dell'incidente sul lavoro o il riconoscimento della malattia professionale conseguente alle molestie subite.

In relazione alla variabile di genere, gli uomini hanno adottato in prevalenza licenziamenti o misure vessatorie o discriminatorie dei sottoposti invisi; le autrici donne hanno adottato licenziamenti o hanno spinto alle dimissioni il lavoratore.

Le vittime di sesso maschile hanno subito più di frequente demansionamenti o dequalificazioni professionali e, in secondo ordine, licenziamenti e misure discriminatorie. Le vittime di sesso femminile hanno subito in primo luogo

licenziamenti e, a seguire, demansionamenti e misure vessatorie (vedasi figura n. 4).

In base alla qualifica professionale della vittima, hanno subito licenziamenti soprattutto gli impiegati e gli operai; i demansionamenti hanno riguardato in prevalenza dirigenti ed impiegati ed in secondo ordine i professionisti; le misure vessatorie e discriminatorie si riferiscono principalmente agli impiegati.

Le molestie in oggetto sono state realizzate innanzitutto al Nord Italia (44,4%), al Centro nel 28,9% e al Sud ed Isole nel 26,7%. Le regioni più interessate dal fenomeno sono la Lombardia (16,7%) e il Piemonte (10%) al Nord, il Lazio al Centro (15,6%), la Puglia (8,9%) al Sud.

Le molestie sono state realizzate innanzi tutto con le modalità persecutorie del mobbing (35,6%) e con il demansionamento del dipendente (28,9%). Nel 10% sono state inflitte sanzioni disciplinari e nell'8,9% sono state adoperate misure discriminatorie o molestie sessuali.

In percentuali minori le condizioni di lavoro sono state degradate, è stato imposto l'isolamento del dipendente attraverso il trasferimento del suo ufficio, l'interdizione o la riduzione del suo carico di lavoro; in qualche caso vi è stata discriminazione sindacale nei confronti dei delegati sindacali.

In particolare, gli autori di molestie di sesso maschile hanno realizzato molestie sessuali e *mobbing*. Le donne autrici di molestie hanno realizzato comportamenti mobbizzanti e demansionamenti (vedasi figura n. 5).

La motivazione sottesa alle molestie per l'81,1% è il mobbing, la volontà di infliggere vessazioni al dipendente sgradito, per l'8,9% la ragione dell'intento persecutorio è la molestia sessuale,

nel 6,7% le molestie si realizzano in occasione o a causa di una riorganizzazione aziendale che rende il dipendente indesiderato o non più necessario. In pochi casi le molestie originano da una situazione di conflittualità personali nell'ambiente di lavoro.

Le conseguenze subite dalle vittime, nei casi in cui il dato era disponibile, sono state piuttosto gravose: oltre il 90% ha riportato una invalidità temporanea, di natura fisica o psichica, che ne ha causato la sospensione del lavoro per malattia per periodi anche lunghi. I casi restanti sono risultati inabili al lavoro ricoperto, per cui è stato necessario ricollocare il lavoratore, o sono definitivamente usciti dal mercato del lavoro per invalidità permanente.

Le domande accolte in sede giudiziaria hanno riguardato prevalentemente la richiesta di risarcimento danni (43,8%), per il resto i giudici hanno condannato il datore alla reintegrazione del lavoratore al lavoro o alla corresponsione di indennità (28,1%), quali indennità di mancato preavviso, ore di lavoro non pagate, ore di lavoro straordinario.

In generale, quando la vittima ha proposto l'azione giudiziaria, adducendo di essere soggetta ad un comportamento di mobbing, ha perso la causa di lavoro per la difficoltà di provare la persecuzione ai suoi danni e per l'assenza di un quadro normativo di riferimento; quando invece ha lamentato un demansionamento o una dequalificazione professionale, comportamenti concretamente valutabili dai giudici, ha ottenuto maggiori percentuali di esiti favorevoli.

Anche nel campione francese, il ricorso è stato proposto sia nei confronti di persone fisiche che di persone giuridiche. Le impugnazioni nei

confronti degli enti datori di lavoro sono la maggior parte (75,6%), rispetto a quelle proposte nei confronti di datori di lavoro persone fisiche (24,4%).

Gli autori di sesso maschile sono preponderanti, 75,9% rispetto al 24,1% di sesso femminile e sono tutti maggiorenni.

Quasi tutto il campione si riferisce a persone con un'occupazione (98,1%) e solo il 2% è disoccupato.

La professione prevalente è quella dirigenziale (61%), seguita dalle professioni intellettuali (13%) e dalle professioni tecniche (6%). Per tutte le altre professioni, quadri, impiegati, commercianti, operai, agricoltori ed artigiani, si riscontra la stessa percentuale del 5%.

La vittima è donna nella percentuale prevalente del 55,3%, ma è presente anche un'alta percentuale del 44,7% di vittime uomini (vedasi figura n. 6).

Le persone lese sono maggiorenni (98,9%), a parte una piccola percentuale di minorenni (1,1%).

L'attività professionale svolta dalla vittima è soprattutto quella impiegatizia (42,9%), il 15,8% espleta funzioni tecniche, l'11,8% è operaio o artigiano, il 9,8% ha mansioni di quadro, il 6,2% è commerciante.

Le categorie professionali più elevate dei dirigenti e dei professionisti sono anch'esse oggetto di molestie con la percentuale del 6,7%.

Anche nel campione francese la categoria più interessata dal fenomeno delle molestie è sicuramente quella impiegatizia, con la percentuale cumulata del 52,7% tra impiegati e quadri. I pochi casi di vittime non occupate si riferiscono a studenti, disoccupati e pensionati.

Nelle relazioni di parentela il rapporto di coniugio è quello più rappresentato (61,5%), seguito dalla relazione tra ex marito-ex moglie (30,8%). In qualche caso le molestie sono state realizzate tra genitori e figli.

Le relazioni di conoscenza, invece, si specificano in primo luogo nei rapporti di lavoro intercorrenti tra l'autore sovraordinato e la vittima subordinata (77,4%) e a seguire tra l'autore subordinato e la vittima sovraordinata (19,1%), tra colleghi di lavoro (2,4%), tra professori e allievi o altro.

L'ambiente di lavoro è il luogo in cui si realizzano la maggior parte delle condotte di molestia.

Il tipo di atto impugnato per il 60,9% è il licenziamento. Il 12,9% ha impugnato le dimissioni forzate, l'11,3% ha denunciato l'adozione di misure vessatorie o discriminatorie nei suoi confronti, il 5,8% ha chiesto in via esclusiva un risarcimento del danno o ha impugnato una precedente condanna risarcitoria; il 4% ha chiesto la risoluzione giudiziaria del rapporto di lavoro, il 3,3% si è opposto all'adozione di un procedimento disciplinare, l'1,8% ha denunciato un incidente o una malattia di lavoro a causa delle molestie subite.

La parte più consistente di impugnazioni (73,8%) riguarda provvedimenti che hanno posto fine al rapporto di lavoro, come il licenziamento o le dimissioni del lavoratore, e che sono state l'esito finale di un processo di molestie.

Gli altri atti impugnati si riferiscono invece ad azioni prodromiche in costanza del rapporto di lavoro come l'adozione di sanzioni disciplinari o l'impiego di misure vessatorie o discriminatorie (vedasi figura n. 7).

Confrontando il tipo di atto con la variabile di genere dell'autore si nota che i licenziamenti sono

comminati in prevalenza dagli uomini ed in meno della metà dei casi dalle donne. Hanno spinto a rassegnare le dimissioni più gli uomini che le donne come anche l'inflizione di misure vessatorie e discriminatorie (nel rapporto di 1:3). I provvedimenti disciplinari, in questo campione, sono stati subiti solo da uomini.

Dal lato della vittima, sono stati licenziati nella stessa esatta misura sia uomini che donne, come anche le misure vessatorie e discriminatorie sono state inflitte in identica percentuale sia agli uomini che alle donne. Anche per i procedimenti disciplinari non ci sono differenze sostanziali tra uomini e donne.

Le donne sono più propense degli uomini a rassegnare le dimissioni, nella misura di 1:2. La risoluzione giudiziale del contratto è stata chiesta dalle donne in misura doppia degli uomini. La condanna risarcitoria è stata domandata in prevalenza dalle donne (1:4).

Gli incidenti di lavoro e le malattie professionali hanno riguardato più le donne che gli uomini.

In base alla qualifica professionale dell'autore, i dirigenti e gli imprenditori hanno comminato la maggior parte dei licenziamenti ed hanno provocato la totalità delle dimissioni. Le misure vessatorie sono adoperate in prevalenza dai dirigenti.

Le professioni intellettuali hanno prevalentemente licenziato, come anche le professioni tecniche, i quadri, i commercianti.

Le vittime impiegate sono quelle che hanno subito in maniera preminente i licenziamenti e le misure vessatorie. Gli impiegati hanno rassegnato la maggior parte delle dimissioni e sono stati sottoposti a procedimenti disciplinari.

Di seguito gli operai, le professioni tecniche e i quadri hanno subito soprattutto licenziamenti.

Le professioni tecniche hanno patito anche vessazioni e discriminazioni e hanno rassegnato spesso le dimissioni.

Una certa quota di licenziamenti hanno toccato anche la qualifica dirigenziale.

Le modalità con cui le molestie sono state realizzate sono per il 58,8% il mobbing o *harcèlement moral*, le molestie psicologiche sul lavoro caratterizzate da lunga durata ed intento persecutorio; hanno modalità e finalità discriminatorie il 13 % di atti, anche singoli, di discriminazioni e vessazione, l'8% di discriminazioni a danno di rappresentanti sindacali e l'1,7% di discriminazioni a danno di lavoratori con handicap. Il 4,6% è rappresentato da molestie sessuali ed il 2,3% da violenze fisiche. Le ulteriori percentuali riguardano modalità dirette all'isolamento e alla mortificazione del lavoratore nell'ambiente di lavoro, come la riduzione o l'interdizione della sua attività lavorativa (2,7%), la degradazione delle condizioni ambientali o delle condizioni relative alla prestazione di lavoro (ad esempio orari e turni penalizzanti) e l'inflizione di sanzioni disciplinari (1,9%), rimproveri ingiustificati (1,7%), trasferimento della postazione di lavoro in locali angusti o malsani, isolamento dai colleghi, esclusione dalle decisioni e dalle comunicazioni relative all'attività lavorativa, molestie telefoniche, mancato pagamento delle spettanze retributive (vedasi figura n. 8).

La motivazione che ha spinto ai comportamenti molesti è per l'84% il mobbing e la conflittualità sul lavoro, per il 4,6% è la molestia sessuale, per il 3,2% è la tirannia manageriale indirizzata

indiscriminatamente verso i sottoposti. Per il 2,3% la motivazione delle molestie risiede nelle politiche aziendali conseguenti ad una riorganizzazione dell'impresa e nella volontà di espellere i lavoratori divenuti indesiderabili.

Le ripercussioni dei comportamenti molesti sulla vittima sono state piuttosto rilevanti: la metà delle vittime (48,4%) ha riportato una invalidità temporanea con interruzione del rapporto di lavoro, in particolare per sindromi ansioso-depressive. Un terzo ha avuto conseguenze di lunga durata con ripercussioni sull'idoneità al lavoro: il 24,2% è stato adibito ad altre mansioni per inabilità al posto precedentemente ricoperto ed il 25,8% è stato dichiarato totalmente inabile al lavoro, con fuoriuscita dal mercato lavorativo. Nella restante percentuale l'esito delle molestie è stato fatale, con una quota del 2% di suicidi ed omicidi.

I provvedimenti giudiziari richiesti dalla vittima per il 63% sono la risoluzione giudiziale del contratto di lavoro o la riqualificazione in licenziamento senza causa della cessazione del rapporto, a seguito del licenziamento da parte del datore o delle dimissioni forzate date dal lavoratore. Il 21,5% chiede il riconoscimento del *mobbing* e l'1,4% il riconoscimento delle molestie sessuali subite. Il 7,4% propone un'azione risarcitoria contro l'autore delle molestie ed il 3,1% chiede il risarcimento del danno al datore di lavoro per non aver posto in essere le necessarie misure preventive. Il 2,9% chiede il riconoscimento dell'incidente di lavoro o della malattia professionale causata dalle molestie.

Una percentuale residuale chiede invece di essere reintegrata al lavoro *sous astreinte*, con condanna

del datore alla corresponsione di una somma di danaro per ogni giorno di ritardo.

Nei procedimenti ad iniziativa dell'autore, l'86% ha chiesto l'annullamento del licenziamento per colpa grave e il 14% l'annullamento di una sentenza di condanna risarcitoria emessa nei loro confronti.

Il primo grado di giudizio si è svolto per il 96,5% innanzi ai giudici del lavoro, il *Conseil de prud'hommes*, per il 2,3% innanzi ai giudici civili del *Tribunal d'instance* e per una piccola percentuale innanzi al *Tribunal de grande instance* o presso la giurisdizione di prossimità.

Il 57,3% dei giudizi di primo grado è stato accolto, l'11,4% è stato accolto parzialmente e il 31,4% è stato rigettato.

Le sentenze di accoglimento hanno condannato in prevalenza al pagamento di indennità (41,6%), nel 29,2% è stata dichiarata la risoluzione giudiziale del contratto; nel 21,3% è stato riconosciuto il risarcimento dei danni, nel 7,9% il pagamento di salari.

In appello, il 43,8% delle impugnazioni è stato rigettato, il 36,5% è stato accolto e il 19,7% è stato accolto parzialmente.

Le sentenze di accoglimento hanno dichiarato per il 39% la risoluzione giudiziale del contratto di lavoro, per il 33,5% hanno condannato al pagamento di indennità, per il 23% al risarcimento del danno e per il 4,5% al pagamento di retribuzioni.

Nel giudizio di Cassazione, i ricorsi proposti dall'autore o dalla vittima sono stati in prevalenza rigettati o accolti parzialmente.

Anche nella giurisprudenza francese, che ha una collaudata normativa in tema di molestie, i dati esposti dimostrano come i giudici siano comunque

prudenti nel riconoscere l'esistenza dell'*harcèlement* e solo laddove ne siano stati provati i presupposti. La maggior parte delle sentenze di accoglimento condannano alla corresponsione di indennità compensative ed emolumenti retributivi più che al risarcimento del danno da molestie.

5. Conclusioni.

Dai dati esposti possono ricavarsi alcune considerazioni di carattere generale: le vittime elettive di molestie sono in prevalenza donne, sole, con carichi familiari o lavoratori subordinati a regime precario. Nelle molestie sul lavoro, in Italia, si osserva una preponderanza di uomini.

In realtà il dato della presenza di donne quali vittime di molestie sul lavoro è sottostimato. Il minore tasso di occupazione femminile, ma anche la scarsa tutela ottenibile e la già precaria condizione lavorativa, che colpisce in particolare le donne, fa sì che il fenomeno delle molestie sul lavoro sia per lo più sommerso.

Le molestie sul lavoro interessano, almeno nella stessa percentuale, sia uomini che donne, ma l'assenza di uno statuto protettivo sul lavoro ne impedisce l'emersione. Tale considerazione è sostenibile anche dal confronto con i dati francesi, dove vi è una quasi parità tra uomini e donne. L'esito incerto del giudizio e il relativo costo economico, una condizione di lavoro precario, che favorisce molestie e ricatti sul lavoro, portano a rinunciare alla richiesta di tutela giudiziaria, soprattutto da parte delle donne, e a tollerare a lungo situazioni di molestie.

Nel quadro normativo italiano attuale, di mancata attuazione della Delibera del Consiglio d'Europa del 2000 che impegnava gli Stati membri

all'adozione di una normativa sul mobbing, l'assenza di una norma incriminatrice penale rende il ricorso al processo penale poco efficace.

L'utilizzo di norme penali alternative quali i reati di molestie dell'art. 660 c.p., di violenza privata, di ingiurie, di lesioni, di maltrattamenti in famiglia o verso i sottoposti, che tutelano altri beni giuridici, coglie aspetti solo parziali del fenomeno e lascia impuniti comportamenti anche gravi, ma non rientranti nei presupposti delle fattispecie penali sussidiarie.

Per quanto riguarda le molestie sessuali, le norme in tema di violenza sessuale, anche nella forma della responsabilità attenuata di cui all'art. 609 bis ult.co. c.p., puniscono le azioni che si sostanziano in contatti fisici, mentre restano fuori dell'area di punibilità le pressioni ed i ricatti a sfondo sessuale commessi con abuso di autorità.

La punibilità dei comportamenti sessualmente molesti non fisici è lasciata alla norma dell'art. 660 c.p. che presuppone la commissione del fatto in luogo pubblico o aperto al pubblico o con il mezzo del telefono, circostanze difficilmente realizzabili sul luogo di lavoro.

Anche sul versante del processo civile le vittime incontrano enormi difficoltà nel fornire in giudizio la prova delle molestie subite.

La risarcibilità di episodi di mobbing è stata riconosciuta solo quando la vittima, oltre a dimostrare di aver subito vessazioni ed umiliazioni, ha dimostrato anche l'intento espressamente persecutorio del molestatore.

Spesso le domande risarcitorie sono state rigettate perché non è stata raggiunta la prova, oltre che dei comportamenti molesti, del dolo specifico del molestatore, della soggettiva finalità di perseguire il soggetto preso di mira. Far carico

alla vittima di fornire in giudizio la prova del soggettivo intento persecutorio del molestatore è un onere eccessivo e difficilmente assolvibile.

Presenta minori inconvenienti, invece, il ricorso alla responsabilità contrattuale dell'art. 2087 c.c., che impone al datore di lavoro l'obbligo di garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori.

A norma dell'art. 2087 c.c., l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro. La natura contrattuale di tale responsabilità comporta una diversa ripartizione dell'onere della prova: il lavoratore deve provare il fatto costitutivo di inadempimento ed il nesso causale tra il fatto ed il danno subito; il datore di lavoro deve provare di aver adottato ogni misura necessaria ad impedire l'evento dannoso. La valutazione del comportamento del datore è effettuata sotto il profilo oggettivo dell'inadempimento e non sotto il profilo dell'intento soggettivo.

La responsabilità contrattuale può essere sia commissiva che omissiva; la responsabilità del datore di lavoro sussiste sia nel caso in cui egli ometta di adottare le misure di tutela necessarie, sia quando ometta di controllare che tali misure siano osservate dai collaboratori e dai dipendenti. Tale forma di responsabilità non è applicabile al mobbing orizzontale, proveniente dai colleghi.

In caso di *mobbing* orizzontale, infatti, deve farsi ricorso alla responsabilità extracontrattuale dell'art. 2043 c.c. nei confronti dei colleghi e alla responsabilità solidale del datore di lavoro per i fatti illeciti dei dipendenti, prevista dall'art. 2049 c.c.

L'ordinamento francese, invece, appronta una normativa penale per le molestie sul lavoro, l'*harcèlement moral* e l'*harcèlement sexuel*.

L'*harcèlement moral*, sanzionato dall'art. 222-33-2 *Code pénal*²¹ è caratterizzato dalle azioni che hanno per oggetto o per effetto una degradazione delle condizioni di lavoro, suscettibile di ledere i diritti e la dignità della persona, di alterare la sua salute psichica, di comprometterne l'avvenire professionale.

La nozione prescelta dal codice penale francese non fornisce una definizione rigida delle molestie sul lavoro, ma pone in rilievo la lesione della dignità della persona e le condizioni di lavoro umilianti e degradanti. La giurisprudenza penale francese ritiene necessario, ai fini della configurabilità del reato di *harcèlement moral*, la presenza di atti vessatori ripetuti, aventi per oggetto una degradazione delle condizioni di lavoro suscettibile di ledere i diritti e la libertà del lavoratore, di alterare la sua salute fisica o mentale o di comprometterne l'avvenire professionale.

Le condizioni di lavoro sono costituite dall'insieme degli elementi che il dipendente ha diritto di attendersi dall'impresa o dal suo servizio, in primo luogo il rispetto della persona, la considerazione del lavoro da lui svolto e dalle condizioni materiali di lavoro adatte alle sue funzioni e conformi alla sua attività; il delitto di *harcèlement moral* è integrato dalla messa in atto di un insieme di misure vessatorie, ingiuste ed inappropriate laddove questi comportamenti

ripetuti hanno per oggetto o per effetto la degradazione delle condizioni di lavoro della vittima²².

A volte le molestie morali e sessuali sono interconnesse; la minaccia e la ritorsione sono adottate al fine di ottenere favori sessuali o per vendicarsi nel caso in cui non vengano ottenuti.

Il delitto di *harcèlement sexuel* previsto e punito dall'art 222-33 *code pénal*²³ è integrato con l'uso di ordini, minacce o costrizioni da parte di una persona che abusi della sua autorità, con lo scopo di ottenere favori di natura sessuale. Tale norma è stata caducata con la decisione del Consiglio costituzionale francese del 4 maggio 2012, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 222-33 *code pénal* per difetto di tassatività.

Il Consiglio costituzionale non ha posto in questione l'ontologia del reato e la necessità di apprestare una normativa per le molestie sessuali, ma ha ritenuto che la formulazione della norma sia troppo vaga e perciò contrastante con il principio di legalità dei delitti e delle pene e di tassatività e determinatezza della fattispecie, propri del diritto penale.

La decisione in esame ha suscitato nell'opinione pubblica molto scalpore e il timore che anche la residua normativa del codice del lavoro, se sottoposta al vaglio di costituzionalità, potesse subire la stessa sorte.

Sono state proposte riformulazioni della fattispecie penale, prendendo a modello l'articolo 2d) della direttiva del l'Unione Europea

compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende>>.

²² Cour de cassation criminelle 20.05.2008 n. 07-86603.

²³ Cod. Pén. Art. 222-33 : « Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.>>

²¹ Code Pénal Art. 222-33-2 : <<Le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de

2006/54/CE sull'uguaglianza tra uomo e donna, che definisce la molestia sessuale come "la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant"²⁴.

Il legislatore francese è corso ai ripari per colmare urgentemente il vuoto normativo lasciato dalla consulta, riscrivendo l'articolo 222-33 *code pénal* e rielaborando anche l'art. 1153-1 del Codice del lavoro.

Infatti, il 6 agosto 2012, con grande convergenza delle forze parlamentari, è stata approvata la nuova legge sull'*harcèlement sexuel*²⁵. La nuova legge, in linea con le direttive europee 2002/73/CE, 2004/113/CE e 2006/54/CE, mira all'incriminazione di comportamenti imposti, ripetuti, che presentano una connotazione sessuale, che ledono la dignità della persona in ragione del loro carattere umiliante e degradante e creano per la vittima un ambiente intimidativo, ostile e offensivo.

Per il nuovo articolo 222-33 *code pénal* è molestia sessuale il fatto di imporre ad una persona, in maniera ripetuta, dei propositi o dei comportamenti a connotazione sessuale che portino offesa alla sua dignità in ragione del loro carattere degradante od umiliante o che creino nei suoi confronti una situazione intimidatoria, ostile ed offensiva.

²⁴ Mecary C., *Harcèlement sexuel : quelle loi pour demain ?* Fondation Copernic, 30.05.2012, in www.lemonde.fr

²⁵ LOI n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel .

E' assimilata alla molestia sessuale l'uso, anche non ripetuto, di forme di pressione grave con lo scopo, reale o apparente, di ottenere un atto di natura sessuale.

Questi fatti sono più gravemente puniti rispetto al passato, con due anni di prigione e 30.000 euro di ammenda, che possono salire a 3 anni e 45.000 euro di ammenda con il ricorrere di circostanze aggravanti²⁶.

E' stata anche introdotta dalla nuova legge la nozione di discriminazione per quelle distinzioni operate rispetto a persone che hanno subito o rifiutato di subire dei fatti di molestie o hanno testimoniato per tali fatti, compreso il caso in cui i propositi o i comportamenti non siano stati ripetuti (Art. 225-1-1 Code Pénal).

²⁶ Art. 222-33 : -I. — Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.
« II. — Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.
« III. — Les faits mentionnés aux I et II sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.
« Ces peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque les faits sont commis :
« 1° Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;
« 2° Sur un mineur de quinze ans ;
« 3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ;
« 4° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur ;
« 5° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice. »

E' stata del pari modificata la disciplina sulle molestie sessuali contenuta nel codice del lavoro²⁷ e la legge sul pubblico impiego.

La nuova legge, quindi, ha specificato i comportamenti costitutivi di molestia sessuale, ma ha anche aggravato le sanzioni e punito i comportamenti discriminatori, anche di carattere non ripetuto.

In Italia le molestie sessuali sono previste da una normativa di derivazione comunitaria e vietate quali comportamenti discriminatori; la tutela apprestata si è rivelata poco incisiva ed è rimasta a livello di generico principio. Le molestie sessuali si caratterizzano per le pressioni esercitate e per l'abuso di autorità; proprio tali aspetti sfuggono alla possibilità di punizione.

Il legislatore francese, consapevole della difficoltà di provare le molestie, nel processo del lavoro ha introdotto la regola di inversione dell'onere probatorio dell'art. L. 122-52²⁸: il lavoratore deve presentare in giudizio i fatti che fanno supporre l'esistenza delle molestie; il datore di lavoro, a sua volta, deve provare che tali comportamenti non

²⁷ Art. L. 1153-1.-Aucun salarié ne doit subir des faits :
« 1° Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ;
« 2° Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers. ».

²⁸ « Art. L. 122-52. - En cas de litige relatif à l'application des articles L. 122-46 et L. 122-49, le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

sono costitutivi di molestie e che le sue decisioni sono giustificate da elementi oggettivi scevri da motivazioni persecutorie. Inoltre è previsto uno statuto protettivo dei testimoni da possibili ritorsioni e licenziamenti.

La prova dell'intento persecutorio, nell'ordinamento francese, è richiesta solo per la responsabilità penale, non per quella civile.

In conclusione, va evidenziata la difficoltà in Italia di provare in giudizio di essere vittima di mobbing, poiché è necessario non solo indicare i fatti oggettivi costitutivi di vessazione, ma anche fornire la prova della ripetitività dei comportamenti e dell'esistenza di un disegno persecutorio ai propri danni.

I giudici civili riconoscono più facilmente l'esistenza di un demansionamento o di una dequalificazione professionale che di una situazione di mobbing: nei primi, infatti, il lavoratore adduce dei fatti specifici e facilmente verificabili.

La presenza di atti vessatori non basta a far scattare una fattispecie di mobbing quando tali atti sono isolati e non sono diretti all'espulsione di un lavoratore indesiderato, ma sono motivati da scelte di discrezionalità aziendale.

Il confine tra lecito ed illecito si presenta così piuttosto fumoso e rappresenta un forte ostacolo al riconoscimento in giudizio della vittimizzazione da mobbing.

Sotto il profilo penale, la mancanza di un reato di mobbing porta a disconoscere comportamenti complessivi che pur avrebbero rilevanza penale e a punire semmai singoli aspetti quali ingiurie, molestie, lesioni.

Sotto il profilo civile, la vittima di mobbing è onerata di una prova difficile da raggiungere

dovendo dimostrare non solo di aver subito atti vessatori, ma anche l'intenzionalità dei comportamenti molesti adottati nei suoi confronti proprio al fine di nuocere. Per tale motivo è più semplice dimostrare di essere vittima di un demansionamento ed ottenere tutela per questo, piuttosto che per mobbing.

L'assenza di una normativa penale in tema di molestie sul lavoro ha comportato la trasposizione di requisiti penalistici nel processo civile, requisiti che non appartengono alla responsabilità civile.

In realtà, la responsabilità civile nel nostro ordinamento, regolata dall'art. 2043 c.c., è tanto dolosa quanto colposa; in particolare non è richiesta la prova del dolo specifico, della soggettiva finalità vessatoria perseguita, oltre la coscienza e volontà del fatto dannoso.

La responsabilità civile per mobbing richiede una valutazione oggettiva del danno alla salute e della

degradazione delle condizioni di lavoro della vittima, che possono essere causate tanto intenzionalmente, per dolo o per espellere volutamente il lavoratore, quanto per colpa grave, per disorganizzazione aziendale, per tirannia manageriale, per intemperanze caratteriali del dirigente o altro.

Il discrimine con la normale conflittualità sul lavoro deve essere individuato nel rispetto della dignità della persona e nel rispetto delle condizioni materiali di lavoro previste per lo specifico campo di attività.

E' auspicabile, quindi, una modifica normativa che agevoli l'onere probatorio in sede civile, risarcendo la degradazione delle condizioni di lavoro causate intenzionalmente o colposamente, e che introduca il reato di mobbing in sede penale, da riservare a comportamenti molesti più gravi ed intenzionali.

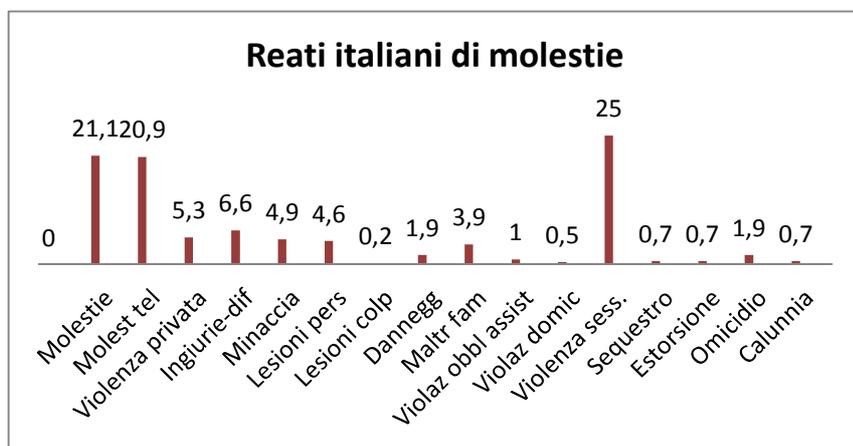


Figura n. 1: reati italiani di molestie.

		Frequenza	%	% valida	% cumulata
Validi	residenza A/V	41	10,0	11,3	11,3
	abitazione A.	8	1,9	2,2	13,5
	abitazione V.	139	33,7	38,3	51,8
	strada/luogo aperto	54	13,1	14,9	66,7
	locale/struttura pubblica	34	8,3	9,4	76,0
	autoveicolo	10	2,4	2,8	78,8
	luogo di lavoro	72	17,5	19,8	98,6
	altro	5	1,2	1,4	100,0
	Totale	363	88,1	100,0	
	Mancanti	0	49	11,9	
Totale		412	100,0		

Tabella n. 1: luogo del reato.

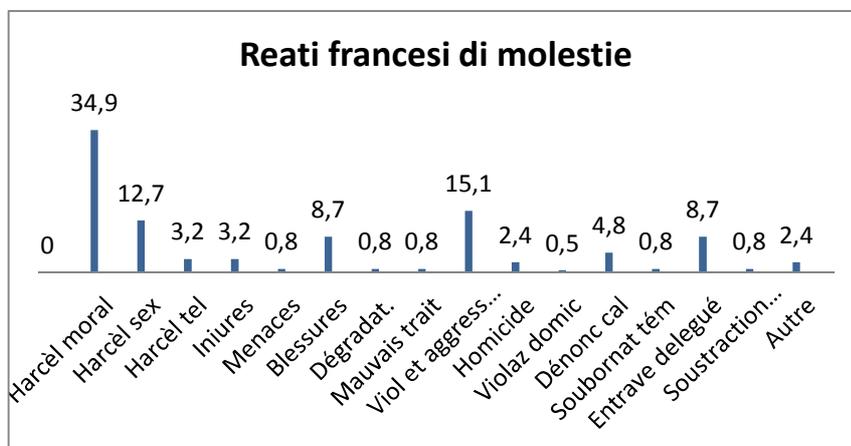


Figura n. 2: reati francesi di molestie.

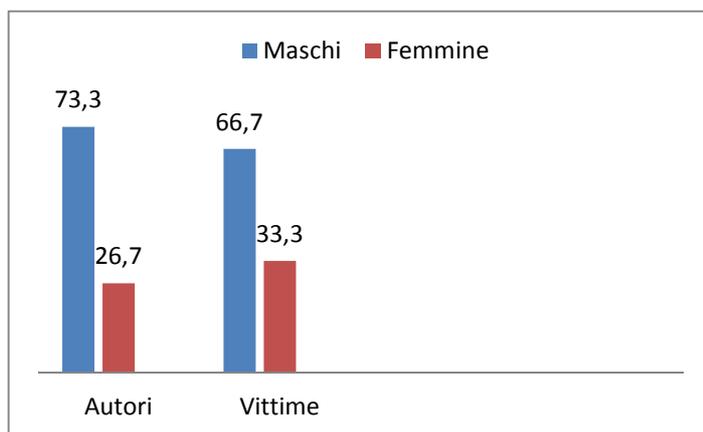


Figura n. 3: rapporto autori-vittime nelle molestie sul lavoro in Italia.

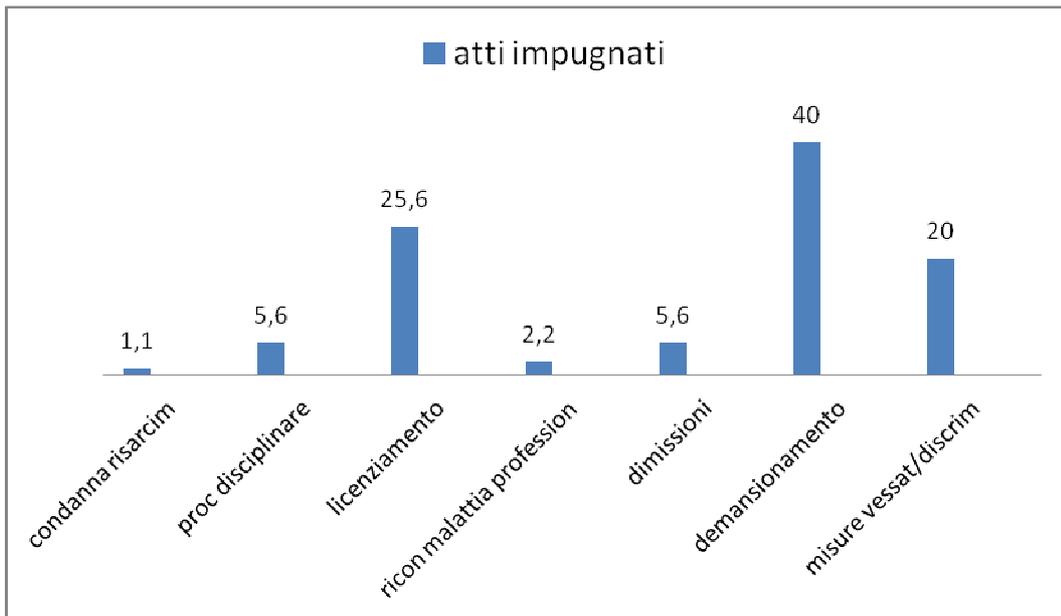


Figura n. 4: atti impugnati (Italia).

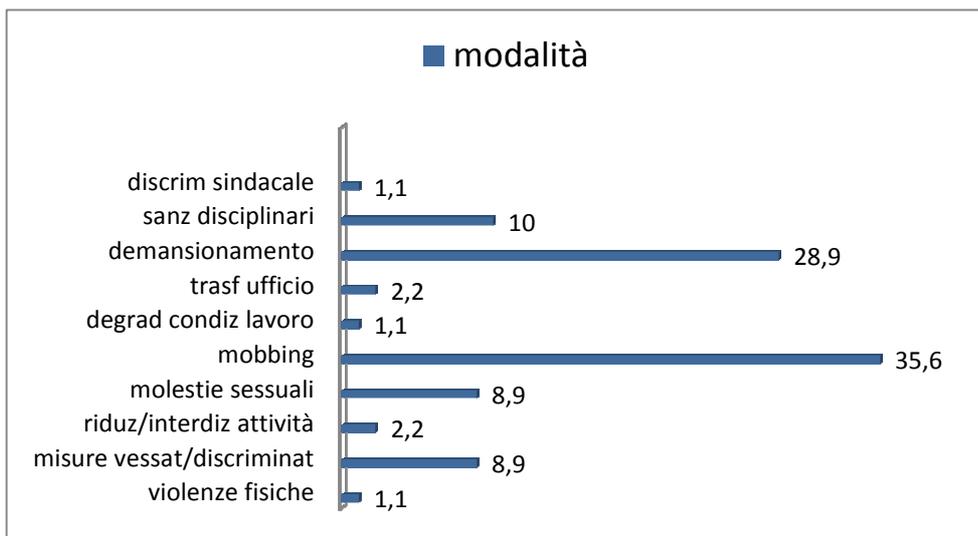


Figura n. 5: modalità vessatorie (Italia).

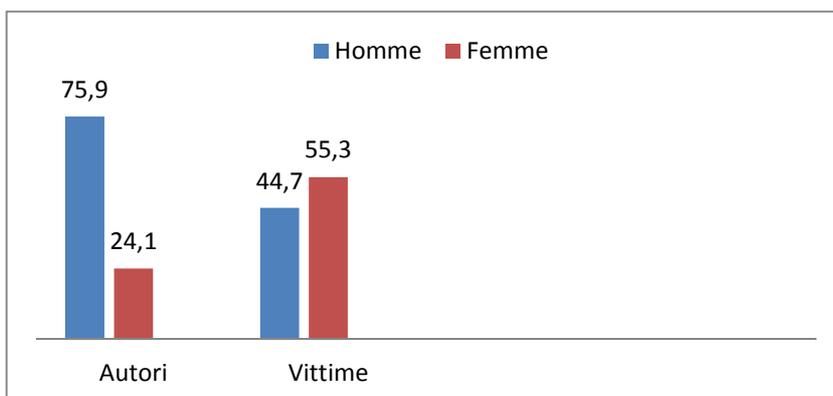


Figura n. 6: rapporto autori-vittime nelle molestie sul lavoro in Francia.

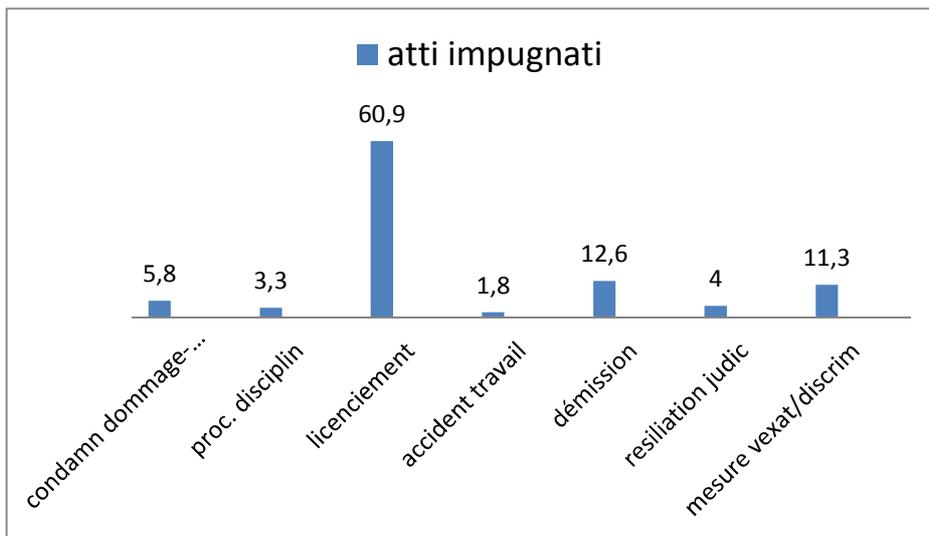


Figura n. 7: atti impugnati (Francia).

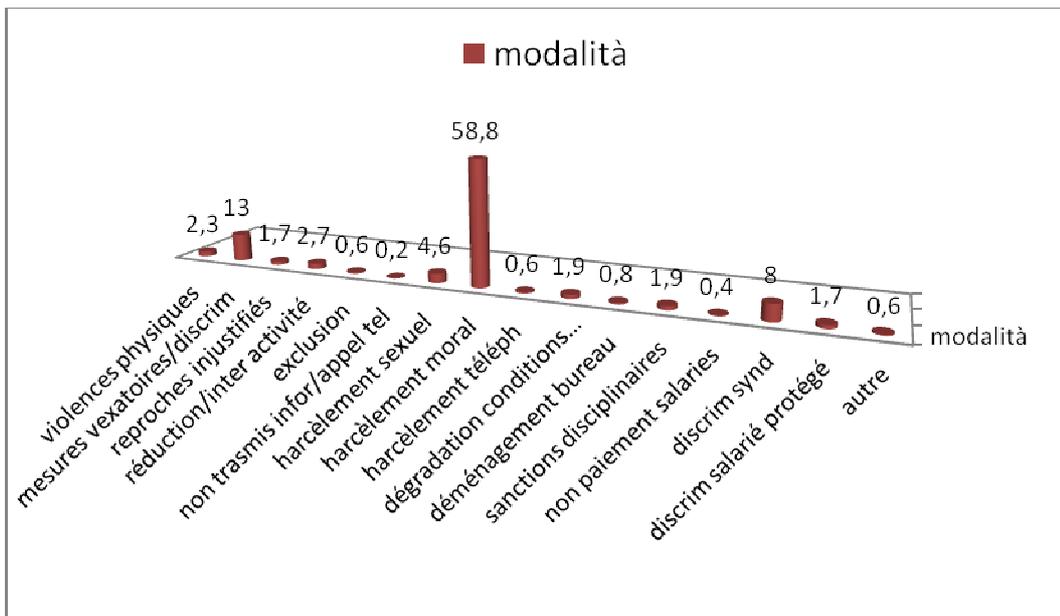


Figura n. 8: modalità vessatorie (Francia).

Bibliografia.

- AA.VV., “Penser la violence”, *Les cahiers de la sécurité intérieure*, n. 47, IHESI, Paris, 2002.
- AFIREM (Association française de l’information et de recherche sur l’enfance maltraitée), *La prise en charge de la maltraitance*, Éditions Karthala, Paris, 1999.
- Alvarez J., “Violences intra-familiales : des réponses juridiques et judiciaires duales”, *Le lien familial, Les cahiers de la*

sécurité intérieure, n. 35, IHESI, Paris 1998, pp. 111-131.

- Avanzini Barbero B, “Vittime di maltrattamento in famiglia: il problema dell’abuso tra cultura, diritto e intervento sociale”, in Bisi R., Faccioli P. (a cura di), *Con gli occhi della vittima: approccio interdisciplinare alla vittimologia*, Franco Angeli, Milano, 1996, pp. 261-265.
- Balloni A., *Criminologia in prospettiva*, CLUEB, Bologna, 1986.
- Bisi R. (a cura di), *Vittimologia. Dinamiche relazionali tra vittimizzazione*

- e mediazione*, Franco Angeli, Milano, 2004.
- Bona M., Oliva U, “Nuovi orizzonti nella tutela della personalità dei lavoratori: prime sentenze sul mobbing e considerazioni alla luce della riforma INAIL”, *Danno e Responsabilità*, 4, 2000, pp. 403-415.
 - Bonilini G, Confortini M., *Codice penale ipertestuale*, UTET, Torino, 2003.
 - Bourgeois M-L., Benezecht M., “La dioxis (stalking), le harcèlement du troisième type”, *Annales Médico Psychologiques*, 2002, 160, pp. 316-321.
 - Chieco P., “Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione”, *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, I, 2002, pp. 75-117.
 - Chieco P., “Una fattispecie dai contorni sfuggenti: la molestia nei rapporti di lavoro”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1, 2007, pp. 65-83.
 - Contento G. “Molestia e disturbo alle persone”, *Enciclopedia giuridica*, XX, Roma, 1990.
 - Debout M., Larose C., *Violences au travail*, VO Éditions, Paris, 2003.
 - Ege H., *Mobbing. Cos'è il terrore psicologico sul posto di lavoro*, Pitagora Editrice, Bologna, 1996.
 - Flick G.M., “Molestia o disturbo alle persone” (Dir. Pen.), *Enciclopedia del diritto*, XXVI, Milano, 1976, pp. 689 ss.
 - Hirigoyen M-F., *Molestie morali. La violenza perversa nella famiglia e nel lavoro*, Einaudi, Torino, 2000.
 - Hirigoyen M-F., *Malaise dans le travail. Harcèlement moral, démêler le vrai du faux*, Syros-La Découverte, Paris, 2001.
 - Hirigoyen M-F., *Femmes sous emprise. Les ressorts de la violence dans le couple*, Oh! Editions, Villeneuve-d'Ascq, 2005.
 - Leymann H., *Mobbing. La persécution au travail*, Editions du Seuil, Paris, 1996.
 - Luini A., “I messaggi mms e il reato ex art. 660 codice penale”, *Rivista penale*, 2003, pp. 367-368.
 - Manzini V., “Moralità pubblica e buon costume”, *Trattato di diritto penale italiano*, X, Torino, 1986, pp. 189 ss.
 - Rosso G, “Ordine pubblico (contravvenzioni relative all’)”, *Nuovissimo Digesto Italiano*, XII, Torino, 1957, pp. 135-151.

I crimini nelle sette sataniche: un'analisi "sistemica" della scena del crimine

*Laura Mariconda, Pasquale Caponnetto, Roberta Auditore**

Riassunto

Le fondamenta di ogni attività investigativa relativa ad un delitto si trovano nell'analisi della scena del crimine ovvero nel sopralluogo. E' da lì che si parte con le indagini ed è lì che, eccetto casi particolari, si nascondono i dettagli che possono contribuire all'individuazione dell'autore del reato. L'obiettivo di questa trattazione è quello di porre in evidenza la necessità di adottare una prospettiva diversa nell'analisi della scena del crimine, specie per quanto riguarda i crimini di stampo occultista.

Bisogna necessariamente abbandonare ogni tipo di analisi che tenda a scomporre gli eventi e gli elementi presenti sulla scena del crimine e adottare una prospettiva che unisca, che guardi al tutto per comprenderne le parti, una prospettiva, dunque, di tipo sistemico.

Résumé

Les bases de chaque enquête criminelle sont dans l'analyse de la scène de crime, c'est-à-dire l'inspection.

L'objectif de cet article est de mettre en évidence la nécessité d'adopter une perspective différente pour analyser la scène du crime, en particulier pour des crimes liés aux sectes sataniques. Dans ces cas, il est nécessaire d'abandonner toutes les analyses qui visent à morceler les événements et les éléments de la scène de crime. En revanche, il faut adopter une perspective systémique qui examine le tout et les parties en les considérant dans leur ensemble.

Abstract

The first step in any background investigation related to a crime may be found in crime scene analysis, or rather in the inspection. The goal of this article is to highlight the need to adopt a different approach in crime scene analysis particularly for crimes linked to satanic cults. In these cases, we need to give up any analysis aimed at breaking up all the events and elements of the crime scene; a systemic perspective looking at all parts must be adopted in order to combine them and to understand each of these.

1. Introduzione.

Quella delle sette sataniche è una realtà del nostro paese. Tra le sette conosciute come operanti in Italia abbiamo i "Bambini di Satana" a Bologna, le "Chiese di Satana di Torino", la "Confraternita Luciferiana" a Roma, il "Cerchio Satanico" a Bassano del Grappa, le "Ierudole di Ishtar", un gruppo tutto al femminile con sede a Pescara.

* Laura Mariconda, laureata in psicologia del lavoro (indirizzo psicologia applicata all'analisi del crimine), esperta in psicopatologia clinica e forense, Comunità Terapeutica Assistita "Villa Chiara" (CT)
Pasquale Caponnetto, responsabile del modulo di psicologia della responsabile del modulo di psicologia della Comunità Terapeutica Assistita "Villa Chiara" (CT) e assegnista di ricerca presso l'Università di Catania
Roberta Auditore, medico chirurgo, diretto sanitario della Comunità Terapeutica Assistita "Villa Chiara" (CT).

Si tratta, dunque, di un fenomeno molto diffuso e nonostante ci sia un'ampia letteratura e spesso i media propongano degli approfondimenti molto interessanti a riguardo, oggi, soprattutto in Italia, occorrerebbe un dibattito più approfondito e costante su un tema che presenta enormi ripercussioni sociali¹.

Quando si definisce un gruppo come "setta", spesso automaticamente, si dà a tale definizione una connotazione dispregiativa, si esprime, cioè un giudizio, negativo, soggettivo.

Ma cos'è in realtà una setta? La risposta a tale quesito non è sempre immediata e dipende dalla persona a cui lo si chiede e dalla fase della vita di un gruppo in cui la domanda viene posta. Nel pensare al significato e all'utilizzo di tale parola, infatti, non dobbiamo dimenticare, che anche i primi cristiani furono etichettati come membri di una setta, la "setta dei nazareni"², e che furono per questo perseguitati, ma che oggi, nessuno mai penserebbe al cristianesimo come ad una setta. Altre religioni oggi riconosciute e rispettate, come la Scienza Cristiana, o i Testimoni di Geova, inizialmente erano considerate delle sette.

La parola "setta" deriva dal latino *sector*, che vuol dire "seguire", ma potrebbe anche riferirsi al verbo *seco*, "tagliare, separare". Possiamo definire sette religiose ed esoteriche

¹ Introvigne M., *Indagine sul satanismo, Satanisti e anti-satanisti dal Seicento ai nostri giorni*, Mondadori, Milano, 2002; Bricaud J., *La Messa Nera Antica e Moderna. I riti La storia I segreti*, Rebis, Viareggio, 2009; Introvigne M., *I satanisti. Storia, riti e miti del satanismo*, Sugarco, Milano, 2010; Gatto Trocchi C., *Sette Sataniche e Occultismo*, Newton&Compton Editori, Roma, 2005; Tosatti, M., *Padre Amorth. Memorie di un esorcista. La mia vita contro Satana*, Edizioni Piemme, spa, Milano, 2010; Pickett, L., *La storia segreta di Lucifero. Angelo del male o fonte luminosa di vita?* Newton Compton editori, Roma, 2005. Documentario: *Le Sette Sataniche, Il Diavolo Tra Noi*, Trasmissione Enigma, Rai 3.

*"tutte quelle aggregazioni di ordine relativamente recente, ispirate alla predicazione di un capo spirituale o a dottrine di tipo iniziatico, i cui principi appaiono diversi da quelli delle confessioni religiose tradizionali (Cristianesimo, Ebraismo, Islamismo, Buddismo, Induismo, Confucianesimo) e dei grandi sistemi filosofici occidentali"*³.

Gli individui portatori di messaggi divini e spirituali, sono sempre stati oggetto di venerazione e di attenzioni, e gli uomini hanno sempre sentito il bisogno di condividere con gli altri determinate credenze e pratiche. Pertanto l'esistenza di tali gruppi o "sette" sicuramente non è un fenomeno nuovo ma ha da sempre caratterizzato la storia dell'uomo e delle comunità.

2. Crimini "tipici" e "atipici" nelle sette assassine.

Gli aspetti specificatamente criminologici nell'ambito delle attività delle sette si riferiscono a comportamenti criminali messi in atto dai leader o dagli adepti della setta a danno di altri adepti o di membri esterni. In altri termini, "la natura religiosa delle organizzazioni pseudo religiose non costituisce di per sé un elemento criminogenetico, anche se, ovviamente, viene studiata dal criminologo come situazione di "contesto" che serve per determinare la criminogenesi e la criminodinamica⁴.

Gli investigatori che si trovano a lavorare su un crimine commesso da un gruppo religioso,

² *La Sacra Bibbia*, Atti degli Apostoli 24,5.

³ Rapporto del Ministero dell'Interno, *Sette religiose e nuovi movimenti magici in Italia*, 1998, p.3, <http://xenu.com-it.net/rapporto/>

⁴ Strano M., *Manuale di Criminologia clinica*, See Edizioni, Firenze, 2003, p. 456.

dunque, hanno come unico punto di riferimento la violazione delle singole norme penali, dato che, nel 1981, la Corte Costituzionale ha sancito l'abolizione del reato di plagio. Ha dichiarato, infatti, l'illegittimità costituzionale dell'art. 603 del codice penale, articolo che prevedeva e puniva il c.d. plagio, e cioè il fatto di "chiunque sottoponesse una persona al proprio potere in modo da ridurla in totale stato di soggezione". La nostra Corte Costituzionale ha abolito tale reato, dunque, ma allo stesso tempo, però, ha chiesto al legislatore di definirlo meglio: questo, purtroppo, non è mai avvenuto. Allora, adesso, forse si sente la necessità di creare un mezzo legislativo che, sempre nel rispetto assoluto della libertà di culto e di tutte le altre libertà costituzionali, ci permetta di comprendere e di governare meglio dal punto di vista giuridico questi fenomeni, anche perché ormai sono frequentissimi e coinvolgono, in varie forme, milioni di persone che vanno in questa direzione.⁵

Spesso sette di diverso tipo sono coinvolte in differenti crimini, come ad esempio nell'esercizio abusivo di professioni mediche e psicologiche (art. 348 c.p.), nelle truffe e nelle frodi (art. 640 c.p.), nella violenza sessuale (609 c.p.), nei comportamenti di violenza e di minaccia (581 c.p.), nell'istigazione al suicidio (580 c.p.), negli omicidi (575 c.p.). Nei casi meno gravi si tratta soprattutto di truffe (art. 640 c.p.): le sette possono provare ad acquisire capitali attraverso le quote di adesione degli adepti o, in alcuni casi, attraverso l'appropriazione dell'intero patrimonio dell'adepto. Altri crimini riguardano la

profanazione di cimiteri (408 c.p.), i delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti (dall'art-402 all'art 413 c.p.), il maltrattamento degli animali (art- 544-ter c.p.).⁶

Ci si rende conto subito del fatto che si parla di reati anche molto gravi, che spesso volte arrivano all'induzione al suicidio o all'omicidio.

In alcuni casi, inoltre, in cui lo squilibrio del leader arriva a toccare un grado estremo, la setta può trasformarsi in assassina dei suoi stessi adepti, come nel caso degli Heaven's Gate. Si sono uccisi a scaglioni, un gruppo alla volta in tre giorni, in una lussuosa villa nei pressi di San Diego, California: 39 membri del gruppo pseudoreligioso di programmatori elettronici hanno eseguito un suicidio di massa per ricongiungersi con un ufo in viaggio nell'Universo sulla scia della cometa Hale-Bopp. Sono morti ingerendo una forte dose di sedativi e vodka e legandosi attorno alle teste buste di plastica. Erano 21 donne e 18 uomini (di cui 7 si erano autocastrati), tra i 26 e 72 anni, vestiti tutti di nero; alle loro spalle si erano lasciati zaini e pacchetti per il viaggio finale.⁷

Un altro reato molto frequente all'interno delle sette è l'omicidio dei bambini.

Ad esempio, Pat Metoyer, del Dipartimento di polizia di Los Angeles, osserva: "*Pensiamo di avere scoperto una correlazione tra la settimana che precede la Pasqua e i crimini legati all'occulto. La settimana santa (dalla domenica delle palme a Pasqua) è la settimana dei bambini assassinati. Stiamo monitorando i rapimenti e questa strana coincidenza. Le persone con cui abbiamo a che fare ci hanno detto che i bambini*

⁵ Bigini F., *Le sette, le sette sataniche e l'occultismo*, intervista a Francesco Bruno, 2004, www.vertici.com/rubriche/articolo.asp?cod=7633&cat=INTER&titlepage=Interviste

⁶ Codice penale testo coordinato del codice penale aggiornato al cd. decreto liberalizzazioni, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con L. 24 marzo 2012, n. 27, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36653>

⁷ Strano M, *op.cit.*, p. 460.

*vengono uccisi in quel lasso di tempo. Un individuo ci rivelò di aver visto assassinare sei bambini durante quel periodo di tempo [...]. Non sempre questi gruppi rapiscono bambini. Alcuni contano medici all'interno della setta che fanno partorire una donna senza compilare il certificato di nascita.. Quindi, quando sacrificano il bambino, uccidono una persona di fatto inesistente [...]*⁸.

Sebbene siano visti come coloro i quali garantiranno la sopravvivenza del culto nelle generazioni future, i bambini sono anche percepiti come un peso, come un pericolo. Necessitano di molte cure, non portano denaro e distolgono l'attenzione dal leader. Inoltre nei momenti di tensione e di crisi, reagiscono con comportamenti dirompenti, di *acting out*; essi sono dunque, imprevedibili, pericolosi. Spesso, prima delle cerimonie, sono costretti ad assumere sostanze stupefacenti e a non rivelare le attività rituali attraverso minacce fisiche o semplicemente spaventandoli con l'idea di possibili ripercussioni di demoni.

Ovviamente stiamo parlando di casi estremi e di sette in cui si mettono in atto condotte previste dalla legge come reato.

I mass media, inoltre, hanno spesso attirato la nostra attenzione sul fenomeno del satanismo, solo in riferimento ad episodi criminosi attribuiti a gruppi classificati, in modo molto generico, come "sette sataniche", creando la seguente equazione talaltro infondata:

satanismo = sette sataniche = comportamento criminale.

⁸ Ankeberg J., Weldon J., *Satanismo e stregoneria: l'occulto e l'Occidente*, http://www.centrosangiorgio.com/occultismo/articoli/satanismo_stregoneria.htm#.

Nell'analisi criminologica di tali fenomeni, dunque, bisogna stare molto attenti a discernere il proprio giudizio morale dalla realtà dei fatti: molti dei comportamenti messi in atto nelle sette possono essere da un punto di vista morale inaccettabili, riprovevoli e a volte ai limiti dell'illegale ma, se tale limite non viene superato, non possiamo parlare di reati.

Nei casi in cui tale limite viene sorpassato, invece, spesso ci troviamo dinanzi ad una scena del crimine molto complessa da analizzare.

3. Croci capovolte e 666: analisi della scena del crimine "a sfondo satanico".

La scena, il luogo in cui si consuma un crimine è una scena che "parla", che comunica delle informazioni. L'investigatore, dunque, deve avere la capacità di raccogliere anche le più piccole sfumature di quel racconto, per avvicinarsi alla più esatta ricostruzione della verità. Uno dei principali compiti degli investigatori sul luogo del reato, dunque, è la ricerca sistematica delle tracce, cioè di tutti quegli elementi in base ai quali, attraverso un rigorismo obiettivo, si può stabilire che è stato commesso un crimine, e si può individuare un legame tra il crimine e la vittima, o tra il crimine e il suo autore. Come primo passo, quindi, l'intera scena va osservata ed esaminata nei dettagli.⁹ La prima analisi della scena del crimine viene definita "sopralluogo", ovvero:

"quel complesso di attività a carattere scientifico che ha come fine la conservazione dei luoghi, la ricerca e l'assicurazione delle cose e delle tracce pertinenti al reato, utili per l'identificazione del reo e/o della vittima, nonché per l'accertamento

⁹ Manganelli A., Gabrielli F., *Investigare. Manuale pratico delle tecniche di indagine*, CEDAM, Padova, 2007, p. 70.

delle circostanze in cui esso si è realizzato, anche in relazione alla verifica del *modus operandi* dell'autore del reato..”¹⁰.

L'evento criminoso, infatti, secondo la “teoria dell'interscambio” di Locard, si configura come il realizzarsi di un'interazione tra reo, vittima e ambiente attraverso la quale avviene un vero e proprio scambio di tracce tra i soggetti/oggetti¹¹. Attraverso il sopralluogo, dunque, si deve compiere un'operazione molto complessa, ovvero si deve tentare di estrapolare dalla scena e di mettere in evidenza ciò che è presente, con l'obiettivo di dimostrare in futuro, attraverso l'ausilio degli accertamenti tecnico scientifici, il passato, ovvero la ricostruzione dei fatti.¹²

Nei crimini satanici, l'accuratezza di tale analisi è ancora più importante per cercare di comprendere se un determinato crimine è realmente riconducibile ad una pista “satanista”. In queste situazioni così complesse, infatti, è molto semplice cadere in errore e giungere a conclusioni estremamente affrettate. Cosa rende un crimine, un reato “satanico”? Non è sufficiente venire a conoscenza del fatto che l'autore di un reato faccia parte di un gruppo religioso di stampo occultista o di una “chiesa”, per definire il crimine come satanico. Se questo fosse il criterio, allora ogni reato commesso da un Protestante, da un Cattolico o da un Ebreo dovrebbe essere etichettato alla stessa maniera. Si tratta di una deduzione debole e precipitosa. In primo luogo, dovremmo analizzare più dettagliatamente il tipo

di gruppo a cui il soggetto appartiene. Se si tratta realmente di una setta, allora dovremmo cercare di capire di quale tipo di setta si tratta e se è basata su un satanismo acido o semplicemente si tratta di un gruppo di scriteriati. Altre volte sembra essere sufficiente la presenza di simboli e oggetti legati alla simbologia satanista sulla scena del crimine, come croci capovolte o qualche 666 disegnato con cura, per chiamare in causa una pista satanica.

Questo tipo di associazione, inoltre, viene effettuata soprattutto quando ci troviamo dinanzi a crimini particolarmente cruenti, come quelli di matrice sessuale perversa, oppure dinanzi ad atti di cannibalismo, vampirismo, di urofilia o necrofilia. Nonostante chi commetta reati di questo tipo non sia necessariamente un satanista anzi, la maggior parte di loro non lo è, è un'associazione che creiamo in maniera automatica. Riteniamo che l'uomo da solo non sia in grado di compierli, si tratta di una crudeltà tale che è impossibile da accettare: non riusciamo ad accettare la cieca violenza dell'uomo sull'uomo e automaticamente chiamiamo in causa la pista satanica. Un altro aspetto da tenere in considerazione, è il giorno in cui il reato viene commesso. Ci sono dei giorni che potremmo definire “preferiti” dai satanisti per commettere sacrifici o tenere messe nere, come il 30 aprile, la notte di Valpurga, ovvero la notte, secondo la tradizione, in cui si incontrano tutti i demoni, i maghi e le streghe; il 25 giugno, considerata la notte della magia; il 1° agosto, detto Lammas, ovvero il giorno in cui, secondo la tradizione, Lucifero fu precipitato dal cielo sulla Terra; il 31

¹⁰ Carella Prada O., Tancredi D. M., *Il sopralluogo giudiziario medico legale; norme, metodologia ed elementi medico-forensi per l'attività investigativa*, Società editrice Universo, Roma, 2000.

¹¹ Locard E., *Traité de criminalistique ; les empreintes et les traces dans l'enquête criminelle*, Desvigne, Lyon, 1931.

¹² Manganelli A., Gabrielli F., *op.cit.*, p. 71.

ottobre, capodanno di satana e commemorazione di tutti i defunti e delle tenebre¹³.

Come è facile intuire, le informazioni di cui si deve tener conto sono veramente tante; probabilmente, ciò che rende un crimine satanico, occulto o rituale, è la motivazione che lo ha determinato.

Allora, per effettuare un'accurata analisi della scena del crimine, occorre partire dai due punti fermi:

1) Non necessariamente un crimine rituale presenta elementi estremamente differenti da un crimine classico. Le tracce potrebbero essere state cancellate o rimosse, o semplicemente il rituale poteva richiedere di uccidere una persona in un determinato momento e in un determinato luogo.

2) La sola presenza della simbologia occultista non è sufficiente a pensare ad una pista satanica, in quanto potrebbero essere elementi svincolati dalla dinamica o dal movente omicidario o, addirittura, un tentativo di depistaggio.

Ci sono, infatti, diverse circostanze che possono trarre gli investigatori in inganno. Succede spesso, ad esempio, che le sette facciano passare i loro, come reati portati avanti dalla criminalità comune, specialmente quando compiono reati che non hanno niente a che fare con le sette stesse; altre volte la connotazione satanica viene data dalla criminalità comune ai reati compiuti per dare un "condimento" al reato stesso, in modo da sviare le indagini; altre volte ancora è la malavita ad usare la setta, ma la utilizza, più che per compiere dei reati, per riuscire ad avere degli adepti da poter

¹³ Monti D., Fiori M., Micoli A., *L'abisso del sé. Satanismo e sette sataniche*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 312.

poi usare in questioni illegali di tipo completamente diverso¹⁴.

Esaminiamo il caso di Fabio Rapalli, l'imprenditore dell'Oltrepò pavese trovato impiccato ad un albero in un bosco di Pontremoli nel settembre del 1998. L'ipotesi del suicidio non ha mai convinto del tutto gli inquirenti. In realtà, sin dal primo momento, la scena del delitto sollevò tanti dubbi a partire dal fatto che il ramo al quale il trentunenne avrebbe assicurato il cappio, era talmente vicino al terreno che il giovane avrebbe dovuto sedersi per cercare di togliersi la vita¹⁵.

All'inizio del Duemila, infatti, fu aperta un'inchiesta per istigazione al suicidio che fu poi archiviata. Nel 2008, poi, l'allora procuratore capo del tribunale di Massa, dottor Umberto Panetta, riaprì il fascicolo e affidò le indagini ai carabinieri di Stradella, nell'Oltrepò pavese, la terra di Rapalli. Tuttavia, non emersero elementi tali da dar corpo alle ipotesi di istigazione al suicidio o di omicidio. Restavano però senza risposta molti interrogativi fino a quando al Tg5 il giornalista Paolo Capresi ha intervistato un fuoriuscito della setta delle Bestie di Satana. L'ex adepto ha dichiarato che il ventiseienne Dorian Molla, trovato in un bosco il 26 dicembre del 2000 nella vallata del Diavolo, nel Parco del Ticino a Cavaria, impiccato a un albero come Rapalli, "fu ucciso dalla setta", che "avrebbe dovuto sembrare un suicidio ma ci fu uno sbaglio" e che ci "furono diversi altri omicidi che furono

¹⁴ Biagini F., *Le sette, le sette sataniche e l'occultismo*, intervista a Francesco Bruno, 2004, www.vertici.com/rubriche/articoli.asp?cat=INTER&page=4

¹⁵ F.M., "Caso Rapalli, il Pm sente il primo teste", *La Provincia Pavese*, 17 Gennaio 2011, <http://laprovinciapavese.gelocal.it/cronaca/2011/01/17/news/caso-rapalli-il-pm-sente-il-primo-teste-1.637609>

camuffati da suicidio”. E’ vero che per parlare di omicidio occorrono riscontri oggettivi che diano concretezza alle affermazioni dell’ex affiliato alle Bestie di Satana. Ma è anche vero che ci sono interrogativi sulla fine di Rapalli che si conciliano con difficoltà con la tesi del suicidio. Innanzitutto nel luogo in cui l’imprenditore trentunenne fu trovato ormai cadavere c’erano oggetti predisposti come in un rituale che faceva pensare alla presenza di più persone. In secondo luogo “il nodo della corda usata per farla finita — ci spiega Venturini — era fatto da mani esperte. Ma durante le indagini venne a galla che Rapalli non aveva alcuna dimestichezza con i nodi, avendo anche difficoltà ad allacciarsi le scarpe, come affermò suo padre. E poi c’è il particolare, non da poco, della sua moto trovata in un bosco a poca distanza dal luogo della morte due mesi dopo il ritrovamento del cadavere¹⁶.

Ecco perché, un’accurata analisi del fenomeno criminoso, dovrà tener conto di tutti gli elementi che si hanno a disposizione contemporaneamente. Dovrà preliminarmente orientarsi sugli aspetti antropologici e organizzativi delle sette, per capire l’ambito in cui trova origine la condotta delittuosa, nonché sugli aspetti sociologici e psicologici che favoriscono l’avvicinamento degli individui a tali realtà, e dovrà focalizzarsi sul potere che l’atmosfera “esoterica” ha di interferire nei processi percettivi e di significazione che sono alla base del comportamento criminale. Gli aspetti puramente criminologici nell’ambito dell’attività delle sette, si riferiscono a comportamenti criminali posti in essere dai leader o da adepti

della setta a danno di altri adepti o di soggetti non appartenenti alla setta. In altri termini, la natura religiosa delle organizzazioni non costituisce di per sé un elemento criminogenetico anche se, ovviamente, viene studiata dal criminologo come situazione di “contesto” che serve per interpretare la criminogenesi e la criminodinamica¹⁷.

Tutti gli elementi che finora abbiamo preso in considerazione, dunque, andranno inseriti nel contesto di un’analisi più ampia, in un’analisi che potremmo definire di tipo sistemico.

In questi casi, quindi, l’analisi della scena del crimine deve necessariamente essere molto accurata e dettagliata (anche se così dovrebbe essere in tutti i casi) e trasformarsi in un dinamico “laboratorio di criminalistica” a connotazione multidisciplinare. Attraverso l’ausilio di tutti i mezzi tecnologici e di tutti gli esperti che abbiamo a disposizione, infatti, bisogna andare alla ricerca non solo delle tracce comuni a tutti i reati, come impronte, DNA, arma del delitto, ma anche alla ricerca di elementi più specifici, come simboli, luoghi particolari, numerologia¹⁸.

Il mondo è governato da segnali e simboli e in tutte le religioni e pratiche magiche si utilizzano simboli di ogni tipo. Come è stato osservato da Gadamer, “*Il simbolo indica ciò che non vale solo per il contenuto, ma per la possibilità di essere esibito; esso è quindi un documento attraverso il quale i membri di una comunità si riconoscono: sia esso un simbolo religioso, o si presenti in senso profano, come un distintivo, un lasciapassare, o una parola d’ordine*¹⁹”.

¹⁶ Sacchetti A., “Omicidio Fabio Rapalli spunta la pista del satanismo”, *La Nazione*, 26 Ottobre 2010, http://www.lanazione.it/massa_carrara/cronaca/2010/10/26/405247-E

¹⁷ Strano M., *op.cit.*, p. 456.

¹⁸ Manganelli, A., Gabrielli F., *op.cit.*, p. 76.

¹⁹ Belardinelli S., Allodi L., *Sociologia della cultura*, Franco Angeli, Milano, 2011, p. 5.

Alcuni sono specifici di determinati gruppi religiosi e dunque ad essi facilmente riconducibili; altri, invece, sono più generici e non consentono un loro immediato collegamento ad un gruppo religioso. Innanzitutto, dunque, occorre conoscere quali siano i simboli più noti e comuni sulle scene del crimine di stampo occultista, ovvero:

- Il Pentacolo rovesciato: da sempre stato usato nella magia rituale e per l'evocazione degli spiriti. Nel *Dictionary of Mysticism* è riportato che il Pentacolo “è considerato dagli occultisti il mezzo più potente per evocare gli spiriti. Quando la Stella ha la punta diretta verso l'alto, essa è considerata il segno del bene e uno strumento per evocare gli spiriti benevoli; quando la Stella ha la punta in giù e altre due in alto, è il simbolo del male (Satana), ed è utilizzato per evocare le potenze malefiche”²⁰.
- La Croce capovolta: rappresenta la derisione e il rifiuto verso Gesù. Collane con le croci capovolte sono indossate da molti satanisti. E' possibile vederle addosso ai cantanti rock e sulle copertine dei loro album²¹.

I simboli, all'interno delle sette, occupano un ruolo fondamentale poiché sono strumento di identificazione e di comunicazione e dunque, “potrebbero” essere presenti sulla scena del crimine.

Ma l'analisi può e deve essere ancora più dettagliata. Dale Griffis, capo di un Dipartimento di Polizia Americana e osservatore e studioso dei fenomeni satanisti ha messo in evidenza una serie

di aspetti da considerare nell'analisi della scena di un crimine “satanico”.

Egli sostiene che se il crimine è avvenuto in un ambiente esterno, come un bosco, vanno analizzati gli alberi o eventuali muri su cui possono essere stati tracciati dei simboli. Se è stata compiuta una messa nera, inoltre, dobbiamo ricercare la presenza di un cerchio di circa nove piedi (o tre metri) di diametro, all'interno del quale potrebbe esserci un secondo cerchio più piccolo. E' in questo cerchio che il rito è stato compiuto. L'altare, invece, andrà cercato nel punto occidentale del cerchio. Un'altra pratica tipica di tali cerimonie è il seppellimento di oggetti, armi usate, parti animali e/o umane. Se rinveniamo delle tracce di un fuoco ormai spento, solitamente dalla forma circolare, sarà opportuno scavare proprio lì sotto per accertare se sia stato sepolto qualcosa.

Un altro passo molto importante ma ai più sconosciuto, è verificare se nelle vicinanze ci sia una fonte d'acqua: nella simbologia, infatti, l'acqua limpida è legata alla purezza, per cui i satanisti potrebbero averla inquinata con urina o altre sostanze dalle quali, con un po' di fortuna, potrebbe essere ricavato il DNA dei soggetti. Bisogna cercare, inoltre, eventuali paletti usati per legare a terra la vittima con la testa rivolta verso l'acqua, bocconi, a braccia aperte.

Se il crimine è stato commesso in un appartamento, invece, l'accuratezza della ricerca dei dettagli dovrà essere la stessa adoperata per l'esterno con l'aggiunta di ulteriori accorgimenti: se c'è un frigorifero, ad esempio, è opportuno controllare se al suo interno ci sia del sangue, degli aghi, o eventuali parti di corpo umano o animale.

²⁰ Gaynor F., *Dictionary of Mysticism*, Philosophical Library, New York, 1953, p. 136

²¹ Farrar S., *What Witches Do: The Modern Coven Revealed*, Phoenix Publishing Company, Washington, 1983, p. 18.

In generale, comunque, Dale Griffis suggerisce di considerare come indizi indicativi di pratiche di occultismo nero segni di dissacrazione di simboli cristiani (le croci capovolte ne sono l'esempio più conosciuto), la presenza di scritte in alfabeti non riconoscibili, presenze di candele rosse e/o nere (il rosso e il nero vengono considerati i colori tipici del satanismo), mutilazioni di animali, compresa la rimozione di parti del corpo, come il cuore, la lingua, le orecchie²². Le indicazioni di Dale Griffis, in realtà, non sono di così facile applicazione pratica. Raramente la scena del crimine è condita con tutti questi indizi così espliciti. Non sempre, poi, l'operatore delle Forze dell'Ordine può interpretare immediatamente cosa sia successo durante la realizzazione di un rito pseudo satanico.²³

Bisogna tener conto di numerosi aspetti, dunque, e avere la capacità di modificare i nostri modelli mentali che ci portano a scomporre piuttosto che a unire e analizzare tutti gli indizi adottando un punto di vista sistemico

4. Gli errori della causalità lineare: i limiti dell'approccio specialistico nell'analisi della scena del crimine.

L'analisi della scena del crimine, dunque, è un momento di fondamentale importanza, è andrebbe condotta con l'ausilio di persone competenti, che sappiano cosa cercare e non brancolino nel vuoto rischiando, inoltre, di non rilevare dettagli che potrebbero essere decisivi o comunque fondamentali nella risoluzione del caso e nell'individuazione dei colpevoli. Tale analisi,

²² Fiori M., "Il fenomeno delle 'Sette' ed il 'satanismo criminoso'", *GNOSIS*, N4, 2005, <http://gnosis.aisi.gov.it/gnosis/Rivista5.nsf/ServNavigE/26>

²³ Monti D, Fiori M., Micoli A., *op.cit.*, p. 372.

inoltre, dovrebbe essere solo il punto di partenza, la base sulla quale costruire l'analisi del caso, ovviamente un'analisi di tipo sistemico.

L'approccio tradizionale ai problemi, si basa sul modello meccanicistico 'stimolo/risposta' newtoniano: un problema viene analizzato dividendolo in parti sempre più piccole, in modo da poterne studiare le proprietà.

Fin da piccoli ci insegnano a scomporre ogni cosa, a frammentare il mondo. Ci hanno insegnato a ragionare seguendo la logica, a spiegare le cose attraverso le analisi: scomponiamo gli avvenimenti e poi li ricomponiamo.²⁴ Si tratta di un orientamento che ha guidato gran parte della scienza e della tecnologia del nostro secolo, ed è profondamente radicato nel nostro modo di pensare. Quando ci viene posto un problema, focalizziamo la nostra attenzione sulla "parte" che non funziona e tentiamo di ripararla.

Tuttavia, tale metodo non è risolutivo, poiché la soluzione andrà bene solo per un breve periodo di tempo e ci troveremo a dover riaffrontare più volte sempre lo stesso problema. In apparenza, infatti, questo procedimento può rendere più gestibili compiti e argomenti complessi ma, il prezzo da pagare, è piuttosto alto: perdiamo la capacità di vedere le conseguenze delle nostre azioni, perdiamo la consapevolezza di essere semplicemente una parte di un insieme più grande.²⁵ Un simile approccio, dunque, non risulta più adatto ad affrontare i quesiti posti dalla nostra realtà. Il modello interpretativo della realtà, perciò, non può più essere di tipo meccanicistico,

²⁴ O'Connor J., McDermott I., *Il pensiero sistemico. L'arte di comprendere la connessione tra gli eventi per poterli influenzare*, Spearling & Kupfer Editori, Milano, 2003, p. 5.

ma deve necessariamente essere di tipo sistemico e fondarsi sul paradigma della complessità.²⁶ La complessità è ovunque. Noi stessi siamo dei sistemi complessi, lo sono i nostri organi, le nostre cellule, lo è il nostro cervello, la struttura più complessa e sorprendente dell'intero universo conosciuto.

Il padre del pensiero della complessità è considerato il sociologo francese Edgar Morin: sostiene che, per analizzare la realtà, sia indispensabile partire da ciò che si vede, il caos. Ma cos'è la complessità? Morin l'ha definita come:

*“In prima istanza la complessità è un tessuto di costituenti eterogenei inseparabilmente associati: pone il paradosso dell'uno e del molteplice. In seconda istanza, la complessità è effettivamente il tessuto di fatti, azioni, retroazioni determinazioni, alea, che costituiscono il nostro mondo fenomenico”*²⁷.

Nella sua opera Morin ha sempre sostenuto la necessità di abbandonare ogni forma di specialismo disciplinare, per riuscire a muoversi efficacemente nella complessità della realtà in cui siamo immersi. Per poter comprendere il mondo di oggi, abbiamo bisogno di pensare in modo globale, di avere la padronanza del contesto, abbiamo bisogno di un pensiero che unisca. E' questa la prospettiva che dobbiamo adoperare per cercare di comprendere fenomeni tanto complessi quanto i crimini, specie quelli commessi all'interno delle sette sataniche. Se proviamo ad

affrontare un problema complesso da un unico punto di vista, se guardiamo l'evento da una sola angolazione, possiamo ottenere un miglioramento locale che semplicemente sposta il problema da qualche altra parte, nel tempo o nello spazio. Il giusto modo per tentare di gestire la complessità, dunque, è quello di concentrarsi sull'insieme, analizzando le relazioni tra le parti e non le loro singole caratteristiche e cercando di generalizzare la logica classica avvicinandola al modo di pensare umano²⁸.

Questo è il nuovo modo di guardare il mondo, proposto dal modello Sistemico.

La prospettiva sistemica, infatti, ci dice che per comprendere gli eventi dobbiamo guardare al di là degli errori dei singoli o della cattiva sorte. Dobbiamo guardare al di là delle personalità o degli eventi. Dobbiamo guardare alle strutture sottostanti che modellano le azioni individuali e creare le condizioni in base alle quali i diversi tipi di eventi diventano probabili.²⁹ Una volta compresi i limiti dell'approccio meccanicistico, perché non si è diffusa la visione sistemica? La ragione è che la mente umana non è adatta ad interpretare l'evoluzione dei sistemi complessi. Ma, se il comportamento del singolo individuo può avere oggi ripercussioni sulla dimensione globale, è evidente che si è raggiunto un punto in cui l'approccio specialistico risulta insufficiente. Il nostro pianeta e la nostra società, non sono più in grado di assorbire le conseguenze dell'intervento specialistico, né possono più fare affidamento sulla lentezza dei cambiamenti che, probabilmente, ha consentito tali interventi

²⁵ Monti G., “Manager Sistemico”, *Caos Management*, N46, 2004.
http://www.caosmanagement.it/art46_01.html

²⁶ Frasson D., *Allenare le competenze trasversali. Apprendimenti e risultati di un percorso formativo*, Franco Angeli, Milano, 2011, p. 49.

²⁷ Morin E., *Introduzione al pensiero complesso*, Sperling & Kupfer Editori, Milano, 1993, p. 10.

²⁸ Monti G., *op.cit.*

²⁹ Senge P.M., *La quinta disciplina. L'arte e la pratica dell'apprendimento organizzativo*, Sperling & Kupfer Editori, Milano, 2006, p. 49.

settoriali. Nell'analisi dei crimini, riuscire a comprendere il sistema in cui il reato è inserito, può essere una carta vincente. Quando siamo in grado di capire come funziona il sistema cui facciamo riferimento, infatti, siamo in grado di prevedere cosa accadrà.

Può essere utile avere come riferimento la teoria del campo proposta da Lewin: nelle teorie spesso osserviamo una sorta di pre-determinismo (per esempio la dimensione temporale e il peso del passato nella psicoanalisi) che, nonostante consenta interpretazioni e articolazioni, spesso vincola la conoscenza a binari piuttosto rigidi. In questa situazione la teoria genera il metodo utilizzato per confermarla o per smentirla e quindi legittimarla. La teoria del campo ha, in qualche modo, ribaltato tale processo. La famosa formula $C = (P \times A)$, che sintetizza la teoria, introduce la possibilità di analizzare i fenomeni del comportamento attraverso una chiave di lettura che è doppia e combinata: quella del soggetto e quella dell'ambiente³⁰.

L'investigatore, dunque, deve riuscire a connettere tutti gli elementi ricavati dalla scena del crimine, ovvero dall'ambiente, dal soggetto e dalla ricostruzione della sua storia di vita, e dal contesto, grazie all'ausilio di un'equipe di persone con diverse specializzazioni e di una serie di strumenti tecnologici. Il suo compito è unire tutti gli indizi raccolti, la sua esperienza pregressa e le sue conoscenze, in modo da adottare una prospettiva che gli consenta di guardare all'insieme e a interconnettere gli eventi.

5. Conclusioni.

³⁰ Contessa G., *Attualità di Kurt Lewin*, Città Studi. Torino, 1998, p. 207.

In un'epoca in cui i cambiamenti sociali si susseguono ad una velocità spasmodica, come si può riuscire ad analizzare il comportamento criminale in modo efficace?

Per riuscire semplicemente ad accostarsi alla comprensione della realtà attuale, è indispensabile un approccio multidisciplinare ed interdisciplinare, adottare una prospettiva sistemica. Tale prospettiva deve portare ad un'analisi per unire i fenomeni e non per dividerli, ad un'analisi del tutto per comprendere le parti.

Allora, cosa deve cercare un investigatore durante l'analisi della scena di un crimine di possibile matrice satanista? La risposta è semplice: deve, in primo luogo, cercare l'evidenza. Gli investigatori devono provare a riconoscere la possibile rilevanza investigativa di ciascun elemento, simbolo o rituale che sia, poiché essi possono significare tutto e niente. Essi, inoltre, hanno bisogno di conoscere il Satanismo e l'Occulto in generale, con l'obiettivo di riuscire a valutare la loro connessione con le attività criminali. Tutti questi dati vanno ovviamente inseriti in una visione sistemica, che porti a considerare il contesto e le circostanze: può capitare che ciò che rende un crimine satanico, occulto, o rituale sia la motivazione del crimine³¹.

Molto spesso, inoltre, oggi si chiede allo psicologo di effettuare una previsione dei crimini, ma è realmente complesso e difficile predire quali crimini si commetteranno in futuro. Il fenomeno criminale è un fatto sociale che coinvolge e tocca ogni singolo aspetto della vita degli esseri umani. Se riuscissimo a modificare i nostri modelli

³¹ Lanning, K.V., "Satanic, Occult, Ritualistic Crime: a Law Enforcement Perspective", *National Center for the Analysis of Violent Crime*, Quantico, VA, 1989, <http://www.freerepublic.com/focus/news/699604/posts>

mentali, ad adottare una prospettiva di tipo sistemico, potremmo forse essere avvantaggiati nel rispondere alle esigenze della nostra società, che sempre più spesso ci chiede di “prevedere” la pericolosità sociale di determinati soggetti.

Bibliografia.

- Amerio, P., *Fondamenti teorici di psicologia sociale*, il Mulino, Bologna, 1995.
- Amorth, *Memorie di un esorcista. La mia vita in lotta contro Satana*, Piemme Bestseller, Milano, 2010.
- Arendt, H., *La banalità del male, Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, Milano, 2002.
- Bricaud J., *La Messa Nera Antica e Moderna. I riti La storia I segreti*, Rebis, Viareggio, 2009.
- Doyle A.C., *Uno studio in rosso*, Grandi Gialli, Rusconi Libri, Rimini, 2010.
- Gattamorta L., *La società e i suoi simboli*, Carocci editore, Roma, 2010.
- Gatto Trocchi C., *Sette Sataniche e Occultismo*”, Newton & Compton Editori, Roma, 2005.
- Haag A., *Fisica lisergica. La mente profonda e la struttura dell’Universo*, Castelvechi, Roma, 2005.
- Iersel B., Bastiaensen A., Quinlan J., Schoonenberg P., *Angeli e diavoli. Editoriale di Antonio Bonora*. Queriniana, Brescia, 1972.
- Introvigne M., *Indagine sul satanismo, Satanisti e anti-satanisti dal Seicento ai nostri giorni*, Mondatori, Milano 2002.
- Introvigne M., *I satanisti. Storia, riti e miti del satanismo*, Sugarco, Milano, 2010.
- Johnson-Laiard P.N., *Modelli Mentali*, il Mulino, Bologna, 1998.
- Jung. C.G., *L’uomo e i suoi simboli*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1990.
- Kasper W., Lehmann K., *Diavolo-demoni-possessione. Sulla realtà del male*, Queriniana, Brescia, 1985.
- Kosko B., *Il Fuzzy pensiero: teoria e applicazioni della logica Fuzzy*, Baldini&Castaldi, Milano, 1995.
- Lanning K.V., “Satanic, Occult, Ritualistic Crime: a Law Enforcement Perspective”, *National Center for the Analysis of Violent Crime*, Quantico, VA, 1989.
- Manganelli A., Gabrielli F., *Investigare. Manuale pratico delle tecniche di indagine*, CEDAM, Padova, 2007.
- Mastronardi V., Fiori M., De Luca R., *Sette sataniche*, Newton Compton Editori, Roma, 2009.
- Michotte A., *La percezione della causalità* Giunti- G. Barbera, Firenze, 1972.
- *Mente e Cervello, il mensile di psicologia e neuroscienze*, Marzo 2008.
- O’ Connnor J., McDermott I., *Il pensiero sistemico. L’arte di comprendere la connessione tra gli eventi per poterli influenzare*, Sperling & Kupfer Editori, Milano 2003.
- Picknett, L., *La storia segreta di Lucifero. Angelo del male o fonte luminosa di vita?*, Newton Compton editori, Roma, 2005.
- Ries, J., *I simboli nelle grandi religioni*, Jaca Book, Milano, 1997.
- Robertson, I., *Elementi di sociologia*, Zanichelli, Bologna, 2008.
- Savatteri V., Di Franco V., *L’investigazione nei crimini esoterici*, 2009.
- Simon R. I., *I buoni lo sognano, i cattivi lo fanno*, Raffello Cortina Editore, Milano, 1997.
- Strano M., *Manuale di Criminologia clinica*, See Edizioni, Firenze 2003.
- Tosatti M., *Padre Amorth. Memorie di un esorcista. La mia vita contro Satana*, Edizioni Piemme spa, Milano, 2010.
- Veronesi M., Visioli A., *Logica fuzzy: teoria ed applicazioni*, Franco Angeli, Milano, 2001.

La mediazione de iure condendo

Francesca Tugnoli*

Riassunto

Nel contributo si analizza criticamente l'opportunità di inserire ipotesi di mediazione penale nel nostro sistema processuale. In particolare, dopo aver esemplificato alcuni casi espletati in Inghilterra, si esamina la *restorative justice* sotto il profilo della sua compatibilità costituzionale con il nostro sistema ordinamentale per verificare la sussistenza di un vero e proprio impedimento alla sua introduzione. Infine, stante l'assenza di ostacoli giuridici che ostino alla sua introduzione e poiché la scelta sul se della mediazione si baserà su mere ragioni di opportunità, viene prospettata una risistemazione del processo penale che includa al suo interno momenti specifici in cui le parti potrebbero chiedere di esperire le conferenze ristorative. Le soluzioni presentate si ispirano al sistema inglese che sapientemente vanta un grado di sviluppo significativo di tali istituti.

Résumé

Dans cet article, l'auteur propose une analyse critique de l'opportunité d'introduire des pratiques de médiation pénale dans le système processuel italien. En particulier, l'article fait référence à certains exemples britanniques de médiation pénale auteur-victime afin de montrer l'importance de ces pratiques. Ensuite, l'auteur examine la compatibilité des pratiques de justice réparatrice avec la Constitution Italienne dans le but de vérifier l'existence de raisons empêchant leur introduction.

Enfin, après avoir vérifié l'existence de cette compatibilité, et parce que le choix de l'introduction de ces pratiques dans la loi italienne serait déterminé par des raisons de simple opportunité, l'auteur présente des hypothèses de réunions de médiation qui pourraient être incluses dans le système processuel pénal italien, en s'inspirant du système anglais.

Abstract

In this article the author critically examines the opportunity to introduce restorative conferences in the Italian criminal proceeding. In particular, the article mentions some English examples of victim-offender mediation in order to show the importance of this procedure. Then, the author analyses the compatibility of restorative justice practices with the Italian Constitution; without this it would be impossible to even think about the practicability of victim-offender mediation.

At the end of the analysis, after having verified the perfect adaptability of this practice with the Italian Constitution and because its introduction in Italian law would be based on mere opportunity reasons, the author puts forward some hypothesis of mediation conferences to include in Italian criminal proceeding, taking inspiration from the English system.

*C'è rimedio al male? Al disordine che irrompe tra gli uomini e scompiglia i legami?
C'è rimedio oggi che gli dei non sostengono più i destini del mondo e il male non è più inserito in un disegno
supremo,
che ne tracci i confini, lo renda pensabile, addirittura necessario?
(BOUCHARD MIEROLO)*

*La vendetta ignora colpe, atteggiamenti mentali, stati soggettivi: sono i fatti che ledono l'onore, non le intenzioni.
È ai fatti che si reagisce, uccidendo o, se si vuol farlo, accettando una compensazione: come si dice spesso, per
indicare questa accettazione, "perdonando"
(CANTARELLA EVA)*

* Dottoranda di ricerca in "Istituzioni e Mercati, Diritti e Tutele", Università di Bologna.

1. Introduzione.

La seguente trattazione si propone lo scopo di analizzare criticamente l'opportunità di inserire ipotesi di mediazione nel nostro sistema processual-penalistico²⁹⁴.

Le soluzioni proposte sono ispirate dalle corrispondenti scelte elaborate in Inghilterra, ordinamento particolarmente evoluto nel settore di cui trattasi.

2. Alcuni esempi di restorative justice.

Prima di entrare nel merito della questione, pare opportuno riferire alcuni esempi di *restorative justice* tratti dall'esperienza inglese per meglio comprendere l'opportunità di introdurre analoghe pratiche nel nostro ordinamento.

Il primo caso è di tale importanza da riportarne fedelmente - e quasi integralmente - la traduzione dei dialoghi. In particolare, trattasi della storia di Peter Wools²⁹⁵, ladro di mestiere, che, grazie alla sua esperienza con la mediazione, ora collabora con la polizia per aiutare i rei nel percorso di *restorative justice*.

“Una sera mentre passeggiavo in una piazza a nord di Londra piena di piccole case, ne ho scelta una a caso. Camminando con aria indifferente, ho spostato il bottone della serratura per vedere quante mandate avesse. Si apre facilmente, mi dissi, c'è solo una serratura. Facendo leva sulla porta, ho spinto con decisione ed ero dentro. Alla fine delle scale, ho trovato un letto pieno di cose ed oggetti che potevo vendere velocemente.

²⁹⁴ Nell'analisi che segue abbiamo volutamente omissa l'esposizione dei vantaggi e dei benefici che si conseguirebbero dall'introduzione di pratiche mediatricie nel nostro ordinamento, sia al fine di non appesantire ed allungare eccessivamente l'esposizione, sia in quanto oggetto di approfondita disamina letteraria non passibile di ulteriore approfondimento innovativo.

²⁹⁵ Woolf P., *How restorative justice turned my life around*, in www.timesonline.co.uk, traduzione mia. Il racconto non verrà riportato integralmente per ragioni di brevità e verrà riferito solo di una delle due vittime che hanno partecipato all'incontro.

Normalmente questo tipo di lavoro richiedeva cinque minuti, ma questa volta ero lì da più di mezz'ora. Ancora mi domando perché mi ero seduto sul letto e stavo prendendo gli oggetti uno alla volta per esaminarli. Ad un certo punto ho sentito una voce. “Chi sei? Cosa stai facendo nella mia casa?”. Era un ragazzone dall'aspetto atletico. Avevo preparato una bugia, qualcosa di assurdo tipo un vicino. “Togliti dalla mia strada”, dissi, “Sto andando”. Mentre cercavo di andarmene, mi ha afferrato e ci siamo spintonati. Lui urlava, io urlavo. Ci spingevamo l'un l'altro verso la sala e oscillavamo prima l'uno poi l'altro – come i combattimenti di John Wayne nei film americani. Allora sono corso giù dalle scale in cucina e ho finto di prendere qualcosa dal bancone. “Stai lontano, ho un coltello!” Lui è venuto verso di me, allora ho preso un grande teglia piatta e metallica e l'ho colpito sulla testa con quella. C'è stato un crack orribile. Poi ho preso un vaso di fiori e gliel'ho tirato in testa anche quello. Ero quasi fuori dalla porta, quando mi ha afferrato di nuovo. Fuori dalla casa, ci stavamo ancora spingendo e colpendo e lui urlava per chiedere aiuto. Stavo ragionando su come spingerlo via, ma due uomini che stavano camminando mi hanno preso e buttato a terra, calciandomi e prendendomi alla gola fino all'arrivo della polizia”.

“Sarei dovuto scappare, ma questo significava fare qualcosa di drastico tipo afferrare un coltello dalla cucina. Quando ero giovane, l'avrei fatto. Ho colpito delle persone con l'asse da stiro prima, ho sparato a persone con una balestra, ho fatto di tutto”.

Mentre Peter si trovava in carcere a scontare la condanna per quel reato, ricevette la telefonata che cambiò per sempre il corso della sua vita. Un poliziotto, infatti, lo contattò per chiedergli se voleva incontrare le vittime di alcuni suoi reati e partecipare ad alcune sedute di mediazione.

“Ho pensato, ‘forse potrebbe essere carino chiedere scusa’, per anni non mi sono preoccupato di quello che provocavo nelle persone, ma da un po' avevo iniziato a provare rimorso. Non so perché. Qualcosa in me stava cambiando. Non sapevo reagire a questa nuova situazione”. “Onestamente c'è un'altra ragione che mi ha spinto ad accettare: per rompere la noiosa e monotona routine della vita carceraria. Sono stato in prigione per 18 anni, dentro e fuori, ed è incredibilmente noioso”.

Peter iniziò a delinquere quando era ancora molto giovane. A sette anni, infatti, dopo aver preso dei soldi dalla mensola del camino, suo nonno gli spiegò che quando aveva la sua età, se voleva qualcosa, andava in un negozio, rompeva la vetrina e se la prendeva. Fu così che Peter iniziò a rubare. Peter era contento di fare il ladro; vedeva la prigione come un luogo dove andare ogni tanto, drogarsi, restare per un periodo, per poi tornare a casa e ricominciare tutto da capo.

Il giorno in cui decise di incontrare due delle sue vittime era agitato e non sapeva nemmeno raffigurarsi precisamente il motivo della propria scelta. Una volta raggiunta la stanza dell'incontro²⁹⁶, fu il primo a parlare. Raccontò com'era entrato nella casa e, mentre stava liberamente parlando, disse: "when we met". L'espressione utilizzata fece infuriare ferocemente la vittima (William) che inveì contro di lui, creando un momento di pura tensione, necessaria, tuttavia, per la successiva e proficua evoluzione delle sedute. Will, infatti, da quel momento, riferì dello stress subito e dello stato di continua angoscia che gli aveva provocato il reato; sentiva, in particolare, di non poter più proteggere la sua famiglia e la sua casa, emozioni che gli provocavano un senso di angoscia profonda e di rabbia. Dopo essere stato derubato era, difatti, caduto in depressione, ma, affrontare il rapinatore gli stava finalmente permettendo di superare lo shock. Dopo tanto tempo, si stava sfogando in modo libero ed incontrollato, così esprimendo tutto ciò che l'aveva oppresso in quel periodo²⁹⁷.

²⁹⁶ Le sedute di mediazione, in questa circostanza, si sono svolte direttamente in carcere.

²⁹⁷ "Stavo giusto preparando le mie cose della palestra quando ho visto un ragazzo nel corridoio al piano di sopra e ho pensato "Oh, Cristo". Quando l'ho affrontato mi ha detto che aveva sentito un rumore ed

Quando Will fu contattato dal mediatore della Polizia accettò immediatamente di partecipare all'incontro²⁹⁸. Tuttavia, non appena entrò nella prigione, provò un sentimento di disgusto, soprattutto dopo che Peter, riferendo dell'aggressione, si espresse nel modo predetto. La mediazione, tuttavia, gli permise di spiegare al reo che non si erano incontrati in un bar, ma che Peter era entrato in casa sua e l'aveva colpito in testa, manifestando così i suoi sentimenti di frustrazione sofferti a causa della costante sensazione di non poter proteggere la propria famiglia.

era venuto a controllare. Ha detto che era un vicino. Gli ho chiesto dove viveva e lui ha detto "Numero 2." Quindi gli ho chiesto dove fosse e lui ha puntato il dito nella direzione sbagliata. L'ho gettato sul pavimento. Volevo rimanere solo in una stanza della casa; volevo difendere la mia famiglia invece gli lanciavo cose e poi le riprendevo indietro. In quel momento, lui è corso in cucina e ha detto che aveva un coltello. Ho tirato la sua giacca per immobilizzargli le braccia, avevo visto qualcosa di simile in tv nel telefilm di Starsky e Hutch. Lui ha preso una teglia e me l'ha sbattuta in testa. Era "pompatto", l'avevo notato. Potevo vedere dai suoi occhi che era pesantemente drogato. Non era un combattente, non proprio. Lo volevo spingere giù per le scale, ma poi ho realizzato che poteva volare fuori da una finestra e l'ho lasciato. Lui è corso giù dalle scale e l'ho seguito. Sul pianerottolo mi ha colpito sulla testa con la pentola, ma nuovamente sentivo che non era un combattente ed insistevo nella difesa. Quando uscimmo finalmente dalla casa, chiamai aiuto e due ragazzi che passavano si buttarono su di lui. Ero solo quando arrivò la polizia e dissi che loro avevano chiamato l'ambulanza; solo allora realizzai che c'era del sangue che mi usciva dalla testa.

Tempo dopo, tutte le volte che tornavo a casa sentivo che c'era qualcuno dietro la porta. Era pesante, alla fine insopportabile. Non capivo che potesse essere la classica depressione. La tua casa è l'unico posto dove ti senti realmente sicuro e non era più così".

²⁹⁸ Uno dei presupposti per poter praticare la mediazione è il consenso delle parti, dato che in assenza del quale non vi può essere alcun incontro. Inoltre è indispensabile la condivisione circa l'esistenza del reato; non è necessario che vi sia concordanza su ogni elemento della fattispecie tipica, ma è indefettibile che almeno vi sia l'accordo circa il fatto che il reato sia stato commesso e sulle modalità di realizzazione dello stesso.

“Non sapevo realmente come mi sentivo fino a quando tutte le cose non sono venute semplicemente fuori, come l’acqua dell’idrante su un fuoco. Dopo ero esausto, ma sapevo che non ci sarebbe stato nessuno dietro la mia porta. Le persone pensano che la restorative justice sia facile, ma non è così. E’ davvero difficile confrontarsi con qualcuno che ti ha procurato del male. Però penso che si dovrebbero incontrare i criminali e parlarci, come in un rito iniziatorio che serve per riappropriarsi di se stessi. E per capire che il crimine non è solo qualcosa di personale. Le persone che ascoltano spesso ci dicono che siamo stati gentili con il crimine. Così noi cambiamo il loro approccio: noi diciamo che questa non è un’opzione facile per i criminali, ma è buona per le vittime. Nei tribunali, il giudice è al centro, poi ci sono la giuria, gli avvocati e l’imputato. A destra in alto nella galleria c’è la vittima, la persona che ha più sofferto a causa del crimine. Nella restorative justice, c’è la vittima, con i suoi cari, al centro della stanza che parla con il reo. E le vittime possono finalmente chiedere: ‘Perché l’hai fatto?’”.

Alla fine dell’incontro, Will chiese a Peter di scrivergli ogni sei mesi cosicché gli raccontasse dei progressi che avrebbe fatto per ricominciare una nuova vita all’insegna della legalità. Peter si sentiva umiliato: *“questi uomini che avevo aggredito si protendevano verso di me. Sembravano preoccuparsi per me e non c’era ragione di farlo. Ed era questo che contava, volevo che fossero orgogliosi di me”.* Peter, da quel momento, ha davvero cambiato la sua vita. Scrisse subito alle sue vittime e Will gli rispose chiedendogli come si sentiva e cosa stesse facendo²⁹⁹.

Poco dopo, Peter iniziò a seguire un corso di consulenza e incontrò una donna chiamata Louise che diventò sua moglie. Al matrimonio, Kim Smith, il mediatore, fu il suo testimone di nozze. Successivamente, Peter partecipò anche alla cena per la pensione di Will.

²⁹⁹ *“Forse ho pianto quando ho letto la lettera, nessuno mi aveva mai chiesto come mi sentivo o aveva voluto*

Ora Peter e Will lavorano insieme per combattere il crimine. Peter, infatti, collabora con la *Metropolitan Police* occupandosi dei progetti di *restorative justice* e frequentemente Will lo assiste.

Il secondo caso³⁰⁰ concerne un’ipotesi di omicidio colposo perpetrato da un ragazzo di 17 anni, Jimmy, ai danni di un suo amico e coetaneo, Gary. Il reato si è consumato a casa della nonna di Gary, dopo una breve colluttazione tra i due giovani in cui Gary rimase ucciso cadendo dalle scale. Sharon, la sorella della vittima, era anche la fidanzata del reo. Durante il periodo di permanenza in prigione, Jimmy aveva provato a mettersi in contatto con Sharon inviandole più volte alcune lettere. L’eventualità che la relazione tra i due potesse continuare preoccupava profondamente gli altri membri della famiglia. In particolare, Eileen, la zia della vittima, voleva contattare Jimmy per scoprire se fosse ancora fidanzato con sua nipote. I mediatori le avevano suggerito di inviargli una lettera con la quale far sapere al ragazzo come il reato avesse afflitto tutta la sua famiglia e come si sentissero a causa sua. Quando i mediatori si recarono in prigione, trovarono un ragazzo scosso, che rispondeva a monosillabi. Non appena costui lesse le parole di Eileen le volle immediatamente rispondere per farle sapere che l’omicidio era stato solo un tragico incidente e che anche Sharon, la sorella della vittima, era coinvolta nel tragico evento. I mediatori chiarirono alla famiglia che Jimmy non voleva far trasparire l’idea che lui non fosse responsabile per il reato, ma, piuttosto, che il

sentire da me una risposta sincera prima d’ora” (Woolf P., *op.cit.*, p.3, traduzione mia).

³⁰⁰ Crosland P., Liebmann M., “40 cases. Restorative justice and victim-offender mediation”, *Mediation UK*, October 2003, case 34.

tragico evento era accaduto per una ragione che non si poteva spiegare senza ferire profondamente tutte le persone coinvolte. Tuttavia, è stato grazie alla lettera che Sharon scrisse dopo un breve periodo a Jimmy che si poté definitivamente superare il trauma subito a causa del reato. Infatti, in quella missiva, la ragazza finalmente ammise il suo coinvolgimento nella vicenda, così permettendo a Jimmy di superare l'ossessione che aveva sulla sua non completa responsabilità della morte di Gary. Tale oppressione, infatti, non gli permetteva di riprendere il contatto con la realtà ed iniziare a lavorare sul suo futuro. Da quel giorno Jimmy cambiò totalmente atteggiamento passando da un quasi assoluto riserbo e chiusura ad una solarità ed ilarità ormai da tempo sopita. La procedura ha avuto effetti estremamente positivi anche sulla zia Eileen che è riuscita a superare il trauma a tal punto da essere contenta che la comunicazione tra i due ragazzi si fosse riaperta. Il cammino è durato nove mesi ed è stato talmente efficace da permettere alle persone coinvolte di ritornare ad avere un'esistenza normale, priva di risentimenti e di rancori.

L'ultimo caso³⁰¹ è particolarmente toccante e ha coinvolto quattro ragazzi giovanissimi. Il reo, Lee, aveva 15 anni al momento del fatto ed era probabilmente rimasto traumatizzato dalla recente separazione dei suoi genitori, molto più di quanto i suoi familiari si fossero accorti fino a quel momento. La vittima, Katie, aveva 12 anni ed il giorno dell'aggressione giocava nel parco con due amici, Claire e Daniel. Lee li osservava arrabbiato perché pensava lo stessero schernendo in quanto aveva perso la sua pallina da golf. Tale circostanza del tutto assurda se narrata, ma

evidentemente profondamente determinante in un ragazzo psicologicamente disturbato, lo portò ad aggredire i tre ragazzini. Lee, furioso, infatti, intimò Claire e Daniel di andare a casa, ma Katie gli rispose che dovevano rimanere tutti insieme e gli propose di aiutarlo a ritrovare la sua pallina. Lee si arrabbiò a tal punto che iniziò a picchiare Daniel ed ordinò a Claire di raccogliere il maggior numero di bastoni che trovasse. Lei, spaventata, iniziò con il prendere quelli più vicini a Daniel. Fu allora che Lee li minacciò di ucciderli nel caso in cui avessero raccontato a qualcuno l'accaduto. Lee, poi, disse a Katie di seguirlo nel vicino cespuglio in modo che fossero parzialmente nascosti dagli altri e le ordinò di baciarlo. Lei rifiutò. Lui le chiese spiegazioni sul suo rifiuto e le promise di lasciarla libera se lei avesse acconsentito a baciarlo. In realtà, approfittando della debolezza della bambina, iniziò a violentarla imponendole di masturbarla e di fare sesso orale. Dopo lo stupro si definì soddisfatto dell'esperienza. I tre bimbi, una volta tornati a casa, trovarono il coraggio di raccontare l'accaduto ai loro genitori che denunciarono il fatto alla polizia. Lee fu identificato poco dopo e condannato a tre anni di detenzione. Fu proprio Katie che, appena un anno dopo l'accaduto, chiese di poter incontrare Lee. Sentiva di doverlo vedere e porgli delle domande che l'affliggevano profondamente e che, probabilmente, le avrebbero permesso di superare il trauma. Lee si dimostrò disponibile, era felice di poterla aiutare in qualche modo. Durante l'incontro Katie pose 16 domande, a cui Lee rispose sinceramente ed in modo esauritivo. La mamma di Katie, poi, con il permesso della ragazzina, raccontò i momenti difficili trascorsi dopo la violenza che avevano causato delle alterazioni profonde nello stile di

³⁰¹ *Ibidem*, case 38.

vita di sua figlia al punto da non volere nemmeno che la madre l'aiutasse a farsi il bagno o la vedesse svestita. A quel punto Lee si scusò sinceramente e promise dal profondo del cuore che non avrebbe mai più fatto niente di simile in vita sua. Insieme firmarono un accordo di ristorazione e la mamma di Katie gli augurò di essere felice nella sua vita e di recuperare il rapporto con i suoi genitori il prima possibile. Poco dopo la madre di Katie inviò una lettera ai mediatori ringraziandoli per il lavoro svolto e raccontando loro che, finalmente, sua figlia era tornata alla normalità e aveva superato il trauma, dimenticando quanto accaduto.

L'importanza della mediazione pare evincersi chiaramente negli esempi appena citati. Quello che si è cercato di dimostrare, tra le altre cose, è la circostanza per cui gli incontri tra le parti durante il percorso di *restorative justice* permettono di raggiungere, in un crescendo di emozioni, un *climax* fatto di rabbia, rancore e sofferenza a partire dal quale gli interlocutori cominciano veramente il percorso che li porterà a superare le affezioni causate dal reato e ad affrontare il seguito degli incontri in modo nuovo. È, infatti, solo e proprio a partire da quel momento che si assiste al cambiamento. Prima è solo una confusa nube di emozioni che si affastellano e abbisognano di essere portate alla luce. Senza i mediatori che sapientemente guidano questo percorso non si potrebbe ottenere la "chiarificazione", senza la mediazione non sarebbero possibili analoghi risultati nel normale percorso di rieducazione carceraria. Per questo motivo non è pensabile credere in una reale capacità di recupero del reo tramite il modello rieducativo classico.

3. La Carta Costituzionale: profili di compatibilità.

La norma attorno alla quale ruotano la maggior parte delle discussioni circa l'ammissibilità di pratiche ristorative nel nostro sistema processual-penalistico è l'articolo 112 della Costituzione che sancisce il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Seppur lodabile negli intenti - in quanto dogma volto a garantire che tutti i cittadini ricevano uguale trattamento di fronte ad un *factum criminis*³⁰² - tuttavia, nella pratica, rappresenta un precetto di impossibile adempimento³⁰³: i procuratori sono, infatti, nella impossibilità

³⁰² Il pubblico ministero, infatti, a fronte di una notizia di reato è obbligato ad iniziare le indagini senza che la sua scelta sul *se* o sul *quomodo* intervenire possa essere influenzata da alcun criterio di opportunità ovvero di merito.

³⁰³ "Il principio di obbligatorietà di una qualsiasi condotta implica l'affermazione di doverosità di un determinato comportamento purché lo stesso sia unanimemente possibile (proprio per questo è un ..principio, cui non è detto si accompagni una .. fine); al contrario il principio di discrezionalità significa che un determinato comportamento non è doveroso, e quindi "obbligatorio", anche se effettivamente ed umanamente possibile. Di conseguenza l'impossibilità di tenere un determinato comportamento doveroso non significa affatto disconoscimento della sua "obbligatorietà" ma solo constatazione di un'impossibilità, di cui si debbono trarre le conseguenze, che non implicano necessariamente la ricaduta nell'opposto principio della "discrezionalità". Nel momento in cui l'obbligatorietà non è percorribile perché si versa nel campo dell'impossibilità giuridica occorre fare delle scelte, scelte che devono essere giustificate mediante criteri che non ricadano in opzioni di politica criminale, ma piuttosto siano basate su scelte oggettive (Maddalena M., "Ossequio formale od obbedienza reale? L'obbligatorietà dell'azione penale", *Critica Penale*, Sesta Serie, 2007, fascicolo 1, pp. 5-26). Invece di accettare tale situazione di "implicita non applicazione" come dato di fatto, occorrerebbe piuttosto trovare quelle strategie che siano il più possibile compatibili con tale principio e allo stesso tempo, introducano un elemento di oggettivizzazione di tali scelte. In un clima di accettazione dell'impossibile, l'introduzione della mediazione o di pratiche nuove che siano in parte contrastanti con tale principio, non sarà poi così tanto una stonatura.

materiale di rispettare l'obbligatorietà ivi consacrata. Tale inottemperanza, seppur causata da ragioni oggettive³⁰⁴, integra un reato, seppur malcelato, diniego di giustizia ai cittadini³⁰⁵.

Per far fronte a questo *deficit* di tutele si può intervenire con soluzioni più confacenti alla norma *de quo* che siano comunque funzionali al rispetto del principio in essa garantito: la mediazione rappresenta una di queste possibilità³⁰⁶. Quanti ritengano che la giustizia ristorativa non sia un istituto compatibile con il suddetto principio rimangono ancorati a letture statiche ed ascritte ad una logica di antichi fasti di un passato non poi così lontano³⁰⁷. Costoro,

³⁰⁴ Tra le principali possiamo ricordare per esempio "l'ipertrofia" del sistema penale, peraltro contraria al principio del diritto penale quale "extrema ratio". Con il termine di "ipertrofia" si indica l'eccessiva estensione del diritto penale. La triste prassi si evince dal fatto sconcertante che il diritto criminale attualmente copre qualsivoglia settore esistente del diritto, anche casi in cui i beni giuridici protetti dalla fattispecie incriminatrice non siano di tale importanza da meritare la tutela penalistica. A questa problematica si aggiungono altresì la scarsità di personale e di risorse ed una cronica inefficacia nel funzionamento delle burocrazie amministrative cui gli uffici giudiziari ne sono una perfetta esemplificazione.

³⁰⁵ La situazione è doppiamente pericolosa: in primo luogo, in quanto violazione *ex se* di una prescrizione costituzionale, in secondo luogo, perché ciò viene legittimato *ex post* stante la constatazione dell'impossibilità di fare altrimenti. In queste ipotesi, infatti si passa da un'illegittimità reale e assolutamente significativa ad una sorta di legittimazione per "impossibilità sopravvenuta".

³⁰⁶ L'altra possibilità consisterebbe nell'introdurre il principio di facoltatività dell'azione penale; ipotesi non peregrina e, soprattutto, da non sottovalutare in quanto particolarmente efficace in relazione alla riduzione del carico giudiziario.

³⁰⁷ La maggior parte di coloro che sono ancora legati al principio di obbligatorietà sono in massima parte ascritti ad un'idea di estremo garantismo costituzionale di cui la norma ne costituisce una perfetta rappresentazione. A queste obiezioni si aggiungono preoccupazioni di ordine operativo. Si teme, infatti, che voltando il sistema alla discrezionalità, si indurrebbe il pubblico ministero a scelte basate su ragioni di convenienza influenzate dal barone di turno, con il rischio di spingere la giustizia in un baratro ancor più profondo. A costoro si possono presentare ben due

infatti, ritengono che una mediazione esperita efficacemente nel corso delle indagini preliminari, portando all'archiviazione definitiva del procedimento, impedirebbe l'adempimento dell'art. 112. In realtà, se si optasse per un'interpretazione per così dire "illuminata" del principio *de quo*, si potrebbe diversamente sostenere che se vi fosse un'esplicita previsione della mediazione quale meccanismo di soluzione alternativa delle controversie penali, non solo si adempirebbe al principio di obbligatorietà, ma altresì a quello di riserva di legge in materia penale (art. 25 Cost.). In particolare, quando l'incontro di mediazione riesce, le parti raggiungono un accordo che solitamente è diretto a ristorare la vittima per le conseguenze pregiudizievoli scaturite dal reato. Tale obbligazione, seppur sprovvista dell'afflittività che di solito caratterizza la sanzione penale (e questo non si può in alcun modo considerare un male, anzi, tutt'altro), rappresenta comunque una modalità, seppur differente, di esperire l'azione

obiezioni. Innanzi tutto, la modificazione di una norma costituzionale non implica per ciò stesso una totale abnegazione dei principi che sono completa attuazione del disegno costituzionale globale. Infatti, seppur introducendo la facoltatività dell'azione penale, purtuttavia si potrebbe conservare inalterata l'organizzazione del sistema giudiziario, così confermando il rispetto dei principi che ne tutelano l'autonomia e l'imparzialità ovviando a quanti temono che, diversamente, il pubblico ministero verrebbe soggiogato a meccanismi di imposizione e di potere. Situazione diversa, invece, laddove parallelamente all'introduzione della discrezionalità si optasse per la separazione delle carriere. Lì si che i rischi sarebbero maggiori e pericolosi.

In secondo luogo, anche la discrezionalità potrebbe essere accompagnata da ulteriori cautele quali, ad esempio, la previsione esplicita, e possibilmente a livello costituzionale, di linee guida per orientare il Pubblico Ministero in fase di selezione di quali reati perseguire e con quali modalità. In questo modo, i pericoli ed i dubbi per il cambiamento - almeno i principali - potrebbero essere fronteggiati e superati e

penale in quanto il reato non rimane impunito. Si può di conseguenza affermare che la mediazione non si pone in una logica di rinnegazione del principio in esame, ma, più propriamente, si esaurisce in una sua diversa applicazione. Optando per questa soluzione si avrebbe “un’applicazione non rigorosa del principio di obbligatorietà” grazie alla quale il pubblico ministero potrebbe legittimamente richiedere l’archiviazione ove si “riuscissero a individuare spazi normativi che, all’interno del procedimento legale-formale, consacrino, anche processualmente, l’eventuale esito positivo della mediazione”³⁰⁸. Quest’ultima soluzione potrebbe essere ulteriormente legittimata richiamando alla mente una pronuncia della Corte Costituzionale in cui si è affermato il principio secondo il quale il “processo non deve essere instaurato quando si riveli sostanzialmente superfluo”³⁰⁹. Questo è sicuramente il caso in cui la mediazione ha avuto esito positivo dopo che sia stata esperita durante le indagini preliminari. In tali ipotesi, infatti, il processo non avrebbe ragion d’essere poiché la sua funzione - perseguire l’interesse pubblico ad una generale repressione dei reati³¹⁰ - sarebbe già stata soddisfatta dalla pratica ristorativa che, in aggiunta, avrebbe anche un’utilità specifica per le parti e, più in particolare, per la vittima che, per la prima volta, otterrebbe un ristoro. Le esigenze che si perseguono nel giudizio ordinario (quali, ad

non si dovrebbe più temere per la eventuale innovazione.

³⁰⁸ Patanè (non c’è l’indicazione del titolo dell’articolo) in Mestiz A. (a cura di), *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004

³⁰⁹ Corte Costituzionale, sentenza numero 88 del 15 febbraio 1991, *Giurisprudenza Costituzionale*, p. 591.

³¹⁰ A ben vedere, l’interesse alla “generale repressione dei reati” sarebbe comunque garantito dalla presenza di un accordo conclusivo che dispone, nella maggior parte dei casi, una punizione per il reo.

esempio, l’interesse pubblico a punire chi offende beni giuridici particolarmente significativi, necessità di una pena che sia rieducativa, celerità nella conclusione dei processi, giusto processo) sarebbero raggiunte proprio per il tramite dell’intervenuta mediazione, diventando così superflua ogni ulteriore azione dell’Autorità giudiziaria in tal modo legittimando il pubblico ministero a richiedere l’archiviazione.

Inoltre, “per superfluità potremmo anche intendere la non utilità a perseguire un fatto che, se pur astrattamente previsto dalla legge come reato, ha perso i requisiti di offensività/lesività. La riparazione del danno riduce il disvalore sociale della condotta, diminuendone – qualora non riesca, addirittura, ad azzerarle – le conseguenze pregiudizievoli. Si tratta dunque di un giudizio di offensività esprimibile non *ex ante*, bensì *ex post*, venendo calibrato pure sulla base del comportamento dell’autore successivo al fatto”³¹¹. Tale ultima soluzione prospettata avrebbe altresì l’effetto di consentire l’attenuazione della discrasia esistente tra il precetto e l’istituto in esame, così legittimandone definitivamente una sua eventuale introduzione.

Un’ulteriore opzione ermeneutica, funzionale a rendere la mediazione compatibile con il principio di obbligatorietà, potrebbe essere quella di inserire l’istituto in esame tra le cause tipizzate che consentono la declaratoria di estinzione del reato. Infatti, laddove la pratica avesse esito positivo, il giudice lo potrebbe dichiarare estinto proprio per l’intervenuta mediazione tra le parti, similmente a quanto accade con la messa alla prova dei

³¹¹ Tigano S, “Giustizia riparativa e mediazione penale”, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, 2006, p. 14.

minori³¹² così evitando *tout court* l'apertura del processo; questo almeno per i reati di minore gravità. Diversamente, nel caso di offese più significative, come vedremo nel prosieguo della trattazione, anche laddove venisse espletata efficacemente la procedura, non verrebbe meno l'opportunità di instaurare il procedimento ordinario e la mediazione potrebbe rappresentare al più un elemento utile per il giudice per stabilire la pena più congrua, così affiancandola ai criteri di cui all'art. 133 c.p., ovvero per comminare nuove sanzioni che ne recepirebbero i risultati³¹³. È opinione di chi scrive, dunque, ritenere che sarebbe da privilegiare una “*discrezionalità formalizzata rispetto ad un'obbligatorietà solo formale*” dell'azione penale³¹⁴, ossia accettare un'interpretazione più elastica del principio in esame piuttosto che rimanere ancorati ad un'ideale utopico in quanto irraggiungibile. A tal fine potrebbe essere illuminante la soluzione prospettata dall'ordinamento austriaco che vanta, in una realtà simile alla nostra - in quanto opera in un terreno di obbligatorietà dell'azione penale - un grado di sviluppo dell'istituto della *restorative justice* di notevole rilievo. L'opzione prescelta non è esente da alcune criticità di fondo, pur rappresentando un primo tentativo verso scenari

³¹² Nel caso della messa alla prova minorile è previsto che il giudice sospenda il processo dando al minore un periodo di tempo durante il quale lo stesso dovrà espletare determinate attività funzionali al suo recupero e alla sua rieducazione. Nel caso di esito positivo della prova, il giudice dichiara il reato estinto. La messa alla prova rappresenta l'unico espediente tramite il quale sono state sperimentate ipotesi di mediazione nel nostro Ordinamento. In particolare, su suggerimento degli assistenti sociali, il giudice può inserire, tra le varie prescrizioni oggetto della messa alla prova, solo tuttavia in presenza di specifico assenso delle parti, anche il tentativo di mediazione.

³¹³ L'argomento verrà meglio approfondito nel seguito della trattazione.

³¹⁴ Tigano, *op.cit.*, p. 14.

innovativi e di buon livello. In Austria, infatti, la mediazione viene vista quale tecnica di *diversion* e presuppone un preventivo accordo tra il reo e il Pubblico Ministero necessario e funzionale a chiudere definitivamente la vertenza e per consentire l'accesso alla mediazione. In aggiunta sono previsti una serie di requisiti che ne evidenziano chiaramente la ristretta operatività. Tra questi, a nostro avviso, riveste particolare significato la limitazione della sua esperibilità ad un circoscritto catalogo di reati. Più in particolare, sono suscettibili di riscontro positivo solo le offese punite con la sanzione della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni³¹⁵ risultandone esclusi, per esempio, tra gli altri, l'omicidio colposo ed i reati che presuppongono la cosiddetta colpa grave, l'equivalente del nostro dolo³¹⁶.

Conclusivamente, accettando interpretazioni ermeneutiche ascritte ad una logica di innovatività, si arriva pacificamente ad affermare la compatibilità della mediazione rispetto al principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Un'ulteriore disposizione costituzionale che viene richiamata per osteggiare l'introduzione della mediazione nel nostro ordinamento è l'art. 27, 2° c Cost. che, come noto, postula il principio della presunzione di non colpevolezza dell'imputato

³¹⁵ La gran parte delle ricerche empiriche fatte nel settore ha dimostrato che la mediazione aiuta le vittime a superare il trauma subito dal reato soprattutto se praticata nei confronti di persone che hanno subito offese particolarmente significative. Per un approfondimento della tematica cfr. Wilcox A., Young R., Hoyle C., *An evaluation of the impact of restorative cautioning: findings from a reconvict study*, in www.crimereduction.homeoffice.gov.uk, PDF document, 2004; Sherman L. W., Strang H., *Restorative justice: the evidence*, published on the Jerry Center of Criminology, University of Pennsylvania, 2007.

fino alla conclusione del processo³¹⁷. In particolare, si teme che, laddove la mediazione abbia esito negativo, sussista il rischio che il giudice fondi il proprio convincimento sull'implicita ammissione di colpevolezza che il reo ha fatto nel momento in cui ha deciso di aderire alle predette pratiche. Per ovviare a tali problematiche i "principi minimi" dell'ONU e la Raccomandazione del Consiglio d'Europa (99) numero 19 sulla mediazione hanno sancito espressamente il divieto per il giudice di fondare il proprio convincimento su tali elementi, imponendogli di seguire le normali regole probatorie per decidere sulla responsabilità dell'imputato. L'esito negativo della mediazione, dunque, non può formare oggetto di alcuna valutazione o essere parte del convincimento del giudice. Le sopracitate norme, infatti, operano proprio in tal senso laddove obbligano il mediatore a riferire al giudice solo quanto assolutamente necessario per riaprire il procedimento (o chiuderlo) e secretare il restante materiale oggetto del suo fascicolo. In questo modo, il magistrato si limita a constatare l'avvenuta/tentata mediazione e decide, a seconda del risultato della stessa, se continuare o meno con il procedimento, in perfetta attuazione dell'articolo 27, 2° comma della Costituzione. A ben vedere, la medesima soluzione sarebbe altresì ottenibile applicando i rimedi previsti dal nostro codice di procedura penale nella parte in cui disciplina il cosiddetto diritto al silenzio (artt. 62,

64, 65 c.p.p.)³¹⁸. Tali norme, in particolare, impongono di rispettare il diritto dell'imputato a non rendere dichiarazioni circa la propria responsabilità. Se il reo decidesse di partecipare alle pratiche mediatorie, la sua volontà in tal senso non potrebbe per ciò stesso avere valore di una confessione e, conseguentemente, il reo potrebbe continuare ad esercitare il diritto di tacere in ordine alla propria responsabilità. E così anche «*le dichiarazioni comunque rese (..) non possono formare oggetto di testimonianza*» (art. 62 c.p.p.). Nel caso della mediazione, dunque, qualunque affermazione resa dal reo nel corso delle pratiche sarebbe ad esclusivo appannaggio delle parti e del mediatore, rimanendo oggetto del materiale secretato di cui sopra. Il reo, inoltre, può e deve scegliere autonomamente e liberamente di voler partecipare alle procedure di cui si discute. E se, per potervi partecipare, deve esservi concordanza circa gli elementi più significativi del reato, questo non comporta - né potrebbe altrimenti comportare - per ciò stesso alcuna conseguenza circa l'esito del processo ordinario - in caso di esito infausto della procedura - in quanto, all'opposto, si violerebbero i più elementari canoni di civiltà giuridica. Infatti, diversamente ragionando, vi sarebbe un'implicita coartazione della volontà del reo, il quale sarebbe indotto a non partecipare alla pratica per paura che, la mancata riuscita della stessa, si potrebbe riverberare sulla valutazione della sua colpevolezza nel successivo procedimento. Principio questo, altrettanto imposto dall'articolo 64 c.p.p.³¹⁹, oltre che dall'art. 27 comma 2 della

³¹⁶ Ministero della Giustizia, atti del convegno conclusivo del progetto Me.D.I.A.Re, 2004.

³¹⁷ Ruggieri F., "Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile", in Picotti L. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, Mannozi G., *La giustizia senza spada*, Giuffrè, Milano, 2003, Tigano S., *op.cit.*

³¹⁸ Mannozi G., *op.cit.*

³¹⁹ Art 64,2° c cpp: «*Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interrogata, metodi o tecniche idonei ad influire sulla libertà di*

Costituzione sopra citato. Come visto, sia mediante il richiamo alla disciplina sovranazionale, sia con il rispetto delle disposizioni del nostro codice di rito, si ovvierà a qualsiasi asserita incompatibilità dell'istituto con la presunzione di innocenza, venendo così meno ogni ulteriore ostacolo all'introduzione della mediazione nel nostro ordinamento.

Il principio di riserva assoluta di legge esistente in materia penale *ex art. 25 Cost.* risulterebbe facilmente rispettabile se si introducessero specifiche disposizioni codicistiche e legislative sulla mediazione. La riserva assoluta di legge riguarda altresì le sanzioni penali³²⁰. Per adempiere a tale ultimo precetto occorrerà ipotizzare un ventaglio di sanzioni che siano fisse nell'impianto generale, ma sufficientemente elastiche nelle modalità attuative cosicché le parti - ed il mediatore - possano operare con la necessaria mobilità e versatilità tipica di queste pratiche. L'esempio dell'Inghilterra in questo settore è particolarmente illuminante. Il giudice può, infatti, emettere un provvedimento, il *Community Order*, accanto alle più tradizionali sanzioni della multa e della reclusione. La predetta pena è caratterizzata da un'estrema flessibilità ed elasticità in quanto riempibile con i più disparati contenuti quali, ad esempio, programmi di recupero e di riabilitazione per alcool e tossicodipendenti, lavoro gratuito a favore della comunità o della vittima, attività a favore delle persone offese dal reato, etc. Se si introducesse anche nel nostro ordinamento una sanzione analoga, si potrebbe ottenere un duplice obiettivo: da un lato, rispettare il principio di

autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti».

³²⁰ Tigano S., *op.cit.*

riserva assoluta di legge e, dall'altro lato, avere una sanzione nuova perfettamente in armonia con i presupposti della mediazione penale.

Un ultimo dubbio di legittimità costituzionale potrebbe essere paventato in relazione al rispetto del divieto di non discriminazione *ex art 3 Cost.*³²¹. Anche tali obiezioni, a nostra opinione, non hanno alcuna ragion d'essere. L'asserita disparità di trattamento si concreterebbe laddove alcuni imputati venissero ammessi a partecipare alla mediazione, in quanto la vittima vi acconsentisse, rispetto a coloro i quali, dall'altro lato, ne fossero esclusi, laddove la vittima vi fosse opposta. A ben vedere, in tali circostanze, non si assiste ad alcuna discriminazione. Infatti, se è vero come è vero che il reo che subisce il giudizio ordinario subisce una condizione meno favorevole di quanti siano ammessi alle conferenze di ristorazione, tuttavia, in queste ipotesi, non si può ritenere sia perpetrata una discriminazione in quanto tutti, e sottolineo tutti, gli imputati e le vittime sarebbero messi nella stessa astratta possibilità di partecipare alle conferenze. Se poi la pratica non avesse luogo, ciò non la trasformerebbe per ciò stesso in una procedura illegittima. Diversamente operando la mediazione verrebbe imposta coartando la volontà delle parti. La legittimità di una procedura rimane tale fino a che la possibilità è astrattamente offerta a tutti gli interessati e questi hanno la concreta facoltà di decidere il se e il quando della mediazione.

³²¹ Per un approfondimento sull'argomento vedi in particolare: Ashworth A., "Punishment and Compensation: Victims, Offenders and the State", in *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford University Press, vol. 6, n. 1, 1986, pp. 86-122, che affronta ampiamente le diverse ipotesi di discriminazione che potrebbero paventarsi in ordine all'introduzione di forme ristorative all'interno dei diversi Ordinamenti penali.

Dall'analisi delle norme costituzionali appena svolta si può affermare che la mediazione, non essendo osteggiata da alcun precetto, risulterebbe una scelta perfettamente percorribile dal legislatore e, pertanto, sarebbe opportuno iniziare concretamente a ragionare sulla possibilità di introdurre reali ipotesi di *restorative justice* nel nostro ordinamento.

4. Un nuovo procedimento in una prospettiva *de iure condendo*.

Una volta appurata la compatibilità costituzionale della mediazione, non resta che ipotizzare un procedimento penale che includa al suo interno ipotesi di mediazione praticabili quali forme alternative e/o parallele al giudizio ordinario.

Prima di scendere nel merito della questione, tuttavia, pare opportuno tracciare brevemente le linee generali delle procedure sviluppate in Inghilterra che hanno ispirato la presente trattazione³²². Anzitutto va preliminarmente sottolineato come il *prosecutor* non sia vincolato al principio di obbligatorietà, nonostante sia il titolare dell'azione penale, in quanto egli è legittimato - o meglio obbligato - ad operare una valutazione di merito e di opportunità sulla scelta del *se* perseguire quel determinato reato in vista della tutela del preminente interesse pubblico. Ma non è il solo. Infatti, anche la polizia, nel corso delle indagini, effettua analoghe considerazioni prima di scegliere se inviare il caso al pubblico ministero. La *metropolitan police* è la prima istituzione legittimata ad esperire tentativi di mediazione denominati *restorative caution*. In

particolare, laddove non ritenga di riferire il caso al pubblico ministero perché, per esempio, di scarsa significatività e dunque soccombente rispetto alla tutela del predetto interesse pubblico, può, per responsabilizzare il reo del gesto commesso, proporre alle parti di incontrarsi e tentare una mediazione. Gli studi hanno dimostrato, tuttavia, la minor efficacia di tali procedure³²³. Se invece il caso viene riferito al pubblico ministero le ipotesi che si profilano sono tre: la polizia può esperire la conferenza ristorativa prima di inviare il caso alla pubblica accusa; ovvero può essere lo stesso pubblico ministero a tentare la mediazione prima di inviare il caso al giudice; ovvero, infine, la pratica può essere tentata tra l'ammissione di colpevolezza del reo e la decisione finale del tribunale³²⁴. A ben vedere, la mediazione è valorizzata quanto più possibile in questo ordinamento, al punto che si ritiene opportuno esperirla in ogni momento del

³²³ Per un approfondimento cfr. Wilcox A., Young R., Hoyle C., *op.cit.*

³²⁴ In Inghilterra l'unico limite cui sottostà la mediazione è il *plea guilty* dell'imputato, ossia la sua ammissione di colpevolezza. Diversamente il reo non può partecipare alla procedura. In questo ordinamento viene incentivata moltissimo l'ammissione di colpa. Infatti, oltre alla previsione di sanzioni molto meno gravi, sia in termini di afflittività che di tipologia di pena, vi è anche la possibilità di accedere alla mediazione, possibilità, come detto, preclusa a chi si professa innocente. Tale fede assoluta nella capacità delle prove, che non possono dare scampo a chi ha sbagliato, si concilia con l'idea che l'interesse pubblico superiore è altresì tutelato nel risparmio di tempo, di spese e di energia che consegue ad una immediata ammissione di responsabilità. Ovviamente, un sistema come questo non esclude in assoluto la possibilità di errori e che un imputato si senta coartato nell'ammettere la propria colpevolezza, ancorché creda nella sua innocenza, per paura di ripercussioni. La scelta di limitare l'accesso alla *restorative justice* solo a chi si professi colpevole è altresì in sintonia con i presupposti stessi della mediazione che impongono quantomeno la concordanza tra le parti circa gli elementi più significativi della fattispecie tipica e sull'esistenza del reato, ancorché non imponga una vera e propria confessione.

³²² In particolare, occorre sottolineare come le scelte operate in quel sistema sono state facilitate - e ciò ne un precipuo elemento caratterizzante le stesse - dal regime di *common law* in cui opera quell'ordinamento.

procedimento ed in ogni fase, per ogni tipo di reato - anche per i più gravi - ed in qualsiasi contesto, ovvero ogniquale volta se ne ravvisi la sua praticabilità. Particolare significato riveste la possibilità che il giudice moduli le relative sanzioni a seconda dell'esito della pratica, ridimensionandole verso il basso in caso di condanne custodiali, ovvero scegliendo di riempire con le attività richieste dalla vittima il *community order* di cui si è detto. Frequentemente, poi, le persone offese intervengono nel processo per chiedere al tribunale di tenere conto degli esiti della mediazione - quando efficacemente esperita - per ridurre il trattamento sanzionatorio complessivo. In conclusione, si può notare il favore con il quale l'ordinamento inglese vede questa tipologia di pratiche e come, per favorirne il più possibile l'esperibilità, ne abbia adeguato l'impianto complessivo per accoglierne gli esiti ed incentivarne maggiormente la praticabilità. Per questo motivo è stata altresì estesa la possibilità di ricorrere alla mediazione, ancorché ne venga in parte snaturata la sua sostanza, anche in una fase successiva, laddove il reo ha terminato il percorso punitivo e sta per essere rimesso in libertà. Anche questa eventualità evidenzia ancora una volta l'estensione di tali procedure in questo sistema ed il favore con il quale non solo il legislatore, ma anche gli operatori giudiziari vedano la mediazione.

Per quanto concerne il nostro sistema, invece, ad avviso di chi scrive, sarebbe opportuno introdurre casi di mediazione già durante le indagini preliminari. Una prima possibilità sarebbe quella di far procedere direttamente la polizia giudiziaria - analogamente a quanto evidenziato sopra per l'Inghilterra - a divertere i casi mediabili,

inviandoli ad appositi organi deputati a svolgere la pratica, laddove la responsabilità dell'indagato emerga in una fase iniziale delle indagini e si tratti di reati di particolare tenuità che non abbisognino nemmeno dell'intervento del Giudice di Pace³²⁵. L'opzione prospettata, da un lato, consentirebbe un risparmio significativo di risorse e, dall'altro lato, consentirebbe di ridurre significativamente i tempi della giustizia, evitando di investire in un processo che, in questi casi, è superfluo, per meglio utilizzare le risorse disponibili in un'attività che aiuti effettivamente le parti. Si potrebbe obiettare che la polizia è un organismo di parte che non possiede le competenze specifiche per capire se il caso è mediabile. Per ovviare alla possibili critiche, dovremmo immediatamente ipotizzare una serie molto precisa di requisiti che dovranno sussistere perché le forze dell'ordine possano inviare il caso agli uffici a ciò deputati. Più in particolare, dovrebbe essere previsto un elenco specifico di reati che siano suscettibili di accedere alla mediazione in questa specifica fase, oltre alla necessità di una - quantomeno implicita - ammissione di responsabilità da parte dell'indagato e alla concordanza - anche sommaria - sulle modalità di realizzazione del

³²⁵ Marco Bouchard addirittura auspicherebbe l'esperibilità della mediazione, anche per i delitti perseguibili d'ufficio, non appena emergesse la responsabilità dell'indagato (Brunelli F., "La mediazione nel sistema penale minorile e l'esperienza dell'Ufficio di Milano", in Pisapia G.V., *Teoria e prassi della mediazione*, Cedam, Padova, 2000, p. 68). Tale ipotesi è assolutamente condivisibile, ma non ci siamo spinti fino a questo punto a causa della probabile resistenza che verrebbe mostrata rispetto ad una scelta così radicale. Abbiamo preferito piuttosto rimanere ancorati ad una posizione di compromesso, limitando l'eventualità di un'attivazione immediatamente dopo la scoperta della notizia di reato, alle sole offese meno significative e quindi perseguibili a querela di parte.

fatto tipico³²⁶. Ovviamente alla polizia spetterebbe unicamente il compito di verificare se sussistano i predetti requisiti e, solo dopo che tale indagine avesse avuto esito positivo, potrebbe procedere con l'invio del caso ai centri a ciò deputati, unici veri titolari della concreta e definitiva valutazione circa l'esperibilità della mediazione. Un'ulteriore problematica concerne la valutazione del risultato della mediazione ed, in particolare, come coniugare l'esito della stessa con il processo ordinario. Se la procedura avesse un epilogo negativo il processo continuerebbe con il suo *iter* standard³²⁷. Diversamente, nell'ipotesi di un esito positivo, si potrebbe prevedere una declaratoria di estinzione del reato ad opera del giudice quandanche costui accertasse l'adempimento dell'accordo ristorativo e non ritenesse opportune ulteriori sanzioni.

Tuttavia, il momento più opportuno in cui tentare la mediazione sarebbe, a nostro avviso, all'esito delle indagini preliminari (prima della richiesta di rinvio a giudizio). Infatti, è proprio in questa fase processuale che il Pubblico Ministero, disponendo di tutti gli elementi necessari e sufficienti per sostenere l'accusa in giudizio, avrà gli strumenti per valutare concretamente ed efficacemente l'opportunità della mediazione. In questo modo, si potrebbero abbracciare le più disparate ipotesi delittuose e si eviterebbe il processo quando

³²⁶ In particolare, tra i reati suscettibili di riscontro positivo si potrebbero includere tutte le contravvenzioni, la maggior parte dei reati perseguibili a querela della persona offesa ed alcuni dei crimini di competenza del Giudice di Pace. Ovviamente, per poter accedere alla procedura è imprescindibile il consenso della vittima del reato.

³²⁷ Per evitare lo spreco di denaro che conseguirebbe ad una mediazione risultata "infruttuosa", occorrerà essere estremamente rigorosi nel verificare la sussistenza dei presupposti di praticabilità della stessa, in modo da essere pressoché certi della buona riuscita della mediazione.

ancora ciò è possibile. In particolare, la pubblica accusa potrebbe inviare il caso all'ufficio di mediazione perché valuti se sussistano i presupposti per esperire la procedura ristorativa. Molti autori sono favorevoli all'introduzione della mediazione in una fase così anticipata del procedimento in quanto altresì funzionale a deflazionare il carico giudiziario³²⁸. Un profilo problematico concerne l'individuazione del soggetto legittimato ad inviare il caso agli uffici di mediazione. Con riguardo a tale questione, riteniamo che non sia necessario identificare un referente univoco. A titolo di mero indirizzo, potremmo ipotizzare che sia proprio il pubblico ministero a scegliere se il caso possa essere risolto attraverso la pratica della mediazione ed inviarlo agli appositi centri, in quanto unico titolare dell'azione penale in questa fase. In caso di esito positivo della conferenza, di poi, si potrebbero ipotizzare alcune soluzioni, di cui la seconda – come vedremo subito – è probabilmente più accettabile in quanto limita il contrasto della pratica con il principio di obbligatorietà dell'azione penale³²⁹. La prima potrebbe essere quella di prevedere un'ipotesi di archiviazione in caso di esito positivo della mediazione (dopo la chiusura delle indagini preliminari e prima della richiesta di rinvio a giudizio). Tra i motivi di archiviazione rientra l'ipotesi in cui il reato sia estinto. Se l'avvenuta mediazione fosse inquadrata tra le cause di estinzione, il pubblico ministero potrebbe proprio essere legittimato a chiedere l'archiviazione per questo motivo.

³²⁸ Tra gli altri vedi Ceretti A., Mannozi G., Riparazione meno pena, in www.galileonet.it/dossier; Tigano S., *op.cit.*

³²⁹ Come abbiamo sopra sottolineato la mediazione non si pone in antitesi con il principio di obbligatorietà né

Secondariamente, si potrebbe prevedere un'udienza apposita all'esito della quale il giudice emetta una sentenza di non luogo a procedere, sia sulla base della richiesta di archiviazione del pubblico ministero (in relazione all'ipotesi precedente), sia d'ufficio, ovviamente a condizione che le procedure ristorative diventino ipotesi legali di estinzione del reato. Ovvero, diversamente, si potrebbe introdurre una nuova tipologia di sentenza di non luogo a procedere che recepisca i risultati della mediazione, così trasformando la mediazione stessa in causa legittima del dispositivo. Per non essere così radicali, si potrebbe altresì prevedere una sentenza di non luogo a procedere per particolare tenuità dell'offesa: l'offesa sarebbe tenue perché l'offensività del fatto di reato sarebbe venuta meno grazie all'intervenuta mediazione³³⁰. A tale ultima ipotesi si potrebbero aggiungere poi anche i casi di "irrelevanza del fatto"³³¹. A nostra opinione, tuttavia, sarebbe opportuno estendere la praticabilità della mediazione a tutti i delitti e alle contravvenzioni - dunque non limitarla solo alle ipotesi appena citate di particolare tenuità del fatto ed irrilevanza - e pertanto sarebbe preferibile configurare la *restorative justice* proprio quale causa di estinzione come sopra. La mediazione, infatti, realizza maggiori risultati quando esperita

a seguito di offese particolarmente significative³³²; limitare tali pratiche ai soli reati cosiddetti "bagatellari" potrebbe essere meno incisivo in termini di benefici ottenibili dalle stesse tanto da non giustificare l'innovazione³³³.

A nostra opinione, di poi, occorrerà prevedere altrettanti tentativi di mediazione anche durante il processo, ossia una volta che l'azione penale sia stata esercitata. Questa eventualità sarebbe percorribile grazie ad una valutazione effettuata *ex officio* dal giudice del dibattimento, dal Pubblico Ministero o ad istanza di parte. In questa fase processuale, la procedura sarebbe più opportunamente praticabile - ovviando anche agli inconvenienti sopracitati della compatibilità con il principio di obbligatorietà dell'azione penale - allorché si introducesse anche nel processo con imputati maggiorenni l'istituto della sospensione con messa alla prova³³⁴, già prevista nei processi con imputati minorenni. In questo modo, il giudice suspenderebbe il processo — con messa alla prova dell'imputato — per tentare la mediazione e, laddove la conferenza si concludesse con esito positivo, potrebbe pronunciare sentenza di non luogo a procedere con contestuale dichiarazione di estinzione del reato. Se la sospensione diventasse un istituto ad applicazione generalizzata ne conseguirebbe

lo rinnega, ma presuppone semplicemente una sua diversa interpretazione ermeneutica.

³³⁰ Ovviamente oltre alle ipotesi classiche in cui il fatto non ha comportato conseguenze così disdicevoli da meritare una reazione punitiva particolarmente stringente come quella penale.

³³¹ Questa eventualità potrebbe configurarsi sia nell'ipotesi in cui il fatto sia irrilevante poiché presenta i requisiti elaborati in ambito minorile (tenuità del fatto, occasionalità del comportamento e pregiudizio alle esigenze rieducative), sia nell'ipotesi in cui il fatto diventi tale proprio per l'intervenuta mediazione.

³³² Wemmers J. A., Cyr K., "Can Mediation Be Therapeutic for Crime Victims? An Evaluation of Victims Experiences in Mediation with Young Offenders", *Canadian Journal of Criminal Justice/Revue Canadienne de Criminologie et the Justice Penal*, n 47, 3 July 2005, pp. 527-544.

³³³ Per un approfondimento dei benefici della mediazione vedi Sherman L.W., Strang H., 2007 e i diversi *reports* Shapland J. 2000, 2004, 2006, 2007, 2008, in www.homeoffice.gov.uk

³³⁴ Per un approfondimento dell'istituto - che per brevità ci asterremo dall'affrontare in questa sede - si rimanda a Lanza E., *La sospensione del processo con*

altresì uno snellimento delle procedure, una responsabilizzazione dei rei, oltre ad una proliferazione delle procedure mediatricie. Una volta valutata l'opportunità della mediazione da parte dei soggetti sopra indicati, spetterebbe poi ai centri deputati allo svolgimento delle procedure l'ulteriore e definitiva indagine sulla praticabilità degli incontri³³⁵.

Una conferenza con esito positivo si conclude con un accordo ristorativo che consiste in un impegno da parte del reo a svolgere le attività richieste dalla persona offesa e che ne rappresentano anche il suo ristoro per il crimine subito. Un sistema così congegnato presuppone che sia proprio la vittima del reato a scegliere e stabilire quale sia la sanzione che ritiene più opportuna per sé (ovvero per il suo "ritorno" alla normalità) e per la rieducazione del reo. Tale meccanismo risulta di difficile progettazione, almeno nella sua integralità. Per lasciare inalterati poteri decisionali in capo al giudice³³⁶ – senza tuttavia snaturare *in toto* la sostanza della mediazione – si potrebbe ipotizzare un sistema per cui, dopo la ripresa del processo, il magistrato intervenga per decidere la sanzione opportuna in ragione dell'intervenuta mediazione. Preservando la competenza giurisdizionale nella scelta della pena si potrebbero mediare anche le offese più

significative, così rispettando i precetti costituzionali. Accogliendo quest'ultima impostazione, tuttavia, si dovrà introdurre un ventaglio sanzionatorio variegato e diverso da quello tradizionale, per evitare che la giustizia ristorativa perda la sua ragion d'essere. Accanto alla sanzione detentiva, che potrebbe rimanere la pena comminabile per i reati più significativi³³⁷, si potrebbe ipotizzare una nuova tipologia di sentenza simile al *Community Order*³³⁸ inglese di cui sopra. In questo modo il reo verrebbe affiancato da un assistente sociale che lo aiuterebbe nel percorso rieducativo³³⁹ e si potrebbero, ad esempio, includere tra le attività da

fedelmente le scelte sanzionatorie della vittima senza alcun sindacato da parte del giudice.

³³⁷ Nonostante si debba lasciare in essere la sanzione detentiva, la si dovrà almeno modulare in modo differente rispetto a come avviene attualmente. Anzitutto si dovrà ridurre sensibilmente la durata della detenzione rispetto a quanto previsto dal codice vigente, diversificando le ipotesi a seconda che sia intervenuta la mediazione o meno (per esempio includendola tra i criteri valutativi ex art 133 c.p o prevedendo ventagli sanzionatori diversificati anche a seconda del comportamento processuale del reo). Inoltre, si dovrà concretamente accompagnare l'esecuzione della pena a reali percorsi di rieducazione per il reo. Infatti, non si può più omettere di considerare che, tra le imposizioni della Carta Europea, vi è il diritto a che la limitazione della libertà personale, venga circoscritta alle sole ipotesi in cui tale necessità sia imprescindibile. Anche l'attuale tendenza alla carcerazione preventiva quale anticipazione della pena, dovrà necessariamente essere circoscritta ad ipotesi limitate e di reale necessità tornando ad essere, come dovrebbe, una misura cautelare.

³³⁸ Ricordiamo altresì che tale provvedimento è tra quelli che più frequentemente vengono disposti giudizialmente quando l'imputato si sia dichiarato colpevole poiché risulta particolarmente efficace e di positivo impatto nel recupero del reo (Newburn T., *Criminology*, Willan Publishing, Cullompton UK, 2007). Quando poi viene esperita la mediazione, è la sanzione comminata nella quasi totalità delle ipotesi, segno di una perfetta rispondenza dell'istituto alle finalità della 'restorative justice' (AA.VV. *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, Oxford, 2002).

³³⁹ Analogamente a quanto attualmente previsto per gli imputati minorenni.

la messa alla prova del imputato minorenne, Milano, Giuffrè, 2003.

³³⁵ Il giudice e il pubblico ministero, seppur indicati quali primari organi deputati a valutare se vi siano i presupposti per esperire la mediazione, non dispongono tuttavia, delle competenze specifiche necessarie per capire a fondo se una conferenza di *restorative justice* sia effettivamente percorribile. È per questo motivo che si prospetta l'ipotesi di una nuova decisione del "se" della pratica ad opera dei mediatori professionisti.

³³⁶ Questa soluzione, in quanto più aderente al sistema processuale classico, risulterà più facilmente accoglibile rispetto ad una pronuncia che riportasse

espletare lo svolgimento di lavoro di pubblica utilità ovvero a favore della vittima (quale forma di risarcimento del danno). Si potrebbe obiettare che un provvedimento così configurato potrebbe costituire lavoro forzato vietato dalla CEDU³⁴⁰. A ben vedere, occorre considerare che, nel caso di specie, la decisione verrebbe pronunciata dopo un'udienza in contraddittorio tra le parti, laddove l'imputato potrebbe esprimere il proprio consenso al lavoro, così come richiesto dalle disposizioni vigenti³⁴¹.

Una delle critiche più incisive che potrebbe essere prospettata laddove la mediazione dovesse essere svolta nel corso del processo sarebbe quella dei sostenitori più "puri" della mediazione i quali ritengono che la *restorative justice* debba essere un'alternativa al processo ordinario e non alle sole sanzioni tradizionali. A quest'obiezione si può replicare che sarebbero previste ipotesi di mediazione per così dire "pure", esperite prima del giudizio, alle quali si aggiungerebbero ipotesi

³⁴⁰ A seguito della pronuncia della Corte, il nostro legislatore ha introdotto il requisito della richiesta del reo quale elemento imprescindibile per poter disporre tale sanzione alternativa. La CEDU ha poi precisato, in un'altra pronuncia, che non rappresenta una forma di lavoro forzato quello svolto dai detenuti (Leoncini I., *Il lavoro di pubblica utilità, problematiche applicative*, in www.appinter.csm.it). La definizione di lavoro forzato contenuta nella Convenzione numero 20 della 'International Labour Organization' è quella di: «ogni lavoro o servizio imposto sotto minaccia di sanzioni e per il quale la persona non si è offerta spontaneamente». A nostro avviso, l'eventuale previsione del lavoro di pubblica utilità quale forma di *community order* non può essere ricondotta all'alveo delle attività svolte dai detenuti in quanto tali progetti sarebbero proprio diretti ad evitare qualsiasi forma di detenzione (o comunque posti in essere parallelamente o successivamente ad una condanna detentiva). Pare, dunque, difficile inquadrali tra le ipotesi di lavoro forzato nonostante in parte siano comminati sotto una minaccia di sanzione in caso di loro inadempimento. Si tratta, infatti, di attività che dovrebbero essere meglio dogmaticamente qualificate come forme particolari di un programma di rieducazione, piuttosto che di lavoro forzato.

“spurie” da praticare durante il processo. Questo meccanismo permetterebbe di abbracciare le situazioni più disparate, così ampliando in massima misura le possibilità di ricorrere alla mediazione e sacrificando solo in minima parte la “purezza” dell'istituto.

Le pratiche di *restorative justice* svolte nel corso del processo non presentano alcun problema di compatibilità costituzionale, essendo inquadrabili nell'alveo dei riti speciali che potrebbero, oltretutto, essere ulteriormente motivati da esigenze di rieducazione e caricati di una maggiore attenzione verso le esigenze di tutela delle vittime, fino ad ora ad esso parzialmente estranee. Un elemento critico che verrebbe sicuramente evidenziato in queste ipotesi concernerebbe la valutazione del costo delle procedure³⁴², che potrebbe sembrare, di primo acchito, elevato. Per avere una risposta esauritiva al quesito, occorrerebbe intraprendere progetti sperimentali, nel breve e nel lungo periodo, per consentire una valutazione complessiva della pratica rispetto al nostro sistema tradizionale³⁴³. Si potrebbe sostenere, altresì, che questo nuovo modello processuale andrebbe a sovraccaricare una procedura già lenta ed inefficace, in quanto verrebbero aggiunti procedimenti ad un processo che stenta a funzionare, cagionando un ulteriore dispendio di energie, risorse e tempo. A costoro si può replicare che un sistema così congegnato, risulterebbe, all'opposto, ancor più efficace ed economico. Infatti, anche rispettando l'impianto attuale, si potrebbe esperire la mediazione tra i

³⁴¹ Vedi nota precedente.

³⁴² Per un approfondimento sulla materia vedi Sherman L.W., Strang H., *op.cit.* e Shapland J., *op.cit.*

³⁴³ In Inghilterra e negli Stati Uniti sono state fatte ricerche nel senso appena indicato. Vedasi alcune note precedenti.

rinvii delle varie udienze cosicché il giudice avrebbe già gli elementi sufficienti per chiudere immediatamente la vertenza non appena il processo riprenderebbe, accelerando di molto la procedura complessiva. Nel caso in cui tutti i processi pendenti venissero accelerati e sveltiti grazie alle nuove pratiche, al punto da ridurre definitivamente l'arretrato, una sospensione per svolgere la mediazione non sarebbe nociva e, se la conferenza avesse esito negativo, il processo riprenderebbe il suo corso ordinario. Ovviamente per evitare spreco di risorse inutili dovranno essere attentamente valutati i presupposti di praticabilità della mediazione per escluderne il rischio di vittimizzazioni secondarie e di esiti infausti della procedura³⁴⁴.

Se la mediazione avesse esito positivo, l'udienza che ne conseguirebbe sarebbe unicamente funzionale a comminare la sanzione per il reo, senza la necessità di ulteriori indagini circa la responsabilità dell'imputato. La procedura non violerebbe per ciò stesso la presunzione di innocenza, in quanto quest'ultima garanzia vale solo allorché la pratica abbia esito negativo e non quando le parti hanno risolto positivamente la loro questione. Il reo, infatti, dopo il percorso introspettivo svolto a seguito delle sedute di mediazione, accetterà la sanzione che gli verrà comminata, sia se concordata con la vittima, sia che venga scelta dal giudice, in quanto sarà consapevole e finalmente conscio del danno

³⁴⁴ Si avrebbe un sistematico spreco di denaro e di tempo nel caso in cui vi fosse un ripetuto e generalizzato insuccesso delle pratiche di mediazione, perché ovviamente la modifica qui prospettata non avrebbe significativa ragion d'essere. L'unico modo per evitare tali problematiche è quello di svolgere un attento lavoro preventivo sulla scelta di quali casi abbiano le caratteristiche per una sua efficace esperibilità, prima di tutto verificando che il consenso delle parti sia libero ed informato.

arretrato con la sua condotta. In questo caso la prova della colpevolezza non avrà più ragion d'essere e all'accertamento del fatto si sostituirà l'accertamento dell'intervenuta mediazione e dei relativi esiti.

Ulteriori ipotesi di mediazione potrebbero essere esperite per caricare i riti speciali di un maggiore finalismo e per una maggiore responsabilizzazione dei rei³⁴⁵. In particolare, per quanto concerne il giudizio direttissimo, in quanto fondato sulla flagranza di reato, si potrebbe tentare una mediazione immediatamente, ovvero prima dell'apertura del rito speciale. Se la mediazione poi non dovesse riuscire, il giudizio direttissimo riprenderebbe il suo corso ordinario. In quest'ultima ipotesi, la principale obiezione che sicuramente verrebbe mossa concernerebbe l'allungamento di una procedura volta ad incentivare il più possibile un esito estremamente velocizzato del processo, stante appunto la flagranza di reato. A costoro si può replicare che talvolta è opportuno piegare la celerità del rito per tendere ad una maggiore responsabilizzazione del reo in ossequio alle esigenze rieducative imposte dalla nostra Costituzione (art. 27) piuttosto che rimanere ancorati ad un valore che, seppur fondamentale, spoglia la procedura di qualsiasi finalità di recupero dell'autore del reato. Ciò permetterebbe anche di esaltare il ruolo delle vittime che in questo tipo di procedimenti sono sia prive di qualsiasi rilievo, né tantomeno ricevono alcun di ristoro. Le stesse considerazioni valgono anche nell'ipotesi in cui si opti per il giudizio immediato (anche questo rito, infatti, è basato

³⁴⁵ A differenza di quanto accade attualmente ove si contraddistinguono soprattutto per un'impostazione di tipo utilitaristico piuttosto che rieducativa come invece dovrebbe essere.

sull'evidenza della prova, ancorché non sulla flagranza di reato). Per quanto riguarda il patteggiamento, invece, le problematiche sono maggiori. Attualmente la scelta a favore di questo rito speciale è basata unicamente su considerazioni di mera utilità, senza alcuno spazio circa la valutazione per la rieducazione del reo ovvero per il ristoro della vittima³⁴⁶. Se si esperisse la mediazione prima dell'udienza in cui il giudice valuta la richiesta di patteggiamento, si potrebbe optare per una ristrutturazione dell'istituto in funzione di maggiore responsabilizzazione del reo. Lo svolgimento della conferenza ristorativa permetterebbe così al giudice di comminare una sentenza patteggiata contenente un programma di attività nuovo, analogamente a quanto prospettato sopra (*Community Order*) in luogo alla mera detenzione (o sanzione pecuniaria). Anzi, potrebbe addirittura immaginarsi che il giudice recepisca il risultato dell'accordo di ristorazione prescelto dalle parti coinvolte, in ossequio al nome del rito: "pena richiesta dalle parti". In caso di esito negativo della seduta, dall'altro lato, il giudice disporrebbe la condanna ordinaria diminuita di un terzo.

Anche nel codice penale vigente, il comportamento tenuto dal reo dopo la

commissione del reato riveste un particolare significato. Infatti, l'articolo 133 c.p. enuclea, tra i criteri che il giudice deve utilizzare per la commisurazione della sanzione, la rilevanza della "condotta contemporanea e susseguente al reato". Inoltre, l'articolo 62 n 6 c.p. prevede un'attenuante generica nel caso in cui il reo si sia impegnato a risarcire il danno prima del giudizio e spontaneamente. Le disposizioni appena citate dimostrano che nel nostro ordinamento vi è una particolare attenzione al risarcimento del danno ed al comportamento tenuto dal reo verso la vittima dopo la commissione del fatto di reato, analogamente a quanto accade nella mediazione che è proprio attuazione di tali principi³⁴⁷.

Nella fase dell'esecuzione della pena, a nostro avviso, sarebbe altresì opportuno inserire tentativi di mediazione. In questo specifico settore esistono già dei riferimenti normativi ed, in particolare, le disposizioni sull'Ordinamento Penitenziario che danno proprio rilievo alla ristorazione del reo in favore della vittima. Anzitutto, il comma 7 dell'articolo 47 della legge sull'Ordinamento Penitenziario impone di includere, tra le prescrizioni contenute nel verbale dell'affidamento in prova al servizio sociale, anche l'obbligo del reo di adoperarsi verso la vittima del reato³⁴⁸. L'articolo 27 del

³⁴⁶ Tali affermazioni potrebbero essere smentite considerando la pronuncia della Corte Costituzionale 313 del 1990, che, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 444 c.p.p., ha imposto al giudice di rigettare la richiesta di patteggiamento allorché la pena concordata non sia congrua in relazione all'art. 27 comma 3 della Costituzione. In realtà, la valutazione della rieducazione del reo in fase di commisurazione della pena non inficia la natura del rito che attualmente risulta essere improntato unicamente a finalità di tipo utilitaristico piuttosto che essere ascritto ad una logica rieducativa (cosa che invece dovrebbe essere). Infatti, i rei, quando si accorgono che le prove nei loro confronti sono lampanti chiedono di patteggiare al fine di ottenere un risparmio di pena. Non c'è spazio per

valutare quale sia il grado di "ravvedimento" funzionale ad una rieducazione.

³⁴⁷ Occhiogrosso F., "La rete della riparazione nella storia recente del diritto penale italiano", in *Mediaries*, 2006, pp. 55-69.

³⁴⁸ Art 47,7 comma OP: "Nel verbale deve anche stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato e adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare". Occorre tuttavia constatare come, attualmente, la disposizione di cui al comma sette sia una delle norme più violate di tutto l'Ordinamento Penitenziario. Infatti, mentre inizialmente veniva considerata una condizione imprescindibile per la concessione dell'affidamento in

Regolamento di esecuzione dell'Ordinamento Penitenziario, inoltre, così come riformato dal d.p.r. 230 del 2000, stabilisce che l'osservazione della personalità dei condannati deve anche implicare una "valutazione delle condotte antigiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento alla persona offesa"³⁴⁹.

Inserire nuove ipotesi di mediazione penale durante l'esecuzione dell'affidamento in prova sarebbe particolarmente efficace in quanto permetterebbe una significativa responsabilizzazione del reo, attualmente assente, oltre ad un arricchimento del suo cammino di rieducazione con contenuti nuovi e fino ad ora sconosciuti³⁵⁰.

Secondo Benedetti e Pisapia³⁵¹ la mediazione non sarebbe praticabile nel caso in cui venisse disposto l'affidamento in prova ordinario, in quanto gli assistenti sociali non dispongono dell'imparzialità necessaria che dovrebbe essere propria di chi svolge il ruolo di mediatore. Nonostante l'autorevolezza dell'opinione, pare a chi scrive, opportuno disattendere tale affermazione, nonostante tutto il rispetto che deve essere portato a due esponenti di tale calibro.

prova ordinario, nel corso del tempo, ha progressivamente perso d'importanza fino a trasformarsi in una mera postilla priva di valore reale, Pisapia G. (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Cedam, 2000.

³⁴⁹ Ciardiello P., "Riparazione e Mediazione nell'Ambito dell'Esecuzione Penale per Adulti", *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2007, numero 2, pp. 96-107.

³⁵⁰ Tra le prescrizioni contenute nel verbale di affidamento in prova dovranno poi essere necessariamente incluse anche le attività richieste dalla vittima quale contenuto dell'accordo di ristorazione.

³⁵¹ Pisapia G. (a cura di), *op.cit.*, p. 197.

Infatti, introdurre ipotesi di mediazione durante l'esecuzione dell'affidamento in prova, sia ordinario che speciale, permetterebbe, tra le altre cose, di caricare il percorso di rieducazione di un reale valore. I servizi sociali, analogamente a quanto accade nel processo con imputati minorenni, sarebbero a nostro avviso le strutture più adatte a svolgere il ruolo, in quanto in grado di accompagnare il reo durante tutto il percorso di rieducazione, che inizierebbe già nella fase delle indagini preliminari. Le procedure di mediazione, poi, sarebbero svolte da mediatori appositamente formati - così superando i dubbi sollevati da Benedetti e Pisapia³⁵² - ed i servizi sociali svolgerebbero il ruolo di meri *supporters* della procedura.

Sarebbe opportuno poi, ipotizzare l'esperibilità di tali pratiche anche durante l'esecuzione della condanna detentiva, allorché il reo e/o la vittima sentano la necessità di incontrarsi l'un l'altro³⁵³. Avvantaggiato³⁵⁴, tra gli altri, sottolinea ampiamente i benefici che potrebbero derivare da tale eventualità. In particolare, egli evidenzia come, durante l'esecuzione di una condanna particolarmente lunga e sofferente, quale può essere la detenzione carceraria, i detenuti arrivano, talvolta, a provare sentimenti nuovi e a loro precedentemente sconosciuti. In molte ipotesi, la permanenza forzata lontana dagli affetti, li spinge a provare un senso di pentimento e di vergogna per il gesto compiuto e, soprattutto, nasce in loro il desiderio di incontrare le vittime del loro reato. Dare seguito a questo tipo di emozioni, potrebbe avere il beneficio di realizzare effetti positivi sia

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ Come avvenuto nel caso sopra esposto di Sharon e Jimmy.

³⁵⁴ Avvantaggiato M. L., "Per una Giustizia Riparativa in Carcere", *Mediaries*, 2007, fascicolo 10, pp. 171-184.

sul reo che sulla vittima. Il primo verrebbe ulteriormente responsabilizzato, introducendo per la prima volta una vera pratica rieducativa all'interno del percorso carcerario. La vittima, dall'altra parte, potrebbe ricevere la soddisfazione di vedersi finalmente riconosciuta una forma di ristorazione, oltre al possibile superamento del trauma scaturito dal reato. L'introduzione della mediazione in queste ipotesi permetterebbe altresì di abbracciare qualunque tipo di offesa, anche le più significative, incrementando i vantaggi che sarebbero raggiungibili da tali pratiche. Pare opportuno ricordare che il carcere di per sé non osta ad essere adibito quale luogo per lo svolgimento della conferenza di mediazione³⁵⁵.

Per i condannati ammessi al regime di semilibertà ai sensi dell'articolo 48 della legge sull'Ordinamento Penitenziario lo svolgimento di pratiche ristorative svolgerebbe un ruolo quasi determinante. Infatti, la semilibertà è un beneficio che consente al reo di trascorrere parte della giornata al di fuori dell'istituto di pena al fine di effettuare attività utili al reinserimento sociale. Tra queste rientra sicuramente anche la mediazione. Immaginiamo quali potrebbero essere gli effetti benefici che si potrebbero ottenere se il reo, durante il periodo in cui si trova all'esterno, incontrasse la vittima e realizzasse le attività oggetto dell'accordo ristorativo.

L'ultima ipotesi di mediazione potrebbe essere, infine, quella da svolgersi dopo la conclusione del periodo di detenzione, prima della liberazione del

reo, al fine di prepararlo al suo reinserimento nella collettività.

Alcune delle ipotesi di *restorative justice* esaminate in questo paragrafo, come detto, si discostano dal concetto più puro di mediazione e sono dirette piuttosto ad una completa risocializzazione del reo e ad un suo proficuo percorso rieducativo durante l'esecuzione della sentenza. Tuttavia, è opinione di chi scrive che sia opportuno, nell'optare per l'opportunità di un istituto, non rimanere ancorati ad una logica necessariamente "radicale", ossia restare intrappolati tra le maglie di un *aut aut* che porti a sceglierlo solo nella sua massima espressione, se no decidere per non introdurlo *tout court*. Talvolta è, infatti, opportuno piegarne la purezza per una maggiore accettazione ovvero, cosa più importante, per una sua applicabilità il più possibile variegata e vasta.

5. Conclusioni.

Nel corso di questo scritto abbiamo tentato, dopo aver valutato la compatibilità costituzionale delle pratiche ristorative, di ipotizzare un sistema processuale che preveda al suo interno diversi momenti in cui esperire la mediazione.

Il tentativo rimarrà, tuttavia, fine a se stesso finché le ipotesi prospettate non verranno sistematicamente studiate mediante sperimentazioni da effettuarsi nel lungo periodo in quanto, diversamente, non si potranno stabilire e valutare le reazioni sistemiche alla introduzione di pratiche ristorative rispetto al nostro ordinamento. Infatti, è necessario predisporre progetti sperimentali nel medio periodo prima di procedere ad una riforma strutturale. In questo modo, non solo si supererebbero le ostilità che potrebbe manifestare l'opinione pubblica, ma, altresì, si

³⁵⁵ In particolare vedi Crosland P., Liebmann M. (edited by), *40 cases. Restorative justice and victim/offender mediation*, Bristol, Mediation UK, October 2003, www.mediationuk.org.uk che riporta molteplici esempi sui tentativi di mediazione effettuati in Inghilterra, paese in cui le conferenze sono praticate nelle ipotesi più diversificate e soprattutto nelle *location* più diverse. Tra queste rientra anche il carcere.

potrebbe controllare l'impatto e la risposta concreta dell'ordinamento prima di una sua cristallizzazione in una riforma di sistema. Tutto ciò al fine di modificare e plasmare le possibili soluzioni in relazione alle nostre esigenze specifiche.

Bibliografia.

- Antonucci D., Pisapia G. D. (a cura di), *La Sfida della Mediazione*, Padova, Cedam, 1997.
- Ashworth A., "Punishment and Compensation: Victims, Offenders and the State", in *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford University Press, vol. 6, n. 1, 1986, pp. 86-122.
- Ashworth A., "Some Doubts about Restorative Justice", *Criminal Law, Springer Netherlands*, volume 4, number 2, June 1993, pp. 277-299.
- Avantaggiato M. L., "Per una Giustizia Riparativa in Carcere", *Mediaries*, 2007, fascicolo 10, pp. 171-184.
- Bonafe'-Schmitt J. P., *La Médiation: un Justice Douce*, Syros Alternative, Paris, 1992.
- Bouchard M., "La Mediazione, una Terza Via per la Giustizia Penale?", *Questione Giustizia*, 1992, n 3-4, pp. 757-783.
- Bouchard M., Mierolo G., *Offesa e Riparazione. Per una Nuova Giustizia Attraverso la Mediazione*, Bruno Mondadori, Milano, 2005.
- Braithwaite J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Melbourne, 1989.
- Braithwaite J., *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford University, New York, 2002.
- Brunelli F., "La mediazione nel sistema penale minorile e l'esperienza dell'Ufficio di Milano", in Pisapia G.V., *Teoria e prassi della mediazione*, Cedam, Padova, 2000.
- Castelli S., *La Mediazione: Teorie e Tecniche*, Raffello Cortina Editore, Roma, 1996.
- Ceretti A., Mazzuccato C., "Giustizia Riparativa e Mediazione tra Consiglio d'Europa e Onu", *Diritto Penale e Processo*, 2001, fasc. 6, pp. 772 e ss.
- Ceretti A., Mannozi G., *Riparazione meno pena*, in www.galileonet.it/dossier
- Christie N., "Conflicts as Property", *The British Journal of Criminology*, 1997, Vol. 17, N. 1., pp. 1-14.
- Ciardiello P., " e Mediazione nell'Ambito dell'Esecuzione Penale per Adulti", *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2007, numero 2, pp. 96-107.
- Coyle A., "Restorative justice in prison setting", *International centre for prison studies*, King's College, London
- Crosland P., Liebmann M.(edited by), *40 cases. Restorative justice and victim/offender mediation*, Bristol, Mediation UK, October 2003, www.mediationuk.org.uk.
- Cunneen C., "La Giustizia Riparativa al Vaglio della Criminologia Critica", *Studi sulla Questione Criminale*, 2009, numero 1, pp. 41-58.
- Diotallevi G., "Quale futuro per la mediazione penale?", *Questione Giustizia*, 2008, fasc. 5, pp. 18-28.
- ECOSOC, *Basic Principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, Resolution 2002/12, in www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf
- Eusebi L., "Dibattiti su teoria della pena e mediazione", *Studium iuris*, 2001, fasc. 3, pp. 828, 831.
- Faget J., "Ragionevoli Compromessi' della Mediazione Penale", *Studi sulla Questione Criminologica*, 2009, numero 1, pp. 59-68.
- Gaggero P., "I modelli alternativi di risoluzione delle controversie nel sistema di common law", *Documenti Giustizia*, 1994, pp. 375 e ss.
- Gailly P., *Restorative justice in England and Wales*, PDF document.
- Gatti U., Marugo M., "Verso una maggiore tutela delle vittime: la giustizia riparativa al vaglio della ricerca empirica", *Rassegna Italiana di Criminologia*, 1992, pp. 487.
- Graef R., *Why Restorative Justice? Repairing the Harm caused by crime*, Calouste Gulbenkian Foundation, London, 2001.
- Hudson B., "Victims and offenders", in Von Hirsh A., *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 177-194.
- Johnstone J., *Restorative Justice: ideas, values, debates*, Willan Publishing, Devon, 2002.
- Johnstone J., Van Ness W., *The handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, Devon, 2007.

- Johnstone J., “Restorative Justice and Practice of Imprisonment”, *Prison Service Journal*, issue 174, pp. 15-20, in www.hmprisonservice.gov.uk/assets/documents/10003182restorativejustice.pdf
- Leoncini I., *Il lavoro di pubblica utilità, problematiche applicative*, in www.appinter.csm.it
- Maddalena M., “Ossequio formale od obbedienza reale? L’obbligatorietà dell’azione penale”, *Critica Penale*, Sesta Serie, 2007, fascicolo 1, pp. 5-26.
- Mannozi G., “Problemi e Prospettive della Giustizia Riparativa”, *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, Dicembre, 2001, pp. 1-11.
- Mannozi G., *La giustizia senza spada*, Milano, Giuffrè, 2003.
- Mannozi G., “Collocazione sistematica e potenzialità deflative della mediazione penale”, in Mannozi G. (a cura di), *Mediazione e diritto penale, dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, Giuffrè, 2004.
- Marshall T., “The evolution of restorative justice in Britain”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, volume 4, fascicolo 4, 1997.
- Marshall T., *Restorative Justice: an overview*, A Report by the Home Office, Research Development and Statistics Directorate, London, 1999.
- Mastropasqua I., “Il Processo Penale e la Mediazione”, *Mediaries*, 2006, numero 7, pp. 65-76.
- M.E.D.I.A.RE, *Atti del seminario del progetto Me.D.I.A.Re*, 2004, in www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?p_revisiousPage=mg_1_11_1&contentId=SPS59944
- Messmer H., Otto H. U., *Restorative Justice On Trial, Pitfalls and Potential of Victim-Offender Mediation*, *International Perspectives*, London Kluwe Academic, London, 1992.
- Mestiz A. (a cura di), *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004.
- Miers D., *An exploratory evaluation of restorative justice schemes*, Crime Reduction Research, Series Paper 9, Home Office, September 2001.
- Morineau J., *Lo Spirito della Mediazione*, FrancoAngeli, Milano, 2000.
- Newburn T., *Criminology*, Willan Publishing, Cullompton UK, 2007.
- Occhiogrosso F., “Ragioni della mediazione e tutela dei diritti dei bambini”, in *Mediaries*, 2006, pp. 39-54.
- Occhiogrosso F., “La rete della riparazione nella storia recente del diritto penale italiano”, in *Mediaries*, 2006, pp. 55-69.
- Pisapia G. (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Cedam, Padova, 2000.
- Ponti G. (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2005.
- Resta E., *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma, 2002.
- Rienzo M., “Quali reati per la giustizia riparativa?”, *Mediaries*, fascicolo 10, 2007, pp. 185-234.
- Ruggieri F., “Obbligatorietà dell’azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile”, in Picotti L. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998.
- Scaparro F. (a cura di), *Il coraggio di mediare, contesti, teorie e pratiche di risoluzione alternative delle controversie*, Guerini e associati, Milano, 2001.
- Scardaccione G., “Dalla centralità del reo al riconoscimento della vittima: come’ cambiata la giustizia penale”, *Mediare*”, fasc 10, 2007, pp 49-68.
- Scardaccione G., *Nuovi modelli di giustizia: giustizia riparativa e mediazione penale*, documento pdf.
- Shapland J., *Implementing restorative justice schemes (Crime Reduction Program)*, A report of the first year, Home Office online, 32/2004, in www.homeoffice.gov.uk
- Shapland J., *Restorative Justice in Practice-findings from the second phase of the evaluation of the three schemes*, Home Office online, 2006, in www.homeoffice.gov.uk
- Shapland J., *Restorative Justice: the View of Victims and Offenders, the third report from the evaluation of three schemes*, Ministry of Justice Research Series, 3/07, June 2007, in www.justice.gov.uk
- Shapland J., *Does Restorative Justice Affect Reconviction? The Fourth Report of the Three Schemes*, Ministry of Justice Series, 10/08, June 2008, in www.justice.gov.uk/publications/research.htm
- Sherman L. W., Strang H., *Restorative justice: the evidence*, published on the Jerry Center of Criminology, University of Pennsylvania, 2007.
- Simeoni E., “Mediazione penale e giustizia riparativa: prospettive future sul nostro

- territorio”, *Mediaries*, fascicolo 10, 2007, pp. 83-103.
- Sovilla Z., *Interviste: Nils Christie, contro il carcere e per una soluzione alternativa dei conflitti*, 2 Marzo 2005, in www.nonluoghi.info.
 - Strang H., Braithwaite J., *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, Ashgate, Dartmouth, 2000.
 - Tigano S., “Giustizia riparativa e mediazione penale”, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, 2006, pp. 25- 60.
 - Trisi F., “Giustizia riparativa ed esecuzione penale: l’applicabilita’ in ambito penitenziario”, *Mediaries*, fascicolo 10, 2007, pp. 159-169.
 - Van Ness D. W., *Restorative Justice in Prisons*, PFI Centre for Justice and Reconciliation Prison Fellowship International, in www.realjustice.org
 - Wemmers J. A., Cyr K., “an Mediation Be Therapeutic for Crime Victims? An Evaluation of Victims Experiences in Mediation with Young Offenders” *Canadian Journal of Criminal Justice/ Revue Canadienne de Criminologie et Justice Pénale*, n 47, 3 July 2005, pp. 527-544.
 - Wemmers J. A., *Where they belong? Giving victims a place in the criminal justice process*, paper presented at the National Victims of Crime Conference, 23-24 September 2008, Adelaide Australia, in *Forum* 20 (4), pp. 395-416, 2009.
 - Woolf P., *How the restorative justice turned my life around*, May 11/2008, www.timesonline.co.uk/tol/news/uk/crime/article3907255.ece
 - Wilcox A., Young R., Hoyle C., *An evaluation of the impact of restorative cautioning: findings from a reconvict study*, in www.crimereduction.homeoffice.gov.uk, PDF document, 2004.

Una introduzione ai software per il crime mapping

*Alessandro Ummarino**

Riassunto

Il Crime Mapping più che una disciplina a se stante non è altro che l'applicazione di tecniche di analisi statistico-geografica allo studio dei reati. Grazie all'utilizzo dei software GIS (Geographic Information System), all'esponenziale sviluppo dell'informatica e alla facile accessibilità al web, la produzione di mappe di qualità è ormai alla portata di un qualunque utente medio. La possibilità di applicare tali tecniche di analisi è offerta in modo efficace da software GIS commerciali e da software GIS free e open source. Chi si vuole avvicinare a questa disciplina, sia che intenda procedere con applicazioni di tipo tattico (pianificazione dei controlli, attività di prevenzione, investigazioni giudiziarie, etc.) sia che intenda svolgere degli studi di tipo sociologico (criminalità, devianza, illegalità diffusa, percezione della sicurezza, etc.), deve comunque acquisire una solida preparazione di base nell'utilizzo di programmi GIS prima di inferire generalizzazioni dai risultati utilizzando chiavi di lettura provenienti dalle scienze sociali. Il Crime Mapping può trovare una valida applicazione nell'ambito di una generale attività di polizia, soprattutto a livello locale, per la gestione delle risorse destinate alla sicurezza, per la programmazione dei servizi di polizia e soprattutto quale supporto di tipo tattico nell'ambito di attività mirate alla repressione e alla prevenzione di specifici atti criminosi e illeciti.

Résumé

Le mappage du crime n'est pas simplement une discipline en soi, mais une application de techniques d'analyse statistiques et géographiques à l'étude du crime. Grâce au développement exponentiel de l'informatique et à l'accessibilité du Web, tous les utilisateurs moyens ont désormais la possibilité de produire des cartes des crimes de qualité avec le logiciel SIG (système d'information géographique) (GIS - Geographic Information System). Aujourd'hui la possibilité de se servir des techniques de mappage du crime est offerte aussi bien par les logiciels SIG commerciaux que par les logiciels libres et gratuits.

Ceux qui veulent approcher cette discipline pour profiter de ses applications tactiques (planification des contrôles, activités de prévention de la délinquance, enquête forensique, etc.) ou bien mener des études sociologiques (sur le crime, la déviance, l'illégalité, la perception de la sécurité, etc.) doivent quand même bien se préparer à utiliser le logiciel SIG avant de devenir capable d'interpréter les résultats d'un point de vue sociologique.

Le mappage du crime assure un véritable support dans les domaines des activités générales de police (surtout à niveau local), de la gestion des ressources destinées à la sécurité, de la programmation des services de police et, en particulier, de la prévention et répression des délits.

Abstract

Crime mapping is not merely a discipline itself, but it is the application of statistical and geographic analysis techniques to the study of crime. Due to the exponential development of computer sciences and easy access to the Web, the possibility to produce quality "crime" maps is now available for all average users through GIS software (Geographic Information System). Now, the possibility to use crime mapping techniques is offered both by commercial and free, open source GIS software.

Those wanting to approach this discipline to take advantage of its tactical applications (planning control activities, crime prevention, forensic investigations, etc.) or to carry out sociological studies (on crime, deviance, security perception, etc.) must develop a strong background on GIS program before being able to interpret the results from a social sciences point of view.

Crime mapping provides real support in general police activities, especially at local level, in management of security resources, in programming police services and especially in prevention and repression of specific crimes and offenses.

* Geologo e dottore in Scienze dei servizi giuridici. Consulente in materia di sicurezza ambientale, GIS e controlli sul territorio.

1. Presupposti teorici e origini del crime mapping.

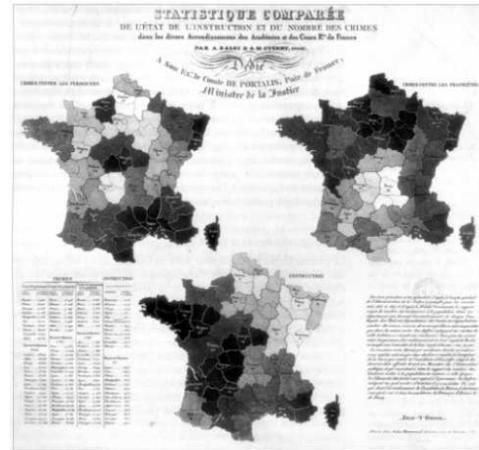
Negli ultimi anni, anche in Italia, si registra un crescente interesse nei riguardi del crime mapping.

Il crime mapping non è altro che l'analisi della distribuzione spaziale (geografica) di fatti umani illeciti attraverso l'applicazione di tecniche di statistica-geografica.

La possibilità di distinguere aree geografiche in funzione di un particolare indice (di presenza o di probabilità) consente di studiare un dato fenomeno e valutare quali altri fattori (sociali, strutturali, urbanistici, geografici, ecc.) possono influenzarne la frequenza e l'intensità.

Il crime mapping è pertanto definibile come l'analisi e la descrizione della distribuzione dei fatti di reato nello spazio, ovvero la loro mappatura e la loro analisi geografica (trend geografici, addensamento, etc.) accompagnata da una tematizzazione fatta sulla base di considerazioni criminologiche.

L'origine del crime mapping può essere ricondotta allo stesso periodo di sviluppo delle scienze sociali (XIX secolo): già nel 1829 Guerry pubblicò delle mappe con indicate la distribuzione dei crimini violenti e dei furti nelle abitazioni nei vari *départements* della Francia.



Mappe di Michel Guerry del 1829 da www.andrelemos.info.

Un altro esempio di prime applicazioni di crime mapping è quello di Mayhew che nel 1862 propose per la Città di Londra la definizione geografica di “quartieri di ladri”.

La classificazione del territorio fatta da Mayhew nel 1862 contribuì alla riorganizzazione della polizia locale londinese che tuttora si basa su quella particolare struttura.



Mayhew: “The Intensity of Criminality”, da www.csiss.org.

Il lavoro di Mayhew del 1862, che come accennato fu posto alla base della riorganizzazione della polizia della City, è uno dei primi esempi di crime mapping inteso nella sua accezione più moderna: uno strumento di lavoro delle scienze sociali applicate.

Ed è proprio in questo ambito che il crime mapping trova la sua maggiore applicazione: è uno dei principali strumenti utilizzati in quel filone della sociologia applicata individuata dagli autori anglosassoni con il termine di crime science (1), dove nello studio degli eventi criminosi l'elemento spaziale (il dove) assume una particolare valenza.

La scienza della criminalità, o crime science, trova la sua origine nelle più datate teorie criminologiche della criminologia ambientale (2) e nelle più recenti teorie della prevenzione del crimine di attraverso la ridefinizione (design) degli ambienti (C.P.T.E.D (3)) in combinazione con il concetto di "spazio difendibile" e con le teorie situazionali di Cohen e Felson (1979) (4).

L'evoluzione delle tecniche di mappatura e di analisi geografica dei reati segue di pari passo l'evoluzione delle tecniche di rappresentazione cartografica che, come tutte le scienze applicate, è direttamente collegata all'evoluzione dell'informatica e allo sviluppo tecnologico dei calcolatori elettronici.

I moderni strumenti di analisi e rappresentazione geografica sono individuati con l'acronimo GIS: Geographic Information System.

I G.I.S sono dei sistemi informatici (monitor, calcolatore, software e dati cartografici) che ottimizzano la gestione e l'analisi di dati caratterizzati dall'aver attribuiti spaziali.

Per attributi spaziali s'intendono quegli attributi associati a un elemento che ne definiscono la posizione spaziale secondo uno specifico sistema di riferimento.

Con il termine GIS però vengono anche indicati i singoli programmi utilizzati per la gestione/manipolazione dei dati geografici: in

Italia si è soliti parlare di SIT quando si ha a che fare con dei Sistemi Informativi Territoriali e di GIS quando si fa riferimento a un software per applicazioni GIS.

Nell'ambito di un'analisi geografica di fatti umani illeciti si può anche fare riferimento a complessi modelli psicologico-criminali là dove si vuole analizzare una serie di eventi particolarmente influenzati dalla componente soggettiva dell'autore (o degli autori) e soprattutto se si studia un fenomeno di tipo seriale.

In letteratura (5) sono segnalati diversi esempi di applicazioni GIS per l'analisi di eventi criminali di tipo seriale: in questi casi si cerca di analizzare la dimensione spaziale dei fatti-reato facendo riferimento alle teorie criminologiche del filone psicologico, si tratta dell'uso dei GIS nel "criminal profiling"(6).

Con il crime mapping si può quindi spaziare dalla classica "mappa delle bandierine" che può aiutare a valutare la particolare densità di un dato comportamento illecito (i così detti hot-spots (7)), alla previsione del luogo di reiterazione di un fatto criminoso di natura seriale.

La differenza rispetto alle prime mappe di Guerry sta nel fatto che con i GIS, e quindi con un calcolatore elettronico, la quantità di dati analizzati può essere enorme e i tempi di calcolo estremamente ridotti.

2. Il crime mapping "in pratica".

Il crime mapping è una tecnica di analisi di tipo statistico, o meglio una tecnica di analisi e inferenza dei risultati ottenuti dall'elaborazione di dati relativi a fattispecie illecite, secondo un algoritmo statistico-geografico al quale si associa

una lettura critica dei risultati con valutazioni di natura criminologica.

Quando si parla di software per il crime mapping si deve fare riferimento a software GIS che possono soddisfare tutti i passaggi di una “crime analysis”.

Una procedura di crime Analysis può essere schematizzata secondo questa sequenza:

- a) Raccolta dati.
- b) Geocodifica/Georeferenziazione.
- c) Rappresentazione di base.
- d) Analisi spaziale.
- e) Commenti/inferenze e produzione di mappe a tema.

I software GIS possono esaurire tutti i processi elencati (dal punto b in poi, escluso ovviamente l’inferenza e le valutazioni critiche dei risultati), grazie alla presenza più o meno ampia di tool di analisi spaziale all’interno dei programmi stessi o grazie a loro estensioni.

Alcuni GIS propongono dei “pacchetti” dedicati al crime mapping: si tratta generalmente di collezioni di funzioni raggruppati in modo da potere operare in sequenza diverse operazioni di analisi.

Vi sono invece dei software statistici dedicati ad analisi spaziali che, se integrati con un tool per la visualizzazione dei dati sono, di fatto, dei GIS.

Un’altra categoria di strumenti informatici per il crime mapping è costituita da sistemi di gestione ed elaborazione dati via server che consentono la visualizzazione dei risultati direttamente sul web.

Quasi tutti gli attuali programmi GIS possono esportare l’informazione geografica prodotta da un’analisi in un formato compatibile con un sistema di pubblicazione geografica “web oriented”, come ad esempio Google Maps.

Se, ad esempio, un’amministrazione ha intenzione tramite il proprio server di mettere in rete la localizzazione di una data tipologia di reati rilevati nei diversi mesi dell’anno, le converrà adottare un sistema GIS dove le operazioni di analisi spaziale sono svolte in “batch” dal server che poi le mette in rete tramite i suoi portali di collegamento.

Questa è una delle soluzioni adottate da molte amministrazioni locali (di polizia) angloamericane nell’ambito di una generale politica di “community policing” (8).

La crime analysis attraverso le tecniche GIS (quindi crime mapping) nelle amministrazioni anglosassoni ha grande diffusione soprattutto quale strumento operativo e di gestione delle attività di polizia: molti dipartimenti di polizia (ma anche uffici dell’autorità locale di polizia), attraverso operatori dedicati, pianificano controlli o supportano le attività d’indagine attraverso l’analisi geografica delle serie dei fenomeni illeciti e dei dati/informazioni a essi correlati.

Il punto di partenza per un’attività di crime mapping è la georeferenziazione: dare a ogni record di una base di dati delle coordinate spaziali secondo un sistema convenzionale di coordinate geografiche.

Vi sono diversi modi di georeferenziare un database: dalla più banale scrittura delle coordinate geografiche associate al punto noto (per esempio una notizia di reato associata ad un estratto cartografico o l’incidente stradale con la segnalazione delle coordinate rilevate sul posto con la strumentazione GPS) alla più complessa tecnica della “geocodifica” (9).

La nostra base di dati attraverso un GIS diventerà, grazie alle coordinate geografiche associate ai

record, una mappa di punti o di poligoni entro cui ricadono i record medesimi che, a sua volta, diverrà uno strato informativo sovrapponibile a una base cartografica.

I dati di partenza nel loro formato “informatico” ad esempio .dbf (ma anche txt, csv o xls) diventeranno un nuovo “oggetto” o meglio un nuovo file gestito dal nostro programma GIS: lo standard per le informazioni geografiche gestite dai programmi GIS e il formato .shp (10) (detto anche shape file).

Se non si possiede un software GIS completo, si può anche impostare un metodo di lavoro utilizzando più software o, meglio, utilizzando alcuni tools o comandi all’interno di un particolare programma (un GIS o un programma di analisi statistica pura) per poi raccogliere tutte le elaborazioni, una volta georeferenziate, in un ulteriore programma e visualizzare i risultati.

3. Software per il crime mapping.

Nel paragrafo precedente ho cercato di chiarire che il crime mapping sfrutta i software GIS e, pertanto, non si può parlare in termini assoluti di software dedicati esclusivamente al crime mapping.

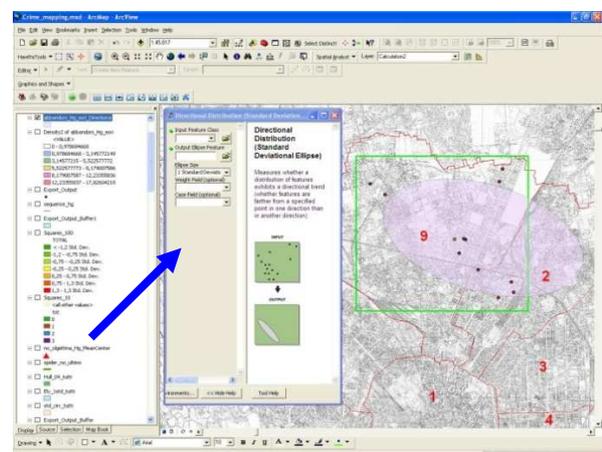
Tra i GIS (software GIS) che offrono soluzioni “all in the box”, per mia esperienza personale la suite Arcgis-Arcmap (11) della ESRI è indubbiamente un ottimo prodotto.

In pratica si riescono ad effettuare tutte le operazioni indicate nel paragrafo precedente in un unico ambiente di lavoro.

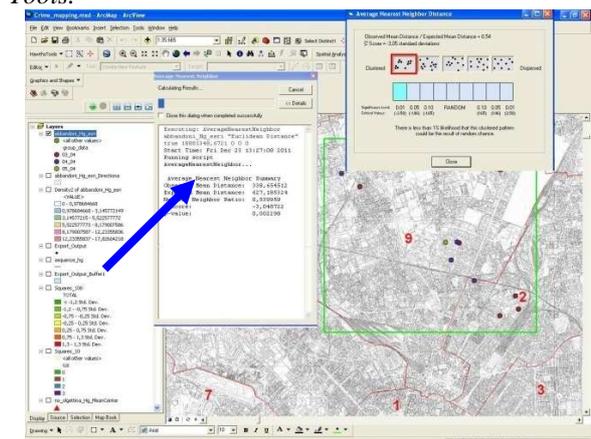
La versione base di ArcGIS tramite il tool “Spatial Statistics Tools” (nella versione 9.3) consente di svolgere quasi tutte le possibili operazioni di statistica-geografica generalmente utilizzate quali

tecniche di crime mapping: analisi di “vicinaggio”, ellisse delle deviazioni standard, Convex-Hull, etc.

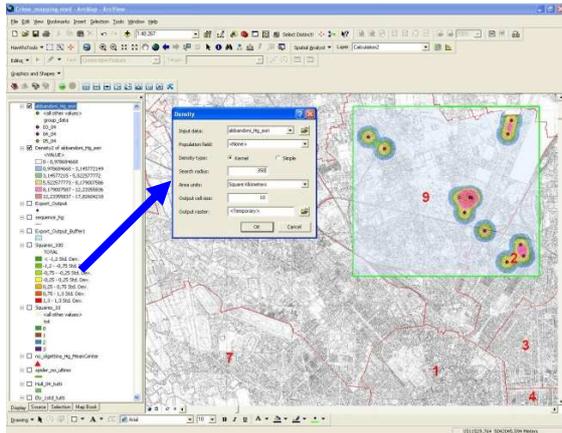
Con il programma ArcGis, però, solo se si ha l’ulteriore estensione “Spatial Analyst” si possono effettuare anche analisi di densità che, secondo certi autori, consentono di individuare gli “hot-spots” ovvero quegli spazi o luoghi che sono indicatori di aree con particolare propensione alla concentrazione di fatti illeciti (12).



Screen-shot del tool che consente l’elaborazione di una “ellisse delle deviazioni standard”. Il tool si attiva con uno specifico comando (directional distribution) da lanciare all’interno dell’estensione Spatial Statistics Tools.



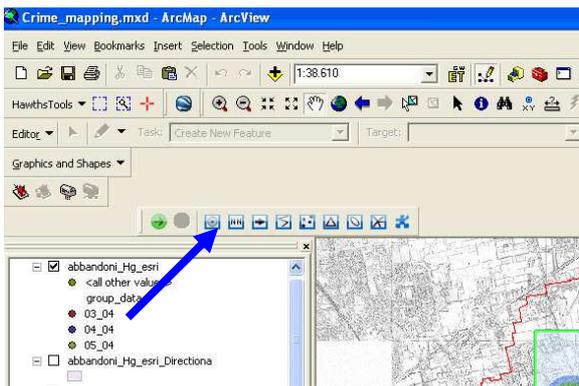
Screen-shot del tool che consente l’elaborazione di un’analisi di vicinaggio. Il tool si attiva con uno specifico comando (Average Nearest Neighbor) da lanciare all’interno dell’estensione Spatial Statistics Tools.



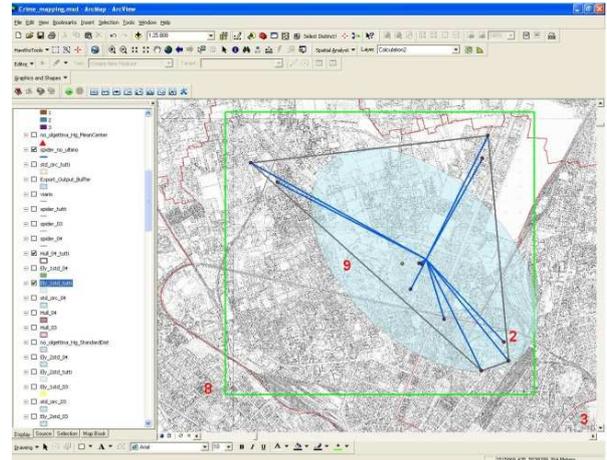
Screen-shot del tool “Density Analysis” dell’estensione Spatial Analysis che consente di individuare gli hot-spots tramite l’analisi di densità di tipo Kernel. Il tool si attiva con uno specifico comando (density) da lanciare all’interno dell’estensione” Spatial Analyst”.

Un buon tool aggiuntivo per Arcmap è SPACE (Spatial Predictive Analysis of Crime Extension) che raccoglie una serie di moduli che consentono di eseguire diverse analisi geografiche spaziali quali l’analisi di “vicinaggio”, il convex hull poligon, l’ellisse delle deviazioni standard, il collegamento lineare di punti in sequenza e gli spider diagrams.

Si tratta di un tool gratuito offerto dalla società Bair Analytics (vedi sitografia).



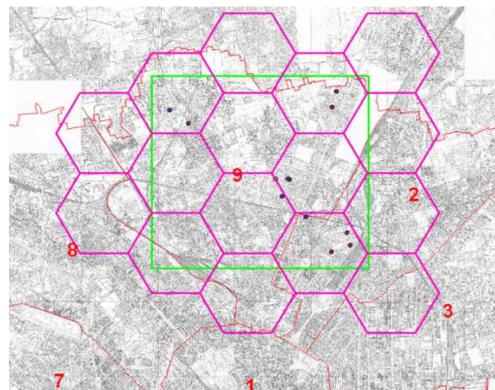
Screen-shot con in evidenza il nuovo tool di comandi che si attiva quando si lancia SPACE all’interno di ArcGIS.



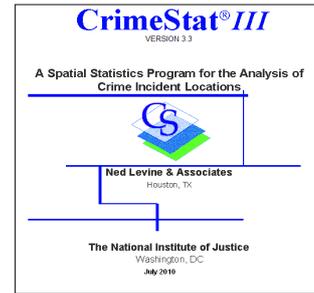
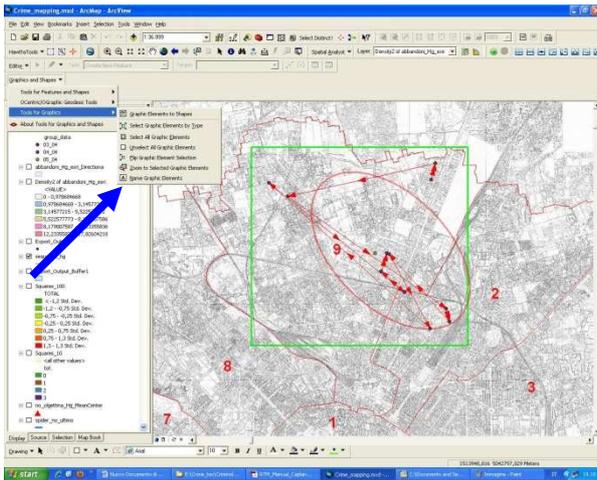
Screen-shot degli output del tool SPACE: in particolare si mostrano l’ellisse della deviazione standard, il convex-hull poligon, lo spider diagram e la definizione della “analysis area”; le elaborazioni sono state fatte su una serie di punti riconducibili a un fatto di reato di natura seriale (dati reali).

Altri tools per ArcGIS molto utili (e gratuiti) sono quelli offerti dal sito della Jenness Enterprises (13).

In particolare sono delle estensioni molto utili il tool “Repeating Shapes”, che consente di creare griglie di analisi con geometrie a scelta e il tool “Tolls for Graphics and Shapes”, che consente molte operazioni utili per gestire e fare interagire elementi grafici e shape files.



Un esempio di griglia a geometria “esagonale” creata con il tool “Repeating Shapes”.



Screen-shot del tool “Tolls for Graphics and Shapes”.

Degna di nota è l'estensione per ArcGIS “RTM Toolbox” proposta dal Rutgers Center on Public Security della Rutgers University (14) (tool che si scarica gratuitamente) (15).

Questo tool più che fornire una nuova applicazione/estensione di ArcGIS propone, raccogliendo al suo interno una serie di comandi dedicati, un approccio di analisi denominato Risk Terrain Modeling, or RTM.

In pratica, lavorando con griglie (grids) create trasformando i dati presi in esame (reati geolocalizzati, possibili target, etc..), la procedura RTM analizza l'influenza spaziale dei diversi fattori di rischio presi in considerazione dall'analista e li correla tra di loro producendo una mappa del rischio che mostra la presenza, assenza, o l'intensità di tutti i fattori di rischio “sommati tra di loro”.

Passiamo ora ad esaminare un software “dedicato” alla “geographic crime analysis”: CrimeStat III.

Si tratta di un programma di statistica geografica interamente dedicato alla crime analysis messo a disposizione dal National Institute of Justice, Washington D.C., U.S.A (16).

Non si tratta di un GIS e, quindi, bisogna ripiegare su un altro programma per predisporre i dati da analizzare, ma soprattutto per visualizzare i risultati dell'analisi eseguita con CrimeStat.

CrimeStat, oltre ad essere completo di tutti i tool necessari per il Crime Mapping, ha due punti di forza: è gratuito e la documentazione allegata al programma, il manuale, e in particolare il suo User Workbook, rappresentano un vero e proprio corso di crime mapping.

L'interfaccia di Crimestat III, oltre che molto semplice, è abbastanza intuitiva: si tratta di un software che “gira” in ambienti Windows (eventualmente funziona anche in ambienti Linux tramite il programma di pseudo-virtualizzazione Wine) e propone, con diverse finestre dedicate, set di strumenti di analisi statistico-geografiche.

E' un software con molteplici strumenti di analisi, ma raramente si ha la possibilità/necessità di usarli tutti.

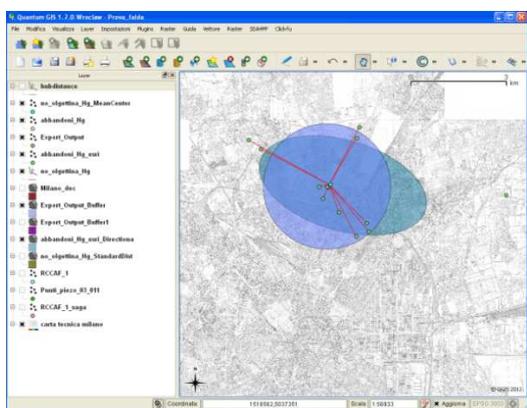
La combinazione di ArcGis e CrimeStat III consente di eseguire analisi di densità (hot-spots analysis) senza dovere comprare l'estensione di ArcGis “Spatial Analyst”.

Se non si dispone di licenze per software GIS come ArcGIS, grazie alla combinazione Crimestat e software GIS free/open source, si possono

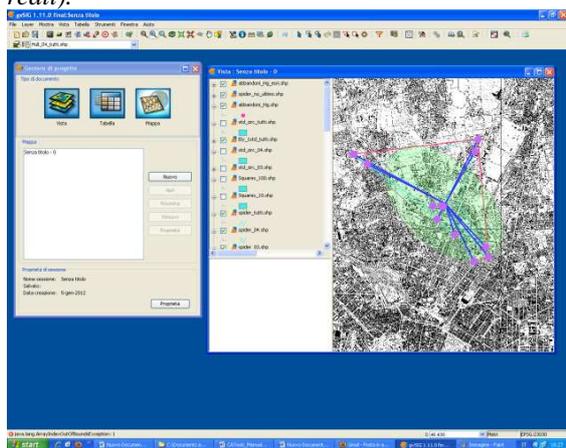
tranquillamente compiere analisi di crime mapping.

In pratica, ci si appoggia ai software GIS free/open source per predisporre i dati, si effettuano le varie operazioni di analisi geografica con CrimeStat III e, infine, si importano i risultati nel software GIS per la loro visualizzazione.

Personalmente segnalo QGIS (17) e GVSIG (18) come delle ottime soluzioni free (e open source) per il crime mapping, sempre in combinazione con CrimeStat.



Screenshot di alcuni output ottenuti con CrimeStat III e importati in QGIS (versione 1.7.0 per Windows); le elaborazioni sono state fatte su una serie di punti riconducibili a un fatto di reato di natura seriale (dati reali).



Screenshot di alcuni output ottenuti con CrimeStat e importati in GVSIG (versione 1.11 per Windows).

In particolare QGIS ha anche numerose estensioni (Plugins) dedicate alle analisi spaziali che possono utilizzarsi per il crime mapping, ma è meglio

affidarsi al più solido e stabile software CrimeStat.

4. Un esempio “operativo”.

In questo paragrafo è proposto un esempio di applicazione GIS su dati reali.

Si tratta di una modalità di lavoro svolta con un taglio pratico e orientata a fornire degli strumenti operativi di diretta applicazione.

Il programma GIS utilizzato è ArcGis versione 9.3. e le elaborazioni sono state svolte in maniera diretta, sui dati grezzi, senza una revisione critica del risultato in quanto lo scopo di tale elaborazione è solo quello di mostrare le potenzialità delle tecniche di crime mapping quale strumento di lavoro e di diretto utilizzo da parte degli operatori del settore sicurezza.

Le stesse tecniche si possono comunque utilizzare anche in ambiti universitari e di ricerca, con più rigore nella revisione critica del dato grezzo e accompagnate da test statistici di validazione dei risultati.

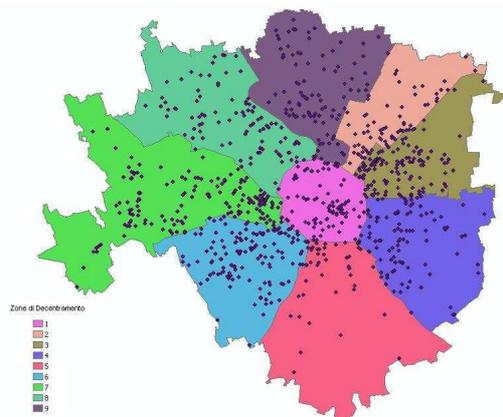
La base di partenza è costituita da un database che registra tutti i “reati” (le denunce) raccolte dalla Polizia Locale del Comune di Milano (19).

Da questo Data-Base sono stati estratti i dati relativi alla voce “furti generalizzati” (20) per l’anno 2011.

I dati sono stati geocodificati agganciando l’indirizzo del *locus commissi delicti* alle corrispettive coordinate geografiche già presenti come attributo in un file di riferimento (indirizzi civici georeferenziati) presente nello stesso programma che gestisce il database.

Questo prima geocodificazione ha consentito di mappare i dati rispetto all’ambito geografico oggetto di analisi, il comune di Milano,

suddividendoli per zone di decentramento amministrativo.



Distribuzione dell'evento "furti 2011" all'interno del Comune di Milano e delle sue zone di decentramento amministrativo.

Un primo veloce test statistico-geografico effettuato con il tool SPACE (21) ci segnala che il set dei dati "furti 2011" ha una tendenza a "clusterizzare" (22) e, pertanto, l'individuazione degli hot-spots può avere un certo significato statistico (23).

A questo punto si può scegliere una delle diverse tecniche di "individuazione" degli hot-spots descritte in letteratura.

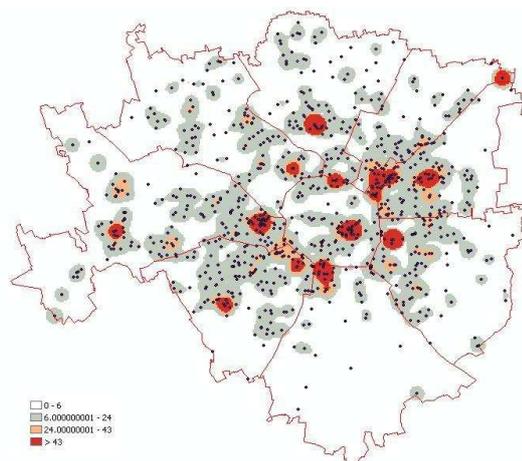
Una delle più utilizzate è quella della definizione della densità tramite l'algoritmo di kernel (kernel density); questo procedimento è immediato in ArcGis grazie alla presenza del modulo "kernel density" all'interno dell'estensione Spatial Analyst.

Dopo una serie di passaggi (scelta della dimensione delle celle, scelta del raggio, riclassificazione dei risultati secondo intervalli di valori, etc.) l'analisi produce una mappa della densità dei furti relativi all'anno 2011, la cui lettura può consentire di individuare degli hot-spot.

Nel caso in esame la scelta ha portato a riclassificare i risultati del calcolo secondo

l'algoritmo "kernel density" con i seguenti intervalli:

- valori < al valore medio (VM);
- VM + una deviazione standard (STD);
- VM + 2 STD;
- valori > a VM + 2 STD.



Mappa della densità, secondo l'algoritmo Kernel, della distribuzione dell'evento "furti anno 2011 segnalati all'interno del Comune di Milano.

La scelta in chiave operativa è stata quella di concentrare l'attenzione (cioè proporre di orientare le scelte e le risorse) sulle porzioni del territorio comunale caratterizzate da una densità del fenomeno con valori del "kernel density" pari e superiori VM + 2 STD (24).

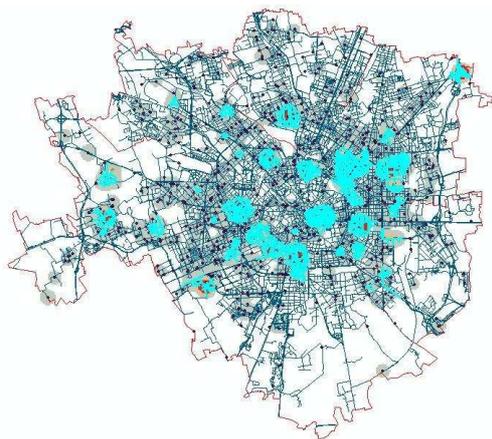
Questa scelta fatta in un'ottica "operativa" può, ad esempio, portare all'individuazione di specifici segmenti della rete stradale caratterizzati da un'alta presenza dell'evento furto.

L'elenco di queste "strade ad alta intensità di furti" può essere tradotto in "ordini di servizio" o può costituire un riferimento nell'organizzazione di particolari turni di presidio/controllo o di specifiche attività di polizia.

Questa operazione è possibile grazie alla normale funzione di un GIS, cioè la sovrapposizione di

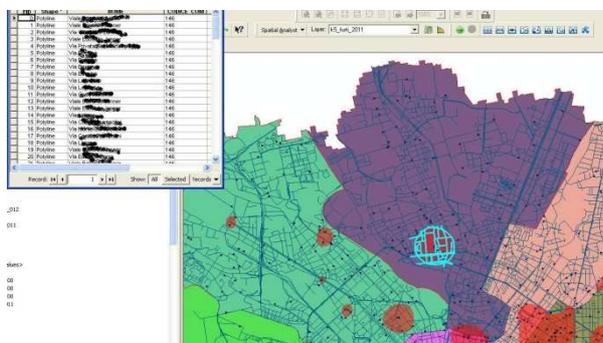
strati informativi e l'interrogazione incrociata dei dati.

Nel nostro caso la sovrapposizione del grafo stradale sullo strato informativo che descrive gli hot-spot consente di circoscrivere l'ambito del territorio da destinarsi, ad esempio, ad un pattugliamento con autoveicoli:



Selezione dei tratti stradali che ricadono in aree della città di Milano che nel 2011 sono state caratterizzate da un'alta densità di furti.

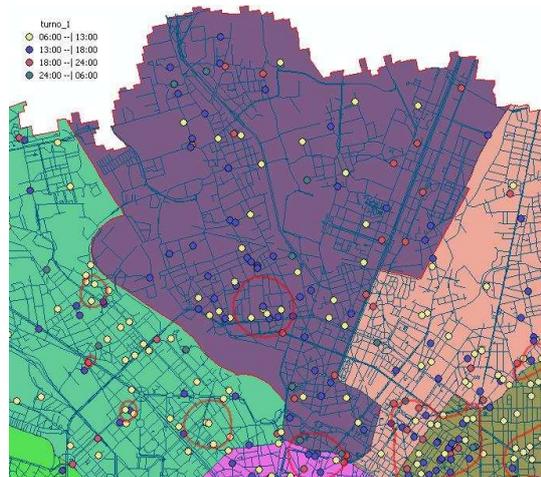
Nel caso di Milano, considerato che la Polizia Locale di tale comune è organizzata per comandi territoriali (corrispondenti alle zone di decentramento), si può procedere con l'invio ad ogni comando di zona dell'elenco delle strade da sottoporre a controlli più serrati o ad altre attività di prevenzione.



Selezione dei tratti stradali che ricadono nell'hot-spot individuato per la sola Zona di Decentramento 9.

Si possono poi fare ulteriori "tematizzazioni" dei dati. Ad esempio, nel caso dei furti del 2011 è stata effettuata una ulteriore analisi del fenomeno

sotto l'aspetto temporale: il layer "furti 2011" è stato tematizzato considerando l'orario dell'evento e suddividendo i furti secondo fasce orarie.

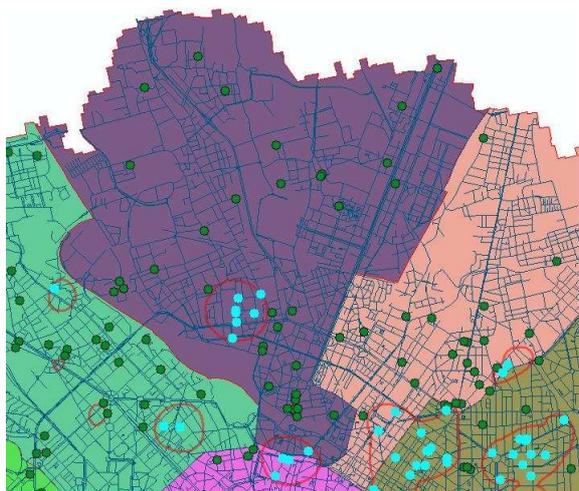


Zona di Decentramento 9: furti del 2011 tematizzati per fascia oraria; in rosso il perimetro dell'hot-spot individuato con l'estensione Spatial Analyst.

Questa suddivisione può fornire altri spunti sulla scelta e sull'organizzazione delle azioni di polizia. L'efficacia degli interventi messi in atto potrà, in un secondo momento, essere oggetto di revisione critica grazie al confronto tra la distribuzione spaziale dei furti pre interventi messi in atto e la distribuzione spaziale post interventi.

Nel nostro caso, i dati del 2011 potranno essere messi a confronto con i dati del 2012 e, in tal senso, valutare l'efficacia delle scelte operative.

Come prova della buona attendibilità della tecnica di definizione degli hot-spot utilizzata in questo esempio possiamo confrontare il risultato ottenuto sui dati del 2011 con i dati relativi ai furti rilevati nel primo semestre del 2012:



Zona di Decentramento 9: furti del primo semestre 2012 sovrapposti agli hot-spots dei furti del 2011 (perimetri in rosso), in azzurro i furti (2012) che ricadono negli hotspots.

Nel caso della zona 9, nel primo semestre del 2012, su un totale di 104 furti, ben 67 sono stati segnalati all'interno del perimetro definito dall'hot-spot del 2011, ovvero il 64 % di tutti furti avvenuti nel 2012 ricadono in un ambito geografico ben definito e individuato in via previsionale sulla base dei dati del 2011: dal punto di vista operativo avrebbe sicuramente avuto senso orientare scelte, risorse e strategie verso questa porzione del territorio ottimizzando così costi e uso del personale.

5. Conclusioni.

L'applicazione delle tecniche di crime mapping richiede una buona conoscenza dei fondamenti dell'uso dei GIS.

Una volta acquisite le nozioni alla base dell'uso dei programmi GIS ci si deve poi documentare e studiare le diverse tecniche di analisi statistico-geografica comunemente utilizzate per lo studio/analisi della distribuzione geografica dei fatti di reato.

Sul web si trovano parecchi esempi (in prevalenza si tratta di case history proposti da autori di

cultura anglosassone) sull'utilizzo dei GIS per la creazione di mappe della distribuzione dei reati.

A livello bibliografico, sempre sul web si trovano esempi anche di applicazione di tecniche di crime mapping con finalità più operative, soprattutto nell'ambito del management delle risorse dedicate alla sicurezza/prevenzione.

Rispetto a un'attività di "geographic profiling", che implica complesse e rigorose attività d'inferenza e analisi degli elementi raccolti nell'ambito di un'investigazione criminale, il crime mapping può trovare una più efficiente, proficua e valida applicazione nell'ambito di una generale attività di polizia, soprattutto a livello locale (prefetture o comandi di polizie locali di grandi centri urbani).

Le tecniche di crime mapping possono contribuire a livello strategico e quale strumento per una più generale gestione della sicurezza urbana come, ad esempio, quale strumento di analisi a supporto della pianificazione di interventi a livello urbanistico o viabilistico (per arginare i fenomeni di devianza/degrado), nelle applicazioni su scala urbanistica del CPTED e nelle applicazioni delle teorie di prevenzione situazionale.

Il crime mapping può essere usato anche a livello tattico offrendo un valido contributo quale strumento da utilizzare per la gestione delle risorse destinate alla sicurezza, per la programmazione dei servizi di polizia locale e soprattutto quale supporto nell'ambito di attività mirate alla repressione e alla prevenzione di specifici atti criminosi e illeciti.

Note.

(1) "Crime science" in italiano si può tradurre come "scienza delle criminalità". Questa traduzione è stata adottata da Savona E. e Caneppele S. in *Problem Solving e analisi criminale: guida all'uso in 55 steps*,

2008., traduzione e adattamento di Clarke R.V., Eck J., *Become a problem solving crime analyst*, Jill Dando Institute, London, 2003

(2) La Criminologia Ambientale è stata introdotta dalla Scuola di Chicago nella prima metà del secolo scorso. I massimi esponenti erano Shaw e McKay della School of Sociology dell'University of Chicago.

La Scuola di Chicago proponeva un modello sociologico per spiegare come i fattori ambientali, quali ad esempio il degrado urbano, in combinazione con fattori socio-economici, possono concorrere a generare comportamenti devianti e/o criminali: in estrema e approssimata sintesi i quartieri più degradati di un centro urbano concorrono ad attrarre soggetti che identificano tale area come un ambiente "fatto per loro".

Shaw e McKay svilupparono le loro teorie sulla base delle teorie "ecologiche" del prof. Ernest Burgess di cui erano allievi.

Burgess aveva proposto un modello dinamico di sviluppo urbanistico di un tipico centro urbano U.S.A. "per fasi e zone concentriche" (Concentric Zonal Circle Model). Questo modello associa l'evoluzione dinamica urbanistica di un centro urbano all'addensamento di diversi ceti sociali e a una conseguente comparsa di alcuni comportamenti devianti e criminali (Burgess, 1925, citato in Chainey S., Ratcliff J., *GIS and Crime Mapping*, John Wiley & Sons Ltd, U.K., 2005).

Gli ultimi contributi interessanti alle teorie della Scuola di Chicago sono di Brantingham P.J. e Brantingham P.L. che nei primi anni ottanta del secolo scorso segnalavano una certa longevità e persistenza di specifiche aree criminali in alcuni centri urbani nord-americani (da Chainey S., Ratcliff J., *op.cit.*).

Per chi volesse approfondire segnalo le principali teorie di riferimento della moderna criminologia ambientale e della Scienza della Criminalità, così come indicate durante le lezioni del corso di Criminologia Applicata tenuto dal prof. Ernesto Savona - Corso di Laurea in Scienze Sociali Applicate A.A. 2010 - 2011 presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore - Sede di Milano: la "Rational Choice Theory" di Clarke e Cornish (1986), la "Routine Activity Theory di Cohen e Felson" (1979), la Crime Pattern Theory di P. e P. Brantingham" (1998), le teorie di Prevenzione Situazionale sviluppate da Clarke (1997) e Eck e gli approcci POP (Problem Oriented Policy) proposti da Goldstein (2001).

(3) Crime Prevention Through Environmental Design: la prevenzione del crimine attraverso la ridefinizione (design) degli ambienti.

(4) Savona E.U., Caneppele S., *op.cit.*, Clarke R.V., Eck J., *op.cit.*

(5) Picozzi M., Zappalà A., *Criminal Profiling. Dall'analisi della scena del delitto al profilo psicologico del criminale*, McGraw-Hill, Milano, 2002.

(6) Si tratta del così detto "Geographic Profiling": una tecnica per delimitare un'area geografica quale probabile luogo di residenza del reo, autore di una serie di crimini. Questa tecnica comporta la combinazione di elementi di tipo qualitativo, derivanti dalla applicazione delle teorie della "psicologia ambientale"

e della "geografia comportamentale", ed elementi di tipo quantitativo, ricavati dalla applicazione di tecniche geografico-statistiche quali la "centrografia" e "l'analisi di prossimità". È singolare il fatto che i vari "tools" dei GIS dedicati al Criminal Profiling vengono mutuati dalle applicazioni GIS del "Animal Movement" utilizzate in ambiti zoologici. Queste tecniche trovano anche applicazione in ambito tattico-strategico nel campo militare.

(7) Zone del territorio con particolare "concentrazione" geografica dei reati. I così detti "hotspots" possono dare un'indicazione di aree con particolare propensione alla concentrazione i fatti illeciti (Savona E., "Dal micro al macro e ritorno", *Rassegna Italiana di Criminologia*, n. 1, anno 2009).

(8) "Community policing is a philosophy that promotes organizational strategies, which support the systematic use of partnerships and problem-solving techniques, to proactively address the immediate conditions that give rise to public safety issues such as crime, social disorder, and fear of crime" (www.cops.usdoj.gov).

(9) Con il termine "geocodificare" s'indicano le operazioni svolte per associare a un indirizzo delle coordinate geografiche presenti in un database di riferimento. Tramite un "link" (o aggancio) fatto tra tabelle di valori aventi un campo di attributi in comune (l'indirizzo e il numero civico) si possono associare a una serie di reati delle coordinate geografiche riferite a indirizzi di punti noti. La "geocodificazione" è una operazione molto complessa e parte dal presupposto che esista una base dati di riferimento costituita da o una lista di indirizzi e numeri civici associati con le coordinate geografiche. Esistono società che forniscono a pagamento il servizio di "geocodifica", mentre generalmente quasi tutti i GIS commerciali hanno un "tool" che consente di agganciare le tabelle con gli indirizzi a un file con indirizzi già georeferenziati.

(10) shp (shape) è un formato standard dei programmi GIS. Il formato shape (sviluppato e regolato da ESRI) è un popolare formato vettoriale per sistemi informativi geografici.; con "shapefile" si indica di norma un insieme di file con estensione .shp, .dbf, .shx, che hanno in comune il prefisso il nome del file (per es. furto.dbf, furto.shx e furto.shp).

(11) La versione ora in commercio è la 10; dettagli disponibili su www.esri.com

(12) Savona E., *op.cit.*

(13) www.jennessent.com

(14) The State University of New Jersey School of Criminal Justice.

(15) www.rutgerscps.org

(16) CrimeStat III, a spatial statistics program for the analysis of crime incident locations, Ned Levine & Associates, 2011.

(17) www.qgis.org

(18) www.gvsig.org

(19) I dati sono stati forniti dalla Direzione Centrale Polizia Locale e Sicurezza - Settore Sicurezza, Servizio Gestione Rischi del Territorio del Comune di Milano. Si ringrazia il Comandante della Polizia Locale del Comune di Milano, dott. Tullio Mastrangelo.

(20) All'interno di questa categoria sono stati raggruppati tutti i reati di natura predatoria rilevati dalla Polizia Locale del Comune di Milano, non sono stati ricompresi in questa categoria i furti presso le abitazioni.

(21) Vedi paragrafo precedente.

(22) Un cluster (inglese) in ambito geografico non è altro che un addensamento di un certo evento.

(23) Output del modulo Nearest Neighborg Statistic del tool SPACE.

(24) Valore medio più due deviazioni standard, le aree di colore rosso della precedente figura.

Indicazioni Bibliografiche.

- Chainey S., Ratcliff J., *GIS and Crime Mapping*, John Wiley & Sons Ltd, U.K., 2005.
- Harris K., *Mapping Crime: principle and practice*, CMRC, U.S. Dep. Of Justice, U.S.A, 1999.
- Hill B., *Crime Analysis Tools V2.E - Instruction and User's Manual*, Glendale Police Department, Arizona U.S.A, 2003.
- Levine N. & Associates, *CrimeStat III- A Spatial Statistics Program for the Analysis of Crime Incident Locations (V. 3.1)*, The National Institute Of Justice, Washington D.C. U.S.A, 2007.
- MapAction, Lime Farm Office Little Missenden – Bucks HP7 0RQ UK, *Field Guide to Humanitarian Mapping*, marzo 2009.
- Parker R.N., Asencio E., *GIS and Spatial Analysis for the Social Science. Coding, Mapping and Modeling*, Routledge/Taylor & Francis Group, N.Y. (U.S.A.) and London (G.B), 2009.

- Picozzi M., Zappalà A., *Criminal Profiling. Dall'analisi della scena del delitto al profilo psicologico del criminale*, McGraw-Hill, Milano, 2002.
- Ponti G., *Compendio di Criminologia*, quarta edizione, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1999.
- Smith S. C., Bruce C. W., *CrimeStat III User Workbok*, The National Institute Of Justice, Washington D.C. U.S.A., 2008.
- Ummarino A., Aldrovandi N., "Progetto Sicurezza in Provincia, Programma n.° IV: Provincia Pulita – Prima Fase: Controllo dell'Abbandono dei Rifiuti Mediante le Tecniche di Crime Mapping", marzo 2010.
- Ummarino A., *Controllo dell'abbandono dei rifiuti mediante le tecniche di Crime Mapping*, maggio 2010 www.dirittoambiente.it, testata giornalistica registrata con n. 03/02 del registro stampa Tribunale di Terni.

Sitografia.

- <http://www.bairanalytics.com>
- <http://www.esri.com>
- <http://www.jennessent.com>
- <http://www.gvsig.org>
- <http://www.ojp.usdoj.gov>
- <http://www.popcenter.org>
- <http://www.qgis.org>
- <http://www.rutgerscps.org>

Réaction sociale de l'opinion publique face aux prestations de soins au CHU de Treichville (Abidjan)

*Adélaïde Gakoué, Opadou Koudou**

Riassunto

Lo studio della reazione sociale nei confronti delle prestazioni sanitarie è quasi inesistente in Costa d'Avorio. L'obiettivo della presente ricerca era di raccogliere conoscenze e giudizi di valore costruiti dagli individui attorno alla situazione di presa in carico dei malati al CHU (Centro Ospedaliero Universitario) di Treichville. La ricerca è stata realizzata tramite interviste semi-strutturate rivolte a cento persone. In generale, si sono rilevate impressioni relativamente positive in merito alle prestazioni sanitarie. In effetti, attitudini, opinioni e comportamenti in maggioranza positivi si sono tradotti in opinioni favorevoli, adesione e accettazione delle prestazioni. Tuttavia, queste attitudini non hanno portato sempre direttamente le persone al CHU in caso di malattia, ma soltanto per necessità estrema in rapporto allo stato di salute. Ciò nonostante, dato che le denunce e le lamentele registrate non sono in numero trascurabile, vengono avanzate proposte operative al fine di migliorare le prestazioni.

Résumé

L'étude de la réaction sociale relative aux prestations de soins est quasi-inexistante en Côte d'Ivoire. L'objectif de cette étude prospective était de cerner les connaissances et jugements de valeurs construites par les individus autour de la prise en charge des malades au CHU (Centre Hospitalier Universitaire) de Treichville. L'enquête interrogation s'est réalisée à l'aide d'un guide d'entretien auprès de cent individus. On notait globalement une appréciation relativement positive des prestations de soins. En effet, les attitudes, opinions et comportements de l'opinion publique en majorité positifs s'est traduit par des opinions favorables, des attitudes d'adhésion et d'acceptation des prestations. Mais, ces attitudes ne les conduit pas toujours directement au CHU dès qu'ils sont malades mais en cas de nécessité exigée par l'état de santé. Toutefois, les plaintes et découragements enregistrés n'étant pas négligeables, des propositions de mesures personnelles complétées à celles des enquêtés ont été faites en vue de l'amélioration des prestations.

Abstract

The study of the social reaction related to health services is quasi non-existent in Ivory Coast. The objective of this forward-looking study was to gather the knowledge and the judgments of values built by individuals regarding the care of the patients in the CHU (University Hospital Centre) of Treichville. The survey was conducted using an interview guide with one hundred people. Overall, there was a relatively positive assessment of care. Indeed, attitudes, opinions and for the greater part positive public opinion are translated into favorable opinions and attitudes of membership and acceptance of the services. But, these attitudes do not yet lead them directly to the CHU, but only in case of necessity due to their state of health. Nevertheless, the complaints and recorded disappointments not being inconsiderable, suggested personnel measures were introduced to improve care.

* Adélaïde Gakoué : Doctorante en Droit Privé et Sciences Criminelles - Université de Lorraine, France. Laboratoire : Institut François Gény (IFG).

Opadou Koudou : Professeur Titulaire des Universités, Chargé de cours, UFR (Unité de Formation et de Recherche) Criminologie, Université Félix Houphouët Boigny de Cocody (Côte d'Ivoire).

1. Introduction.

La prise en charge des malades par les services publics, font de plus en plus l'objet de critique de nos jours. La crise socio politique qui secoue le pays depuis septembre 2002 a profondément désorganisé le système de santé qui connaissait déjà plusieurs faiblesses tant au niveau de l'accessibilité géographique et financière, des ressources humaines, que du financement et de la mise en œuvre des programmes de santé (OMS¹, 2009). Depuis cinq ans, la Côte d'Ivoire subit chaque année au moins une flambée majeure de maladie notamment la fièvre jaune (en 2005, 2006 et 2008), le choléra(en 2005 et 2006) et la méningite (en 2005, 2006, 2007 et 2008) (OMS, 2009) en plus des maladies courantes tels que le paludisme (constitue le premier motif de consultation dans les formations sanitaires du pays et 62% des causes d'hospitalisation des enfants de moins de cinq ans et représente 57% des états morbides enregistrés en 2007), le SIDA etc. Parallèlement, la difficulté d'accès aux soins favorise l'accroissement du taux de mortalité et de morbidité des populations.

Il semble que la population abidjanaise accorde beaucoup d'importance à la médecine traditionnelle parce qu'elle pense avoir un accès facile en matière de soins de santé et à moindre coût. Ainsi, en l'absence d'une réelle politique de facilitation de l'accès aux soins de santé et devant la baisse de l'espérance de vie (entre 42 et 45 ans) des populations, un recueil des informations nécessaires à la lutte contre la difficulté d'accès des soins médicaux convenables s'impose.

En l'absence de données consacrées à notre connaissance à ce sujet, ce travail se proposait

d'étudier les opinions, les attitudes et les comportements de l'opinion publique dans un souci d'aider à l'amélioration de la prise en charge des malades.

Au plan social, les résultats de l'étude pourront par exemple permettre aux décideurs de régler les problèmes qui minent le secteur de la santé publique en s'inspirant des mesures proposées dans le but d'améliorer la prise en charge des malades et de faciliter l'accès aux soins de santé. Par conséquent, cela pourrait rehausser le niveau de santé de la population ivoirienne et améliorer l'espérance de vie des femmes, enfants, jeunes et vieux en réduisant dans la mesure du possible les taux de mortalité et de morbidité.

Notre objectif consiste ainsi à cerner les connaissances et les jugements de valeurs que construisent les individus autour de la question de la prise en charge des malades au CHU-T². Cette étude doit permettre non seulement de présenter les aspects institutionnels relatifs aux prestations de soins, les attitudes, opinions et comportements de l'opinion publique face aux traitements médicaux mais surtout de faire des propositions constructives visant à l'amélioration de la prise en charge des malades au CHU-T.

2. Méthodologie.

L'enquête interrogation constitue notre principal mode de recueil de données. Les investigations se sont déroulées à Abidjan³ capitale économique de la Côte d'Ivoire. Le choix parallèle d'un échantillon non probabiliste de volontaires de

² Centre Hospitalier Universitaire de Treichville.

³ Capitale économique de la Côte d'Ivoire. C'est notre lieu de résidence et la plus grande ville du

¹ Organisation Mondiale de la Santé.

diverses catégories sociales⁴ à l'aide d'un sondage sur place parmi la population abidjanaise nous a été d'une importance capitale. Celle-ci a été réalisée auprès de cents seize individus. Ceux-ci ont été interrogés dans des espaces publics notamment dans les dix communes d'Abidjan. Cent personnes en raison de dix personnes par communes ont été interrogées.

Afin de procéder en quelque sorte au contrôle voire à la validation de l'information recueillie par entretien, l'étude a connu une phase d'observation directe⁵, des différents services du CHU pour observer les comportements de certains malades.

L'étude bibliographique a concerné essentiellement la consultation de documents relatifs aux services de soins de santé d'une manière générale⁶. Aussi, avons-nous obtenu au service autonome du contrôle et de l'évaluation, des documents sur les aspects institutionnels du CHU-T. C'est grâce à cette étude bibliographique que l'historique du CHU-T a pu être reconstruit et que les résultats de l'enquête ont pu être analysés.

3. Présentation et fonctionnement du CHU-T.

3.1. Présentation du CHU-T.

Créé en 1938 en tant qu'hôpital dit « annexe » de l'hôpital central du plateau, bâti aujourd'hui sur une superficie de 42ha et caractérisé par son aspect pavillonnaire, le Centre Hospitalier et Universitaire de Treichville a acquis ledit statut en 1986 par le décret n°76 et a été érigé en

pays avec une superficie qui atteint 54000 ha et une population d'environ 2,5 millions d'habitants.

⁴ Cet échantillon de volontaires diversifiés ne garantit pas la représentativité : il témoigne seulement de la diversité des personnes qui le composent.

⁵ Berrewaerts J, EDUS 1101, *Cours de Méthodologie de l'observation.*

⁶ Grawitz M., *Méthodes des sciences sociales*, 9^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1993.

établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC) par le décret n°84-763 du 6 juin 1984. Avec une capacité actuelle de 658 lits, il apparaît comme le plus grand établissement hospitalier national.

Géographiquement, le CHU-T est situé dans la commune de Treichville plus précisément non loin du palais des sports et le Centre National de Transfusion Sanguine (CNTS) et l'Institut National de Santé Publique (INSP).

Chargé d'assurer des soins d'urgences, des examens de diagnostic, des consultations, des traitements et hospitalisation des malades – d'initier et développer des actions de médecine préventive – participer à l'enseignement universitaire : médical, pharmaceutique et odontologique, à la formation paramédical et à la recherche conformément au décret n° 91-650 du 9 octobre 1991. Le centre hospitalier et universitaire compte plusieurs services de soins.

D'un point de vue organisationnel, il est divisé en deux grandes structures à savoir : les services administratifs généraux et les services médicaux et médico-techniques.

3.2. Fonctionnement du CHU-T.

L'établissement est composé des services administratifs généraux et d'un système de gestion des malades. Le premier renferme le conseil de gestion (contrôle la politique générale de l'établissement, suit la préparation et l'exécution du budget et examine le compte financier produit en fin d'exercice), la direction composée de trois structures :

- le Directeur général nommé par décret en conseil des ministres sur proposition du ministre chargé de la fonction publique. Il représente l'établissement dans tous les actes de la vie civile

et juridique, prépare les travaux du conseil de gestion, chargé du calendrier de gestion, exerce son autorité sur l'ensemble du personnel, ordonnateur principal des dépenses. Aussi, il précise que le service autonome du contrôle et de l'évaluation et le service de communication et des relations publiques sont rattaché au directeur du CHU-T.

- le Directeur médical et scientifique chargé de la coordination des activités médicale, scientifique et de recherche à savoir : coordination, suivi et coordination des activités médicales et scientifiques- élaboration et mise en œuvre d'études médicales - surveillance et évaluation des actes médicaux, dentaire et pharmaceutiques - élaboration, exécution et évaluation de programmes de formation continue du personnel - supervision des activités de la CME⁷ et de la CTE⁸, des services médicaux, des services médico-techniques et des services d'information médicale. Il dispose d'une sous-direction et d'un service d'information médicale pour assurer ses attributions.

- le Directeur de l'Administration et des finances chargé des opérations liées à l'élaboration du budget- de la préparation et du suivi des marchés, des baux et conventions- de la gestion des stocks - de la distribution dans les services, de la gestion des stocks des services généraux (cuisine, buanderie, lingerie, morgue) - de la gestion des stocks de la pharmacie en liaison avec le pharmacien chef- de l'inventaire et du suivi des immobilisations- du bureau des admissions et frais de séjour etc. Cette direction se subdivise en trois sous-direction (la sous-direction des ressources humaines, la sous-direction du budget et des

finances et la sous-direction de la maintenance et de la gestion du patrimoine).

Et les commissions : la Commission Médicale d'Etablissement(CME) et de la Commission Technique d'Etablissement (CTE) qui épaulent le directeur dans ses nombreuses activités de gestion administrative et technique de l'établissement).

Le second est chargé de la gestion des différents types de malades (hospitalisé ou non) et assure la réalisation des formalités administratives recommandé⁹.

L'organisation et le mode de fonctionnement destiné à assurer une prise en charge complète ainsi décrit échappe probablement au public et pourra éventuellement être perçu différemment par chacun.

L'examen des opinions, attitudes et comportements nous permettra d'appréhender ce que l'opinion publique, patiente potentielle dudit établissement pensent de l'existence, de la nature, des fonctions et des effets des prestations du CHU-T.

4. Résultats.

Les résultats sont structurés sur trois points :

a : Opinions, b : Attitudes et enfin c : Comportements de l'opinion publique.

Les fonctions reconnues aux CHU-T précisent son volet médical consistant à assurer des soins d'urgences, des examens de diagnostic, des consultations, des traitements et hospitalisations des malades, initier et développer des actions de médecine préventive, n'a pas échappé à l'analyse

⁸ Commission Technique d'Etablissement.

⁹ La consultation ou l'hospitalisation au sein de l'établissement exige le règlement des frais à la caisse du service concerné. Il est nécessaire d'exiger tampon ou reçu à l'occasion de tout paiement. Le patient est

⁷ Commission Médicale d'Etablissement.

faite des opinions, des attitudes et des comportements de l'opinion publique.

Dans cette partie, deux thèmes principaux seront abordés : le premier concerne les opinions, de la prise en charge des malades par l'opinion publique. Nous nous enquerrons ainsi de leurs avis et de leurs réflexions sur le traitement administré. Le second thème s'intéresse aux éventuelles répercussions sur le comportement de ladite population.

a) Les opinions.

Elle concerne les opinions en fonction du coût des prestations, la qualité du traitement, la nature des difficultés, les communes, la religion, le degré de connaissance du CHU-T et la perception selon le genre.

- *De la perception partagée des opinions relatives au coût des prestations (voir schéma n°1)*

Ainsi, lorsque l'on croise la variable catégories socioprofessionnelles et la cherté des prestations, les avis sont partagés.

Sur 3 cadres supérieurs interrogés, 2 trouvent les P.S¹⁰ chères et 1 pensent que c'est un peu chère.

Pour les moyens supérieurs, sur 6 enquêtés, 1 a répondu un peu chère, 3 répondent pas trop chère, 1 juge chère et le dernier n'a aucune idée du coût des prestations.

A propos des cadres moyens, sur 34 interrogés, 11 (11%) disent que le coût des P.S est très élevé, 4 (4%) jugent un peu chère, 5 (5%) pas trop chère et pour 8 (8%) moins chère tandis que les 6 (6%) autres en ont aucune idée.

ensuite dirigé chez le major du service pour constituer ou compléter son dossier et le médecin le recevra.

¹⁰ Prestations de Soins.

Un cadre moyen nous dit : « *Simple opération là c'est 300.000F, on ne dirait même pas un service public, c'est mieux d'aller en clinique en même temps*¹¹. »

Les personnes de la classe sociale défavorable, sur 37 enquêtés, 16 (16%) trouvent les P.S chère, 1 un peu chère, 9 (9%) pas trop chère, 2 (2%) moins chère et 9 (9%) ont répondu n'avoir aucune idée.

Une enquêtée de la classe défavorable, affirme en ces termes : « *Le coût des frais médicaux est très élevé pour nous les démunis, on a des problèmes pour se soigner, on est obligé de faire un peu un peu*¹² » ; un autre dit ceci : « *L'état doit essayer de nous faire les soins à crédit et après on va rembourser un peu un peu*¹³. »

Pour les étudiants, le coût des P.S est cher. Sur 16 répondants, 7% ont répondu chère. Quant aux élèves, aucun n'a répondu chère.

Il ressort que quelque soit la catégorie socio professionnelle, les réponses chères tendent à se rapprocher de la moyenne à l'égard des autres indices relatifs au coût. Ce résultat va dans le même sens que celui de l'étude réalisée au service de pédiatrie du CHU de Treichville¹⁴ de laquelle il ressortait que les parents des patients estimaient dans 47% des cas le coût des prestations médicales comme étant inaccessible, d'où l'impossibilité pour 10,4% de payer les frais d'hospitalisation, pour 18,2% d'honorer les ordonnances médicales, pour 14,3% de payer les frais des examens para cliniques nécessaires.

¹¹ Expression traduisant la cherté des frais médicaux au CHU-T.

¹² Expression traduisant l'effort fourni par le patient pour assurer ses frais de santé.

¹³ Modalité de paiement plus souple des frais médicaux.

¹⁴ Niangué-Beugré M.N et al., "Hospitalisation dans le service de pédiatrie du CHU de Treichville : le

Cependant, la cherté supposée des prestations de soins est-elle synonyme de qualité du traitement administré ?

- *De la qualité du traitement (voir schéma n°2)*

Les résultats relatifs à la cherté des frais médicaux au CHU-T pourraient nous permettre de croire en l'effectivité de la qualité du traitement. Qu'en est-il de la réalité ? Effectivement, au regard des opinions, nous constatons que la majorité des enquêtés sont satisfaits du traitement. Cela se perçoit dans le schéma ci-dessous.

La plupart des enquêtés sont satisfaits du traitement. Plus de 54% de la population observée pensent que le traitement est de qualité.

À la question que pensez-vous du traitement ? En êtes-vous satisfaits ? Seul 18 répondants ont affirmé qu'ils ne sont pas du tout satisfaits. Pendant que 15% sont un peu satisfait.

Une tentative d'interprétation de ses résultats conduit à dire qu'effectivement l'opinion publique apprécie favorablement le traitement des malades à tel enseigne qu'elle juge les soins comme étant de « qualité ». Elle ajoute que quoique l'on dise, la majorité des malades traités retrouvent la guérison. Ainsi, la qualité du traitement est relative à l'obtention de la guérison. Ce résultat confirme les résultats d'une étude menée au CHU de Cocody¹⁵ selon Raphaël Abauleth et ses collaborateurs (2006) dont les résultats sur l'efficacité de la prise en charge thérapeutique de 102 patientes, a révélé que sur les 85 patientes revenues à l'examen de contrôle biologique, 74

patientes ont été déclarées guéries, soit un taux de guérison de 87%.

Un enquêté de 22 ans affirme en substance : « *Je pense que le traitement est vraiment satisfaisant, parce- que j'ai subi une opération chirurgicale depuis le bas âge et depuis la maladie a totalement disparu ; je me porte bien.* » ; M.D : « *J'avais des boutons sur le corps, je me suis rendu là-bas au service dermatologie, le médecin m'a fait suivre un traitement et jusqu'aujourd'hui tout a disparu, je suis satisfaite du traitement.* »

Cependant, ceux qui affirment être un peu satisfait précisent que bien que les soins procurent la guérison, ils ne sont pas donnés dans de bonne condition puisse qu'ils ont été confrontés à d'énormes difficultés.

Les situations de rechutes et les décès enregistrés sont des raisons qui expliquent les insatisfactions des autres. Ainsi, les non réponses de certains sont dus à leur incapacité d'appréciation du traitement puisque n'ayant jamais été traités au CHU-T. C'est ce qu'affirme cet enquêté : « *Je ne me suis jamais soigné là-bas, donc je ne peux pas mentir.* »

- *De la nature des difficultés rencontrées au CHU-T.*

À la question de savoir quel genre de difficulté avez-vous rencontrées et a quoi sont-elles dues ? Les opinions de l'opinion publique sont partagées. La majorité des enquêtés ont répondu "aucune" puisse que selon eux tout s'est bien passé.

Il ressort que le groupe le plus nombreux (48%) a été confronté à aucune difficulté. Pour 18% c'est surtout l'ensemble du personnel qui a été à la base de leurs difficultés, car disent-elles l'accueil, le suivi médical n'ont pas été favorables.

vécu des parents", *Archives de pédiatrie*, décembre 2004.

¹⁵ Cocody est une commune de la ville d'Abidjan située dans Abidjan nord.

M.Y enquêtée tout énervée soutient en ces termes : « *Mon enfant était malade, dès qu'ils lui ont placé le sérum¹⁶, ils disent qu'il n'y a plus de support pour l'accrocher, donc moi-même j'étais obligé d'attraper ça pendant que mon enfant souffrait, de 22heures jusqu'au petit matin hein¹⁷ ce n'est pas bien ! En tout cas je ne vais plus partir là-bas encore. C'était très pénible.*»

D'autres ont évoqué des problèmes dus à une mauvaise organisation du CHU-T dont la conséquence principale est la lenteur du service.

- *Positivité des opinions selon les communes.*

Aussi, selon la commune d'appartenance, les réponses sont positives. Les enquêtés affirment être bien suivis. Sur les 10 communes, il y a 9 communes soit 72% des personnes dont les opinions positives sont au-dessus de la moyenne. Seulement 10% des personnes ont répondu par la négative et 18% se sont abstenues de répondre.

- *Opinions selon la religion.*

La présence d'une chapelle et d'une mosquée au CHU-T nous a poussé à tester la variable de la religion relativement à l'appréciation des prestations de services. Notons que le groupe religieux d'appartenance n'a aucune incidence majeure sur les enquêtés dans la mesure où la plupart ont une perception positive des

prestations. Mais, quelques appréhensions s'observent au niveau des chrétiens où quelques-uns d'entre eux disent que "les médecins soignent mais c'est Dieu qui guérit".

Les musulmans acceptent les prestations comme telle sans aucune plainte. Aussi, faut-il noter que les individus des autres religions ont une bonne opinion des P.S.

- *De la conscience positive de l'existence du CHU-T.*

À ce propos, l'établissement n'a plus besoin de publicité puisse que la majorité de la population affirme le connaître.

À la question avez-vous une fois entendu parler du CHU-T ? La quasi-totalité des répondants (92%) a répondu "oui". Cependant les personnes ayant affirmé connaître un peu (7%) et celui qui ne le connaît pas est lié au fait de n'avoir aucune idée de la totalité des services.

À la question de savoir à quelle circonstance avez-vous entendu parler du CHU-T, les réponses s'articulent précisément au fait d'avoir eu un parent malade (38%), aussi, par d'autres moyens d'information tels que la Télévision, Radio, presse écrite... (24%), lors d'une consultation (16%), le fait d'avoir eu un ami malade (16%) et enfin, par voie d'hospitalisation.

- *Opinions selon le genre.*

Quel que soit le genre, les opinions sont bonnes. Sur 59 hommes interrogés, ont noté 40 opinions positives, 14 sans réponses et 5 mauvaises réponses.

Le genre féminin enregistre 34 bonnes réponses sur 41 enquêtés, 5 mauvaises et 2 sans réponses.

¹⁶ Le mot sérum est utilisé pour désigner la perfusion (Injection lente, prolongée et continue, à l'intérieur d'une veine (intraveineuse) le plus souvent, d'une quantité importante de sérum, de sang ou de substances médicamenteuses en solution (soluté). Encyclopédie santé Vulgaris-Médical, consulté le 5 Décembre. 2012, <http://www.vulgaris-medical.com/encyclopedie/perfusion-6897.html>

Les perfusions intraveineuses ont pour but l'administration de substances indispensables à la vie d'un patient.

¹⁷ Expression traduisant la désolation du patient, la marque de son découragement.

Cela laisse entrevoir que le degré d'appréciation des prestations n'est pas fonction du genre car en matière de santé les opinions convergent à un moment donné.

b) Les attitudes.

- Faible degré de fréquentation du CHU-T.

L'étude a montré que l'irrégularité des individus au Centre Hospitalier Universitaire de Treichville est fonction de la gravité de la maladie. Ainsi, l'enquête sur l'opinion publique révèle que cette population se caractérise par la faiblesse de sa fréquentation dudit établissement. Quarante-sept personnes (87%), sur cent interrogées, déclarent ne pas se rendre fréquemment au CHU-T. Seulement treize (13%), ont l'habitude de s'y rendre.

Qu'est ce qui pourrait expliquer une telle attitude? Précisons qu'en Côte d'Ivoire depuis 1994 on assiste à la prolifération de FSU-com (Formation Sanitaire Urbaine à base Communautaire) et de CSU-com (Centre de Santé Urbain à base Communautaire). L'objectif général des FSU-com tel qu'il est dans la charte des FSU-com est de « contribuer de façon permanente et durable à l'amélioration de la santé des populations qu'elles servent ». Ainsi, « [...] le centre est censé travailler au profit des résidents des quartiers, et non pas à son propre profit. [...] les FSU-com doivent fournir des soins à des tarifs abordables (en fonction de la capacité contributive des ménages), et soigner sans discrimination sociale, ethnique, religieuse ou raciale. » (Christine Ortiz et al., 1998). Cela semble être la raison qui explique le faible degré de fréquentation du CHU-T au profit de ces centres par la population abidjanaise.

C'est ainsi que Y.P affirme : « *Je vais là-bas quand je tombe gravement malade, et maintenant il y a des centres de santé dans chaque quartier je préfère y aller.* »

Certains préfèrent se rendre directement dans les pharmacies proches de leur domicile pour obtenir un traitement. Z.M : « *Moi quand je suis malade, je rentre dans une pharmacie non loin, j'explique mon mal et on me propose des médicaments et cela me fait du bien.* »

Pour d'autres, l'automédication est à la base leurs attitudes. Pour cet enquêté : « *Aller à l'hôpital c'est trop long, quand je ne me porte pas bien, je préfère utiliser les médicaments connus de tous pour me soigner et ça marche, il y a aussi des médicaments indigènes¹⁸ qui sont très bon.* »

Ainsi, la population estime que seule la gravité de la maladie peut les pousser à aller au CHU-T. G.K (enquêté de la commune d'Attécoubé) : « *Un matin à mon réveil, je constate qu'il y a des enflures autour de mon nez et cela s'aggravait de jours en jours. On m'a conseillé de me rendre au service dermatologie du CHU-T, c'est pourquoi je suis venu ici. Sinon je vais généralement dans les infirmeries...* » ; H.G (enquêté de la commune Yopougon) : « *Je vais là-bas rarement parce que souvent quand tu vas et que tu n'as pas de bulletin de visite de la part d'un médecin on refuse de te*

¹⁸ Il s'agit de médicaments issus de la médecine traditionnelle et de la pharmacopée africaine. Selon l'OMS, la médecine traditionnelle est " l'ensemble de toutes les connaissances et pratiques explicables ou non, auxquelles ont recours les tradithérapeutes pour diagnostiquer, prévenir, guérir complètement ou éliminer partiellement un déséquilibre physique, mental ou social en s'appuyant sur l'expérience vécue et l'observation transmise de générations en générations, oralement ou par écrit". La pharmacopée africaine prise dans un sens large est l'art de préparer les médicaments.

recevoir. Donc on ne va pas là-bas comme ça hein¹⁹ ».

Au regard des reproches, les populations optent pour le CHU-T mais exclusivement pour des maladies qui nécessitent l'intervention de spécialiste.

c) Les comportements.

- *De la positivité des comportements.*

À la question quelle a été votre réaction face aux difficultés rencontrées ?

La majorité des répondants (60%) ont affirmé n'avoir eu aucune réaction. Cependant, certaines plaintes exprimées par des enquêtés ont été enregistrées : 25% de plaintes, 23% sont découragés et 17% de non réponses.

Toutefois, le pourcentage de nos interviewés plaignants et découragés mis ensemble n'est pas sans importance du moment où l'on considère que la santé est une priorité.

Une femme de la commune de Koumassi soutient en ces termes : *« J'ai été confronté à des difficultés au CHU-T, je n'ai pas réagi parce que quand ta main est dans la gueule du lion, tu ne peux pas taper sur sa tête. Je vais pour me soigner, je ne peux que me soumettre ».*

Mr B.A enquêté à Abobo dit ceci : *« les médecins sont toujours partis, qu'ils consacrent leurs temps au public dont ils ont la charge. Les malades sont là, ils souffrent et attendent pendant des heures ça peut aggraver la maladie ».*

Mlle I.C enquêté à Cocody : *« Le CHU-T et son équipe nous décourage, ils ne sont même pas capables d'administrer les premiers soins gratuitement. C'est la moindre des choses ».*

Les prétentions des plaignants sont identiques aux résultats obtenus par B. Touré et ses collaborateurs (2005) sur l'identification des dysfonctionnements dans la prise en charge de la morbidité maternelle grave à Abidjan (Côte d'Ivoire). Il est ressorti de son étude qu'à toutes les étapes de la prise en charge des patientes, le suivi des soins en hospitalisation et la prise en charge des patientes aux urgences étaient les plus affectés avec respectivement 42,8% et 39,6% des dysfonctionnements. Le délai de prise en charge des patientes était long, variant de 1 h 20 min à 5 jours avec un manque de suivi des soins, de surveillance des patientes.

Les éléments provocateurs de ces comportements sont les résultantes de la nature des difficultés rencontrées comme cela a pu être détaillé dans les opinions.

5. Conclusion et proposition de solutions.

In fine, disons que la quasi-totalité de l'opinion publique a eu une bonne appréciation des prestations de services du centre hospitalier universitaire de Treichville car à la fin de tous traitements les malades parviennent à la guérison. Par ailleurs, consciente des souffrances endurées par la maladie, la population adopte de bonnes attitudes ; en revanche celles-ci ne les conduit pas toujours directement au CHU dès qu'ils sont malades mais seulement lorsque la maladie relève de la compétence de spécialistes. Du point de vue comportemental, malgré quelques plaintes et découragements exprimés par l'opinion publique, nous avons découvert des comportements positifs. Consciente des dysfonctionnements liés des prestations de soins, le CHU-T dans sa politique de santé publique a mis en place des dispositions

¹⁹ Pour s'y rendre il faut remplir certaines conditions.

visant à améliorer la prise en charge sanitaire tel le renforcement des moyens de lutte contre la fraude, effectivement menée par la présence d'affiches dans les différents services et même sur les reçus de consultation portant la mention « Evitons la fraude et le détournement pour des prestations de qualité »; « exigez votre reçu informatique après le paiement ». Aussi, la multiplication des partenariats avec des ONG et organismes internationaux. L'établissement a décidé d'investir pour l'administration des bureaux des entrées, l'objectif étant de réduire les malversations de certains agents de santé et aussi d'assurer une meilleure gestion des entrées. La recherche et la pluralité de formation en matière médicale rendant la compétence du personnel médical plus crédible, l'idée d'organiser des séminaires de formation a été retenue. Enfin, l'instauration d'un service social à disposition des malades dans le but de réduire les charges souvent excessives des frais médicaux a vu le jour.

Malgré l'existence de ces dispositions, d'énormes difficultés persistent. Cependant, il nous a paru légitime de recueillir certaines propositions afin d'envisager des possibilités d'améliorations efficace de ces mesures.

Ainsi, les enquêtés ont proposé de :

- Innover le matériel de soins pour assurer des traitements de qualité.
- Organiser le CHU-T pour une bonne gestion des malades.
- Administrer les soins d'urgence avant l'acquittement des frais ; car la vie étant sacrée, il est essentiel de toujours la sauvegarder.
- Changer de mentalité afin de réduire les considérations d'ordre personnel.

Cependant, l'opérationnalité à notre avis de ces propositions devrait s'appuyer sur une politique sociale qui pourrait se structurer autour de deux grands points :

- Propositions relatives à l'État.
 - Revoir à la hausse le nombre de médecin et infirmiers admis au concours d'entrée à la fonction publique chaque année.

Cela revêt un caractère important dans la mesure où l'insuffisance du personnel médical se constate de plus en plus à travers les conséquences qu'elle laisse entrevoir.

- Développer des produits à caractère social (produits pharmaceutiques, génériques, organisation de journée de consultation gratuite...) cela participera à l'amélioration de la politique sanitaire.
- Prendre totalement en charge les patients les plus démunis, car ceux-ci ont droits à la santé comme tout autre citoyen. Les ressources financières faisant défaut, ils ont besoin d'être pris en charge par l'Etat.
- Multiplier l'éducation d'une bonne hygiène de vie par le canal des medias ainsi que des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Les associations, les ONG²⁰ et organismes internationaux de la santé doivent user de ses moyens pour sensibiliser les populations sur les modes de prévention de certaines maladies.
- Rendre opérationnel le service de communication et des relations publiques. Car il semble avoir un problème de communication entre le personnel médical et les patients, celui-ci emploie très

²⁰

Organisations Non Gouvernementale.

- souvent des termes techniques souvent incompris par les malades.
- Mettre en place une cellule de collecte du contenu des boîtes à suggestion du CHU-T. Les médecins ont affirmé n'avoir aucun écho du contenu de ses boîtes, par conséquent, ils ignorent les doléances des usagers du centre.
 - Propositions relatives à la population abidjanaise.
 - Faire participer les populations à leur traitement en respectant les conseils des médecins ; ce qui facilitera le traitement. On évitera ainsi l'adoption de compromettant le traitement.

- Suivre les émissions où l'on débat des questions de santé afin d'acquérir des informations suffisantes relatives à la vie médicale.
- Abandonner tous préjugés en rapport avec le corps médical. Préjugés souvent à l'origine de blocage de l'acquisition d'un état de santé convenable.
- Avoir un cadre de vie sain pour prévenir certaines maladies. La propreté est l'une des vertus recommandées par les spécialistes de la santé du fait de son caractère préventif.

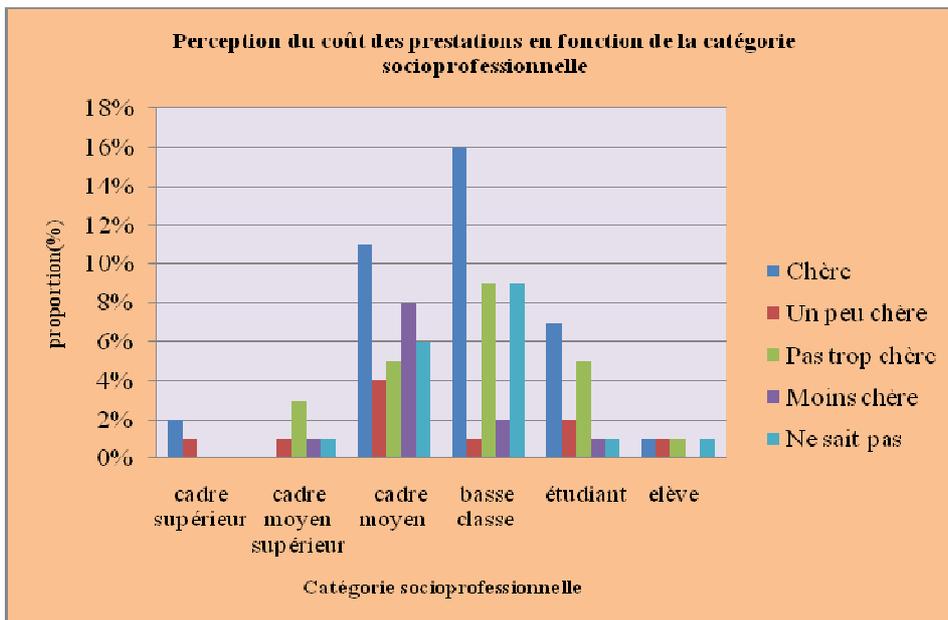


Schéma 1 : perception du coût des prestations en fonction de la catégorie socioprofessionnelle.

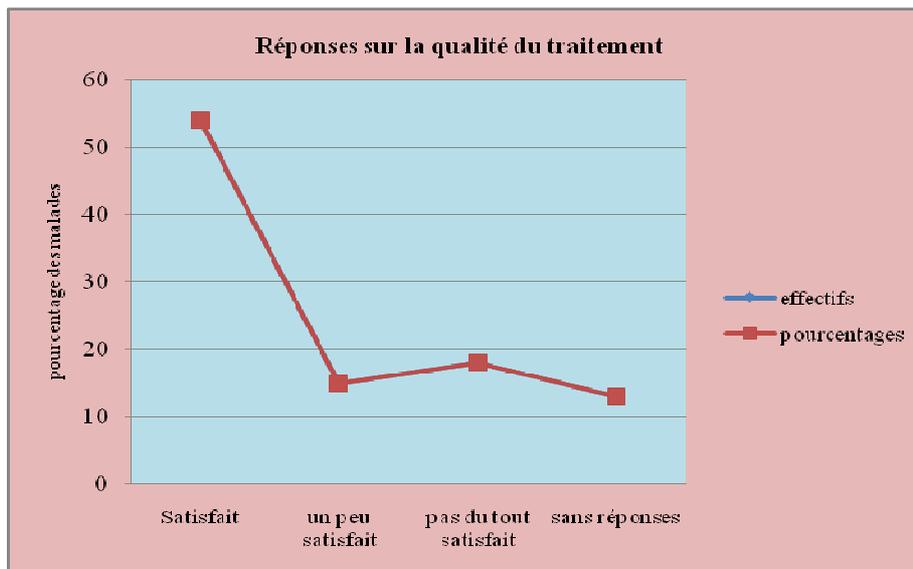


Schéma 2 : perception de l'opinion publique de la qualité du traitement.

Bibliographie.

- Abauleth R. et al., "Étiologie et prise en charge thérapeutique des leucorrhées infectieuses au CHU de Cocody" (Abidjan, Côte d'Ivoire), *Cahiers Santé*, vol. 16, n° 3, juillet-août-septembre 2006.
- Ahissan K.A., "L'évasion des malades dans les centres Hospitaliers et Universitaires : le cas du CHU de Yopougon", *Mémoire de maîtrise*, UFR Criminologie Université d'Abidjan/Cocody. 2001-2002.
- Berrewaerts J, EDUS 1101, *Cours de Méthodologie de l'observation*.
- Centre Hospitalier et Universitaire, *Livret d'accueil*, p. 22-23.
- Fassin D., "Pauvreté, Urbanisation et Santé : les inégalités d'accès aux soins dans les banlieues de Dakar", *Psychopathologie africaine*, vol 21, n°2, 1987, p. 155-176.
- Gakoué S. A., "Réaction sociale de la population Abidjanaise vis-à-vis des prestations de Services des Centres Hospitaliers Universitaires : le cas du CHU de Treichville", *Mémoire de maîtrise*, UFR Criminologie Université d'Abidjan/Cocody, 2004-2005.
- Gentilini M.M., "La coopération sanitaire française dans les pays en développement", *Avis et rapports du conseil économique et social*, 2006.
- Grawitz M., *Méthodes des sciences sociales*, 9^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1993.
- Griffin C. C., "Soins de santé les PVD doivent changer leurs priorités", *Finance et développement*, Vol 28, n°1, Mars 1991.
- Niangué-Beugré M.N et al., "Hospitalisation dans le service de pédiatrie du CHU de Treichville : le vécu des parents", *Archives de pédiatrie*, décembre 2004.
- OMS., *Évaluation des besoins du secteur de la santé*, http://www.who.int/hac/donorinfo/cap/cap_ci_v_2009_fr.pdf
- OMS., *Stratégies de coopération*, <http://www.who.int/countries/civ/fr>
- Ortiz C., "Les Formations sanitaires à base communautaire à Abidjan : Un système naissant de prépaiement non mutualisé", in Hortense D. (rédacteur en chef), *Projet Santé Abidjan-PSA Paris*, Atelier "Les mutuelles de santé en Afrique", CIDEF, 1998.
- Stoetzel J., *La psychologie sociale*, Paris, Flammarion, 1978.
- Touré B. et al., "Identification des dysfonctionnements dans la prise en charge de la morbidité maternelle grave à Abidjan (Côte d'Ivoire)", *Santé publique 2005/1*, volume 17, no 1, pp. 135-144.
- Vulgaris-Médical, *Perfusion : Définition*, <http://www.vulgaris-medical.com/encyclopedie/perfusion-6897.html>