

LA NORMAZIONE PENALISTICA SVIZZERA IN RAFFRONTO AL PANORAMA GIURIDICO ITALIANO

Del Dottor Andrea Baiguera Altieri lic. jur.,

Cultore nelle specialità di Diritto Penitenziario svizzero e di Criminologia comparata italo elvetica

L'Unione Europea sta costruendo, pur tra miriadi di disagi tecnici, un Diritto autenticamente omogeneo, prodromo imprescindibile al fine di una sempre maggiore sinergia tra le Polizie Giudiziarie degli Stati UE. Mai come in quest'ultima decina d'anni, i Giuristi svizzeri sono chiamati a scegliere tra la via senza ritorno dell'autarchia normativa oppure, all'opposto, il cammino comune principiato con il Trattato di Roma del 1957 istituyente le Comunità Europee.

1. Introduzione

Già nel 1942, l'abrogazione dei 26 Codici Penali Cantionali, voluta da Stoos e Pfenninger, fu salutata con favore dagli Operatori del Diritto, in tanto in quanto un unico Codice Penale federale (nel prosieguo detto, più brevemente, C.P.S.) consentì finalmente a Magistratura ed Avvocatura di affrancarsi dagli orpelli di un particolarismo il quale, già negli Anni Quaranta del Secolo scorso, appariva sterile nonché foriero di pesanti antinomie, scomodi rinvii normativi e vistose lacune precettive. Le medesime istanze centraliste hanno rinvenuto concretizzazione nella statuizione di un Codice di Procedura Penale anch'esso valido, a decorrere dal 2005, per tutti i 26 Cantoni. E' affermato, infatti, nella versione - in lingua italiana - dei *Lavori Preparatori* al C.p.p. unitario (2001) che " *l'unificazione della procedura penale accresce inoltre la certezza del Diritto e l'uguaglianza giuridica. Le discrepanze tra le diverse leggi di procedura penale sono infatti all'origine di numerose incertezze che possono talvolta pregiudicare la posizione giuridica del cittadino. La diversità delle normative legali pone dinanzi a difficoltà supplementari proprio gli avvocati che esercitano in differenti Cantoni, il che può compromettere l'efficacia della difesa dei clienti. La situazione giuridica attuale può pregiudicare sensibilmente i diritti degli interessati soprattutto nei casi di carcerazione, in cui vanno dapprima accertati la competenza per territorio e il diritto di procedura applicabile* ".

Dalla testé citata unificazione del rito penale restano escluse le Norme in tema di

- Ordinamento Penitenziario
- delitti contro la P.A.
- renitenza alla leva militare.

I testé citati àmbiti restano, dunque, di competenza cantonale, giacché, come esplicano i summenzionati *Lavori Preparatori* (2001) " *essi non pertengono prettamente alla Procedura Penale* ". Ciononostante, concreti segnali di apertura e di lungimiranza sovranazionale si sono concretizzati nella convinta adesione, da parte della Svizzera

- alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950 (nel prosieguo detta, più brevemente, C.E.D.U.)
- alla Convenzione sul trasferimento dei condannati del 1983
- alle Regole Penitenziarie Europee del 1987

In realtà, come asserito dal giuspubblicista italiano RUSSO (1991), la peculiarità "vincente" del Diritto svizzero, specialmente in sede di applicazione di normative di rango internazionale, consiste nel rifuggire le ridondanze del nominalismo e nell'affidare, al contrario, l'applicazione quotidiana del Diritto ad un più flessibile ed assai funzionale pragmatismo. Ovverosia, per utilizzare i lemmi testuali del prefato Autore " *la Magistratura svizzera, con la Magistratura belga, è quella che ha studiato e applicato con maggiore cura e maggiore attenzione la CEDU. Il contributo che la Magistratura svizzera ha dato allo sviluppo della Giurisprudenza europea è un contributo importante e significativo, come è importante e significativa la cura e l'attenzione che la Svizzera*

ha posto nel sottoscrivere la CEDU. Altri Paesi agiscono con maggiore facilità ma anche con maggiore leggerezza “; dopodiché, con enfasi entusiastica, RUSSO concluse dichiarando: “ Voi [Svizzeri, ndr] siete abituati per la vostra storia a mantenere nella vita privata come nella vita pubblica la parola che avete dato e quando sottoscrivete un Trattato volete essere in condizioni di poterlo applicare in modo preciso e puntuale. Anche questo è un contributo importante per creare una nuova coscienza internazionale “. Infatti, gli Operatori giuridici elvetici (Forze di Polizia, Magistratura, Avvocatura, Pubblica Amministrazione) mantengono le debite distanze da certi gineprai interpretativi apprezzabili sotto il profilo culturale ancorché inservibili sotto il profilo empirico. Basti, a tal proposito, pensare alla concettuosità delle varie Leggi sulla privacy in vigore in parecchi Stati Europei, ivi compresa l’Italia. Tant’ è vero che, a difesa della razionalità di fondo di ogni sistema giuridico e, per ciò stesso, contro le vacue fisime di talune Norme fini a se stesse, MORBIDELLI (1998) scriveva: “ il principio di ragionevolezza ha i suoi punti di riferimento costituzionali nel principio di eguaglianza, in quello di imparzialità ed in quello del buon andamento. E’ una vera e propria clausola generale ... e del resto è comunemente applicato, non solo nell’ ordinamento comunitario...ma anche in Inghilterra, dove da molto tempo si richiama la nozione di **unreasonableness**...Si può dire, del resto, che l’ affermazione che il sistema vieta le decisioni arbitrarie o irrazionali è diffusa da antica data in tutte le culture giuridiche “.

A prescindere dai narcisismi regionalistici del Novecento e dagli opposti sentimenti cosmopoliti connotanti la Svizzera odierna, è ognimmodo incontestabile che, sotto il profilo della Teoria generale del Diritto, nemmeno i più isolazionisti, tra i Dottrinari della Confederazione, hanno resistito all’ implacabile fascino dell’ illuminata antropofilia legislativa di cui anche oggi risulta permeato l’ intero Vecchio Continente. Donde, p.e., l’ equipollenza di fondo tra l’ Art. 27 comma 3° della vigente Costituzione italiana e l’ Art. 37 comma 1° del CPS¹. Infatti, ambedue le citate Norme, in sintonia, peraltro, pure con l’ Art. 5 della CEDU nonché con le Regole Penitenziarie Europee del 1987, contengono, confermano e ribadiscono granitici principi-cardine, in tema di Esecuzione Penitenziaria, quali la proporzionalità della condanna a pena detentiva, la natura risocializzativa dell’ attività trattamentale, l’ importanza del Lavoro intra-murario; d’ altra parte, trattasi di concetti che s’ intersecano, più o meno direttamente, con la nozione metatemporale e metageografica di *diritto ad un giusto Processo* prima della formazione del giudicato (v. Art. 111 della Costituzione italiana, ma anche Artt. 29² e 30³ della Costituzione Federale svizzera)

2. Alcuni àmbiti specifici di rilevanza criminologica nonché giuridica

2.1 La delinquenza giovanile

¹ Art. 37 comma 1° CPS: *Le pene di reclusione e di detenzione devono essere eseguite in modo da esercitare sul condannato un’ azione educativa e da preparare il suo ritorno alla vita libera. L’ esecuzione deve anche favorire la riparazione del torto causato alla persona lesa*

Il condannato è obbligato al Lavoro. Per quanto ciò sia possibile, egli sarà occupato in un Lavoro conforme alle sue attitudini e che lo metta in grado di guadagnarsi la vita dopo la liberazione

² Art. 29 Costituzione federale svizzera: **Garanzie procedurali generali**

In procedimenti dinanzi ad autorità giudiziarie o amministrative, ognuno ha diritto alla parità ed equità di trattamento, nonché ad essere giudicato entro un termine ragionevole

Le parti hanno diritto d’ essere sentite

Chi non dispone dei mezzi necessari ha diritto alla gratuità della procedura se la sua causa non sembra priva di probabilità di successo. Ha inoltre diritto al patrocinio gratuito qualora la presenza di un legale sia necessaria per tutelare i suoi diritti

³ Art. 30 Costituzione federale svizzera: **Procedura giudiziaria**

Nelle cause giudiziarie ognuno ha diritto d’ essere giudicato da un Tribunale fondato sulla Legge, competente nel merito, indipendente e imparziale. I Tribunali d’ eccezione sono vietati

Nelle azioni civili il convenuto ha diritto che la causa sia giudicata dal Tribunale del suo domicilio. La Legge può prevedere un altro foro

L’ udienza e la pronuncia della sentenza sono pubbliche. La Legge può prevedere eccezioni

Uno dei più invidiabili vantaggi insiti nel Diritto Penale svizzero sostanziale consta nella previsione normativa della figura del “ *giovane adulto* “, ovvero sia del reo che, come esplicito dall’ Art. 100 comma 1° del CPS⁴, ha un’ età compresa tra i 18 anni compiuti ed i 24 compiuti. Sicché, ai sensi dei successivi Artt. 100bis e 100ter del CPS, il giovane adulto beneficia, con maggiore facilità rispetto all’ ultraventiquattrenne, di forme trattamentali attenuate (*il collocamento in una casa di educazione al Lavoro* – Art. 100bis del CPS -) e, inoltre, egli può accedere assai speditamente alla fruizione di benefici extra-murari (*la liberazione condizionale* – Art. 100ter del CPS -). Viceversa, la L. 835/1935, il D.P.R. 448/1988 ed il più recente D.LGS. 272/1989 non prevedono la tipologia del *giovane adulto*, nonostante l’ incontestabile evidenza, di matrice scientifico-psichiatrica, dell’ odierno prolungarsi della fase evolutiva adolescenziale.

Né l’ apparato sanzionatorio del Diritto Penale italiano, a differenza di quello elvetico, riesce ad offrire risposte concrete ai fini della prevenzione e della repressione delle devianze criminose adolescenziali, fors’ anche perché, dal punto di vista storico, l’ Italia, secondo l’ opinione di BORSANI “ *deve fare i conti anche con la notevole complessità caratterizzante la nostra società ... specialmente il mondo del lavoro, del potere politico, economico e culturale possono tradurre la situazione in una condizione di diversità, di marginalità in cui il giovane viene considerato come un adulto marginale che non ha il diritto o la possibilità di agire secondo i suoi desideri, bisogni, le sue capacità: un adulto infantilizzato ... perciò, può venire ad amplificarsi l’ esperienza del disagio* “ (BORSANI 1997)

Per il resto, strumenti rimediali italiani come la *sospensione del processo per messa alla prova* (Art. 28 D.P.R. 448/1988) oppure la Norma istitutiva dei *Centri per la giustizia minorile* (Art. 7 D.LGS. 272/1989) richiamano da vicino Istituzioni svizzere di Diritto Pubblico connotate da un’ assai efficace funzione ri-socializzativa, come il c.d. *Patronato Penale* (v., a titolo emblematico, il *Regolamento sul Patronato nel Cantone Ticino* recante data 20 Novembre 1991)

D’ altra parte, l’ approccio della Criminologia svizzera al problema della criminalità giovanile reca in sé, così come accade in Italia salvo rare eccezioni, la pesante ipoteca della famosa *Teoria del contatto differenziale* (SUTHERLAND 1947-1978), secondo la quale, detto in breve, le generazioni successive apprendono dalle generazioni precedenti una vera e propria educazione di stampo delinquenziale, tramandata dalla vecchia malavita ai più giovani devianti, i quali, a loro volta, educeranno i loro figli ad una sorta di civiltà della delinquenza. Gli apodittici asseriti di SUTHERLAND sono stati rivisitati dall’ attuale Presidente della Società Europea di Criminologia KILLIAS, il quale, commentando il concetto criminologico anglosassone di *Sindrome della personalità antisociale* (FARRINGTON 1995) precisa che “ *die Syndrom der antisozialen Persönlichkeit, das teilweise mit Psychopathie zu überlappen scheint... und das sich durch hohe Konstanz auszeichne, ja oft schon von der Herkunftsfamilie übernommen werde, vermittelt durch einen autoritären, launenhaften und wenig auf die Zukunft des Kindes Rücksicht nehmenden Erziehungsstil, der allenfalls durch prekäre Wohnverhältnisse und Armut gefördert werde* ”⁵ (KILLIAS 2002). Maggiormente entusiasmante, al contrario, la presa di posizione dell’ illustre criminologo italiano PONTI che, non senza intenti sottilmente polemici verso un certo ottimismo ad oltranza dei Criminologi italiani, giunge all’ estrema conseguenza di indicare, nella Prassi dei

⁴ Art. 100 comma 1° del CPS

Se l’ agente, nel momento in cui ha commesso il crimine o il delitto, aveva compiuto gli anni diciotto ma non ancora i venticinque, sono applicabili le disposizioni generali del presente Codice, riservati gli Articoli 100bis e 100ter

⁵ Trad. :

la sindrome della personalità antisociale si colloca ai confini della linea di demarcazione delle psicopatologie in senso proprio e si manifesta con un’ elevata e costante similarità in tutti i casi studiati. Essa viene di solito messa in correlazione con il nucleo familiare di provenienza e deriva da un’ impostazione autoritaria dell’ educazione genitoriale nonché dalla severa repressione di qualsivoglia anche minimo desiderio spontaneo del bambino; lo stile educativo adottato dai familiari verso il bambino è poco attento alle esigenze future della figliolanza. In linea di principio, di solito tale sindrome si manifesta in nuclei familiari caratterizzati da precarietà abitative e povertà pecuniaria

Tribunali Minorili, la tangibile sussistenza del “rischio di un modo di intendere il minore come passivo fruitore della benevolenza del mondo degli adulti ... senza tener conto che si tratta anche di un colpevole” e prosegue aggiungendo che “ in una prospettiva neoretribuzionistica ... sono molteplici le voci che si levano da vari settori della psicologia e della pedagogia per dare nuovamente rilievo alla responsabilità dei giovani e anche dei giovani che delinquono ... in questo momento di aperto dibattito sulle scelte di azione e sulle linee di politica penale nei confronti della delinquenza minorile, è da stimolarsi in questa prospettiva la tendenza a maggiormente responsabilizzare il giovane deviante “ (PONTI 1990). In buona sostanza, un ormai scettico PONTI, nella testé citata Opera del 1990, risalente dunque agli anni dell’ effimero trionfo del concetto statunitense di *tolleranza zero*, intende formulare, di fronte alla crisi applicativa del principio risocializzativo, un deciso *j’ accuse* nei confronti degli approcci pedagogici surrettiziamente inducenti il minore infrattore a considerare atti meccanicamente dovuti, nei suoi confronti, benefici quali quelli previsti dagli Artt. 19-25 L. 835/1935 oppure dagli Artt. 21-30 D.P.R. 448/1988. Viceversa, il testé citato Autore italiano intende (ri-)conferire rinnovato vigore a lemmi quali “ merito “ e “ buon esito della messa alla prova “ nell’ àmbito del percorso trattamentale-rieducativo del giovane reo.

La criminalità tossicomantica

Le devianze di matrice tossicomantica rappresentano, tanto per il Diritto italiano quanto per quello svizzero, un vero e proprio gomito senza né capo né coda. Oltretutto, il *Betäubungsmittelgesetz* del 1975 (la Legge federale sugli stupefacenti, indicata più brevemente, nel prosieguo, con la sigla *L.Stup.*) ha subito, nel corso dell’ ultima decina di anni, notevoli novellazioni, tenuto conto specialmente del fatto che, in Svizzera, la gestione giuridica nonché sanzionatorio-repressiva delle problematiche tossicomantiche resta, ai sensi dell’ *Ordinanza federale sugli stupefacenti* del 1996, di competenza cantonale. Basti pensare al paradosso tale per cui alcuni Medici specialisti in Oncologia effettuano una scelta “ *strategica* “ del Cantone ove svolgere la professione, alla luce delle più o meno libertarie Normazioni cantonali in tema di droghe. In buona sostanza, l’ applicazione giurisprudenziale della *L.Stup.* del 1975 e dell’ annessa Ordinanza del 1996 risulta, sotto il profilo esegetico, talmente complicata da far preferire, agli addetti ai lavori medesimi, il lineare, ancorché contestabile, parametro valutativo italiano della “ *modica quantità* “ di cui al Titolo VIII Capo I del T.U. 309/1990.

In realtà, lo *stare decisis* giurisprudenziale e la Dottrina, sia in Italia sia in Svizzera, hanno dovuto approcciarsi al problema non solo della diffusione, presso l’ utenza tossicomantica contemporanea, di sostanze già più che note (eroina, cocaina, LSD, atropina, amfetamine), bensì si va configurando un preoccupante aumento dell’ uso quotidiano dell’ ormai poco costosa cannabis, nonché del consumo, durante il fine settimana, di ecstasy sotto la forma di innumerevoli molecole contenenti le più disparate e variegate composizioni chimiche immaginabili.

Peraltro, pare il caso di segnalare che, nella Sentenza del 29 Aprile 1991, il Tribunale Penale Federale svizzero stabilì che “ *allo stato attuale delle conoscenze, la canapa indiana non può, neppure in grande quantità, mettere in pericolo la salute di parecchie persone ai sensi dell’ Art. 19 cifra 2 lett. a L.Stup.. Ne discende che, ove siano commesse in relazione con tale stupefacente infrazioni all’ Art. 19 cifra 1 primo cpv. L.Stup., l’ esistenza di un caso grave conformemente all’ Art. 19 cifra 2 lett. a è esclusa* “ (TRIB. PEN. FED. 1991). Ora, la libertaria posizione interpretativa espressa dal Tribunale Penale Federale svizzero resta tutt’ oggi censurabile in tanto in quanto fondata su nozioni medico-forensi contestabili. Tant’ è vero che il Procuratore Pubblico Cantonale PERUGINI ha apertamente criticato il *leading case* di cui sopra, giacché “ *con questo cambiamento giurisprudenziale, da un lato si è consacrata formalmente la distinzione fra droghe pesanti e droghe leggere, e dall’ altro lato si è aperta la strada verso una certa banalizzazione dei traffici di haschisch e di marijuana, perlomeno nella percezione che ne è derivata a livello dell’ opinione pubblica e, a maggior ragione, dei trafficanti del settore... Alle summenzionate*

conclusioni, il Tribunale federale è giunto basandosi su studi che ha esplicitamente citato in sentenza e che risalgono addirittura al 1978 e al 1985, in base ai quali non vi erano sufficienti certificazioni scientifiche sull' insorgere di dipendenza fisica e di problemi fisiologici particolari legati al consumo di cannabis “ (PERUGINI 2003)

La “nuova” cannabis, specialmente se frutto di sementi o.g.m. (LENNARD / JAGADISH e altri 1995 – Studio commissionato dall' Interpol -), possiede una concentrazione talmente elevata di principio attivo da sortire effetti allucinogeni nel breve periodo e da favorire, nel lungo periodo, condotte devianti connotate dalle forme più estreme del dolo eventuale.

Donde la drastica decisione, da parte della Procura Cantonale Ticinese e della Polizia Cantonale del Ticino, di porre fine, grazie alla maxi-retata del 13 Marzo 2003 (detta *Operazione Indoor*), all' ambiguità della zona grigia in cui, sotto pallide parvenze di legalità, si nascondeva il fiorente mercato dei Canapai ticinesi. La citata Operazione di Polizia, senza precedenti nella storia svizzera quanto a numero di Militari e di mezzi impiegati, fu coordinata dal Procuratore Pubblico Cantonale Dr. Perugini nonché dal Tenente Gnosca della Polizia Cantonale Ticinese. I Canapai, in Canton Ticino, sorsero e proliferarono giocando sulla ben poco nitida interpretazione dell' asserto normativo di cui all' Art. 8 lett d L.Stup.⁶, ovvero sia la nebulosa Norma che vieta la coltivazione ed il commercio non già della cannabis in senso lato, bensì soltanto della canapa *se* (e solo *se*) teleologicamente preordinata all' estrazione di THC per la soddisfazione di esigenze tossicomane. Anche se resta da sciogliere il dubbio circa le potenzialità terapeutiche dei cannabinoidi. Per quanto riguarda l' Italia, scettica è l' autorevole posizione espressa, in diversi Studi dagli Anni Novanta ad oggi, dal *Centro di Ricerca in Neuroscienze* dell' Università dell' Insubria di Varese

Oltretutto, resta valida, sia per l' Italia sia per la Svizzera, l' osservazione contenuta nel *Rapporto dell' Ordine dei Farmacisti Ticinesi* rivolto al Consiglio di Stato Ticinese nel Maggio del 2003. In tale Rapporto ufficiale, inerente il problema dell' uso della cannabis, il Presidente dell' Ordine dei Farmacisti del Ticino ebbe modo di dichiarare (ciò che la Polizia Stradale Italiana sa per esperienza): “ *Probabilmente, il rischio acuto più concreto [derivante dal fumare cannabis, ndr] è di tipo indiretto e consiste nella possibilità di causare o subire incidenti, soprattutto della circolazione. Una dose di canapa diminuisce la concentrazione, riduce la capacità di orientamento, limita la coordinazione dei movimenti e rallenta i riflessi e i tempi di reazione “ (ZANINI 2003).* Anche l' I.S.T.A.T., in Italia, ha confermato che, sempre in tema di uso di cannabinoderivati, “*almeno un cenno merita quel particolare tipo di delitto che è costituito dai delitti colposi dovuti a sinistri automobilistici. L' argomento è divenuto di triste attualità ... con le cosiddette morti del sabato sera, peraltro dovute ad un insieme di fattori in cui la droga spartisce la responsabilità con l' alcool, stanchezza, e forse elementi psicologici vari. Secondo l' I.S.T.A.T., in ogni modo, nel 54% dei casi i sinistri automobilistici sono ascrivibili ad alterazioni psico-fisiche del guidatore dovute all' alcool, ... nel 5,5 % la responsabilità sarebbe dell' ingestione di stupefacenti o medicinali”* (I.S.T.A.T. 1996, in MERZAGORA-BETSOS 2001).

Alla luce delle nuove scoperte medico-forensi, è sempre più diffuso il plauso verso le posizioni radicalmente proibizionistiche del Sostituto Procuratore Cantonale di Zurigo WALTY (2003): “ *... kein Unterschied zwischen harten und weichen Drogen “*⁷. Anche Pietro Soggiu (ex Commissario del Governo italiano per il coordinamento delle Politiche Antidroga in Europa) volle, in parecchi interventi ufficiali ed ufficiosi, mettere in guardia tutti gli Stati membri dell' Unione Europea circa l' estremamente fertile, ricco e variegato sottobosco criminale che sempre ruota, bene o male, palesemente o meno palesemente, attorno alle sostanze tossicovoluttuarie, anche in quei Paesi in cui, come l' Olanda, la maggior parte delle droghe è perfettamente legalizzata. Le affermazioni di

⁶ Art. 8 lett. d L.Stup.

I seguenti stupefacenti non possono essere coltivati, importati, fabbricati oppure posti in commercio:

[*omissis*]

d) la canapa, se per estrarne stupefacenti e la resina dei suoi peli ghiandolari (*hascisc*)

⁷ Traduz. :

“ *...nessuna distinzione tra droghe pesanti e droghe leggere “*

Soggiu, improntate all' aperto sostegno delle linee-guida proprie del proibizionismo, sono condivisibili anche alla luce dei dati numerici attinenti ai sequestri di sostanze effettuati ogni anno da parte della Procura della Repubblica di Como nell' ambito delle quotidiane perquisizioni operate da Pol.fer., Polizia di Stato e Guardia di Finanza su treni ed automobili provenienti dalla Svizzera verso il confine italiano. D' altra parte, una Sostituta Procuratrice della Procura di Como ebbe modo di affermare che *le operazioni antidroga undercover sono in progressivo aumento soprattutto con riguardo alle cc.dd. consegne controllate ex Art. 98 T.U. 309/1990 ... sono sempre più frequenti i collegamenti tra organizzazioni contrabbandiere composte da individui di nazionalità italiana con cittadini extracomunitari, in particolare di nazionalità albanese, marocchina e turca. Riguardo a questi ultimi, siamo ormai in presenza di persone incensurate, perfettamente inserite nell' ambito sociale e territoriale nazionale, in possesso di regolare permesso di soggiorno e addirittura con un' attività lavorativa più che dignitosa. Tutto ciò rende, ovviamente, sempre più difficoltoso e complesso il lavoro dell' Autorità inquirente e delle Forze di Polizia che si trovano di fronte ad individui con una vera e propria doppia vita, una da cittadino modello, l' altra da malavitoso* “ (MELIOTA 2003)

Il citato Sost. Proc. WALTY (Il Distretto Giudiziario di Zurigo) è noto pure per essersi accattivato le simpatie della popolazione giovanile zurighese e non solo, grazie all' attivazione di un laboratorio mobile il quale, nel giro di pochi minuti, informa il tossicomane, in regime di totale anonimato e senza declinazione alcuna delle proprie generalità, circa i potenziali effetti letiferi della sostanza; in ogni caso, la dose, salvo qualche mm.gg. indispensabile per il test chimico-farmacologico, viene subito riconsegnata al tossicomane, il quale esce dal laboratorio mobile libero di fare ciò che vuole. D' altronde, i Distretti della Procura Cantonale di Zurigo sono noti per aver dovuto contrastare la moda *Baschi* (vale a dire svizzero-tedesca) dei droga-partys.

Anche durante la quarta edizione della *Streetparade* di Zurigo del 7 e 8 Agosto 2004 (si tratta di una festa collettiva giovanile) una nota collaboratrice di WALTY (Frau MESSERLI) pubblicava, sul quotidiano *Blick Zeitung* edito il 6 Agosto 2004, un “ decalogo “ (*10 Ratschläge der Fachleute*) per la riduzione del danno da assunzione di MDMA e derivati. Il risultato è consistito in una assai palpabile diminuzione dei decessi per overdose e dei collassi cardiocircolatori. Si veda pure, in tale appello giornalistico, il prezioso brocardo (evidenziato anche sotto il profilo tipografico-pubblicitario) “ *Drogenkonsum ohne Risiko gibt es nicht* “⁸ (MESSERLI 2004)

In buona sostanza, a fronte della gigantesca diffusione odierna, sotto il profilo demografico, delle tossicomanie, un' eventuale novellazione del T.U. 309/1990 come pure della L.Stup. svizzera e dell' annessa Ordinanza federale pare dover ispirarsi alla *ratio* della **riduzione** del danno, assunta l' impossibilità empirica di una **eliminazione** dei danni di matrice tossicovoluttuaria. A tal proposito, si veda il perenne dibattito italiano attinente all' opportunità o meno di distribuire siringhe sterili ai detenuti tossicomani, come già avviene in Canton Zurigo nel complesso carcerario di Pöschwies-Regensdorf (“ *è utile ricordare che in Carcere è molto difficile trovare una siringa pulita; la si utilizza collettivamente, per cui chi ne possiede una ha un grande potere. Oppure si utilizza l' anima della biro Bic ... si toglie l' anima della Bic e la si schiaccia contro il muro: così diviene sufficientemente dura per farsi* “ – AGNOLETTO 2000 -)

Le implicazioni penali dei flussi migratori

Un altro versante che accomuna il Lavoro della P.G. elvetica e di quella italiana, è rappresentato dal contrasto all' immigrazione clandestina ed al connesso ambiente criminogeno di sottofondo. Senz' altro, la Svizzera si trova in una posizione di manifesto svantaggio in tanto in quanto la Confederazione è nota per non aver mai negato, alla luce di riflessioni più storico-politiche che tecnico-giuridiche, la più ampia e la più elastica accoglienza possibile nei confronti degli stranieri

⁸

Trad. :

“ *Non esiste un consumo di droga senza rischi* “

richiedenti asilo politico (i cc.dd. *Asilanten*). Specularmente, l' Italia si è dotata, dall' inizio degli Anni Novanta sino ad oggi, di apparati normativi assai censurabili sotto il profilo giuridico-dottrinario. Se si osservano le Leggi in tema di immigrazione che si sono succedute, in questi ultimi 10/15 anni, tanto in Svizzera quanto in Italia, risulta pienamente condivisibile e fondata l' aspra critica di VAN KALMTHOUT (2002), il quale contesta la natura profondamente anticostituzionale insita nella fattispecie della reclusione del clandestino che si renda responsabile di una reiterata e grave violazione di una Legge nazionale sull' immigrazione. P.e., in Svizzera, il clandestino, dopo una breve permanenza in strutture militarmente sorvegliate, è sottoposto ad uno sbrigativo procedimento penale e riaccompagnato alla frontiera. Ora, a prescindere dagli umori di questa o quest' altra corrente di pensiero politico, rileva l' incontestabile assurdità, velatamente neo-retribuzionistica, di un processo penale più inquisitorio che accusatorio, poiché celebrato senza le debite garanzie difensive e, soprattutto, senza che, dopo la formazione del giudicato, abbia inizio un trattamento rieducativo (Art. 27 comma 3° Cost. italiana / Art. 37 comma 1° CPS). Per essere più espliciti, sia la Svizzera sia l' Italia, quando assoggettano il clandestino ad una misura di privazione della libertà personale, utilizzano uno strumento di coazione proprio del Diritto Processuale Penale; ciononostante, l' assenza di istanze trattamentali-rieducative nel *post judicatum* trasformano la detenzione dell' immigrato illegale in un percorso che, sotto il profilo sostanziale, appartiene al Diritto Processuale Amministrativo. Sicché, la conseguenza di tale commistione tra rimedi giurisdizionali e giustiziali reca ad ineludibili censure interpretative di rango costituzionale (si veda p.e. il recente caso della pronuncia della Consulta sulla *Legge Bossi-Fini* in Italia). In buona sostanza, la gestione fattuale dei flussi migratori illegali, sia in Svizzera sia in Italia, è tecnicamente deferita, come al solito, al senso della misura ed all' acume investigativo della Magistratura e delle Forze di Polizia.

Dal punto di vista criminologico, sempre con afferenza al tema dell' immigrazione clandestina, si è assistito, nel corso dell' Anno Accademico 2004, ad un' approfondita riflessione, da parte di QUELOZ, AEBI ed altri Autori dell' Istituto di Criminologia di Friburgo di Svizzera, circa le tematiche del conflitto tra culture e dell' etnocentrismo (v. pure il celebre manuale di SHAW e McKAY del 1942). Infatti, al di là delle perplessità intorno al se, perché e come accettare o, addirittura, auspicare o meno una composizione multietnica del tessuto sociale in Europa, è, ciononostante, incontestabile che la delinquenza connessa ai flussi migratori non dipende dal (presunto) sottosviluppo culturale degli immigrati, bensì dalla disorganizzazione sociale del Paese di accoglienza, nonché dalla precarietà delle condizioni di vita offerte ai migranti ospitati sul territorio di uno Stato, ovvero, per citare fedelmente alcuni postulati della Criminologia friborghese, “ *c' est la situation précaire dans la société d' accueil et non pas la culture d' origine qui explique le mieux la sur-représentation des immigrants parmi les personnes qui entrent en contact avec le système de justice pénale* ” (AEBI 2004). In tal senso, la Svizzera, al contrario dell' Italia, manifesta, da più di un secolo, una spiccata vocazione multietnica proprio grazie alla sua lodevole ed elevata organizzazione sotto il profilo sociale e sotto il profilo socio-assistenziale (si tratta, in ultima analisi, del concetto della *Gleichberechtigung* – parità di trattamento – ben espresso dall' etnologo di Berna WICKER – 2002 -). Tra l' altro, il testé citato Autore segnala che la popolazione svizzera autoctona, di norma, non ha mai denotato, dagli Anni Cinquanta del Novecento sino ad oggi, particolari problemi nell' accettazione degli immigrati italiani, ciò per via della sostanziale vicinanza culturale tra Italia e Svizzera. Viceversa, per la Svizzera di oggi, più difficile è la gestione del contemporaneo flusso migratorio di individui “ *diversi* ” sotto il profilo sociologico, come p.e. tibetani, tamil, afgani o cambogiani

3 Nuovi oggetti d' indagine della Criminologia e del Diritto Penale italiano e svizzero

⁹ Trad. :

è la situazione precaria nella società di accoglimento e non la cultura d' origine che provoca lo stereotipo degli immigrati come coloro per antonomasia che entrano in contatto con il sistema della giustizia penale

Senza voler nutrire intenti apologetici verso la Svizzera e senza voler tediare il lettore principiando trattazioni monografiche, è, tuttavia, incontestabile che la Confederazione eccelle nel tema della gestione e della repressione di tutta la vasta gamma dei reati a sfondo parafiliaco. In ogni caso, la donna è stata, negli ultimi venti / trent' anni, uno degli oggetti privilegiati della Criminologia e del Diritto Penale svizzeri; questo marcato interesse scientifico vale sia quando la donna cada vittima di illeciti appetiti sessuali nutriti da parte del deviante maschio, sia quando la vittima di sesso femminile si ritrovi catapultata nel circuito della vita carceraria

3.1 I ruoli attivi ed i ruoli passivi della donna nel Diritto Penale

La recente migrazione, verso la Svizzera così come verso l' Italia, a fini prostitutivi e non, di donne provenienti dall' Est europeo ha riaperto, nel contesto delle iniziative *de jure condendo*, un interessante dibattito medico-forense entro cui, semplificando il panorama dottrinario, gli Autori si dividono tra i sostenitori di un' eziologia biologico-psichiatrica della *Frauenkriminalität* e, dal lato opposto, coloro che insistono invece sulla preminenza dei fattori sociologici inducenti alle devianze criminali femminili. A tal proposito, il Penitenziario svizzero di Hindelbank ha avviato, per il tramite di un' équipe di assistenti sociali (tra cui Frau DE SANTIS) una ben calibrata mappatura inerente al tema della prevenzione del crimine femminile. Ma vale la pena di citare pure l' accurato Studio dell' educatrice carceraria CALABRO' (2000) sulle devianze criminali agite da parte delle minorenni di etnia *Rom* residenti in Italia. Il testé citato contributo dottrinario italiano – per ora raro nel suo genere – si basa sull' osservazione personologica delle minorenni zingare detenute presso il Carcere minorile *Beccaria* di Milano.

Può darsi che la maggiore facilità, rispetto all' Italia, con la quale il Magistrato elvetico emette decreto di espulsione ex Art. 55 CPS abbia reso empiricamente preclusa, agli educatori penitenziari ed ai Patroni Penali, la possibilità di principiare programmi terapeutici / rieducativi rivolti all' utenza carceraria femminile di etnia *Rom*. Ciononostante, i criteri seguiti da Calabrò, Borsani, Sciolla ed altri più o meno noti Operatori si fonda pur sempre, al di là di sottili disquisizioni epistemologiche o metodologiche, sui perenni principi-cardine dell' istruzione scolastica e dell' alfabetizzazione. P.e., è sempre una grande conquista ed un orgoglio per gli Educatori quando una detenuta di origine etnica slavo-balcanica reclusa, p.e., presso il Penitenziario *La Stampa* di Lugano apprende una lingua nazionale svizzera e, ancor prima, l' alfabeto latino. In tal senso, si può affermare, per quanto ciò appaia paradossale, che l' emancipazione femminile comincia proprio dal Carcere

In ogni caso e al di là delle censure tecniche, non v' è dubbio che sia il Diritto Penale italiano sia quello svizzero tutelano la particolare fragilità psico-fisica delle donne tanto sotto il profilo sociale quanto sotto il profilo penalistico. Sotto il profilo sociale, è, da parecchi anni, sancita una sorta di *tolleranza zero* nei confronti di qualsivoglia forma, diretta od indiretta, palese o meno palese, di abuso sessuale verso la donna. D' altra parte, come noto, rappresentano importanti conquiste di civiltà anche la Dottrina e la Giurisprudenza italiane fiorite, negli Anni Novanta, intorno ai problemi d' interpretazione degli Artt. 600-604 C.P. . Basti pensare ai recenti fenomeni di riduzione in schiavitù a scopi prostitutivi di giovani donne dell' Est europeo. Nondimeno, risulta essere altamente severa la repressione dello sfruttamento di prostitute in territorio svizzero, ma soltanto qualora il meretricio sia agito contro la spontanea volontà della donna a seguito di violenza fisica o minaccia (Art. 195 CPS). Così come evidente è l' equipollenza, in tema di tratta di esseri umani a scopo prostitutivo, tra le fattispecie pp. e pp. dall' Art. 601 C.P. italiano (*tratta e commercio di schiavi*) e, specularmente, quelle pp. e pp. dall' Art. 196 CPS (*tratta di esseri umani*); con la differenza che il CPS contempla espressamente, al comma 1° del citato Art. 196, la circostanza aggravante dell' eventuale finalità illegale dell' abuso sessuale eventualmente stante alla base del proposito criminioso di ridurre in schiavitù la vittima. Fortemente repressivo è pure l' apparato sanzionatorio, sia italiano sia elvetico, attinente alla produzione e/o visione di materiale

pornografico, specialmente in relazione alle particolari esigenze di tutela verso i soggetti spettatori o protagonisti di età inferiore agli anni diciotto. Analogo discorso vale per tutte le forme di molestie e violenze di matrice sessuale (Art. 198 CPS / Artt. 609bis oppure anche – p.e. - 609 octies C.P.)

Sempre per restare in tema di reati connessi all' abuso sessuale della donna, stupisce che, a tutt' oggi, il Legislatore italiano, tanto prodigo a parole nella difesa delle donne vittime di violenza sessuale entro le mura di casa, non abbia ancora espunto dal testo del vigente Art. 564 comma 1° C.P. italiano¹⁰ l' inciso tale per cui l' attività coitale incestuosa è penalmente rilevante se effettuata “ *in modo che ne derivi pubblico scandalo* “. Viceversa, l' Art. 213 CPS¹¹ rivela una maggiore coerenza razionale già per il solo fatto che il Legislatore svizzero, nel prevedere e punire l' incesto, lo rubrica (Titolo VI del CPS) “ *delitto contro la famiglia* “, quand' invece la rubrica del Libro II, Titolo XI, Capo II del C.P. italiano s' ispira alla nebulosa categoria etico-religiosa dei “*delitti contro la morale familiare*”. V' è, in ogni caso, da aggiungere che le Procure Cantionali ed il Tribunale Federale svizzero, così come, d' altronde, pure l' A.G. italiana detengono il lodevole merito di aver saputo integrare e, in ogni caso, migliorare gli aspetti lacunosi o esegeticamente contraddittori in tema di violenza sessuale ai danni della donna. Valga per tutti l' illuminante esempio della tassativa repressione, in Svizzera, di ogni pur minima, sottile, indiretta allusione sessuale che sia in grado di recare turbamento od offesa, sul posto di Lavoro, alla collega di sesso femminile; infatti, l' Art. 198 comma 1° CPS, nell' indicare le modalità di esercizio della molestia, enuncia gli assai efficaci incisi “ *in presenza di una persona che non se lo aspettava* “, oppure (Art. 198 comma 2° CPS) “ *mediante vie di fatto o, impudentemente, mediante parole* “. In sintonia con siffatta severità legislativa, è punito dal Codice Penale svizzero ogni rapporto sessuale, completo o meno che sia stato, posto in essere dal reo approfittando di una necessità inderogabile della donna sottoposta alla costrizione o sfruttando la superiorità gerarchica sussistente in capo all' individuo maschio a motivo di ragioni inerenti al rapporto di collaborazione lavorativa intrattenuto con la donna vittima dell' abuso.

A proposito di illecito sfruttamento della donna a fini di libidine , *de jure condito* l' Italia, con la L. 75/1958 (la c.d. *Legge Merlin*), ha espresso parere ostativo nei confronti di qualsivoglia tipo di esercizio del meretricio. Viceversa, la Normazione svizzera è più ambigua, nel senso che essa si esprime mediante un sostanziale indifferentismo normativo verso il fenomeno della prostituzione, salvo indicare, ai sensi dell' Art. 199 CPS, due linee-direttive cui si attengono le 26 Ordinanze Cantionali sulla prostituzione e le relative norme amministrative di rango comunale. Ovverosia:

1. la prostituzione non deve violare le Leggi in materia tributaria
2. l' esercizio del meretricio non deve recare disturbo alla quiete pubblica

A titolo esemplificativo, il Cantone Ticino impone il versamento di contributi previdenziali e assicurativi da parte della prostituta. Ciononostante, è pur vero che assai raramente i versamenti previsti sono effettuati, con la conseguenza tale per cui il fenomeno prostitutivo esula dal campo della *Krankenkasse* e dei cc.dd. *pilastri previdenziali* (detto all' italiana *INAIL* e *INPS*). Sicché, l' unica norma giuridica autenticamente applicata in conformità al prefato Art. 199 CPS resta la regola del collocare i luoghi di esercizio della prostituzione in zone appartate, ovverosia tali da escludere ogni disturbo alla quiete pubblica. A titolo esemplificativo, l' *Ordinanza Municipale sul meretricio*

¹⁰ Art. 564 comma 1° C.P. italiano

Incesto

Chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto con un discendente o un ascendente o con un affine in linea retta, ovvero con una sorella o un fratello, è punito con la reclusione da uno a cinque anni

¹¹ Art. 213 CPS

Incesto

Chiunque compie la congiunzione carnale con un proprio ascendente o discendente o con un fratello o una sorella germano, consanguineo o uterino, è punito con la detenzione

Il minore va esente da pena se è stato sedotto

L' azione penale si prescrive in due anni

vigente per il Comune di Lugano e recante data 21 Marzo 2002 statuisce, all' Art. 3, il divieto tassativo di porre case di piacere, bar di incontro e consimili strutture

- in zone residenziali ad alta densità abitativa
- entro il raggio di 300 metri circolari o, comunque, nelle vicinanze di parchi-gioco, scuole, chiese o altri luoghi di culto, ospedali, fermate dei mezzi pubblici di trasporto

Ora, al di là delle rassicuranti Norme formalmente sancite per la tutela della donna che si prostituisca in territorio svizzero, una visione disincantata e realistica non può non rendersi conto dell' esito profondamente fallimentare della Normazione svizzera di rango federale, cantonale e municipale sulla prostituzione. L' indifferenteismo normativo svizzero ha reso la Confederazione (specialmente i Cantoni di frontiera come i Cantoni Ticino, Basilea, Sciaffusa, Turgovia, Ginevra e San Gallo) un " *parcheggio* " ove preparare ed istruire donne sudamericane o dell' Est europeo ai fini di un maggior " *rendimento* " quando, stipulati accordi con la criminalità organizzata del Sud dell' Europa, la " *merce umana* " è pronta per essere " *collocata su mercati redditizi* " come certuni ambigui locali notturni italiani, spagnoli o francesi. L' apparentemente ordinato e discreto svolgimento della prostituzione in Svizzera rappresenta solo un silenzioso e crudele preludio delle atrocità cui la donna trafficata verrà sottoposta appena raggiunto il " *Paese di smercio* " (si pensi all' ampio uso della cannula abortiva durante l' esecuzione fai-da-te dell' interruzione volontaria di gravidanza delle prostitute, oppure si ponga mente alle eterodosse tecniche di sterilizzazione delle donne dedite al meretricio)

In buona sostanza, un' eventuale revisione additiva od abrogativa dell' italiana L. 75/1958 va intrapresa, se intrapresa, con la massima serietà e cautela e, specialmente, con la consapevolezza che, da sempre, attorno al meretricio gravita un sottobosco criminale e criminogeno caratterizzato da inaudita violenza e spregiudicatezza delinquenziale. Anche le migliori intenzioni normative possono essere smentite dalla realtà fattuale

Le forme di tutela della donna sono rafforzate pure dal fatto che , sotto il profilo dell' Esecuzione Penitenziaria, l' Italia reca la massima deferenza alla maternità delle detenute. Prova ne sia la novellazione apportata nel 2001 all' Ordinamento Penitenziario del 1975, grazie all' introduzione dell' Art. 21bis nella L. 354/1975 (*assistenza all' esterno dei figli minori*). Analoga la basilarietà dell' Art. 47ter lett. a L. 354/1975 introdotto nel 1986 (*detenzione domiciliare della donna gravida o con prole minore degli anni 10*) e dell' Art. 47quinquies comma 1° inserito nel 2001 (*detenzione domiciliare speciale per le detenute madri di prole minore degli anni 10*). I summenzionati dispositivi normativi italiani risultano organicamente previsti anche dall' Ordinanza sul Codice Penale svizzero nr° 2 (OCP 2) recante data 6 Dicembre 1982 ed entrata in vigore il 1° Gennaio 1983. L' OCP 2, in buona sostanza, ribadisce ed anzi rafforza gli strumenti di tutela del pudore e del benessere fisico della donna detenuta, invitando i Cantoni a migliorare l' edilizia penitenziaria per le Sezioni femminili delle Carceri cantonali (Art. 1 OCP 2). Inoltre, sono previste apposite Norme speciali per il trattamento riabilitativo delle detenute in età adolescenziale. Infine, come prevedibile, ogni Regolamento delle varie Carceri svizzere contiene Norme in cui fedelmente rinvengono traduzione, a volte quasi letterale, i principi federali e quelli di rango cantonale. Emblematico, in tal senso, il Regolamento del Penitenziario *La Stampa* di Lugano approvato nel 1999 – v. in special modo la tutela delle detenute madri ex Art. 5 lett. c del predetto Regolamento –

3.2 Le devianze parafiliache

Il senso della misura, da sempre connotante la letteratura criminologica svizzera, ha recato ad una contestazione della *communis opinio* tale per cui la pericolosità sociale del deviante parafiliaco dovrebbe, a torto, essere valutata come perenne ed estrema, al punto di dover negare al pregiudicato parafiliaco ogni forma di espiazione extra o semi muraria, nel costante, ancorché infondato timore di condotte recidive. Da tale contestazione, supportata dai debiti riscontri scientifici, è sorta una corrente di pensiero, nell' ambito della Criminologia svizzera, protesa ad una

estensione del campo precettivo dell' Art. 65 CPS (cfr. con Artt. 62 e 62bis C.P. italiano). Vivace pure il dibattito afferente all' intangibilità dei diritti costituzionali dei quali resta pur sempre titolare anche il reo parafiliaco; il tutto ferma restando la forte ripugnanza sociale verso crimini quali la pedofilia e la violenza sessuale. Per essere più specifici, il Messaggio Parlamentare LEUENBERGER / HUBER-HOTZ del 4 Aprile 2001 contesta – v. versione in lingua italiana – l' utilizzo eccessivamente lato e generico del concetto penalistico di *pericolosità sociale*, nel senso che, secondo i promotori della Riforma in parola, è necessario, specialmente di fronte al tema di un delitto quale l' abuso sessuale del minore, introdurre una scala di gradi nella valutazione dell' intensità del pericolo sociale eventualmente provenibile, in sede di recidiva ed in una prospettiva meramente presuntiva, dal pregiudicato parafiliaco. In particolare, l' iniziativa LEUENBERGER / HUBER-HOTZ propone l' istituzione, in seno ad ogni Distretto di Amministrazione Penitenziaria in Svizzera, di Organi di Sorveglianza *post judicatum* in grado di poter monitorare settimana dopo settimana, congedo dopo congedo, l' effettiva assimilazione, da parte del reo, dei contenuti propri dell' attività trattamentale; quest' ultima, a sua volta, necessita di una personalizzazione del programma riabilitativo, il quale tenga conto delle specifiche esigenze di ciascun deviante. Ora, consta che, in Italia, mancano approcci riabilitativi consimili, né si può o si deve credere che il Magistrato di Sorveglianza supplisca, con le sole sue forze, alle notevoli lacune legislative che ammorbano l' Ordinamento Penitenziario italiano del 1975 e successive modificazioni.

Del resto, ognuno ricorderà la *ratio* populistica nonché frettolosamente semplicistica che ha recato, in Italia, alla scelta delle previsioni *de jure condito* di cui alla L. 66/1996 introducendo gli Artt. 609bis-609decies C.P. in tema di violenza sessuale. Orbene, tanto nel caso delle devianze parafiliache quanto nel caso di ogni altro reato di matrice sessuale, se è incontestabile il carattere dinamico della nomogenesi ed il relativo dovere, da parte del Legislatore, di storicizzare e contestualizzare la Normazione penale, ciononostante resta ferma la natura rigorosamente tecnica del Diritto Penale nonché il dovere del Giurista di tenersi lungi dal fuoco di paglia dei facili entusiasmi propri di una certa demagogia inquisitoria e giustizialista

La Svizzera possiede l' invidiabile privilegio di ospitare frequenti ed importanti Convegni di Medicina Forense e Medicina Penitenziaria, tra cui le prestigiose *Journées pénitentiaires de Fribourg*. Queste sono occasioni importanti ai fini di una seria trattazione criminologica delle devianze sessuali (v. a titolo esemplificativo gli Studi di Nafzger). Viceversa, in Italia manca una costante ed accurata attenzione alle numerose problematiche medico-forensi e medico-penitenziarie connesse a tale tema. Non si pone ancora, d' altronde, una sufficiente attenzione scientifica, in Italia, al delicato tema delle parafilie; salvo citazioni e riferimenti giornalistici dal sapore a-tecnico e populisticamente giustizialista. Ciononostante, nemmeno i pur importanti Studi Medico-Forensi di Friburgo di Svizzera non sono, sino ad ora, stati bastevoli alla disamina della rilevante questione criminologica costante nella dissertazione intorno al tema del sottile confine tra tipologia storico-culturale e tipologia psico-patologica delle devianze parafiliache (“ *se la condotta sessuale è il mezzo attraverso il quale il codice naturale si trasforma in codice culturale, in che termini si può parlare di normalità ?* “ –ROMANO 2004-)

4. Corollari

1. Un grave problema che affligge gli Ordinamenti giuridici di natura eminentemente codicistica, come nel caso della Svizzera e dell' Italia, consiste nell' assai poco ottemperato dovere, da parte del Legislatore, di minimizzare le lacune legislative e, in secondo luogo, di fornire criteri nitidi o, comunque, sufficientemente stabili al fine di poter adottare metodiche ermeneutiche non smodatamente concettuose. Orbene, senza l' intento di entrare nel merito dell' odierna diatriba italiana che contrappone Parlamento e Magistratura inquirente, consta, tuttavia, che taluni silenzi normativi obbligano il Magistrato italiano, in sede applicativa, a sostituirsi di fatto al Legislatore. Sicché il Magistrato, qualora ne sussista l' inderogabile ancorché sgradevole necessità, assurge all' indebito rango di fonte di produzione del Diritto.

Si pensi, p.e., all' ipertrofia giurisprudenziale, tipica dell' Italia, in tema di utilizzabilità processuale delle intercettazioni telefoniche. Oppure ancora, riveste grande rilievo la Giurisprudenza a proposito di *Agenti provocatori* (v. p.e., in Italia, l' Art. 97 T.U. 309/1990). In buona sostanza, quando si definisce, come si è fatto poche pagine sopra, più ordinata e maggiormente calibrata la produzione normativa svizzera, non si vuole alludere ad una supremazia **qualitativa** delle Norme nella Confederazione, bensì al fatto che la Legislazione svizzera risulta essere più fertile di quella italiana sotto il profilo **quantitativo**. Ovverosia non v' è, in Svizzera, tanto sotto il profilo federale quanto sotto l' aspetto cantonale, un' iperattiva Giurisprudenza che si affanna in un continuo dover rattoppare, in sede interpretativa nonché applicativa, le lacune e le ambiguità linguistiche lasciate in essere, per inerzia o distrazione, dal Legislatore. Al contrario, la Confederazione possiede una solerte e ricca statuizione di Norme nella debita sede, che è e che resta quella parlamentare

2. Anche sotto il profilo giuridico, oltre che storico-sociale, gli Operatori del Diritto, in Svizzera, hanno saputo coniugare **legalità** ed **opportunità**; il tutto senza compromessi o confusioni di ruoli. Prova ne sia che, nella prima stesura dell' *Avamprogetto del C.p.p. federale* unitario – versione in lingua italiana - (2001), l' Art. 7 (rubricato *carattere obbligatorio dell' azione penale*) è temperato dal successivo Art. 8 (rubricato *Principio di opportunità*).

Tale ultima Norma citata si rivolge soprattutto ai fenomeni di delinquenza bagatellare. In tal caso, infatti, e salvo opposizione scritta della parte lesa, è emesso decreto di non luogo a procedere

- a. a fronte della consumazione di un reato di scarsa rilevanza penale
- b. qualora, se la pena venisse comminata, essa sarebbe irrilevante ed inutile
- c. se il reato bagatellare è stato commesso all' Estero, ma l' adizione *a quo* dell' A.G. straniera risulta inutilmente macchinosa, stante la lieve entità del crimine
- d. se un' A.G. straniera sta già efficacemente punendo il delitto bagatellare, né si nutrono dubbi circa l' equità e la correttezza tecnica di siffatto Tribunale estero.

In Italia, sempre per restare sul tema del binomio legalità-opportunità, manca una disposizione di Legge espressamente deputata alla mitigazione del trattamento penalistico riservato alla delinquenza bagatellare. Sicché, a differenza di quanto statuito dalla Normazione federale elvetica, molto è lasciato alla Prassi giurisprudenziale. D' altra parte, ogni U.P.G. italiano sa che, fermo restando il principio di legalità, l' attività repressiva da svolgere verso p.e. un diciottenne incensurato reo di aver imbrattato un muro (v. il fenomeno sociale metropolitano dei cc.dd. *graffitari*) non è analoga al contrasto, tanto per citare un esempio, della criminalità organizzata. Da cui, la mai tramontata rilevanza, più fattuale che ordinamentale, del concetto di *ammonimento* di cui al Libro III C.P. italiano (dedicato ai reati di mera matrice contravventiva). Ai fini di un' equa riparazione alla delinquenza connotata da un lieve impatto penale, può, ommimodo, essere affermato che la mancanza, nel C.P. e nel C.p.p. italiani, di una Norma espressa equipollente a quella ex Art. 8 dell' Avamprogetto del C.p.p. federale svizzero, è sopperita, nell' Ordinamento italiano, dalla L. 468/1999 conferente al Giudice di Pace le competenze in materia penale ex Artt. 14 e sgg. L. 468/1999. Ora, è pur vera la censurabilità di un G.D.P. in composizione monocratica, giacché potrebbero insorgere fenomeni di personalizzazione nell' attività giurisdizionale (TONINI 2000). Ciononostante, qualora venga posta in essere la debita concertazione con la P.G., il G.D.P. risulta essere un apprezzabile strumento di repressione verso i sempre più diffusi fenomeni di delinquenza meramente contravventiva di cui si rende responsabile un' ampia percentuale di giovani devianti minorenni, ma anche già ultra-diciottenni. Quindi, ecco che il G.D.P. coniuga, come volevasi dimostrare, la legalità e l' opportunità

Sempre a tal proposito, consta che le contravvenzioni, in Svizzera, sono efficacemente prevenute e/o represses, sotto il profilo general-preventivo, grazie all' Art. 3a dell' Ordinanza sul Codice Penale svizzero nr° 3 (O.C.P. 3) entrata in vigore nel 1990¹². Ai sensi della testé citata Norma e del relativo *stare decisis* giurisprudenziale, il reo di una contravvenzione è obbligato, a titolo riparativo, a risarcire il danno commesso svolgendo un lavoro di pubblica utilità, di solito durante il fine settimana (1 giorno di privazione della libertà corrisponde a 4 ore di lavoro socialmente utile). La *ratio* dell' Art. 3a OCP 3 del 1990 è ispirata al principio dello *sharp-shock-system*, già collaudato nella *Common Law* inglese. Esso, in Inghilterra, è risultato altamente (ri)educativo specialmente nel contrasto dei reati contravventivi e bagatellari consumati il sabato sera sotto l' effetto di alcool

3. In tema di **conformazione al Diritto Europeo**, non può non destare stupore il prodigioso paradosso di una Confederazione Elvetica ove ogni sforzo isolazionista è controbilanciato da spinte europeistiche di pari qualità e quantità. D' altra parte, siffatto sistema proteso all' equilibrio forse rappresenta il segreto di trecento anni di relativa stabilità politica dello Stato federale svizzero .L' Italia è quotidianamente resa destinataria di formali ammonimenti nonché vere e proprie sentenze di condanna provenienti da Strasburgo. Viceversa, da quando la Svizzera, nel 1974, si è assoggettata alla giurisdizione della Corte di Giustizia Europea, essa ha ricevuto soltanto 11 condanne su un totale di 16 processi istruiti, delle quali condanne 7 censuranti Norme di rango cantonale e 4 inerenti Norme di rango federale. Lievi le motivazioni delle summenzionate 11 condanne (MALINVERNI 1991). Addirittura, nella complessa Prassi della Sorveglianza carceraria svizzera, oggi, nella Confederazione, si permette al detenuto di formulare ingiurie per iscritto verso il Personale di Custodia pur di non violare il diritto del recluso, ex Art. 8 CEDU, di indirizzare lettere di reclamo e petizioni alla Corte di Giustizia Europea (v. *leading case Stürm vs. Confederazione Elvetica* – 1995 -)

La sensibilità giuridica verso la CEDU manifestata da parte dei Giuristi svizzeri giunge al punto di limitare, per espressa disposizione di Legge, l' impiego delle manette ai polsi nei soli casi di estremo e grave pericolo per l' incolumità pubblica e/o per gli UU.PP.GG. che debbono procedere all' esecuzione di un provvedimento restrittivo della libertà personale o ad una traduzione *in vinculis* (si veda a tal proposito il *Trattato di Heidelberg* del 1988 – stipulato da Germania, Austria e Svizzera - ; oppure interessante, al proposito, è la Sentenza delle Sezioni Unite della Corte Suprema del Canton Berna recante data 24 Agosto 2001, nr° di Repertorio 359/2001; oppure ancora v. Art. 235 C.p.p. ticinese novellato al 19.12.1994¹³)

4. Merita uno sguardo la tematica, assai travisata presso l' opinione pubblica italiana, del controproducente e deplorevole **accesso delle telecamere televisive nelle Aule dei Tribunali** italiani ove sia in corso un dibattimento penale. Al contrario, in Svizzera, il Tribunale Penale Federale , nella Sentenza recante data 17 Settembre 1969 statuì che “ i

¹² Art. 3a OCP 3 del 1990:
Lavoro di utilità pubblica

Il Dipartimento può autorizzare il Cantone ad eseguire pene privative della libertà di una durata massima di tre mesi in forma di lavoro di pubblica utilità. Questa forma di esecuzione può essere ordinata solo con il consenso del condannato

Il lavoro di pubblica utilità deve essere organizzato in modo tale per cui le ingerenze nei diritti del condannato siano complessivamente paragonabili a quelle provocate da altre forme di esecuzione. Un giorno di privazione della libertà corrisponde a quattro ore di lavoro di pubblica utilità. In generale devono essere fornite almeno dieci ore di lavoro di utilità pubblica alla settimana

¹³ Art. 235 C.p.p. del Cantone Ticino:

1. L' accusato compare sciolto al dibattimento. Se è in arresto è accompagnato da Agenti di Polizia

2. Iniziato il dibattimento, il Presidente ordina le misure opportune per impedire che l' accusato a piede libero si allontani durante le interruzioni

servizi fotografici, la radio e la televisione non hanno nulla a che fare con il controllo dell'amministrazione della giustizia " (TRIB. PEN. FED. 1969). Sempre il Tribunale Penale Federale, con una Sentenza precedente recante data 12 Luglio 1966, confermò, nella sua qualità di Organo di ultima istanza, la legittimità del sequestro e della distruzione di un rullino fotografico appartenente a due giornalisti che avevano fotografato un imputato all'uscita del Tribunale Cantonale di Coira (Canton Grigioni). Sicché, verso gli Anni Settanta, si diffuse la ferma e mai più contestata Prassi giurisprudenziale di vietare ai giornalisti l'ingresso nell'Aula ove sia in corso di celebrazione un Processo Penale. Chi scrive concorda pienamente con lo *stare decisis* del TPF elvetico, alla luce dei fenomeni di spettacolarizzazione gravemente anti-garantistici accaduti in Italia durante il triennio 1992-1994 (si allude ai procedimenti penali, eminentemente per delitti contro la P.A., celebrati presso la Procura della Repubblica di Milano, durante il fenomeno, più televisivo che tecnico, noto con l'appellativo di *Tangentopoli*). L'Italia, a differenza della Svizzera, nei citati Anni Novanta conobbe lo scempio di rei esposti al pubblico ludibrio per il solo gusto di saziare umori popolari improntati ad un deciso giustizialismo i cui effetti si riverberano, purtroppo, anche, p.e., sull'attuale dibattito della Riforma del C.P. italiano. Analogo slancio sentimentalista è alla base delle semplicistiche posizioni assunte da certuni esponenti del Giornalismo italiano verso fenomeni come la delinquenza di matrice islamica (sono state banalizzate tematiche assai delicate e meritevoli, piuttosto, di analisi tecniche; basti pensare all'infibulazione, al terrorismo internazionale, alla libertà di culto). Viceversa, la Svizzera ha brillato, in fatto di tecnicità e discrezione, anche di fronte al *leading case Franco Verda*, senza abbandonarsi ad osservazioni umorali che nulla hanno né debbono avere a che spartire con la complessa tecnica processualpenalistica.

Qualche anno fa, il Procuratore Pubblico sottocenerino BERNASCONI affermava: *"imputati, testimoni e vittime depongono in una situazione molto spesso di disagio psichico sempre più pesante, quanti più sono gli occhi che, dal pubblico, scavano ogni loro minima titubanza nel riferire i fatti più intimi delle proprie vicende personali, familiari e professionali. Questo disagio viene amplificato a dismisura dalla presenza della telecamera, a tutto svantaggio della spontaneità e della chiarezza delle deposizioni. L'imputato avvolge nel suo guscio quelle ammissioni e quelle spiegazioni scaturite da un colloquio più riservato durante l'inchiesta, mentre testimoni e vittime si rifugiano nella cortina dei non ricordo, quando addirittura non si buttano malati per sfuggire all'obbligo, che nessuna legge impone loro, di deporre di fronte a migliaia di telespettatori, di cui temono, fra l'altro, una non impossibile distrazione che potrebbe farli confondere con l'imputato"* (BERNASCONI 1982)

5. Osservazioni conclusive

A titolo di chiosa, pare legittimo affermare che la Svizzera, l'Italia e, più latamente, tutti i Paesi membri dell'Unione Europea stanno progredendo verso l'abbandono di taluni ormai residuali aspetti inquisitori che affliggevano la tecnica processualpenalistica di alcuni decenni fa. Basti pensare alle nuove impostazioni dottrinarie circa i poteri d'indagine del Pubblico Ministero, oppure alla riscoperta giuridico-filosofica del concetto illuminista di *giusto processo* (Art. 111 Cost. Italiana, nel testo novellato del 2000). Oppure ancora, merita rilievo la revisione, sempre entro una rigorosa prospettiva accusatoria, degli Artt. 266-271 C.p.p. italiano (*intercettazioni telefoniche, telematiche ed ambientali*) operata nel corso degli Anni Novanta. Analoga è l'impronta marcatamente garantistica del Diritto Penale sostanziale sia italiano sia elvetico. Pur se resta grande l'amezza culturale allorché le strumentalizzazioni ideologiche prendono il sopravvento sul rigore e la necessaria complessità tecnica di tematiche quali la Giustizia Penale ed i relativi strumenti applicativi. Ciononostante, non va, del pari, sottovalutato il pericolo che la Civiltà accusatoria, se sottoposta ad una pessima attività interpretativa per via di ragioni ideologiche, rechi alla

legittimazione di comportamenti processuali temerari nonché profondamente lesivi verso la già di per sé assai faticosa raccolta ed annessa razionalizzazione del materiale probatorio. In tal senso, resta perenne la correttezza dell' affermazione secondo cui sussiste il bisogno di una coordinata gestione di variabili come la problematica penale, il mantenimento dell' ordine pubblico ma anche l' insopprimibilità delle pur sempre inviolabili garanzie costituzionali, di rango sia nazionale sia sovranazionale, sussistenti in capo al soggetto delinquente

Ai Giuristi elvetici nonché a quelli italiani è, pertanto, affidata l' ardua sfida di mantenere l' equilibrio tecnico-processuale tra il diritto alla difesa e l' altrettanto inviolabile e prezioso principio dell' obbligatorietà dell' azione penale

Dottor Andrea Baiguera Altieri lic. jur.,

Cultore nelle specialità di Diritto Penitenziario svizzero e di Criminologia comparata italo elvetica

BIBLIOGRAFIA

- AEBI**, *Immigration et délinquance: le mythe du conflit de cultures*, en QUELOZ / BÜTIKOFER-REPOND / PITTET / BROSSARD / MEYER-BISCH (Eds.), *Délinquance des jeunes et justice des mineurs. Les défis des migrations et de la pluralité ethnique*, Stämpfli Verlag AG, BERN 2004
- AGNOLETTO**, *Ridurre i danni, ovvero tutelare la salute*, in PEPINO / SORGI (a cura di), *Primo: non nuocere – Politiche e pratiche per la riduzione del danno*, EGA, TORINO, 2000
- BERNASCONI**, *Diritto Penale e società moderna*, Edizioni San Giorgio, LUGANO, 1984
- BORSANI**, *Istituzioni e devianza minorile*, Edizioni Franco Angeli, MILANO, 1997
- CALABRO'**, *Costruzione e controllo della devianza in Italia*, in CALABRO' / SEGRE / BERZANO e GALLINI, *Quaderni di Sociologia*, Vol. XLIV nr° 22, TORINO, 2000
- DE SANTIS**, *Frauen in Gefängnis: spezifische Gesundheitsprobleme*, im *Medezin und Freiheitsentzug*, Stämpfli Verlag AG, BERN, 2002
- FARRINGTON**, *The Development of Offending and Anti-Social Behaviour from Childhood: Key Findings from the Cambridge Study in Delinquent Development*, *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 36/6, 1995
- ISTAT**, *Statistiche giudiziarie penali 1995*, ROMA 1996, in MERZAGORA-BETSOS, *Lezioni di Criminologia*, CEDAM, PADOVA, 2001
- KILLIAS**, *Grundriss der Kriminologie, Eine europäische Perspektive*, Stämpfli Verlag AG, BERN, 2002
- LAVORI PREPARATORI** all' Avamprogetto del *Codice di Procedura Penale unitario svizzero*, - versione in lingua italiana-, Ufficio Federale di Giustizia, BERNA, Giugno 2001
- LENNARD / JAGADISH et al.**, *Rapid Analysis Detects Genetic Variation of Cannabis sativa*, Forensic Science Symposium of Interpol, LYON, 1995
- LEUENBERGER / HUBER-HOTZ**, *Messaggio al Parlamento Federale Svizzero* –versione in lingua italiana-, BERNA, 4 Aprile 2001
- MALINVERNI**, *L' influenza della CEDU sulla legislazione e la giurisprudenza svizzere*, ne *L' influenza della CEDU sulla legislazione federale e cantonale*, edito a cura della Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, LUGANO, 18 Ottobre 1991

- MELIOTA**, *Effetti sulla criminalità transfrontaliera lariana del traffico internazionale di sostanza stupefacente del tipo Marijuana*, Atti della Giornata di Studio sulla cannabis, Università della Svizzera italiana, LUGANO, 10 Ottobre 2003
- MESSERLI**, *Das Risiko ist gross*, im *Blick Zeitung*, ZÜRICH, 6. August 2004
- MORBIDELLI**, *Il procedimento Amministrativo*, in AA.VV. *Diritto Amministrativo*, Tomo II, Monduzzi Editore, BOLOGNA 1998
- PERUGINI**, *Cannabis: fra alibi, criminalità e rischi per la società*, Atti della Giornata di Studio sulla cannabis, Università della Svizzera italiana, LUGANO, 10 Ottobre 2003
- PONTI**, *Compendio di Criminologia*, Raffaello Cortina Editore, MILANO, 1990
- ROMANO**, *Conferenza sulle devianze parafiliache* svoltasi presso l' Auditorium *Piccolo Teatro* di Manerbio (BS) il 23 Marzo 2004 – dichiarazione tratta dal *Giornale di Brescia* del 25 Marzo 2004.
- RUSSO**, *La CEDU e la sua ripercussione sulle giurisdizioni nazionali, ne L' influenza della CEDU sulla legislazione federale e cantonale*, edito a cura della Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, LUGANO, 18 Ottobre 1991
- SHAW / McKAY**, *Juvenile delinquency and urban areas*, Chicago, University of Chicago Press, 1942
- TONINI**, *Manuale di Procedura Penale*, Giuffrè – MILANO, 2000
- VAN KALMTHOUT**, *Eine noch unbekannte Kategorie im Freiheitsentzug: Die illegalen Immigranten*, im *Brennpunkt Strafvollzug*, Stämpfli Verlag AG, BERN, 2002
- WALTY**, *Der Cannabismarkt im Kontext strafrechtlicher Verfolgung. Gegenwart und Zukunft*, Atti della Giornata di Studio sulla cannabis, Università della Svizzera italiana, LUGANO, 10 Ottobre 2003
- WALTY**, *Prävention und Pillentesting an Zürcher Parties 2001-2003*, Sozialdepartement der Stadt Zürich, ZÜRICH 2004
- WICKER**, *Ethnologische Überlegungen zu einem Strafvollzug im Zeitalter zunehmender transnationaler Mobilität*, im *Brennpunkt Strafvollzug*, Stämpfli Verlag AG, BERN, 2002
- ZANINI**, *Rapporto del 16 Maggio 2003 sul problema della canapa in Ticino*, a cura del Gruppo di lavoro sulla canapa istituito dal Consiglio di Stato con Risoluzione n. 764 del 18 Febbraio 2003.