Autorizzazione n. 9/2012 del Tribunale di Napoli

ISSN 2280-4323

anno I – nn. 2 e 3-2012

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

www.dirittoegiustiziaminorile.it

Rivista giuridica di diritto minorile

INDICE SOMMARIO

GLI ARTICOLI

Prof. Giuseppe Riccio
Centralità della motivazione e ragionevole dubbio..... pagg. 4 - 12

Prof. Mariano Menna
Una proposta per evitare una sovrapposizione di tutele in tema di messa alla prova e misure di prevenzione per il minore.....pagg. 13 - 16

Prof. Clelia Iasevoli
I contenuti positivi della prevenzione speciale e il diritto all'educazione del minore autore di reato.....pagg. 17 - 27

Dott. Roberto Gentile
La condizione del minore nell'ordinamento internazionale..... ..pagg. 28 - 44

Dott. Beniamino Calabrese
Nota a commento ad Ordinanza del Tribunale Per i Minorenni di Catanzaro del 5 Giugno 2008
.....pagg. 45 - 49

Dott.ssa Rossella Salvati
Il minore imputato.....pagg. 50 - 68

Dott. Piero Avallone
Applicabilità delle misure di sicurezza da parte del G.I.P. nel processo penale minorile.....pagg. 69 - 73

Dott. Nicola Ciccarelli
La tutela penale e civile del minore vittima di reato.....pagg. 74 - 92

Prof.ssa Andreana Esposito
Fonti sovranazionali e ruolo del giudice minorile.....pagg. 93 - 110

Prof.ssa Andreana Esposito
Il processo in absentia nella Giurisprudenza della Corte europea: riflessioni sulla incidenza della giurisprudenza europea nell'ordinamento italiano.....pagg. 111 – 130

Avv. Domenico Ciruzzi
Il condizionamento dei media nel processo penale.....pagg. 131 – 151

Dott. Emanuele Esposito
Comunità ed esecuzione penale minorile.....pagg. 152 - 158

Dott.ssa Edoarda Ciarleglio
Dalla devianza alla criminalità. Evoluzione di un disagio e prospettive d'intervento.....pagg. 159 - 165

Prof. Huang Feng
Il trattamento del minore nell'ordinamento cinese.....pagg. 166 - 171

Avv. Francesco Foggia
L'ampiezza dei poteri d'ufficio del Giudice di Appello.....pagg. 172 - 182

I PROVVEDIMENTI

Dott.ssa Paola Brunese
Giudice presso il Tribunale per i Minorenni di Napoli
- Sentenza del 03.05.2011.....pagg. 184 - 187

GLI ARTICOLI

Prof. Giuseppe Riccio

Centralità della motivazione e ragionevole dubbio.

Una recente sentenza della Cassazione – in verità è del gennaio; ma sembra passata sotto silenzio – si é interessata della regola dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" nel giudizio di appello con toni di rilevante novità su cui val la pena di tentare qualche annotazione, vuoi perché lo studio del principio sembra solitamente riservato al giudizio di primo grado, vuoi, soprattutto, perché il giudice di legittimità afferma regola di forte coloritura garantista.

Entrambi questi atteggiamenti offrono l'occasione per una più aggiornata riflessione in materia; con l'intenzione - peraltro, già coltivata in dottrina – di valutarne il doppio volto sua quanto agli elementi di accusa, sua quanto a quelli di difesa, essendo, la doppia direzione, omologa alla 'gerarchia' delle formule di proscioglimento, che privilegiano «il fatto non sussiste» sia in presenza di prova di innocenza, sia in mancanza di prova di colpevolezza.

Per la giurisprudenza l'"al di là di ogni ragionevole dubbio" presuppone «che, in mancanza di elementi sopravvenuti, l'eventuale rivisitazione in senso peggiorativo compiuta in appello sullo stesso materiale probatorio già acquisito in primo grado e ivi ritenuto inidoneo a giustificare una pronuncia di colpevolezza, sia sorretta [= debba essere sorretta: n.d.r.] da argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze o insufficienze della decisione assolutoria, che deve, quindi, rivelarsi, a fronte di quella riformatrice, non più sostenibile, neppure nel senso di lasciare in piedi residui ragionevoli dubbi sull'affermazione di colpevolezza» (si diceva: Cass., sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 931).

Il solco di pronunce precedenti é aggiornato dalla sede della valutazione, nella quale – si dice –, per la riforma caducatrice di un'assoluzione, non basta «una mera diversa valutazione caratterizzata da pari o addirittura minore plausibilità rispetto a quella operata dal primo giudice, occorrendo invece ... una forza persuasiva superiore, tale da far venire del tutto meno quella situazione di "ragionevole dubbio", in qualche modo intrinseca alla stessa esistenza del contrasto», dal momento che la condanna «presuppone la certezza della colpevolezza, mentre l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza ma

la mera non certezza della colpevolezza» (ibidem).

L'affermazione radicalmente esatta non è scontata; essa, poi, ripropone risalenti questioni sulla genesi della disposizione, ritenuta formalmente introdotta dalla legge n. 46 del 2006; ed è così se ci si riferisce alla modifica dell'art. 533 c.p.p. Né possono essere ignorate le dinamiche della 'nuova' regola, ben più problematiche, rispetto alle quali la richiamata decisione concentra l'attenzione sull'imprescindibile rapporto tra ricostruzione probatoria e motivazione della sentenza.

Ebbene. La dottrina sembra concorde nel ritenere la regola sfornita di rango costituzionale; e la estende alla prova di ogni elemento costitutivo del reato comprese le cause scriminanti (su cui si ricordano risalenti scritti in tema di scriminanti di Delfino Siracusano) e la stessa qualificazione giuridica del fatto; anche se non manca chi nega alla sua esplicita consacrazione codicistica un carattere realmente innovativo (l'argomento è approfondito da Francesco Caprioli con opportuni riferimenti bibliografici ne L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio", in Riv. it. dir. e proc. pen. 2009, 01, 51).

E si ricorda che prima dell'intervento riformatore, l'idea che la condanna penale dovesse superare i ragionevoli dubbi sulla colpevolezza dell'imputato e che questi non potessero prescindere dalla assenza di elementi di colpevolezza era convinzione largamente diffusa, oltreché confermata in giurisprudenza. Questa, in particolare, si era pronunciata circa la coincidenza tra insufficienza, contraddittorietà e incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso di causalità e sulla evidenza probatoria idonea a superare il ragionevole dubbio sulla efficacia condizionante della condotta nella produzione dell'evento lesivo (cfr. Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in Cass. pen., 2002, 3652; non mancano altri e molteplici precedenti).

In questo quadro di sintesi della situazione intellettuale dell'epoca, è sempre rimasto in secondo piano il dato storico ed istituzionale relativo alla differenza tra "insufficienza di prove" e "ragionevole dubbio". E sembra accantonato – ma forse è un bene – il terreno filosofico, nel quale il dubbio si considera congeniale al giudizio, per cui esso non può essere sottratto alle locuzioni giudiziali: insufficienza della prova e dubbio, nella sostanza, costituiscono osservazione del risultato probatorio e suo effetto quanto alla pronuncia di colpevolezza.

In termini moderni l'opportuna considerazione pone il problema della

relazione tra formule e regole di giudizio, su cui non sempre si riflette a sufficienza.

Ebbene, ricostruendo l'itinerario "storico" dell'attuale convincimento, si ricorda che in epoca risalente la migliore dottrina processualistica si mostrava notevolmente attenta ai profili filosofici, psicologici e pedagogici; e si interessava del problema etimologico e semantico connesso alla terminologia utilizzata dal legislatore, identificando "assolvere" con "sciogliere". Essa si concentrava, poi, sulla questione della identificazione del vincolo dal quale si viene sciolti e ricavava l'absolutio judicialis dal Code d'instruction criminelle, che usava quel termine nel significato – storicamente esatto e preciso – di 'perdono', effetto delle excuses absolutoires etimologicamente ricavate dalle esperienze inquisitorie e dalle forme di 'perdono', aduse soprattutto per le forme di eresie e di scisma, non dovendo, l'innocente, - così si diceva - essere assolto da alcunché.

La dottrina giuridica successiva ha evidenziato la singolarità del termine, solitamente frutto del fallimento di un accertamento processuale, pure se generato da una sentenza di rinvio a giudizio: era questo il modello a fasi omogenee del vecchio codice di rito; ha preso atto della disciplina; ed ha sottolineato che il codice di rito del 1931 aveva abbandonato ogni significato moralistico, tant'è che nel caso di perdono giudiziale – ad esempio – la dichiarazione non seguiva l'assoluzione (vedi per tutti la voce di Delfino Siracusano); ha considerato, infine, la novità storica.

Come si vede, questa dottrina opportunamente si é concentrata sull'accezione processualistica del termine, in particolare, considerando che esso – in quel codice – acquistava il significato di modo per la conclusione del merito del processo penale, in parte discostandosi dal precedente legislatore sistematico (del 1913), che lo usava anche per le conclusione di rito.

Ebbene, se non è questo il contesto nel quale discettare su queste diversità, né sulla sinonimia tra "assoluzione" e "proscioglimento" - oggetti di mai quietate dispute - la vicenda storica ed etimologica acquista più specifico contesto a proposito della "formula dubitativa", della quale i giuristi considerano il ruolo funzionale dell'accertamento giudiziale rispetto all'incertezza nel giudizio.

Questo profilo ha valore metodologico di gran pregio per far fronte ai quesiti che ci siamo posti, sulla premessa di contenuto secondo cui le due formule sono tutt'affatto differenti, nel ruolo e nei contenuti: "al di là di ogni ragionevole dubbio" è locuzione limitativa preventiva

del libero convincimento; l'"insufficienza di prove" é formula terminativa del giudizio, ineliminabile, e non solo perché l'ordinamento è costellato di situazioni in cui rileva il dubbio, non solo in diritto canonico né solo perché spesso esso si accompagna alla "buon fede" nelle vicende in cui questa lo determina.

La correttezza dell'approccio, dal punto di vista giuridico, è fornito dalla convinzione secondo cui i gradi di certezza sono diversi, che – si vedrà – non accompagnano solo le diverse forme di giudizio penale (leggi, ad esempio, il patteggiamento) ma possono essere direttamente connessi all'evento probatorio, cioè all'accertamento, su cui il legislatore costruisce le più o meno incisive formule assolutorie in fatto, dando rilevanza anche al dubbio sulla causa scriminante o su situazioni soggettive imputative e di cui il giudice usufruisce per costruire il libero convincimento prima del livello della pronuncia proscioglitiva.

Nell'evo contemporaneo ciò dipende dalla forza frenante della 'presunzione di innocenza', che colora il giudizio penale secondo Costituzione, che la indica come regola di comportamento per il giudice in un sistema nel quale nessuna presunzione o prova legale può interferire col libero convincimento del giudice e con il suo ragionamento motivazionale: è questa la radice 'morale' (= politica) di quella delicata opera.

Dunque, la gradazione dell'accertamento ha assunto peculiare valore nell'era moderna; anni fa, la contestazione alla formula dubitativa non mirava alla eliminazione del dubbio dal giudizio; essa voleva elidere gli effetti deleteri che il pregresso codice attribuiva alla formula, sospesa tra assoluzione e condanna, e ciò proprio in considerazione della forza invasiva della presunzione di natura statutaria.

Allora, se la presunzione di innocenza radicalizzava le decisioni in fatto nel senso della necessaria affermazione negativa dell'accertamento, identificando "non sussistenza" con "mancanza di prove di sussistenza" e con "dubbio sulla sussistenza", i "giuristi-pratici" (tali furono e sono i grandi accademici-avvocati da Carnelutti a De Marsico; da Vassalli a Leone; da Sabatini a Pannain; e mille altri, ancora oggi in toga; non "il pratico che fa il diritto" a cui rivolge auspicata attesa Iacoviello: chissà se questo "pratico" sarà mai un giurista); si diceva: allora i giuristi-pratici conoscevano l'entità risolutiva della formula come situazione congeniale soprattutto al processo "con giuria", lì dove la maestria del difensore e la particolare retorica destinata a quell'evento erano proiettate soprattutto alla insinuazione del

dubbio, rivelandone la dimensione storica ed operativa a cui concirrevano (=concorrono) la tecnica oratoria e la misura deontica del difensore.

Su questo connubio tra grado dell'accertamento e formule proscioglitive in fatto fonda la dottrina tradizionale per porre la questione degli effetti della completezza dell'accertamento; su quel connubio torna ora la giurisprudenza che occasiona queste note: essa scarica la modifica del primo giudizio sulla severità della motivazione, proprio perché l'accertamento resta uguale; e, si è detto, questo è l'elemento di "novità" del detto giurisprudenziale, che ritorna ai primi convincimenti del giudice di legittimità che esaltava il ruolo della motivazione, pure indipendentemente dal dettato costituzionale.

Più specificamente, la dottrina tradizionale – così si usa dire del pensiero dei giuristi che creavano (=creano) opinione – riteneva opportuno affrontare il tema del contenuto delle formule, premettendone la funzione, idonea a stabilire i criteri che ne regolano l'uso. Ebbene, in presenza dell'intimo collegamento tra formule assolutorie e loro funzione si scopre che in quella dottrina coesistevano concezioni contrapposte.

Per alcuni, la distinzione tra le sentenze che decidono il merito e quelle che non applicano la pena per diversi motivi era attenuata dalla considerazione che tutte le sentenze di proscioglimento sono caratterizzate dalla mancata inflizione della pena; altri, su divero terreno, valutavano la polivalenza delle formule, assicurata dalla motivazione assolutoria, in considerazione della loro impropria uniformità e costanza nell'uso giurisdizionale.

L'apparire della centralità della motivazione è arricchita dall'approccio metodologico di chi (è Delfino Siracusano nella voce Assoluzione dell'Enc, del dir., vol. III, Mi 1958), con toni di assoluta modernità, pur in assenza della struttura democratica del processo poi finalmente tracciata dal codice "accusatorio", affronta il tema collegando – sul piano finalistico oltreché strutturale – accertamento e formule, dando essenza all'identità intellettuale tra i motivi che condizionarono il dispositivo letto in dibattimento e quelli che ne condizionano la motivazione. Ed a nostro avviso in questa permanente identificazione delle manifestazioni del libero convincimento sta la ragione stessa della 'gerarchia' delle formule, oltreché nel nuovo indirizzo legislativo che privilegia la contestualità dei due "momenti" (artt. 544 ss c.p.p. 1989).

Così determinata la funzione, risulta evidente che il criterio di selezione della formula consiste (= vive) nella necessità di

creare il minor pregiudizio all'imputato, chiamando il giudice a valutare il favor libertatis in considerazione dell'intimo congiungimento tra i valori espressi negli artt. 27 Comma 2 e 111 comma 6 Cost., che conferma, per questa via, i connotati cui si riferiva quella dottrina, così mettendo da canto l'insicuro criterio della "tassatività" valido sul piano legislativo, non oltre, e il pur convincente richiamo alla "complementarità gerarchica" tra assoluzione "piena" e assoluzione dubitativa.

Su queste linea si attestava anche la giurisprudenza post-costituzionale, nelle decisioni in cui si avvertiva il sapore dello Statuto, non anche i riferimenti normativi. Essa, infatti, confermava la scelta tra le diverse formule, ora considerando il possibile ricorso alla formula dubitativa solo rispetto agli elementi del reato (ovviamente valutati in fatto), non anche rispetto ai suoi presupposti, ora – molto più significativamente – valutando l'attitudine degli elementi probatori di insussistenza del fatto a rendere inefficaci gli elementi di esistenza dello stesso, oppure giudicando la loro inettitudine a superare le persistenti incertezze (le tracce di queste complesse pronunce si rinvengono, in modo esaustivo, nel citato lavoro dell'insigne giurista).

Questi segni ritornano nell'orientamento che riproponiamo all'attenzione del lettore, al quale va ricordato la semplificazione del discorso (si fa per dire!) in presenza di un mutato tessuto normativo, che comprende regole di valore di fonte primaria.

Il discorso ruota intorno a due poli: la genesi del principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", che ne condiziona la natura, non necessariamente in termini costituzionali, e la funzione che la clausola svolge nel giudizio; considerazioni unificate nell'analisi del principio apparso con la l. n. 46 del 2006, che ha inserito nell'art 533 c.p.p. il principio frenante della pronuncia di condanna.

La collocazione della disposizione non é amorfa!

Una prima osservazione attribuisce al "ragionevole dubbio" - si è detto - natura di limite alla pronuncia di condanna.

L'ovvia – se si vuole, banale – affermazione modifica la sua intrinseca miseria se la si valuta dal punto di vista metodologico e se la si paragona – nella forma sistematica, certo, non nel contenuto – alla tecnica normativa che ha spinto il legislatore costituzionale ad inserire tra regola del contraddittorio e forme tassative di non dispersione (per altri: e sue "deroghe") una forte regola di giudizio, per confermare l'intolleranza del silenzio accusatore rispetto alla condanna.

La tecnica è ripetuta. Si leggano i primi commi dell'art. 533 c.p.p.: le regole per la condanna sono inframmezzate dalla clausola che condiziona quell'epilogo, giacché essa manifesta il favor libertatis come metodo per la decisione e, quindi, come regola di condotta nel giudizio, prima, e nella motivazione, poi; essa, cioé, trasporta sul piano processuale la dimensione costituzionale della presunzione d'innocenza (nel giudizio é tale, così come nel processo è regola di trattamento:art. 27.2 Cost.; sul punto cfr. Riccio (con Agostino De Caro e Sergio Marotta) in Principi costituzionali e riforma della Procedura penale, Na 1988).

Una seconda osservazione attiene alla "utilità" della previsione.

Sia consentito anche a chi non ignora il dibattito parlamentare un'osservazione eccentrica: la regola in quel contesto rappresentava, forse, un opportuno alibi per l'approvazione di non condivisi limiti all'appello; ma su questo terreno ogni ulteriore approfondimento é superfluo e, nella lettera, smentito.

L'accenno è utile per ricordare la presenza della regola già in quel contesto normativo – a quel tempo arricchito dalla Cedu (art. 6.2) – e nel pacifico indirizzo giurisprudenziale che di continuo la riconosceva come regola di comportamento, non fosse altro che per distinguerla dal canone di valutazione probatoria, che impone di assolvere l'imputato quando la prova della sua colpevolezza risulti mancante, insufficiente o contraddittoria (art. 530 comma 2 c.p.p.). Insomma, l'idea che la condanna penale non possa prescindere dall'assenza di ragionevoli dubbi sulla colpevolezza dell'imputato era diffusa in dottrina e praticata in giurisprudenza prima della novella.

Dunque, il rinnovato disposto dell'art. 533 comma 1 c.p.p. si limita (si fa per dire!) a rendere esplicito un criterio valutativo già desumibile a contrario da una corretta interpretazione del canone della norma che lo precede, oltreché da una lettura costituzionalmente orientata. Eppure l'opportunità della previsione è indiscussa se si considera la dichiarata forza metodologica e la diversa natura rispetto alle formule "dubitative" che sistematicamente la precedono; nonché se si valuta il differente contesto probatorio in cui essa si muove rispetto a queste. Ed anche se mancanza, insufficienza e contraddittorietà della ricostruzione probatoria del fatto sono situazioni pur'esse connesse al valore costituzionale della presunzione, lì il contesto probatorio sembra orientare il giudizio verso la condanna rispetto alla quale la regola impone di escludere in termini assoluti la

presenza i dubbi, qui i riscontri probatori dirigono il giudizio verso il proscioglimento, la cui "pienezza" è messa in crisi da una intima insufficienza o da altre fonti che la contraddicono.

Certo, ben altri sono i problemi più squisitamente teoretici che ne definiscono il contenuto; ad esempio, pare impossibile esprimere il grado di probabilità logica della colpevolezza evocato dall'art. 533 c.p.p.; ad esempio, si pone il quesito se possa venire effettuata una comparazione di tipo quantitativo tra lo standard probatorio coincidente con l'assenza di ragionevoli dubbi e quello implicito nei criteri di valutazione della prova diversi dalla bard rule; per esempio, si domanda in che modo sia compatibile con la regola accertamenti non direttamente funzionali all'affermazione di responsabilità dell'imputato; ad esempio, si chiede quale conciliabilità possa salvaguardare la regola con riferimento a tutte le disposizioni processuali che richiedono espressamente una probatio minor; e via discorrendo; tutte questioni che vedono impegnata dottrina – ma pure copiosa giurisprudenza – a cui si rinvia (cfr. Francesco Caprioli, citato e, ancora di recente, Lucio Cricri, in Colpevolezza "al di là di ogni ragionevole dubbio", onere della processo civile ed efficacia extrapenale dei provvedimenti di assoluzione passati in giudicato, in Quaderni di scienze penalistiche, vol. III 2007, 355 ss).

Qui serve la conclusione dello specifico tema; anche se per le cose dette il recente indirizzo giurisprudenziale travalica lo specifico caso, secondo linee di orientamento espungibili anche da pronunce costituzionali.

La decisione in commento premette, in via generale, che, in mancanza di elementi sopravvenuti, l'eventuale rivisitazione in senso peggiorativo compiuta in appello del materiale probatorio, acquisito in primo grado e in questa nuova sede ritenuto inidoneo a giustificare una pronuncia di colpevolezza, deve essere sorretta da argomenti dirimenti, tali da evidenziare oggettive carenze o insufficienze della decisione assolutoria, la cui ricostruzione, quindi, deve rivelarsi non più sostenibile, a fronte di quella riformatrice, che elide ogni residuo ragionevole dubbio sulla affermazione di colpevolezza.

In questi termini va letta l'affermazione della sentenza su cui si ritorna in conclusione; e la si ripete perché, mutate le situazioni, il principio di diritto che si promuove ha valore assoluto e generale. Secondo la Corte «per la riforma caducatrice di un'assoluzione [non basta] una mera diversa valutazione caratterizzata da pari o addirittura minore plausibilità rispetto a quella operata dal primo giudice,

occorrendo invece [...] una forza persuasiva superiore, tale da far venire del tutto meno quella situazione di "ragionevole dubbio", in qualche modo intrinseca alla stessa esistenza del contrasto»: é quest'ultima la funzione della regola di cui discutiamo che si risolve nella convinzione secondo cui la condanna presuppone la certezza della colpevolezza, mentre l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza ma la mera "non certezza" della colpevolezza; e tutto questo deve essere dimostrato attraverso un percorso motivazionale che si faccia doverosamente carico della completa serie di elementi probatori onde dissipare in maniera compiuta i dubbi sulla colpevolezza dell'imputato ragionevolmente rilevati dal giudice.

Ed è così; in questo modo si coniugano ragionevole dubbio e motivazione; ed è così che si rivela la reciproca strumentalità tra regola di comportamento e ragionamento probatorio, che motiva la previsione della contestualità tra dispositivo e motivazione, sempre più abbandonata nei nostri tribunali.

Giuseppe Riccio
Emerito di Procedura Penale
Università Federico II di Napoli

Prof. Mariano Menna

Una proposta per evitare una sovrapposizione di tutele in tema di messa alla prova e misure di prevenzione per il minore

Sommario

1.- Le contraddizioni della messa alla prova e l'esclusiva assegnazione al procedimento di prevenzione della finalità di applicare il trattamento rieducativo del minore.

2.- La risposta alle possibili obiezioni alla soluzione dell'anticipo di tutela penale in sede di procedimento di prevenzione

1.- Le contraddizioni della messa alla prova e l'esclusiva assegnazione al procedimento di prevenzione della finalità di applicare il trattamento rieducativo del minore

E' nota la possibilità che l'interesse prevalente al processo educativo in atto del minore possa venire in conflitto con i suoi diritti procedurali.

In effetti, tale dialettica di contrapposte esigenze è presente nelle fonti pattizie. E' possibile, in particolare, riferirsi alla Convenzione sui Diritti del Fanciullo di New York del 1989 nella quale si afferma che lo Stato deve articolare ed emanare leggi che consentano, se possibile, la sottrazione del minore alle procedure giudiziarie.

Un istituto del nostro ordinamento, emblematico del giustapporsi delle accennate esigenze e riannodabile alle fonti pattizie, è la messa alla prova.

Già diversi anni addietro, in un articolo sulle garanzie del giusto processo in relazione al processo penale minorile (MENNA) si sottolineava che la fattispecie ex art.28 D.P.R.448/1988, se da un lato è meritoria soprattutto quando evita il carcere al minore che sia realmente colpevole e lo proietta in un percorso di rieducazione, dall'altro lato, calato così com'è nel processo penale minorile, per dare spazio all'esame sulla personalità del minore, confligge con alcuni diritti procedurali in quanto, e questo è evidente nella prassi, la concessione della messa alla prova presuppone l'affermazione della colpevolezza, o quanto meno la non

opposizione dell'imputato ad una certa considerazione del fatto che gli venga attribuito, in assenza di adeguate garanzie.

Più specificamente, anche se non deve esserci la confessione, la non opposizione rispetto all'accertamento di colpevolezza è sicuramente sintomatica del fatto che si possa sospendere il processo e poi emanare una pronunzia di tipo estintivo – che non è pienamente favorevole - sulla base di un accertamento che non si sia svolto nel pieno rispetto del contraddittorio. Si pensi, in particolare, all'applicazione dell'istituto in sede di udienza preliminare, ma anche nell'abbrivio della fase dibattimentale.

Se il problema è la possibile lesione del diritto alla prova e della dialetticità della vicenda giudiziaria, è necessario tentarne una soluzione senza far venir meno la logica che è sottintesa all'istituto della messa prova nel processo penale minorile.

Il piano dell'analisi deve attestarsi anche a livello del diritto sostanziale, perché è sintomatico che con la fattispecie ex art.28 D.P.R. 448/88 il legislatore sposti significativamente il baricentro della risposta al crimine minorile dalla logica retributiva a quella preventiva speciale ed alle esigenze di stabilizzazione della comunità dei consociati.

In effetti, concedendo questo periodo di sospensione e poi la pronunzia di estinzione in relazione anche a gravi reati, si evidenzia come la vecchia concezione della legislazione minorile incentrata sul disvalore del fatto (tipica ancora del perdono giudiziale e della diminuente della minore età) venga meno o comunque diventi secondaria. E' chiaro però che siccome la messa alla prova è calata in un processo in cui si accerta la responsabilità, si ritiene che ai fini della sospensione della vicenda giudiziaria e dell'immissione in un percorso trattamentale, diventa necessario un riscontro della responsabilità o comunque una non opposizione dell'imputato ai fatti, così come addebitati, che giustifichino delle prescrizioni limitative della libertà personale.

Sennonché, se riteniamo sul piano sostanziale che si possa rinunziare alla vecchia logica retributiva ed applicarne una esclusivamente preventiva basata sull'esame della personalità del minore, si può fare a meno dello stesso impianto del processo avente ad oggetto l'accertamento della responsabilità penale per far luogo ad un procedimento incentrato sul fatto inteso come esclusivo indice di pericolosità, sull'esame della personalità e sull'applicazione del trattamento del minore in funzione preventiva.

Così facendo e spostando, in altri termini, sul piano del procedimento di prevenzione la tutela dell'esigenza vera che è al fondo della messa alla prova, quale emerge nella

sua lontananza dalla necessità di retribuzione per la responsabilità accertata, si elide contemporaneamente il contrasto dell'istituto con le garanzie processuali che dovrebbero essere salvaguardate in modo più peculiare quando scatti l'obbligo di accertamento della colpevolezza; e ciò fermo rimanendo che un livello maggiore di garanzie è ipotizzabile anche nella vicenda avente ad oggetto l'irrogazione di misure di prevenzione.

La soluzione prospettata, peraltro, avrebbe un'efficacia deflattiva enorme per il processo, perché facendo diventare l'accertamento del fatto solo una forma di riscontro di un indice presuntivo di pericolosità, non si avvierebbe il processo penale per soddisfare esclusivamente la funzione preventiva che abbiamo visto essere divenuta ad oggi prevalente. Contemporaneamente, in sede di procedimento di prevenzione – così come già oggi avviene – si applicherebbe un trattamento in funzione della maturazione della personalità.

In questo modo, si attuerebbe quel principio che si trova nella Convenzione di New York circa la sottrazione del minore ad una procedura giudiziaria di per sè lesiva della personalità dello stesso.

2.- La risposta alle possibili obiezioni alla soluzione dell'anticipo di tutela penale in sede di procedimento di prevenzione

A ciò si potrebbe obiettare che, se in relazione ai reati più gravi non si attivasse un processo penale, si determinerebbe una violazione dell'art 112 Cost. relativo all'obbligatorietà dell'azione penale.

Il problema si risolve agganciando la misura di prevenzione - che si può immaginare assorbente rispetto all'altro del trattamento del minore - ad una condizione di procedibilità per far sì che si debba poi comunque attivare ex art 112 Cost. il processo penale con l'accertamento del reato se fallisse il trattamento cui venisse sottoposto il minorenne con l'applicazione della misura di prevenzione (oggi rappresentata dalla misura amministrativa ex art.25 R.D.L. 1404/1934). In tale eventualità, poi, si innescherebbe un riscontro della responsabilità garantito pienamente e non con l'ibrido della messa alla prova, che nel mezzo del procedimento penale conculca i diritti procedurali e presta attenzione solo al problema della tutela della persona del minore.

Quindi, da un lato ci sarebbe una sostanziale salvaguardia dell'esigenza di tutela penale divenuta essenzialmente di natura preventiva, dall'altro lato, si

salvaguarderebbero i diritti procedurali dell'imputato una volta attivata la condizione di procedibilità ed iniziato, in ipotesi, il processo penale.

All'idea articolata si potrebbe ancora obiettare che una soluzione come quella prospettata potrebbe favorire un eccesso di ricorso alle misure preventive. Il problema, tra l'altro, è già riscontrabile in relazione all'art. 25 R.D.L. 1404/34.

Per ovviare a tale possibile obiezione basterebbe anticipare al momento del procedimento di prevenzione l'atto che oggi si pretende dal minore ai fini dell'applicazione della messa alla prova, e cioè la non opposizione del minore alla misura preventiva o la confessione.

Ciò scongiurerebbe anche l'abuso di misure preventive che potrebbe portare ad una facile applicazione delle prescrizioni senza la garanzia di un processo giurisdizionale.

Mariano Menna
Ordinario di Diritto Processuale Penale Avanzato
Dipartimento di Giurisprudenza
Seconda Università degli Studi di Napoli

Prof. Clelia Iasevoli

I contenuti positivi della prevenzione speciale e il diritto all'educazione del minore autore di reato.

SOMMARIO: 1. Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato. – 2. Il teologismo costituzionale sotteso al sistema penale integrato. – 3. Il diritto del minore al trattamento differenziato.

1. Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato.

Nell'attuale contesto di trasformazione del tipo dei delitti compiuti dai minori, per non dire della metamorfosi sociale della criminalità, occorre interrogarsi sul rapporto tra diritto all'educazione, funzione della pena e struttura del processo minorile, premessa ineludibile per ogni ragionamento intorno alla procedura penale, non solo minorile[1]. Questa, infatti, vive una risalente stagione di crisi, diffusa su diversi livelli tra loro interferenti: dai problemi ordinamentali e di organizzazione, ai temi più intimamente connessi agli assetti normativi della materia, invasa da un diritto giurisprudenziale che determina il cedimento di principi fondamentali del processo penale fino al giudicato, soprattutto quando si reputa 'costretta' ad eseguire le pronunce della Corte di Strasburgo[2].

Ma vi è una ragione in più per affrontare il tema sul versante specifico della devianza minorile, in quanto essa si presenta con caratteristiche di maggiore complessità rispetto a qualche anno addietro. Allora, lo schema mertoniano[3] offriva esauriente criterio interpretativo, giacché la devianza giovanile trovava fondata spiegazione nel contrasto tra le mete prefigurate dalla struttura culturale e le reali opportunità che la struttura sociale offriva per il loro raggiungimento; si circoscriveva, così, ad aree marginali di classi inferiori.

[1] La complessità di tale rapporto è oggetto di una nostra analisi monografica, alla quale si rinvia per tutte le implicazioni sistematiche ad esso connesse, Diritto all'educazione e processo penale minorile, Napoli, 2012, passim.

[2] G. Riccio, La 'nuova' progettualità per far fronte alla crisi della giustizia, in Cass. pen., 2007, p. 4408; IDEM, Itinerari culturali e premesse di metodo per la 'riscoperta' del modello processuale, in AA.VV., Verso la riscoperta di un modello processuale, Milano, 2003, p.

[3] R. K. MERTON, Teoria e struttura sociale, Bologna, 1971, p. 98. Secondo questo modello interpretativo della devianza è l'eccessiva condivisione di determinate mete sociali ovvero la massificazione in cui l'individuo si annulla ad incidere sulle scelte criminali. Si tratta del fenomeno della unidimensionalizzazione teorizzato da H. MARCUSE, L'uomo a una dimensione, Torino, 1964.

Ora si assiste ad un ampliamento, che potremmo definire interclassista perché coinvolge indistintamente i diversi ceti sociali e trae le sue matrici dal rifiuto più consapevole di modelli e regole sociali, che non hanno saputo offrire immagini rassicuranti sul piano economico, politico, culturale, lasciando diffondere un senso di precarietà, a cui si è accompagnata una disaffezione verso le istituzioni[4].

A fronte di questi tratti caratterizzanti il fenomeno, la riflessione si sposta sulle potenzialità strategiche della pena come integrazione sociale, prospettiva che ora va definita soprattutto per i risvolti sul piano trattamentale del minore.

Il Costituente scrive, in materia, una norma la cui originalità ed il cui ruolo promozionale furono apprezzati solo dopo che la parte più sensibile della dottrina italiana alla fine degli anni '60, ed in primo luogo Franco Bricola[5], dimostrò la centralità del contenuto del terzo comma dell'art. 27 Cost. Furono in tal modo superate le tante perplessità, che il testo aveva suscitato, specialmente in chi non si rassegnava ad accettare la scelta di rieducazione, continuando a coltivare antistoriche nostalgie di retribuzione o di prevenzione negativa.

Si apriva così il percorso di deeticizzazione della sanzione, in cui si rinviene la posizione speculativa che ricompone, in maniera dialettica, le antinomie tra gli scopi della pena, assumendo come criterio di prevalenza le tre fasi in cui si articola la vicenda penale: in quella legislativa, la pena non può che perseguire la finalità di prevenzione generale; nelle altre due fasi, della commisurazione e dell'esecuzione, essa assolve alla funzione di prevenzione speciale rieducatrice[6]. In stretta continuità sul versante processualpenalistico[7], si rintraccia l'impostazione di chi, cogliendo questa pluridimensionalità della pena, ne distingue la componente finalistica a seconda dei diversi momenti istituzionali della sua esistenza.

Per tale ultima tesi, rispetto alla funzione legislativa, la pena realizza la prevenzione generale; quanto alla funzione giurisdizionale, la pena è garanzia di proporzione; relativamente alla funzione esecutiva si espande lo scopo rieducativo.

Invero, la norma (art. 27 Cost. comma 3) apre a prospettive dommatiche e politico-

[4] S. MOCCIA, Riflessioni sulle implicazioni penalistiche della devianza giovanile, in AA.VV., La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici, a cura di A. Cilardo, Npoli, 2011, p. 89 e ss.

[5] F. BRICOLA, voce Teoria generale del reato, in Noviss. dig. it., vol. XIX, Torino, 1973, p. 7 e ss; IDEM, Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale, in Studi in memoria di Pietro Nuvolone, Milano, 1991, III, p. 55 e ss.

[6] G. FIANDACA, Art. 27 comma 3 e 4, in AA.VV., Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca-A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1991, p. 263.

[7] G. RICCIO, voce Responsabilità penale, in Enc. giur. Treccani, agg., Roma, 1994, p. 25-26

criminali, colte da chi[8] parte dalla premessa che in uno stato sociale di diritto il trattamento è diritto rieducativo riconosciuto a tutela del valore di sintesi della persona e comporta «l'effettiva integrazione del soggetto, da ottenersi tramite la realizzazione di un programma di (re)inserimento basato sul training sociale, sull'emancipazione individuale». La proiezione finalistica, qui evocata, non si esaurisce all'interno dell'area della fase esecutiva della sanzione, ma va oltre; perché la rieducazione è un connotato di essenza della sanzione, che condiziona l'esistenza della fattispecie astratta al momento della concreta estinzione. Insomma, l'ampio raggio d'azione del principio di cui all'art. 27 comma 3 Cost. non esclude il versante della struttura del reato. Ne discendono due implicazioni[9]: a) nella selezione delle fattispecie sanzionatorie il legislatore deve aver valutato a priori l'idoneità delle stesse ad attuare un «trattamento personalizzato non desocializzante»; b) le modalità esecutive sono strumentali alla concreta attuazione della personalizzazione del trattamento punitivo.

L'opzione di politica criminale si muove in termini di prevenzione; ma si osserva che la prevenzione speciale manifesta il suo aspetto negativo come neutralizzazione dell'individuo e l'aspetto positivo come recupero sociale, da attuarsi essenzialmente in libertà, attraverso una terapia sociale emancipante – scelta con il consenso del reo –, essendo palese che non vi possa essere risocializzazione senza il rispetto della persona, senza la manifestazione di volontà di aderire ad un programma di rieducazione.

Ed anche per il giovane disadattato o deviante va approntata una strategia di socializzazione che si preoccupi di fornire gli aiuti necessari per l'attivazione del senso di responsabilità e per il raggiungimento della piena capacità di autodeterminarsi[10]; a maggior ragione per il minore la funzione della pena deve porre al centro delle scelte di politica criminale il rispetto della libertà e della dignità della persona.

Da ciò deriva l'accentuazione della giurisdizionalizzazione degli interventi per garantire quanto più possibile la posizione giuridica del minore e per attivare il suo

[8] S. MOCCIA, Il diritto penale tra essere e valore, Funzione della pena e sistematica teleologica, Napoli, 2006, p. 101 e ss.

[9] L'espressione è di G. FIANDACA, Art. 27 comma 3 Cost., in AA.VV., Commentario alla Costituzione, cit., p. 275.

[10] M. LEONARDI, Le cause e i processi della devianza minorile, in AA. VV., La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo, a cura di A. PENNISI, Milano, 2004, p. 64.

senso di responsabilità[11]; da altro lato, la ricerca e la sperimentazione in libertà di strategie di recupero sono affidate agli enti locali che possono proficuamente adattare i processi d'intervento alle strutture realmente presenti, impiegando in maniera ottimale i mezzi a disposizione. Questo significa privilegiare la funzione specialpreventiva nel trattamento penale del minore.

2. Il teologismo costituzionale sotteso al sistema penale integrato.

Sul terreno metodico-sistematico, l'individuazione dei contenuti "socializzanti" coinvolge, nella vicenda interpretativa, i principi costituzionali dello stato di diritto – e, quindi, gli artt. 2, 3 comma 1, 19, 21 Cost., sintesi della garanzia della dignità della persona – ma anche quelli dello stato sociale – scritti negli artt. 3 comma 2, 4, 32, 34 Cost. –; tutti insieme e da diverse angolazioni, essi garantiscono lo sviluppo della personalità in una prospettiva di solidarietà[12], concorrendo a costruire il concetto di rieducazione di cui all'art. 27 comma 3 Cost. e a delinearne l'ambito operativo, specificamente utilizzabile in materia minorile.

Il quadro normativo si arricchisce del riferimento alla fondamentale esigenza della proporzione, nel significato di limite garantisco all'interno del rapporto tra responsabilità e misura della sanzione; si tratta di un elemento guida per il legislatore nel momento della posizione della norma e per il giudice nel momento della determinazione della pena: l'aggancio normativo è offerto attraverso un'ermeneutica elementare, dall'art. 3 Cost., in materia di uguaglianza.

Lo stesso quadro normativo qualifica il "tendere" di cui all'art. 27 comma 3 Cost. seconda proposizione, come guida delle 'operazioni' necessarie a realizzare lo scopo della pena genericamente riferibile alla risocializzazione.

Il concetto di "rieducazione", come è noto, è accompagnato da significati molto differenziati e, talvolta, incompatibili con un assetto normativo da stato sociale di diritto[13].

Ad esempio, appare certamente inaccettabile il tradizionale significato di "emenda morale", perché limita la prospettiva di recupero sociale.

Convince, perciò, l'orientamento metodologico che si affida al sistema della

[11] Cfr. LARIZZA S., Bisogno di punizione o bisogno di educazione? Il perenne dilemma della giustizia minorile, in Cass. pen., 2006, p. 2975 e ss.

[12] In tal senso, S. MOCCIA, Il diritto penale tra essere e valore, cit., p. 104.

[13] Sul punto si vedano le magistrali indicazioni di G. VASSALLI, Il dibattito sulla rieducazione, in Rass. penit. e crim., 1982, p. 437 e ss.

nostra Carta costituzionale. Esso, per un verso, evita che attraverso gli organi della giustizia statale si legittimino scopi trascendenti la mera adesione ai principi che essa pone e, segnatamente, concezioni etiche, la cui accettazione dovrebbe esser legata a scelte, per definizione, completamente libere, non potendo esse dipendere dal sistema di coazione della sanzione penale; per altro verso, esso riconosce alla pena il compito di offrire al reo la possibilità di orientare la propria esistenza nel senso del rispetto di quella altrui.

Ciò non può significare il perseguimento di un adattamento coattivo verso modelli comportamentali eteronomi; non può giustificare il tentativo di indebite manipolazioni della personalità; né deve operare un cambiamento ab externo dell'identità individuale. Piuttosto, con tutte le garanzie dello stato sociale di diritto, si deve favorire un'effettiva integrazione del soggetto, da ottenersi tramite la realizzazione di un programma di (re)inserimento basato sul training sociale, sull'emancipazione individuale e, quindi, attraverso la realizzazione di forme efficaci di sostegno socio-culturale. Tutto ciò implica la sperimentazione quanto più ampia possibile di modalità 'extraistituzionali' di esecuzione della sanzione.

Peraltro, il "trattamento" non può imporsi coattivamente: non sul piano della legittimità per il rispetto della dignità e dell'autonomia individuale; non sul piano dell'efficacia perché l'imposizione ne minerebbe la riuscita, per la quale è indispensabile la volontaria ed attiva adesione del soggetto.

In una situazione del genere, un diritto penale che si faccia carico dell'osservanza dei diritti costituzionali per la tutela della persona non può reagire con risposte sanzionatorie rigoristiche di tipo afflittivo-deterrenti, ma solo cercando di realizzare le condizioni per elidere la desocializzazione, oggi, normalmente connesse all'internamento in un'istituzione di tipo custodiale.

In questo contesto, ancora in linea generale, non può non considerarsi che il punto focale della questione riguarda l'individuazione concreta del singolo trattamento di recupero e le sue effettive modalità applicative; ma il tema tocca alla radice l'attuale sistema sanzionatorio, prima ancora che le modalità del trattamento penitenziario; il che ha ancor più significato per le vicende processuali e per gli strumenti per il trattamento dei minori.

Sul primo punto, viene diffusamente riconosciuto l'indiscutibile inefficacia della sanzione penale, così come è usualmente

strutturata nella specie della pena detentiva, con il consueto corollario di disumanità, che connota il più delle volte la sua esecuzione. In altri termini, il sistema resta esclusivo, non inclusivo, sostenuto, come è, da una prevenzione speciale negativa, che genera i luoghi per l'esclusione; siamo ancora a quei tempi, stando alla dichiarata disumanità della sanzione penale, e non solo sul piano formale del rispetto del progetto costituzionale, nonostante i lunghi passi della Storia verso il riconoscimento dei diritti della persona.

L'ordinamento del nostro Paese contiene i presupposti normativi – forse non i connotati effettuali – per realizzare in positivo lo scopo risocializzante della pena; sembra, cioè, che possano essere legittimamente perseguiti gli scopi positivi della prevenzione, costituiti dal rafforzamento della coscienza sociale intorno ai suoi valori basici.

In materia, v'è chi[14] rimarca la profonda differenza tra la ben articolata e complessa disciplina costituzionale italiana, da una parte, e la semplicistica, inappagante soluzione "dissuasiva" che caratterizza la normativa europea nel rispetto di fondamentali prerogative individuali.

Si riconosce, cioè, che il silenzio dei Trattati e delle stesse Carte europee dei diritti sulla funzione della pena non rappresenta solo la mancanza di un referente teleologico vincolante, essenziale per la costruzione dell'intero sistema degli interventi penali europei; si riconosce, cioè, che le prescrizioni relative alla necessaria "non sproporzione" della pena rispetto al reato (di cui all'art. 49 comma 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione) ed al divieto di trattamenti inumani o degradanti (di cui agli artt. 3 Cedu e 4 Carta dei diritti) siano compatibili, in astratto, con la teoria retributiva e con la prevenzione speciale. E ciò per chi reputa che la proporzione tra pena e reato possa essere interpretata, anche, considerando il dato – centrale – della pericolosità soggettiva dell'autore del reato, rispetto alla quale la pena può atteggiarsi come forma deterrente e/o neutralizzante.

In questi diversi parametri normativi manca il riferimento alla funzione rieducativa della sanzione, intesa quale offerta di reinserimento sociale, che costituisce la pietra angolare di un sistema penale, corrispondente ai principi personalistici e solidaristici della nostra Costituzione.

Peraltro, tale 'vuoto dei fini' ha aperto alla giurisprudenza della Corte di giustizia ed

[14] S. MOCCIA, Funzioni della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana, in Dir. pen. e proc., 2012, p. 921

al diritto secondario dell'Unione – anche a decisioni quadro ed a direttive in materia penale – un inaccettabile spazio di 'supplenza', entro cui ha avuto luogo l'imposizione agli Stati membri di obblighi di criminalizzazione relativi a sanzioni penali, non solo efficaci e proporzionate, ma anche "dissuasive"[15].

3. Il diritto del minore al trattamento differenziato.

In questo contesto si inserisce l'osservazione della specifica vicenda minorile; che trova nella peculiarità del rapporto con la persona e con i diritti di cui è portatore le ragioni della specializzazione sia sul profilo sostanziale che processuale.

Rispetto alla seconda vicenda le linee programmatiche su cui il legislatore risolve problemi strategici per la tutela di diritti del minore nel processo, i punti di orientamento della filosofia specializzante si aggregano sulla indispensabilità dell' osservazione del minore ai fini del trattamento processale e sulla necessità di includere nel processo strumenti di tutela dei suoi diritti.

Chiariamo. Il raggiunto ordine logico non elide il potere discrezionale del legislatore di differenziare le situazioni che scandiscono i tempi dello scopo della pena; ciò che accade nella giurisdizione minorile si realizza in nome di quei diritti del minore. Una volta accertata la responsabilità, si anticipa nel processo il progetto di integrazione sociale, certo, non con strumenti clemenziali incompatibili con la filosofia del rapporto processo-pena. Per tale evenienza il legislatore sceglie una "strategia" idonea a ridurre i danni del processo rispetto allo sviluppo della persona, arricchendolo di strumenti di recupero endoprocessuale.

I contenuti positivi della prevenzione speciale divengono il referente assiologico dell'azione di tutela del minore autore di reato, affidata alla giurisdizione, in tal modo riducendo i rischi di una condanna pregiudizievole al completamento della personalità, allo stato deviata.

Non vanno mai confuse, però, la pienezza dei diritti procedurali dei minori e le legittime esigenze dell'accertamento con le soluzioni strategicamente orientate al recupero del giovane disadattato. Nella vicenda di cui trattiamo, la sostanza penale acquista diversa natura, mettendo il trattamento del minore al primo posto della scala dei valori in gioco nel sistema punitivo, quando la giurisdizione ne accerti la responsabilità, non potendo, questa, muoversi al di fuori dei paradigmi del giusto processo; essi sono imposti anche ai

[15] S. MOCCIA, Funzioni della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana, cit.

magistrati laici che coadiuvano i togati nell'esercizio della funzione giurisdizionale, proprio per assicurare le conoscenze "tecniche", necessarie all'osservazione della personalità ed alla individuazione della meritevolezza del trattamento e dei modi del suo esercizio.

Lo scopo del processo rimane l'accertamento del fatto.

Su questo diverso modo di considerare il sistema penale quando si tratta di un soggetto minorenne vi sono tracce sempre più significative all'interno della giurisprudenza della Corte costituzionale[16], secondo cui la capacità di intendere e di volere del minore tra i quattordici e i diciotto anni – e cioè la sua imputabilità (art. 98 c.p.) – deve essere verificata caso per caso, in relazione al momento in cui è stato commesso il fatto.

In secondo luogo, il largo ricorso alla sospensione condizionale della pena ed al perdono giudiziale nell'ambito della giustizia minorile conferma, non soltanto la tendenza generale a considerare come ultima ratio il ricorso all'istituzione carceraria, ma sottolinea con forza la necessità di valutazioni del giudice fondate su prognosi individualizzate in ordine alle prospettive di recupero del minore deviante.

In sintesi, l'ordinamento italiano non si è ispirato ad un ge

e nelle prigioni scuola. Ciò non comporta alcuna sottovalutazione della pericolosità e gravità del fenomeno della delinquenza minorile: ma significa solamente che non si intende lasciare intentata alcuna possibilità di recupero di soggetti, non ancora del tutto maturi dal punto di vista fisio-psichico.

Questa ordinata scansione 'fasica' – che esalta i compiti delle diverse istituzioni coinvolte nella vicenda – è scomposta per la giurisdizione minorile, ove prevalgono i bisogni di evitare che il processo penale costituisca causa di interruzione dell'iter di formazione della personalità del minore. Di conseguenza, si modificano, strutturalmente, le linee politiche su cui costruire l'ordinata successione degli eventi: rimosso il divieto di osservazione della persona – ritenuto un pericoloso sintomo di trasformazione del diritto penale del fatto in diritto penale dell'autore – il legislatore segue linee strategiche idonee al fine innanzi individuato, recuperando nel processo strumenti del trattamento sanzionatorio sotto forma di sospensione del giudizio per consentire al minore l'orientato 'ravvedimento': la messa alla prova (art. 28 d.P.R. n. 448 del

[16] Corte cost., sent. del 20 aprile 1978, n. 46, cit.

[17] Art. 31 ult. comma Cost. secondo cui la Repubblica "protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo".

1988) è la macroscopica esemplificazione di questa strategia.

In particolare all'interno dell'assetto delineato dalla giurisprudenza costituzionale[18] si origina il diritto al trattamento differenziato del minore; lungo questo percorso il giudice delle leggi perviene, con una costante metodica di intervento, al superamento della regola transitoria dell'estensione ai minori dell'ordinamento penitenziario previsto per gli adulti (art. 79 della l. 26 luglio 1975, n. 354), non essendo stata emanata ad oggi la disciplina diversificata.

Interrogarsi sui significati politici sottesi a questo inspiegabile ritardo del Parlamento[19], non appare immediatamente utile; non lo è, invece, l'osservazione euristica della funzione supplente svolta dalla Corte costituzionale.

L'antinomia tra provvisorietà della soluzione di tutela e contenuti del diritto all'educazione ha rafforzato l'attività di ricostruzione ermeneutica del giudice delle leggi[20], che ha sopperito negli anni all'atteggiamento rinunciatario del legislatore con decisioni di accoglimento o con sentenze additive, ma anche con interpretative di rigetto, nelle quali ha scritto le ragioni costituzionali del trattamento diversificato[21].

Ebbene, a questa giurisprudenza va riconosciuto il merito di aver diffuso la cultura della specializzazione del giudice minorile, quale situazione strumentale al recupero del minore deviante e al suo reinserimento sociale; ed in questa prospettiva è stata evidenziata in maniera costante l'inadeguatezza delle disposizioni[22], descrivendo il filo conduttore di un preciso indirizzo normativo-assiologico e di metodo.

Dunque, non è un caso che, all'interno della disarmonia tra principi costituzionali e regole di trattamento penitenziario, l'azione della Corte si è spinta a privilegiare decisamente le esigenze di non desocializzazione del minore autore di reato.

Con queste decise posizioni, ma forse ancora con 'incerta coscienza', la Corte

[18] Corte cost. sent. 22 maggio 1987, n. 206, in Cass. pen., 1987, p. 2085; Corte cost.,, sent. 15 luglio 1983, n. 222, in Giur. cost, 1983, p. 1319. Cfr. S. LARIZZA, I principi costituzionali della giustizia penale minorile, in La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo, a cura di A. PENNISI, Milano, 2004, p. 93 e ss. Per una ricognizione generale dell'art. 31 Cost., si vedano L. CASSETTI, Art. 31, in Commentario alla Costituzione, cit., pp. 640-654; C. BERGONZINI, Art. 31, in Commentario breve alla Costituzione, a cura di S. Bartole, R. Bin, Padova, 2008, pp. 318-321.

[19] P. DE MARTINO, Riflessioni su alcune proposte de iure condendo in tema di esecuzione penale minorile, in Cass. pen., 2011, p. 3183.

[20] Cfr., ad esempio, Corte Cost., sent. 15 luglio 1983, n. 222, cit., e Corte cost., sent. 22 maggio 1987, n. 206 cit.

[21] S. RUGGERI, La disciplina penitenziaria, in AA. VV., La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile, cit., p. 241. Per una disamina della disposizione in esame, cfr. G. LA GRECA, Commento all'art. 79, in Ordinamento penitenziario, a cura di G. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, III, Padova, 2006, p. 1082.

[22] G. GIOSTRA, Prime riflessioni intorno ad uno Statuto europeo dell'imputato minorenne, in AA. VV., Per uno Statuto europeo dell'imputato minorenne, cit., p. 13.

privilegiava i contenuti della funzione specialpreventiva positiva nel trattamento penale del minore, e con ciò senza mettere in discussione il fatto che scopo del processo penale è l' accertamento del fatto e della responsabilità dell'imputato, anche se minore[23].

La linea metodologica segna la giurisdizionalizzazione del diritto, consegnando lo sviluppo del fenomeno al giudice del caso, dal momento che è la forza dirompente del caso a derogare la legge.

In buona sostanza, la Corte dominava e domina dall'alto il consolidarsi del diritto giurisprudenziale, muovendo dalla consapevolezza che la rieducazione non può avere lo stesso contenuto positivo per tutti i consociati.

La convinzione era, ed è, che il principio di uguaglianza implica l'individualizzazione del trattamento rieducativo rapportata alle condizioni personali (art. 3 comma 1 Cost.) e socio-economiche (art. 3 comma 2 Cost.) di ciascun condannato: esso stesso, dunque, contiene il carattere ontologicamente diversificante del trattamento[24].

Tuttavia ed in termini generali, ciò impone la costatazione che la funzione della pena è in grado di condizionare la struttura e le forme della giurisdizione penale minorile.

Dunque, l'attività di codificazione della fase dell'esecuzione della pena nei confronti del minore non è più rinviabile, e non soltanto per raccogliere i moniti della Corte costituzionale. È necessario dare seguito alla Raccomandazione (08) 11 sulle "Regole europee relative ai minori oggetto di sanzioni o misure conseguenti ad una violazione della legge penale", approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa[25] proprio in considerazione della sua natura, essendo essa ritenuta atto prevalentemente politico, privo di efficacia diretta, e non potendo essere classificata come norma interposta rispetto all'art. 117 comma 1 Cost.

È appena il caso di notare che se per noi l'ostacolo potrebbe essere aggirato dalla prevalente forza del principio di

[23] Cfr., M. G.COPPETTA, Spunti per uno Statuto europeo del condannato minorenne, in AA.VV., L'esecuzione penitenziaria a carico del minorenne nelle carte internazionali e nell'ordinamento italiano, cit., p. 145.

[24] In argomento, M. G. COPPETTA, L'esecuzione della pena detentiva: il trattamento intra moenia e le misure alternative, in AA. VV., L'esecuzione penitenziaria a carico del minorenne nelle carte internazionali e nell'ordinamento italiano, cit., p. 251.

[25] Da un punto di vista formale, la raccomandazione (08) 11 è un corpus di diritto penitenziario minorile che si compone di 142 articoli ed è suddivisa in otto parti: (I) Principi basilari, campo di applicazione e definizioni; (II) Sanzioni e misure; (III) Privazione della libertà personale; (IV) Consulenza legale ed assistenza; (V) Procedure di reclamo. Ispezione e controllo; (VI) Personale; (VII) Valutazione, ricerca, lavoro con i media e il pubblico; (VIII) Aggiornamento normativo.
Nel catalogo delle garanzie proprie del diritto penitenziario minorile, non mancano il riferimento all'osservanza dei diritti umani e alla legalità che deve permeare l'intera fase esecutiva (principio di riserva di legge), la quale a sua volta deve essere sottoposta al controllo di un organo giurisdizionale (principio di riserva di giurisdizione).

diversificazione, la cui fonte è costituita dalla linea costituzionale tracciata dagli artt. 2, 3, 29, 30, 31, 32, 34 Cost., la praticabilità di una giustizia minorile, che voglia esprimere le potenzialità insite nell'ordinamento, deve misurarsi necessariamente con gli obblighi pattizi a cui è tenuta l'Italia[26].

Clelia Iasevoli
Docente Università "Federico II" di Napoli

[26] M. L. FIORILLO, Un ordinamento penitenziario per i minori, in Min. giust., 2008, p. 135.

Dott. Roberto Gentile

La condizione del minore nell'ordinamento internazionale.

SOMMARIO: 1) Le principali fonti del diritto internazionale penale minorile. - 2) Prospettive fondamentali - Campo di applicazione. - 3) Definizioni giuridiche: fanciullo - minore - reato - giovane delinquente - giovane adulto (rinvio). - 4) Limiti di età rilevanti ai fini della responsabilità penale. - 5) Obbiettivi della giustizia minorile - Potere discrezionale degli operatori - Necessità di un' adeguata formazione professionale. - 6) Diritti dei minori: 6.1) Garanzie procedurali a favore dei minori autori di reati - 6.1.1.) Presunzione di innocenza - 6.1.2.) Assistenza legale durante il processo - 6.1.3.) Diritto alla assistenza dei genitori o del tutore - 6.1.4.) Diritto alla contestazione dell'accusa - 6.1.5.) Diritti dei minori in caso di limitazione della libertà personale - 6.1.6.)Diritti finalizzati all'esercizio concreto del diritto di difesa: I) Diritto di essere ascoltato nel corso del procedimento e facoltà di non rispondere - II) Diritto di interrogare o fare interrogare testimoni a carico e di ottenere la comparsa e l'interrogatorio dei testimoni a discarico - Diritto di ottenere una controperizia o altro equivalente mezzo di indagine - 6.1.7) Diritto alla tutela della vita privata - 6.1.8.) Diritto all'osservanza del principio di stretta legalità - Diritto alla sollecita definizione del giudizio ed alla impugnazione - 6.2) Diritto dei fanciulli alla protezione da ogni forma di violenza, maltrattamento o sfruttamento. - 7) Il ricorso a misure extra-giudiziarie. - 8) La decisione.

1) Le principali fonti del diritto internazionale penale minorile.

L'interesse della Comunità internazionale per le problematiche relative alla tutela dei minori ha stimolato, a partire dagli inizi di questo secolo, la stipulazione di numerose convenzioni con le quali i diritti dei minori inerenti ad aree specifiche della vita civile hanno ricevuto riconoscimento e tutela.

Il tema di questa relazione, inserita in un corso di diritto penale minorile, impone di fermare l'attenzione soltanto sulla normativa internazionale che ha per oggetto gli aspetti penalistici della giustizia minorile.

Le prime enunciazioni di principi ispiratori della nascente normativa internazionale minorile si rinvengono già nella dichiarazione di Ginevra del marzo 1924, nella quale, con riferimento ai minori , sia come autori che come vittime di reati, fu tra l'altro affermato che il minore deviato deve essere recuperato e che il fanciullo

deve essere protetto da ogni forma di sfruttamento.

Da queste due idee centrali , nella seconda metà di questo secolo , si è andata dipanando, al livello internazionale, una articolata elaborazione di linee guida che hanno messo in moto, negli ordinamenti giuridici dei singoli Paesi, la produzione di normative interne, le quali, quantunque diverse, denotano tuttavia la comune ispirazione.

Prima di inoltrarci in questo itinerario - inevitabilmente veloce e sintetico, dati i limiti imposti alla relazione - attraverso la produzione giuridica internazionale, è bene individuare preventivamente le fonti alle quali si farà riferimento nel corso della esposizione.

Esse, in ordine cronologico, sono le seguenti:

1) La dichiarazione dei diritti del fanciullo, detta Dichiarazione di Ginevra, del marzo 1924;

2) La Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955 n° 848 (D'ora innanzi sarà indicata con l'acronimo "C.E.S.D.U.")

3) La dichiarazione dei diritti del fanciullo, proclamata dall'O.N.U. il 20 novembre 1959 (d'ora innanzi indicata come "D.D.F.") .

4) Il Patto internazionale sui diritti civili e politici , stipulato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo in Italia con la legge n° 881 del 25 ottobre 1977 (d'ora innanzi : " P.I.D.C.P.") .

5) Le Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile (c.d. Regole di Pechino), adottate a New York dall'Assemblea generale del settimo congresso dell'O.N.U. il 29 novembre 1985 (d'ora innanzi R.M.) .

6) La Raccomandazione n° (87)20 sulle risposte sociali alla delinquenza minorile, elaborate dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 17 settembre 1987 (RAC.)

7) La Convenzione sui diritti del fanciullo, stipulata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la Legge 27 maggio 1991 n° 176 (C.D.F.) .

2) Prospettive fondamentali - Campo di applicazione.

L'art 1 R.M. contiene alcune fondamentali enunciazioni programmatiche. Esso, infatti, definisce la giustizia minorile parte integrante del processo di sviluppo nazionale di ciascun paese, in quanto componente essenziale della pace e dell'ordine sociali (art. 1.4).

E' compito degli Stati parti, pertanto, tutelare il benessere del minore e della sua famiglia (art. 1.1 R.M.), attribuendo -

come precisa l'art. 3.1. C.D.F. - in tutte le decisioni che riguardano i fanciulli, da qualunque organo o ufficio siano adottate, primaria considerazione al superiore interesse del fanciullo stesso. In tale ottica , gli Stati parti , mobilitando all'uopo tutte le risorse disponibili (famiglia, istituzioni sociali, gruppi di volontariato), devono adoperarsi per sostenere il processo di maturazione dei minori, creando per loro condizioni di vita idonee a prevenire la devianza ed il crimine (1.2.ed 1.3. R.M.)

La prevenzione del disadattamento e della delinquenza - come è specificamente indicato nell'art. 1 Rac. - dovrebbe essere attuata, all'interno dei singoli Stati, mediante una politica per l'inserimento sociale dei giovani, attraverso l'introduzione nelle scuole e nelle organizzazioni giovanili o sportive di programmi specializzati per sostenere i giovani a rischio, nonché mediante l'adozione di misure di prevenzione situazionale e tecnica per ridurre le occasioni di violazione delle leggi da parte dei minori.

Le misure di prevenzione della devianza e della delinquenza, al pari di tutte le misure di protezione della gioventù, devono essere garantite per tutti i minori, senza distinzioni di qualsivoglia natura (razza, colore, sesso, lingua, religione, origine nazionale, etnica o sociale, condizione economica, nascita, opinione, politica o di altro genere, del fanciullo o dei suoi genitori, ecc. (Art. 24 P.I.D.C.P., art. 2.1. R.M. ed art. 2.1. C.D.F.).

I singoli Stati, anzi, ai sensi del principio nono D.D.F. e dell'art. 2.2. C.D.F.,sono tenuti ad adottare ogni utile misura per proteggere i fanciulli da ogni discriminazione o sanzione motivata dallo "status", dalle attività, dalle opinioni o dal credo dei genitori, dei tutori o di membri della famiglia.

In virtù di tali norme, molto deve essere ancora fatto da tutte le istituzioni competenti, per attuare la prevenzione a favore dei minori a rischio, evitando, come vuole la normativa internazionale, che talune categorie di minori, fra le quali risaltano particolarmente i nomadi e gli extra-comunitari, siano meno favorite nella applicazione di tutti gli istituti del diritto processuale penale minorile finalizzati allo scopo, enunciato nell'art. 14 P.I.D.C.P., di promuoverne la riabilitazione.

L'art. 3 R.M., infine, precisa che le disposizioni contenute in quel documento si applicano non solo ai minori autori di reati, ma anche ai minori nei confronti dei quali potrebbero essere compiuti atti processuali per condotte che, se poste in essere da adulti, non sarebbero punibili. La norma allude a quelle condotte, previste da qualche ordinamento giuridico statale,

quale, per esempio, quello polacco, che ,nella categoria della c.d. "demoralisation" , ricomprende un certo numero di situazioni, la cui elencazione non è tassativa, che legittimano ogni intervento pubblico nei confronti del minore, ancorché questi non abbia commesso reati: a titolo esemplificativo vanno ricordati l'inadempimento dell'obbligo scolastico, la consumazione di bevande alcoliche o l'assunzione di droghe, il vagabondaggio, la prostituzione, la vita dissoluta, ecc.

L'art. 3 R.M., infine, prescrive che ogni Stato debba sforzarsi di applicare i principi contenuti nel documento a tutti i minori destinatari di misure di protezione e di aiuto sociale, nonché ai giovani adulti delinquenti.

3) Definizioni giuridiche: fanciullo - minore - reato - giovane delinquente - (rinvio).

Nelle fonti normative che stiamo esaminando ricorre costantemente il termine "fanciullo". La relativa nozione si rinviene nell'art. 1 C.D.F., ove si legge che si intende per fanciullo ogni essere umano, di età inferiore ai diciotto anni, salvo che, in virtù della legge nazionale a lui applicabile, la maggiore età sia raggiunta prima.

Minore, ai sensi dell'art. 2.2.a) R.M., è un fanciullo o un giovane che, con riferimento all'ordinamento giuridico preso in considerazione, può essere imputato per un reato con un livello di responsabilità diverso da quello dell'adulto.

Reato, ai sensi dell'art. 2.2.b) R.M., è ogni condotta (azione od omissione) punita dalla legge penale in virtù di un determinato ordinamento giuridico statale.

Giovane delinquente, ai sensi dell'art. 2.2. c) R.M. è un fanciullo o un giovane accusato o dichiarato colpevole di un reato.

La regola in esame reca la dizione "un fanciullo o un giovane" in considerazione del fatto che non mancano ordinamenti giuridici nazionali nei quali la minore età, agli effetti del diritto penale, va oltre il compimento del diciottesimo anno (es.: l'Austria), di guisa che, in tali casi, la nozione giuridica di fanciullo non coincide con quella di minore.

L'art. 3.3 R.M., infine, come già accennato nel precedente paragrafo, introduce la nozione di giovane adulto delinquente. Di tale nozione si parlerà nel paragrafo seguente.

4) Limiti di età rilevanti agli effetti della responsabilità penale.

L'art. 4 R.M. stabilisce che, in quegli ordinamenti giuridici statali che

riconoscono la nozione di soglia della responsabilità penale, questa non dovrà essere fissata ad un livello troppo basso, tenuto conto delle problematiche inerenti alla maturità affettiva , psicologica ed intellettuale.

L'art. 40.3 a) C.D.F., facendo eco alla predetta regola, dispone che gli Stati membri, nello sforzo di porre in essere normative ed istituzioni destinate ai fanciulli accusati o dichiarati colpevoli di reati, avranno cura, in particolare, di fissare un'età minima al di sotto della quale vi sia una presunzione di non imputabilità.[1]

Poichè i livelli della soglia della imputabilità penale e quello che segna l'uscita dall'area di competenza della giurisdizione minorile variano da Stato a Stato, la nozione di giovani adulti delinquenti - vale a dire quella di giovani autori di reati che abbiano superato l'età massima prevista dalla legge per essere sottoposti alla giurisdizione minorile, ai quali l'art. 3.3 R.M. auspica l'estensione da parte delle legislazioni dei singoli Stati delle regole stesse - varia anch'essa da paese a paese. In Francia, per esempio, tale categoria comprende i giovani da diciotto a ventitre anni; In Germania, Olanda ed Italia, i giovani da diciotto a ventun anni, in Svizzera quelli da diciotto a venticinque e così via.

Con riferimento alla categoria dei giovani delinquenti adulti, l'art. 17 Rac. raccomanda ai governi dei singoli Stati di rivedere, se necessario, le proprie legislazioni, sì da conferire alle giurisdizioni competenti una potestà decisionale che consenta l'adozione di misure educative orientate verso il reinserimento sociale degli interessati, previa valutazione della loro personalità.

5) Obbiettivi della giustizia minorile - Potere discrezionale degli operatori – Necessità di un'adeguata preparazione professionale.

L'art 14 P.I.D.C. P. prescrive che la procedura applicabile ai minorenni dovrà tenere conto della loro età e dell'interesse a che sia promossa la loro riabilitazione.

[1] L'età minima ai fini della imputabilità penale varia nei singoli Stati. Mediamente essa è fissata fra i tredici ed i quattordici anni (13 anni in Francia ed in Polonia, 14 anni in Austria, Germania, Italia e Slovenia), ma non mancano Paesi che hanno stabilito livelli inferiori di età: in Svizzera, per esempio, l'età minima è fissata al compimento del settimo anno, in Scozia all'ottavo anno, in Irlanda del nord al decimo, in Portogallo ed in Olanda al dodicesimo. In Svezia, invece, è fissata al quindicesimo anno, in Norvegia al sedicesimo ed in Romania al diciottesimo anno. In Israele è fissata a 13 anni , a Cuba a 16, nel Canada a 12 . Nell'ordinamento giuridico inglese, la soglia minima per la imputabilità penale dei minorenni, inizialmente fissata a sette anni da una regola di common law del secolo XVII fu innalzata ad otto anni dal Children and Young Persons Act 1933(art.50), come è tutt'ora nel diritto scozzese, e poi a dieci anni dall'art.16 Children and Young Persons Act 1963. Al di sotto di questa età, il minore, definito doli incapax, è assistito da una presunzione assoluta di incapacità di agire con dolo. L'età a partire dalla quale si applica il diritto penale comune è per lo più fissata al diciottesimo anno; Portogallo e Scozia, però, l' hanno fissata al sedicesimo anno, l'Irlanda del nord e la Polonia al diciassettesimo, mentre l'Austria al diciannovesimo anno.

In armonia con il trattato di New York del 1966, l'art. 5 R.M. stabilisce che il sistema della giurisdizione minorile deve avere per scopo la tutela del giovane e la funzione di garantire che la misura adottata sia proporzionale alle circostanze del reato ed alla personalità dell'autore del medesimo.

Coerentemente con l'art. 5, l'art. 17 a) R.M. stabilisce che la decisione deve essere proporzionata non solo alle circostanze ed alla gravità del reato, ma altresì alle condizioni ed alle esigenze dell'autore, nonchè alle esigenze della società; la lettera d) dello stesso articolo soggiunge, poi, che il criterio determinante nella valutazione dei casi giudiziari deve essere la tutela del minore, in sintonia con la primaria considerazione del superiore interesse del fanciullo, prescritta dall'art. 1 C.D.F.

Le finalità particolari della giustizia minorile, consistenti nella tutela dei minori e nella proporzionalità delle decisioni che li riguardano rispetto alla esigenze in giuoco, inerenti alla persona del minore da un lato e, dall'altro, alla tutela della collettività, non possono essere perseguite senza che gli operatori ai diversi livelli dispongano di un adeguato potere discrezionale. Tale potere è previsto dall'art. 6.1 R.M., il quale sottolinea la necessità che esso sia sufficiente ed esteso a tutti i livelli della amministrazione della giustizia minorile e ad ogni stato e grado del processo, segnatamente alle fasi dell'istruzione, del promuovimento della azione penale, del giudizio e della esecuzione.

Gli artt. 6.2. e 6.3. soggiungono che tale potere discrezionale deve essere esercitato responsabilmente, il che esige una formazione specializzata degli operatori.

A tale ultimo scopo, l'art. 22 R.M. segnala la necessità di un'adeguata formazione professionale e di un costante aggiornamento di tutti gli operatori professionali, attuata mediante corsi ed altre appropriate modalità didattiche.

L'art. 9 Racc., a sua volta, raccomanda agli Stati di incoraggiare le iniziative tendenti ad assicurare che tutti gli operatori della giustizia minorile posseggano una formazione specializzata nel campo del diritto e della delinquenza minorile.

6) Diritti dei minori

Dalle fonti considerate si ricava l'affermazione di numerosi diritti dei minori: una parte di tali diritti riguarda i minori autori di reati e si sostanzia in garanzie che la normativa internazionale vuole sussistenti nella disciplina del processo penale a carico di minorenni adottata dagli Stati contraenti nei rispettivi ordinamenti giuridici interni; un'altra parte

di tali diritti riguarda i minori quali possibili vittime di reati commessi mediante violenza nei loro confronti o, comunque, attraverso lo sfruttamento della loro persona. Di ciascuna di queste due categorie di diritti che l'ordinamento giuridico internazionale ha riconosciuti in capo ai minori ed alla cui tutela gli Stati parti si sono obbligati, ratificando e rendendo esecutivi i trattati internazionali che li sanciscono, faremo una rapida rassegna.

6.1.) Garanzie procedurali a favore dei minori autori di reati.

6.1.1.) Presunzione di innocenza

L'art. 6.2 . C.S.D.U. stabilisce che ogni persona accusata di un reato si presume innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

Coerentemente, l'art. 7 R.M., l'art. 8 Rac. e l'art. 40.2.b.I. C.D.F. recepiscono tale garanzia con riferimento ai minori.[2]

A parere dello scrivente, l'enunciato della norma costituzionale non garantisce la presunzione di innocenza sancita dalla norma internazionale. Infatti, affermare che l'imputato non si considera colpevole non equivale ad affermare che se ne debba presumere l'innocenza. Talora si è sostenuto che l'art. 27 comma 2 della Costituzione conterrebbe una vera e propria presunzione di innocenza; ma una siffatta presunzione non è ravvisabile nella formulazione della norma costituzionale, nella quale la parola innocenza non è nemmeno contenuta. Altri interpreti hanno ravvisato nell'art. 27 comma 2 della Costituzione una "presunzione di non colpevolezza"; ma non si comprende con chiarezza quale sia la distinzione concettuale fra presunzione di innocenza e presunzione di non colpevolezza: presumere la non colpevolezza è presumere l'innocenza. La norma in esame, invece, secondo l'interpretazione che sembra da ritenere più corretta, contiene non già una presunzione di non colpevolezza (che è solo un modo diverso di denominare la presunzione di innocenza), bensì una non presunzione di colpevolezza: la norma, in pratica, vuole semplicemente dire che il costituente ha escluso che la colpevolezza dell'imputato possa essere presunta, prescrivendo che la stessa possa essere ritenuta solo in seguito alla sentenza irrevocabile di condanna. Il costituente, in altri termini, ha assunto una posizione agnostica nei confronti

[2] Nell'ordinamento giuridico italiano, la garanzia imposta dalla norma internazionale testè ricordata, secondo l'opinione prevalente, è assicurata dall'art 27 comma secondo della carta costituzionale, per il quale "l'imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva".

dell'accusato, statuendo che non debba esserne presunta la colpevolezza, senza con questo avere detto che ne debba essere presunta la innocenza. Se tale interpretazione si accoglie, si deve concludere che la presunzione di innocenza dell'imputato non discende dalla carta costituzionale (e non ha, quindi, il rango della norma costituzionale), essendo stata introdotta nel nostro ordinamento giuridico soltanto dalle leggi che hanno reso esecutive la C.S.D.U. e la C.D.F.

6.1.2.) Assistenza legale durante il processo

L'art. 6 C.S.D.U., nel comma 3.c), prevede che ogni accusato debba avere il diritto di difendersi personalmente o con l'assistenza di un difensore di sua fiducia e che, quando versi in condizioni di indigenza economica, debba essere assistito gratuitamente da un avvocato di ufficio, quando gli interessi della giustizia lo richiedano.

In applicazione di questo principio generale, valevole per tutti i soggetti, adulti e minorenni, l'art. 15 R.M. prevede il diritto del minore, in ogni stato e grado del processo, di essere rappresentato da un consulente legale o di chiedere la nomina di un avvocato di ufficio, quando le disposizioni del singolo paese prevedono questa assistenza.

L'art. 8 Racc. insiste sul punto, raccomandando agli Stati di rinforzare le garanzie legali dei minori durante l'intero corso della procedura, compresa la fase delle indagini di polizia, riconoscendo, fra l'altro, il diritto all'assistenza di un avvocato, eventualmente nominato di ufficio e rimunerato dallo Stato.

L'art. 37.d) C.D.F., ancora, prevede il diritto del minore all'assistenza legale nel caso in cui subisca una privazione della libertà personale, mentre il successivo art. 4o.2.b) III sancisce tale diritto nel corso del giudizio.

Come si vede bene, soltanto le R.M. e la Racc. prevedono il diritto all'assistenza legale in ogni stato e grado del processo, mentre la C.S.D.U. e la C.D.F. si limitano a prevedere tale diritto solo "quando gli interessi della giustizia lo richiedano" (C.S.D.U.), ovvero nella fase del giudizio o qualora siano adottati provvedimenti limitativi della libertà personale.[3]

[3] La legislazione italiana è, al riguardo, fra le più avanzate del mondo, ponendosi sullo stesso livello dei paesi anglo-sassoni, nei quali l'adozione del modello accusatorio rende obbligatoria la presenza del difensore durante tutto il corso della procedura.
Nell'ordinamento francese, invece, l'assistenza del difensore è prevista su richiesta dell'arrestato o dei suoi rappresentanti legali, i quali, però, devono essere informati immediatamente di tale loro diritto; è solo dopo il promuovimento dell'azione penale, invece, che l'assistenza del difensore diventa obbligatoria, con previsione della nomina di un difensore di ufficio, che, ove occorra, è designato dal presidente del consiglio dell'ordine degli avvocati, su richiesta del giudice

6.1.3.) Diritto all'assistenza dei genitori o del tutore

Le R.M. prevedono, in caso di arresto di un minore, l'immediato avviso ai genitori (10.1) e la facoltà di questi ultimi di partecipare al processo, salvo che ragioni inerenti alla tutela dell'interesse del minore ne consiglino la esclusione.

L'art. 8 Racc. enumera, fra le garanzie legali dei minori , durante l'intero corso della procedura, il diritto alla presenza dei genitori o di altro rappresentante legale, informati sin dall'inizio della procedura stessa.

L'art. 40.b) III , a sua volta, sancisce l'obbligo degli Stati parti di garantire al minore l'assistenza dei genitori al giudizio, salvo che l'interesse del minore stesso non consigli la loro esclusione.

istruttore o del giudice dei minori. (art. 4-IV e 4.1. dell' ordonnance 45-174 du 2 février 1945, rélative à l'infance délinquante). La situazione olandese è analoga a quella francese . In Belgio, invece, su iniziativa di alcuni consigli dell'ordine degli avvocati, vengono autorizzati dei turni di presenza nei tribunali di avvocati tirocinanti volontari, che i giovani possono consultare prima delle udienze. Ma, tale prassi, non avendo un fondamento nella legge, può essere ostacolata dai giudici. In Slovenia, a differenza da quanto avviene per gli adulti, il diritto all'assistenza legale è garantito fin dalla fase preparatoria.

In Austria, Germania e Grecia l'avvocato partecipa all'istruzione; in Germania, inoltre, quando l'infrazione è punita con una pena detentiva superiore ad un anno, o se la custodia preventiva si è protratta per più di tre mesi, o quando l'accusato sia minorenne e gli sia applicata la custodia preventiva, l'avvocato è immediatamente nominato di ufficio. In Polonia, il minorenne ha diritto all'assistenza dell'avvocato nel processo penale dopo la chiusura delle indagini preliminari; ma il diritto di consultare il fascicolo è rimesso alla discrezionalità del giudice.

6.1.4.) Diritto alla contestazione dell'accusa

Il diritto alla contestazione dell'accusa è previsto dagli artt. 5.2. e 6.3.a) C.S.D.U., a termine dei quali ogni persona arrestata o sottoposta a giudizio ha diritto ad essere informata, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lei comprensibile ed in maniera dettagliata, dei motivi dell'arresto e delle accuse elevate a suo carico.

Tale diritto è annoverato fra i diritti dei minori nell'art. 7 delle R.M. ed è sancito specificamente negli artt. 40. II e 40. VI. C.D.F. che prevedono, rispettivamente, il diritto del minore, sospettato o accusato di reato, di essere informato nel più breve tempo possibile direttamente, o tramite i suoi genitori o rappresentanti legali, delle accuse mossegli, nonchè il diritto del minore stesso di farsi assistere gratuitamente da un interprete, qualora non comprenda o non parli la lingua.

Di fronte ad una così chiara formulazione del diritto alla contestazione dell'accusa nel più breve tempo possibile, contenuto nella C.D.F. (la quale - giova ricordarlo - in virtù dell'ordine di esecuzione, contenuto nella legge 27 maggio 1991 n° 176, ha forza di legge nello Stato italiano, con la conseguenza che le norme ivi contenute prevalgono su quelle del diritto

interno, nel caso di contrasto con queste ultime) c'è da chiedersi se la prassi di non dare l'informazione di garanzia al minore, quando non vengano compiuti atti di indagine che rendano obbligatoria la sua partecipazione e l'assistenza del difensore, sì che questi finisce per essere messo al corrente del processo a suo carico solo con la notifica del provvedimento che fissa l'udienza preliminare o dibattimentale, sia lecita rispetto alla norma internazionale testè ricordata.

6.1.5.) Diritti dei minori in caso di limitazione della libertà personale.

L'art. 5 C.S.D.U., dopo avere affermato il diritto alla libertà personale di ciascuno, enuncia i casi in cui la privazione della libertà stessa è consentita, se attuata dalla procedura stabilita dalla legge; fra tali casi vanno ricordati: l'esecuzione di una sentenza di condanna, l'arresto e la custodia cautelare. La norma sancisce, quindi, il diritto, già ricordato, alla contestazione dell'accusa senza ritardo ed in lingua comprensibile, il diritto alla conduzione nel più breve tempo possibile, nel caso di arresto o di esecuzione di un provvedimento custodiale, dinanzi ad un giudice, il diritto al riesame della legittimità della limitazione della libertà personale ed il diritto ad un indennizzo, nel caso di arresto o di detenzione, attuati in violazione delle disposizioni dell'art. 5 stesso.

L'art. 10 R.M., nell'alveo della C.S.D.U., prevede il diritto degli esercenti la potestà sul minore ad essere avvisati, nel tempo più breve possibile, dell'arresto del minore, il sindacato giurisdizionale della legittimità dell'arresto, da attuarsi senza ritardo e l'adozione da parte della Polizia giudiziaria di cautele idonee a far sì che sia rispettato lo "status" minorile, favorito il benessere del minore ed evitato al medesimo ogni nocumento.

L'art. 13 R.M., inoltre, dopo avere enunciato la natura residuale della custodia preventiva dei minori, la necessità che la sua durata sia contenuta nei limiti del minimo indispensabile e sostituita, sempre che ciò sia possibile, con altre misure meno afflittive - quali la stretta sorveglianza, l'affidamento ad una famiglia o il collocamento in un istituto o in altro ambiente educativo - estende ai minori tutti i diritti e le garanzie previsti dalla Regole minime delle Nazioni Unite per il trattamento dei detenuti ed afferma la necessità che i minori in custodia preventiva siano collocati in istituti distinti da quelli per gli adulti, ovvero in sezioni dell'istituto penale distinte da quelle destinate agli adulti (sul punto cfr. anche l'art. 10 P.I.D.C.P.); afferma, infine, il

diritto del minore in custodia preventiva a ricevere una protezione ed assistenza al livello sociale, educativo, professionale, psicologico, medico e fisico, secondo le esigenze derivanti dall'età, dal sesso e dalla personalità.

L'art. 19 R.M., poi, insiste sul punto della residualità del collocamento del minore in istituzione, che va disposto solo in ultima istanza e per la più breve durata possibile.

Gli artt. 6 e 7 Rac. riaffermano il contenuto degli artt. 10 e 13 R.M., al pari dell'art. 37. b), c) e d) C.D.F. ove si prevede, in aggiunta, la possibilità che, ove lo richieda l'interesse del minore, la detenzione avvenga senza che questi sia separato dagli adulti ed il diritto del minore detenuto di mantenere i contatti con la famiglia per mezzo di corrispondenza e di visite, tranne che in casi eccezionali.

Gli artt. da 11 a 15 Racc., infine, dettano una serie di norme relative agli interventi sui minori autori di reati: raccomandano agli Stati di curare che tali interventi siano effettuati nell'ambiente originario del minore, nel rispetto della personalità di quest'ultimo, di far sì che solo l'autorità giudiziaria possa determinare la durata degli interventi, che devono essere in ogni caso a termine; di limitare al minimo indispensabile la limitazione della libertà personale, con modalità sottoposte al controllo del giudice; di evitare che il minore sia collocato troppo lontano o in luoghi poco accessibili, allo scopo di favorire le relazioni con la famiglia.

Raccomandano, inoltre, di privilegiare, nell'ottica di una progressiva, crescente rarefazione della detenzione, le misure finalizzate al reinserimento del minore, sia nella scuola che nella formazione professionale, come nell'utilizzazione del tempo libero e, fra queste, di privilegiare in particolare quelle che comportano vigilanza o affidamento in prova, o quelle tendenti al recupero del minore attraverso un'azione educativa intensiva, o, infine, quelle che prevedono il risarcimento del danno o un lavoro di interesse sociale.

6.1.6.) Diritti finalizzati all'esercizio concreto del diritto di difesa

I) Diritto di essere ascoltato nel corso del procedimento e facoltà di non rispondere.

Per l'art. 14.2. R.M., il procedimento minorile deve svolgersi in un clima di comprensione, consentendo al minore di esprimersi liberamente; l'art. 7 R.M., poi, menziona, fra i diritti dei minori, quello di non rispondere alle domande rivoltegli.

L'art. 8 Racc. afferma il diritto dei minori di prendere la parola e, all'occorrenza, di pronunciarsi sulle misure previste nei loro confronti.

L'art. 12 C.D.F., a sua volta, sancisce la facoltà del fanciullo di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguardi, sia direttamente, sia attraverso un rappresentante o un organo appropriato: in ogni caso in modo compatibile con la procedura della legge nazionale.

L'art. 40.IV. C.D.F. , infine, impone agli Stati contraenti di garantire che i minori sottoposti a processo penale non siano costretti a rendere testimonianza o a dichiararsi colpevole .

II) Diritto di interrogare o fare interrogare testimoni a carico e di ottenere la comparsa e l'interrogatorio dei testimoni a discarico. Diritto di ottenere il confronto fra testimoni. Diritto di domandare una controperizia altro equivalente mezzo di indagine.

Tali diritti sono previsti e garantiti nell'art. 8 Racc. e 40.IV. C.D.F.

6.1.7. Diritto alla tutela della vita privata.

L'art. 8 C.S.D.U. dichiara il diritto di ogni persona al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della corrispondenza, precisando che le ingerenze delle pubbliche autorità sono consentite nei casi e nei limiti previsti dalla legge nazionale in vista della tutela di preminenti interessi pubblici, quali la sicurezza nazionale, la difesa dell'ordine pubblico, la prevenzione delle infrazioni penale ecc.

L'art. 16 C.D.F. fa eco alla predetta normativa, prescrivendo che nessun fanciullo sia oggetto di interferenze arbitrarie o illegali nella sua vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza e neppure di affronti illegali al suo onore ed alla sua reputazione, e dichiarando il diritto del fanciullo stesso a ricevere tutela dalla legge contro tali interferenze o contro tali affronti.

L'art. 40.VII. C.D.F., poi, con riferimenti specifici al fanciullo sottoposto a processo penale, prescrive che la sua vita privata sia pienamente rispettata in tutte le fasi della procedura.

L'art. 8 R.M., inoltre, sottolinea il diritto dei minori al rispetto della vita privata, quale mezzo di prevenzione degli inutili danni, che conseguirebbero ad una pubblicità denigratoria. A tal fine segnala l'opportunità che non sia pubblicata alcuna informazione idonea a consentire l'identificazione dei giovani autori di reato. Allo stesso fine, l'art. 21 R.M. enuncia la necessità che gli atti riguardanti i minori autori di reato siano riservati e sottratti alla disponibilità di terzi , e che l'accesso ai medesimi sia consentito alle persone

direttamente interessate o ad altre persone autorizzate. Il commento a questo articolo precisa che fra le altre persone debitamente autorizzate devono comprendersi i ricercatori.

L'art. 6 C.S.D.U., poi, con specifico riferimento al minore, prevede che il suo preminente interesse possa indurre a derogare alla regola della pubblicità del giudizio.

L'art. 14 P.I.D.C.P., in sintonia con le ricordate disposizioni, prevede addirittura che la tutela dell'interesse del minore alla riservatezza possa indurre a fare eccezione alla regola della pubblicità della sentenza.

Il diritto alla tutela della vita privata risulta, infine, menzionato nell'art. 8 Racc.

Di fronte ad una così fitta rete di norme internazionali diretta a circondare di riserbo l'identità del minore coinvolto in un processo penale non può non suscitare vivo disappunto la sistematica violazione da parte dei c.d. "mass media"di tali norme e di quelle del diritto interno (l'art. 13 del D.P.R. n°448 del 1988) intese a dare attuazione ai precetti superstatali. Lascia, peraltro, perplessi il fatto che a tale norma del diritto interno il legislatore abbia dato natura di "lex imperfecta", non avendo comminato alcuna sanzione per il caso di inosservanza.[4]

Art 14.

(Omissis)

La pubblicazione del verbale dei dibattimenti dei Tribunali per i minorenni, attraverso libri, giornali, radio, cinematografo o in qualsiasi altro modo è vietato. E' parimenti vietata la pubblicazione con gli stessi mezzi di ogni documento o illustrazione riguardanti l'identità e la personalità dei minori autori di reati. Le violazioni di tali disposizioni saranno punite con l'ammenda di 40.000 F ; in caso di recidiva potranno essere comminati due anni di pena detentiva.

La sentenza sarà pronunziata in udienza pubblica, in presenza del minore. Essa potrà essere pubblicata, ma senza che il nome del minore possa essere indicato, neppure attraverso le iniziali, a pena di 15.000 F. di ammenda.

Art. 14.1

Qualora le infrazioni alle disposizioni dei comma 4 e 5 dell'articolo precedente siano commesse con il mezzo della stampa, i direttori delle pubblicazioni o gli editori, per il solo fatto della pubblicazione, saranno passibili, quali autori principali, delle pene previste nei predetti comma.

In loro mancanza, l'autore, in mancanza dell'autore gli stampatori, i distributori e

[4] E' degna di menzione, per l'evidente efficacia, la disciplina dettata al riguardo dal legislatore Francese nell' "ordonnance n° 45 - 174 du 2 février 1945 rélative à l'infance délinquente".

gli affissori saranno perseguiti quali autori principali.

Potranno essere perseguiti come complici ed in tutti i casi tutte le persone alle quali potrebbe essere applicato l'art. 60 del Codice penale (articolo 121 - 6 e 121 - 7 a partire dalla entrata in vigore del codice penale del 1992).

6.1.8.) Diritto al rispetto del principio di stretta legalità. - Diritto alla sollecita definizione del giudizio ed alla impugnazione della sentenza di condanna.

L'art. 6 C.S.D.U. sancisce il diritto di ogni persona a che la sua causa sia esaminata in un tempo ragionevole.

Coerentemente l'art. 20 R.M. prevede che ogni caso sia trattato rapidamente fin dall'inizio, evitando ritardi, mentre l'art. 4 Racc. auspica una giustizia minorile più rapida, che eviti ritardi eccessivi, affinchè essa possa avere un'azione educativa efficace.

Il diritto all'osservanza del principio di stretta legalità è sancito dall'art. 40.2.a) C.D.F., il quale fa obbligo agli Stati parti di vigilare affinchè nessun fanciullo sia sospettato o accusato o riconosciuto colpevole di reato a causa di azioni od omissioni che non erano vietate dalla legge nazionale o dalla legislazione internazionale al momento in cui furono commesse.

L'art. 40.2.b) III. C.D.F., infine, impone agli Stati parti di vigilare affinchè al minore sottoposto a procedimento penale sia garantito che il suo caso sia giudicato senza indugio.

La stessa norma, inoltre, al punto V. , garantisce la facoltà, già prevista dall'art. 8 Racc., di impugnare la sentenza di condanna dinanzi ad un'autorità giudiziaria di grado superiore.

6.2.) Diritto dei fanciulli alla protezione da ogni forma di violenza, maltrattamento o sfruttamento.

La Dichiarazione di Ginevra del marzo 1924, nel punto quarto, stabilisce che il fanciullo deve essere messo in condizioni di guadagnarsi da vivere e deve essere protetto contro ogni forma di sfruttamento.

Da questa fondamentale enunciazione, è scaturita da un lato una copiosa produzione di norme internazionali, dirette a tutelare il lavoro minorile, che esulano dai limiti della presente esposizione, dall'altro hanno preso spunto una serie di norme contenute nella C.D.F., dirette a tracciare le linee guida di una tutela effettiva dei minori da ogni forma di sfruttamento all'interno dei singoli Stati.

L'art. 19 C.D.F., pertanto, impone agli Stati parti di adottare ogni utile misura, legislativa, amministrativa o educativa per tutelare il fanciullo contro ogni forma di violenza, di oltraggio o di brutalità fisiche o mentali, di maltrattamenti o di sfruttamento, compresa la violenza sessuale,per tutto il tempo in cui è affidato ad uno o ad entrambi i genitori, al rappresentante legale o ad ogni altra persona.

L'art. 32 C.D.F. afferma il diritto del fanciullo ad essere protetto contro lo sfruttamento economico e tutelato dalla costrizione a lavori rischiosi o pregiudizievoli per la salute fisica, l'educazione e l'evoluzione personale, imponendo agli Stati parti di emanare apposite norme interne, dirette a regolamentare la materia, anche comminando efficaci sanzioni.

L'art. 33 C.D.F. impone agli Stati parti di adottare normative interne e misure di varia natura per proteggere i minori dall'uso di sostanze stupefacenti e psicotrope e per impedire l'impiego dei minori nella produzione e nel traffico di tali sostanze.

L'art. 34 C.D.F. fa obbligo agli Stati parti di proteggere il fanciullo da ogni forma di sfruttamento o di violenza sessuale, imponendo ai medesimi, in particolare, di adottare ogni adeguata misura per prevenire che i fanciulli possano essere costretti o incitati a dedicarsi ad attività sessuali illegali, o ai fini della produzione di spettacoli o di materiale di carattere pornografico.

Gli artt. 35 e 36 C.D.F., infine, impongono agli Stati parti di adottare ogni adeguato provvedimento per impedire il rapimento, la vendita o la tratta di fanciulli, per qualunque fine e sotto qualsiasi forma, nonchè per proteggere il fanciullo contro ogni altra forma di sfruttamento pregiudizievole al suo benessere.

7) Il ricorso a misure extra-giudiziarie.

L'art 11 R.M. segnala l'opportunità di evitare, quando ciò sia possibile, il ricorso al processo penale a carico dei minori che abbiano commesso reati. A tal fine, prevede l'attribuzione al P.M., agli organi di Polizia giudiziaria ed ai servizi sociali interessati , di un potere discrezionale finalizzato alla definizione dei casi mediante programmi di vigilanza e di orientamento, che prevedano, ove occorrano, le restituzioni ed il risarcimento dei danni procurati dal reato.

Qualora, poi, l'adozione di misure extra - giudiziarie implichi l'affidamento del minore a servizi sociali o ad altri soggetti, dovrebbe essere sempre richiesto il consenso del minore e degli esercenti la

potestà genitoriale e dovrebbe essere fatta sempre salva la facoltà di modifica del provvedimento di affidamento da parte della competente autorità.

Negli artt. 2 e 3 Racc. viene, inoltre, raccomandato ai governi degli Stati parti di rivedere, se necessario, la loro legislazione e la loro azione pratica, al fine di incoraggiare lo sviluppo di procedure di degiurisdizionalizzazione ("diversion") e di ricomposizione del conflitto ("mediation") da parte dell'organo che esercita l'azione penale, onde evitare ai minori le conseguenze negative del processo penale; è altresì raccomandato di adottare le misure necessarie affinchè il minore ed i suoi familiari collaborino al buon esito della misura e di dedicare adeguata attenzione, tanto agli interessi della vittima, quanto a quelli del minore.

L'art. 40.3.b) C.D.F., prevede, infine, uno sforzo degli Stati parti di adottare, misure di degiurisdizionalizzazione sempre che ciò appaia possibile ed auspicabile, per trattare i minori autori di reati senza il ricorso al processo penale, salvi, sempre, i diritti dell'uomo e le garanzie legali.

8) La decisione.

L'art. 17 R.M. enuncia i principi guida per il giudizio e la sentenza:

1) innanzitutto indica il criterio della proporzionalità, per il quale la decisione deve essere proporzionata alla gravità del reato, alle esigenze del minore ed a quelle della società;

2) le restrizioni della libertà personale devono essere contenute nel minimo indispensabile;

3) la privazione della libertà personale deve avere natura residuale, costituendo l'extrema ratio nei casi di reati commessi con uso di violenza personale, nei casi di recidiva o nelle ipotesi in cui ogni altra soluzione si riveli inadeguata;

4) la decisione deve essere in ogni caso finalizzata alla tutela del minore.

Inoltre, facendo eco all'art. 6 P.I.D.C.P. ed all'art. 37 a) C.D.F., esclude il ricorso per i minori alla pena capitale ed alle punizioni corporali, in quanto, evidentemente, ricomprese fra i trattamenti inumani o degradanti che l'art. 37 a) C.D.F. proibisce. Quest'ultima norma esclude altresì l'imprigionamento a vita dei minori.

L'art. 18 R.M., al fine di evitare al massimo il collocamento dei minori in istituzioni chiuse, così come espressamente previsto dall'art. 19 R.M., auspica che vi sia grande flessibilità nel ventaglio delle formule conclusive del giudizio, che dovrebbe preferibilmente concludersi con misure alternative alla detenzione, quali quelle incentrate sul sostegno,

l'orientamento e la vigilanza, ovvero con la c.d. "probation" o con pene pecuniare, corredate dalle restituzioni e dal risarcimento dei danni, o, infine, con il collocamento del minore in idonea famiglia, o in comunità, o, comunque, in altro ambiente educativo.

Roberto Gentile
Procuratore della Repubblica
presso il Tribunale Minorenni Napoli

Dott. Beniamino Calabrese

Nota a commento ad
Ordinanza del Tribunale Per i Minorenni di Catanzaro del 5 Giugno 2008

Tribunale Per i Minorenni di Catanzaro

Verbale di Udienza

Artt. 480 e segg. C.p.p. e art. 39 DPR 448/1988

L'anno 2008…Il mese di Giugno…il giorno 5…alle ore …. In Catanzaro davanti al Tribunale Per i Minorenni composto da:

Dott. Giuseppe Spadaro **Presidente** Dott. Teresa Tarantino **Giudice**

Prof. Antonio Garrubba **Giudice Onorario** Prof. Monica Madeo **Giudice Onorario**

Con l'assistenza del Cancelliere …OMISSIS… per la trattazione del processo nei confronti di …OMISSIS….per il reato di… OMISSIS..

Il Pubblico Ministero: Dott. Beniamino Calabrese….

L'imputato OMISSIS assistito e difeso da ..OMISSIS…

Gli esercenti la potestà genitoriale: entrambi i genitori

L'addetto ai Servizi minorili …OMISSIS…

Preliminarmente il Collegio propone alle parti di valutare l'opportunità di sottoporre l'imputato ad una messa alla prova, attesa la relazione dei Servizi Sociali e la situazione socio-familiare ivi evidenziata. Le parti sono concordi nell'accogliere tale invito. Il Collegio ritiene opportuno preliminarmente ascoltare l'imputato …OMISSIS Il difensore dichiara che il suo assistito vuole essere sottoposto ad una MAP. L'imputato dichiara " Vorrei affrontare la Messa alla Prova"; il PMM presta il consenso ed indica un periodo ritenuto congruo di mesi …OMISSIS ...Il difensore presta il consenso.

Il Tribunale

Dispone…..e in relazione alla richiesta avanzata ex art. 28 DPR 448/1988 pur rilevando che l'imputato con la odierna dichiarazione e con quella resa in precedenza non si è assunto la piena responsabilità di quanto contestatogli in imputazione, al fine di meglio tutelare l'interesse dell'imputato minorenne e vedere comunque definito il suo processo attraverso un percorso educativo e con una eventuale causa estintiva del reato, dispone che il Servizio Sociale predisponga un adeguato progetto educativo con interventi che, attesa la situazione di

conflittualità dei genitori separati, la quale ha sicuramente influito sulla situazione di disagio personale del minore, si avvalga dell'Ufficio Mediazione, anche al fine di svolgere attività di mediazione familiare tra i coniugi separati e, si ribadisce, nel precipuo interesse del minore…..

Interessante e innovativa ordinanza questa del Tribunale Per i Minorenni di Catanzaro del Giugno 2008 in commento (*Presidente Spadaro/Giudice "a latere" Tarantino, Pubblico Ministero B. Calabrese*) che si apprezza e si distingue nel panorama giurisprudenziale in materia di mediazione familiare e mediazione nel processo penale minorile e messa alla prova per un approccio di sistema interrelazionale tra organizzazioni e dimensioni processuali assolutamente innovativo, in un quadro più generale di riferimento, nelle nuove prassi e metodologie procedimentali civili e penali, in tema di Giustizia Familiare e Minorile, con riferimento alle tecniche del *Diversion,* del *Mediation* e del *Probation,* quali forme di degiurisdizionalizzazione dei conflitti familiari e minorili, di derivazione normativa internazionale (ormai tutta resa esecutiva in Italia con Leggi di ratifica), costituzionale e primaria interna.

In tal senso orienta e disciplina l'interprete la normativa internazionale di settore (Regole Minime per l'Amministrazione della Giustizia Minorile, Assemblea Plenaria ONU del 1985 "c.d. Regole di Pechino"; Convenzione sui Diritti del fanciullo, N.York, 20/11/1989; Risposte sociali alla delinquenza minorile, Raccomandazione (87) 20 del Consiglio d'Europa del 17/09/1987; Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei bambini, Strasburgo, 25/01/1996; Regolamento CEE 2201/2003 sulla responsabilità genitoriale).

Nello stesso solco interpretativo e applicativo si pone la Costituzione Italiana, in particolare agli artt. 2, 29, 31.

Uniformemente aderisce la normativa specialistica interna (DPR 448/1988 sul Nuovo Processo Penale Minorile; Lex 54/2006 in tema di affido condiviso e mediazione familiare).

L'ordinanza in commento si connota, all'interno di un già collaudato e consolidato modello di *probation* processuale minorile regolamentato e disciplinato dall'art. 28[1] DPR 448/1988,

[1] 28. Sospensione del processo e messa alla prova.
1. Il giudice, sentite le parti, può disporre con ordinanza la sospensione del processo quando ritiene di dover valutare la personalità del minorenne all'esito della prova disposta a norma del comma 2. Il processo è sospeso per un periodo non superiore a tre anni quando si procede per reati per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni; negli altri casi, per un periodo non superiore a un anno.

per gli apprezzabili intenti ermeneutici e interpretativi in riferimento a differenti formulazioni normative, apparentemente non coordinate tra loro e corrispondenti ad interessi e scopi solo in superficie differenti, all'interno di una più moderna ed attuale logica interpretativa adattiva, osmotica ed interdisciplinare di un sistema "*Giustizia familiare e minorile*" che ha i suoi riferimenti ed i suoi modelli proprio nella lettura e nell'applicazione coordinata delle normative sopra richiamate, nell'ottica, in atto di evidente sapore sperimentale e assolutamente condivisibile, di una possibile trattazione unitaria e globale di tematiche afferenti i minori e le famiglie ed i rapporti/relazioni tra gli uni e le altre, allo stato caratterizzate da frammentazione e disorganicità sostanziale e processuale.

Lo sforzo interpretativo del Giudice Minorile in commento tanto più è apprezzabile, quanto più si interroga sull'interpretazione interdisciplinare delle norme sopra richiamate, approdando ad una visione "*di sistema*" delle problematiche minorili e familiari (disagi individuali e collettivi), laddove, come è nel caso di specie, ancor di più appare ineludibile un intervento di rete e di coordinamento tra le differenti "*disfunzioni*", atteso che dagli atti di causa è emersa una inferenza diretta causale tra l'accesa ed aspra conflittualità, in atto da lunga data, tra i genitori del minore imputato e il disagio deviante dello stesso, all'interno di una violentissima vicenda giudiziaria di separazione personale giudiziale, le cui nefaste ricadute sul benessere psico-fisico del figlio e dei figli, in generale, soprattutto se minori di età, sono ben note a tutti gli esperti di diritto minorile e familiare.

Prevedere, dunque, all'interno del *Probation* minorile, utilizzando le norme già a disposizione dell'interprete, sia quelle di derivazione civilistica più recente (mediazione familiare ex Lege 54/2006[2])

Durante tale periodo è sospeso il corso della prescrizione (20).
2. Con l'ordinanza di sospensione il giudice affida il minorenne ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento, anche in collaborazione con i servizi locali, delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno. Con il medesimo provvedimento il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato.
3. Contro l'ordinanza possono ricorrere per cassazione il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore.
4. La sospensione non può essere disposta se l'imputato chiede il giudizio abbreviato o il giudizio immediato (21).
5. La sospensione è revocata in caso di ripetute e gravi trasgressioni alle prescrizioni imposte.
(20) Comma così modificato dall'art. 44, D.Lgs. 14 gennaio 1991, n. 12 (Gazz. Uff. 16 gennaio 1991, n. 13).
(21) Con sentenza 5-14 aprile 1995, n. 125 (Gazz. Uff. 19 aprile 1995, n. 16 - Serie speciale), la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 28, comma 4, nella parte in cui prevede che la sospensione non può essere disposta se l'imputato chiede il giudizio abbreviato; ai sensi dell'art. 27, L. 11 marzo 1953, n. 87, ha dichiarato, inoltre, l'illegittimità dell'art. 28, comma 4, nella parte in cui prevede che la sospensione non può essere disposta se l'imputato chiede il giudizio immediato.

[2] Art. 155-sexies (Poteri del giudice e ascolto del minore). - Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio,

sia quelle più sedimentate ex art. 28 DPR 448/1988, percorsi di mediazione penale per il minore e familiare per l'intero nucleo familiare, utilizzando l'art. 9[3] DPR cit., significa utilizzare sinergicamente ed al meglio le fonti conoscitive del disagio minorile e disporre di più incisivi e adeguati strumenti di intervento per i processi ri-educativi e riabilitativi che il Giudice Minorile è tenuto a perseguire, nella declinazione puntuale di tutte le norme, di vario rango, richiamate alla sua attenzione applicativa e sopra indicate.

Coinvolgere, allora, i genitori del minore imputato, in casi come questo affrontato dall'ordinanza in commento, oltre la normale soglia dell'impegno educativo *standard,* orientato, invece, verso un coinvolgimento attivo e riparativo, mediativo/riconciliativo degli stessi nei confronti del figlio e l'uno nei confronti dell'altro, innescando un nuovo meccanismo virtuoso finalizzato non al benessere individuale degli adulti, ma a quello del figlio e del nucleo familiare, inteso come salvaguardia di beni ed interessi insopprimibili di natura comunitaria (famiglia) e che attengono all'affettività ed alla responsabilità genitoriale, diventa per la Giustizia Minorile, ancora una volta, una nuova sfida per affrontare, in modo adeguato e calibrato e con l'utilizzo di tecniche specialistiche di *problem solving*, i disorientamenti e le fratture della famiglia italiana moderna.

Prevedere un ruolo nuovo, attivo e sinergico, dei genitori dell'imputato anche all'interno del processo penale del minore significa dare ascolto e visibilità al dramma della separazione, del distacco, dell'incomunicabilità, della solitudine, dell'abbandono restituendo ai protagonisti ed alle vittime una nuova dignità ed una nuova prospettiva, giocata non più sull'odio, il rancore, la distanza, ma sul riconoscimento ed il rispetto di nuovi sentimenti, di nuovi legami, nuovi percorsi di vita all'interno di unico progetto d'amore responsabile e solidaristico che non dovrà più essere dimenticato, svilito, sminuito, rattrappito, frammentato, nel segno degli egoismi individuali, semmai e

mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento.
Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli».

[3] 9. Accertamenti sulla personalità del minorenne.
1. Il pubblico ministero e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità, valutare la rilevanza sociale del fatto nonché disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili.
2. Agli stessi fini il pubblico ministero e il giudice possono sempre assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minorenne e sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità.

vieppiù alimentato, sorretto, guidato verso nuovi approdi di rispetto e condivisione familiare e genitoriale*: appunto l'amore di una nuova famiglia genitoriale responsabile per e verso i propri figli.*

E' solo in un'ottica così determinata che appare funzionale e possibilmente risolutivo un intervento corretto, adeguato e professionalmente orientato di una Giustizia Minorile che, ormai matura e consapevole della propria specificità, adeguatezza e competenza professionale, aspiri a divenire crocevia, laddove inevitabilmente richiesta, di saperi e poteri a sostegno attivo delle crisi e delle patologie familiari.

Una Giustizia che tenti, dunque, di unire e non di distruggere le relazioni familiari ed anche quando divida e separi le persone non abbandoni mai la speranza, anzi persegua con determinazione l'obiettivo di salvaguardare le relazioni familiari e ad ogni costo quelle genitoriali.[4]

Dr. Beniamino Calabrese
Procuratore della Repubblica
Per i Minorenni di Catanzaro

[4] *N.d.R : Il caso citato si è poi positivamente risolto sia per il minore con l'estinzione del reato per esito positivo della M.A.P. ex art 29 DPR 448/1988 che per i suoi genitori che hanno trasformato la loro separazione da giudiziale in consensuale.*

Dott.ssa Rossella Salvati

Il minore imputato.

Lo scopo principale della relazione che mi appresto ad illustrare, è di creare un'occasione di riflessione comune sulle prassi vigenti nelle aule di udienza a fronte dei moniti che nel corso degli anni la giurisprudenza ha pronunciato per invertire la tendenza di molti tribunali per i minorenni di trasformare il processo penale come occasione di rieducazione del minore imputato.

La delinquenza minorile costituisce anche un argomento di grande interesse a livello europeo, nel corso degli ultimi anni l'Unione Europea nel promuovere una cooperazione tra le istituzioni interessate degli Stati membri ha posto come obiettivo principale del programma per i diritti dei minori, l'adeguamento ai minori dei sistemi giudiziari europei. Di particolare rilievo, proprio in tema di giustizia penale minorile segnalo la Raccomandazione del Comitato degli Stati membri del 2003 nella quale si afferma la necessità di stabilire delle regole europee sulle sanzioni e sulle misure applicate nella Comunità e delle regole penitenziarie europee specifiche e diverse per i minori raccomandando di raggiungere i seguenti obiettivi:

I principali obiettivi della giustizia minorile e delle misure sociali per evitare la delinquenza giovanile dovranno essere le seguenti: prevenire la delinquenza primaria e la recidiva; (ri)socializzare e (re)inserire i giovani criminali; occuparsi delle necessità e dell'interesse delle vittime La giustizia minorile dovrà essere considerata come una componente di una più ampia strategia di prevenzione della delinquenza giovanile, fondata sulle strutture di base e che tenga conto del contesto generale – ambiente familiare, scuola, vicinato, gruppo di appartenenza- nel quale la delinquenza si manifesta.

Dovranno essere destinate risorse particolari alla lotta contro i reati gravi, quelli commessi con violenza, i reati continuati e quelli legati alla droga e all'alcool.

E' opportuno inoltre mettere a punto misure più adatte ed efficaci per prevenire la delinquenza primaria e la recidiva dei giovani appartenenti a minoranze etniche ed a bande giovanili, delle ragazze e dei minori che non hanno ancora raggiunto l'età della responsabilità penale.

Il trattamento dei giovani delinquenti dovrà basarsi ove possibile su contributi

scientifici che indichino i rimedi adatti, con quali persone ed in quali condizioni.

Al fine di prevenire la discriminazione razziale, le autorità pubbliche dovranno pubblicare uno studio sull'incidenza potenziale delle nuove politiche e pratiche sui giovani appartenenti alle minoranze etniche.

Converrà continuare a sviluppare la gamma delle misure alternative alle consuete sanzioni giudiziarie. Tali misure dovranno applicarsi mediante una procedura regolare rispettare il principio di proporzionalità, essere prese nell'interesse superiore del minore, e in linea di principio, non applicarsi se non nei casi in cui la responsabilità sia spontaneamente riconosciuta.

Al fine di combattere i reati di maggiore gravità, quelli commessi con violenza o quelli reiterati da parte di minori, gli Stati membri dovranno sviluppare una gamma più ampia di misure e sanzioni applicabili nella comunità, che siano innovative e più efficaci pur restando proporzionate. Tali misure dovranno contrastare direttamente la condotta criminosa e considerare le necessità del responsabile. Dovranno coinvolgere parimenti i genitori o il tutore legale del minore (a meno che con ciò si vada incontro all'effetto contrario) e, se ciò è possibile, consentire la mediazione, la riparazione dei danni causati e l'indennizzo delle vittime.

Il grado di colpa dovrà essere precipuamente legato all'età ed alla maturità del responsabile, e corrispondere meglio allo stato di sviluppo di questi, mentre le sanzioni penali andranno applicate in parallelo al livello ed all'entità della sua responsabilità individuale.

Converrà incoraggiare i genitori (o i tutori legali) a prendere coscienza delle loro responsabilità nei confronti dei comportamenti criminosi dei minori ed a prendersene carico. Dovranno presenziare alle udienze in Tribunale (a meno che con ciò si vada incontro all'effetto contrario) e , ove le circostanze lo permettono, ricevere aiuto, sostegno e consigli. Se ciò appare opportuno, essi dovranno essere obbligati ad accettare un sostegno psicosociale o a ricevere una formazione per l'esercizio dei doveri genitoriale; ad impegnarsi a controllare che i loro figli frequentino la scuola e ad assistere gli organismi ufficiali nell'esecuzione delle sanzioni e delle misure applicate nella comunità.

Per tener conto dell'allungamento del periodo di transizione verso l'età adulta, dovrà essere possibile che i giovani di meno di 21 anni siano trattati in modo equiparabile a quello degli adolescenti ,e che essi formino oggetto dei medesimi interventi, se il giudice ritenga che non

siano maturi e consapevoli delle loro azioni come dei veri adulti.

Per facilitarne l'ingresso nella vita lavorativa, dovrà essere fatto tutto il possibile per controllare che i giovani delinquenti di meno di 21 anni non siano tenuti a rivelare i loro precedenti giudiziari ai potenziali datori di lavoro, a meno che la natura dell'impiego non lo giustifichi.

Converrà mettere a punto degli studi di valutazione del rischio di recidiva per poter adattare con precisione la natura, l'intensità e la durata degli interventi al rischio di recidiva ed alle necessità del giovane delinquente, senza mai perdere di vista il principio di proporzionalità. Se ciò è possibile, gli organismi competenti dovranno essere incoraggiati allo scambio di informazioni, ma ciò sempre nel rispetto della normativa concernente la protezione dei dati.

Occorrerà fissare dei termini brevi per le differenti fasi del procedimento penale, in modo da evitare i ritardi e per poter reagire più rapidamente possibile alla delinquenza giovanile. In ogni caso, conviene trovare un giusto equilibrio fra le misure destinate ad accelerare la procedura ed a migliorare la sua efficacia, e le esigenze del processo.

Quando dei minori sono in stato di arresto o fermo, bisognerà considerare la loro condizione di minori, la loro vulnerabilità ed il loro grado di maturità.

Dovranno essere informati prima possibile ed in modo a loro pienamente comprensibile, dei loro diritti e delle garanzie delle quali beneficiano. Quando sono interrogati dalla Polizia,dovranno in linea di principio essere accompagnati da un genitore, dal tutore legale o da altra figura adulta appropriata. Dovranno altresì avere diritto di accesso ad un avvocato e ad un medico. Non dovranno essere tenuti in stato di arresto o fermo per più di 48 ore in totale, termine che occorre sforzarsi di ridurre ulteriormente per gli indagati più giovani. Lo stato di arresto o fermo dei minori dovrà essere assoggettato alla supervisione delle competenti autorità.

Quando degli imputati minori sono, come ultima risorsa, in stato di detenzione cautelare, non dovranno trascorrere più di sei mesi per la fissazione del loro giudizio; questo periodo non può essere prolungato se non nel caso in cui un giudice - che non ha partecipato alla fase delle indagini preliminari - abbia acquisito la certezza che gli eventuali ritardi nella procedura sono pienamente giustificati da circostanze eccezionali.

Ove possibile, conviene ricorrere per gli imputati minori a soluzioni diverse dalla detenzione cautelare, come il collocamento presso parenti, o presso famiglie d'accoglienza, o altre forme di collocamento controllato. La detenzione

cautelare non dovrà mai essere utilizzata come una sanzione o una forma di intimidazione, né in luogo di misure di protezione del minore o di cure per la salute mentale.

Per vagliare l'opportunità di applicare ad un giovane imputato la misura della detenzione cautelare al fine di evitare che egli commetta altri reati, i Tribunali dovranno procedere ad una valutazione approfondita dei rischi, basandosi su informazioni dettagliate ed attendibili in ordine alla personalità ed alla situazione sociale dell'interessato(a).

I minori cui venga applicata una misura privativa della libertà personale dovranno essere preparati in vista della loro liberazione fin dai primi giorni di detenzione. Una valutazione completa delle necessità e dei rischi dovrà delineare un programma di reinserimento che prepari pienamente il minore alla libertà tenendo conto in modo complessivo delle sue necessità in materia di formazione, d'impiego, di conoscenze, di salute, di alloggio di controllo e di ambiente familiare e sociale.

Conviene adottare una strategia progressiva di (re)inserimento facendo ricorso a permessi di uscita, a soggiorni in istituti aperti, a liberazione condizionata anticipata ed al collocamento in unità di recupero. Occorrerà destinare dei mezzi all'organizzazione del reinserimento dopo la liberazione, reinserimento che in ogni caso sarà programmato e gestito in stretta collaborazione con le strutture esterne all'ambito penitenziario.

Le risposte alla delinquenza giovanile dovranno essere concepite, coordinate e messe in pratica da organismi di partenariato locali, che raggruppino i principali protagonisti pubblici – polizia, servizi di protezione della gioventù e di intervento sociale, autorità giudiziaria ed educatori, sanità, impiego e alloggio – nonché il settore associativo e quello privato.

Tali organismi dovranno avere la responsabilità della realizzazione di un obiettivo comune, secondo orientamenti chiaramente definiti, e:

- offrire una formazione iniziale e protratta nel tempo;
- prevedere, finanziare e fornire dei servizi;
- mettere a punto delle norme e seguire i progetti realizzati;
- scambiare informazioni (nel rispetto delle esigenze legali relative al rispetto dei dati e al segreto professionale, e tenuto conto dei compiti specifici degli organi interessati); e
- valutare l'efficacia degli interventi e diffondere i principi pratici.

Tutte le nuove misure e procedure previste dalla presente raccomandazione devono interpretarsi nel quadro dei diritti e delle

garanzie enunciati negli strumenti internazionali di riferimento.

Per disporre di conoscenze più precise sull'efficacia dei diversi tipi di intervento, converrà destinare dei fondi per una valutazione scientifica indipendente degli interventi stessi e per comunicarne i risultati a coloro che operano sul campo.

Al fine di prevenire qualsiasi discriminazione basata sull'appartenenza etnica nell'ambito della giustizia minorile, e di individuare i casi nei quali si impongano interventi mirati, converrà raccogliere informazioni e/o intraprendere ricerche sulla partecipazione e sul trattamento delle minoranze etniche ad ogni stadio della giustizia minorile.

Va poi aggiunto che dall'analisi dell'intera legislazione internazionale sulla giustizia minorile[1] si osserva un radicale cambiamento nei sistemi della giustizia minorile dei paesi europei, introducendo il cd modello di responsabilità caratterizzato dal rafforzamento della posizione giuridica del minore avvicinando in tal senso la giustizia minorile a quella degli adulti, in quanto si riconoscono al minore gli stessi diritti e le stesse garanzie previsti per gli adulti.

Si tratta di unire l'aspetto educativo a quello giudiziario, applicando un modello garantista e misure di contenuto eminentemente educativo, ovvero di educare nella responsabilità .

Ebbene proprio in considerazione del nuovo modello di giustizia minorile che l'Europa si appresta a delineare in un 'ottica di cooperazione e dialogo tra i diversi Stati membri, mi sembra utile ripercorrere i principi interpretativi del nostro sistema giuridico attraverso l'esame delle pronunce della Corte Costituzionale, dalle quali si delinea quel modello di responsabilità e educazione prima citato, e che perciò dovrebbero integrare e orientare i giudici nell'applicazione di quei strumenti speciali previsti dal DPR 448/1988 i cui presupposti e la cui applicazione spesso lascia ampio spazio alla discrezionalità del giudice.

Non ripercorro la copiosa dottrina che tende a funzionalizzare in senso educativo il processo penale minorile, né le ragioni che a loro avviso sostengono tale teoria, quanto piuttosto mi richiamo ai principi affermati dalla Corte Costituzionale nella sent. 125/1992 nella quale si chiarisce l'intento e la finalità delle norme speciali del processo minorile peraltro riassunte nella norma cardine dell'art. 1 dpr 448/1988 che prevede che "Nel procedimento a carico di minorenni si

[1] Regole di Pechino del 1985, linee guida delle Nazioni Unite per la prevenzione della delinquenza minorile, Linee guida di Riyad del 1990, regole delle nazioni Unite per la protezione dei minori privati della libertà del 1990 Convenzione di Strasburgo del 1987

osservano le disposizioni del presente decreto e , per quanto da esse non previsto quelle del codice di procedura penale. Tali disposizioni sono applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minorenne. Il giudice illustra all'imputato il significato delle attività processuali che si svolgono in sua presenza nonché il contenuto e le ragioni anche etico-sociali delle decisioni".”

Nella sentenza poc'anzi citata la Corte afferma che la tutela del minore è interesse assistito da garanzia costituzionale (artt. 30 e 31 Cost.) e che, in caso di commissione di reati, la giustizia minorile deve essere improntata all'essenziale finalità di recupero del minore deviante mediante la sua rieducazione ed il suo reinserimento sociale (cfr., ad esempio, le sentenze nn. 222 del 1983 e 206 del 1987). Questa finalizzazione caratterizza tutti i momenti e le fasi attraverso le quali la giurisdizione penale si esplica nei confronti dei minori.

Così, con riferimento alla fase istruttoria, la Corte ha sottolineato che, nel processo minorile, il pubblico ministero non è solo il titolare dell'esercizio dell'azione penale e della pretesa punitiva, ma anche "l'organo che presiede e coopera al conseguimento del peculiare interesse - dovere dello Stato al recupero del minore" (sentenza n. 49 del 1973); ed ha ritenuto, in via interpretativa, che non potesse estendersi ai minori il divieto di concessione della libertà provvisoria posto dall'art. 1, primo comma, della legge n. 152 del 1975, dato che un simile rigido automatismo contrasterebbe con la necessità che le valutazioni del giudice, in materia di carcerazione preventiva, siano "fondate su prognosi individualizzate in ordine alle prospettive di recupero del minore deviante" (sentenza n. 46 del 1978).

Nella fase del giudizio, la Corte ha considerato inderogabile la necessità che il giudizio nei confronti del minore sia opera di un giudice specializzato, quale il Tribunale per i minorenni, trattandosi di un istituto che, "insieme agli altri organi che ne preparano o fiancheggiano l'operato", è preordinato all'adempimento del compito della protezione della gioventù additato dall'art. 31, terzo comma, Cost., dato che "i giudici minorili devono non solo adeguatamente vagliare la personalità del minore, ma individuare rispetto ad essa il trattamento rieducativo più adeguato", e devono a tale fine compiere valutazioni "fondate su prognosi particolarmente individualizzate" (sentenze nn. 222 del 1983, 128 del 1987 e 78 del 1989).

Ad analoghe esigenze deve essere improntato il trattamento del minore anche nella fase esecutiva: ed è perciò che la Corte, ha, non solo sottolineato l'esigenza che il ricorso all'istituzione carceraria sia

considerato, per i minori, come "ultima ratio" (sentenza n. 46 del 1978), ma ha dichiarato - con la citata sentenza n. 128 del 1987 - l'illegittimità costituzionale della legge 9 ottobre 1974, n. 632, nella parte in cui, ratificando il trattato in materia di estradizione tra l'Italia e gli USA, firmato a Roma il 18 gennaio 1973, consente l'estradizione dell'imputato minorenne anche nei casi in cui l'ordinamento della Parte richiedente non lo considera minore, assoggettandolo al trattamento previsto per gli adulti: parificazione che non può, quindi, ritenersi giustificata neppure nel caso di commissione di gravi reati considerato in tale decisione.

Con riferimento alla fase di cognizione, l'esigenza di adeguamento ai suddetti principi è stata dal legislatore tenuta in particolare considerazione nel dettare le disposizioni del nuovo processo penale minorile, la cui "complessiva ispirazione rieducativa" (cfr. sentenza n. 182 del 1991) risalta già nella direttiva generale posta con l'art. 3 della legge delega n. 81 del 1987, volta ad apportare ai principi generali del nuovo processo penale "le modificazioni ed integrazioni imposte dalle particolari condizioni psicologiche del minore, dalla sua maturità e dalle esigenze della sua educazione". Sulla scorta di tale indirizzo, sono stati introdotti congegni ed istituti tendenti ad attenuare l'offensività del processo per il minore ed a renderne residuale la detenzione, restringendo, ad esempio, i casi di custodia cautelare, estendendo l'ambito delle sanzioni sostitutive ed introducendo il nuovo istituto della sospensione del processo con messa alla prova.

Con riferimento alla fase esecutiva, invece, le esigenze di recupero e di risocializzazione dei minori devianti e, quindi, di accentuazione della funzione rieducativa della pena e di differenziazione del loro trattamento rispetto a quello previsto per gli adulti restano tuttora non integralmente soddisfatte.

L'assoluta parificazione tra adulti e minori che - secondo l'univoco indirizzo interpretativo della Corte di cassazione - consegue alla mancata introduzione, nella legislazione successiva, degli adattamenti e correttivi richiesti dalla specificità della condizione minorile non è assolutamente in armonia con i principi del processo minorile. In particolare, per quanto attiene alle misure alternative alla detenzione, la rigida applicazione anche ai minori dei limiti di pena inflitta e, rispettivamente, scontata, previsti per l'affidamento in prova al servizio sociale e per la semilibertà, comporta che il regime di detenzione in carcere non è differenziato rispetto a quello stabilito per gli adulti e che resta perciò

compressa quell'esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evolutività della personalità del minore e la preminenza della funzione rieducativa richiedono. La necessità di non sottovalutare "la pericolosità e gravità del fenomeno della delinquenza minorile" non significa, infatti, - come già evidenziato nella citata sentenza n. 46 del 1978 - che debbano trascurarsi le "possibilità di recupero di soggetti non ancora del tutto maturi dal punto di vista fisiopsichico": con le norme che estendono ai minori le predette limitazioni alla concessione dell'affidamento in prova e della semilibertà ne convive un'altra che consente di concedere a costoro la liberazione condizionale "in qualunque momento dell'esecuzione e qualunque sia la durata della pena inflitta" (art. 21 del regio decreto-legge 20 luglio 1934, n. 1404).

Tale disposizione evidenzia che, rispetto ai minori, è particolarmente pressante l'esigenza che "il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo" (sentenza n. 204 del 1974); e pur se la sua applicazione, in quanto legata al "sicuro ravvedimento" del condannato, presuppone un congruo periodo di espiazione, essa è di certo indice di un criterio, coerente alla preminenza per il minore della finalità rieducativa della pena, secondo cui questa va applicata solo fino al momento in cui svolga un'effettiva funzione di emenda.

Sulla base di tali enunciazioni appare chiaro come La Corte Costituzionale riconosce il prioritario obiettivo del processo di recuperare il minore piuttosto che emettere una sentenza di condanna da eseguirsi, posto che l'interesse dello Stato è innanzitutto la protezione e tutela della gioventù, e ciò può essere realizzato attraverso l'applicazione di idonei istituti cd di definizione anticipata . in tal senso meritano forte valorizzazione le pronunce di irrilevanza del fatto e perdono giudiziale, della sospensione per messa alla prova che minimizzando gli effetti offensivi del processo per il minore ne determinano una rapida fuoriuscita.

L'udienza preliminare nel processo penale minorile

Poste come prioritarie finalità il recupero del minore e un processo adeguato alla sua personalità il legislatore ha previsto delle definizioni del procedimento speciali per il minore che connotano di altrettanta

peculiarità la funzione dell'udienza preliminare e del giudice minorile.

In proposito la Corte Costituzionale ha osservato (sent. 311/1997 nella quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 comma 2 cpp nella parte in cui non prevedeva l'incompatibilità del gip che si era espresso in sede cautelare come presidente del collegio chiamato a trattare l'udienza preliminare) che nel processo penale a carico dei minori, il giudice dell'udienza preliminare-costituito da un collegio composto da un magistrato e da due giudici onorari, è chiamato a prendere decisioni che non trovano riscontro nell'udienza preliminare del giudizio penale comune.

La previsione di un'ampia gamma di esiti dell'udienza preliminare nel processo penale minorile, è giustificata dalla necessità di evitare fin dove è possibile la celebrazione del giudizio dibattimentale, in considerazione delle speciali esigenze di protezione della personalità dei minori coinvolti, e ciò fa sì che la funzione di tale udienza non possa ritenersi di natura analoga a quella dell'udienza preliminare nel giudizio penale comune, cioè esclusivamente processuale. Il giudice dell'udienza preliminare minorile SVOLGE una funzione di giudizio che include la possibilità di adottare pronunce altrimenti riservate all'organo del dibattimento e che può perfino sfociare in una sentenza di condanna o in una sentenza che presuppone comunque l 'accertamento della responsabilita'.

Per tali motivi (si richiamano anche le pronunce della Corte Costituzionale sul consenso dell'imputato come condizione per l'applicazione delle pronunce anticipate del processo minorile in particolare per quelle di cui all'art. 27 DPR 448/1988 dell'art. 169 c.p) è stato previsto che l'imputato presti il consenso alla definizione allo stato degli atti per poter accedere a tali pronunce.

L'art. 31 prevede che il giudice può disporre l'accompagnamento coattivo dell'imputato non comparso. al 5 comma prevede che "Il minorenne, quando è presente è sentito dal giudice,"

L'art. 32 "segue la richiesta del giudice all'imputato se consente alla definizione del processo in quella fase".

Sul consenso del minore alla definizione anticipata esistono numerose pronunce della Corte Costituzionale che chiariscono (sent. N. 418/2009) che : La previsione del necessario consenso dell'imputato alla definizione anticipata del processo nel corso dell'udienza preliminare è stato introdotto dal legislatore del 2001 alla scopo di rendere attuale anche nel giudizio minorile il precetto di cui all'art. 111 della Cost. Comma 5 secondo cui solo la volontà

dell'interessato può autorizzare la deroga al principio generale del contraddittorio nella formazione della prova, mentre nel caso di sentenza liberatoria (sen. 195/2002 è ammessa tale pronuncia in assenza del consenso).

La definizione del giudizio nell'udienza preliminare risulta equiparata dalla novella ai procedimenti rebus sic stanti bus ovvero a "prova contrattata" previsti nel rito ordinario (patteggiamento e giudizio abbreviato) nei quali l'utilizzazione anche in danno di atti assunti al di fuori del dibattimento è resa possibile dall'adesione dell'imputato; ma per tale motivo la scelta di accedere al rito semplificato minorile non può che essere configurata alla stregua della disciplina generale dell'accesso alle procedure alternative come personalissima e conseguentemente riservata all'interessato che può esprimerla personalmente o a mezzo di procuratore speciale

Sull'audizione del minore appare determinante che il giudice verifichi la sua posizione rispetto alle imputazioni anche al fine di valutare il consenso prestato per la definizione anticipata oppure per l'eventuale sospensione del procedimento ai sensi dell'art. 28 dpr 448/988.

Infatti accade di sovente che l'imputato professi la propria innocenza dichiarandosi estraneo ai fatti e tuttavia presti il consenso alla definizione anticipata può in tali casi il giudice pronunciare sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 27 dpr 448/1988 o 169 c.p.?

Ebbene in tali ipotesi la Corte ha censurato la sentenza di non luogo a procedere per perdono giudiziale dell'imputato che pur avendo espresso il proprio consenso aveva negato ogni coinvolgimento, e ciò perché tale dichiarazione impone un accertamento della responsabilità penale che rende privo di effetti il consenso espresso. La Corte ha affermato che il giudice può definire il procedimento con sent. per perdono giudiziale o irrilevanza del fatto solo quando il minore con il proprio consenso alla definizione del giudizio e gli atti complessivamente considerati, anche alla luce delle dichiarazioni rese dall'imputato, consentono un accertamento della responsabilità penale, normalmente devoluto alla fase dibattimentale, e pertanto è solo l'imputato che può decidere di rinunziare al dibattimento e alle facoltà difensive ivi esercitabili. Negando la sua responsabilità l'imputato ha impedito la definizione del procedimento con epiloghi diversi.

Tali ragioni possono essere prese in considerazione anche per la messa alla prova.

Nella sent. 125 / la Corte Costituzionale afferma trattarsi di un istituto caratterizzato

dal fatto di inserirsi, in via incidentale, in una fase (udienza preliminare o dibattimento) antecedente la pronuncia sulla regiudicanda e di poter dar luogo, in caso di esito positivo della prova, ad una sentenza pienamente liberatoria. Questi peculiari aspetti dell'istituto in esame sottolineano il rilievo che esso assume nell'ambito del processo penale minorile, evidenziandone la stretta aderenza alla essenziale finalità di recupero del minore deviante, mediante la sua rieducazione e il suo reinserimento sociale (anche attraverso l'attenuazione dell'offensività del processo), cui la giustizia minorile deve essere improntata, in ossequio al principio della tutela dei minori di cui all'art. 31 della Costituzione.

Tali esigenze erano, del resto, ben presenti al legislatore delegante, il quale, nel dettare l'art. 3 della legge n. 81 del 1987, aveva prescritto, nella prima parte, che la disciplina del processo minorile dovesse rispettare i principi generali del nuovo processo penale, ma "con le modificazioni ed integrazioni imposte dalle particolari condizioni psicologiche del minore, dalla sua maturità e dalle esigenze della sua educazione"; e poi, nella direttiva di cui alla lettera e), da cui specificamente trae origine l'istituto in esame, aveva stabilito il "dovere del giudice di valutare compiutamente la personalità del minore sotto l'aspetto psichico, sociale e ambientale, anche ai fini dell'apprezzamento dei risultati degli interventi di sostegno disposti"; la "facoltà del giudice di sospendere il processo per un tempo determinato, nei casi suddetti"; nonché la "sospensione in tal caso del corso della prescrizione".

La messa alla prova, in conclusione, costituisce, nell'ambito degli istituti di favore tipici del processo penale a carico dei minorenni, uno strumento particolarmente qualificante, rispondendo, forse più di ogni altro, alle indicate finalità della giustizia minorile.

In coerenza con le menzionate caratteristiche ed in linea con le citate direttive della delega, il legislatore non ha condizionato il provvedimento de quo alla prestazione del consenso da parte del minore (nè del pubblico ministero), ma ha rimesso al giudice la decisione circa l'opportunità di sospendere il processo al fine di valutare la personalità del minorenne all'esito della prova, prescrivendo soltanto che tale decisione sia adottata "sentite le parti".

D'altro canto, il comma 3 dell'art. 28 in esame prevede che "contro l'ordinanza possono ricorrere per cassazione il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore". Pertanto (a prescindere dall'indubbio "peso" che -- in

considerazione della natura e delle modalità di attuazione della misura -- deve in concreto assegnarsi al parere del minore in ordine all'adozione del provvedimento), all'imputato è attribuito dalla norma ora citata un mezzo di impugnazione con riguardo a tutti i possibili vizi di legittimità o di motivazione dell'ordinanza che dispone la misura: tra i quali rientra anche il profilo attinente alla sussistenza di un presupposto concettuale essenziale del provvedimento (come unanimemente ritengono la dottrina e la giurisprudenza), connesso ad esigenze di garanzia dell'imputato, costituito da un giudizio di responsabilità penale che si sia formato nel giudice, in quanto altrimenti si imporrebbe il proscioglimento.

In realtà tale orientamento è contestabile non solo sotto un profilo di opportunità trattandosi di decisioni riguardanti il minore non possono essere prese dal giudice in assenza del suo consenso (convenzioni internazionali) la previsione dell'impugnazione dell'imputato può giustificarsi quando ad esempio questi chiede la definizione anticipata del procedimento e il giudice nonostante ciò sospenda il procedimento ai sensi dell'art 28

Ragioni di opportunità richiederebbero in ogni caso il consenso del minore proprio in considerazione del peculiare istituto che coinvolge strettamente la personalità dell'imputato imponendo delle misura comunque afflittive, (parte della dottrina parla in proposito di un patto che lo Stato fa con l'imputato)

Va innanzitutto verificata la capacità di intendere e volere dell'imputato al momento del fatto e al momento della concessione della sospensione[2], nonché che vi siano elementi sufficienti per ritenere la responsabilità penale per il fatto per il quale si procede. Tale presupposto appare indefettibile in ragione della natura di misura penale della messa alla prova, che in quanto tale deve rispettare il principio di legalità e presunzione di non colpevolezza. In particolare, sul punto la Corte Costituzionale nella nota sentenza n . 125 del 14 aprile 1995 ha considerato "il giudizio di responsabilità penale che si sia formato nel giudice come presupposto concettuale essenziale" ricollegandolo alle esigenze di garanzia dell'imputato e precisando che se così non fosse si imporrebbe un proscioglimento.

Sotto tale profilo, infatti, va osservato che l'accertamento della responsabilità è indispensabile riguardando la messa alla prova, comunque una forma di restrizione della libertà personale; anche se sul punto

[2] Sul punto vedi trib. Min. Genova 16 dicembre 1992, in Foro it. 1993"L'istituto della messa alla prova presuppone l'accertamento della responsabilità penale e pertanto, non può essere disposto nell'ipotesi di non imputabilità del reo"

la giurisprudenza di merito si è limitata ad affermare che il presupposto per la messa alla prova deve essere la non infondatezza dell'accusa e l'insussistenza delle condizioni per la decisione ex art. 425 c.p.p., puntualizzando che tale mancata pronuncia deve distinguersi da quella dell'affermazione di penale responsabilità degli imputati, che non è richiesta dagli art. 28 e 29 DPR 448/1988 ed invece è presupposta nelle pronunce di non luogo a procedere per perdono giudiziale o difetto di imputabilità.

Di fatti, da un lato, in un'ottica meramente procedurale, il giudice, se ritiene che non vi siano elementi sufficienti a provare la responsabilità dell'imputato, deve pronunciare una sentenza di proscioglimento nel merito, da preferirsi a quella di improcedibilità per estinzione del reato previsto dall'art. 29 del DPR 448/1988, dall' altro, se lo Stato "fa un patto" con l'imputato chiedendogli un impegno che dimostri la sua crescita ed evoluzione psicologica, finalizzata alla sua rieducazione e al suo reinserimento sociale, non può prescindere dall'accertamento che l'imputato abbia commesso il fatto per cui si procede. Diversamente, tradirebbe lo scopo meramente rieducativo cui tende tale istituto.

L'accertamento della responsabilità è un presupposto fondamentale anche nella valutazione della gravità del fatto commesso, che sebbene, non costituisca in sé un impedimento per la concedibilità o meno della sospensione, tuttavia non può considerarsi irrilevante in sede di valutazione del progetto in cui dovrà impegnarsi l'imputato. Di fatti, il programma proposto, per svolgere una funzione rieducativa deve essere adeguato e proporzionato alla gravità del fatto commesso, in altri termini la condotta penale e la sua entità costituiscono elementi illuminanti della personalità dell'imputato, che non possono essere trascurati nella realizzazione del programma.

Collegata a questa questione è l'altra, sulla necessità per l'applicabilità dell'istituto della confessione.[3] L'art. 28 non richiede questo requisito, e sul punto alcuni autori in dottrina hanno osservato che prevedere la confessione come requisito esporrebbe la norma a censura di incostituzionalità in relazione sia al diritto di difesa che alla presunzione di non colpevolezza. Altri,[4] invece in considerazione dei contenuti afflittivi del progetto, ritengono che la sospensione possa essere concessa solo se

[3] MIEDICO La confessione del minore nella sospensione del processo e messa alla prova in Riv. Dir. Proc. Pen. 2000, 1299

[4] BOUCHARD Processo penale minorile in Digesto IV Utet 1995

la responsabilità penale sia pienamente accertata anche attraverso l'ammissione degli addebiti. Anche in giurisprudenza si osserva una divergenza di opinioni: in alcune pronunce[5] si ritiene incompatibile la concessione dell'istituto in assenza di confessione, in altre[6] si sostiene il contrario.

In realtà, a parere di scrive, la confessione dell'imputato non può costituire elemento di prova sulla responsabilità del fatto, infatti le dichiarazioni rese in udienza dal minore sono finalizzate alla concessione dell'istituto e non possono in nessun caso considerarsi elementi di prova sufficienti a pronunciare in caso di esito negativo della messa alla prova una decisione di condanna. E' infatti assolutamente indispensabile valutare gli elementi di prova se si è in udienza preliminare. Se così è, non può prescindersi da tale accertamento anche nella fase di valutazione della personalità sia con riferimento alla possibilità della sospensione, sia con riferimento alla successiva dichiarazione di estinzione del reato

Oltre a tali considerazioni vi è un orientamento piuttosto diffuso nei tribunale per i minorenni di considerare l'ammissione di responsabilità da parte dell'imputato come il primo passo che questi compie nel suo viaggio di rivisitazione critica della propria condotta , è una prima prova cui viene sottoposto il minore perché il giudice ritenga con un giudizio prognostico che la sua personalità è incline al cambiamento, che può evolvere in positivo. In tal senso di fatto diventa un presupposto per la concedibilità dell'istituto.

Sarebbe auspicabile invece, considerare la confessione, unitamente a tutti gli altri elementi della personalità del minore, come un atto di consapevolezza da parte dell'imputato dell'impegno che l'ordinamento gli richiede per considerare quel "patto" valido e vincolante. Non un presupposto, ma un elemento significativo sul quale il giudice può fondare il suo giudizio prognostico positivo sull'evoluzione della personalità dell'imputato.

Infine, di particolare pregio sono anche le considerazioni espresse dalla Corte Costituzionale in ordine alla mancata previsione da parte del legislatore dell'applicazione del patteggiamento nel processo minorile.(sentenza n. : la scelta operata dal legislatore circa l'inapplicabilità al processo minorile dell'istituto in parola non appare contraddittoria con la facoltà, invece riconosciuta all'imputato minorenne, di

[5] Trib. Min. Bologna 10 settembre 1992 in Foro it. 1993 II153

[6] Trib. Min. Genova 16 dicembre 1992 in Foro It.II 1993

chiedere (personalmente o a mezzo di procuratore speciale) il giudizio abbreviato. Difatti quello del patteggiamento opera su di un piano diverso da quello proprio del giudizio abbreviato, in quanto quest'ultimo istituto si riflette esclusivamente sul rito e sulla misura della eventuale pena, per cui la scelta di esso da parte dell'imputato, se comporta la decidibilità allo stato degli atti, lascia tuttavia impregiudicati i poteri decisori del giudice e quindi aperte tutte le possibili conclusioni del giudizio. Nell' applicazione di pena su richiesta delle parti, invece, il controllo del giudice consiste nella verifica della sussistenza dei presupposti per la sua ammissibilità, della correttezza della qualificazione giuridica del fatto e dell'applicazione o della comparazione delle circostanze, nonché della congruità della pena concordata ai fini e nei limiti di cui all'art. 27, terzo comma, della Costituzione (sentenza n. 313 del 1990), mentre il giudice stesso può pervenire ad una pronuncia di proscioglimento solo se ricorrano le condizioni previste dall'art. 129 del codice di procedura penale. Ma al di là di questi poteri, una volta intervenuto l'accordo resta esclusa ogni possibilità per una conclusione del giudizio di contenuto assolutorio o comunque diversa da quella concordata, per cui la relativa sentenza, diversamente da quanto si verifica nel giudizio abbreviato, si ricollega in via diretta alla definizione pattizia intercorsa tra imputato e pubblico ministero (sentenza n. 265 del 1994). Nella costruzione del rito speciale regolato dagli artt. 444-448 del codice di procedura penale viene ad emergere un profilo di negozialità", così che l'istituto, "più che essere un rito speciale, è una forma di definizione pattizia del contenuto della sentenza"

Inoltre, anche se si è ritenuta (sentenza n. 251 del 1991 citata) "l'impossibilità di riferire alla sentenza di cui all'art. 444 del codice di procedura penale natura di vera e propria sentenza di condanna" essa tuttavia, come esplicitamente affermato dalla legge (art. 445, comma 1, c.p.p.) e riconosciuto sia dalla richiamata giurisprudenza di questa Corte che da quella del giudice ordinario di legittimità, è per vari effetti equiparata alla prima.

"Negozialità", dunque, sul contenuto della decisione, da una parte, ed equiparazione sotto il profilo degli effetti alla sentenza di condanna, dall'altra, costituiscono certamente elementi tali da far ritenere non contraddittorio e quindi non irragionevole aver escluso la richiesta di patteggiamento là dove è ammessa la richiesta di rito abbreviato da parte del minore, dato che in quest'ultimo giudizio, come si è detto, l'accordo delle parti non incide sul

contenuto della decisione ne' sugli effetti della sentenza del giudice che lo recepisce. Che l'esclusione del "patteggiamento" nel processo minorile non sia poi irragionevole - dato che il recepimento dell'accordo preclude una pronuncia di tipo assolutorio, diversamente da quel che accade con il recepimento dell'accordo per il giudizio abbreviato - si desume, del resto, proprio dal carattere e dalla specificità del processo penale minorile. In esso il giudice è dotato di amplissimi poteri caratterizzati dall'esigenza primaria del recupero del minore, un soggetto dalla personalità ancora in formazione (v. da ultimo sentenza n. 168 del 1994) per cui sono previste misure che, in vista di tale esigenza, possono portare a far concludere il processo in modi e con contenuti diversi da quelli propri del processo penale ordinario. Queste misure (perdono giudiziale; sospensione del processo e messa alla prova; sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto; più ampio ambito di applicazione delle sanzioni sostitutive) sarebbero invece precluse, nell'attuale configurazione, dal "patteggiamento", istituto quest'ultimo che, pertanto, rispetto al minore, potrebbe condurre a risultati incoerenti rispetto all'accennata finalità e dunque lesivi dei principi fondamentali cui si ispira la giustizia minorile.

Obbligo dell'immediata declatoria della non imputabilità – orientamento dottrinale che riconosce alla sentenza la sostanza di archiviazione.

Non imputabilità implica l'incapacità processuale del minore, secondo alcuni incapacità del minore di anni 14 a divenire imputato come condizione di procedibilità e quindi ritiene che si possa chiedere l'archiviazione, la seconda si avvale di un contesto esteso di infondatezza della notizia di reato nel quale dovrebbero rientrare tutti i casi di non sostenibilità dell'accusa in giudizio inclusa quella della non assoggettabilità dell'autore del reato ad alcuna sanzione penale..Il problema si pone quando il PM contestualmente vuole chiedere una misura di sicurezza in quel caso deve chiedere il rinvio a giudizio. Sul punto la Cassazione ha ritenuto che il difetto di imputabilità non sia assimilabile ad una condizione di procedibilità, ma sia invece una causa personale di esenzione dalla pena. Quanto al procedimento "il gip deve provvedere anche d'ufficio", non esclude che si debba comunque garantire il diritto al contraddittorio, e pertanto la regola del consenso vale anche per questo tipo di declaratoria trattandosi di una decisione che presuppone l'accertamento di responsabilità e che risulta come iscrizione nel casellario giudiziale (cass.

Pen 97, 519 del 16.2.1996 corte cost. n. 195/2002).

La previsione di cui all'art. 26 del d.P.R. n. 448 del 1988 impone al giudice di dichiarare immediatamente con sentenza, in ogni stato e grado del procedimento, il non luogo a procedere quando accerti che l'imputato sia minore degli anni quattordici, considerato che l'art. 97 cod. pen. stabilisce una presunzione assoluta di non imputabilità e, quindi, anche di assoluta incapacità processuale che prescinde dall'effettivo riscontro della capacità di intendere e volere in capo al minore infraquattordicenne. Ne consegue che al giudice non è consentito il preventivo accertamento per verificare l'eventuale insussistenza del fatto o la non attribuibilità dello stesso al minore imputato prima della pronuncia di cui all'art. 26 d.P.R. n. 448 del 1988, attesa l'ultroneità di qualsivoglia indagine in relazione ad un fatto che la legge non consente di perseguire. (In applicazione del principio di cui in massima la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso dell'imputato, minore degli anni quattordici al momento del fatto, volto a censurare il mancato compimento, prima della sentenza di non luogo a procedere, di attività processuali, preordinate a dimostrare la propria estraneità ai fatti oggetto di imputazione). (Cass Sez. 5, Ordinanza n. 49863 del 25/11/2009 Cc. dep. 29/12/2009)

Sull'obiettivo della rieducazione del minore.

La previsione di misure cautelari speciali per i minorenni quali quelle previste dal DPR 448/1988 dimostra come il processo penale debba adeguarsi alle esigenze educative del minore tendendo alla loro realizzazione, nonché anche alla necessità di supplire con alcune prescrizioni alla carenze educative.

La misura custodiale come per la pena determinando una compromissione massima della libertà dell'imputato e l'interruzione di fatto di programmi educative viene prevista come extrema ratio, prevedendo in modo proprozionato alla gravità del fatto e alla personalità del minore una serie di misure definite dalla Cassazione paradetentive con contenuti marcatamente educativi. Questo forse perché da un lato si garantisce la prosecuzione degli interventi educativi dall'altro ad esempio con il collocamento in comunità si riconosce una forma di incapacità di vigilanza sulla condotta dei figli da parte dei genitori.

Sull'applicabilità dell'art. 275 comma 2 bis segnalo due orientamenti contrapposti:

In materia di misure cautelari nei confronti di minorenni, l'articolo 275, comma secondo bis, cod.proc.pen., secondo cui non può essere disposta la misura della custodia cautelare se il giudice ritiene che con la sentenza penale possa essere concessa la sospensione condizionale della pena, non è riferibile alle misure cautelari speciali apprestate per i minorenni dagli articoli 21 e 22 del d.P.R. 22 settembre 1988 n. 448 (permanenza in casa e collocamento in comunità), giacché tali misure hanno struttura diversa da quella della detenzione domiciliare e della detenzione in carcere ed assolvono altresì ad una più complessa finalità coerente alle linee di trattamento dei minorenni voluto dal nostro ordinamento; tanto è vero che, secondo quanto espressamente previsto rispettivamente dai commi quarto e terzo delle citate disposizioni del rito minorile, con queste ultime misure il minorenne viene considerato in stato di custodia cautelare ai soli fini della durata massima della misura e del calcolo della pena da scontare, mentre per il resto è considerato libero anche se sottoposto a prescrizioni ed obblighi. (Sez. 4, Sentenza n. 11993 del 22/02/2007)

Contra:

In materia di misure cautelari per i minorenni, l'art. 275, comma secondo-bis, cod.proc.pen., è riferibile non solo alle misure detentive (detenzione in carcere o domiciliare), ma anche alle misure speciali (permanenza in casa e collocamento del minorenne in comunità), poiché queste ultime producono una rilevante limitazione della libertà personale del minore che giustifica un trattamento analogo a quello previsto per le misure custodiali. (Sez. 2, Sentenza n. 35330 del 12/06/2007)

La competenza sull'accertamento dell'eta' gli accertamenti incidentali e gli aspetti pratici.

Cito un orientamento della Cassazione 22536 del 2003 che ha determinato non pochi problemi di ordine pratico che basandosi sul combinato disposto degli artt.67 cod. proc. pen. e 8 del d.P.R. n. 448 del 1988, discende che la competenza per l'accertamento della minore età dell'inquisito è assegnata al giudice minorile quale giudice specializzato; pertanto, il dubbio sulla età minore dell'inquisito, sorto innanzi alla magistratura ordinaria, comporta la cessazione della competenza del giudice ordinario e la trasmissione degli atti al procuratore della repubblica presso il tribunale per i minorenni, affinché inizi il

relativo procedimento incidentale di accertamento sull'età. L'esito di tale procedimento incidentale determina in via alternativa, o la competenza del giudice ordinario quando venga accertata la maggiore età, con la prosecuzione del procedimento principale e l'utilizzazione quindi di tutta l'attività processuale già svolta, ovvero, nel caso contrario, la competenza del tribunale per i minorenni, con la conseguenza che il procedimento principale deve essere trattato ex novo davanti al tribunale specializzato

I problemi si pongono in particolare quando l'imputato è in misura (e ad esmepio la misura non è prevista per il minore) chi è il giudice competente a decidere sulla misura e che fine fa quella misura, quali sono i termini di scadenza della misura???se il procedimento dinnanzi al Tribunale per i minorenni e solo incidentale come si coniuga tale orientamento con quello previsto dalla legge che nel dubbio l'imputato va considerato minorenne??

Sarebbe in realtà da escludersi l'applicabilità di un accertamento incidentale perché ciò determinerebbe che l'imputato viene considerato adulto finchè non si prova che sia minore laddove la norma prevede il contrario, con l'effetto peraltro di applicare una disciplina di sfavore nei suoi riguardi, il che non è di poco conto se si pensa che l'adulto può essere in misura custodiale anche per reati per cui il minore non può esservi sottoposto.

Rossella Salvati
Sostituto Procuratore della Repubblica
presso il Tribunale per i minorenni di Venezia.

Dott. Piero Avallone

Applicabilità delle misure di sicurezza da parte del G.I.P. nel processo penale minorile.

Un'analisi sull'applicabilità delle misure di sicurezza nella fase delle indagini preliminari da parte del Gip nel processo penale minorile non può prescindere da un rapido accenno al carattere di sussidiarietà della disciplina del dpr 448/88 che, per quanto da esso non previsto, rinvia alla disciplina del codice di procedura penale.

Come sottolineato dalla migliore dottrina il rapporto tra il dpr 448/88 ed il codice di procedura penale è di relazione tra sistemi nel cui ambito l'operatore minorile deve ricorrere alle norme dettate per il processo ordinario solo quando non riesce a trovare adeguata soluzione utilizzando le norme del processo penale minorile.

Ciò significa che le norme dettate per un istituto processuale dal dpr 448/88 non necessariamente esauriscono la disciplina della materia escludendo, conseguentemente, interamente la disciplina dettata per il processo ordinario.

"Infatti, è necessario verificare se la previsione si faccia effettivamente carico di disciplinare in modo alternativo l'intera materia su cui cade o se non intenda essere soltanto additiva o parzialmente modificativa rispetto a quella codicistica".[1]

Per completezza deve evidenziarsi che la secondo proposizione del primo comma dell'art. 1 del dpr 448/88 stabilisce che, una volta accertato che è necessario applicare al processo minorile norme del processo ordinario, queste ultime devono essere "…applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minorenne ".

Il principio affermato è quello dell'adeguatezza nel senso che tutte le norme da applicarsi nel singolo processo devono tenere conto di quel particolare minore, delle sue esigenze e della sua evoluzione psicologica sia pur senza sconfinare in ambiti di natura educativa che, è bene sottolinearlo, sono del tutto estranei al processo penale minorile che è e resta una giurisdizione di natura penale.

Nell'ambito di questa giurisdizione il legislatore, sia ordinario che minorile, si è occupato di disciplinare la materia delle misure di sicurezza a cui è attribuita una funzione preventiva rispetto alla

[1] G. Giostra, commento all'art. 1 in Il processo penale minorile, Giuffrè, 2007 p. 8

commissione di ulteriori reati da parte di un soggetto ritenuto socialmente pericoloso.

La definizione di soggetto socialmente pericoloso deve ricavarsi dall'art. 203 c. p. "Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso ... quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati. La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'art. 133 c.p."

Il giudice, quindi, dovrà valutare non solo la gravità del reato commesso, anche in relazione alle modalità di attuazione, ma anche il contesto socio – familiare in cui vive e la sua personalità. Tutti elementi da cui, se del caso, ricavare il concreto pericolo di commissione di ulteriori reati che, nel caso del processo minorile, sono esclusivamente quelli indicati dal primo comma dell'art. 23 dpr 448/88 in relazione alla misura del riformatorio giudiziario (collocamento in comunità) .

Si è detto che la pericolosità sociale deve essere caratterizzata dalla probabilità che il soggetto commetta altri reati.

Il concetto di probabilità non deve essere confuso con quello di inclinazione a commettere reati che non necessariamente coincide con il concetto di probabilità.[2]

"Il giudizio di pericolosità sociale è un giudizio predittivo che comporta diagnosi e prognosi. La diagnosi deve partire anche dai dati statistici dei reati commessi; per la prognosi costituiscono fattori predittivi importanti la famiglia, il carattere e la personalità".[3]

Nell'ambito della disciplina del processo penale minorile l'art. 36 si occupa dell'applicazione definitiva delle misure di sicurezza mentre l'art. 37 si occupa dell'applicazione provvisoria.

Quest'ultima norma prevede che il giudice possa, su richiesta del pubblico ministero, procedere all'applicazione di una delle misure di sicurezza individuate dall'art. 36, tutte le volte in cui emette una sentenza di non luogo a procedere ai sensi degli articoli 97 e 98 c.p.

Ai sensi dell'art. in esame, quindi, la misura di sicurezza provvisoria potrà essere adottata dal Gip nei casi degli articoli 97 e 98, e dal Gup nei casi di sentenza di non luogo a procedere per non imputabilità anche determinata da immaturità.

[2] Presupposto dell'applicazione delle misure di prevenzione è l'accertamento dell'attualità della pericolosità sociale della persona, da non confondere con la proclività a commettere azioni delittuose. Cass. Sez. 1, n. 5838 del 17.1.11

[3] L. Pomodoro, P. Giannino, P. Avallone, Manuale di diritto di famiglia e dei minori, Utet, 2009, p. 324

Ancora nel corso del giudizio abbreviato il Gup potrà adottare misura di sicurezza anche in assenza di richiesta del P.M.

La dizione dell'art. 37 dpr 448/88 sembra escludere la possibilità di applicazione provvisoria delle misure di sicurezza tutte le volte in cui non sia stata emessa una delle sentenze che la norma stessa richiama.

Facendo leva su tale considerazione parte della dottrina ritiene che nell'ambito del processo penale minorile non sia possibile l'applicazione di una misura di sicurezza provvisoria nel corso delle indagini preliminari.

Tale assunto non appare condivisibile tenendo conto dei principi sopra ricordati in relazione all'art. 1 del dpr 448/88, nonché della assenza di una esplicita esclusione della applicabilità delle misure di sicurezza in via provvisoria nel corso delle indagini nell'ambito della disciplina in esame.

L'esclusione non è nemmeno ricavabile dalla formulazione dell'art. 37 dpr 448/88 o dalla logica del procedimento a carico di imputati minorenni.

Ritenere, infatti, che il legislatore con il capo quarto, procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza, abbia inteso derogare integralmente alla disciplina ordinaria delle misure di sicurezza è affermazione che non può essere condivisa in quanto, in tema di applicazione provvisoria, si verrebbero a determinare dei vuoti non giustificabili stante la disposizione di cui all'art. 1 della disciplina minorile.

Va, infatti, osservato che l'art. 312 c.p.p. dispone che nei casi previsti dalla legge, su richiesta del P.M., il giudice in qualunque stato e grado del procedimento, ricorrendone i presupposti, può applicare una misura di sicurezza in via provvisoria sempre che non ricorrano le condizioni dell'art. 273/2 c.p.p.

Quest'ultima disposizione prevede la non applicabilità di misure nel caso, tra l'altro, che ricorra una causa di non punibilità.

Le ipotesi di cui agli articoli 97 (minore degli anni 14) e 98 (non imputabilità) sono, con tutta evidenza, causa di non punibilità che, nel sistema minorile, vanno dichiarate con sentenza.

Ne deriva, quindi, che con la disciplina dell'art. 37 dpr 448/88, in definitiva, il legislatore ha solamente inteso superare il limite stabilito dall'art. 273/2 c.p.p. in virtù del quale non sarebbe stata possibile l'applicazione di una misura di sicurezza nel difetto di imputabilità del minore senza escludere l'applicabilità delle misure di sicurezza ex art. 312 c.p.p. nella fase delle indagini preliminari.

In realtà a voler ritenere la disciplina dell'art. 37 interamente sostitutiva rispetto

a quella dettata dal codice penale e di procedura penale si verrebbe a determinare un vuoto legislativo sia in relazione alla fase delle indagini preliminari, sia, a seguito della novella del 2001, relativamente al consenso del minore alla definizione del procedimento in sede di udienza preliminare, anche rispetto alla stessa udienza preliminare allorché, sussistendone i presupposti, non si possa giungere a sentenza di non luogo a procedere per mancato consenso dell'imputato.

Nulla, infatti, come sopra detto, prevede il dpr 448/88 in relazione all'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza nella fase delle indagini preliminari e nulla, a causa della ricordata novella che, con evidenza, manca di coordinamento normativo, è più previsto in parte nell'udienza preliminare.

Tale vuoto normativo non può che rendere applicabile la previsione dell'art. 312 c.p.p. ove è previsto che, nei casi previsti dalla legge, su richiesta del PM, il Giudice, in qualunque stato e grado del procedimento, ricorrendone i presupposti, può applicare una misura di sicurezza in via provvisoria sempre che non ricorrano le condizioni di cui all'art. 273, II° comma, c.p.p.; questa ultima disposizione prevede, come ricordato, la non applicabilità di misure nel caso, tra l'altro, che ricorra una causa di non punibilità.

Le ipotesi di cui agli art. 97 e 98 sono, con tutta evidenza, causa di non punibilità che, nel rito minorile, vanno dichiarate con sentenza.

In definitiva il legislatore con la disciplina dell'art. 37 DPR 448/88 ha solamente inteso superare il limite stabilito dal II° comma dell'art. 273 cpp in virtù del quale non sarebbe stata possibile l'applicazione di una misura di sicurezza nel difetto di imputabilità del minore senza, con ciò, escludere l'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza ex art. 312 cpp nella fase delle indagini preliminari.

Diversamente opinando tutte le volte in cui il P.M. chiede l'archiviazione di una procedura in quanto, a seguito di accertamenti, emerga, a causa ad esempio di immaturità, la mancanza di dolo sarebbe sempre necessario dover procedere alla richiesta di rinvio a giudizio e, in sede di udienza provvedere con sentenza.

Tale procedura, tuttavia, non solo determina un appesantimento non sempre indispensabile dell'udienza preliminare e la sottoposizione a giudizio di un minore (vale la pena di ricordare la necessità di una rapida soluzione del processo per il minorenne), ma non tiene conto che le misure di sicurezza vengono applicate in riferimento a reati di particolare gravità per

i quali, prima dell'accertamento della condizione di immaturità, in molti casi, il minore si trova sottoposto a misura cautelare.

Nel caso della ipotizzata immaturità, che generalmente consegue ad un accertamento tecnico, non è pensabile continuare a tenere il minore indagato in misura cautelare con conseguente remissione in libertà e, quindi, interruzione del processo di contenimento e riadattamento e cura.

Quanto alla procedura deve, invece, ritenersi che con la disposizione di cui all'art. 37 dpr 448/88 il legislatore abbia inteso determinare un sistema di controllo più efficace di quella stabilito dal c.p.p. che deve essere esteso a tutte le misure di sicurezza applicate in via provvisoria, ivi compresa, l'ipotesi di applicazione ex art. 312 c.p.p. nella fase delle indagini preliminari.

In questo caso, infatti, è l'intero impianto del codice di procedura minorile che, in ogni sua parte impone maggiori garanzie e attenzioni rispetto a quello ordinario, a rendere applicabile la procedura dell'art. 37 rispetto a quella prevista dall'art. 312 c.p.p.

Diversamente la misura di sicurezza applicata ex art. 312 c.p.p. deve seguire la stessa procedura prevista dal medesimo articolo che, invece, appare integralmente derogata dalla previsione dell' art. 37 dpr 448/88 che non vi è ragione di ritenere limitata alle sole sentenze ex art. 97 e 98 c.p.

Piero Avallone
Giudice presso il Tribunale
per i Minorenni di Napoli

Dott. Nicola Ciccarelli

La tutela penale e civile del minore vittima di reato

La questione della protezione del minore dalle molte violenze che su di lui si possono abbattere è un tema che solo negli ultimi decenni si è finalmente imposto all'attenzione di una opinione pubblica fino a quel momento assai distratta.

In realtà tutta la storia dell'umanità è anche la storia dei molti e gravi abusi nei confronti dei bambini, mai considerati come persone ma, anzi, sempre ritenuti di proprietà dei genitori; piccoli esseri umani visti e pensati come materiale informe da plasmare con ogni mezzo, anche violento, in funzione di un modello precostituito dell'adulto.

E' certamente vero che negli ultimi anni è venuta sviluppandosi una maggiore sensibilità verso questo triste fenomeno; sono infatti apparsi molti studi sulla violenza all'infanzia; sono nate associazioni per la prevenzione dell'abuso sui minori e gli stessi mezzi di comunicazione di massa si sono particolarmente occupati di questa piaga sociale.

Ma non sembra che tutto ciò abbia profondamente innovato il costume e costruito per i bambini del nostro paese condizioni di vita realmente più soddisfacenti.

Malgrado il molto parlare della violenza sull' infanzia, esistono ancora tra noi molti bambini picchiati, sessualmente abusati, sfruttati dagli adulti, trascurati dai genitori, profondamente umiliati ed interiormente lacerati per le divisioni familiari.

A questo si aggiunge una sostanziale sottovalutazione del fenomeno da parte dell'ordinamento giuridico; può sembrare paradossale eppure manca un organico sistema penale di protezione del minore.

Il codice penale vigente – che, pure, dedica particolare attenzione al minore quale soggetto attivo di reati – non ha ritenuto di destinare un titolo specifico ai reati commessi in danno dei minori, prevedendo invece o disposizioni penali che trovano applicazione indifferentemente, qualunque sia l'età dell' offeso, o disposizioni specifiche che prevedono una tutela di un minore di una certa età ma che sono disperse in titoli diversi in cui il bene giuridico tutelato non è la personalità del minore ma beni giuridici diversi come la famiglia, la potestà genitoriale, la moralità pubblica e così via.

La protezione del minore in sede penale non è pertanto organica ma episodica ed occasionale, laddove, invece, l'interesse pubblico alla tutela del soggetto in formazione avrebbe dovuto imporre una disciplina più organica e completa.

Le lacune e le mancanze di cui stiamo parlando si evidenziano più chiaramente se ci si avventura in una analisi, anche se necessariamente stringata, degli istituti penali che tutelano il minore da varie forme di violenza o di abuso.

Innanzitutto bisogna dire che sarebbe logico partire da qualche norma di carattere generale che punisca più pesantemente qualunque tipo di comportamento delittuoso quando vittima del reato sia un minore e cioè un soggetto istituzionalmente debole e, quindi, meno in grado di porre in essere una autotutela; "*sarebbe logico*" e, tuttavia, non è possibile farlo, per la semplice ragione che una tale norma non esiste.

In alcuni specifici reati le pene sono aggravate se il reato è commesso in danno dei minori ma tali aggravamenti di pena sono previsti solo per quel tipo di reato e non per tutti i reati commessi in danno dei minori.

Per sopperire a tale lacuna parte della dottrina ha intravisto la possibilità di utilizzare, ai fini sopraindicati, la disposizione di cui all'art. 61 nr. 5 del cod. penale che prevede una circostanza aggravante quando l'autore del reato abbia approfittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, tali da ostacolare la pubblica e privata difesa.

Tuttavia tale disposizione è certamente equivoca ed insoddisfacente giacchè prende in considerazione più la maggiore capacità criminale dimostrata da colui che approfitta volontariamente di una situazione di minorata difesa, che la necessità di tutelare maggiormente chi non è in condizione di espletare una adeguata autodifesa.

In ogni caso, l'assoluta mancanza di precedenti giurisprudenziali nei quali si sia discusso in ordine all'applicazione dell'aggravante in esame ad ipotesi ove la vittima del reato era un minore, porta a ritenere che assai raramente l'aggravante sia stata ipotizzata nel caso di minore vittima di reato.

Analoghe lacune si possono ritrovare andando ad esaminare le varie tipologie di reato previste dal codice penale.

L'art. 591 del codice penale sanziona penalmente chiunque abbandoni un minore di anni 14; per la sussistenza del reato è necessario e sufficiente uno stato –sia pur potenziale- di pericolo per la vita o l'incolumità del minore causato da situazioni di carenza di cure e di vigilanza.

Tale norma certamente offre tutela ma, a ben vedere, essa è collocata nel capo del codice relativo ai delitti contro la vita e la incolumità fisica.

Quindi il reato di abbandono del minore sussiste solo se ne derivi, per quest'ultimo, un pericolo per l'integrità fisica. Sembra che l'ordinamento ignori che il minore ha bisogno non solo di una tutela della sua integrità fisica ma anche, se non soprattutto, della tutela della sua integrità psichica.

Difatti per un soggetto in formazione una situazione di abbandono può essere causativa non solo di danni fisici ma principalmente di danni psichici gravemente lesivi dello sviluppo della sua personalità.

Si pensi ad esempio all'abbandono notturno di un bambino in casa in una situazione in cui non sono per questo ultimo riscontrabili pericoli fisici (perché i genitori hanno provveduto ad eliminarli); ebbene un tale tipo di abbandono, non sanzionato dal codice penale, può essere invece gravemente lesivo dell'integrità psicologica del bambino e produrre disastrosi ed anche irreversibili effetti dannosi e ingenerare nel minore non solo patologie psichiche ma anche, non meno gravi, conseguenze caratteriali.

Altro reato previsto dal legislatore a tutela dell'integrità fisica del minore è il delitto di abuso dei mezzi di correzione o di disciplina in danno di una persona sottoposta alla sua autorità; tale reato sussiste se dal fatto derivi il pericolo di una malattia nel corpo o nella mente; se dal fatto deriva una lesione personale si applicano le pene stabilite dagli art. 582 e 583 del cod. pen. ridotte però di un terzo; se dal fatto ne derivi la morte del minore, si applica la reclusione ma in misura ridotta rispetto alla pena prevista per l'omicidio.

Come si vede la legge non punisce l'uso della violenza ma solo l'abuso dei mezzi di correzione e, già solo per questo, tale norma appare oggi anacronistica in quanto ancora radica la funzione educativa su un concetto di correzione e disciplina, legittimando la violenza fisica come strumento utile nel processo educativo laddove, invece, l'esperienza dimostra –e la scienza pedagogica lo ha documentato in modo convincente- che la violenza non costruisce mai personalità compiute ed autenticamente libere, ma, al contrario, determina effetti assai deleteri perché deprime, umilia e fa insorgere o passività e dipendenze oppure ribellioni ed aggressività.

Infine questa norma appare anche profondamente ingiusta perché assicura (II° comma dell'art. 571 cp) un notevole sconto di pena per gravi reati, come le

lesioni e l'omicidio. L'unica ragione possibile di questo assurdo sconto di pena può tentare di essere spiegata facendo riferimento ad un "*dolo di correzione e non di uccisione*" (ma a noi sembra di essere già in luoghi meta-giuridici) oppure facendo riferimento alla sussistenza di relazioni familiari fra il colpevole e la vittima; ma proprio tale circostanza non dovrebbe affatto costituire una attenuante bensì, come la logica dovrebbe suggerire alle persone di buon senso, una circostanza aggravante; ed anche a voler discutere fuor di logica, il legislatore ben conosceva quale valore dare alla sussistenza di relazioni familiari, di coabitazione e di ospitalità nel momento in cui varò la norma di cui all'art. 61 nr. 11.

Sempre in relazione al reato di cui all'art. 571 cp, è da segnalare l'importante sentenza emessa il 16 maggio del 1996 dalla Corte Suprema di Cassazione la quale, assai opportunamente, ha statuito che l'uso della violenza nei confronti dei minori, pur se motivato da finalità disciplinari e correzionali, è sempre illecito e che, conseguentemente, in tali casi, ricorre l'ipotesi delittuosa di maltrattamenti nei confronti di fanciulli e non già il reato di abuso di mezzi di correzione.

Nella motivazione di tale sentenza la Corte di Cassazione, richiamando i principi della nostra Costituzione nonché quelli della Convenzione dell' ONU del 1989, rileva che la espressione "correzione dei bambini", espressiva di concezioni pedagogiche culturalmente anacronistiche e storicamente superate, andrebbe in realtà ridefinita, con la estromissione di ogni riferimento gerarchico-autoritativo, attraverso il richiamo ai valori dell'impegno solidale e responsabile che caratterizzano la posizione dell'educatore rispetto all'educando.

Conclude la Cassazione affermando che il termine correzione dovrebbe diventare sinonimo di educazione e che in ogni caso, quale che sia il significato da attribuire a tale termine nei rapporti familiari e pedagogici, non può più ritenersi lecito l'uso della violenza finalizzata a scopi educativi. Ciò sia per il primato che l'ordinamento giuridico attribuisce alla dignità della persona, ancorché minorenne, sia perché non può perseguirsi, quale meta educativa, un risultato di armonico sviluppo di personalità che si vorrebbe sensibile ai valori della pace, della tolleranza e della civile convivenza utilizzando un mezzo violento che tali fini và a contraddire.

Se continuiamo la disamina delle principali ipotesi di reato che vedono i minori vittime di un reato, troviamo che anche il reato di maltrattamenti previsto dall'art. 572 del

codice penale sembra impropriamente inserito tra i reati contro la famiglia.

Difatti non solo tale reato può essere compiuto al di fuori di un nucleo familiare ma vi è anche da dire che il bene giuridico che dovrebbe essere tutelato non dovrebbe essere l'ordine della famiglia e la regolarità delle relazioni familiari, quanto, piuttosto l'integrità fisica e psichica della persona.

Il rapporto familiare che fa scattare l'ipotesi criminosa non è solo quello instaurato nell'ambito della famiglia legittima ma anche quello che nasce dalla filiazione naturale, sia essa riconosciuta che non riconosciuta; deve anche ricordarsi che la dottrina e la giurisprudenza hanno anche ritenuto che rientrasse nell'ambito della norma giuridica anche la famiglia di fatto, purchè intesa come l'insieme di tutti i conviventi in un nucleo.

L'art. 572 c.p. non precisa in che cosa debbano consistere i maltrattamenti, lasciando così, opportunamente, aperta tale fattispecie per potervi ricomprendere i più diversi casi della vita che non potrebbero essere specificamente definiti preventivamente dal legislatore.

In realtà costituiscono maltrattamenti tutti quegli atti continuativi che provocano sofferenze fisiche e/o morali in colui che li subisce.

La condotta può consistere tanto in azioni che in omissioni o in atti dell'una o dell'altra categoria; non è necessario che i singoli atti siano qualificabili di per sé come reati; tuttavia è sempre necessario che si tratti di una molteplicità di atti.

L'elemento materiale di tale reato può manifestarsi nei modi più vari: dalle sofferenze morali che determinano uno stato di avvilimento, e dagli atti o parole che offendono il decoro e la dignità della persona fino alle violenze fisiche.

Come ha utilmente ricordato la Corte di Cassazione, rientrano nello schema del delitto di maltrattamenti non soltanto le percosse, le minacce, le ingiurie e le privazioni imposte alla vittima, ma anche gli atti di scherno, di disprezzo, di umiliazione, di vilipendio e di asservimento che cagionano una durevole sofferenza morale.

E parlando il discorso ci porta inevitabilmente ad affrontare uno dei temi più sofferti e dolorosi che sconvolgono le coscienze, quello cioè della violenza e dell'abuso sessuale in danno dei minori.

Il quadro normativo, come tutti sanno, è profondamente mutato con le nuove norme sulla violenza sessuale approvate con la riforma del 1996; molto opportunamente, innanzitutto, la riforma ha modificato la collocazione dei reati contro la libertà sessuale inserendoli finalmente nel titolo relativo ai reati contro la persona. Ciò è particolarmente rilevante proprio per i

minori, per i quali ogni forma invasiva della sfera della sessualità incide profondamente sul processo di strutturazione di personalità e di ordinato sviluppo umano.

La legge di riforma ha poi, come sappiamo, unificato in unico reato l'ipotesi di violenza sessuale, superando la precedente distinzione fra reato di congiunzione carnale e reato di atti di libidine violenti.

Tale distinzione , con il conseguente notevole sconto di pena per il reato di libidine, è stata quindi abrogata giacchè essa si era rivelata inopportuna per gli adulti e soprattutto inaccettabile per i minori.

La libertà sessuale è un bene unico che viene ad essere gravemente intaccato sia nell'ipotesi di congiungimento fisico sia nell'ipotesi di atti sessuali di altro genere. E questo è particolarmente vero proprio per il minore, la cui personalità viene sempre profondamente sconvolta da una precoce esperienza di aggressione alla sua inviolabilità sessuale o di abuso sessuale compiuto su di lui.

Per il minorenne, il percepirsi come mero oggetto di concupiscenza da parte di altri[1] ed il ricevere una rivelazione così brutale e traumatizzante della sessualità degradata ad invasività, comporta di solito la perdita di fiducia negli altri, vissuti tutti come possibili predatori, e lo sfacelo del processo di maturazione e di socializzazione.

Proprio per tali ragioni era giusto che, a parità di danno seguisse un identico intervento sanzionatorio; inoltre l' abrogata distinzione tra i due reati imponeva al giudice di compiere accertamenti molto particolareggiati sulle modalità e sulle caratteristiche dell'atto sessuale per cui questi stessi doverosi accertamenti aggiungevano violenza a violenza; per valutare, infatti, se, ed in quale misura vi fosse stata penetrazione o meno era necessario svolgere accertamenti tecnici e conturbanti interrogatori tendenti a descrizioni particolareggiate dell'atto, il che imponeva alla vittima, nella rivisitazione dei fatti, nuove sofferenze e nuovi traumi.

Oggi qualsiasi tipo di abuso sessuale viene sanzionato dall'art. 609 bis del codice penale che punisce il caso di chi, con violenza o anche solo con minaccia, costringa taluno a compiere o subire qualsiasi tipo di atto sessuale.

La pena prevista è quella della reclusione da cinque a dieci anni ma è prevista una diminuzione di tale pena nei casi di minore gravità.

A maggior tutela dei minori è prevista , infatti, una circostanza, che aggrava il

[1] A.C. MORO, Manuale di Diritto Minorile,

reato di violenza sessuale e comporta una pena da sei fino a dodici anni di reclusione, quando i fatti siano commessi nei confronti di un minore che non abbia compiuto gli anni 14.

Il reato è poi ulteriormente aggravato quando l'abuso venga commesso nei confronti di un minore che non abbia compiuto ancora gli anni 10 nel qual caso la pena aumenta da sette fino a quattordici anni di reclusione.

La tutela del minore non si limita però ad un aggravamento di pena nel caso in cui la violenza sessuale nei confronti del minore si sia estrinsecata in violenze o minacce; infatti l'art. 609-quater del codice penale prevede che soggiace alla pena aggravata prevista dal precedente articolo 609-ter chi, anche senza violenza o minaccia, compia atti sessuali con persona che al momento del fatto non abbia compiuto gli anni 14, ovvero che al momento del fatto non abbia compiuto gli anni 16 se il colpevole sia stato l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore ovvero altra persona alla quale, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore era affidato o che aveva con quest'ultimo una relazione di convivenza.

Come si vede, con la nuova normativa, molto opportunamente la tutela del minore è stata estesa anche al semplice rapporto di convivenza con l'autore del fatto, in tal modo ricomprendendo fra le ipotesi di violenza sessuale aggravata anche quelle relazioni di convivenza che non erano prese in considerazione dall'ordinamento precedente.

Vengono così prese in considerazione anche le relazioni con i nuovi compagni dei genitori affidatari e del resto tale innovazione si imponeva a causa dell'aumento degli inserimenti di minori in nuovi nuclei familiari diversi da quello originario con tutti i conseguenti pericoli da ciò derivanti; la casistica ci dice infatti che purtroppo non è infrequente che autori di abusi sessuali sui minori siano i nuovi compagni delle madri ovvero zii o nonni conviventi.

È stata poi inserita, al II° comma dell'art. 609-quater del codice penale, la regola della non punibilità del minorenne che abbia compiuto atti sessuali consenzienti con altro minorenne che abbia almeno compiuto gli anni tredici, purchè però la differenza di età tra i due soggetti non sia superiore a tre anni.

La legge in tal modo, pur prendendo doverosamente atto dei mutati costumi sessuali degli adolescenti, ha mantenuto fermi i principi basilari della tutela dei minori dall'abuso sessuale in quanto ha stabilito che, comunque, una minore di anni tredici non può mai essere considerata in grado di esprimere un valido consenso

all'atto sessuale ed inoltre ha chiarito che la sfera della non punibilità non è illimitata per i rapporti consenzienti, vincolando opportunamente la non punibilità ai casi in cui non vi siano differenze d'età particolarmente apprezzabili tra i due adolescenti, ossia appunto il limite di tre anni di differenza d'età.

Noi sappiamo infatti che una ragazzina minorenne può essere indotta all'atto sessuale anche senza violenza né minaccia bensì attraverso suggestioni di vario tipo, o pressanti induzioni, o allettamenti o inganni che, per un soggetto ancora immaturo, creano ugualmente condizionamenti difficilmente superabili e che portano alla espressione di un consenso all'atto sessuale minato dall'inganno ovvero dalla suggestione altrui.[2]

Per questo il legislatore ha previsto la non punibilità solo quando fra i due soggetti la differenza di età non sia superiore a tre anni giacchè quando la differenza di età è superiore a tale limite aumenta vertiginosamente la possibilità che il consenso all'atto sessuale sia solo apparente perché in realtà subdolamente estorto con gli inganni e le suggestioni cui prima si faceva cenno.

Concludendo questa veloce disamina del reato di violenza sessuale possiamo quindi certamente ribadire che la nuova normativa in tema di abusi sessuali abbia costituito, rispetto al precedente ordinamento giuridico, un grande passo in avanti per la nostra civiltà giuridica. Ed a questa conquista se ne sono aggiunte anche altre.

Ad esempio, con l'introduzione del nuovo codice di procedura penale dello strumento dell'incidente probatorio. Grazie a tale meccanismo è oggi possibile, nell'ambito di un processo penale per violenza sessuale, ascoltare ed interrogare subito la vittima del reato senza più la necessità di doverla sottoporre successivamente ad altri interrogatori nel corso dei lunghi processi di I° e II° grado. In questo modo si riesce a limitare al minimo il trauma della rivisitazione giudiziaria dell'abuso sessuale subito e questo è un risultato fondamentale soprattutto per i minori vittime di violenza sessuale in quanto permette loro di uscire rapidamente dal processo il quale ultimo continuerà magari anche per anni, ma senza la presenza nelle aule giudiziarie del minore abusato. In tal modo il minore, lontano dalle battaglie giudiziarie e dai clamori del processo, potrà meglio seguire il proprio percorso psicoterapeutico e curare le proprie ferite con l'aiuto della rete di protezione dalla quale verrà circondato.

Una ulteriore integrazione alla disciplina penale per la tutela del minore vittima di

[2] A.C. MORO, op. cit.,

abusi sessuali si è avuta poi con l'approvazione della legge nr. 269 del 1998 che ha istituito nuove figure delittuose a tutela del ragazzo in materia di prostituzione minorile, di pornografia minorile e di turismo sessuale; inoltre, a tutela di ogni bambino del mondo, è previsto che tali nuovi reati siano contestabili anche al cittadino italiano che commetta tali fatti all'estero.

E' da notare che la nuova legge non si limita a colpire anche pesantemente chi sfrutta direttamente un minore al fine di realizzare esibizioni pornografiche o di produrre materiale pornografico; infatti, nella consapevolezza della difficoltà di contrastare questi fenomeni nascosti e di individuare gli autori di questa turpe attività, il nostro legislatore ha imboccato anche un'altra strada per proteggere i minori.

Si è così cercato di ridurre l'incentivo a queste forme di sfruttamento colpendo non solo "a monte" chi produce, ma soprattutto colpendo anche "a valle" chi consuma il prodotto realizzato attraverso lo sfruttamento dei minori e riducendo così drasticamente i potenziali utenti di questi prodotti e, quindi, riducendo, a monte, l'interesse economico alla loro produzione.

Viene così sanzionato penalmente chi commercia materiale pornografico di questo tipo; chi, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga o pubblicizza il materiale; chi cede ad altri, anche a titolo gratuito, materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento dei minori.

In base a questa legge quindi non vi è nessuna tolleranza nei confronti di chi, pur senza danneggiare direttamente il minore, utilizza o fa circolare materiale in cui venga rappresentato uno sfruttamento sessuale di un minore; questa tolleranza zero appare assolutamente giustificata non solo perché la visione di questo materiale può suscitare o sviluppare insani desideri di agire personalmente ciò che si è visto raffigurato, ma anche, anzi principalmente, perché chi acquista e detiene o distribuisce materiale di questo tipo ovviamente stimola e fa accrescere la domanda di materiale pornografico in cui vengono utilizzati i bambini, il che và poi ad influire sull'offerta di tale materiale di cui, in qualche modo, viene sollecitata una sempre più abbondante e nuova produzione.

E, tuttavia, lo sfruttamento dei minori a fini sessuali di cui abbiamo parlato fino ad ora non è purtroppo l'unico tipo di sfruttamento subdolo e devastante in danno dei minori; difatti l'ordinamento penale si preoccupa anche di tutelare il minore dallo sfruttamento della sua persona ad opera di terzi; anche tale tipo di sfruttamento,

infatti, è una delle più ignobili forme di violenza nei confronti delle personalità in formazione.

Una delle forme più gravi di sfruttamento della personalità minorile è quella di approfittare della sua situazione di debolezza per assoggettarlo al dominio di un adulto che tende a plasmarlo e ad utilizzarlo, non secondo gli interessi del soggetto in età evolutiva bensì secondo propri ed esclusivi interessi.

Per la verità è prevista, attraverso la previsione del reato di circonvenzione di incapaci, la punibilità di chi abusa delle passioni, dei bisogni e delle inesperienze di una persona minore e, tuttavia, il nostro sistema penale vincola la sussistenza del citato reato e la punibilità dell'abusante alla sola ipotesi in cui l'anzidetto sfruttamento sia finalizzato a far compiere al minore atti che possano avere conseguenze sul piano patrimoniale.

A ben vedere, però, appare davvero singolare che sia prevista la punibilità di chi sfrutta a scopi di lucro e che, invece, non esista alcuna norma che sancisca una almeno uguale responsabilità penale per chi induca il minore, al di fuori della sfera patrimoniale, a compiere atti gravemente lesivi per il suo regolare sviluppo fisico o psichico.

In civile, in particolare nelle procedure di tutela dei minori con verifica delle capacità genitoriali ex art. 330-333 codice civile, da poco la giurisprudenza di merito sta individuando una nuova figura giuridica denominata "*acting"* per designare la capacità di subornazione dei minori da parte, ad. es. , della madre che "convince il figlio, subdolamente, nel tempo, in maniera continuativa e persistente, con discorsi distorti, esempi esagerati e mezze verità, ad odiare il padre fino al punto che il minore non vuole più né vederlo né sentirlo".

In realtà esisteva nell'ordinamento giuridico precedente una fattispecie legale che tutelava queste situazioni, almeno in campo penale; era il reato di plagio, che sanzionava con una pena da 5 a 15 anni di reclusione chiunque sottoponeva una persona al proprio potere in modo da ridurla in stato di soggezione.

Nel 1981 però la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma che prevedeva il reato di plagio a causa della imprecisione e della indeterminatezza della sua formulazione che si prestava a dubbie interpretazioni.

Tuttavia le nuove realtà e le nuove dinamiche sociali ed etniche portano alla nostra attenzione alcuni fenomeni di cui prima, forse, non si aveva piena contezza.

Oltre agli esempi fatti prima e che trovano ingresso in perverse forme di conflittualità fra ex coniugi ovvero ex compagni, non è

infrequente nella nostra realtà sociale, il caso di persone o di sette, religiose o parareligiose, che, attraverso una subdola opera di manipolazione, asserviscono il minore, e tante volte anche i maggiorenni, al dominio proprio.

Né possiamo dimenticare il caso dei minori di etnia slava e rom, spesso venduti dai genitori a persone che poi portano tali bambini in altri paesi dove li inducono e li obbligano alla sistematica perpetrazione di reati, in particolare dei furti in appartamento.

La giurisprudenza ha talora tentato di riempire il vuoto legislativo lasciato dall'abolizione del reato di plagio, utilizzando, con una certa forzatura, per tali situazioni il reato di riduzione in schiavitù ma esistono non pochi problemi giuridici e contrasti fra dottrina e giurisprudenza per l'applicabilità di tale reato ai fenomeni di cui stiamo parlando.

E' quindi auspicabile che il nostro legislatore formuli una nuova tipologia di reato, sostitutiva della vecchia fattispecie del plagio, per chi, mediante violenza, minacce o suggestioni, o approfittando dell'inesperienza di una persona minore d'età, ponga il minore in stato di soggezione tale da escludere o limitare grandemente le sue libertà personali e la sua capacità di sottrarsi alle imposizioni altrui, ovvero induca il minore a compiere singoli atti gravemente lesivi della sua salute fisica o psichica.

E, sempre in tema di sfruttamento di minori non per fini patrimoniali, non è possibile tralasciare una triste realtà nota come " il mercato dei bambini".

Nel nostro paese, negli ultimi anni, si è venuto infatti sviluppando il fenomeno della vendita dei bambini a scopo di adozione; l'aumento della sterilità tra le coppie, la drastica riduzione delle nascite non desiderate a seguito della diffusione degli anticoncezionali, la liceità della interruzione della gravidanza e l'esasperato bisogno di un figlio per sentirsi "normali" o, peggio, per tentare di ricompattare una coppia in difficoltà, tutto questo ha alimentato una specie di caccia al bambino da adottare, ricorrendo a qualunque strumento, anche se illecito.

Questo fenomeno, che riduce il bambino ad un oggetto di commercio misconoscendone la personalità e conculcandone il diritto ad una adozione da parte di una coppia idonea e selezionata, è stato preso in considerazione dal nostro ordinamento giuridico che ha cercato di stroncarlo o almeno di ridurlo, attraverso la creazione di nuove ipotesi di reato.

La legge del 1983 sull'adozione ha così previsto i seguenti delitti:

1) l'omessa segnalazione al Tribunale dei minorenni delle situazioni di minori

abbandonati; con questa norma la legge tende a scoraggiare chi, attraverso l'omissione di un pubblico ufficiale compiacente e prezzolato, abbia come scopo l'appropriazione illecita del bambino abbandonato;

2) l'illecito affidamento; tale reato prevede pene detentive per chiunque, in violazione della legge sull'adozione, affida a terzi, con carattere di definitività, un minore ovvero lo avvia all'estero perché sia definitivamente affidato;

3) contro il mercato internazionale dei minori la legge poi sanziona penalmente l'attività di chiunque, per procurarsi denaro o altra utilità, introduce nello Stato Italiano uno straniero minore d'età affinché sia definitivamente affidato a cittadino italiano. Altre norme sanzionano penalmente la condotta di chi, per l'adozione di un minore straniero, si avvalga dell'opera di associazioni, organizzazioni, enti o persone non autorizzate nelle forme di legge.

Come si è compreso, il sistema penale offre solo e può offrire solo una tutela di tipo preventivo; creando ipotesi di reato che prima non c'erano, abolendo distinzioni obsolete fra diverse forme di violenza, inasprendo le pene per chi si macchia di tali reati e contemplando circostanze che aggravano ulteriormente il reato e le relative pene quando l'abuso viene compiuto in danno di minori. In buona sostanza il legislatore penale incrementa la tutela indiretta e preventiva del minore, quale potenziale vittima del reato, in quanto avverte il potenziale soggetto attivo del reato che verso di lui non vi sarà alcuna tolleranza e che le pene saranno severissime con esclusione anche di taluni benefici previsti dall'ordinamento penitenziario.

In poche parole la tutela penale preventiva consiste solo nell'incutere timore al potenziale soggetto attivo del reato il quale sa che, se verrà scoperto ed assicurato alla giustizia, riceverà sanzioni appropriate e senza sconti.

Quando però tale timore non riesce a fungere da deterrente ed il reato viene comunque posto in essere, non si può parlare di un effettivo sistema di tutela penale della parte lesa giacchè la successiva punizione del colpevole attraverso l'inflizione di svariati anni di reclusione di per sé non cura né lenisce i traumi della violenza subita dal minore.

E quindi la vera tutela del minore vittima del reato si sposta necessariamente dall'ambito penale a quello civile.

Innanzitutto occorre dire che tutti i giudici, anche quelli che non operano nel campo minorile, segnalano sempre al Tribunale dei Minorenni in sede civile ogni vicenda in cui un minore appaia la potenziale

vittima di un reato commesso in suo danno da persone maggiorenni.

Questa segnalazione è poi resa obbligatoria, ai sensi dell' art. 609 decies del codice penale, quando si procede per i reati di riduzione in schiavitù, sfruttamento della prostituzione o della pornografia minorile, tratta di persone, acquisto e alienazione di schiavi e soprattutto quando si procede per reati di violenza sessuale in danno di minorenni.

Già in base all'art. 609 decies, in tutti questi casi, la legge assicura l'assistenza affettiva e psicologica della persona offesa minorenne, ammettendo in ogni stato e grado del procedimento la presenza dei genitori o di altre persone idonee; in ogni caso al minorenne viene assicurata l'assistenza immediata dei Servizi Sociali minorili dell' Amministrazione della giustizia e dei Servizi istituiti dagli enti locali.

In caso di necessità ed urgenza, come meglio vedremo appresso, il Tribunale per i minorenni può anche immediatamente, e salvo verifiche successive, allontanare il minore dal luogo di abitazione e collocarlo in una casa famiglia; in questo modo, come tutti voi potete ben comprendere, si realizza una tutela diretta ed efficace del minore.

Difatti, mentre da un lato, potrebbero occorrere anni per accertare le responsabilità penali e condannare il colpevole di reati contro il minore, per altro verso, grazie alla tutela offerta dal procedimento civile, il minore, ove necessità o prudenza lo consiglino, può essere subito allontanato dai luoghi ove potrebbe continuare a subire le violenze e collocato in un istituto dove il minore può essere difeso, tranquillizzato, curato e dove il minore stesso può più facilmente aprirsi e raccontare le violenze subite stando a contatto con esperti del settore, assistenti sociali, operatrici e psicologi.

Gli stessi Servizi Sociali, non appena vengono a conoscenza di un minore in gravi difficoltà o in stato di abbandono possono immediatamente ed ancor prima di avvisare l' Autorità Giudiziaria provvedere autonomamente a compiere gli atti urgenti a tutela del minore; ai sensi dell'art. 403 del codice civile i Servizi Sociali possono infatti collocare il minore in una casa famiglia a mezzo di un decreto urgente del Sindaco, salvo poi le successive verifiche del Tribunale per i minorenni.

Pur di intervenire subito quando un minore sia vittima di un reato o comunque si trovi in una grave situazione di pregiudizio, l'ordinamento giuridico ha persino messo da parte la naturale avversione verso le segnalazioni anonime. Ed infatti, mentre gli esposti anonimi a carico di maggiorenni

non possono, o almeno, non potrebbero essere utilizzati, tanto che la legge prevede che siano conservati per un certo numero di anni e poi distrutti, al contrario le segnalazioni anonime di reati in danno dei minori vengono persino incoraggiate, come ad esempio nel caso della pubblicità che viene fatta anche a mezzo della televisione in favore del telefono azzurro.

Certamente non si prende nessun provvedimento immediato in base alla segnalazione anonima e tuttavia la fondatezza o meno dell'esposto viene subito verificata a mezzo della polizia giudiziaria o dei Servizi Sociali.

Tutto questo serve proprio per approntare una immediata tutela del minore ed anche il procedimento civile dinanzi al Tribunale per i minorenni è concepito per offrire una immediata tutela. Il Tribunale, infatti, non è vincolato da formalità eccessive e non soffre di limiti soffocanti; può agire con celerità anche perché, apposta per favorire questo tipo di tutela, l'ordinamento giuridico non indica una precisa tipologia di interventi che il giudice minorile può assumere, lasciando più opportunamente alla sua discrezionalità, ed alla peculiarità del caso concreto sottoposto al suo esame, il compito di delineare l'intervento più idoneo ed efficace.

Nel procedimento civile di tutela, il Tribunale per i minorenni ha come punti di riferimento solo poche norme, fra le quali le più importanti sono quelle dettate dagli art. 330 e 333 del codice civile.

Tali norme sono quelle che prevedono il controllo della potestà genitoriale e i provvedimenti limitativi o ablativi della potestà genitoriale.

Non deve stupirci che il procedimento civile a tutela del minore vittima di un reato vada a collimare con il medesimo procedimento di verifica ed eventuale limitazione della potestà dei genitori.

Da un lato infatti queste norme, attribuendo al giudice –come si è detto prima- una ampia facoltà di decidere le misure più opportune, consentono di tutelare al tempo stesso sia il minore vittima di reato sia il minore vittima non di un reato ma di una condotta pregiudizievole di uno o di entrambi i suoi genitori.

Dall'altro lato vi è poi da ricordare che molti reati in danno dei minori vengono commessi proprio dai loro genitori.

Infine, per quei casi in cui il genitore non sia responsabile del reato sofferto dal proprio figlio, la legge penale si occuperà di condannare il colpevole ma la legge civile dovrà comunque verificare se la famiglia del minore sia stata e se sia ancora

tutelante tanto da consentire al minore di uscire dal trauma ricevuto.

Può farsi l'ipotesi di una minorenne, figlia di una coppia separata ed affidata alla madre, che, quando và a casa del padre, viene molestata sessualmente dal nonno paterno.

Poiché l'azione penale risulta obbligatoria, interesse dello Stato sarà anche quello di punire ovviamente il nonno abusante semprechè, poi, non risulti affetto da demenza senile; ma è chiaro a tutti che il vero interesse dello Stato in una vicenda come questa è porre in sicurezza la minore e, successivamente, verificare quale sia stata la reazione dei genitori ed in particolare quella del padre della minore alle prime rivelazioni di quest'ultima.

Un padre che dia per scontato che la propria figlia dica bugie, che la minacci di non andare in giro a raccontare queste storie, che non si ponga, nemmeno per prudenza, il dubbio e la necessità di verificare, magari per non infangare l'onorabilità del suo vecchio genitore, è certamente un padre poco tutelante anche se non è lui l'abusante.

Ed allora il vero interesse dello Stato, una volta accertati il pericolo e l'attendibilità della minorenne, sarà quello di non far andare la minore a casa del padre e, per far questo, secondo i casi, il giudice potrà limitarsi a sentire le parti e ad impartire severe prescrizioni al padre poco tutelante, ma potrà anche sospenderlo dalla potestà genitoriale, vietare gli incontri padre-figlia o renderli protetti ossia imporre che gli stessi avvengano presso il consultorio; infine il Tribunale nei casi più gravi può anche dichiarare questo padre completamente decaduto dalla potestà genitoriale.

Da questo esempio possiamo quindi ricostruire meglio il procedimento civile di tutela e le ragioni del controllo sulla potestà genitoriale.

Difatti la potestà genitoriale è un potere *NON SUI FIGLI* ma *PER I FIGLI.*

La potestà genitoriale non è altro infatti che lo strumento funzionale attraverso il quale il genitore adempie al dovere di mantenimento, istruzione ed educazione del figlio per cui appare anche logico che l'ordinamento preveda un controllo sulla corrispondenza effettiva tra l'esercizio della potestà e le finalità per le quali quel potere è stato attribuito.

La legge pertanto riconosce innanzitutto la possibilità per il giudice di dichiarare la decadenza dalla potestà allorquando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio.

Certamente ricorre una simile ipotesi ogni qual volta un genitore si renda colpevole di reati gravi nei confronti del figlio; ma, a

dimostrazione di come sia duttile tale norma, occorre dire che, per la sua applicazione non è assolutamente necessario che la violazione dei doveri, la trascuratezza e l'abuso siano qualificabili come reato né che siano imputabili a dolo o colpa dei genitori.

Difatti, poiché il potere conferito è fondato esclusivamente su esigenze di tutela degli interessi del figlio in età evolutiva, l'elemento della colpa o del dolo non è richiesto, come condizione necessaria, per la dichiarazione di decadenza dalla potestà genitoriale.

Ciò che è rilevante per la legge è solo il grave pregiudizio per il minore per cui, se, oggettivamente, si realizza una violazione dei doveri inerenti alla responsabilità genitoriale e questo provoca grave pregiudizio al figlio, a tutela di questi appare non solo opportuno ma anche necessario escludere il conferimento di un potere che comunque rischia di inquinare il sereno processo formativo del ragazzo.

La condotta gravemente pregiudizievole, rilevante ai fini della dichiarazione di decadenza, può consistere, quindi, non solo in maltrattamenti, totale disinteresse, rifiuto palese del figlio, asprezza e durezza di carattere ma anche nella incapacità di capire i bisogni del minore e nella sua coartazione psicologica, specialmente se tali atteggiamenti siano rimasti immutati pur dopo una seria opera di sensibilizzazione da parte dei Servizi Sociali o dello stesso Tribunale dei minorenni.

Dalla lettura della giurisprudenza emerge una vasta casistica sui comportamenti pregiudizievoli; è stata infatti dichiarata la decadenza dalla potestà genitoriale quando il comportamento del genitore si risolve in caratteristiche di personalità che si riflettono negativamente sull'interesse del minore come, ad es. , l'inadeguatezza educativa per deficienze culturali o per malattia mentale; oppure quando un genitore, ad un mese dalla nascita, affidi il proprio figlio a terzi conosciuti pochi giorni prima allo scopo di farlo adottare; oppure quando siano posti in essere maltrattamenti nei confronti dell'altro coniuge e questo turbi gravemente l'atmosfera familiare e, quindi, l'equilibrio psico-fisico dei figli; oppure, ancora, come è capitato a Torino, quando un padre, dopo anni di separazione dalla famiglia, ricompaia improvvisamente nella vita del figlio dopo aver assunto una identità femminile, causando così, con la sua trans-sessualità, grave turbamento nel bambino che non accetta una così sconcertante figura di padre-madre.

Ad ogni modo, quale che sia la condotta gravemente pregiudizievole che porta alla decadenza dalla potestà genitoriale, si pone

poi il problema di evitare nel concreto i contatti tra il minore ed il genitore decaduto.

Fino a pochi anni fa, in caso di persistenza della convivenza, la legge a tal proposito prevedeva solo la possibilità dell'allontanamento del minore dalla residenza familiare; si veniva così a creare talora una situazione ancora più incresciosa; ad es. il padre, dichiarato decaduto perché alcolizzato e maltrattante, rimaneva nella casa coniugale ed a quel punto la moglie, con il figlio minorenne, erano costretti ad abbandonare la residenza familiare per trovare riparo presso parenti se non in una casa famiglia.

Opportunamente, quindi, il legislatore, con la legge nr. 149 del 2001 ha modificato il secondo comma dell'art. 330 cc prevedendo, accanto all'ipotesi dell'allontanamento del figlio dalla residenza familiare anche l'ipotesi dell'allontanamento da essa del genitore o del convivente che maltratta o abusa del minore.

Una delle questioni più dibattute in relazione ai provvedimenti di decadenza dalla potestà genitoriale emessi dal Tribunale per i Minorenni, è quella della c.d. carenza di garanzie difensive.

E' stato osservato infatti che perdere la potestà genitoriale su di un figlio può essere molto più devastante rispetto ad una condanna penale; eppure, mentre per essere condannato in sede penale occorre un lungo procedimento costellato di garanzie difensive e dalla necessità di provare rigorosamente la responsabilità dell'imputato, al contrario si può arrivare ad una pronuncia di decadenza dalla potestà attraverso un procedimento civile molto più veloce, spesso basato sulle dichiarazioni dell'altro coniuge e del minore e con un accertamento necessariamente sommario basato sulle risultanze delle indagini socio-ambientali espletate dai Servizi sociali.

In realtà questo è un falso problema; a parte il fatto che recentemente è stata resa obbligatoria la difesa tecnica di tutte le parti nel procedimento di tutela dinanzi al Tribunale per i minorenni, noi dobbiamo ricordare due cose essenziali:

1) Innanzitutto per condannare in sede penale un soggetto occorre la prova del dolo o della colpa; invece abbiamo appena finito di osservare che il procedimento teso alla dichiarazione della decadenza dalla potestà può anche prescindere da un dolo o da una colpa del genitore, allorquando si venga a creare oggettivamente una situazione di grave pregiudizio del minore.

2) In secondo luogo dobbiamo ricordare che il procedimento penale tende alla emanazione di provvedimenti che abbiano carattere di definitività una volta

superati i vari gradi del giudizio onde pervenire al c.d. passaggio in cosa giudicata. Viceversa tutti i provvedimenti ablativi o limitatitivi della potestà genitoriale emessi nel procedimento civile di tutela dal Tribunale dei minorenni, essendo tesi alla protezione del minore da un grave pregiudizio, sono tutti e sempre revocabili con la conseguenza che il genitore dichiarato decaduto può in qualsiasi momento essere reintegrato nella potestà genitoriale appena vengano a cessare le ragioni per cui la decadenza è stata pronunciata e non vi sia più pericolo di pregiudizio.

Fin qui abbiamo parlato solo della decadenza dalla potestà genitoriale e tuttavia, per casi meno gravi, il giudice può limitarsi a convocare le parti per consentire, attraverso una presa di coscienza collettiva del problema da parte degli appartenenti al nucleo familiare, quelle mutazioni delle relazioni familiari che possano appagare spontaneamente le esigenze del minore; oppure il giudice, attraverso le prescrizioni, può imporre gli opportuni comportamenti che i genitori devono tenere nei confronti del figlio; può prescrivere anche percorsi di rafforzamento delle capacità genitoriali ma anche terapie psicologiche o sociali ai genitori; può disporre l'affidamento del minore o dell'intero nucleo familiare ai Servizi Sociali per interventi di vigilanza e di sostegno pedagogico e psicologico. Nei casi più gravi il giudice potrà disporre l'allontanamento del minore dal nucleo, il suo collocamento in casa famiglia e potrà dichiarare uno o entrambi i genitori sospesi dalla potestà genitoriale fin quando non cesserà il pericolo di pregiudizio per il minore.

Anche qui, scorrendo la giurisprudenza, troviamo una vasta casistica di interventi; l'art. 333 è stato infatti utilizzato, ad esempio, per consentire l'allontanamento del minore dalla residenza familiare a tutela delle sue scelte ideologiche e culturali; oppure per consentire ad una ragazza di coltivare relazioni che i genitori immotivatamente vietavano; oppure per consentire le visite dei nonni; oppure ancora per assicurare, ad un minore in pericolo di vita, la necessaria trasfusione del sangue alla quale i genitori erano contrari per motivi religiosi.

Bibliografia:

- Alfredo Carlo Moro, Manuale di Diritto Minorile, III° ediz., Zanichelli, Bologna.
- Alfio Maggiolini, La possibile coerenza tra obiettivi psicologici e penali nell'intervento con gli adolescenti sottoposti a procedimenti penali; in Minori e giustizia, Franco Angeli editore, nr. 1/2007.
- Franco Occhiogrosso, La "nuova" Devianza Minorile; in Minori e giustizia, Franco Angeli editore, nr. 1/2007.
- Galoppi e Grasso, Infraquattordicenni: recrudescenza criminale e prospettive di modificazione della normativa vigente, in Dir. Fam. 1993, nr. 3.
- Mario Covelli, Manuale di legislazione penale minorile, Satura Editrice 2006.
- Pepino, Chi ha paura della non imputabilità minorile? In Minori e Giustizia nr. 4/1996 pag. 47.
- Levi, Identificazione della norma giuridica nella capacità di intendere e di volere del minore fra i 14 ed i 18 anni; in Cuomo (a cura di), Giudici, psicologi e delinquenza giovanile, Milano 1982;
- Mazzei, Sulla capacità di intendere e di volere in età evolutiva; in Esper. Di Ried., 1984, nr. 2;
- Barsotti, Calcagno, Losana, Vercellone; Sull'imputabilità dei minorenni fra i 14 ed i 18 anni; ; in Esper. Di Ried., 1976, nr. 3;
- Manera, Sulla capacità di intendere e di volere dei minori infradiciottenni, in Giur. it., 1984, II°, 254.

Nicola Ciccarelli
Sostituto Procuratore della Repubblica
presso il Tribunale per i Minorenni di Napoli

Prof.ssa Andreana Esposito

Fonti sovranazionali e ruolo del giudice minorile.

Obiettivo di questo scritto è delineare – partendo proprio dalle affermazioni giurisprudenziali europee - un quadro di quale possa e debba essere la posizione del giudice comune nell'attuale assetto di rapporti con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ciò che sono pertanto interessata a sottolineare è il *ruolo del giudice* nella ricerca di soluzioni equilibrate tra le istanze che gli provengono dagli ordinamenti nazionali e dal diritto convenzionale.

Dividerò l'esposizione del tema in due parti: nella prima affronterò, necessariamente in modo sintetico, il tema del rapporto tra le fonti e della reazione del giudice nazionale al cospetto di fonti di derivazione diversa;; nella seconda esporrò, alcune questioni risolvibile dal giudice comune alla luce della giurisprudenza di Strasburgo.

1. Nelle Relazioni sull'amministrazione della giustizia degli ultimi anni è ormai uso soffermarsi sul fenomeno, in continua evoluzione, del *dialogo* tra giudici nazionali e sovranazionali, espressivo dello svolgersi di un "nuovo rapporto tra giurisdizione e territorio", tale da far acquisire al giudice italiano "un respiro europeo" e da far divenire il nostro ordinamento parte di un sistema sovranazionale (sia UE che C.E.D.U.), *a rete* e non più *a piramide*[1], con riscontri nuovi nell'assetto costituzionale (sia nella riforma dell'art. 111, secondo comma, Cost., che in quella dell'art. 117, primo comma, Cost.).

Si assisterebbe, dunque, ad una *metamorfosi dei confini* nella misura in cui i confini territoriali perdono la tradizionale funzione di differenziazione e si deterritorializzano, venendo tracciati confini socio-spaziali ulteriori a partire

[1] Sulla necessità di individuare un paradigma alternativo in grado di cogliere il passaggio da un sistema gerarchico ad un sistema reticolare, cfr. BERNARDI, L'europeizzazione del diritto e della scienza penale, Torino, Giappichelli, 2004, pp 84 e ss; ID Entre la pyramide et le réseau: les effets de l'européanisation du droit sur le système pénal, in Revue interdisciplinaire d'études juridique, 2004-52, pp. 1 e ss; DONINI, Il volto attuale dell'illecito penale, Milano, Giuffrè, 2004, pp 145 e ss.; EPIDENDIO, Diritto comunitario e diritto penale interno, Giuffrè, 2007; OST- VAN DE KERCHOVE, De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit, Bruyllant, 2002; ID De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit? in Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2000, pp. 1 e ss; VOGLIOTTI, Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale? in Politica del diritto, 2001 pp. 664 e ss; ID. La 'rhapsodie': fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal, in Revue interdisciplinaire d'études juridique, 2001, pp. 141 e ss.; ID, L'érosion de la pyramide juridique moderne, in Revue interdisciplinaire d'études juridique, 2005- 55, p.1 e ss.

dalla «moltiplicazione degli spazi dell'azione sociale».

Di qui, per l'appunto, l'esigenza, o meglio la necessità, del dialogo, ascendente e discendente, tra giudici nazionali e giudici sovranazionali; un dialogo del quale, in questa sede, darò sinteticamente conto in relazione al versante della Convenzione europei dei diritti umani.

1.1. A tal riguardo va subito osservato che la tessitura del rapporto tra l'ordinamento italiano e la giurisdizione relativa alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (da ora Convenzione) ha assunto una trama del tutto nuova a seguito delle sentenze (c.d. "gemelle") n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, sicché, per delinearne i contorni attuali, occorre appunto muovere dalla "svolta" costituita da dette pronunce e dalle successive conferme che le stesse, sempre nell'ambito della giurisdizione costituzionale, hanno ricevuto.

Il rango e l'efficacia delle norme C.E.D.U., nonché il ruolo che i giudici nazionali e la Corte EDU rispettivamente rivestono nella interpretazione e nell'applicazione della Convenzione, sono delineati dal più recente orientamento della giurisprudenza costituzionale, muovendo dalla considerazione che l'espressione *obblighi internazionali* contenuta nell'art. 117, primo comma, Cost., riferendosi alle norme internazionali convenzionali anche diverse da quelle comprese nella previsione degli artt. 10 e 11 Cost., ha «colmato la lacuna prima esistente quanto alle norme che a livello costituzionale garantiscono l'osservanza degli obblighi internazionali pattizi», con la conseguenza che «il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della C.E.D.U., si traduce in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.»[2].

Sul punto I giudici costituzionali sono, poi, ritornati nella decisione n. 39 del 2008[3], in cui, attraverso la tecnica di *citazione manipolativa* del precedente, sottolineavano che le decisioni del 2007 avevano precisato che la peculiarità delle norme della CEDU nell'ambito della categoria delle norme interposte sta «*nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi»*. Un vincolo interpretativo, dunque, assoluto e incondizionato alla giurisprudenza della Corte europea in capo ai giudici comuni**.** Vincolo poi confermato

[2] Così Corte costituzionale, sentenze nn. 348 e 349 del 2007.

[3] Corte Costituzionale sentenza del 27 febbraio 2008 n. 39.

dalle decisioni 311 e 319[4] del 2009 dove espressamente si dice che alla Corte costituzionale, salvo ovviamente la possibilità che una norma CEDU sia in contrasto con la Costituzione, «è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve» (sent. 311/09)[5].

Questo atteggiamento è stato poi confermato con la sentenza n. 80 del 2011, in cui il giudice delle leggi si irrigidisce sulle posizioni assunte nelle "prime" sentenze gemelle del 2007, sia quanto al divieto di disapplicazione della norma interna non convenzionalmente conferme sia in relazione all'obbligo di piena ed immodificabile sottoposizione del giudice interno ai *dicta* di Strasburgo [6i].

Tale decisione ben può assumere il ruolo di guida per il giudice comune che, ponendosi tranquillamente nel solco tracciato dalla Corte costituzionale, non dovrà far altro che verificare la compatibilità della norma interna con quella convenzionale, provare a utilizzare, se del caso, il canone esegetico dell'interpretazione convenzionalmente orientata e, in caso di irrimediabile difformità, sollevare questione di legittimità costituzionale innanzi alla Consulta per fare dichiarare l'incostituzionalità della norma nazionale rispetto a quella convenzionale, con valenza di parametro interposto dell'art. 117 primo comma Cost.

Con alcune sentenze del 2011, in particolare con la n. 236, infine, la Corte costituzionale ha un po' aggiustato il tiro quanto al grado di vincolatività cui sarebbe tenuto il giudice nazionale (e quello costituzionale in particolare) rispetto alla giurisprudenza europea[7]. La Corte, infatti, pur ribadendo di non potersi sostituire nell'interpretazione di una disposizione della CEDU a quanto operato dalla Corte di Strasburgo, si è ritagliata il potere di

[4] Corte Costituzionale sentenza del 4dicembre 2009 n. 319.

[5] Corte Costituzionale sentenza del 26 novembre 2009 n. 311.

[6]Nel commentare la sent. n. 80/2011, A. RUGGERI, La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011), in www.forumcostituzionale.it, ritiene sibillina l'affermazione della Corte secondo cui la CEDU sarebbe inidonea ad integrare la Costituzione, nel contesto di una pronuncia che valorizza i profili di separazione tra gli ordinamenti a tutto discapito di quelli d'integrazione, contrariamente a quanto la Corte aveva fatto nelle sentt. nn. 311 e 317/2009, nelle quali a giudizio dell'Autore la Corte aveva aperto all'adozione di meccanismi di salvaguardia dei diritti fondamentali della persona di fattura assiologico-sostanziale. Non dissimile pare il giudizio espresso da A. RANDAZZO, Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale, in www.giurcost.org.

[7] Quasi a voler accontentare le richieste provenienti da parte della dottrina: v., per tutti, BIGNAMI, Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 1/2011; CONTI, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo dei giudici, Aracne, 2011; ID, La scala reale della Corte Costituzionale sulla tutela della CEDU nell'ordinamento interno, in Corr. giur., 9/2011, 1243 ss.; RUGGERI, Il giudicato all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2/2011, nonché in Legisl. pen., 2/2011.

"valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano".

Richiamando il margine di apprezzamento che il sistema convenzionale riconosce agli Stati nel valutare, in particolare, l'ampiezza delle limitazioni all'esercizio dei diritti garantiti dal testo europeo, i nostri giudici, utilizzando un'espressione già presente in altra pronuncia[8], hanno quindi affermato che le indicazioni di Strasburgo *non sono da prendere per oro colato*[9] ma devono essere rispettate nella loro *sostanza*.

In definitiva, il *modus operandi* del giudice nazionale in caso di ipotizzato conflitto tra una norma interna ed una norma convenzionale dovrà essere quello di attivarsi, in prima battuta, per giungere, nei limiti di quanto consentito dalla formulazione della disposizione ed alla luce degli ordinari canoni di ermeneutica giuridica, ad una *interpretazione conforme* della norma interna a quella pattizia. In quest'opera, l'interprete dovrà avere riguardo alla «giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente», in modo tale da rispettarne la "*sostanza*"[10].

Ove, poi, l'interpretazione conforme non sia in grado di conformare le diverse disposizioni di origine interna e di origine europea, e permanga, al contrario, il supposto conflitto tra le due norme, il giudice nazionale è tenuto a sollevare, in riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost. la questione di legittimità costituzionale della norma interna confliggente.

Con ciò si esclude, dunque, che il giudice comune, a differenza di quanto accade per le norme del diritto comunitario ad *effetto diretto*, possa «procedere all'applicazione della norma della C.E.D.U. … in luogo di quella interna contrastante».

Nell'ambito del giudizio di costituzionalità, e prima di invalidare la norma interna, la Corte costituzionale, dunque, sarà tenuta a verificare l'esistenza del denunciato contrasto e l'impossibilità di una sua ricomposizione attraverso una interpretazione *convenzionalmente orientata* nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo. In tale operazione, il nostro giudice delle leggi dovrà anche constatare che la disciplina nazionale offra, comunque, un minor tasso di tutela rispetto a quanto garantito dalla C.E.D.U., «dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile

[8] Corte costituzionale, sentenza n. 311 del 2009.
[9] Così, RUGGERI, La Corte costituzionale "equilibrista", tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU, in giurcost.org.
[10] Tra le altre, Corte costituzionale sentenza n. 311 del 2009.

dalla stessa Convenzione europea all'art. 53»[11].

É proprio in siffatto specifico contesto che, però, trova spazio, anche in relazione alla Convenzione, la *teoria dei controlimiti*: la Corte costituzionale si è riservata il compito di verificare «se la norma della C.E.D.U., nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione», così da impedire «l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.», con la conseguenza della «illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento».

Sebbene sia lo stesso Giudice delle leggi a definire come "ipotesi eccezionale" una simile possibilità, cionondimeno si è prefigurata una più ampia operatività, con riferimento al diritto convenzionale, dei *controlimiti* di quanto essi non possano nei confronti del diritto comunitario (ora *euro unitario*), rispetto al quale vengono in rilievo non già tutte le norme della Costituzione (come, per l'appunto, avviene in relazione alla Convenzione), quanto soltanto i "princípi fondamentali dell'ordinamento costituzionale" ed i "diritti inviolabili dell'uomo", dalla stessa Carta Fondamentale garantiti.

Da ultimo, è necessario precisare come, in forza di quanto affermato dalla recente sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale, la sopravvenienza del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con legge 2 agosto 2008, n. 130, che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, non ha mutato i termini del "dialogo" come sopra ricostruito.

In breve, la citata pronuncia del Giudice delle leggi ha escluso che possa valere per le norme della Convenzione, estranee alle materie comunitarie, lo stesso meccanismo – della disapplicazione del diritto interno contrastante – che opera in favore delle norme dell'Unione europea.

2. Passo, ora, ad analizzare alcune questioni affrontate e risolte dalla Corte di Strasburgo, la cui conoscenza potrebbe – o dovrebbe – rivelarsi necessaria per il giudice minorile italiano.

In riferimento alla tutela dei diritti dei figli minori, quali coordinate di carattere generale, alla cui luce leggere poi le singole vicende che hanno riguardato l'Italia è bene sottolineare come il concetto di famiglia elaborato dalla Corte di Strasburgo non solo è indipendente dal vincolo di coniugio tra i genitori stessi, ma prescinde talvolta persino dal

[11] Corte costituzionale, sentenza n. 311 del 2009.

riconoscimento giuridico del vincolo di filiazione[12]. Alla luce della giurisprudenza europea, punto fondamentale è, infatti, che non può operarsi una distinzione tra famiglia legittima e famiglia naturale per quanto riguarda i diritti dei figli alla relazione con i genitori e la relativa tutela[13]. Ugualmente la Corte di Strasburgo ricorda che dal momento della nascita, si crea un legame tra figlio e genitori che costituisce un legame familiare e che non può essere limitato o rescisso se non in situazioni eccezionali, ponendo agli Stati obblighi negativi e obblighi positivi.

Prestando particolare attenzione a casi che hanno interessato vicende italiane, ho operato una selezione degli argomenti di possibile interesse per il giudice civile e ho concentrato la mia attenzione su tre specifici argomenti, di rilevanza per il giudice minorile, quali:

a) L'affidamento del minore, in caso di separazione dei coniugi;

b) l'affidamento del minore a terzi;

c) la delibazione del provvedimento di adozione internazionale di minore a favore di persona singola;

d) sottrazione internazionale di minore-

a. L'affidamento del minore nel rapporto tra genitori separati.

In materia di affido minorile, la sentenza resa dalla CEDU nel caso *Piazzi* contro *Italia,* del 2 novembre 2010, è esemplificativa: nel 1999, un minore già affidato alla madre si trasferisce, dopo il divorzio ed unitamente al genitore affidatario, in un'altra città distante 250 chilometri, dove la madre contrae nuovo matrimonio. Dopo circa due anni da questo evento (e, quindi, consolidandosi, da un lato, la lontananza dal padre e dall'altro, la consuetudine di vita con la madre) il minore dichiara alla nonna *materna* di avere subito palpeggiamenti sessuali dal padre, con il conseguente ricorso della madre ad un avvocato che intima a quest'ultimo di non incontrare più il figlio. Il ricorso del padre al Tribunale per i minorenni di Venezia avvia le consuete procedure di indagini con affidamento del minore ai servizi sociali locali; nel 2003, infine, lo psicologo deposita una relazione nella quale giunge alla conclusione che i fatti denunciati dal minore sono frutto della sua immaginazione.

[12] Nel senso di riconoscere la violazione dell'art. 8 della Convenzione indipendentemente dal vincolo giuridico di filiazione: Corte Keegan c. Irlanda, sentenza del 26 maggio 1994; e anche Kroon e altri c. Paesi sentenza del. 27 ottobre 1994.

[13] Nella sentenza Khan c. Regno Unito del 12 gennaio 2010, la Corte, ha confermato il principio secondo il quale i bambini nati o da una coppia sposata o da una coppia di conviventi sono ipso jure parte di questa famiglia fin dal momento della nascita e che tra i bambini e i loro genitori esiste una vita familiare. Sul punto, cfr. Corte, Lebbink c. Paesi Bassi, sentenza del 1 giugno 2004; Kroon e altri c. Paesi Bassi, sentenza del 27 ottobre 1994; Keegan c. Irlanda, sentenza del 26 maggio 1994; Haas c. Paesi Bassi, sentenza del 13 gennaio 2004.

.

L'autorità giudiziaria dispone quindi che i servizi sociali si attivino al fine di ripristinare i rapporti tra il padre ed il figlio anche con un sostegno terapeutico. Ciò nonostante il padre non riesce ad incontrare il figlio[14]. Nel 2006 la situazione appare ormai compromessa perché il bambino dichiara al tribunale di non volere incontrare il padre e minaccia di suicidarsi se il tribunale lo avesse obbligato. Ulteriori appendici giudiziarie del caso portano soltanto alla constatazione da parte della Corte d'Appello di Venezia che, avendo ormai il minore compiuto 17 anni ed essendo consolidato il suo rifiuto di vedere il padre, le istanze del padre non possono trovare accoglimento.

Il padre ricorre alla Corte europea dei diritti umani che riscontra l'avvenuta violazione dell'art. 8 della Convenzione, avendo le autorità nazionali omesso di esercitare sforzi adeguati e sufficienti per far rispettare il diritto di visita e riconoscendo al genitore per il pregiudizio morale subito un risarcimento di euro 15.000,00 posto a carico dello Stato Italiano.

La pronuncia della Corte europea, sicuramente prevedibile[15], si basa su una consolidata lettura dell'art. 8 della Convenzione. Come è noto, il primo paragrafo dell'articolo 8 tutela la dignità personale dell'individuo nei tre aspetti fondamentali della vita privata, della vita familiare e del domicilio e della corrispondenza. La disposizione di cui al primo comma impone agli Stati membri sia obblighi negativi di astensione sia obblighi positivi di *facere*. Sotto il primo aspetto, gli Stati devono astenersi dall'interferire nella sfera di riservatezza riconosciuta all'individuo. L'ingerenza è legittima solo nei casi e nelle condizioni indicate dal paragrafo 2 dell'articolo 8. Sotto il secondo aspetto, gli Stati sono tenuti a porre in essere le necessarie misure volte ad assicurare il rispetto effettivo del diritto garantito dalla norma in questione.

Invero, il rispetto della vita privata e familiare contenuto nell'articolo 8 della Convenzione inteso in senso per così dire verticale – vale a dire nei rapporti tra Stato e cittadini – implica in primo luogo una sfera di autonomia della famiglia nei confronti dei pubblici poteri.

Da tutta la giurisprudenza europea (volta ad individuare i limiti del margine

[14]I giudici di Strasburgo non potranno fare a meno di rilevare che gli psicologi incaricati del caso lavoravano nella stessa ASL del patrigno del bambino, professore universitario e capo del servizio, Corte europea, Piazzi c. Italia, § 61.

[15]Si riscontra, infatti, un precedente specifico sempre contro l'Italia, caso Bove con sentenza del 30 giugno 2005, che ha alla sua base fatti assolutamente sovrapponibili con quelli del caso in esame.

discrezionale riconosciuto agli Stati anche in questo settore) emerge una tendenza alla *privatizzazione* dei rapporti familiari, con ciò volendo indicare una diminuzione degli interessi pubblici in ambito familiare e l'emergere in primo piano degli interessi che compongono il gruppo familiare. E' certamente vero che l'esigenza di dare attuazione ai diritti dei minori, di perseguire il loro interesse giustifica l'intervento dei giudici minorili e dei servizi sociali intesi ad esercitare un controllo sui modi di esercizio dei poteri dei genitori ed *eventualmente* disporre prescrizioni che incidono in modo più o meno significativo sui rapporti tra i genitori. La protezione dei minori (in quanto soggetti più deboli del gruppo famiglia) giustifica l'intervento pubblico, ma nello stesso tempo ne costituisce anche il limite. E' questo ad emergere dalla giurisprudenza costante della Corte europea: se la tutela del prevalente interesse del figlio può giustificare provvedimento di allontanamento dai genitore o da uno solo di essi (come nel caso in esame), le misure in questione non debbono essere sproporzionate rispetto allo scopo, e quando possibile devono mirare alla ripresa di rapporti armoniosi[16].

Quando sono in gioco interessi dei minori, l'ampiezza del margine nazionale di limitazione dei diritti garantiti è sicuramente ristretto, esercitando la Corte un controllo severo sull'uso della discrezionalità nazionale. In particolare, quando si tratta di valutare la legittimità convenzionale di limitazioni poste dalle autorità al diritto di visita del genitore, il controllo è estremamente attento, in considerazione del pericolo che tali ingerenze possono costituire su una corretta relazione familiare tra genitori e figli piccoli[17]. Il rispetto della vita familiare esige dunque che le autorità competenti sappiano trovare un *giusto equilibrio* tra gli interessi dei figlio ed i diritti dei genitori, nella prospettiva secondo cui *il bambino ha prima di tutto il diritto a vivere nella propria famiglia*.

Nel caso specifico, la Corte ha rilevato come l'intervento pubblico deve essere, da un lato, efficiente, e la mancanza di cooperazione tra i genitori non esenta lo Stato da responsabilità, e dall'altro, deve tenere conto dei diritti individuali e delle libertà personali, anche del minore stesso. Osserva infatti la Corte Europea che le autorità nazionali devono sforzarsi di facilitare la collaborazione tra le persone

[16] Cfr, Commissione, Giubergia c. Italia, decisione del 5 marzo 1990;Commissione, X c. Italia, decisione del 9 marzo 1990; Commissione, Henriiks c. Olanda, Rapporto dell'8 marzo 1982; Corte, Keegan c. Irlanda del 26 maggio 1994; Soderback c. Svezia del 28 ottobre 1998; Hokkanen c. Finlandia del 23 settembre 1994.

[17] cfr. Corte, Elsholz c. Germania, §. 49; e Sahin c. Germania, § 42.

interessate e che il ricorso alla coercizione in questa materia non può essere che limitato: bisogna tener conto degli interessi, dei diritti e delle libertà delle stesse persone, compresi gli interessi superiori del bambino e dei diritti che gli riconosce l'art. 8 della Convenzione, agendo con grande prudenza.

Tuttavia, la mancanza di cooperazione tra i genitori non solo non esenta il giudice dal mettere in pratica tutte le risorse disponibili, ma gli impone anche di individuare le più efficaci, dovendo rifuggire da misure automatiche o stereotipate. In particolare, osserva ancora la Corte nella sentenza Piazzi, utilizzare la mediazione dei servizi sociali per rendere le parti più collaborative. Altro aspetto rilevante, sottolineato dalla Corte, ha riguardato la tempestività dell'intervento giudiziale e degli ausiliari del giudice. Il giudice europeo, infatti, rivolge una pesante censura alle autorità nazionali le quali hanno lasciato che si consolidasse una situazione di fatto in violazione delle decisioni giudiziarie, sebbene il semplice trascorrere del tempo determinasse delle conseguenze sempre più gravi per il ricorrente, privato dei contatti con suo figlio. Viene messo in evidenza che il minore, al momento della sua audizione in tribunale, si trovava già da qualche tempo sotto l'influenza esclusiva della madre, in un ambiente ostile all'interessato e che oltre quattro anni erano trascorsi senza un solo contatto tra il ricorrente[18].

La rilevanza del "fattore tempo" che la Corte mette in rilievo non per la prima volta nella sentenza Piazzi è importante non solo nella durata del processo ma anche nell'esecuzione di una sentenza: il presupposto è che la crescita di un minore e l'evolversi delle situazioni familiari pretendono l'assunzione e attuazione di provvedimenti celere e proporzionata. Provvedimenti astrattamente corretti, ma non attuati nei tempi necessari in relazione alla evoluzione delle esigenze psico-fisiche di un minore, costituiscono violazione dei diritti tutelati dall'art. 8 della Convenzione perché di per sé strutturalmente contrari al suo interesse.

b. L'affidamento del minore a terzi.

Il rispetto della vita privata e familiare contenuto nell'art. 8 della Convenzione impone, come detto, agli Stati non solo obblighi negativi di astensione, da comportamenti o atti che possono determinarne la rottura, ma anche obblighi positivi di attivarsi per aiutare i genitori a

[18] Sul punto, cfr. RUSSO, La Cedu censura i giudici italiani: per realizzare l'interesse del minore non bastano misure stereotipate ed automatiche. un esempio di adeguamento ai principi della convenzione europea, in Famiglia e Diritto, 7/2011, p. 653 e ss.

superare eventuali difficoltà di relazione con il minore e a ricostituire il nucleo familiare[19].

Nell'ambito degli obblighi positivi , la giurisprudenza europea ha individuato, tra gli altri, il dover per gli Stati di predisporre adeguate misure per consentire ai legami familiari di svilupparsi normalmente[20] e di consentire a tutti i familiari di «godere della reciproca compagnia»[21].

Il collocamento del bambino fuori della famiglia può essere considerato legittimo solo se previsto dalla legge, se volto a perseguire uno o più fini legittimi e se costituisce una misura necessaria in una società democratica. Il collocamento fuori della famiglia deve essere realizzato in modi e tempi tali da determinare la minor ingerenza possibile nella vita familiare del genitore e del figlio.

La Corte europea insiste sulla necessità di salvaguardare i rapporti di fatto. Questo è molto importante nell'ordinamento italiano dove nella pratica si assiste a una forte limitazione dell'intensità dei rapporti. E' fuori discussione il diritto degli Stati di esercitare un controllo sull'esercizio delle responsabilità parentali. E tuttavia l'intervento del giudice minorile e dei servizi deve tendere a salvaguardare la relazione parentale. I principi enunciati dalla Corte di Strasburgo sono di grande importanza per l'ordinamento italiano dove l'affidamento determina spesso una forte limitazione dei contatti tra genitori e figli[22]. In quest'ottica, l'affido eterofamiliare deve essere inteso come misura di sostegno al ragazzo e alla sua famiglia orientato pur sempre al recupero della relazione tra genitori e figli. Il tema è quello delle misure di sostegno delle responsabilità familiari, prefigurate dalla legge di riforma dell'adozione (l. 28.3.2001, n. 149) che non si limita più a enunciare il diritto del minore a crescere nella sua famiglia, ma impegna le istituzioni a sostenere la famiglia che si trovi in difficoltà con misure concrete, anche di natura economica.

Proprio in tema di affido di minori a strutture esterne alla famiglia, l'Italia ha subito numerose condanne, a partire dal caso Scozzari e Giunta c. Italia[23]. In tale caso, il provvedimento di sospensione della potestà e di allontanamento dei bambini era stato preso legittimamente, data la situazione familiare particolarmente difficile. Le censure dei giudici di Strasburgo hanno, piuttosto, avuto riguardo al successivo comportamento dei servizi

[19] Cfr. FERRANDO, Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, in Famiglia, Persone e Successioni, 4 / 2012, pp. 281 e ss.

[20] Corte, Johnston c. Irlanda, sentenza del 18.12.1986.

[21] Corte, Olsson c. Svezia, sentenza del 24 marzo 1988.

[22] Così FERRANDO, Diritti delle persone, p. 285.

[23] Corte, Scozzari e Giunta c. Italia sentenza del 13 luglio 2000.

sociali e alla mancata vigilanza da parte del tribunale, condotte che hanno impedito il ravvicinamento tra genitori e figli e il superamento delle difficoltà all'origine del provvedimento, rendendo l'allontanamento praticamente irreversibile. Secondo la Corte, per essere conforme alla Convenzione, l'affidamento extrafamiliare deve essere realizzato in casi, tempi e modi tali da comportare, anche dopo l'allontanamento del minorenne dal nucleo familiare, la minor ingerenza possibile nella vita del genitore e del figlio. L'ingerenza, inoltre, deve essere proporzionata all'obiettivo da raggiungere. L'affidamento deve perciò prevedere un termine di durata e, in ogni caso, durante la collocazione extrafamiliare occorre garantire il mantenimento di rapporti con i genitori.

In un caso successivo, Clemeno c. Italia del 21 ottobre 2008, l'Italia è stata nuovamente condannata per non essere riuscite le autorità preposte a mantenere i contatti tra la famiglia d'origine e la bambina data in affidamento extrafamiliare in via d'urgenza (e poi dichiarata adottabile) a causa di supposti abusi sessuali del padre, accusa poi rivelatasi infondata.

In tale decisione, la Corte ha affermato che è conforme al *"best interest of the child"*, che prevale sempre sull'interesse dei genitori, garantire al minore uno sviluppo in un ambiente sano. L'articolo 8 non può essere interpretato nel senso di autorizzare un genitore ad adottare delle misure pregiudizievoli per la salute e lo sviluppo del proprio figlio. Tuttavia la rottura temporanea o definitiva dei legami tra minore e famiglia d'origine, che si verifica con l'allontanamento del minore ed ha il suo culmine nell'adozione, se non giustificato dall'eccezionalità della situazione, può a sua volta contrastare con il superiore interesse del minore: si tratta quindi di una misura eccezionale, richiesta e giustificata solo dalla necessità di tutelare proprio tale interesse. Ne deriva che i legami con la famiglia d'origine possono essere rescissi quando siano in irriducibile ed insanabile contrasto con il benessere psico-fisico del figlio minore[24]

La Corte si è, poi, in particolare soffermata sulla necessità di tutela anche processuale del diritto dei minori alla *propria* famiglia perché è nel procedimento che l'interesse del minore prende forma. Diventa allora fondamentale che i genitori e i minori

[24] Può essere allora considerata come espressione del "of the best interest of the child" la possibilità che il minore mantenga una rapporto con la propria famiglia d'origine, fatta eccezione per i casi in cui questa si sia dimostrata particolarmente indegna; Corte, X. c. Croazia, sentenza del 1 luglio 2008, sempre in tema di adottabilità, afferma che l'interesse superiore del bambino è obiettivo legittimo da perseguire ai sensi del paragrafo 2, dell'articolo 8 CEDU e che sono conformi all'articolo 8 sono le decisioni volte a disporre l'adozione del minore, laddove i genitori legittimi / naturali siano manifestamente inidonei all'accudimento dello stesso.

possano disporre di adeguati strumenti per far valere le proprie ragioni e consentire al giudice di prendere una decisione "giusta". Centrale è il profilo delle garanzie processuali dei diritti individuali. La Corte europea ha sottolineato l'importanza di questo aspetto, richiamando l'attenzione sul fatto che il procedimento limitativo della potestà deve avere un tempo ragionevole, i genitori devono essere sentiti e avere la possibilità di svolgere le proprie difese, deve essere assicurata la possibilità di esperire ricorso contro il provvedimento di primo grado.

c. La delibazione del provvedimento di adozione internazionale di minore a favore di persona singola.

Altra situazione di cui si sono interessati i giudici europei con riferimento ai minori è stata quella della delibazione di un provvedimento di adozione internazionale di minore a favore di una madre *single*.

Pur mancando, al momento, una specifica sentenza contro l'Italia, mi pare tuttavia interessante analizzare la giurisprudenza europea, in considerazione della attuale posizione dei giudici italiani in materia. In questo caso, infatti, il punto di partenza, del mio discorso è rappresentato da una nota sentenza della Cassazione Civile, la sentenza n. 3572 del 14 febbraio 2011, emessa dalla Prima Sezione.

Il caso riguarda una donna di Genova che aveva adottato una bimba russa ottenendo il provvedimento di adozione internazionale emesso dal tribunale regionale di Lipetsk (Federazione Russa) nel 2005 e ribadito dal tribunale di secondo grado del distretto di Columbia (USA) nel 2006. Rientrata in Italia chiede al Tribunale per i minorenni di Genova il riconoscimento in Italia dell'adozione legittimante ottenuta all'estero, ma sia il Tribunale che la Corte d'appello non le riconoscono l'adozione legittimante, ma solo i limitati effetti di cui all'art. 44 l. 184/1983 (novellato dall'art. 25 l.149/2001), dei casi particolari.

La questione è portata in Cassazione e il dibattito si incentra sull'art. 36 comma 4 della l. 184/1983 che afferma che l'adozione pronunciata all'estero, ad istanza di cittadini italiani che hanno soggiornato continuativamente nello stesso e hanno avuto la residenza da almeno due anni, "viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del Tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione", ma anche sull'art. 35 che subordina il riconoscimento in Italia dell'adozione internazionale legittimante alla normativa italiana che regola "nello Stato il diritto di famiglia e dei minori"

(comma 3), il quale in particolare precisa che "non può comunque essere ordinata la trascrizione" se "il provvedimento di adozione *riguarda adottanti non in possesso dei requisiti previsti dalla legge italiana sull'adozione"* (comma 6)

Due essenzialmente le questioni sollevate, entrambe di fondamentale importanza e tra loro strettamente coordinate e interdipendenti: l'individuazione dei limiti e delle condizioni entro le quali deve avvenire la delibazione delle sentenze straniere di adozione dei minori, con particolare riferimento alla fattispecie *de qua*; l'ammissibilità dell'adozione di minore da parte del singolo.

In ordine a tale ultima questione la problematica nasce essenzialmente da un contrasto esistente tra l'art. 6 della Convenzione europea sull'adozione dei minori del 24 aprile 1967, secondo il quale "La legge permette l'adozione di un minore solo da parte di due persone unite in matrimonio, che esse adottano simultaneamente o successivamente, o "da parte di un solo adottante", e l'art. 6 della l. 184/1983, che attribuisce la legittimazione ad adottare solo ai "coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni".

Il rapporto tra la normativa internazionale e quella interna, che è sicuramente determinante nella risoluzione del problema, è stato posto a base dei prevalenti orientamenti giurisprudenziali, ribaditi anche nella decisione in esame dalla Cassazione che ha ribadito che "affinché tale adozione possa avere luogo in Italia, è necessaria l'interposizione di una legge interna che ne determini i presupposti di ammissione e gli effetti dell'adozione da parte della persona singola". Il principio contenuto nell'art. 6 l. n. 184 presenta, dunque, ad avviso della Corte, carattere conformativo dell'istituto dell'adozione ed è sufficiente per negare l'estensione degli effetti legittimanti dell'adozione nei confronti di soggetti singoli, al di fuori dei casi in cui lo stesso legislatore lo ha consentito.

Per quanto attiene, invece, alla delibazione del provvedimento di adozione, pronunciato da un giudice di un paese terzo, la Corte di Cassazione ha ritenuto che fondamentale resta la previsione contenuta nell'art. 35, comma 4. Conseguentemente il provvedimento straniero di adozione può essere trascritto e produrre efficacia in Italia, solo dopo che il Tribunale competente abbia accertato non solo la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 4 della Convenzione, ma anche la sua non contrarietà ai "principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori.

Principi che, ad avviso della Corte, non consentono il riconoscimento del

provvedimento straniero di adozione con gli effetti legittimanti.

Storia chiusa? Non direi. Ad altra decisione, invero, sarebbero dovuti giungere le autorità giudiziarie italiane se avessero tenuto – non in giusto conto – ma semplicemente in conto gli orientamenti esistenti in materia da parte della Corte europea, che in diverse occasioni ha riconosciuto la conformità dell'adozione di minore da parte di persona single, ivi compresa la adozione da parte di persona single omosessuale, sia ai principi sovranazionali sia a quelli fissati nella CEDU.

Fondamentale, ai nostri fini, resta la decisione pronunciata nel caso *Wagner* e *J. M.W.L* c. *Lussemburgo* del 28 giugno 2007

La vicenda è abbastanza nota: una cittadina lussemburghese, *single*, ottiene in Perù un provvedimento di adozione di una minore di tre anni con effetti legittimanti e con conseguente cessazione per la minore dei rapporti con la famiglia di origine, ma, in considerazione del fatto che il provvedimento peruviano viene pronunciato sulla base di una legge diversa da quello dello Stato richiesto, si vede negare la trascrizione del provvedimento di adozione legittimante, che viene convertito in adozione semplice. La normativa lussemburghese al pari di quella italiana non prevede infatti la adozione legittimante di minori a favore di persona *single*. Di qui il ricorso da parte della cittadina lussemburghese e della minore adottata alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo per violazione degli artt. 6, 8, 14 CEDU.

I giudici di Strasburgo in tale decisione sono stati chiamati ad intervenire sul controverso rapporto tra riconoscimento della sentenza straniera e diritti umani tutelati dalla Convenzione, fissando un principio dal quale non appare ormai possibile prescindere: l'interesse superiore del minore costituisce valore di vertice nel sistema degli interessi pubblici e privati rilevanti all'interno della procedura di adozione; come tale, legittima l'autorità giudiziaria dello Stato richiesto a riconoscere integralmente un provvedimento straniero di adozione anche in deroga al diritto dello Stato richiesto, ove ciò sia necessario a garantire il pieno godimento dei diritti fondamentali riconosciuti al minore e al genitore adottivo. In attuazione di tale principio, il provvedimento giurisdizionale adottato in Lussemburgo è stato interamente travolto dalla constatata violazione da parte della Corte oltre che del diritto all'equo processo, del diritto alla vita familiare e del principio di non discriminazione.

In particolare, il giudice europeo ha ritenuto che il mancato riconoscimento, da parte dell'autorità giudiziaria

lussemburghese, del provvedimento di adozione con i relativi effetti legittimanti aveva determinato una ingiustificata prevalenza del principio di conservazione del diritto interno sul diritto del minore alla propria vita familiare, già avviata e intrattenuta con la madre adottiva, in una fase in cui i rapporti con la famiglia di origine risultavano non solo definitivamente interrotti ma neppure ripristinabili; si era cioè instaurato uno *status* giuridico, "corrispondente a una vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione", la cui conservazione appariva necessaria per evitare la violazione del predetto diritto.

Anche nella prospettiva del principio di non discriminazione i risultati cui perviene la Corte non si discostano: il mancato riconoscimento degli effetti legittimanti del provvedimento di adozione ha determinato una ingiustificata disparità di trattamento rispetto a minori, il cui provvedimento di adozione trova integrale esecuzione; senza che ciò abbia fondamento in circostanze oggettive e ragionevoli.

Se questi sono i principi fissati dalla Corte di Strasburgo, è evidente che, in assenza della violazione di principi costituzionali, la Suprema Corte di Cassazione, nella fattispecie *de qua*, avrebbe potuto operare una interpretazione adeguatrice al fine di evitare che la delibazione della decisione straniera di adozione, con l'attribuzione di uno status giuridico differente rispetto a quello attribuito dal provvedimento di origine, si traducesse in una violazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta EDU.

d. Sottrazione internazionale di minori.

In una recente sentenza, *Sneersone e Kampanella c. Italia* del 12 luglio 2011, la Corte europea è intervenuta in una vicenda riguardante la sottrazione internazionale di un minore, rileggendo la normativa internazionale (Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale del minore) e quella europea (Regolamento Ue n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale) alla luce del diritto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La Corte, in particolare, ha accertato una violazione da parte dell'Italia dell'articolo 8 che riconosce il diritto al rispetto della vita privata e familiare ritenendo il ritorno di un minore illecitamente sottratto da un genitore non può essere deciso in modo automatico, senza tenere conto della situazione effettiva del bambino nel momento in cui è adottato il

provvedimento – che deve essere adeguatamente motivato – e degli effetti negativi che potrebbe causare la separazione dalla madre.

I fatti all'origine della sentenza possono così essere sintetizzati. Dopo la separazione di una coppia, mai sposatasi, costituita da un italiano e da una lettone, residenti in Italia, il bambino, affidato alla madre, era stato condotto dalla donna in Lettonia in quanto non contribuendo il padre del bimbo al sostegno economico del minore, la stessa non era in condizione di accudire il figlio e se stessa. Rientrata nel proprio paese di origine con il figlio, qui la donna stabilì la residenza del minore che successivamente acquisì la cittadinanza lettone. In data non precisata il padre chiese e ottenne dal Tribunale dei Minorenni di Roma la custodia esclusiva e l'ordine di rimpatrio del minore. Il provvedimento di rimpatrio, però, non era stato riconosciuto ed eseguito dal tribunale lettone in quanto contrario all'interesse superiore del minore. Infatti, in base al questo provvedimento del Tribunale di Minorenni, il Ministero della Giustizia italiano aveva attivato il procedimento di rimpatrio del minore ai sensi dell'art. 6 della Convenzione dell'Aja, istanza rigettata dalle autorità giurisdizionali lettoni poiché, seppure il trasferimento in Lettonia del minore fosse stato illecito ai sensi delle disposizioni del Regolamento UE n. 2201/2003 (relativo alla competenza, al riconoscimento e alla esecuzioni delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale), il minore si era integrato bene in Lettonia. Pertanto la madre avrebbe dovuto continuare ad essere il genitore affidatario del minore ai sensi dell'art. 13 della citata Convenzione dell'Aja ai fini di salvaguardare lo sviluppo del bambino altresì osservando che le garanzie offerte dallo Stato italiano sulla protezione disponibile in caso di reimpatrio erano vaghe e indeterminate. Sull'altro fronte, il padre del minore reiterava la richiesta di esecuzione del provvedimento di reimpatrio ai sensi dell'art. 11 del Regolamento UE citato, mentre la Lettonia promuoveva azione contro l'Italia di fronte alla Commissione Europea ex art. 227 del Trattato istitutivo per la presunta violazione del suddetto Regolamento UE in quanto da un lato nei giudizi di fronte ai giudici italiani nessuno dei ricorrenti era stato ascoltato e dall'altro lato i provvedimenti dei tribunali lettoni erano stati del tutto ignorati. La Commissione accolse in parte tali doglianze affermando che se da un lato non fosse necessario ascoltare il minore essendo sufficiente la trattazione scritta dei procedimenti, come d'uso nei tribunali italiani, dall'altro lato

affermava che il provvedimento di rimpatrio non conteneva un'analisi dettagliata delle tesi delle parti anche se la procedura da seguire fosse di scelta discrezionale dei giudici nazionali e non prevista dal Regolamento[25]. Di fronte alla Corte di Strasburgo i ricorrenti lettoni, invocando gli articoli 6 e 8 della Convenzione, hanno chiesto la condanna dello Stato italiano su due fronti: da un lato per l'emanazione del decreto di rimpatrio del minore e dall'altro lato per quanto concerne l'assenza della madre non notiziata del procedimento di fronte al Tribunale dei minorenni.

Il ricorso è stato accolto solo sotto il primo profilo, ovvero in relazione all'emanazione del decreto di rimpatrio del minore. Sul punto la Corte di Strasburgo ha valutato se le autorità italiane hanno applicato la Convenzione dell'Aja alla luce dell'art. 8 CEDU, affermando che tra gli interessi dell'ordine pubblico, dei genitori e quelli del minore debbano essere questi a prevalere, in quanto "funzionali a mantenere i legami con la sua famiglia a meno che non sia dimostrato che tali legami non siano desiderabili, e potersi sviluppare in un ambiente sano".

La Corte europea, dopo aver chiarito che nell'applicazione sia della Convenzione dell'Aja sia del regolamento Ue le autorità nazionali sono obbligate a tenere conto delle norme della Convenzione europea, ha affermato che, prima di decidere il ritorno del bambino, le autorità statali devono accertare in dettaglio tutti i motivi di rischio per il minore, escludendo che le semplici rassicurazioni del padre, per quanto certe, possano essere adeguate ai fini dell'interesse del bambino. E questo anche quando è applicato l'articolo 11 del regolamento n. 2201/2003 in base al quale il ritorno del minore può essere disposto anche in caso di rischio grave se nello Stato di origine sono adottate misure protettive (con una soluzione diversa dall'articolo 13 della Convenzione dell'Aja). Nel caso di specie, infatti, le autorità italiane non hanno preso minimamente in considerazione i rischi individuati dalle autorità lettoni dando pregio esclusivamente alle "salvaguardie del benessere del minore" proposte del padre, non valutando adeguatamente i danni psicologici che il bambino poteva subire dal rientro in Italia, tenendo conto che non parlava la lingua italiana e che aveva avuto scarsi legami con il padre. Senza dimenticare che le autorità italiane non hanno in alcun modo preso in considerazione un'alternativa al rientro del

[25] Su questa vicenda, cfr. LUPO, Pluralità di fonti e unitarietà dell'ordinamento, in Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo: il giudice alla ricerca della soluzione, a cura di E. Falletti, V. Piccone, Bari, 2012.

minore in Italia che avrebbe potuto assicurare contatti adeguati tra padre e figlio.

3. Mi avvio rapidamente verso le conclusioni, non senza aver ricordato, tuttavia, come i settori di intervento della Corte europea in ambito civile, lungi dall'arenarsi – come la sciagurata adozione della cd. Legge Pinto porterebbe a credere – nelle paludi della lunghezze dei procedimenti sono molteplici spaziando dalle "famose" vicende del personale ATA – relativa al trasferimento del personale scolastico amministrativo, tecnico ed ausiliario, dagli enti locali allo Stato – alle vicende delle pensioni dei cittadini italiani che hanno prestato lavoro in Svizzera passando per il riconoscimento quantomeno delle unioni di fatto alla coppie omosessuali.

In definitiva, non semplicemente auspicabile ma doverosa è un'attività interpretativa da parte del giudice che consenta di dare piena attuazione alla Convenzione di Roma e di adeguare le norme interne ai principi vigenti negli Stati aderenti alla Convenzione.

Il processo di circolazione delle regole giuridiche tra Stati troverebbe, così, piena attuazione e anche nel settore civile, e in quello del diritto di famiglia e dei minori in particolare, si realizzerebbe quel fenomeno di integrazione giuridica tra ordinamenti nazionali e sovranazionali che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è divenuto oramai obiettivo primario dell'Unione.

Prof.ssa Andreana Esposito
Prof. agg. Sistema penale e diritto europeo
Dipartimento di Giurisprudenza, SUN
Assistente di studio presso la Corte Costituzionale.

Prof.ssa Andreana Esposito

Il processo in *absentia* nella Giurisprudenza della Corte europea: riflessioni sulla incidenza della giurisprudenza europea nell'ordinamento italiano

SOMMARIO: 1. Il diritto dell'imputato di partecipare al processo nella giurisprudenza della CEDU. 1.2 Le pronunce della Corte europea relative all'Italia. 2. Efficacia della giurisprudenza e delle sentenze della Corte europea sugli ordinamenti nazionali. 2.1 Autorità di cosa interpretata: l'efficacia della giurisprudenza della Corte. 2.2. Autorità di cosa giudicata: l'efficacia delle sentenze di condanna.

Sulla base di un dibattito dottrinario e di oramai consolidate affermazioni giurisprudenziali, può affermarsi, senza ombra più di dubbio, che il processo di integrazione europea (intendo in questo processo sia la grande Europa del Consiglio d'Europa e quindi della Corte europea dei diritti umani sia l'Europa dell'Unione europea e quindi della Corte di giustizia) ha determinato un radicale cambiamento del sistema delle fonti del diritto, sia riguardo alla loro organizzazione in sistema sia riguardo alle relazioni con le fonti del diritto degli ordinamenti nazionali. Il modello gerarchico tradizionale non resiste, se non con grande difficoltà, alla prova dei fatti. Ci troviamo di fronte a due livelli che si rafforzano reciprocamente e progressivamente, si autoalimentano grazie ad un procedimento non lineare ma circolare, tendente ad una integrazione reciproca.

In questo quadro, connotato da una pluralità di centri di regolamentazione giuridica, evolve il ruolo del giudice, sia europeo che nazionale, cui spesso è demandato il compito di risolvere conflitti e di svolgere, in definitiva, la funzione di punto di contatto e di integrazione dei diversi sistemi. L'interprete nazionale, in particolare, deve scegliere, tra i diversi strumentari giuridici, non ordinati gerarchicamente (né gerarchizzabili), la norma più appropriata, pur in assenza di criteri certi per individuare la disposizione da applicare al caso concreto, per stabilirne il significato e la portata: ed in questa ricerca deve reinterpretare il diritto interno alla luce della giurisprudenza europea[1].

[1] Sul ruolo di costruzione normativa dell'interprete, in presenza di una rete di fonti di produzione del diritto, cfr. FERRARESE, Il diritto al presente, il Mulino, 2002, pp. 182

Diventa, allora, fondamentale individuare quale possa e debba essere la posizione del giudice penale rispetto a talune problematiche, specificamente affrontate in sede europea, quale quella del diritto dell'imputato di partecipare al processo. Nel presente scritto, non mi soffermerò, quindi, se non incidentalmente, sulle modifiche legislative indotte da quella giurisprudenza, essendo, piuttosto, interessata a sottolineare il ruolo del giudice al cospetto di una pluralità di fonti di diversa origine, nazionale ed europea.

Tratterò il tema in due parti: la prima relativa alla giurisprudenza della Corte europea in tema di processo contumaciale con particolare attenzione alle principali decisioni prese nei confronti dell'Italia; la seconda relativa alla incidenza della giurisprudenza della Corte sugli ordinamenti nazionali e alla reazione del nostro ordinamento a quella giurisprudenza.

Consapevole che ciascuno dei punti individuati meriterebbe un'ampia trattazione, mi costringerò a procedere per sintesi.

1. Il diritto dell'imputato di partecipare al processo nella giurisprudenza della CEDU.

Nonostante il silenzio serbato dalla Convenzione europea, il diritto dell'imputato ad essere presente al processo risulta ormai "principio di civiltà giuridica universalmente acquisito"[2]. La Corte europea, infatti, l0 ha ricavato dall'interpretazione di talune disposizioni dell'articolo 6 della Convenzione, compiuta, per la prima volta, per quanto riguarda l'Italia, nel 1985 con la sentenza nel caso Colozza[3]. Tuttavia, i giudici di Strasburgo non hanno mai affermato che la presenza dell'imputato al processo sia essenziale affinché si possa parlare di giusto processo. In proposito, è stato riconosciuto agli Stati un certo margine di discrezionalità – sebbene poi vedremo si sia trattato di una discrezionalità fortemente vincolata - nell'individuare i mezzi più opportuni per adeguare i propri sistemi interni ai dicta europei, riconoscendo loro, di fatto, la possibilità di scegliere tra le due opposte soluzioni della sospensione del processo durante l'assenza dell'imputato ovvero della predisposizione di strumenti tali da consentire al soggetto

e ss.; e Zaccaria, Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi, in Ragion Pratica, 2004, n. 22. pp. 93 e ss. e, in particolare pp. 110 e ss.

[2] Così, da ultimi, MOSCARINI, Autodifesa, processo in absentia e consegna del condannato, in Diritto penale e processo, 2007, p. 404; MILANI, Il processo contumaciale tra garanzie europee e prospettive di riforma, in Cass. Pen. 2009, p. 2180.

[3] Corte europea, Colozza c. Italia del 12 febbraio 1985, serie A n. 89 con la quale l'Italia è stata condannata per la prima volta a causa della mancanza di adeguate garanzie in materia di processo in absentia, in Cass. Pen., 1985, p. 1241, con nota di UBERTIS, Latitanza e contumacia secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo.

dichiarato contumace di ottenere un nuovo esame nel merito[4].

Così - come poi vedremo meglio – la principale censura mossa alla normativa italiana ha riguardato l'assenza di un rimedio processuale idoneo a rimettere in termini il condannato in absentia, nell'ipotesi in cui non fosse stata accertata l'esistenza di una rinuncia a comparire e a difendersi o l'esistenza di una intenzione certa di sottrarsi alla giustizia[5]. Il procedere della giurisprudenza europea secondo un approccio di tipo casistico non ha mai portato ad una dichiarazione dell'incompatibilità convenzionale dell'istituto della contumacia[6]; piuttosto la sua legittimità è stata circoscritta a quelle ipotesi in cui l'imputato abbia, espressamente o tacitamente, rinunciato a comparire in giudizio; in caso contrario, l'ordinamento giuridico deriva dagli obblighi convenzionali la necessità di mettere a disposizione del condannato in absentia un rimedio successivo, consistente nella possibilità di ottenere un nuovo processo, lui presente, attraverso cui valutare la fondatezza dell'accusa in fatto e in diritto[7].

La Convenzione tutela, allora, anche se non espressamente, il diritto dell'accusato a prender parte al procedimento che lo riguarda. Dalla giurisprudenza di Strasburgo tale diritto si ricava dall'oggetto e dallo scopo dell'art. 6 CEDU; invero, l'esercizio dei diritti riconosciuti dai commi c), d), e) del paragrafo 3 ad ogni imputato di "difendersi personalmente", di "interrogare o fare interrogare i testimoni" e di "farsi assistere gratuitamente da un interprete, se non comprende o non parla la lingua usata in udienza", sarebbe concretamente impossibile se non sussistesse il "diritto presupposto" alla presenza processuale[8]. La Corte europea ha

[4] In questo senso, per quanto riguarda l'Italia cfr. tra le altre: Hu c. Italia del 28 settembre 2006, in Diritto penale e processo, 2006 p. 1442; R.R. c. Italia del 9 giugno 2005, in Diritto penale e processo, 2005, p. 1043; Sejdovic c. Italia del 10 novembre 2004, in Guida al diritto, 2005, n. 5, p. 92 e in Diritto e Giustizia 2004 n. 47 p. 107 – sentenza poi confermata dalla Grande Camera, il 1° marzo 2006, in Diritto e Giustizia 2006, n. 18 p. 71; Somogyi c. Italia del 18 maggio 2004, in Cass. Pen., 2004, p. 3797; T. c. Italia del 12 ottobre 1992, in Riv. int. dir. uomo, 1992, p. 1071, F.B.C. c. Italia del 28 agosto 1991, ivi, 1991, p. 842, Brozicek c. Italia del 19 dicembre 1989, ivi, 1990, p. 320.

[5] Sul punto, cfr. TAMIETTI, Processo contumaciale e rimedi a garanzia del diritto di difesa dell'imputato assente: la Corte europea "boccia" la restituzione nel termine ex art. 175 c.p.p., in Cass.pen., 2004, p. 1394; sullo stesso argomento v. CHIAVARIO Commenti articolo per articolo - D.l. 18.02.2005 n. 17, conv., con modif., in l. 22.04.2005 n. 60 - Premessa, in Leg. pen., 2005, p. 255, nota 9; LATTANZI, Spunti critici sulla disciplina del processo contumaciale, ivi, 2004, p. 597; LAZZARONE, Processo in absentia: dall'Europa una spinta per una riforma?, ivi, 2004, p. 601; UBERTIS, Latitanza e contumacia, cit., p. 1250.

[6] Questo è quanto costantemente affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (v. per tutte, sentenza Somogyi c. Italia, cit., § 66)

[7] In questo senso, ANGELONI, L'istituto della rimessione in termini può travolgere il giudicato penale, in Cass. Pen. 2008, p. 255.

[8] Cfr Colozza c. Italia, cit. § 27: "Although this is not expressly mentioned in paragraph 1 of Article 6, the object and purpose of the Article taken as a whole show that a person "charged with a criminal offence" is entitled to take part in the hearing. Moreover, sub-paragraphs (c), (d) and (e) of paragraph 3 guarantee to "everyone charged with a criminal offence" the right "to defend himself in person", "to examine or have examined witnesses" and "to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or

dichiarato che è proprio in funzione di tali diritti che "è di capitale importanza che l'imputato sia presente al processo"[9].

"L'importanza capitale" della sua presenza è data dall'essere l'imputato l'unico a conoscere una "verità", la sua, da poter contrapporre a quella che sarà data dalle vittime e dai testimoni[10]; pur consistendo l'assistenza tecnica tra «gli elementi fondamentali del giusto processo» non può fungere da surrogato alla presenza dell'imputato in aula, non ritenendosi che sia di per sé sufficiente ad assicurare l'equità del giudizio, perché tra l'imputato ed il legale che gli è stato assegnato d'ufficio può mancare ogni forma di contatto, per essere il primo ignaro della pendenza a suo carico[11]. Di fatto, in molte situazioni concrete la difesa tecnica può risultare vana, in mancanza di qualsiasi contratto tra l'imputato ed il suo legale[12]

Il diritto ad essere presenti non è tuttavia un diritto irrinunciabile. Il giudizio può, dunque, svolgersi in assenza dell'imputato, purché vi sia, a tale riguardo, una scelta volontaria e consapevole del soggetto accusato, il quale, per poter compiere ogni valutazione in merito, deve necessariamente essere stato portato a conoscenza del carico penale pendente nei suoi confronti[13]. Sarà pertanto necessario che le competenti autorità abbiano proceduto ad un'accurata ricerca dell'imputato, al fine di renderlo personalmente edotto dell'accusa sollevata contro di lui. Ciò è imposto dall'art. 6 § 3 della Convenzione, che porta, senz'altro ad escludere che la conoscenza del procedimento possa fondarsi unicamente su illazioni e congetture, poiché «avvisare qualcuno delle imputazioni a suo carico costituisce un atto giuridico di importanza tale da dover rispondere a delle condizioni di forma e di sostanza atte a garantire l'esercizio effettivo dei diritti dell'imputato

speak the language used in court", and it is difficult to see how he could exercise these rights without being present"; Brozicek c. Italia, cit., § 45: "right to participate in the trial, a right "not expressly mentioned in paragraph 1 of Article 6 " but whose existence is shown by the "object and purpose of the Article (art. 6) taken as a whole".

[9] Corte europea, Poitrimol c. Francia, sentenza del 23 novembre 1993, § 35: 'It is of capital importance that a defendant should appear, both because of his right to a hearing and because of the need to verify the accuracy of his statements and compare them with those of the victim - whose interests need to be protected - and of the witnesses.

[10] Corte europea, Medenica c. Svizzera del 14 giugno 2001, § 54.

[11] V. di recente, Grande Camera, sentenza Sejdovic c. Italia, cit., §§ 91 ss., ove si legge: «la Convenzione ha come obiettivo di tutelare dei diritti non teorici o illusori ma concreti ed effettivi» e «la nomina di un avvocato non assicura l'effettività dell'assistenza che egli può procurare all'imputato».

[12] Per l'affermazione secondo cui «a lawyer could scarcely "assist" his client - in terms of sub-paragraph (c) - unless there had been some previous consultation between them», sentenza Campbell e Fell c. Regno Unito, 28 giugno 1984, serie A n. 80, § 99. Peraltro, la presenza dell'imputato non protegge unicamente quest'ultimo, ma anche gli interessi generali della giustizia: essa può permettere ai tribunali di acquisire una più completa conoscenza della realtà dei fatti e della personalità del giudicando, osservando le sue costanti interazioni con gli altri protagonisti del processo. In questo senso l'opinione dissenziente del giudice Rozakis alla sentenza Medenica c. Svizzera, cit., ove si sottolinea che nel garantire l'assistenza di un difensore l'art. 6 § 3 c) della Convenzione non ha inteso affievolire il diritto di partecipazione personale, ma arricchirlo con la presenza contemporanea e cumulativa dell'interessato e del difensore tecnico.

[13] Così ANGELONI, cit. p. 257.

[...]. Una conoscenza vaga e non ufficiale non è sufficiente»[14]. Tale affermazione è certamente coerente con la costante giurisprudenza europea secondo cui la rinuncia ad un diritto garantito dalla Convenzione può essere esplicita o tacita ma in ogni caso deve essere inequivoca[15].

La normativa nazionale deve quindi, ad avviso della Corte, "scoraggiare le assenze ingiustificate". Però, tale scopo, non può giungere fino alla sanzione sproporzionata di privare il prevenuto assente della difesa tecnica; non può, in altri termini giungersi all'uso della minaccia della "privazione dei diritti dell'uomo" per costringere l'imputato ad essere presente[16]. A meno che, continua la Corte, non si dia all'imputato la possibilità di un ulteriore giudizio ex novo in contraddittorio, a seguito della sua successiva comparizione[17].

Il diritto ad essere presente al proprio processo deve essere riconosciuto anche per i giudizi di appello e di legittimità. In proposito, dalla giurisprudenza europea si ricavano altri tre principi: a) poiché la procedura penale forma un unico insieme, la tutela dell'art. 6 Cedu non cessa con il giudizio di primo grado; quindi anche in appello, i giudicabili devono beneficiare delle garanzie fondamentali che discendono da questo articolo[18]; b) peraltro, nel giudizio di seconda istanza, la presenza dell'imputato potrebbe non avere la stessa del primo grado. In particolare, anche nell'ipotesi d'un giudice d'appello cum iurisdictione plena, le garanzie derivanti dall'equo processo non implicano sempre né il diritto ad un'udienza pubblica

[14] Corte europea, T. c. Italia, cit., § 28. Il principio, in seguito, è stato più volte ribadito dalla Corte europea, Somogyi c. Italia, cit., § 75; Sejdovic c. Italia, cit., § 35 e, Grande Camera, Sejdovic c. Italia, cit., § 99. In particolare, è affermazione costante della Corte l'insufficienza di una conoscenza indiretta o presunta, quando l'imputato non sia stato raggiunto da una comunicazione ufficiale.

[15] Cfr. tra le altre, Corte europea, Neumeister c. Austria del 7 maggio 1974, serie A n. 17, § 36; Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio del 23 giugno 1981, serie A n. 43, § 59; Albert e Le Compte c. Belgio del 10 febbraio 1983, serie A n. 58, § 35; H†kansson e Sturesson c. Svezia del 21 febbraio 1990, serie A n. 171-A, § 66; Pfeifer e Plankl c. Austria del 25 febbraio 1992, serie A n. 227, § 37; Zumtobel c. Austria del 21 settembre 1993, serie A n. 268-A, § 34; Poitrimol, cit., § 31. Più recente, e con riferimento al nostro sistema giuridico, v. anche la decisione Kwiatkowska c. Italia del 30 novembre 2000, n. 52868/99, concernente la compatibilità con la Convenzione dell'indebolimento delle garanzie difensive conseguente all'adozione del giudizio abbreviato.

[16] Poitrimol c. Francia, cit., § 35: 'The legislature must accordingly be able to discourage unjustified absences'. In tal caso, la Corte ha ritenuto peraltro non adeguata la sanzione prevista dalla normativa francese secondo cui l'imputato, che si sottrae al processo rendendosi latitante, non può proporre appello se non alla condizione di costituirsi. Corte, europea, Pelladoah c. Olanda, sentenza del 22 settembre 1994, § 34: 'At the hearing before the Court the Delegate of the Commission stressed that the principle of equality of arms enshrined in Article 6 (art. 6) required the arguments of the defence to be heard as far as possible in addition to those of the prosecution. While accepting that it was important that the accused should be present at his trial, which was the view expressed by the Court in its Poitrimol judgment referred to above (ibid., p. 15, para. 35), he considered it inherently wrong that the threat of "forfeiture of human rights" should be used to compel him to attend'. Corte Europea, Deweer c. Belgio, sentenza del 27 febbraio 1980, § 54: 'Mr. Deweer's waiver of a fair trial attended by all the guarantees which are required in the matter by the Convention was tainted by constraint. There has accordingly been breach of Article 6 par. 1'.

[17] Corte europea, Poitrimol c. Francia, cit. § 35; Lala c. Olanda, sentenza del 23 agosto 1994 § 40; Van Pelt c. Francia, sentenza del 23 maggio 2000, § 64.

[18] Cfr. Corte europea, Monnel e Morris c. RU, sentenza del 2 marzo 1987.

né quello di comparire personalmente. E', infatti, necessario considerare – tra l'altro – le peculiarità di ciascun giudizio di impugnazione e la maniera in cui gli interessi difensivi vi sono stati difesi, avendo particolare riguardo alle questioni che nel medesimo si sono dovute affrontare e alla loro importanza per l'appellante[19]; c) il principio del contraddittorio impone la facoltà, per tutte le parti processuali, di prendere conoscenza degli elementi probatori prodotti dalla controparte e di rispondervi.

Le legislazioni nazionali possono soddisfare queste esigenze in modi diversi ma sono comunque tenute a garantirle[20]. In base a tali considerazioni i giudici europei hanno ritenuto violato l'articolo 6 della Convenzione in un caso nel quale il condannato in primo grado (ad una pesante pena detentiva) non era stato autorizzato a comparire nel giudizio d'appello, da lui promosso, pur avendo presentato espressa richiesta di essere ammesso ad una "testimonianza personale"[21]. Per contro, la stessa Corte ha escluso il diritto dell'imputato ad essere presente in quegli ordinamenti nei quali l'udienza d'appello non implica un nuovo esame né delle prove né del merito della causa[22] .

Il diritto dell'imputato ad essere presente al processo non è tuttavia assoluto. Secondo la Corte europea, quando le circostanze lo richiedono, è necessario raggiungere "un ragionevole equilibrio" tra il diritto di partecipare personalmente all'udienza e i pubblici interessi, e in particolare quelli della giustizia[23]. Questo avviene, ad esempio, quando l'impossibilità di procedere in contumacia rischia di paralizzare l'esercizio dell'azione penale, provocando la dispersione delle prove, la prescrizione del reato o un diniego di giustizia[24].

[19] Inter alia cfr. Corte europea, Fejde c. Svezia, sentenza del 29 ottobre 1991, § 31: "Even where the court of appeal has jurisdiction to review the case both as to facts and as to law, the Court cannot find that Article 6 (art. 6) always requires a right to a public hearing irrespective of the nature of the issue to be decided. The publicity requirement is certainly one of the means whereby confidence in the courts is maintained". Nel caso Kremzow c. Austria, sentenza del 21 settembre 1993, la Corte, valutato l'oggetto del procedimento di appello, riguardante l'accertamento di circostanze di "cruciali importanza" per l'imputato, ha ravvisato una violazione dell'art. 6 nell'esclusione della sua partecipazione personale al giudizio di appello.

[20] Corte europea, Branstetter c. Austria, sentenza del 28 agosto 1991, § 66; Lebo Machado c. Portogallo, sentenza del 20 febbraio 1996, § 31.

[21] Corte europea, Belziuk c. Polonia, sentenza del 26 marzo 1998, par. 38; nonché, in senso analogo, Botton c. Austria, sentenza del 19 febbraio 1996, §52.

[22] Ciò è quanto previsto dal sistema processuale penale austriaco, rispetto al quale - conseguentemente - s'è escluso che la mancata autorizzazione alla comparizione dell'imputato esorbiti dai margini della discrezionalità di tale Stato, così Corte Kamasinnsky c. Austria, sentenza del 13 dicembre 1983, §§. 106 ss.

[23] Caso Colozza c. Italia, cit. § 29, in cui la Corte riconobbe la pertinenza delle osservazione del governo italiano che aveva sottolineato come l'impossibilità di reperire l'imputato avrebbe rischiato di paralizzare le pretese punitive dello Stato.

[24] Caso Colozza, cit., § 29:'According to the Government, the right to take part in person in the hearing does not have the absolute character which is apparently attributed to it by the Commission in its report; it has to be reconciled, through the striking of a "reasonable balance", with the public interest and notably the interests of justice. It is not the Court's function to elaborate a general theory in this area (see, mutatis mutandis, the Deweer judgment of 27 February 1980, Series A no. 35, p. 25, §. 49). As was pointed out by the Government, the impossibility of

La Convenzione non ha escluso quindi in via di principio la celebrazione del processo in assenza dell'imputato[25], purché sia assistito da un minimo di garanzie.

1.2 Le pronunce della Corte europea relative all'Italia.

Come è noto, numerose sono state le pronunce della Corte europea riguardanti il processo in absentia, come disciplinato sia dal codice abrogato che da quello vigente[26].

Tra queste, particolarmente significativa è la più volte citata sentenza relativa al caso Colozza (sentenza del 12 febbraio 1985). Il ricorrente, condannato in contumacia, dopo essere stato dichiarato prima irreperibile e poi latitante, aveva dedotto di non essere venuto a conoscenza della procedura iniziata a suo carico e di non aver potuto pertanto usufruire in prima persona del principio del contraddittorio. Nella ricostruzione della normativa italiana dell'epoca, la Corte aveva posto l'accento sul fatto che il sistema delle notificazioni - sia per l'irreperibile che per il latitante – si basava su una "presunzione di conoscenza" dell'atto depositato in cancelleria, desunta dalla impossibilità di reperire l'imputato. Per i giudici europei tali presunzioni non potevano costituire una base sufficiente per dimostrare che l'imputato avesse rinunciato – ancorché tacitamente - a comparire[27]. Pertanto, è stata ravvisata una violazione della Cedu nella mancanza nel nostro ordinamento di una misura che potesse in ogni caso controbilanciare i diritti dell'accusato, consentendo a questi di ottenere, una volta venuto a conoscenza del procedimento, una nuova pronuncia di merito. Il rimedio allora previsto dalla normativa italiana, l'appello tardivo, ad avviso della Corte, non rispondeva ai suddetti criteri.

Nel caso F.C.B. (sentenza del 28 agosto 1991), la Corte europea ha ravvisato la violazione dell'art. 6 della Convenzione, in quanto il processo a carico del ricorrente era stato celebrato in contumacia, nonostante che il suo difensore avesse informato l'autorità giudiziaria procedente dell'impedimento derivante dal suo stato di detenzione all'estero per altro titolo (i giudici italiani avevano ritenuto tale circostanza irrilevante, in quanto solo

holding a trial by default may paralyse the conduct of criminal proceedings, in that it may lead, for example, to dispersal of the evidence, expiry of the time-limit for prosecution or a miscarriage of justice'.

[25] Da ultimo, Corte europea, Kounov c. Bulgaria, sentenza del 23 maggio 2006, § 42.

[26] Molti degli spunti per questa parte del contributo si trovano nella Relazione sul "Giudizio in contumacia e la restituzione nel termine dopo la legge n. 60 del 2005" redatta dall'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, a cura di CASSANO E CALVANESE.

[27] Nel caso di specie, infatti la Corte aveva constatato che non vi era stata dimostrazione alcuna che l'imputato avesse cercato di sottrarsi alla giustizia né che avesse rinunciato al suo diritto di essere presente e di difendersi.

allegata ma non provata dal difensore). Anche in tal caso, l'accento è stato posto dalla Corte sulla necessità che la rinuncia al diritto di comparire sia inequivoca e la censura mossa all'Italia ha riguardato la mancanza da parte delle nostre autorità giudiziarie di quella necessaria diligenza per assicurare l'effettivo godimento dei diritti riconosciuti dalla Convenzione.

Nell'caso Somogyi (sentenza 18 maggio 2004), il ricorrente, condannato in contumacia e in espiazione della pena, aveva dedotto di non aver ricevuto notizia alcuna del processo (nella specie aveva disconosciuto come propria la firma apposta sulla relata di notifica degli avvisi a lui inoltrati). La Corte ha condannato l'Italia, sul rilievo che la giurisdizione nazionale era venuta meno all'obbligo di verificare se l'accusato avesse avuto la possibilità d'avere conoscenza delle accuse a lui avanzate. Nel caso in esame, ad avviso della Corte, risultava carente uno scrupoloso controllo giudiziale per determinare, "al di là di ogni ragionevole dubbio", se la rinuncia a comparire da parte del condannato fosse inequivoca. La Corte ha inoltre rilevato anche in tal caso che, qualora la condanna di un soggetto sia stata pronunciata dal giudice nazionale nonostante una potenziale minaccia al suo diritto di partecipare al processo, il ristoro più appropriato sarebbe costituito in linea di principio dal consentire un nuovo giudizio o dalla riapertura del procedimento nel rispetto dell'art. 6 Convenzione.

Nel caso Sejdovic (sentenza 10 novembre 2004), il ricorrente aveva dedotto di essere stato giudicato senza aver mai avuto notizia del procedimento aperto nei suoi confronti. Costui si era reso irrintracciabile e, dichiarata la sua latitanza, era stato giudicato in contumacia. Le ricerche internazionali portarono al suo arresto a fini estradizionali in Germania che, peraltro, rifiutò la sua consegna all'Italia, non ritenendo sufficienti le garanzie offerte dall'ordinamento italiano al condannato per ottenere la riapertura del processo, nel frattempo definito con sentenza irrevocabile. Davanti alla Corte europea, il Governo italiano aveva sostenuto la tesi che il ricorrente aveva rinunciato a partecipare al processo. La Corte ha diversamente affermato che l'assenza del ricorrente dagli usuali luoghi di residenza o domicilio poteva dare solo "l'impressione" che l'imputato fosse al corrente (o temesse) che la polizia lo stesse cercando, ma non la "prova" che fosse a conoscenza del procedimento penale aperto contro di lui o della data del processo. "Informare qualcuno di un processo intentato contro di lui – ha precisato la Corte - è un atto giudiziario di tale importanza che deve

essere effettuato in conformità con i requisiti procedurali e sostanziali capaci di garantire l'esercizio effettivo dei diritti da parte dell'imputato. La conoscenza vaga ed informale non può bastare"[28]. La Corte ha pertanto ribadito che, se è possibile ammettere una conoscenza anche indiretta, la rinuncia deve comunque apparire "inequivoca". In particolare, poi ha osservato che la violazione riscontrata nel caso di specie, da attribuirsi alla formulazione dell'art. 175 c.p.p. circa le condizioni per ottenere la restituzione del termine, che non garantirebbe con "sufficiente certezza" i diritti dell'imputato, poteva ripetersi in numerosi altri casi a causa delle "lacune nella legge nazionale e nella pratica applicativa". La Corte ha stabilito pertanto, in base all'art. 46 della Convenzione, che l'Italia doveva rimuovere "ogni ostacolo legale" che poteva impedire ad un condannato in absentia, non effettivamente informato del procedimento e che non avesse rinunziato inequivocabilmente al suo diritto di comparire, di ottenere l'estensione del termine per fare appello o un nuovo processo, in modo da garantirgli il diritto ad una nuova pronuncia sulle accuse mosse contro di lui. Nel successivo ricorso alla Grande Camera (sentenza del 1° marzo 2006), la Corte è tornata a esaminare l'istituto della restituzione in termine (secondo la versione non ancora modificata dalla l. 60/2005), ribadendo le conclusioni a cui era pervenuta in prima istanza, ponendo in evidenza come il rimedio offerto dall'art. 175 c.p.p. non avrebbe comunque potuto essere applicato al caso in esame, poiché all'epoca in cui il ricorrente era venuto a conoscenza della sentenza di condanna era detenuto all'estero e difficilmente avrebbe potuto esperire nel termine previsto l'istanza di restituzione. La Corte, nel prendere atto della riforma introdotta con la l. 60/2005,

[28] Il principio così affermato sembrerebbe soggetto ad un'unica eccezione nell'ipotesi in cui l'imputato sfugga deliberatamente e platealmente ai tentativi di notificazione, rendendo vani gli sforzi effettuati dalle autorità per notiziarlo. V. il caso Iavarazzo c. Italia (decisione del 4 dicembre 2001, n. 50489/99): il ricorrente, vista la polizia entrare nel suo appartamento (con l'intenzione di notificargli un ordine di custodia cautelare), scappò da una finestra e si diede alla latitanza. La Corte europea precisò sinteticamente che "Pour ce qui est de l'omission d'informer officiellement le requérant des poursuites entamées à son encontre, (...) l'impossibilité de communiquer avec l'accusé ne saurait être imputée aux autorités italiennes, étant due, au contraire, au fait que le requérant, dans la tentative de se soustraire à la juridiction d'un Etat adhérant au principe de la prééminence du droit, avait pris la fuite et était devenu introuvable". Con tale decisione sembra essersi risolta la questione lasciata aperta nella sentenza Colozza, cit., § 28 in fine, relativa alla eventuale perdita dei diritti di cui all'art. 6 della Convenzione da parte di un imputato che si rende volontariamente latitante. La soluzione pare essere nel senso che egli è privato delle sole facoltà il cui esercizio presuppone la sua presenza e collaborazione (ad es., la ricezione delle informazioni di cui al § 3 a), o la possibilità di rendere spontanee dichiarazioni dibattimentali), mentre spetta agli organi di Strasburgo verificare se gli altri diritti contenuti nella norma sull'equo processo gli siano stati garantiti: cfr., la sentenza Craxi c. Italia, del 5 dicembre 2002 (ove la Corte concluse alla violazione dell'art. 6 § 3 d) Cedu malgrado la latitanza del ricorrente, ed esaminò approfonditamente altre doglianze relative alla violazione dell'equo processo), nonché la decisione Ortolani c. Italia del 31 maggio 2001, n. 46283/99. In materia cfr. TAMIETTI, Processo contumaciale e rimedia garanzia del diritto di difesa dell'imputato assente: la Corte europea "boccia" la restituzione nel termine ex art. 175 c.p.p., in Cass. Pen. 2004, pp. 1393 e ss.

ha ritenuto prematuro – in assenza di una giurisprudenza nazionale sulla sua applicazione - dare in tale sede una valutazione sulla sua efficacia.

Le critiche alla vecchia formulazione dell'art. 175 c.p.p. sono state quindi ribadite nel caso R.R. (sentenza del 9 giugno 2005), nel quale il ricorrente, dichiarato irreperibile, era stato giudicato in contumacia.

La nuova formulazione della norma riguardante la rimessione in termini è stata, infine, oggetto, sia pure incidentale, di una recente pronuncia che ha tratto spunto, ancora una volta, dalla vicenda del sig. Cat Berro. Come detto, nel 1991, i giudici europei avevano dichiarato iniquo il processo svoltosi a carico del ricorrente in quanto quest'ultimo era stato giudicato in contumacia. Successivamente alla condanna europea, in sede di esecuzione della sentenza di Strasburgo, dinnanzi la giurisdizione nazionale, l'imputato non formulava istanza di restituzione nel termine ma decideva di proporre ricorso ex art. 670 c.p.p. chiedendo l'annullamento dell'ordine di carcerazione emesso per l'esecuzione della sentenza, che però veniva rigettato sia dalla Corte di appello - in veste di giudice dell'esecuzione - sia dalla Corte di cassazione. Per tale ragione, il Cat Berro aveva nuovamente adito la Corte europea. Nell'occasione, i giudici, pur dichiarando il ricorso irricevibile, hanno osservato come le lacune riscontrate in passato nell'affrontare il caso Sejdovic sembrino essere state colmate dal nuovo testo dell'art. 175 del c.p.p. È stato, quindi, rilevato come con la legge del 2005 si sia inserito un meccanismo che, se attivato, garantisce al condannato in contumacia, con un sufficiente grado di certezza, la possibilità di essere presente e di difendersi in un nuovo processo. In particolare, la Corte, nonostante affermi che il testo del nuovo art. 175 cpp sembra aver colmato le lacune, in mancanza della presentazione da parte dell'imputato dell'istanza di cui all'art. 175 c.p.p., conclude ritenendo che nel caso concreto non è possibile stabilire se un'eventuale domanda di restituzione nel termine avrebbe garantito, con un sufficiente grado di certezza, la possibilità di essere presente e difendersi nel corso di un nuovo processo.

2. Efficacia della giurisprudenza e delle sentenze della Corte europea sugli ordinamenti nazionali.

Bene, questa la materia europea in tema di diritto dell'imputato a essere presente durante il processo.

Resta da capire, cosa farsene, come utilizzare questo materiale giurisprudenziale.

Non è mia intenzione, riproporre in questa sede – neanche in modo sintetico – il dibattito – così denso di interventi dottrinari e giurisprudenziali - sul rapporto tra Convenzione e diritto interno indagando la posizione della Convenzione nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento nazionale in cui si inserisce e la possibilità della diretta applicazione delle disposizioni convenzionali[29].

Ritengo, infatti, che la comprensione dei rapporti tra il sistema europeo di diritti dell'uomo[30] e l'ordinamento interno esiga il superamento sia della classica distinzione tra sistema monista e sistema dualista sia della tematica connessa dell'incorporazione o meno del testo convenzionale in diritto interno[31]. L'individuazione della reale capacità di influenza del diritto convenzionale sul diritto interno deve, piuttosto, portare ad interrogarsi sui concreti effetti delle sentenze e della giurisprudenza della Corte negli ordinamenti nazionali[32].

[29] Per un approccio tradizionale ai rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamenti nazionali cfr. CONFORTI-FRANCIONI, Enforcing International Human Rights in Domestic Courts, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1997. Mi sia anche consentito rimandare al mio Diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali, 2008, Torino Giappichelli, pp. 29 e ss.

[30] In letteratura è controversa l'idea del sistema della Convenzione come sistema giuridico. IMBERT, Pour un systeme européen de protection des droits de l'homme, in Mélanges en hommages à Luis Edmond Pettiti, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 448 – 464, preferisce parlare di meccanismo europeo di protezione dei diritti dell'uomo. Ritiene infatti che manchino attualmente alla Corte ed alle sue sentenze la forza e l'incisività necessarie a renderla, se non unico attore, almeno principale protagonista di un processo di riforme sul piano europeo. COSTA, La Cour européenne des droits de l'homme : vers un ordre juridique européenne?, in Mélanges en hommages à Luis Edmond Pettiti, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 196 – 206, individua un ordine giuridico europeo composto: da un corpus di regole comuni ai diversi Stati, che si sono impegnati a rispettarli; da un sistema giuridico che consente di sanzionare la violazione di tali regole ed infine da un meccanismo che garantisce l'esecuzione delle decisioni giurisdizionali. Ritiene che la Convenzione dia luogo ad un sistema giuridico LAMBERT ELISABETH, Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1999. In particolare si tratterebbe di un sistema semicomplesso di tipo statico presentante i tre caratteri di sussidiarietà, di costituzionalità e di ordine pubblico. Parla senz'altro di sistema della Convenzione europea, CONFORTI, in Diritto comunitario, Carta dei diritti e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Ragione Pratica, 2002, n. 18, pp. 15 – 25.

[31] DELMAS MARTY, La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la logique du flou in Revue de droit pénale et de criminologie, 1992, pp. 1031 e ss.; LAMBERT ELISABETH, Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1999.

[32] In particolare, LAMBERT, Les effets des arrêts de la Cour européenne, cit., p. 33, ritiene che il criterio dell'incorporazione non sia in grado di spiegare i rapporti tra il sistema europeo dei diritti dell'uomo e l'ordine interno e, di conseguenza, l'efficacia delle sentenze della Corte a livello nazionale.

Anche nella dottrina italiana si è cominciato a ripensare gli schemi classici circa i rapporti tra ordinamento e europeo ed sistema nazionale, in particolare dopo l'approvazione dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, cfr. RUGGERI, Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione, in Ragion Pratica, 2002, n. 18, pp. 63 e ss, che ritiene che i rapporti tra norme sopranazionali (in tema di diritti umani) e norme di diritto interno debbano essere letti non sulla base degli strumenti propri della teoria delle fonti ma anche su quelli della teoria dell'interpretazione. Sulla idoneità del diritto internazionale pattizio dei diritti dell'uomo ad influenzare le interpretazioni costituzionali, cfr. RUOTOLO, La «Funzione ermeneutica» delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali, in Diritto e Società, 2, 2000 pp. 291 e ss; ZACCARIA, Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi, in Ragion Pratica, 2004, n. 22, pp. 933 ss, seppure non riferendosi principalmente al diritto europeo dei diritti dell'uomo, nota, (p. 110), come si sia passati ad un nuovo scenario in cui l'interprete si trova di fatto a doversi scegliere la norme (e le fonti) appropriate…infatti fonti di diverso rango si combinano tra loro e fonti di ugual rango confliggono: tutto ciò costringe il giurista a reinterpretare la Costituzione e l'intero materiale normativo in modo orientato verso il diritto sopranazionale europeo e internazionale.

Incentrata sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è l'accurata analisi di MONTANARI, I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e

L'individuazione della reale portata delle sentenze della Corte europea passa attraverso l'analisi di due punti: in primo luogo, l'analisi dell'esatta ricostruzione della finalità di un ricorso ai giudici europei, e quindi delle finalità della stessa sentenza, e in secondo luogo l'analisi delle concrete conseguenze prodotte dalla giurisprudenza europea negli ordinamenti interni.

Quanto al primo punto, ciò che il ricorrente tende ad ottenere - e specularmente la Corte a raggiungere con la sentenza - è il conseguimento di un duplice obiettivo: da un lato, la soluzione di un contrasto tra un individuo e lo Stato e quindi la protezione dell'individuo dallo Stato; e, dall'altro, il rispetto da parte degli Stati degli impegni assunti convenzionalmente. Proprio per il raggiungimento di tali finalità, è imposto un duplice obbligo a carico degli Stati:

1) gli Stati condannati devono adottare tutte quelle misure che siano in grado sia di ripristinare la situazione concreta lesa dalla accertata violazione

2) tutti gli Stati parte della Convenzione devono rendere il diritto interno conforme alla Convenzione così come interpretata dalla Corte.

In entrambi casi si impone la necessità di un dialogo tra il giudice europeo ed il giudice italiano.

Invero, alle sentenze della Corte europea possono darsi due diversi significati: in primo luogo, esse rilevano come autorità di cosa giudicata (per usare la terminologia tradizionale), ciò si ha nel caso in cui la violazione si sia già verificata e sia stata accertata, con sentenza, dalla Corte; in tale ipotesi, il giudice nazionale, nell'ambito degli obblighi di cui all'articolo 46 § 1 della Convenzione, dovrà dare "applicazione" alla sentenza.

Altra, e diversa accezione, è quella di autorità di cosa interpretata e qui il riferimento allora non è più ad una specifica sentenza ma alla giurisprudenza della Corte europea; con tale espressione si indicano, piuttosto, gli effetti erga omnes (vale a dire, anche nei confronti degli Stati non parte della sentenza, e in questo caso il

fonti interne, Torino, Giappichelli, 2002, che sottolinea l'importanza di uno studio che si ponga soprattutto in una prospettiva "assiologica – sostanziale" piuttosto che tecnico formale di indagine dei rapporti tra i diversi sistemi. In particolare, il reale funzionamento del sistema convenzionale europeo impone, secondo l'A., di svolgere uno studio in una duplice direzione: da un lato un'analisi "statica" tesa a definire la collocazione della Convenzione nella gerarchia della fonti dei singoli Paesi aderenti e dall'altro lato un'analisi "dinamica" attraverso lo studio delle prassi giurisprudenziali nazionali, alla cui luce valutare i risultanti ottenuti con l'approccio meramente formale.

Sottolinea l'inadeguatezza degli strumenti concettuali del dualismo e del rango legislativo della Convenzione europea a spiegare il reale funzionamento della sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, CARTABIA, La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni, in All'incrocio tra Costituzione e CEDU, BIN – G. BRUNELLI – PUGIOTTO – VERONESI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2007, pp. 7 e ss.

All'interno della letteratura penalistica, critico sulla utilità di continuare a "discutere sul rango della CEDU nel sistema delle fonti del diritto italiano" è VIGANÒ, "Sistema CEDU" e ordinamento interno: qualche spunto di riflessione in attesa delle decisioni della Corte Costituzionale, in All'incrocio tra Costituzione e CEDU, cit., pp. 265 e ss.

giudice nazionale si pone nell'ambito dell'art. 35 della Convenzione). Tale efficacia discende dall'essere la Convenzione uno strumento vivente il cui contenuto è in continua evoluzione grazie alle sentenze della Corte: la norma convenzionale (che è il risultato della disposizione della Convenzione come interpretato e applicato dalla Corte europea) entrando a far parte dell'ordinamento nazionale impone la giurisprudenza europea. Nella decisione Scordino c. Italia, cit., la Corte ha affermato con forza come i giudici nazionali nell'interpretazione – ed applicazione - del diritto interno devono operare conformemente alla giurisprudenza della Corte. Nelle parole della Corte: deriva dal principio di sussidiarietà (…) che le giurisdizioni nazionali devono, per quanto possibile, interpretare e applicare il diritto interno conformemente alla Convenzione". Ha precisato, poi che la giurisprudenza è parte integrante delle disposizioni convenzionali e che la Convenzione(…) vive nella giurisprudenza della Corte (così decisione Scordino c. Italia cit., pag. 12).

Come è noto, tale orientamento è oramai stabilmente condiviso anche dalla nostra Corte cost. che a partire dalle sentenze nn. 348 e 348 del 2007[33], - e poi costantemente ribadito, con leggerissima variazioni di accenti successivamente[34] - ha riaffermato con forza quello stesso principio ermeneutico, tra l'altro, già immanente nel sistema, imponendo in tal modo, finalmente, anche al giudice italiano di applicare, in diritto interno, la Convenzione europea come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

2.1 Autorità di cosa interpretata: l'efficacia della giurisprudenza della Corte.

Quindi, il primo degli obblighi in capo al giudice nazionale è quello di dover dare attuazione alla giurisprudenza europea attraverso una interpretazione conforme del diritto nazionale.

La sussidiarietà del sistema convenzionale, come noto fondato sul principio del necessario esaurimento delle vie di ricorso interno e della priorità della protezione nazionale dei diritti dell'uomo, contiene, in definitiva, una implicita ripartizione delle competenze dei giudici interni e dei giudici europei. Se la Corte ha più volte sostenuto che non è suo compito sostituirsi alle giurisdizioni nazionali, è anche vero che ha

[33] Corte Costituzionale sentenze del 24 ottobre 2007 nn. 348 e 349.

[34] Si vedano, tra le altre, le sentenze nn. 311 e 319 del 2009 e nn. 80 e 236 del 2011:

espressamente affermato che rientra nei suoi poteri controllare le decisioni nazionali sotto l'angolo della Convenzione. In questo modo, controlla l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni convenzionali nell'ordinamento nazionale sottoponendo l'interpretazione giudiziaria nazionale ad una sorta di accerchiamento a tenaglia che la rende essa stessa oggetto di un sindacato critico ben più largo, e certo qualitativamente diverso, da quello che si gioca tradizionalmente tutto all'interno dell'ordine giudiziario, mediante il sistema delle impugnazioni.

Il sistema di garanzia europeo spinge, in altri termini, i giudici nazionali, al momento dell'applicazione delle norme convenzionali, a dare loro prevalenza sulle norme nazionali in contrasto. In una prospettiva non formale, ma assiologico–sostanziale si potrebbe dire, le parole di Montanari, che il giudice (nazionale) non si inchina più innanzi al legislatore, ma anzi per vie traverse cerca nuove coerenze tra i diversi livelli di tutela[35].

Volendo semplificare al massimo, e spingendomi oltre quanto affermato dalla nostra Corte Costituzionale, ma andando in un senso sicuramente conforme ad un corretto modo di intendere i rapporti tra sistema europeo di tutela dei diritti umani e sistemi nazionali, ben può dirsi che al giudice nazionale sia assegnato il compito di un controllo "diffuso" di convenzionalità: a lui è attribuita la competenza di verificare la conformità della legislazione nazionale ai dettami della giurisprudenza europea, potendo (dovendo) giungere, se un'interpretazione adeguatrice non è possibile, sino alla sua inapplicabilità ad un dato caso. Ed invero, questo è quanto succede in ordinamenti diversi dal nostro, che lamenta, a mio avviso, un innegabile ritardo.

Questo controllo così esteso è necessario in vista di una reale prevenzione di sentenze di condanna della giurisdizione europea. Così, molte delle sentenze di condanna del nostro Paese (penso tra le altre, oltre a quelle in tema di contumacia, a quelle che hanno avuto ad oggetto la violazione dell'articolo 6 della Convenzione, per le dichiarazioni accusatorie predibattimentali, non ripetute nel dibattimento, dal caso Dorigo in poi) si sarebbero potute evitare: operatori del diritto più avvertiti avrebbero potuto prevedere la censura (corrispondente a precedenti orientamenti della Corte) ed avrebbero potuto, integrando la Convenzione tra gli strumenti giuridici a loro disposizione, evitare un aggravio alla giustizia italiana, ai ricorrenti, al sistema paese ed alla Corte stessa.

[35] MONTANARI, I diritti dell'uomo, cit., p. 201.

Non posso tuttavia nascondermi che un controllo diffuso di convenzionalità affidato ai giudici presuppone un livello di maturità del sistema – e di elevata conoscenza e condivisione della giurisprudenza della Corte. Elementi, tutti, questi, sicuramente non ancora del tutto presenti nella nostra arena giudiziaria. Allo stato attuale, quindi, il rinvio alla Corte Costituzionale e l'utilizzazione del diritto convenzionale quale norma interposta di costituzionalità sembra il modo migliore – sebbene forse non il più efficace – per realizzare quella necessaria incidenza diretta del testo convenzionale nel nostro ordinamento.

Ne sono esempi, ultimi in ordine di tempo, la già citata sentenza n. 319 del 2009 della Corte costituzionale, avente ad oggetto ancora una volta l'art. 175 cpp nella interpretazione datane da una parte della giurisprudenza italiana e ancora, seppure in tutt'altro ambito, la sentenza delle SSUU, udienza del 21 gennaio 2010, in cui tuttavia la giurisprudenza della Corte europea – in particolare quella relativa alla nozione di diritto e al sistema delle fonti di cui all'art. 7 – è richiamata, tra gli altri, quale criterio per risolvere un quesito – un contrasto giurisprudenziale - in tema di indulto.

2.2. Autorità di cosa giudicata: l'efficacia delle sentenze di condanna.

L'altro obbligo, come visto, imposto ai giudici nazionali attiene all'esecuzione delle sentenze di condanna emesse dalla Corte: è a loro che compete dare attuazione a quelle sentenze.

La base giuridica di questo obbligo risiede nell'art. 46 della Convenzione. Ai sensi del primo paragrafo dell'articolo 46[36] della Convenzione, gli Stati si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti. Tale impegno comporta a carico dello Stato convenuto obblighi giuridici ben definiti.

Un primo obbligo è il pagamento della somma di denaro eventualmente liquidata dalla Corte a titolo di equa riparazione. Ai sensi dell'articolo 41[37] della Convenzione,

[36] L'articolo 46 così stabilisce: 1. Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controverse nelle quali sono parti. 2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione.

[37] L'articolo 41 della Convenzione così statuisce: Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso un'equa soddisfazione alla parte lesa.

Sull'esecuzione delle sentenze della Corte, cfr.,IMBERT, L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Le rôle du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, in La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze, Atti del Convengno MAE- SIOI, 6–7 giugno 2002, La Comunità Internazionale, Quaderno 7, 2002, pp. 20 e ss; MAS, Right to Compensation Under Artiche 50, in MACDONALD, MATSCHER, PETZOLD (a cura di) The European System for the Protection of the Human Rights,

la Corte ordina allo Stato di pagare un certa somma di denaro (per danni materiali, morali, spese ed onorari). In tali casi, lo Stato convenuto non ha alcun potere discrezionale nell'esecuzione della sentenza: deve pagare il quantum indicato dalla Corte e nei termini da quella fissati.

L'equo indennizzo non è l'unico obbligo che discende dalla sentenza. L'esecuzione di una sentenza che constata una o più violazioni della Convenzione può comportare, secondo le circostanze del caso, da parte dello Stato interessato, da un lato, l'adozione in favore del ricorrente di misure individuali idonee a far cessare la violazione se questa continua e/o a ripristinare la situazione anteriore la violazione (cd. restitutio in integrum); dall'altro lato, l'adozione di misure generali volte a prevenire la realizzazione di ulteriori violazioni, simili a quelle constatate in sentenza[38].

Contrariamente a quanto detto per il caso della riparazione pecuniaria, generalmente, le sentenze della Corte non indicano allo Stato convenuto le misure generali e/o individuali da adottare in grado di prevenire una nuova violazione e/o di reintegrare la situazione del ricorrente. In effetti, secondo la Convenzione, gli Stati godono di una piena discrezionalità nella scelta dei mezzi per adottare le misure di

Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers 1993, pp. 775 e ss; POLAKIEWICZ, The Status of the Convention in National Law, in BLACKBURN–POLAKIEWICZ (a cura di) The Execution of Judgements of the European Court of Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 55 e ss; PIRRONE, L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, Milano, Giuffrè, 2004; RAIMONDI, L'obbligo degli Stati di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo negli affari di cui sono parti: l'articolo 46, primo comma della CEDU, in La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze, Atti del Convengno MAE- SIOI, 6–7 giugno 2002, La Comunità Internazionale, Quaderno 7, 2002, pp. 39 e ss; SUNDEBERG, Art. 41. Equa soddisfazione, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI (a cura di), Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Padova, CEDAM, 2001 pp. 660 e ss. Sebbene si riferiscano al vecchio articolo 50 della Convenzione cfr. DRZEMCZEWSKI–TAVERNIER, L'exécution des "decisions" des instances internationales de contrôle dans le domaine des droits de l'homme in La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, Paris, Pedone. 1998 pp. 197 e ss ed in particolare pp. 215 e ss.; SHARPE, Article 50, in PETITI, DECAUX, IMBERT (a cura di) La Convention européenne des droits de l'homme, cit., pp. 809 e ss; UMBERTAZZI, L'accertamento della violazione della Convenzione europea come "equa soddisfazione" alla parte lesa, in Rivista internazionale dei diritti dell'uomo, 1988, pp. 75 e ss.

[38] In letteratura vi è chi nega che possa farsi discendere dall'articolo 46 § 1 un obbligo a carico degli Stati di adottare misure di carattere generali. V. MAROTTA, Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano, in Rivista italiana dei diritti dell'uomo, 1989, p. 58 che ritiene che in seguito ad una sentenza di condanna gli Stati non sono obbligati ad adottare in più disposizioni che superino l'ambito del caso di specie, quale eventualmente un cambio di legislazione e, a p. 59 se non un obbligo, sussiste per gli Stati…almeno un interesse a modificare le disposizioni legislative o amministrative la cui applicazione ha determinato il giudizio negativo della Corte.. Su posizione analoga, più di recente, BARBERA, Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti, in BALDUZZI (a cura di), Studi in onore di F. Cuocolo, Giuffrè, Milano 2005, p. 118 esclude che da una sentenza di condanna possa discendere altro obbligo per gli Stati oltre il garantire un'equa soddisfazione. Esclude, altresì che le misure a carattere generale volte a prevenire future violazioni trovino il loro fondamento nell'articolo 46 § 1. V. ZAGREBELSKI, I mutamenti legislativi o regolamentari e di prassi amministrative volti ad impedire il riprodursi della violazione, in La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze, Napoli, Editoriale scientifica, 2003, p. 109 ravvisandone, piuttosto il fondamento nello Statuto del Consiglio d'Europa. Contra, PIRRONE, L'obbligo di conformarsi alle sentenze, cit., che mostra come dalla prassi del Comitato dei Ministri nella fase di esecuzione delle sentenze della Corte emerga, in modo netto, coma sia il Comitato sia gli Stati stessi ritengono normale l'adozione di tali misuri ex art. 46 § 2 al fine di giungere alla chiusura della procedura pp. 222 e ss.

carattere generale e/o individuale. A tale discrezionalità si accompagna, però, il controllo del Comitato dei Ministri che è chiamato a valutare l'idoneità dei mezzi scelti dagli Stati a raggiungere il risultato voluto dalla sentenza della Corte. E' però da notare una significativa evoluzione giurisprudenziale quanto all'esecuzione delle sentenze della Corte. Se, nella giurisprudenza più risalente, la Corte limitava, pur in mancanza di precisi confini normativi in tal senso, l'esame della causa agli aspetti più strettamente connessi al ricorrente - evitando, da un lato, di valutare le legislazioni o le prassi giudiziarie in astratto e, dall'altro, di indicare agli Stati l'adozione di misure diverse dal pagamento di una somma a titolo di equo indennizzo - ora essa consapevolmente assegna alle proprie sentenze il compito di tutelare non solo gli interessi individuali ma anche quelli generali. È la sentenza Broniowski c. Polonia[39] a segnare un radicale cambiamento nella prassi. In tale decisione, constatando che la violazione accertata non era un incidente isolato, ma piuttosto causato da un malfunzionamento strutturale della legislazione e della prassi amministrativa, in grado, quindi, di interessare, negativamente, numerose altre persone, i giudici europei hanno ritenuto opportuno indicare al Governo polacco le misure generali da adottare nell'ordinamento interno[40]. Successivamente, questo orientamento è stato seguito nel caso Sejdovic c. Italia[41] in cui nuovamente la Corte ha osservato come la violazione fosse derivata dalla legislazione italiana in materia di processo per contumacia, che può interessare molte persone in futuro; da ciò la necessità di misure generali che siano in grado di rimediare alla lacuna strutturale del sistema processuale italiano[42]. Con tali sentenze, la

[39] Corte, GC, Broniowski c. Polonia, sentenza del 22 giugno 2004. Su tale sentenza cfr. E. LAMBERT-ABDELGAWAD, La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêt pilote" (en marge de l'arrêt Broniowski), in Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1° gennaio 2005, pp. 203 e ss.. Nel caso Broniowski, la Corte europea ha riscontrato la violazione dell'articolo 1 Protocollo 1 della Convenzione a causa della regolamentazione dei crediti spettanti nei confronti dello Stato di cittadini polacchi che avevano subito dei danni patrimoniali durante la seconda guerra mondiale. Attualmente, tale sentenza è in corso di esecuzione. Cfr. Comitato dei Ministri, Résolution intérinaire ResDH(2005)58.

[40] Cfr. Corte, sentenza Broniowski, cit., §§ 188–194. Nel caso concreto, si trattava, alternativamente, della rimozione di ogni ostacolo al diritto di proprietà dei diretti interessati o nella liquidazione di un'adeguata somma a titolo compensatorio. Nella scelta di indicare le misure generali direttamente, senza aspettare l'inizio della fase di esecuzione, i giudici europei sono stati influenzati anche da considerazioni di tipo pratico, quali l'alto numero di situazioni analoghe a quelle del caso Broniowski.

[41] Corte, Sejdovic c. Italia, cit. con nota di TAMIETTI, Processo contumaciale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative. In seguito, su richiesta di rinvio del governo italiano, la Grande Camera si è occupata del caso che ha, definitivamente, deciso con sentenza del 1° marzo 2006, in Corriere giuridico, pp. 712 e ss. Su tale sentenza cfr. supra.

[42] Conferma, sia pure a contrario, la possibilità, ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione, di segnalare le misure di carattere generali da adottare ad opera di uno Stato in seguito ad una sentenza di condanna, la sentenza Surmeli c. Germania, dell'8 giugno 2006. In tale decisione la Corte, ricordando la sentenza Broniowski, ha riaffermato che rientra nel potere della Corte indicare, in presenza di deficienze strutturali, le misure di carattere generale più

Corte ha sicuramente dato prova di aderire alle risoluzioni del Comitato dei Ministri[43] con cui, da un lato, si invitavano gli Stati membri a migliorare i ricorsi interni in casi di problemi strutturali rilevati dalla Corte e, dall'altro, si spingeva quest'ultima a sottolineare nelle sue decisioni le violazioni che rilevano sottostanti problemi strutturali, in modo da consentire agli Stati di trovare, agevolmente, una soluzione più appropriata ed ad aiutare lo stesso Comitato a sorvegliare l'esecuzione delle sentenze. A livello europeo, infatti, ben può delinearsi una tendenza ad esaltare il ruolo del principio di sussidiarietà, individuando nella autorità nazionali (legislatore, esecutivo e giudiziario) gli attori che in primo luogo devono adoperarsi per la concreta tutela e l'effettivo riconoscimento dei diritti garantiti dalla Convenzione.

La Corte è ora legittimata ad emanare le cd sentenze pilota, che forniscono una preziosa guida interpretativa alle corti nazionali nell'applicazione delle disposizioni convenzionali, ogni qual volta l'istanza europea rilevi problemi strutturali che necessitano un intervento delle autorità nazionali. A tale evoluzione dei poteri della Corte si accompagna una maggiore responsabilizzazione degli Stati: vi è una forte spinta perché essi si riapproprino del ruolo di primi tutori dei diritti dell'uomo che, con il principio di sussidiarietà, è loro assegnato dal sistema convenzionale[44].

Quanto alla situazione italiana, alla reazione del nostro ordinamento, della nostra giurisprudenza, è proprio con riferimento all'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea che si è avuta una corsa giurisprudenziale apparentemente inarrestabile nella creazione di regole di "adattamento" o di "attuazione" dei dicta europei. Proprio come Penelope in attesa del ritorno di Ulisse, così i giudici italiani continuano a tessere la loro tela nel tentativo di sopperire all'assenza del legislatore in ordine all'adeguamento italiano alle statuizioni della Corte europea. E in questa loro tessitura si è assistito ad una reale frantumazione del giudicato penale, anche in seguito a processi in contumacia

adeguate alla risoluzione dei problemi determinanti la violazione della Convenzione. Fermo restando che spetta poi allo Stato, sotto la sorveglianza del Comitato dei Ministri, la concreta individuazione e adozione delle stesse, Corte europea, sentenza Surmeli cit., § § 137–139. In quest'ultimo caso, poi, , alcuna indicazione è stata necessaria, avendo il Governo presentato un progetto di legge tendente, proprio, a prevenire la violazione, accertata, della Convenzione.

[43] Comitato dei Ministri, Résolution Res (2004)3 sur les arrêts qui révèlent un problème structurel sous-jacent; e Comitato dei Ministri, Reccomandation Rec (2004)6 sur l'amélioration des recours internes.

[44] Nota GARDINO CARLI Stati e Corte europea, cit., p. 142 come dalla recente giurisprudenza della Corte emerga la sua volontà di non rinunciare al suo ruolo egemone nell'interpretazione della Convenzione ma di esercitarlo «per delega», e cioè attraverso gli Stati membri chiamati a fornire una protezione individuale equivalente a quelle da lei dispensata in tutti questi anni, e che adesso essa non vuole e non può più oggettivamente assicurare. E' quindi un altro modo di manifestarsi della rivitalizzazione, dell'«enchérissement» (…) del principio di sussidiarietà.

apparentemente conformi al diritto interno, e sicuramente viziati alla luce dell'interpretazione della Corte europea dell'art. 6 della Convenzione. Proprio nel settore in cui maggiore è la propensione a difendere la sovranità nazionale, la giurisprudenza ha seguito un percorso di grande apertura rispetto all'istanza europea, giungendosi all'affermazione di principi assolutamente inediti nell'ambito processuale penale: i giudici di merito hanno riconosciuto espressamente la supremazia del giudicato europeo rispetto a quello nazionale[45]; la Corte di Cassazione, a sua volta, ha sancito a più riprese che in materia di violazione dei diritti fondamentali riconosciuti all'imputato dall'art. 6 della Convenzione, il giudice nazionale italiano è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione attraverso il riesame o la riapertura dei procedimenti penali, l'intangibilità del giudicato[46].

Di fronte a queste fughe in avanti della giurisprudenza bisognerebbe tuttavia chiedersi se e in che misura le soluzioni adottate siano non tanto tecnicamente corrette ma soprattutto idonee a garantire effettivamente l'adempimento dell'obbligo derivante come visto dall'art. 46 § 1 della Convenzione. O al contrario, ci si potrebbe chiedere se alcune delle soluzioni individuate dalla nostra giurisprudenza per dare ingresso alle sentenze europee nel nostro ordinamento non debbano o possano essere valide anche in applicazione del principio di sussidiarietà. Mi chiedo – in modo sicuramente provocatorio - cioè se il rimedio di cui all'art. 625 bis c.p.p[47] non sia applicabile anche per riaprire procedimenti nei quali pur mancando una pronuncia della Corte europea, la violazione sia palese sulla base della giurisprudenza della Corte. O ancora se non sia possibile ipotizzare la sospensione dell'esecuzione di una detenzione nelle more di un ricorso alla Corte europea,

[45] Così, Trib. Roma, 25 settembre 2005, Bracci, in Cass.pen., 2007 p. 276 con nota di SELVAGGI.

[46] Cfr. Cass. Sez. I, 1° dicembre 2006, Dorigo, in Cass. Pen., 2006, 1441, con nota di DE MATTEIS, Le sentenze dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e il giudicato penale: osservazioni intorno al caso "Dorigo"; Cass. Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, p. 396 con nota di MOSCARINI, Condanna in contumacia e restituzione nel termine per impugnarla: la Cassazione penale ri-decide il "caso Somogyi"; Cass. Sez. I, 22 settembre 2005, Cat Berro, in Guida al diritto, 2005, 84, con nota di SELVAGGI, Diritti dell'uomo necessario il contraddittorio per l'ingresso delle sentenze di Strasburgo.

[47] Il rimedio di cui all'art. 625 bis c.p.p è stato utilizzato dai giudici della Suprema Corte per dare esecuzione alla sentenza della Corte europa Drassich c. Italia, dell'11 dicembre 2007, in cui è stata accertata la violazione dell'art. 6 parr. 1 e 3 lett. a e b. Su questa sentenza v. CAIANIELLO, La riapertura del processo ex art. 625 bis c.p.p a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo, in Cass. Pen., 2009, p.1465; DE MATTEIS, Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato, in Cass. Pen. 2009, p. 1474; KOSTORIS, Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich, in Giurisprudenza italiana, 2009, p. 2514;. ZACCHÈ, Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich, in Diritto penale e processo, 2006, p. 781.

almeno in quei casi in cui la violazione lamentata richiami una giurisprudenza europea consolidata, non frutto di uno sporadico intervento della Corte, ma approdo definitivo di una pressi europea pienamente convinta delle proprie ragioni.

In sintesi, e in conclusione è questo il punto che mi preme sottolineare, è al giudice interno che compete applicare il diritto convenzionale al caso di specie: è a lui che compete dare da un lato efficacia alla giurisprudenza della Corte (il che significa a tutto il diritto convenzionale e non solo a quello formatosi contro l'Italia), agendo quale primo garante o, usando la felice espressione di Battaglini di primo organo dei diritti dell'uomo, in applicazione del principio di sussidiarietà e dall'altro dare esecuzione alle sentenze della Corte, agendo quale esecutore delle stesse ai sensi dell'articolo 46, 1° comma della Convenzione.

Si è dunque tornati al punto di partenza: il compito che attende i giudici è di straordinaria complessità.

Tuttavia, questi sono i fatti all'ombra della Convenzione: e il fatto, come ci dice Bulgakov, è la cosa più ostinata del mondo.

Prof.ssa Andreana Esposito
Prof. agg. Sistema penale e diritto europeo
Dipartimento di Giurisprudenza, SUN
Assistente di studio presso la Corte Costituzionale.

Avv. Domenico Ciruzzi

Il condizionamento dei media nel processo penale

Lo scrittore Alessandro Baricco, intervenendo ad un dibattito sulla querelle mass-media - cultura, ha affermato che l'attrito è inevitabile e che non lo si risolve certamente affidandosi alla "divulgazione" intesa come un modo semplice per dire cose complicate. Non esiste, infatti, un modo semplice per dire cose complicate; le cose complicate vanno approfondite e analizzate, disponendo di moltissimo tempo e spazio: ma i mass-media hanno poco tempo e poco spazio.

"La televisione ci fa vedere delle facce - sostiene il critico Beniamino Placido - la faccia della madre vedova, la faccia del padre disperato, la faccia del rapito, la faccia dell'arrestato. E' un suo grandissimo merito. Ma la televisione non sa e non può andare oltre. Quelle facce rimangono delle facce. Niente di male, basterebbe riconoscerlo. Infatti, non omnia possumus omnes. Ed invece, nel momento in cui la televisione ha a disposizione una faccia, commette un grosso errore di superbia. Cede alla tentazione che tutto le sia possibile. Che basti chiedere "che cosa si prova ?" per approfondire, perché tutto sia chiaro".[1]

La televisione non capisce la distinzione tra faccia e facciata, non capisce che dietro la facciata della faccia c'è un altro universo.

E' agevole comprendere che la psicologia dell'innamoramento può essere raccontata in modo approfondito in un romanzo di 500 pagine che ne evidenzi il groviglio di sensazioni (i tremori, le rabbie, i dubbi, le contraddizioni) e non già in un'intervista televisiva alla cui domanda di rito: "Che cosa si prova ?", non potrà esserci che una risposta banale.

Ecco, la televisione può sinteticamente raccontare il fatto, ma deve poi necessariamente restare sulle facce e sulle facciate, all'esterno. Che cosa ci sia davvero nella testa di quell'innamorato (o di quella donna che ha perso il figlio, il marito, ecc...) nemmeno ce lo chiediamo più. Stiamo perdendo l'abitudine.

"Rischiamo così - continua Placido - di smarrire il senso della duplicità di ogni individuo. C'è una parte che si vede. C'è una parte che non si vede, e non è di facile accesso. Rischiamo di perdere il contatto

[1] B. Placido, La televisione col cagnolino, Bologna, 1993 p. 91

con una delle dimensioni importanti della realtà. Se ci limitiamo alla televisione. Se non apriamo un romanzo".

Anche noi operatori della giustizia rischiamo di perdere il contatto con la realtà giurisdizionale se non apriremo il nostro romanzo processuale, approfondendo lo studio delle carte processuali, frastornati e confusi dalla miriade di schegge di informazioni che preannunziano ed anticipano il processo, stravolgendolo a tal punto "da farci dubitare che sia proprio il nostro processo e non quello di un altro".[2]

Effettivamente a volte rischiamo, studiando le carte di un processo particolarmente eclatante, già raccontato dai media, di non riconoscere più il nostro processo. Rischiamo, infatti, di smarrirci, senza riuscire a comprendere il meccanismo causativo dei mosaici d'interferenza e finendo a volte con lo "scaricare" la responsabilità di tale smarrimento esclusivamente sui singoli protagonisti del processo (giudici, avvocati, pm, cronisti, imputati, ecc...).

Così come forse ci accade, a titolo esemplificativo (e il paragone non sembri irriverente !), quando ci rechiamo a teatro per assistere al musical americano: sì, proprio quel musical che a noi europei della generazione del dopoguerra è stato raccontato esclusivamente dalla cultura cinematografica americana; a teatro, infatti, non riconosceremo più quel musical, che fa parte ormai del nostro immaginario collettivo cinematografico, perché non ritroveremo quei piani - sequenza, quegli stacchi di macchina così veloci ed efficaci, quei primi piani di passi acrobatici che tanto ci avevano incantato nelle sale cinematografiche; a teatro, tutto ci sembra diverso, insopportabilmente lento e forse anche goffo e deludente.

Per giustificare il nostro smarrimento, saremo allora, forse, poco indulgenti verso quel coreografo, quelle ballerine, quei costumisti, senza renderci conto che spesso molto dipende non dagli incolpevoli protagonisti della pièce, ma dalla funzionalità diversa del medium cinematografico rispetto a quello teatrale i cui ritmi e tempi diversi sono completamente fagocitati dalla velocità ed immediatezza del linguaggio filmico.

Forse l'unico addebito che può essere mosso contro il coreografo (e gli altri protagonisti) è quello di non aver tenuto conto delle differenze insite nella diversità dei due medium. Di non aver attentamente compreso e valutato le differenze di linguaggi e, dunque, di non aver considerato le probabili interferenze di

[2] G. Gulotta, Mass media: la costruzione della realtà sociale, relazione al convegno "Mass media e criminalità violenta", svoltosi a Noto nei giorni 8-10 luglio 1993, ined.

percezioni che inevitabilmente avrebbero influenzato il suo progetto lavorativo.

E' forse lo stesso addebito che può essere mosso agli operatori giuridici: il non aver compreso appieno che i cambiamenti tecnologici sulle forme di comunicazione sono ancora più carichi di ideologia che i cambiamenti nei nostri mezzi di trasporto. Introdurre l'alfabeto in una cultura significa cambiare le sue abituali capacità cognitive, le sue relazioni sociali, le sue nozioni di comunità, di storia, di religione. Con l'invenzione della stampa si otterrà il medesimo stravolgimento. Se infine introdurremmo la trasmissione delle immagini alla velocità della luce, quale forma di comunicazione, produrremo un'autentica rivoluzione culturale. Senza guerre.

Con l'avvento della comunicazione televisiva le idee ed i contenuti politici perdono le tradizionali caratteristiche enunciative e argomentative del discorso pubblico che non potrà più essere caratterizzato da acuti distinguo, sfumature concettuali, lunghezza, concatenazione di nessi causali, ironie, confronti ragionati, paradossi. Il discorso pubblico in televisione, si è rimodellato su quello dei formati televisivi risultando pertanto caratterizzato da brevità, umorismo, elementarità del linguaggio, collezione di frasi a effetto, proposizioni non ordinate sintatticamente.

Come sostiene Neil Postman, è apparso sulla scena del discorso politico il responsabile dell'immagine ed è invece in declino l'estensore dei discorsi: ciò dimostra che la TV provoca un tipo diverso di contenuti. Non si fa filosofia alla TV, la forma è contro il contenuto.

Le differenze che assume il discorso in una cultura imperniata sulla stampa in confronto ad una cultura televisiva risultano evidenti e, come di seguito sarà specificato, tali differenze dispiegano conseguentemente effetti anche nel campo del diritto.

E' necessario evidenziare che occorre tralasciare il modo di pensare "a specchio retrovisore": l'automobile. ad esempio, non è soltanto una carrozza più veloce, la luce elettrica non è una candela più potente, la televisione non estende né amplifica la cultura libresca, tipografica: la distrugge. Se la televisione è la tradizione di qualcosa, lo è di una tradizione iniziata alla metà dell'800 con il telegrafo e la fotografia, non nel '400 con la stampa. Il telegrafo ha infatti introdotto una forma di conversazione ed un linguaggio tipico dei titoli giornalistici: sensazionale,

frammentario, impersonale. Le notizie hanno preso la forma di slogan, per richiamare l'attenzione ed essere

dimenticate subito dopo. E' un linguaggio discontinuo. Ogni messaggio è privo di qualsiasi connessione con quello che lo precede e con quello che lo segue. Come il telegrafo, anche la fotografia ricrea il mondo come una serie di eventi idiosincratici. Non ci sono inizio, intermezzo, fine in un mondo di fotografie, come non ci sono nel mondo del telegrafo. Il mondo è atomizzato; ha solo il presente e non richiede di essere parte di una storia.

Sempre secondo Neil Postman, il telegrafo, la fotografia, il cinema, hanno dato vita ad un nuovo mondo - il mondo del "cucù" - dove ora questo, ora quell'evento, appaiono per un momento per poi scomparire. Un mondo senza senso né coerenza. La televisione ha dato la massima accelerazione a tale fenomeno portando l'interscambio tra l'immagine e l'istantaneità ad una perfezione squisita e pericolosa, fin dentro le case dei cittadini. Non c'è argomento d'interesse pubblico - politica, notizie, educazione, religione, scienza, sport - che non trovi la sua strada nella televisione. Il che significa che tutta la comprensione pubblica di questi argomenti è modellata secondo le distorsioni della televisione. E quando la guardiamo finiamo per accettarla così com'è, come un fatto naturale. E il "mondo del cucù", ovverossia dell'apparire e dello scomparire, senza alcuna comprensione dei processi causativi sottesi, non ci sembra nemmeno strano: il mondo così come ci viene presentato dalla TV ci sembra ormai naturale. In ragione di ciò si può concludere che "la strada televisiva della conoscenza è assolutamente nemica di quella tipografica" e che la televisione parla con una sola voce persistente: la voce dell'intrattenimento.

Ciascuna delle nostre Istituzioni per poter entrare nel grande discorso della televisione, è costretta ad adattarsi a quel linguaggio. La televisione, in altre parole, sta trasformando la nostra civiltà in una vasta arena da grande spettacolo. Certo, è possibile che alla fine troveremo che questo va benissimo e decideremo che è quel che vogliamo. E' proprio ciò che, cinquant'anni fa, Aldous Huxley temeva che accadesse.

Ed invero, tra la profezia di George Orwell, che ipotizzava un regime in cui l'esecutivo avrebbe esercitato un devastante vaglio censorio ed un controllo totale dei flussi informativi, e quella di Huxley, è quest'ultima che probabilmente – secondo Postman – si è realizzata:

"Orwell temeva coloro che ci avrebbero privati delle informazioni; Huxley, quelli che ce ne avrebbero date troppe, fino a ridurci alla passività e all'egoismo.

Orwell temeva che la nostra sarebbe stata una civiltà di schiavi; Huxley, che sarebbe

stata un cultura cafonesca, ricca solo di sensazioni e bambinate"[3], dominata, anzicché dalle punizioni, da piaceri effimeri.

In un simile scenario ancora più agevolmente può insinuarsi lo stato di eccezione permanente teorizzato da Giorgio Agamben, ossia quella sospensione dell'ordine giuridico che siamo abituati a considerare una misura provvisoria e straordinaria ma che invece è presente come forma contemporanea "normale" di governo.

Sia pure in maniera piuttosto insoddisfacente, il legislatore del nuovo processo penale ha dovuto prendere atto che, rispetto all'epoca del codice Rocco, il nuovo rito, lungi dal poter essere, al pari di tutti i riti, dominato dal silenzio e dalla correttezza, è assediato dai "signori dell'informazione di massa". Ci sia consentito affermare che, tra gli ultimi ad accorgersi che il nuovo sistema di distribuzione dell'informazione condizionava l'andamento del processo penale, si annoveravano proprio gli operatori del "pianeta giustizia". Mentre, infatti, la dottrina e gli studiosi in genere delle moderne scienze sociali evidenziavano gli effetti positivi e negativi di quel sistema nell'ambito di altre discipline, il legislatore italiano si limitava a prendere atto timidamente della problematica in questione, mediante la previsione dell'art. 114 c.p.p.. Questa norma distingue, infatti, tra pubblicazione del contenuto di un atto e pubblicazione integrale dell'atto stesso: tale distinzione è stata voluta dai redattori del nuovo codice "non per proteggere il segreto investigativo, ma per evitare che il giudice del dibattimento possa essere condizionato"[4], giacché il contenuto degli atti genericamente riportato dalla stampa ha meno incisivi effetti d'influenza sul "giudice terzo" rispetto alla propalazione integrale dell'atto ufficiale.

Ciò si desume dall'esame della Relazione al progetto preliminare, laddove si afferma (pag. 49) che "il giudice del dibattimento, se può essere influenzato dalla pubblicazione degli atti veri e propri, è in grado di non fondare il proprio convincimento su notizie di stampa più o meno generiche e prive di riscontri documentali riguardanti il contenuto degli atti".

Rispetto alle miriadi di schegge d'informazione giudiziaria, prodotte negli ultimi tempi, tali affermazioni contenute nella Relazione appaiono davvero risibili ed inattuali.

[3] Neil Postman, Divertirsi da morire, ed. Marsilio, 2002

[4] P.L. Vigna, Attività investigativa e informazione, relazione al convegno nazionale di studi "Il reato, il processo, la notizia", svoltosi a Selva di Fasano (Br) nei giorni 28,29 e 30 maggio 1993, ined.

E', però, pur vero che il legislatore ha quantomeno evidenziato che il problema, in quanto tale, sussiste. E' questo, senz'altro, un passo avanti
rispetto alla scarsa lungimiranza mostrata, nei tempi andati, da parte di molti operatori giuridici i quali, solo negli ultimi anni, si sono avveduti degli effetti devastanti che i mosaici d'interferenza provocano sul processo penale. Da troppo poco tempo, infatti, si è compreso che il processo penale non può più essere ritenuto un "luogo neutro", o a compartimenti stagni, così come l'oleografia della retorica forense e giudiziaria aveva tramandato.

Sul punto, appare più che fondato il sospetto che il processo penale non sia mai stato un luogo scevro da influenze: si pensi alle legittime doglianze che l'avvocatura penale, e non solo, ha manifestato in questi anni contro le legislazioni incoerenti e contraddittorie decretate con urgenza "selvaggia" a seconda della diverse linee di politica criminale sperimentate negli anni; decretazioni d'urgenza oscillanti come un pendolo sospinto dal clamore degli eventi ed a giusta ragione definite "pendolarismo legislativo".

Una volta accertato che il meccanismo d'interazione tra il processo penale e i mezzi d'informazione di massa esiste davvero, essendo stato persino preso in considerazione del legislatore con la previsione dell'art. 114 c.p.p., occorre ribadire che la questione non può liquidarsi frettolosamente, riconducendola ad una carenza di deontologia o, meglio, ad un personale protagonismo di avvocati ed inquirenti, da un lato, ed alle intemperanze dei "cattivi cronisti", dall'altro.

E' utile disquisire tra questioni di opportunità o infrazioni a norme di deontologia giacché resterebbe impregiudicato il nodo centrale del problema che deve invece ravvisarsi nel nuovo modello di produzione e distribuzione dell'informazione oggi esistente. Pertanto, diviene prioritaria l'analisi del complesso meccanismo di interazione tra la notitia criminis e l'attuale sistema di distribuzione dell'informazione. Questa è l'unica strada percorribile per la comprensione dell'inestricabile groviglio tra realtà e finzione che ci circonda ed influenza fortemente lo specifico del processo penale.

Al contrario, la demonizzazione degli inquirenti e, soprattutto, degli operatori dell'informazione certamente non risolve il problema. Anzi, tale demonizzazione svolge soltanto una funzione "esorcistica" e, com'è noto, un problema esorcizzato non è un problema risolto. Tutt'altro. Pertanto, è opportuno sceverare attentamente i meccanismi condizionanti che inquinano il processo penale, tenendo

presente che il libero convincimento, non consistendo in una mera formula magica, si traduce sostanzialmente in un tasso di humus culturale che è determinato, essenzialmente, dal tipo d'informazione che si riceve.

E', infatti, evidente che il grado di professionalità e di indipendenza di un magistrato (e di un avvocato, per converso) è direttamente proporzionale

al suo indice di comprensione dei nuovi mosaici d'interferenza, ai suoi parametri culturali, alla sua curiosità intellettuale ed al rigoroso rispetto delle regole della giurisdizione.

Appare necessario ed inderogabile, a questo punto, un allargamento delle prospettive di analisi per identificare i complessi mosaici d'interferenza che, con il concorso delle decretazioni di urgenza, inquinano il processo penale, stravolgendolo.

E' necessario sperimentare nuovi sentieri esplorativi, anche mutuati dalle tesi delle moderne scienze sociali, attraverso una metodologia d'indagine che riesca ad individuare i fattori estrinseci ed intrinseci che condizionano attualmente il metodo di formazione della prova e, conseguentemente, i criteri valutativi della stessa.

Pertanto, un corretto approccio d'indagine sullo stato di disagio in cui versa oggi il processo penale non può prescindere dall'esame delle influenze che i mezzi d'informazione di massa dispiegano sulle dinamiche relative al modo di formazione della prova.

I sistemi di comunicazione hanno, in tutte le epoche, influenzato il modo in cui gli uomini percepiscono il reale.

Nelle società prealfabetiche i graffiti rappresentavano mezzo di espressione e sistema di comunicazione complessivo; nelle società alfabetiche, la scrittura influenzò la settorializzazione delle comunicazioni. Allo stesso modo, la stampa dell' "era di Gutenberg" massificò la comunicazione settoriale. Successivamente, i nuovi media hanno modificato i rapporti interpersonali tra gli uomini, influenzandone lo psichismo. I c.d. "media elettrici" (radio, televisione, ecc...) presentano un'ulteriore connotazione: la simultaneità dell'informazione, sì da trasformare il pianeta nel quale viviamo in un "villaggio globale", laddove la contestualità dell'informazione dovrebbe permettere agli uomini di partecipare come in un villaggio di epoca tribale alla elezione dei loro capi, nonché alla discussione sugli avvenimenti che accadono nella comunità.

Tutto ciò si realizza attraverso la sostituzione dell'antico fuoco, attorno al

quale si riuniva la tribù, con la luce del medium televisivo.

Lo studioso di comunicazioni di massa Marshall Mc Lucan sosteneva che il "medium è il messaggio": in un tale contesto, più del contenuto della notizia, ha rilevanza il sistema stesso che si sceglie per la distribuzione delle informazioni; e il nostro sistema distributivo simultaneo risulta così assorbente da far ritenere inesitente ciò che da esso non viene propagato.

I nuovi media hanno contribuito alla caduta delle ideologie, con la conseguenza che gli avvenimenti non vengono più inquadrati in visioni generali complessive; l'informazione, cioè, non è più trasmessa rispettando la genesi ed i processi causativi sottesi agli avvenimenti stessi, ma si è trasformata in informazione scheggiata, secondo il modello del linguaggio da spot pubblicitario o sportivo. Viene, quindi, prodotta un'informazione superficiale e riduttiva, e, soprattutto, non obiettiva.

La non obiettività della notizia risulta dall'analisi del nuovo mezzo, attraverso cui esse è prodotta, a prescindere da manipolazioni specifiche, quali quelle poste in essere da lobbies economiche e gruppi di potere politici che finanziano i diversi circuiti d'informazione.

Pertanto, l'informazione non è obiettiva perché non è neutra così come è accaduto per tutti i sistemi di comunicazione: come potrebbe essere neutro un nuovo ed efficacissimo mezzo di comunicazione?

Il treno, ad esempio, sarà neutro - sostiene ancora Placido - soltanto apparentemente, superficialmente. Neutro nel senso che lo posso prendere per recarmi a trovare la fidanzata oppure per andare a commettere un delitto. Ma il treno, preso come fenomeno complessivo, irto di tutte le sue conseguenze, no. Il treno non è neutro perché, modificando le nostre condizioni di viaggio, ha modificato il nostro senso del paesaggio e, conseguentemente, il nostro rapporto con il medesimo.

Proviamo dunque ad analizzare la peculiarità dell'attuale sistema di comunicazione informativa e le conseguenti modifiche che lo stesso ha prodotto nel nostro modo di percezione del reale.

Secondo l'attuale livello d'informazione, è notizia qualsiasi fatto/rottura, qualsiasi accadimento che si distacchi dalla normalità del quotidiano; mediante la trasmissione simultanea, vengono distribuiti soltanto i fatti/rottura, i fatti fuori dalla normalità, che finiscono con il nascondere l'ordinarietà del quotidiano: l'utente finisce, quindi, per ricevere una miriade d'informazioni di rottura, d'informazioni eccezionali, giungendo a

ritenere che la normalità del quotidiano non esista.[5]

Accanto ai fatti/rottura, devono essere presi in considerazione i fatti/notizia: si tratta di quegli accadimenti indotti dalla presenza dei media, ovvero prodotti soltanto al fine di essere ripresi dai media ed entrare così nel circuito di trasmissione dell'informazione. Tali fatti/notizia, se non entrassero nella rete dei media, non esisterebbero; pensiamo, ad esempio, alle manifestazioni di protesta collettiva, ai blocchi stradali, alle azioni terroristiche: tutti questi

eventi hanno una comune matrice nei fatti/notizia, poiché essi vengono posti in essere solo al fine di divenire oggetto di attenzione da parte dei media: in particolare alcuni atti terroristici (e i diversi gruppi operanti nell'universo eversivo ne avevano ben compreso il meccanismo) non si sarebbero verificati se non avessero avuto ingresso nel circuito di trasmissione dei nuovi media.

I nuovi media, pertanto, con i fatti/notizia, possono provocare una modifica della realtà fino ad una modifica dell'andamento dei fatti.

La notizia non è obiettiva anche perché la frammentazione di essa, ovvero l'informazione scheggiata, non fa comprendere all'utente il processo causativo sotteso alle notizie; l'effetto verità di queste non verità (perché informazione parziale) è prorompente, poiché difficilmente l'utente ne comprende i meccanismi di produzione; il risultato è quello di provocare nell'utente la convinzione che la realtà, l'unica, è quella che riceve dai media.

Era inevitabile che questo nuovo sistema di distribuzione della notizia avesse un effetto deflagrante sul processo penale. Ciò non soltanto per le primarie considerazioni già esposte, ma anche perché tale effetto dirompente è aumentato negli ultimi anni, per il ruolo, centralissimo, svolto dalla magistratura: ed infatti, gran parte della cronaca politica nazionale è diventata cronaca giudiziaria.

Pertanto, il potere di supplenza esercitato dalla magistratura ha spinto gli "inquirenti" a fornire risposte immediate ai bisogni della collettività, al fine di colmare il divario esistente tra le differenti dimensioni temporali (l'informazione agisce in tempi reali, o in presa diretta, il potere giudiziario agisce sulla sintesi dei fatti).

Il nostro sistema accusatorio ha, dunque, cooptato sistemi sanzionatori anticipati al fine di incidere e di fornire risposte surrettizie agli utenti del prodotto giustizia.

[5] G. Bechelloni, Il mestiere di giornalista, Napoli, 1982 , p. 35 e ss.

Come è stato esattamente rilevato, "l'uso anticipato dell'informazione di garanzia si registra sempre più frequentemente, ad onta delle precise esigenze istruttorie richieste dal codice per la sua emissione e in dispregio delle norme processuali che la consentono solo allorché si debbano compiere atti cui ha diritto di assistere il difensore (art. 369 c.p.p.)".[6]

Così, l'uso disinvolto di informazioni di garanzia , di ordinanze istitutive della custodia cautelare determina un orientamento ad utilizzare gli istituti processuali come mezzi autonomi di controllo sociale immediato.

Attraverso tali "rimedi sanzionatori anticipati", amplificati dalla erogazione delle notizie accusatorie diffuse dai mezzi di informazione, si producono immediati effetti eclatanti presso l'opinione pubblica; è evidente che, vigendo il segreto investigativo, le uniche notizie diffuse saranno quelle accusatorie.

Si verificherà un effetto di cassa di risonanza ad opera dei media, così da provocare una serie di reazioni a catena, innanzitutto nei confronti dello stesso indagato, poi di eventuali coindagati e soprattutto nei confronti di coloro i quali acquisteranno successivamente la veste di "persone informate sui fatti".

L'utente cittadino riceverà, in tal modo, una effimera immagine di efficienza che produrrà, a sua volta, immediato consenso verso questa o quella spettacolare operazione di polizia giudiziaria. Lo stesso inquirente finirà per diventare protagonista, autore e regista della "spettacolare operazione", inevitabilmente condizionato anche dall'assenso acritico dell'opinione pubblica.

In un meccanismo simile, è davvero impensabile che l'inquirente possa offrire garanzie di "neutralità": sarebbe come chiedere al regista di uno spettacolo di rilasciare dichiarazioni fortemente critiche verso la pièce da lui stesso realizzata. Si aggiunga che , di fronte ad operazioni particolarmente spettacolari (quali ad esempio il "processo Tortora", dove imputato era un noto personaggio dei media) spesso si realizza , sempre a mezzo dell'informazione elettrica, la produzione di un "dissenso di ritorno", che finisce con il coinvolgere l'inquirente protagonista.

Ed è a questo punto che può verificarsi una trasformazione progressiva del cosiddetto "giusto interesse all'indagine" nell'interesse speciale o personale dell'indagine. Il "giusto interesse all'indagine" è la verifica della sussistenza o meno di una determinata notitia criminis. In una siffatta situazione, è possibile che il "giusto interesse" si trasformi

[6] Ettore Randazzo, Divulgazione del segreto di indagine ed attività legislativa, relazione al convegno nazionale di studi "Il reato, il processo, la notizia", maggio 1993.

progressivamente in un interesse "personale", giacché l'inquirente protagonista, investito anche dal "dissenso di ritorno", non potrà che indagare al fine di dimostrare la validità della notizia accusatoria e, quindi, dell'operazione spettacolare da lui stesso iniziata.

Ed ancora, grazie alla cassa di risonanza dei media, sovente vengono amplificati ed esaltati soltanto alcuni soggetti processuali rispetto ad altri, così da produrre uno squilibrio allarmante tra tesi accusatorie e tesi difensive: squilibrio che, inevitabilmente, come si dimostrerà in seguito, finirà per influenzare in senso accusatorio il "giudice terzo", delineato come neutrale dal legislatore, ma che nella prassi spesso risulta essere solo una chimera.

Si è correttamente sostenuto che "la dilatazione enorme offerta dai racconti dei pentiti di mafia e di tangenti produce come effetto la configurazione nella coscienza collettiva di tali dichiarazioni alla stregua di verità, pur senza riscontri, e , comunque, di certezze legali privilegiate"[7]. E' comprensibile che l'opinione pubblica acquisisca come verità le dichiarazioni del pentito giacché quelle stesse rivelazioni determinano l'emissione di ordinanza di custodia cautelare carceraria così da produrre ancora ulteriori effetti confermativi della veridicità di quelle notizie accusatorie già propalate ed amplificate dai mass-media.

La credibilità di tali accuse non si stempererebbe neanche se la Corte di Cassazione dovesse annullare per vizi di legittimità le ordinanze emesse in assenza di riscontri: tale annullamento sarebbe infatti percepito dalla pubblica opinione come il frutto di un cavilloso escamotage , se non peggio.

Tutto ciò, ovviamente, influenzerà in senso inquisitorio il progressivo iter processuale, causando inquinamenti fuorvianti sulle "persone informate sui fatti", sugli inquirenti, sulla polizia giudiziaria, sugli stessi consulenti tecnici, i quali incontreranno enormi difficoltà per "decondizionarsi" da una rappresentazione precostituita dei fatti e dei protagonisti del processo, già confezionata in forma di informazione totalizzante e dogmatica.

E' appena il caso di sottolineare gli esemplari condizionamenti televisivi costituiti dall'esibizione del reo in ceppi o la ripresa televisiva, messa in onda ripetutamente, nel nascondiglio botola, ripreso dall'alto, in cui si celavano boss della camorra o della mafia. Ed ancora vanno ricordati i filmati di repertorio relativi ad operazioni di polizia giudiziaria,

[7] Vincenzo Siniscalchi, L'incidenza dell'informazione sul rispetto della legalità, relazione al convegno svoltosi a Bologna il 20 marzo 1993 sul tema "Recupero della legalità e rifiuto del processo come strumento di lotta politica e scontro tra poteri", ined.

le cui conferenze stampa sembrano conformarsi ai parametri televisivi distribuendo notizie sul "clamoroso sequestro" utilizzando il linguaggio sportivo. Accade che in tali filmati, se pure non è stata data alcuna notizia del rinvenimento di armi in quella operazione, d'incanto compaiono sulla scrivania del questore di turno, in uno con la droga sequestrata, anche armi e munizioni in gran copia. Evidentemente, la ripresa televisiva di tali armi ha il fine inconscio di elevare il grado di pericolosità di quella operazione, così da creare un immediato ed artificioso aumento del consenso dello spettatore per un'indagine in realtà ancora in itinere.

L'ulteriore risultato giudiziario cui si perviene con la sentenza definitiva, a distanza di anni, può anche risultare di segno opposto rispetto a quello iniziale, ma, intanto, le ripercussioni di quest'ultima decisione sulla collettività saranno minime.

La violazione del segreto d'indagine, in un meccanismo siffatto, non costituisce una degenerazione patologica del sistema: "la sua strumentale violazione è funzionale al controllo sociale".[8] Cosicché il segreto d'indagine diventa un ponte levatoio che "si alza e si abbassa tra il castello del processo e il circostante terreno della collettività, a seconda del tipo di controllo sociale che si vuole provocare nell'immediato o, di contro, ritardare".[9]

È in questa sede opportuno ribadire, sia pure in sintesi, gli effetti accusatori devastanti e sovente fuorvianti (non soltanto per l'opinione pubblica ma per gli stessi soggetti processuali) che producono le selezioni a senso unico di spezzoni di intercettazioni telefoniche trasfuse, ad esempio, in un'O.C.C. e contestualmente propalate sui media i quali, a loro volta, compiono un'ulteriore selezione che privilegia i dati sensazionalistici e più "allarmanti", in ragione della specificità del linguaggio proprio dei media. Il suddetto messaggio mediatico è ontologicamente strutturato a "semplificare", evitando i necessari e molteplici approfondimenti che sono, invece, ineludibili per una seria verifica giudiziaria.

Pertanto, tali selezioni di estrapolazioni di conversazioni intercettate, una volta propalate ed ingigantite dai media - talvolta anche attraverso la "recitazione" di attori professionisti che arbitrariamente reinventano finanche i toni, le pause, le sottolineature dell'uso della voce, necessariamente soltanto in senso accusatorio essendo privi di saperi circa le molteplici gamme interpretative sottese alle espressioni riportate in atti giudiziari -

[8] M. Nobili, Diritto alla prova e diritto di difesa nelle indagini preliminari, in Giust. Pen., 1990, III, p. 385

[9] R. Marino, Questione Giustizia, 1983, p. 431

diventano per l'opinione pubblica, e non soltanto, improprie e fuorvianti "certezze legali privilegiate".

L'acquisizione falsata dei suddetti elementi legali privilegiati provoca errati e fuorvianti pregiudizi non soltanto nella cd. "casalinga di Voghera", ma sovente negli stessi soggetti processuali.

E se ciò risulta lapalissiano rispetto ai soggetti informati sui fatti non ancora escussi è forse errato ritenere che finanche il giudice terzo possa essere a sua volta "condizionato" in senso accusatorio?

Fin quando non si sarà compresa pienamente l'ontologica differenza tra la "pubblicità del processo", costituzionalmente protetta, ed il fuorviante principio della cd. "trasparenza" invocato ed agitato dai media (e da chi processualmente i media usa), continueremo ad assistere impotenti a devastanti inquinamenti probatori, indotti dallo stesso circuito mediatico – giudiziario.

La Pubblicità del processo consiste nel consentire il "controllo" di ogni snodo processuale, rispettando il ruolo e le competenze di ciascuna parte in causa, avendo fiducia nel meccanismo delle deleghe di specifiche competenze.

In una moderna democrazia, la pubblicità è assicurata dal cronista giudiziario (e dal cittadino) che "guarda, assiste, controlla ed interpreta" ciò che è posto in essere da chi ha avuto democraticamente la delega dalla collettività per accusare, difendere, giudicare; ma i "controllori" non possono mai, in nome del fuorviante pseudo – principio della trasparenza, sostituirsi a coloro che hanno ricevuto le deleghe, azzerando i residuali principi di riserbo e di segretezza in delicatissime fasi dell'indagine: pena il naufragio e l'inabissamento definitivo della sacralità sociale del processo.

Il profondo e complesso meccanismo, ad esempio, di una regola di esclusione probatoria - che nasce attraverso un conflitto ed un confronto tra le parti, a seguito di elaborazioni dottrinarie che spesso hanno radici millenarie - non può essere azzerato o anestetizzato in un sol colpo.

In nome della "Trasparenza" e della "Verità" già acquisita in pectore, vi è chi ritiene tale regola superflua se non dannosa – per ignoranza o, peggio, per cinismo strumentale –, imbastendo processi televisivi che, per acquisire maggior consenso, hanno necessità di utilizzare linguaggi definiti, a torto, "semplificati" ma che, in realtà, sono profondamente errati e fuorvianti.

In caso contrario, c'è il rischio di tornare alla "legge del taglione", con tutte le conseguenti bestialità.

In questi anni, la violazione del segreto d'indagine, divenuta ormai avvilente consuetudine, rischia di produrre paralleli effetti devastanti, sia sul piano strettamente processuale e sia sotto il profilo politico-sociale: gli elementi raccolti utilizzando le tecniche invasive (intercettazioni, perquisizioni, sequestri…) proprie del processo penale, "tecniche" che costituiscono un'eccezione alle garanzie di libertà del cittadino, e che la Carta Costituzionale "tollera" in via residuale esclusivamente al fine di rinvenire elementi di reità per gravi fatti in danno della collettività, vengono contestualmente propalate dai media.

Tale immediata divulgazione produce gli stessi effetti devastanti di una sentenza definitiva in danno di un singolo indagato o di un intero ambiente politico - sociale senza alcuna possibilità di contraddittorio e di preventiva verifica giurisdizionale.

Nella prassi giudiziaria della contemporaneità, il perfetto sinallagma P.M.- cronista, può produrre, dunque, anche sorprendenti inversioni di ruoli e funzioni.

Attraverso tali repentine inversioni di ruolo, il cronista, "utilizzando" i poteri eccezionali del P.M., a quest'ultimo riservati in via esclusiva e al cronista rigorosamente vietati, riporta sulla stampa fatti anche non penalmente rilevanti attinenti alla sfera privata delle persone, nonostante i molteplici divieti sia generali che specifici (garanzie di libertà del difensore - art. 103 c.p.p. -, immunità parlamentari, segretezza delle camere di consiglio, divieto di pubblicazione di notizie coperte da segreto di indagine ex art. 684 c.p.).

Il meccanismo descritto non soltanto non viene confutato ma sembra essere, addirittura, teorizzato da alcuni prestigiosi addetti ai lavori, che hanno sostenuto perfino la necessità di violare le norme del codice penale al fine di smascherare "l'uomo pubblico" che infrange anche soltanto le regole comportamentali.

Chi scrive è ben consapevole che è oltremodo complicato per un giornalista, soprattutto nel nostro Paese, "smascherare" i potenti nell'interesse del cittadino utilizzando canali informativi non giudiziari.

Tale impropria utilizzazione, però, non soltanto è vietata dalla legge ma è potenzialmente altamente inquinante per i principi essenziali di una moderna democrazia giacchè delle mere ipotesi, captate illegittimamente dal cronista, vengono riportate sulla stampa ed inevitabilmente percepite dal lettore come verità assolute. Di contro, è evidente che il cronista dovrebbe potenziare il ricorso ad indagini parallele, sviluppando quel

"giornalismo d'inchiesta", già più evoluto in altri Paesi occidentali, che consentirebbe anche il controllo effettivo sulla stessa investigazione giudiziaria. In tal modo, il cronista eviterebbe il rischio di trasformarsi, da "cane da guardia" delle inchieste giudiziarie, in "cagnolino da salotto" delle Procure, come acutamente osservato dal Prof. Glauco Giostra, uno dei pochissimi giuristi che si è soffermato esaustivamente sul rapporto di interazione tra media e processo penale (insieme, tra gli altri, a Fausto Bricola, Massimo Nobili e Vincenzo Siniscalchi).

Sul punto, non può non evidenziarsi come rispetto al problema del rapporto tra media e processo ed ai devastanti effetti da esso prodotti la magistratura, l'avvocatura e soprattutto il mondo accademico abbiano dimostrato un colpevole ritardo culturale.

E' opportuno precisare, al fine di evitare strumentali fraintendimenti, che non si auspica certamente l'oblio dell'informazione, a cui viceversa occorre sempre fornire adeguata protezione.

Ciò che si evidenzia invece è che tale trasparenza informativa deve prodursi rispettando le "regole eccezionali" e necessarie che blindano il processo penale come "percorso protetto", sia pure per un periodo di tempo contenutissimo. Pubblicità, dunque, ma nella sicurezza assoluta che tale delicatissimo percorso, che contempla metodi invasivi consentiti in via eccezionale esclusivamente all'A. G. procedente, e non agli organi d'informazione, possa snodarsi senza inquinamenti di sorta.

In ragione di quanto esposto, è evidente che non si invoca di certo un "ritorno al passato" per l'informazione ma è altresì evidente e necessario che le nuove esigenze della cultura mediologica non possono e non devono minare la cultura della legalità.

Al di là di una ponderata ridefinizione legislativa in materia, è inderogabile comprendere che l'obiettivo fondamentale è rappresentato dalla necessità di rispettare le aree di controllo di ciascuna delle parti in causa, evitando inaccettabili e strumentali inversioni di ruolo, in osservanza delle vigenti norme del codice di rito, disapplicate costantemente nella prassi e ancor più quando riguardano il comune cittadino.

Una parte non irrilevante della storia giudiziaria degli ultimi decenni testimonia che la riduzione delle garanzie e del controllo giurisdizionale in ragione delle emergenze succedutesi nel tempo – terrorismo, criminalità organizzata, criminalità politica-economica, immigrazione, dissenso sociale -, inficiando e stravolgendo le regole del giusto processo, causa sovente non soltanto

indicibili ed ingiuste sofferenze per il singolo cittadino inquisito ma anche effetti mistificatori sul piano politico-sociale, inducendo la collettività a percepire false rappresentazioni della realtà.

Pertanto, il capzioso assemblaggio di stralci d'indagine su cui vige il divieto di pubblicazione, insinua sovente nell'opinione pubblica una iniqua e quindi falsa rappresentazione di accadimenti sociali.

A questo punto, occorre chiedersi quali possono essere i rimedi per arginare gli effetti devastanti dei su descritti mosaici d'interferenza.

E' evidente che nuove sanzioni non risolverebbero tale degenerazione dal momento che, se si rispettassero quelle già previste, il problema sarebbe in gran parte risolto. Così pure l'appello alla deontologia professionale non sarebbe risolutivo, anche se preme sottolineare che il cronista giudiziario dovrebbe almeno "tendere", compatibilmente con i meccanismi propri del medium televisivo, ad approfondire i processi causativi sottesi alle notizie giudiziarie, elaborando una teoria della storiografia della notizia così come auspicava non molto tempo fa il semiologo Umberto Eco, che proponeva uno "stil novo" del cronista giudiziario.

L'obiettivo fondamentale, a parere di chi scrive, è rappresentato dalla necessità di rispettare le aree di controllo di ciascuna delle parti in causa. Sicché, se il giornalista sperimentasse realmente una concreta funzione di controllo, consentendo anche alle altre parti del processo (imputato, parte lesa e loro difensori) di esprimere il loro punto di vista, attuando "il cosiddetto principio delle pari opportunità"[10], senza dubbio si attenuerebbe fortemente lo "sbilanciamento informativo" tra tesi accusatoria e tesi difensiva. Nel contempo, potrebbe essere predisposto, in caso di notizie di colpevolezza infondate, un "comunicato concordato" tra mezzo di informazione e danneggiato, che potrebbe candidarsi a sostituire la rettifica, istituto desueto, che appare improduttivo di effetti soddisfacenti.

Attuando il principio delle pari opportunità, il tasso di informazione del giudice-terzo potrebbe così divenire più bilanciato, soprattutto se il giudice, finalmente, riuscisse a sperimentare la cultura del controllo sull'operato delle parti processuali.

La memoria di una simile cultura, però, rimanda, problematicamente, anche al tema della separazione delle carriere (inquirente-giudicante).

[10] D. Carponi Schittar, Nesso tra processo penale, diritto dell'informazione, tutela dei diritti umani. Il principio dell'uguale opportunità, relazione al convegno nazionale di studi "Il reato, il processo, la notizia", citato nella nota 3, ined.

Certo: l'avvocatura, insieme alle forze sane del paese, ha in passato difeso strenuamente le prerogative di indipendenza del p.m., insidiato da un potere politico fortemente interessato ad una funzione di contenimento dell'operato dei giudici.

Ciò però non significa che non sia doveroso ed imprescindibile percorrere strade alternative, che possano, nel rispetto dell'autonomia del p.m. (comunque appartenente all'ordine giudiziario e sottoposto solo agli organi disciplinari competenti), creare una netta separazione tra i due poli della "cultura inquirente" e della "cultura giudicante", in ossequio al disposto di cui all'art. 111 Cost. . Ed invero, realizzare la separazione delle carriere, significa "contribuire a costruire un'idea di giustizia come equità, la sola praticabile in una società aperta e libera".[11]

Il saggista inglese Stephen Greenblatt, autore di Meraviglia e Possesso - Lo stupore di fronte al Nuovo Mondo, nel raccontare i modi in cui gli esploratori europei hanno preso possesso dei territori del Nuovo Mondo, ci racconta come la meraviglia non è stata sempre e soltanto uno strumento di dominio ma spesso è stata un segno di tollerante riconoscimento della differenza culturale, senza pregiudizi.

In particolare, Greenblatt, citando Cartesio e Spinoza, sostiene che la Meraviglia è una "sistole del cuore", una sorpresa improvvisa dell'anima di fronte al Nuovo: "La Meraviglia precede e perfino elude le categorie morali provocando la sospensione dei pregiudizi; quando proviamo meraviglia noi non sappiamo ancora se amiamo o odiamo l'oggetto di cui ci meravigliamo; non sappiamo se dovremmo abbracciarlo o fuggire via da esso. Chi prova meraviglia sembra resistere all'impulso immediato, dettato dal pregiudizio, di recuperare, contenere, inglobare ideologicamente l'altro, provocando così una rinuncia al possesso".[12]

La Meraviglia degli esploratori medievali precedeva, dunque, ogni distinzione tra bene e male: l'augurio è che anche il giudice terzo possa, di tanto in tanto, in quanto "esploratore della prova", percorrere il linguaggio del Meraviglioso. Lo stato attuale delle cose, purtroppo, è che, talora, "meraviglia" si produca, ma non proprio nel senso sopra indicato, soprattutto nell'imputato e nel suo difensore, alla lettura dei dispositivi di sentenza ...

La partecipazione a distanza in videoconferenza è innegabilmente un

[11] Luigi Pasini, A che serve, ora, l'Unione delle Camere Penali ?, 2005

[12] S. Greenblatt, Meraviglia e possesso. Lo stupore di fronte al Nuovo Mondo, p. 43 ss., Bologna, 1994 (edizione originale, Oxford 1991)

surrogato della partecipazione tipica. La presenza soltanto virtuale, sacrifica il sacrosanto diritto dell'imputato ad essere fisicamente presente al suo processo.

La più sofisticata ripresa televisiva non potrà mai sostituire compiutamente la presenza fisica del dichiarante.

Viene infatti frantumato il contesto spaziale e temporale del processo attraverso una mediazione telematica che comporta inevitabilmente una scomposizione del processo di apprendimento dei saperi che vengono percepiti da soggetti tra loro distanti.

Quella virtuale è una forma di comunicazione diversa, le cui differenze, rispetto alla percezione e all'interazione reale, sono molteplici e divergenti.

Tutti concordiamo nel comprendere la differenza tra il recarci a teatro per assistere ad uno spettacolo dal vivo o visionare un filmato; comprendiamo che a teatro non vi è la quarta parete e che l'emozione nasce da quel contatto fisico tra attore e spettatore che si materializza attraverso la percezione di una oralità e gestualità, di silenzi repentini o interminabili, o assordanti, di mimica facciale o corporea.

Durante questo rito, lo spettatore partecipa con silenzi composti oppure sorridendo con circospezione o in modo liberatorio oppure anche assecondando e facilitando il monologo, il dialogo, la singola battuta: lo spettatore percepisce che vi è un processo d'interazione con l'attore-dichiarante e sa che la pièce non è uguale tutte le sere, sa che l'evento di quella sera è unico e tale resterà per sempre, perché la rappresentazione viene condizionata dal tipo di pubblico che vi è in sala ogni sera; il singolo spettatore sa che la sua presenza fisica contribuisce alla nascita di uno spettacolo diverso, anche senza alcuna comunicazione verbale con l'interprete-narratore.

Se ciò è vero, come si può sostenere che sia identico un controesame sostenuto in un'aula-teatro rispetto a quello affrontato con presenze virtuali in un filmato ?

E' evidente che la partecipazione a distanza pone interrogativi circa la compatibilità con i principi naturali del giudizio, quali il contraddittorio, l'oralità, l'immediatezza dibattimentale. L'imputato dalla postazione remota percepirà sempre una visione incompleta e frammentaria dell'udienza dibattimentale, alla cui partecipazione non può attribuirsi il requisito della effettività.

Ma se davvero si ritiene "neutro" il sistema di comunicazione a distanza sì da non comprimere il diritto di difesa, si provi allora a ribaltare il problema e a chiedere ai P.M.: sarebbe sufficiente interrogare a distanza gli indagati che potrebbero

collaborare o le persone informate sui fatti che si mostrano reticenti ?

La comunicazione a distanza è stata giustamente definita una "caricatura dell'oralità"[13] ed in contrasto con precise disposizioni regolamentatrici del sistema accusatorio italiano: art. 146 disp. att., ad esempio sancisce che "il seggio delle persone da sottoporre ad esame è collocato in modo da consentire che le persone stesse siano agevolmente visibili sia dal giudice che dalle parti".

Orbene, se è vero che le disposizioni poste a tutela del dichiarante sottoposto a protezione consentono anche in aula di celarlo alle parti dietro un paravento, è anche vero che almeno il collegio giudicante ha la possibilità di controllare le reazioni gestuali, mimiche e facciali nel corso dell'esame e soprattutto durante il controesame della difesa e dello stesso collegio. Nel caso invece di audizione a distanza in videoconferenza, il collaboratore è riposto da tergo e pertanto resta sottratto alla percezione visiva finanche del collegio.

In conclusione, televisione e new media comportano una rivoluzione dell'esistente che sta producendo un "cambio di civiltà" non solo rispetto al precedente secolo ma rispetto al "sistema" di comunicazione che sostanzialmente durava da secoli. Il mondo moderno ha visto infatti il moltiplicarsi di varie "protesi" della comunicazione. "Il dito non è stato solo prolungato dalla macchina da scrivere, ma dalla stessa penna. Poi sono venuti prolungamenti più sofisticati, telefoni per la voce, televisori per le immagini. Ma fino a ieri le protesi in sé sono state come gli utensili dell'antichità che riproducevano segni, ma non ne costituivano totalmente il contenuto. E' molto interessante quindi ogni studio della tecnologia dell'informazione moderna. Ma lo è nello stesso modo dell'archeologia che studia le statuette coperte di segni e messaggi".[14] Infatti, non è la creta che interessa tanto, ma il segno che l'incide, l'orma che la cultura vi ha lascito, la civiltà che sta dietro l'utensile.

Dal 1950 ad oggi si registra un'esplosione mediatica dovuta alla saldatura tra l'elettronica e le telecomunicazioni che contribuiscono a produrre una trasformazione radicale i cui ulteriori sviluppi sono allo stato imprevedibili.

In ragione di ciò, così come il mestiere del giornalista esce stravolto dal vortice delle news in rete giacché il suo compito non è più la produzione della notizia (vedere e testimoniare) ma la post-produzione e cioè segnalare e inquadrare notizie già prodotte,

[13] Giuseppe Frigo, Guida al diritto 21.02.1998, p. 50

[14] Alberto Cavallari, La fabbrica del presente, ed. Feltrinelli

rischia di mutare altresì radicalmente la professione forense.

Ritengo che sia utile, infine, iniziare ad interrogarsi sullo stato attuale del processo penale anche in relazione alle forme di comunicazione utilizzate dal difensore: è evidente che la difesa nel nuovo processo si fonda prevalentemente non più sull'arringa conclusiva ma soprattutto sulla "cross - examination", le tecniche di esame e controesame dei testi.

Ma anche in questo mutato contesto è assai rilevante tentare di comprendere

qual è lo stato attuale del linguaggio del difensore e quali sono i percorsi da intraprendere per l'affinamento e l'arricchimento di tecniche di comunicazione difensive.

Ed invero, l'avvocato, di fronte alla miriade di mosaici d'interferenza che influenzano il mondo e quindi anche il proprio specifico professionale, come potrà mai "convincere" attraverso tecniche di comunicazione forense concepite in un'epoca pre-televisiva?

In tale contesto pre- "massmediologico", gli uomini comunicavano in modo completamente differente, ispirandosi principalmente a linguaggi dettati dai tempi e modi di un quotidiano non virtuale ma realistico, naturale, oggettivo.

In tale contesto pre-televisivo, lo svolazzar di una toga o l'improvviso urlo retorico di sdegno, o lo sgranar d'occhi simulando orrore, rappresentavano una "rottura" dei tempi e dei toni usuali che la generalità dei cittadini utilizzava quotidianamente.

Più semplicemente, nell'epoca pre-televisiva, l'immaginifico avvocato spesso con la sua arringa riusciva a realizzare lo "stupore retorico" instillando nell'ascoltatore gocce di meraviglia.

Se si aggiunge che in tale epoca non si riusciva ad avere notizia alcuna di omicidi e violenze in tempo reale o comunque, certamente, non si conoscevano simultaneamente perfino i dettagli di centinaia di omicidi, storie, orrori e passioni, si comprende che allora il racconto forense "catturava" l'ascoltatore anche in forza dell'insolito contenuto narrativo.

Nell'attuale epoca post-televisiva, invece, essendo mutata in modo omologante la percezione degli avvenimenti e la comunicazione tra le persone, si è anche attenuata la differenza tra il linguaggio e la gestualità quotidiana del cittadino e la oratoria ed il gesto dell'avvocato.

Dal Duemila in poi, è infatti doveroso immaginare un giovane avvocato penalista che dopo essersi liberato di desueti modelli imitativi, falsi perché "recitati" e decontestualizzati, inizia a discostarsi anche dal linguaggio e dalla gestualità mutuata dai "mezzobusti" televisivi: tale

ricerca dovrà rinvenire, nel corso dello snodarsi del percorso narrativo dell'arringa, sorprese semantiche ed espressive dirompenti rispetto al rischio di omologazione che potrebbe, a volte, trasformare noi penalisti, e di riflesso gli stessi P.M., in "mezzobusti forensi".

Se, al di là del paradosso, tutto ciò ha un fondo di verità, sarebbe necessario individuare quali possano essere i sentieri esplorativi da percorrere per tentare di iniziare uno studio complessivo al fine di sperimentare, con saggia prudenza, nuove tecniche oratorie: non sarebbe eccessivo tentare di estrarre nuova linfa anche da una riflessione sul linguaggio della pubblicità e della poesia, intese entrambe come sintesi efficace ed immediata dell'uso dell'immagine e della parola.

"Nel processo contemporaneo quando il corpo del detenuto viene condotto davanti alla corte - scrive Paul Virilio - i microscopi elettronici, gli spettrometri di massa e i videografi a lettura laser lo avvolgono in un implacabile circo elettronico. L'architettura del teatro giudiziario diventa una sala di proiezione cinematografica, poi un'aula video, e i diversi avvocati attori della difesa perdono ogni speranza di crearvi con i mezzi a loro disposizione un effetto di realtà in grado di soggiogare i giurati e il pubblico per i quali i videoregistratori, il minitel, la televisione e altri schermi di computer sono diventati un modo quasi esclusivo per informarsi, per comunicare, per apprendere la realtà e muoversi in essa. Come riuscire ad ottenere ancora tutti gli effetti plateali, i colpi di scena che costituivano la gloria dei vecchi principi del foro? Come creare lo scandalo, la sorpresa, la commozione sotto lo sguardo dei tribunali elettronici capaci di anticipare e di tornare indietro nel tempo e nello spazio, davanti a una giustizia divenuta ora l'estremo esito tecnologico dell'impietoso più luce del terrore rivoluzionario,

la sua perfezione stessa?".[15]

Tra i mille possibili sentieri esplorativi per evitare il catastrofismo di Virilio, è opportuno citare Umberto Eco che , sul tema degli effetti fuorvianti delle videotestimonianze e delle riprese televisive dei processi, ricordava che la Chiesa, nella sua millenaria saggezza, ha statuito che la Santa Messa, vista in televisione, non vale a salvarsi l'anima …

Domenico Ciruzzi
Presidente della Camera Penale di Napoli

[15] Paul Virilio, La macchina che vede, ed. Immaginari

Dott. Emanuele Esposito

Comunità ed esecuzione penale minorile

Premesse storiche.

Prima di entrare nel corpo del lavoro che segue è fondamentale una premessa storica che individua nel concetto di Comunità uno spazio protetto di elaborazione di vissuti e comportamenti problematici, che hanno escluso la persona dal sistema sociale.

Gli inizi degli anni 70 hanno registrato le prime esperienze comunitarie, nate per fornire strumenti di trattamento ed intervento per i soggetti tossicodipendenti. Dette Strutture comunitarie nascevano dalla impellente necessità a monte dell'ormai conclamata condizione di tossicodipendenza di giovani in quegli anni, a cui la legge 22 dicembre 1975, n. 685 aveva cercato di fornire i primi strumenti normativi, che hanno avuto completezza con il T.U. 309/90

L'esperienza degli anni 70 pur in uno slancio di generosità operativa, e tenendo conto della complessità del problema ha registrato dei limiti funzionali in rapporto alle strategie di intervento, carenti soprattutto di un'adeguata interconnessione socio-sanitaria, situazione successivamente sanata col T.U. 309/90.

I modelli delle Comunità in quegli anni erano sostanzialmente rigidi, basti pensare ad es che molte di dette strutture erano ubicate in contesti molto decentrati e le stesse organizzazioni interne erano caratterizzate da interventi correzionali.

L'intuizione di Don Picchi col "Progetto Uomo" apre un nuovo scenario di intervento, avviando l'azione di Comunità come sistema aperto che nella sua mission riconosce l'autoreferenzialità della persona in carico in un quadro di relazioni complesse, spostandosi dalla dimensione esclusivamente patologica della tossicodipendenza verso una visione della stessa come espressione e costruzione sociale. E' la proposta come sostiene il progetto della F.I.C.T. "di una pedagogia del rispetto della "differenza" come opposto all'indifferenza, che invita ad assumere la diversità dell'altro come valore, fonte e arricchimento reciproco, come spinta alla collaborazione autentica."

Il DPR 616/77 deistituzionalizzazione: dal centralismo assistenziale al welfare locale.

Gli anni 70 rappresentano la svolta delle politiche sociali che segnano il passaggio dal centralismo assistenziale al welfar locale, ossia la presa in carico da parte dei territori delle funzioni socio-sanitarie, trasferite dallo Stato alle Regioni, in esecuzione del D.P.R. 616/77 decreto di attuazione della legge 22 luglio 1975, n. 382,art. 1

Nel 1978 viene varata la legge n. 833 che soppresse il sistema mutualistico ed istituì il Servizio sanitario nazionale, con decorrenza 1 luglio 1980, tale passaggio normativo volle tra l'altro segnare la necessità dell'integrazione tra aspetti sanitari e sociali nei servizi rivolti alla persona. I successivi trasferimenti di deleghe dalla Regioni agli Enti locali hanno segnato la svolta dal punto di vista della presa in carico di funzioni socio sanitarie in un'ottica di servizio di prossimità alla persona.

In questa dinamica funzionale si inserisce il D.P.R. 616/77 che nel Capo III - Beneficenza pubblica agli artt. 22 e 23 sancisce l'erogazione di interventi alla persona in tal senso, individuando nel comma C dell'art. 23 gli interventi in favore di minorenni soggetti a provvedimenti delle autorità giudiziarie minorili nell'ambito della competenza amministrativa e civile.

In questa nuova dinamica sociale nascono e si sviluppano le prime esperienze di spazi protetti residenziali per minori in situazione di disagio, in alternativa alle soppresse Case di Rieducazione gestite dal Ministero della Giustizia che negli anni si erano caratterizzate sempre più come strutture ghettizzanti e parapenali (cfr in tal senso gli studi all'uopo condotti dal Criminologo Giovanni SENZANI) ispirate ad una pedagogia correzionale di modello lombrosiano.

La centralità di queste nuove esperienze residenziali per minori era caratterizzata dal fornire al minore uno spazio protetto di carattere familiare, in un quadro di interazioni sistemiche col contesto familiare e il sistema sociale di riferimento, per favorire il rientro del minore nel nucleo di appartenenza. (Erickson)

In quegli anni e nello specifico a cavallo tra fine anni 70 e inizi 80 si sviluppa una tendenza statalista che svuotata di tante competenze amministrative, per quanto riguarda la devianza minorile, concentra il proprio intervento con una politica giudiziaria fortemente istituzionalizzante attraverso il ricorso a misure totalizzanti, in risposta a palese violazioni e a comportamenti criminali adottati dai ragazzi, rievocando il concetto di pena come deterrente.

L'approccio criminologico dell'epoca e per certi versi ancora attuale contestava sostanzialmente che il sistema giudiziario adottato per gli adulti venisse applicato anche per i minori senza alcuna deroga o distinzione, suggerendo al contempo una strada di giustizia minorile di impronta interazionista (cfr Modelli di Giustizia di Walgrawe), per un'approccio ecologico allo studio della delinquenza minorile, inquadrando tale fenomeno come elemento disfunzionale del sistema sociale. Questo modello privilegia la strada non interventista a favore di azioni mirate di carattere preventivo ed inclusivo che eviti processi di esclusione e stigmatizzazione dei giovani. In effetti non si tratta di rinunciare alla pena, ma di dare ad essa un significato per sviluppare l'autoreferenzialità del ragazzo in rapporto al comportamento messo in atto e dello stile di vita adottato.

Gli studi condotti dalla scuola criminologica genovese negli anni 80 (cfr Bandini-Gatti-Traverso-Marugo) individuano nell'approccio interazionista di G.H. Mead un valido modello di intervento, esaltando le misure di diversion come azioni valide staccate però dal sistema penale. Infatti nella scale delle gerarchiche delle carriere criminali la letteratura in materia individua la delinquenza minorile come condizione che necessità esclusivamente di condizioni pedagogiche sul piano delle prevenzione primaria, secondaria e terziaria. In effetti secondo questo approccio ci si discosta da un modello biologico-comportamentale a favore di azioni psico-sociali e pedagogiche. Mead, in effetti con la sua teoria sull'interazionismo simbolico esalta l'interazione dinamica tra l'individuo e l'ambiente. Lo stesso Erickson, d'altronde già negli anni 60, distaccandosi dall'ortodossia freudiana, indicava agli Educatori una nuova via ossia quella della dimensione saldata tra aspetti intrapsichici e contesto relazionale degli adolescenti.

Negli anni 80 e alla vigilia del D.P.R. 448/88 sono importanti gli studi in merito condotti da Gaetano DE LEO e coll, i quali anch'essi puntano sull'approccio ecologico allo studio del crimine differenziandosi però dalla scuola genovese per una rielaborazione dei comportamenti devianti anche all'interno delle istituzioni totalizzanti, supportando gli elementi di recupero attraverso interventi di interconnessione rappresentativi della realtà che ad ogni livello si muove intorno al minore.

Sempre negli anni 80 si sviluppa la cosiddetta tendenza di Penale-Sociale, ossia un'azione protesa al trattamento extramurario dei minori ospiti di strutture penitenziarie e tendenti essenzialmente alla

riduzione del circuito penale in un quadro di interazioni sistemiche col territorio. La deistituzionalizzazione inizia ad acquisire maggiore contenuto ed espressione operativa, riducendo l'area carceraria come trattamento privilegiato ed esclusivo. (Cfr. in tal senso gli studi condotti da Fadiga-De Orsi- Palomba ed altri nelle riviste "Esperienze di Giustizia Minorile").

L'entrata in vigore del D.P.R. 448/88 e del relativo Decreto di esecuzione D.LVO 272/89 va ad innestarsi sul recepimento nel nostro sistema normativo dei seguenti riferimenti Europei e Internazionali:

- Direttiva 2003/86/CE del Consiglio dell'Unione Europea del 22 settembre 2003 Direttiva relativa al diritto al ricongiungimento familiare
- Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori. Adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, entrata in vigore il 1° luglio 2000, ratificata con Legge del 20 marzo 2003, n. 77
- Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con Legge 27 maggio 1991, n.176
- "Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile" ONU, New York 29 novembre 1985 – Regole di Pechino.

Giustizia Minorile e Nuovi Servizi.

A fianco dei tradizionali Servizi della Giustizia Minorili trasformati sul piano formale e dei contenuti in base agli obiettivi previsti dal nuovo codice di procedura penale a carico degli imputati minorenni si affiancano nuove tipologie di strutture come le Comunità.

Organizzazione delle comunità.

Per l'attuazione del decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988 n. 448, i centri per la giustizia minorile stipulano convenzioni con comunità pubbliche e private, associazioni e cooperative che operano in campo adolescenziale e che siano riconosciute o autorizzate dalla regione competente per territorio. Possono altresì organizzare proprie comunità, anche in gestione mista con enti locali.

L'organizzazione e la gestione delle comunità deve rispondere ai seguenti criteri:

- organizzazione di tipo familiare, che preveda anche la presenza di minorenni non sottoposti a procedimento penale e capienza non superiore alle dieci unità, tale da garantire, anche attraverso progetti personalizzati, una conduzione e un clima educativamente significativi;
- utilizzazione di operatori professionali delle diverse discipline;

- collaborazione di tutte le istituzioni interessate e utilizzazione delle risorse del territorio.

Operatori dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia possono essere distaccati presso comunità e strutture pubbliche o convenzionate per compiti di collaborazione interdisciplinare.

Una riflessione sulla complessità giuridica ed operativa dell'esecuzione penale minorile in Comunità

A proposito della misura di sicurezza del Riformatorio Giudiziario il legislatore ha previsto che essa venga eseguita nelle forme previste dall'art.22 del D.P.R. 448/88: "Collocamento in comunità". A parere dello scrivente il legislatore sostanzialmente non ha superato il concetto stigmatizzante sotteso alla c.d. pericolosità sociale e non imputabilità, limitandosi solo alla differenza dell'esecuzione di tale misura per i minori non imputabili. In effetti non cambia molto per tale categoria giuridica, specialmente se si pensa che prima dell'entrata in vigore del D.P.R. 448/88, la misura del c.d. Riformatorio Giudiziario veniva eseguita presso sezioni degli ex I.O.M. (Istituti di Osservazione per Minorenni) ora Istituti Penali per Minorenni con rischi di inquinamento trattamentale. Una strategia di intervento potrebbe essere quella di agire interventi di diversion nei contesti di riferimento di tale tipologia d'utenza attraverso le collaudate forme di educativa familiare e territoriale. Ciò a maggior ragione – per quei territori a maggior indice di degrado e di inquinamento camorristico - dove tale problematica è più forte e sentita per la recrudescenza e l'allarme sociale che comporta, situazione che evoca scenari inquietanti come ad esempio l'abbassamento dell'età imputabile. In tal senso è importante il contributo suggerito Bandini-Gatti a proposito di misure di prevenzione e misure di sicurezza:

"Il problema della criminalità minorile, come si presenta nel nostro tempo, non è nuovo e può essere affrontato con strumenti diversi. Si tratta di applicare una pena giusta ai minorenni capaci di intendere e di volere, e di difendere la società dal pericolo portato da quei minorenni che -per immaturità o per condizioni patologiche- non sono capaci di intendere e di volere, quindi debbono essere assolti, ma sono pericolosi. Questo è il punto, non l'abbassamento dell'età imputabile. Cio pone la necessità di apprestare misure di prevenzione."

Superare il "carcero- centrismo".

Anche se il D.P.R. 448/88 ha esaltato la residualità dell'intervento penitenziario, collocandolo come soluzione estrema, non a caso tra le varie misure cautelari c.d. a scalare è collocata in ultimo,l'allarme sociale provocato dai fenomeni di delinquenza giovanile punta i riflettori sul carcere come garanzia di difesa della comunità e azione di neutralizzazione in una commistione di aiuto-controllo-recupero. Non va certamente disconosciuta la complessità operativa degli Istituti Penali Minorili, ma è il caso di allargare gli orizzonti anche sugli altri luoghi di esecuzione penale minorile come le Comunità. E' un debito di riconoscenza che dobbiamo a tale tipologia di servizio e agli operatori che ivi spendono la loro professionalità a favore dei minori. Non a caso nella fase attuale le politiche giudiziarie individuano la misura del Collocamento in Comunità tra quelle maggiormente erogate, in quanto si riconosce a tale tipologia di Servizio un diverso significato dell'esecuzione penale minorile in un contesto meno ghettizzante e stigmatizzante. Esaltare però la centralità della Comunità non basta se non si coglie la complessità operativa delle stesse chiamate ad uno sforzo unico per cogliere gli obiettivi di inclusione dei minori. Va citato ad esempio il vuoto normativo su cui dette strutture devono comunque agire, in considerazione della mancanza di un Ordinamento specifico nell'esecuzione penale minorile, in qualche modo compensato da disposizioni amministrative non sufficienti a coprire una serie di carenze.

Un'ipotesi di modello gestionale

Si intende di seguito riportare il modello esperenziale della Comunità Penale "Don Peppino DIANA" di Napoli Colli Aminei.
La Struttura ha adottato una scelta di campo operativa basata su un modello di Counseling Pedagogico, finalizzato al protagonismo dei giovani ospiti nei processi di cambiamento, attraverso progetti educativi tendenti all'autoreferenziaità sociale. Il nodo centrale del progetto educativo si innesta sul concetto di completa esternalizzazione di ogni forma di attività trattamentale, in un complesso mosaico di interconnessioni con le risorse del territorio, per evitare il rischio del carcere mascherato o se si preferisce senza sbarre, pur in considerazione delle esigenze di controllo sociale.
Scuola, formazione, tempo libero, sono tutte attività agite all'esterno per avviare una sperimentazione concreta per far maturare nella quotidianietà e preparare i ragazzi a un futuro di autonomia sociale.

Nello specifico e in considerazione della provenienza dei giovani da territori fortemente inquinati dalla cultura camorristica sono state avviate una serie di attività di pregante utilità sociale, in collaborazione con Associazioni antimafia come ad es "LIBERA", favorendo la partecipazione dei ragazzi ad esperienze insieme ad altri coetanei sui beni confiscati alla criminalità organizzata e messi a disposizione dei territori.

In conclusione si chiude con l'auspicio di un adeguato riconoscimento a delle strutture di esecuzione penale minorile, a cui spesso si chiede tanto, giustamente, ma a cui spesso si coglie il rischio di non riconoscere gli sforzi e la complessità operativa.

Emanuele Esposito
Criminologo Clinico
Direttore C.P.A. - COMUNITA' "Don Peppino DIANA"
di Napoli Colli Aminei

Dott.ssa Edoarda Ciarleglio

Dalla devianza alla criminalità. Evoluzione di un disagio e prospettive d'intervento

Tracciare una strada che percorra l'evoluzione di situazioni a rischio fino al manifestarsi di comportamenti devianti e criminali è un lavoro incerto sia per la complessità del fenomeno che per la scarsa prevedibilità dello sviluppo umano.

Devianza e *criminalità* sono concetti affini per il loro significato intrinseco che ha a che fare con la violazione o l'inosservanza di una regola in rapporto a un momento storico e ad uno specifico contesto sociale che etichetta come *deviante* o *criminale* l'azione di uno dei suoi membri.

A un primo sguardo, *devianza* e *criminalità* sono metafora di un rifiuto da parte dell'individuo; un tentativo di sovvertire l'ambiente sociale in cui egli si trova e allo stesso tempo dal quale si sente escluso o danneggiato.

Da un punto di vista sociologico, infatti, la devianza indica un'infrazione di una norma sociale, un comportamento non conforme ai modelli o alle aspettative di una comunità; in sostanza, una violazione delle regole sociali, formali o informali, che stabiliscono un criterio o uno standard per giudicare la condotta sociale di un individuo.

Per criminalità, invece, s'intende ogni attività umana che costituisce la violazione di quelle regole o leggi per le quali un'autorità costituita può prescrivere una pena.

La violazione di norme sociali e culturali facilmente scivola nella trasgressione di leggi e l'atto deviante finisce così per diventare un crimine ed essere punito. Il salto è breve.

Quando i termini *devianza* e *criminalità* vengono accostati alle azioni di bambini e adolescenti – minori, dunque – diventa più complesso e maggiormente rischioso farne uso.

Quando, infatti, possiamo definire quello di un minore un comportamento *deviante* o addirittura *criminale*? quando possiamo infliggergli una pena? e che tipo di pena?

Diverse, oggi, sono le logiche sottese agli interventi sui minori, da quella *sanzionatoria* che ha lo scopo di punire l'azione deviante, a quella *psicosociale* che mira ad avviare un processo di responsabilizzazione attraverso interventi psicologici, sociali ed educativi. Poi vi è una logica *diversiva* che cerca di evitare l'ingresso precoce del minore nel sistema penale, e una *ripartiva* che si occupa più

dei bisogni della vittima che della problematica del minore autore del reato. Infine, la logica *terapeutica* che pone l'accento sull'eventuale psicopatologia che spesso si osserva all'origine dei comportamenti devianti e criminali dei minori.

Si tornerà a parlare di rischi e limiti degli interventi sui minori.

Dapprima è necessario chiarire questo ultimo punto; e cioè quanto sia controverso parlare di psicopatologia in età evolutiva.

Ricorrere a termini e espressioni quali *psicopatologia*, *malattia mentale*, *disturbo psichico* è un argomento delicato e rischioso soprattutto quando investe il minore.

Invero, la diagnosi e la valutazione in età evolutiva sono problematiche, poiché di soggetti così giovani è difficile prevedere con precisione lo sviluppo: la loro identità ancora non è solida; le caratteristiche della personalità sono ancora malleabili e i molteplici compiti evolutivi dell'età adolescenziale porteranno ulteriori cambiamenti fino al riassestamento dell'intera personalità. A ciò si aggiunga un'ondata di pulsioni e un accumulo di aggressività, seppure necessaria e funzionale allo sviluppo, perché permette al giovane adolescente di separarsi dalla protetta orbita familiare e di fare ingresso nel sociale.

Poiché questi compiti evolutivi interessano tutte le aree dello sviluppo e promuovono continui cambiamenti, non è possibile tracciare una diagnosi chiara e definitiva.

Più aspetti mutano, sia interni che esterni, per i quali ogni ragazzo in maniera differente dovrà trovare un accettabile equilibrio. Innanzitutto avvengono delle trasformazioni nel corpo accompagnate dalla costruzione di una nuova immagine di sé alla quale contribuiscono le prime esperienze sessuali, fino alla definizione della propria identità di genere.

Nel contempo, avvengono ulteriori cambiamenti sul piano interpersonale: l'uscita dal guscio familiare e la costruzione di nuovi legami e relazioni affettive spingono l'adolescente ad abbandonare i valori di riferimento infantili e a farne propri altri, soprattutto quelli dei nuovi gruppi nei quali s'inserisce.

Tutta questa complessa trasformazione avvia un processo di individuazione e di separazione all'interno della rete familiare che porterà ad un nuovo assetto fisico, psichico e relazionale.

È evidente che molti possono essere gli esiti di una così articolata evoluzione e altrettanti sono i rischi durante il cammino. Le difficoltà possono essere molteplici e venire espresse in forme svariate. Spesso si manifestano con comportamenti di disagio, con atteggiamenti di chiusura o di

irascibilità, altre volte si tratta di abbandoni scolastici, altre ancora si concretizzano in problemi legati alle dipendenze, come ad esempio l'abuso di sostanze stupefacenti o di alcolici o disturbi dell'alimentazione. Altre volte ancora i ragazzi si avviano verso comportamenti a rischio per la proprio vita e effettuano atti devianti e di sfida verso gli adulti e le regole sociali, esprimendo una grossa incapacità ad assumersi le responsabilità delle proprie azioni.

L'acquisizione di responsabilità, che è altro compito dell'età adolescenziale, consiste nello svilupparsi delle capacità di prevedere e di riconoscere le conseguenze delle proprie azioni, indipendentemente dalle proprie intenzioni, e di riparare i danni commessi, assumendosi un impegno all'interno di un legame affettivo o sociale.

È proprio l'assunzione di responsabilità che rileviamo scarsa nei giovani soggetti definiti devianti.

Un panorama così vasto rende arduo distinguere i comportamenti che possono essere considerati specifici dell'adolescenza e quelli più gravi che, invece, indicano una condizione psicopatologica e possono giustificare una diagnosi di disturbo di personalità negli anni successivi. L'innegabile coincidenza tra l'inizio dell'adolescenza e l'esordio di comportamenti a rischio dimostra che questa età è indubbiamente un momento rischioso, ma non fa di essa una causa alla quale attribuire il fenomeno della devianza.

Come abbiamo già visto, nemmeno può considerarsi la devianza una mera malattia o una forma di disagio riconducibile soltanto a dimensioni psicologiche o temperamentali o a difficoltà legate all'insorgere di conflitti morali, a cambiamenti di ruolo e a nuove motivazioni sociali.

E neppure possiamo incolpare l'attuale varietà e fragilità dei valori sociali, i cambiamenti psicosociali attuali, l'indebolimento dei ruoli familiari e l'instabilità affettiva della società contemporanea. Le caratteristiche della società attuale sicuramente possono contribuire ad intensificare il fenomeno della devianza, spingendo gli adolescenti ad adottare comportamenti inadeguati, contraddittori, sovversivi, senza limiti, ma neppure esse, sole, sono all'origine della devianza e della criminalità.

Per farci un'idea della complessità del fenomeno dobbiamo necessariamente considerare tutte le dimensioni nelle quali il ragazzo è inserito. Fondamentale è valutare il funzionamento familiare e le condizioni sociali ed economiche in cui egli vive.

Vi sono adolescenti, ad esempio, che commettono reati perché appartengono ad

una cultura deviante. Le loro motivazioni sociali sono preponderanti su quelle psicologiche individuali; pertanto le loro trasgressioni non sono propriamente "antisociali", rappresentando, piuttosto, la via per l'inserimento nel gruppo d'appartenenza.

Qui la questione si complica ulteriormente. Taluni comportamenti considerati devianti e antisociali dal sistema giuridico e sociale, allo stesso tempo servono per accedere a un sistema di valori e di norme completamento opposto, che è quello della criminalità.

Allora, se da un lato devianza e criminalità costituiscono dei problemi sociali, normativi e interpersonali che creano squilibrio tra persone, regole e azioni, dall'altro esse sono anche delle soluzioni necessarie all'inserimento sociale e quindi al mantenimento dell'autostima del singolo.

Come intervenire su un'abitudine che non è solo individuale, ma si radica nei modelli familiari e nella società? Come cambiare uno stile di vita che origina in un modello culturale deviante?

Innanzitutto è necessario analizzare la combinazione tra le predisposizioni individuali innate, le problematiche dell'età adolescenziale e la qualità delle relazioni interpersonali e degli scambi educativi nell'infanzia. Fattori costituzionali e temperamento, autostima, instabilità emotiva, difficoltà nel controllo degli impulsi e relazioni con adulti e compagni s'intrecciano in un complicato quadro d'insieme.

Bisogna raggiungere una comprensione complessiva di questo scenario che *contiene* il minore e il suo contesto familiare e sociale, considerando il suo percorso evolutivo, la sua organizzazione di personalità, le motivazioni del reato, il senso preciso che il gesto antisociale assume per il minore e per il suo contesto di vita, nonchè i fattori di rischio rispetto alle recidive e gli elementi di protezione disponibili nell'ambiente.

Siffatta valutazione psicologica non coincide con una diagnosi, non comporta né una *etichetta* diagnostica, né un immediato progetto psicoterapeutico; essa dovrebbe condurre ad una presa in carico del minore, della sua famiglia e del suo ambiente di sviluppo.

Non si tratta, quindi, di effettuare una diagnosi per distinguere tra normali azioni di devianza da punire e comportamenti patologici da curare.

Bisogna innanzitutto valutare le problematiche evolutive che impediscono al minore di adattarsi alle regole sociali e di assumersi la responsabilità del proprio agire, e solo dopo porsi l'obiettivo di

modificare la rappresentazione dei bisogni e delle proprie capacità.

L'intervento psicologico deve favorire lo sviluppo, fornendo sostegno al minore e al suo contesto di crescita, affinché egli sia in grado di acquisire un'identità sociale.

Pertanto, gli interventi non possono essere applicati come dei protocolli standard, ma devono essere progettati per ogni singola situazione con programmi integrati che agiscono su più livelli e in rete, tenendo sempre presente che alcuni atti inspiegabili e irrazionali, che gli adulti non comprendono e definiscono *devianti* o *criminali*, sono comunicazione di un malessere nel percorso evolutivo e un tentativo da parte del ragazzo di costruirsi un'identità sociale.

In questi atti violenti e incontrollati è, dunque, nascosta una domanda di aiuto, una richiesta non verbalizzata che aspetta risposta e contiene ancora la speranza di trovare sostegno in qualcuno che si occupi di lui; vi è la speranza di essere risarcito per i danni subiti.

Ma bisogna fare attenzione. Anche l'intervento può costituire un rischio.

Spesso i comportamenti devianti sono occasionali. Sarà il modo in cui essi verranno affrontati dalla famiglia, dai gruppi di coetanei e dalla giustizia ad incidere sulla loro evoluzione.

È proprio il definire un comportamento come *deviante* o il trattare il minore come *un ragazzo a rischio* a produrre la stabilizzazione e la ripetizione di tali comportamenti, avviando una vera e propria carriera deviante.

Ma se è pericoloso individuare e intervenire su certi comportamenti anche in un'ottica preventiva, lo è pure negare e non porre attenzione su certe situazioni di rischio.

Ciò che fa la differenza è il *come* lavorare sui rischi e come intervenire; comprendere la natura circolare del problema; rafforzare le competenze e aiutare ad utilizzare le risorse.

Bisogna insomma lavorare promuovendo *ristrutturazioni* a più livelli e seguendo i cambiamenti evolutivi, anche dei rischi, nel corso dell'intervento.

Pare, infatti, che i programmi d'intervento più efficaci siano quelli che agiscono sul minore sin dall'infanzia, predisponendo allo stesso tempo cambiamenti nei diversi contesti di vita, col fine di favorire sia lo strutturarsi dell'identità, sia l'inserimento sociale.

La semplice detenzione e gli interventi a carattere punitivo, invece, sembrano produrre un ulteriore effetto negativo sullo sviluppo del minore e incrementano le recidive.

Per la complessità di tali fenomeni non basta migliorare il sistema scolastico e sensibilizzare quello giuridico; l'intervento psicologico, e spesso anche quello psicoterapeutico, sono fondamentali. Bisogna uscire dall'ottica del recupero, della rieducazione e del reinserimento e dare attenzione a quello che il ragazzo porta per iniziare con lui un percorso che gli permetta di mettere insieme i pezzi della sua storia in modo coerente e di iniziare a rappresentarsi un futuro diverso.

Ciò significa offrire uno spazio di ascolto nel quale il minore possa *parlare* il suo linguaggio e sperimentare una relazione di fiducia.

Un'ultima considerazione va fatta rispetto alla prevenzione della devianza.

Individuare indicatori di rischio può servire, ma va sempre considerato che è complesso approntare misure oggettive e definitive, poiché in età evolutiva non si può sempre prevedere la direzione dello sviluppo.

Ma è pur vero che il comportamento violento non compare senza preavviso. Di solito è preceduto da comportamenti simili durante l'infanzia. Il bullismo, ad esempio, è un precursore in età evolutiva di comportamenti antisociali che si manifesteranno in adolescenza e in età matura.

Infatti adulti con personalità antisociale, autori di reati, intolleranti alle frustrazioni, impulsivi, incapaci di mantenere rapporti stabili, in adolescenza spesso sono stati ragazzi irrequieti, privi di sensi di colpa, incapaci a scuola, crudeli con gli animali e violenti con i compagni.

Perciò, di fronte a situazioni familiari a rischio bisogna intervenire per evitare che i disagi dovuti a *deficit* affettivi e relazionali evolvano in senso psicopatologico o antisociale, innanzitutto promuovendo situazioni di agio e di benessere ed intervenendo precocemente attraverso progetti psicologici ed educativi non soltanto sul minore, ma anche sulle relazioni patologiche familiari.

BIBLIOGRAFIA

ADAMO S. M. G., VALERIO P., *Fattori di rischio psicosociale in adolescenza,* La città del Sole, Napoli, 1997.

BLOS P., *L'adolescenza come fase di transizione*, Armando Editore, Roma, 1996.

FELICIOTTI P., *Vite di confine. La psicoanalisi e le nuove patologie dell'adolescenza*, Franco Angeli, Milano, 2005.

GREGORI D., "*La devianza minorile tra sanzione e recupero: quali strumenti d'intervento?"* nell'incontro di studio *La devianza minorile tra sanzione e recupero: orientamenti culturali e strumenti d'intervento*, Trieste, 2004.

MAGGIOLINI A., *"Devianza, trasgressione e legalità negli adolescenti di oggi e il significato delle attività riparative. Un modello di intervento psicologico con gli adolescenti antisociali. L'esperienza dei Servizi della Giustizia Minorile di Milano."* nell'incontro di studio *La devianza minorile tra sanzione e recupero: orientamenti culturali e strumenti d'intervento*, Trieste, 2004.

MAGGIOLINI A., RIVA E., *Adolescenti trasgressivi. Il significato delle azioni devianti e le risposte degli adulti*, Franco Angeli, Milano, 1998.

MC WILLIAMS N., *La diagnosi psicoanalitica*, Astrolabio, Roma, 1999.

NUNZIANTE CESÀRO A., BOURSIER V. (a cura di), *Psicoanalisi dello sviluppo. Brani scelti di D.W. Winnicott*, Armando Editore, Roma, 2004.

RIPAMONTI C. A., *La devianza in adolescenza*, Il Mulino, Bologna, 2011.

WESTEN D., SHEDLER J., LINGIARDI V., *La valutazione della personalità con la SWAP 200*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2003.

WINNICOTT D. W. (1968), *Adolescenza: il dibattersi nella bonaccia,* in *La famiglia e lo sviluppo dell'individuo*, Roma, Armando Editore, 1974.

Edoarda Ciarleglio
Psicologa, Specializzanda in Psicoterapia a Orientamento Psicoanalitico -
Istituto Paul Lemoine.

Prof. Huang Feng

Il trattamento del minore nell'ordinamento cinese

La criminalità minorile è un problema di enorme rilevanza in Cina. Secondo una statistica effettuata dall'Associazione cinese per gli Studi sulla Criminalità dei Minori e dei Giovani, negli ultimi dieci anni i reati commessi dai minori e dai giovani corrispondono a circa il 70% del totale dei crimini violenti commessi su tutto il territorio cinese, mentre i reati commessi dai minori di età compresa tra i 14 e i 18 anni hanno superato il 70% del totale dei reati commessi dai giovani, occupando circa il 10% dei crimini commessi in tutta la Cina. In dieci anni, dal 1996 al 2006, il tasso di criminalità minorile è aumentato dell'83%.

In base alla definizione dell'art. 2 della legge sulla protezione dei minori, promulgata in Cina nel 1992, per minore s'intende un cittadino che non abbia compiuto ancora i 18 anni di età.

E' stata la Corte Suprema cinese a fornire nel 1995 la nozione di reato minorile, sancendo che esso si configura allorché il fatto previsto dalla legge come reato sia commesso da un soggetto di età compresa tra i 14 e i 18 anni.

Come stabilito sia dalla citata legge sulla protezione dei minori del 1992 che dalla successiva legge sulla prevenzione della criminalità minorile – promulgata nel 1999 –, i procedimenti penali a carico degli imputati minorenni sono retti dal principio fondamentale in virtù del quale «la giustizia criminale deve tendere alla rieducazione e porre la sanzione in una posizione accessoria, attenendosi alle direttive della rieducazione, persuasione e protezione».

La soglia di imputabilità in Cina coincide col raggiungimento del quattordicesimo anno di età. Più precisamente, il Codice Penale cinese suddivide l'età della responsabilità penale in tre fasi: 1) una fase in cui la responsabilità penale è esclusa: ad essa sono riconducibili coloro che al momento del fatto non hanno ancora compiuto il quattordicesimo anno di età; 2) una fase in cui la responsabilità è relativa: ad essa sono riconducibili coloro che al momento del fatto hanno compiuto il quattordicesimo anno di età, ma non ancora il sedicesimo. In tali ipotesi il reo può essere ritenuto responsabile soltanto di determinati reati che minacciano gravemente l'ordine sociale (quali l'omicidio doloso, le lesioni personali dolose gravi, lo stupro, la rapina, il traffico di droga, l'incendio doloso, l'esplosione e l'avvelenamento); 3) una fase in cui la

responsabilità è piena: ad essa sono riconducibili coloro che al momento del fatto hanno compiuto il sedicesimo anno di età.

Con riguardo alle sanzioni applicabili al minore che delinque, il Codice Penale cinese detta talune norme volte ad assicurare allo stesso un trattamento più favorevole rispetto a quello dettato con riguardo all'imputato adulto. In primo luogo, l'art. 17 c.p. sancisce l'applicabilità di una pena di entità ridotta o attenuata nei confronti dei rei di età inferiore ai diciotto anni. Nell'ottobre del 2010, la Corte Suprema Popolare cinese ha fornito un'interpretazione di tale disposizione elaborando direttive ai fini della determinazione concreta della pena ed individuando i fattori da prendere in considerazione a tal uopo: in particolare, secondo i giudici cinesi la pena deve essere ridotta in base ad una valutazione complessiva che tenga conto, tra l'altro, della capacità concreta d'intendere e di volere e dell'età del minore, del fatto che egli abbia commesso per la prima volta il reato, del movente, dell'eventuale pentimento e della condotta di vita.

Inoltre, l'art. 49 del Codice penale proibisce di condannare con la pena di morte colui che al momento della commissione del reato non abbia compiuto i 18 anni di età e, con la novella del 1997, ha escluso definitivamente la possibilità, prevista nel Codice penale del 1979, di applicare al condannato minore l'istituto della sospensione dell'esecuzione della pena capitale per due anni.

Di estremo rilievo è, poi, la disposizione, frutto di una recente modifica (è stata approvata infatti nel mese di marzo di quest'anno), in virtù della quale è vietato, in ogni caso, applicare al minore di 18 anni l'istituto della recidiva.

Ispirata dalla stessa ratio di protezione e tutela dell'imputato minorenne, e volta a ridurre al massimo l'influenza negativa che l'inflizione di una sanzione penale può determinare sulla vita del minore, è la norma che ha fatto venir meno in capo ai soggetti di età inferiore ai diciotto anni l'obbligo di dichiarare ai sensi dell'art. 100 c.p. i precedenti penali nel curriculum vitae da presentare al fine dell'esercizio del servizio militare e, in generale, per prestare qualsiasi altro servizio o occupazione.

Tra l'altro, di recente il legislatore cinese ha imposto alle Corti, ai Tribunali e alle Procure di mantenere riservati i casellari giudiziali dei soggetti che al momento della commissione del fatto non avevano compiuto ancora i 18 anni di età e che siano stati condannati alla reclusione inferiore a cinque anni. Tali informazioni non possono essere fornite a nessuna

persona (fisica o giuridica), salvo che alle autorità giudiziarie competenti.

Con riguardo agli aspetti processuali, al fine di garantire pienamente i diritti dei minori è stato inserito nel codice di procedura penale cinese un nuovo titolo dedicato al procedimento speciale relativo ai giudizi promossi nei confronti di soggetti di età inferiore agli anni diciotto, in cui sono ribaditi i principi e le direttive previsti dalla Legge sulla Protezione dei Minori e dalla Legge sulla Prevenzione della Criminalità dei Minori; in aggiunta, sono stati introdotti nuovi istituti o perfezionati istituti preesistenti.

Vale evidenziare che in Cina non esiste il tribunale per i minori ma, anche alla luce delle esperienze giuridiche di altri Stati - tra cui l'Italia -, si sta cercando di dar vita ad organi giudiziari specializzati cui affidare la trattazione dei procedimenti a carico degli imputati minorenni. In base a dati ufficiali, può affermarsi che presso molti tribunali cinesi sono già state costituite tali sezioni specializzate di giudizio.

In base all'art. 266 c.p.p., modificato da pochi mesi, l'autorità giudiziaria e l'organo di pubblica sicurezza devono assicurare l'esercizio dei diritti processuali dell'imputato minore e l'assistenza legale in suo favore.

Inoltre, le attività di indagine e la fase del giudizio devono essere condotte da investigatori, pubblici ministeri e giudici che abbiano conoscenze adeguate della personalità e delle caratteristiche psichiche dei minori. Tale previsione risponde alla stessa ratio ispiratrice dell'art. 45 della legge sulla prevenzione della criminalità minorile, in base alla quale il collegio che giudica imputati di età inferiore ai diciotto anni è costituito dalla Corte o dal Tribunale ed è formato da soggetti portatori di specifiche competenze in ordine alla psiche dei minori.

Il Codice di Procedura Penale prevede che nei giudizi a carico dei minori l'organo di pubblica sicurezza, la procura popolare e il giudice devono svolgere indagini sulla condotta di vita del reo, sulla sua educazione e sulle cause che l'hanno spinto a commettere il reato. Nella prassi, le attività d'indagine possono essere portate avanti congiuntamente dall'accusa e dalla difesa oppure da un ente sociale delegato dal tribunale in base alle disposizioni contenute nelle Direttive per giudicare i minori emanate dalla Suprema Corte del Popolo. Le emergenze istruttorie sono poi utilizzate dall'autorità giudiziaria per valutare la più idonea sanzione o il più adeguato trattamento da applicare, che favoriscano la rieducazione, la persuasione e la protezione del minore.

Il tutore legale dell'indagato o dell'imputato minore ha il diritto di essere informato dell'interrogatorio o dell'udienza a cui deve prender parte lo stesso, in modo da poter partecipare a tali attività, ed ha il diritto di esercitare taluni poteri processuali in nome del proprio assistito, tra cui il diritto di verificare e firmare il verbale del processo. Se il tutore legale ha un legittimo impedimento che gli impedisce di essere presente in udienza o all'interrogatorio, o se è complice del reato, i diritti sopraindicati competono alla scuola, all'unità di lavoro o al quartiere a cui appartiene l'indagato o l'imputato, o all'organizzazione che si occupa della protezione dei minori.

Negli ultimi anni alcune procure cinesi hanno iniziato a condurre l'interrogatorio per i minori responsabili di reati con un metodo nuovo, caratterizzato dall'assistenza dei cosiddetti "adulti qualificati", selezionati tra persone inserite in una lista di specialisti o volontari dediti alla protezione dei minori, i quali provengono dalle scuole, dai quartieri e dalle organizzazioni che si occupano della protezione dei minori e sono pertanto portatori di specifiche competenze in ordine alle necessità psicofisiche dei soggetti in età evolutiva. Trattasi di modalità elaborate allo scopo di tutelare il minore, la cui psiche e la cui personalità potrebbero essere pregiudicate da interrogatori condotti dagli organi di polizia o del pubblico ministero con le modalità previste per gli adulti. Tale prassi è stata di recente normativizzata in quanto recepita dalla legge di modifica del Codice di Procedura Penale.

Nel caso che l'indiziato o l'imputato minore non abbia nominato alcun difensore, l'organo di sicurezza pubblica, la procura popolare o il tribunale (o la Corte) hanno l'obbligo di avvisare l'organo della assistenza giudiziaria, in modo che la difesa venga fornita gratuitamente. Al momento di interrogare una minore donna, deve essere presente anche un'operatrice dello stesso sesso.

Il Codice di Procedura Penale pone dei limiti all'applicazione della custodia cautelare nei confronti di indiziati o imputati minorenni, giacché non può essere sottoposto a privazione della libertà personale prima della sentenza di condanna il soggetto la cui colpevolezza o pericolosità risultino attenuate e che scelga di sottoporsi alla supervisione e all'assistenza sociale.

In ogni caso, prima di applicare la detenzione preventiva, l'autorità giudiziaria deve interrogare l'indiziato o l'imputato minore ed ascoltare il parere dell'avvocato. Se sottoposto a custodia cautelare, il minorenne deve comunque

essere ristretto in sezioni degli istituti di pena separate rispetto a quelle in cui sono collocati i detenuti adulti.

Esigenze di tutela della personalità degli imputati minorenni hanno portato il legislatore cinese a vietare la pubblicità delle udienze a carico degli stessi. Invero, in passato tale divieto operava in modo assoluto solo a tutela degli imputati di età compresa tra i 14 e i 16 anni, giacché nei confronti dei minori di età compresa tra i 16 e i 18 anni sussisteva una preclusione meramente relativa. Di recente il divieto assoluto ed inderogabile di pubblicità delle udienze è stato esteso anche a tutela della seconda categoria di soggetti. In ogni caso, con il consenso dell'imputato minore o del suo tutore legale possono essere presenti alle udienze il rappresentante della scuola a cui lo stesso appartiene e il rappresentante dell'organizzazione che si occupa della protezione dei minori.

La legge sulla prevenzione della criminalità dei minori impedisce alla stampa, alle televisioni e a tutti i mass-media di rivelare il nome o la residenza dell'imputato minore, di mostrarne la fotografia e, in generale, di pubblicare qualsiasi materiale da cui si possono desumere le sue generalità.

Un importante istituto di "decriminalizzazione processuale", previsto esclusivamente in favore del reo minorenne, è stato introdotto recentemente nel codice di procedura penale cinese: trattasi della cosiddetta "archiviazione condizionata. E' un istituto che permette di evitare che nei confronti del minorenne venga esercitata l'azione penale; a tal uopo occorre che ricorrano i seguenti presupposti: (1) che il fatto rientri tra i reati contro i diritti personali, contro il patrimonio o contro l'ordine dell'amministrazione sociale; (2) che esso costituisca un reato punibile con la pena della reclusione inferiore a 1 anno; (3) che l'imputato minore mostri un sincero ravvedimento. Il procedimento di "archiviazione condizionata" può essere così descritto: la procura ascolta i pareri dell'organo di sicurezza pubblica e della vittima e, conseguentemente, decide se concedere al minore la possibilità di accedere al beneficio de quo. Se la decisione presa è sfavorevole al minorenne, costui e il suo tutore legale hanno facoltà di proporre ricorso; se, invece, è favorevole, ha inizio un periodo di prova non inferiore a 6 mesi e non superiore a 1 anno. In tale periodo di prova l'imputato minore ha degli obblighi: (1) deve rispettare le disposizioni normative e sottoporsi alla supervisione dei soggetti all'uopo designati; (2) deve riferire in ordine alle attività svolte conformemente alle direttive disposte dall'organo di prova;

(3) deve richiedere il permesso per lasciare la città o il comune dove ha residenza oppure per trasferirsi altrove; (4) deve accettare la correzione e l'educazione disposta dall'organo di prova. La decisione di "archiviazione condizionata" è revocata (o cancellata), con conseguente esercizio dell'azione penale, qualora l'imputato, nel corso del periodo di prova, commetta un nuovo reato, violi gli obblighi previsti dall'organo di prova o commetta delle contravvenzioni di polizia aggravate. La revoca è disposta anche quando dopo la concessione dell'archiviazione condizionata viene alla luce un altro reato precedentemente commesso. Se non viene in rilievo alcuna causa di revoca dell'archiviazione condizionata, la procura, trascorso il periodo di prova, archivia definitivamente il procedimento penale.

In conclusione, la criminalità dei minori rappresenta un problema sociale molto complesso, la cui soluzione non dipende solamente dalle scelte degli enti governativi e delle autorità giudiziarie, ma esige la partecipazione dell'intera collettività, delle associazioni popolari, delle scuole, dei quartieri e dei villaggi, affinché tramite tale attività di prevenzione siano eliminati i fattori atti a generano la criminalità minorile.

Huang Feng
Visiting Professor - Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli
Direttore dell'Istituto di Diritto Penale Internazionale
Professore Ordinario di Diritto Penale - College for Criminal Law Science of Beijing Normal University
Vice Presidente dell'Associazione dei Professori di Diritto Penale Internazionale - Sez. Cinese

Avv. Francesco Foggia

L'ampiezza dei poteri d'ufficio del Giudice di Appello

1. Natura e disciplina del giudizio minorile di appello.

Formalmente può ritenersi corretto definire il rito penale minorile come un giudizio che ispira la propria disciplina alle norme del rito ordinario ma che si modella sulla specificità della condizione del minore imputato in ragione della finalità educativa immanente al sistema della giustizia minorile: in questo senso, il D.P.R. n. 448/88 regolamenta un processo non speciale, bensì *"specializzato"* rispetto alla necessità di osservare e di considerare, sin dalla fase di accertamento della responsabilità penale, la personalità del minore[1]. Tale natura mista del modello processuale, senza dubbio necessaria e pregevole, comporta per l'interprete uno sforzo ermeneutico costante affinché non si ceda alla tentazione di far divenire il processo penale, da luogo dell'accertamento della responsabilità, lo strumento per il perseguimento di finalità educative, asservito a concezioni paternalistiche della giustizia[2]: la deriva pedagogico – correzionalistica che ne deriverebbe, avrebbe come unico risultato quello di smarrire il compito istituzionale del processo penale, il quale non altro è che quello di valutare la fondatezza dell'ipotesi accusatoria in tutti i suoi elementi, in funzione della formulazione di un giudizio di responsabilità nei confronti dell'imputato minorenne[3].

Intanto, poi, tale compito interpretativo si fa arduo, in quanto la specialità del rito minorile impone di accordarne la disciplina specifica alle norme ed ai principi propri del processo ordinario, lasciando all'interprete e all'operatore la risoluzione di problemi di coordinamento che sovente si presentano nel raccordo tra i principi

[1] È stato efficacemente osservato che il modello cui si ispira il D.P.R. n. 448/98 si fonda sul principio di "educazione nella responsabilità", nel quale, cioè, le esigenze educative immanenti al sistema della giustizia minorile si fondono con le garanzie giuridiche del sistema di giustizia penale (COVELLI M., Manuale di legislazione penale minorile, Satura, 2006, p. 72 ss.): in tal senso, l'attenzione alla personalità dell'autore del reato, che nel rito per i maggiorenni avviene nella fase esecutiva, è anticipata alla fase processuale, attuandosi con gli strumenti previsti dall'art. 9 D.P.R. n. 448/88.

[2] Cfr. COVELLI M., Manuale di legislazione, cit., p. 73. Nello stesso senso anche PANSIERI C., Aspetti deontologici del ruolo del Giudice, del Pubblico Ministero, del Difensore e del Perito nel processo penale minorile, in FORZA A. – MICHIELIN P. – SERGIO G. (a cura di), Difendere, valutare e giudicare il minore, Giuffré 2001, pag. 284 ss., la quale evidenzia come un trasbordamento delle competenze di tutti i soggetti processuali verso finalità pedagogiche non solo snaturi la funzione dei singoli ruoli, ma determina risultati tutt'altro che positivi riguardo ad un corretto rapporto con i minore ed i suoi diritti.

[3] Cfr. GIOSTRA G., Adeguamento del processo minorile alle garanzie del contraddittorio e del giusto processo, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), Processo penale minorile: aggiornare il sistema, Cedam, 2004, p. 40 ss.).

ispiratori dei due modelli: l'esposta difficoltà pervade, invero, la disciplina del rito di appello, la cui regolamentazione fondamentale è da rinvenire nel codice di procedura penale, integrando, però, i precetti ivi rinvenuti con quegli strumenti previsti per il rito minorile di primo grado che siano compatibili anche con la fase di appello. Indubbiamente, infatti, il giudizio di appello, quale giudizio di merito di secondo grado, non può essere orbo delle specificità e degli strumenti propri del rito di primo grado, pena il tradimento dei fini e della specialità ontologica del sistema di giustizia minorile, in cui si ascrive. D'altra parte, la necessità del coordinamento delle due discipline è imposta dallo stesso art. 35 D.P.R. n. 448/88, nonché dall'art. 598 c.p.p., laddove lo stesso dispone che *"in grado di appello si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni relative al giudizio di primo grado, salvo quanto previsto dagli articoli seguenti"*[4]. La consapevolezza da parte del legislatore della specificità del rito che ne risulta, si riflette sulla scelta di affidare la cognizione di tale giudizio ad una sezione specializzata della Corte di Appello, la quale, per competenza e professionalità acquisite, rappresenta, nell'intenzione del legislatore, il soggetto maggiormente qualificato ad interpretare la dualità della natura e del fine del rito minorile in appello, nonché della complessità della relativa disciplina processuale[5].

Quanto alla finalità del giudizio minorile di appello, questa non differisce punto dalla finalità dell'appello ordinario, secondo le intenzioni espresse dal legislatore delegante all'art. 3 della Legge n. 81/1987: la necessità di un giudizio di secondo grado nel sistema di giustizia minorile trova, peraltro, fonte normativa nelle Regole Minime di Pechino del 1985, nonché nella Convenzione di New York sui Diritti del Fanciullo, che attribuiscono all'imputato minorenne riconosciuto responsabile di un reato, il diritto di ricorrere dinanzi ad un autorità giudiziaria superiore. Il rito previsto dal legislatore

[4] Cfr. SPANGHER G., sub art. 35, in CHIAVARIO M. (a cura di), Commento al nuovo codice di procedura penale, in Leggi collegate: il processo minorile, Utet 1989-94, p. 387.

[5] Cfr. MACRILLO' A., FILOCAMO F., MUSSINI G., TRIPICCIONE D., Il processo penale minorile, Maggioli 2009, p. 238. Anche in giurisprudenza si sostiene la necessità di una specializzazione del giudice: cfr. Cass. pen., Sez. V, 16 settembre 2008 n. 38481, in Guida al Diritto – Famiglia e minori, 2008, n. 11, p. 60, nella quale la Suprema Corte afferma che il sistema giudiziario minorile "vede comunque una magistratura togata "specializzata" in ragione della particolare professionalità, acquisita sia attraverso corsi di formazione e di aggiornamento, sia favorendo l'esperienza giudiziaria di settore", cosicché "sia la specifica professionalità dei magistrati togati, sia la particolare formazione dei collegi giudicanti, caratterizzano nel senso della specializzazione il sistema giudiziario minorile"; in senso contrario, non può non ricordarsi l'ordinanza del 27 ottobre 2003, n. 330, pronunciata dalla Corte Costituzionale, nella quale si è ritenuto che ""la specializzazione del giudice minorile … è assicurata dalla struttura complessiva di tale organo giudiziario, qualificato dall'apporto degli esperti laici": in questo senso, dunque, si ritiene che la specializzazione del giudicante è assicurata dalla particolare composizione dell'organo e non dalla preparazione culturale dei singoli componenti.

italiano si configura, in uno con il rito di appello per i maggiorenni, come *revisio prioris istantiae*, in quanto rimedio *"a critica libera"* che trova il suo unico limite nelle domande e nelle eccezioni formulate nel primo grado di giudizio, fatta salva l'ammissibilità delle prove sopravvenute o non conosciute in primo grado per ragioni non imputabili alle parti interessate[6].

Nella riferita lacunosità della disciplina del grado di appello all'interno del sistema di giustizia penale minorile, rappresenta senz'altro un'interessante nodo interpretativo la compatibilità di alcuni strumenti propri del giudice di primo grado alla struttura del rito di appello; in tal senso, è certo opportuna l'analisi tesa a vagliare l'ampiezza dei poteri d'ufficio del giudice di secondo grado, con particolare riferimento, dunque, all'applicabilità al giudizio di appello degli istituti indulgenziali previsti dal rito per i minori (irrilevanza del fatto e perdono giudiziale), della dichiarazione di immaturità ai fini del proscioglimento, nonché del beneficio della messa alla prova.

2. Concedibilità d'ufficio degli istituti premiali in appello.

Ai fini dell'indagine circa il potere del giudice di appello di disporre anche d'ufficio il proscioglimento dell'imputato minorenne per irrilevanza del fatto o per perdono giudiziale, non può prescindersi da una veloce analisi di detti istituti premiali: come già rilevato, infatti, gli strumenti propri del diritto penale minorile intanto possono fare ingresso anche nel grado di appello in quanto non siano incompatibili con la struttura e con le finalità del rito.

Entrambi gli istituti in questione, invero, si fondano su un accertamento, condotto *ictu oculi*, già nel corso dell'udienza preliminare, in merito alla responsabilità dell'imputato per l'addebito formulato a suo carico: in assenza di un giudizio prognostico che risolva in senso positivo il problema della colpevolezza dell'imputato, infatti, non potrebbero trovare ingresso gli istituti premiali qui in trattazione, in quanto il giudice dovrebbe immediatamente pronunciare sentenza di proscioglimento *ex* art. 129 c.p.p. o, comunque, procedere al dibattimento per vagliare con più approfondita attenzione l'ascrivibilità all'imputato dell'ipotesi accusatoria.

Entrambi gli istituti si fondano, poi, su ragioni di politica criminale special-preventiva, nel senso che si fondano sull'opinione per cui è preferibile una veloce uscita del minore dal circuito

[6] In questo senso, MACRILLO' A., Il processo penale minorile, cit., p. 237, RICCIO G. – SPANGHER G., La procedura penale, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 696.

processuale penale e, ancor più, un allontanamento dall'ambiente carcerario dello stesso, laddove le risultanze processuali portino ad un giudizio sulla personalità dell'imputato sostanzialmente non connotato da particolare gravità sotto il profilo della pericolosità sociale. I due istituti si differenziano per il dato che l'irrilevanza può essere pronunciata anche in fase di indagini preliminari e per il fatto che non comporta la redazione della scheda informativa per il casellario giudiziale[7]: i presupposti applicativi sono simili e si fondano sulla commissione di un fatto reato che non generi un particolare allarme sociale, nonché su una personalità dell'imputato che consenta di esprimere un giudizio prognostico favorevole circa la futura condotta dello stesso[8].

Parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono che non sia possibile per il giudice di appello l'indagine *ex officio* sulla sussistenza dei presupposti applicativi dei descritti istituti premiali: la funzione deflattiva propria degli istituti in parola renderebbe inidonea, infatti, la loro applicazione in un momento in cui il minore è già stato coinvolto nella dinamica processuale e, addirittura, già ritenuto responsabile in primo grado degli addebiti contro lo stesso formulati[9]. Sul punto è stato anche opinato che, qualora il giudice dell'appello rilevasse che non sono stati esaminati dal giudice del dibattimento o dell'udienza preliminare quegli aspetti della personalità del minore che avrebbero potuto condurre ad una pronuncia di proscioglimento *ex* art. 32, questi avrebbe la facoltà, qualora ne ricorrano gli estremi, di rilevare la nullità a regime intermedio che affetta la sentenza e rinviare gli atti al giudice che procedeva, ai sensi dell'art. 604 comma 4 c.p.p.[10].

Quanto alla possibilità del giudice di appello di pronunciare il proscioglimento dell'imputato per irrilevanza del fatto, non manca, invece, chi non abbia scorto tale possibilità, specialmente a seguito della sentenza n. 149/2003 della Corte costituzionale che ha dichiarato illegittima la limitazione della pronuncia *ex* art. 27

[7] Cfr. COVELLI M., Manuale di legislazione, cit., p. 256.

[8] Circa la non particolare gravità del fatto di reato commesso dal minore imputato, si può dire che tale locuzione trova oggettivazione nel senso di "tenuità del fatto" nella previsione di cui all'art. 27 D.P.R. n. 448/88 e nella previsione di un limite edittale di pena, nel caso previsto dall'art. 32. Quanto al giudizio sulla personalità del minore, l'art. 27 richiede per la pronuncia di irrilevanza che il comportamento sia "occasionale", mentre l'art. 32 prevede come condizione del perdono giudiziale che il minore sia incensurato, che fruisca del perdono per la prima volta, e che non sia stato dichiarato delinquente abituale o professionale. Da segnalare che, rispetto all'originario testo dell'art. 32, è oggi previsto, per interpolazione operata dalla Corte costituzionale, che l'imputato debba prestare il proprio consenso alla pronuncia di non luogo a procedere nei casi di definizione anticipata del giudizio per applicazione dei citati istituti premiali.

[9] Cfr. SPANGHER G., sub art. 35, cit., p. 389..

[10] Cfr. LATTANZI G. - LUPO E., Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina, Giuffré, 2008, IX, p. 843; vd. anche PULVIRENTI A., Il giudizio e le impugnazioni, in PENNISI A. (a cura di), La Giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo, Giuffré, 2004, p. 368 ss.; conforme, Cass. pen., Sez. IV, 26 febbraio 1997.

unicamente alla fase dell'udienza preliminare[11]; anche una certa giurisprudenza di merito appare propensa alla pronuncia d'ufficio del proscioglimento per irrilevanza del fatto in qualsiasi stato e grado del giudizio, in quanto la stessa sarebbe assimilabile alle sentenze di proscioglimento *ex* art. 129 c.p.p.[12]. La soluzione interpretativa, invero, appare convincente in certi limiti. Non può, infatti, non considerarsi che gli istituti dell'irrilevanza del fatto e del perdono giudiziale costituiscono, per sistematica codicistica, cause di estinzione del reato[13], la cui declaratoria deve essere operata dal giudice che ne scorga i presupposti di applicabilità, in "*qualunque stato e grado"*, ai sensi dell'art. 129 c.p.p.. Stante, dunque, la possibilità per il giudice di operare la declaratoria immediata delle cause di non punibilità, non sembra che lo stesso possa vedersi preclusa la possibilità di pronunciarsi in modo analogo all'esito del dibattimento in appello. Al limite costituito dal principio devolutivo, che limiterebbe la cognizione del giudice in appello, fa, infatti, da contraltare l'estensione dei poteri del giudice in funzione di controllo rispetto all'ammissibilità dell'ipotesi accusatoria[14]. Vero è che nel nostro ordinamento deve ritenersi che il modo di affermazione del principio di verità nel processo penale trova la sua più compiuta forma di espressione nel contraddittorio tra le parti processuali, in omaggio ad una concezione che privilegia l'etica del metodo all'etica del risultato; tuttavia, in ragione dell'applicazione del principio del *favor rei*, nonché in linea con l'impostazione culturale che tende a non aggravare l'esperienza processuale dell'imputato minorenne, si possono ritenere sussistente in capo al giudice dell'appello, limitati poteri ufficiosi, tesi a riconoscere la sussistenza dei presupposti in funzione dell'applicazione degli istituti premiali *de quo loquitur*. D'altra parte non può negarsi che l'impianto del codice Vassalli riconosce al giudice degli spazi istruttori *ex officio*, in funzione complementare (o meglio: *supplementare*), rispetto all'attività delle parti[15].

[11] PALERMO FABRIS E. – PRESUTTI A., Diritto e procedura penale minorile, Giuffré, 2011, p. 673; in senso favorevole alla rilevabilità di ufficio del giudice di appello della irrilevanza del fatto, CESARI C., sub art. 27, in GIOSTRA G. (a cura di), Il processo penale minorile, Giuffré, 2009, p. 331.

[12] In questo senso, Corte di Appello di Cagliari, Sez. Minorenni, riportata da CESARI C., sub art. 27, cit. p. 331.

[13] Parte della dottrina non condivide l'inclusione dell'istituto del perdono giudiziale tra le cause di estinzione del reato, ritenendo che il perdono giudiziale non estingue il reato come fatto previsto dalla legge penale: tali posizioni sono ben riassunte in COVELLI M., Manuale di legislazione, cit., p. 249-250.

[14] Cfr. Corte Cost. 26 marzo 1993, n. 111.

[15] Sul punto, si rinvia a CARACENI L., Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale, Giuffré, 2007. Invero, anche nel processo di appello ordinario non mancano poteri istruttori che il giudice può attivare d'ufficio: si pensi alla possibilità di immediata declaratoria di cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p., alla rilevabilità di ufficio delle nullità assolute e a regime

Sembra, allora, di poter riconoscere al giudice dell'appello la possibilità di pronunciare il proscioglimento per irrilevanza del fatto o per perdono giudiziale, qualora ne vengano accertati i presupposti, anche d'ufficio e in assenza di una sollecitazione delle parti in tale senso.

3. Possibilità del proscioglimento dell'imputato per non imputabilità.

Circa l'imputabilità del soggetto minorenne, invero, la dottrina è più incline a riferire al giudice di appello maggiori poteri istruttori attivabili d'ufficio. Al fine di tracciare con un maggior grado di precisione i confini dei poteri in questione, può essere utile individuare la soglia di imputabilità del minorenne: allo scopo soccorrono le previsioni degli artt. 97 e 98 del codice penale, i quali considerano presuntivamente non imputabile il minore infraquattordicenne, mentre per il minore infradiciottenne, condizionano ad un giudizio di maturità la possibilità di considerare lo stesso imputabile. Il fondamento dell'indagine in questione riposa sull'idea che non può rimproverarsi la violazione di un precetto penale ad un soggetto che ancora non ha maturato la capacità di decidere, in modo consapevole, come orientare il proprio comportamento tra opposte scelte di valore[16]: peraltro, la sanzione penale intanto potrà avere una funzione correttiva e risocializzante, in quanto il suo destinatario ben comprendeva, all'epoca della realizzazione della condotta *sub* processo, il senso dei propri comportamenti.

Dunque, attesa la riferita presunzione assoluta di non imputabilità per il minore degli anni quattordici, prevista dall'art. 97 c.p., non possono esserci dubbi circa il potere del giudice di appello di disporre anche di ufficio accertamenti tesi a confermare l'età del minorenne imputato, anche nel caso in cui tali accertamenti non erano stati compiuti nel corso del primo grado di giudizio. L'obbligatorietà della pronuncia di proscioglimento in questo caso, è perentoriamente stabilita dall'art. 26 D.P.R. 448/88, stabilendo la sua cogenza *"in ogni stato e grado"*[17].

Più interessante è, invece, l'indagine circa i limiti dei poteri officiosi del giudice di appello sul giudizio di immaturità dell'imputato con età superiore ai

intermedio, ex art. 178 e 179 c.p.p., all'applicabilità di ufficio della sospensione condizionale della pena, della non menzione o di una o più circostanze attenunati, ex art. 597 comma 5.

[16] Cfr. FIANDACA E. – MUSCO E., Diritto Penale, Giappichelli, 2002, 289; in tal senso anche MORO A.C., Manuale di diritto minorile, Zanichelli, 2002, p. 483, il quale ritiene che la capacità su cui si radica l'imputabilità esige non solo un accertamento della capacità del minore di rendersi conto della significanza antisociale dell'atto che pone in essere ma anche la capacità di valutarne le conseguenze indirizzando la sua volontà in una direzione scelta con raziocinio e non sulla base di incontrollabili impulsi sostanzialmente infantili.

[17] Cfr. GIOSTRA G., Il processo penale, cit. p. 498.

quattordici anni, ma non ancora maggiorenne, ai fini della valutazione di imputabilità dello stesso. Sul punto, l'art. 98 c.p. condiziona la non imputabilità del minore al giudizio circa la capacità di intendere e di volere dello stesso: l'indagine su tali elementi si mostra tutt'altro che agevole, dato che deve coinvolgere la valutazione di un complesso di dati, quali le capacità, i sentimenti, le inclinazioni, lo sviluppo intellettivo, la forza di carattere, la capacità di intendere certi valori etici, l'attitudine a distinguere il bene dal male, il lecito dall'illecito[18]: il tutto in rapporto alla specifica natura del reato contestato[19]. Al fine della verifica sulla maturità dell'imputato minorenne, atteso che nel vigente sistema processuale non sono previste prove rituali e vige il principio del libero convincimento, il giudice non è tenuto a disporre una apposita perizia, potendo ricavare gli elementi necessari al giudizio sulla maturità del minore dagli atti del procedimento, nonché dal comportamento processuale e extraprocessuale dell'imputato, rapportati al fatto contestato[20].

Anche in questo caso, comunque, al di là di alcune pronunce negative, si tende a riconoscere in capo al giudice di appello la facoltà di indagare, anche d'ufficio, sulla capacità di intendere e di volere dell'imputato infradiciottenne, ai fini del giudizio di imputabilità: in tal senso milita l'ampiezza di previsione dell'art. 9 D.P.R. n. 448/88 che impone al giudice *tout court* e, dunque, anche a quello di appello, l'obbligatorietà di effettuare rilievi sulla personalità del minore. In effetti al giudice di appello non si può ritenere preclusa una pronuncia di proscioglimento per immaturità, se non altro in ragione della portata dell'art. 129 c.p.p., che consente una conclusione del giudizio con formula di proscioglimento in ogni stato e grado del giudizio[21].

Tuttavia, a maggior specificazione dell'ampiezza dei poteri istruttori del giudicante di secondo grado, può considerarsi condivisibile l'orientamento espresso anche dalla Corte di Cassazione[22], volto a ritenere che un tale potere di indagine sia riferibile al giudice di appello unicamente quando il giudice di primo grado abbia completamente pretermesso qualunque valutazione circa la capacità del minore di intendere e di volere; qualora,

[18] In questi termini, Cass. pen., 10 novembre 1987, in Riv. pen., 1988, p. 1015.
[19] Cfr. Cass. pen., 28 settembre 1989, in Riv. pen., 1990, p. 781.
[20] Cfr. Cass. pen., 19 gennaio 2011, n. 1498.
[21] In questo senso, COVELLI M., Manuale di legislazione, cit., p. 198; nello stesso senso, PALERMO FABRIS E. – PRESUTTI A., Diritto e procedura, cit. Giuffré, 2011, p. 668.
[22] Cfr. Cass., SS.UU., 26 gennaio 1985, n. in Cass. Pen., 1985, p. 1333 ss.; nello stesso senso cfr. anche PEPINO L., sub art. 35, in CHIAVARIO M. (a cura di), Il processo minorile, cit., p. 498.

invece, tale valutazione sia stata svolta in primo grado, il principio del *favor minoris* deve arretrare rispetto al limite vigente per il grado di appello improntato alla regola del *tantum devolutum quantum appellatur*, essendo dunque, in questo caso, subordinato alla richiesta delle parti la possibilità del giudice di operare un nuovo vaglio circa la possibilità di ritenere il minore imputabile ai fini della legge penale. Tale opinione sembra coniugare in modo ragionevole la specificità delle regole del processo minorile, che impongono una maggiore attenzione alla personalità del minorenne, e la caratteristica del rimedio dell'appello, improntato al principio devolutivo.

4. L'applicazione della cd. *probation* al giudizio di appello.

L'istituto della messa alla prova presenta alcune peculiarità rispetto agli altri istituti premiali propri del processo minorile: l'effetto estintivo del reato, infatti, consegue subordinatamente all'esito favorevole della prova, dalla quale emerga una volontà del minore di improntare la propria vita a valori di rettitudine e solidarietà, nonché una capacità dello stesso di non ricadere in condotte penalmente illecite. La peculiarità dell'istituto sta, dunque, nel fatto che l'effetto premiale deriva da un comportamento *extra*-processuale, peraltro non inerente i fatti oggetto dell'imputazione, avente ad oggetto unicamente un giudizio sulla personalità del minore: la valutazione positiva attribuita all'esito della prova, produce un disinteresse dello Stato nel punire l'imputato, non ritenendo che lo stesso necessiti dell'espiazione di una pena in funzione rieducativa[23].

Nel silenzio della legge, si confrontano varie teorie circa la possibilità del giudice di appello di disporre la cd. *probation*[24]. Un orientamento abbastanza seguito in passato, tendeva a vedere l'istituto della messa alla prova come un istituto deflattivo del processo, la cui *ratio* era quella di evitare al minore il contatto con gli organi della giustizia penale, allorché lo stesso si fosse dimostrato in grado di organizzare la propria esistenza senza ricadere nell'illecito: è chiaro che, intesa in questo senso, la messa alla prova

[23] È evidente che presupposto della messa alla prova è comunque un giudizio di responsabilità dell'imputato riguardo al fatto di cui all'imputazione, pur nei limiti di un mero fumus commissi delicti: tuttavia, in caso di prosecuzione del processo per esito negativo della prova non è escluso che il giudizio possa concludersi con l'assoluzione dell'imputato.

[24] Di probation parlano espressamente le Regole di Pechino all'art. 11, il quale ultimo testualmente dispone "Dovrebbe essere considerata l'opportunità, ove possibile, di trattare i casi dei giovani che delinquono senza ricorrere al processo formale": non è ammessa, comunque, nel nostro ordinamento la possibilità di disporre la probativo in fase di indagini preliminari (cd. probation di polizia), ma unicamente la probation giudiziale, nelle forme previste dagli artt. 27 e 28 D.P.R. 448/1988 ovvero all'art. 163 c.p.p..

tradirebbe il suo fine se disposta in appello, quando ormai il contatto del minore imputato con il sistema della giustizia penale è già avvenuto[25]. In realtà, sembra maggiormente conforme ai principi propri della giustizia minorile, un approccio più favorevole all'applicazione dell'istituto anche in appello. Basti, infatti, riflettere sul dato che il processo minorile deve avere sempre attenzione alla personalità del minore: una personalità, quest'ultima, in continua evoluzione, in linea con il processo di maturazione e di crescita del sistema valoriale del fanciullo. Se si parte dunque da questa premessa, non si può non considerare che la messa alla prova potrebbe essere utilizzata proficuamente anche per la prima volta in grado di appello e d'ufficio, qualora l'osservazione della personalità del minore dia la possibilità al giudice di secondo grado di formulare un giudizio prognostico favorevole rispetto ad un cambiamento dell'indole del minore imputato. Non osta a tale soluzione il dato che il minore sia già venuto a contatto con il sistema della giustizia penale: la *ratio* dell'istituto, in questo senso, non dovrebbe considerarsi unicamente deflattiva, quanto più che altro quella di consentire l'approdo ad un esito diverso del processo, in senso maggiormente conforme alle opzioni valoriali sottese al sistema di giustizia minorile. La possibilità di adozione dell'istituto premiale d'ufficio in grado di appello, resta chiaramente subordinato al rispetto del principio devolutivo, sicché il giudice di appello potrà disporre la messa alla prova, anche d'ufficio, qualora il giudice di primo grado non abbia attuato alcuna valutazione sulla personalità del minore che consentisse l'applicazione dell'istituto premiale; viceversa, in caso di valutazione negativa operata dal giudice di primo grado circa l'applicazione della *probation*, il giudice di appello potrà disporla unicamente nel caso di specifica impugnazione sul punto.

5. I poteri istruttori del Giudice di appello nella cornice dei principi informatori del diritto minorile.

Il riconoscimento di poteri più o meno vasti in capo giudice di appello e la soluzione al problema dell'estensione di tali poteri, atteso il silenzio delle norme che regolano il processo penale minorile, deve essere ricercata dall'interprete guardando ai principi costituzionali ed ai principi che informano la materia del diritto penale minorile, primi tra tutti i principi di sussidiarietà, adeguatezza

[25] Cfr. DI PAOLO, Riflessioni in tema di "probation" minorile, in Cass. pen., 1991, p. 2871; in giurisprudenza cfr. Cass. pen. Sez. I, 30 marzo 1990, in Giust. Pen., 1990, fasc. 3, p. 664.

applicativa e minima offensività: tali criteri cardine devono guidare l'indagine ermeneutica in funzione ricostruttiva di un processo penale che abbia, certo, ad oggetto la responsabilità dell'imputato in ordine ad un fatto reato, ma con la specificità consistente nell'attenzione alla personalità del minore. Se, dunque, non deve esser perso di vista tale obiettivo, non può non tenersi conto del fatto che il minore ha per antonomasia una personalità in evoluzione, e che lo stesso non si ispira ad un sistema valoriale ancora stabile e sedimentato, ma piuttosto sperimenta modelli, perlopiù mutuati dalla realtà che lo circonda, nel tentativo di costruire, attraverso continue scelte, il proprio *ego*.

In ragione, dunque, del carattere essenzialmente "fluido" della personalità del minore, non può intendersi preclusa al giudice penale minorile una continua indagine sulla personalità dell'imputato, nei limiti e per i fini che, ovviamente, interessano il processo penale[26]; l'indagine in questione, infatti, ha la funzione di indirizzare il giudizio verso un esito che possa considerarsi effettivamente congruo, in senso special-preventivo, rispetto alla personalità dell'imputato.

Deve, dunque, incoraggiarsi la configurabilità anche in capo al giudice di appello di poteri istruttori che consentano di applicare le norme penali nel senso della minore offensività possibile: gli istituti peculiari del giudizio minorile cui si è accennato nel presente lavoro (irrilevanza del fatto, perdono giudiziale, non imputabilità, messa alla prova) non devono essere letti quali strumenti deflattivi del processo, la cui utilità si riduce o si annulla allorché il processo penale sia già arrivato ad uno stadio avanzato; né i poteri in argomento possono ritenersi dominio esclusivo del giudice di primo grado, quasi a ritenere il giudizio sulla personalità da quest'ultimo formulato come cristallizzato e perfettamente valevole anche nei gradi di giudizio successivi, a dispetto della mutevole personalità del minore imputato. Viceversa, il recupero di poteri istruttori anche in capo al giudice dell'appello consente una maggiore duttilità di giudizio, in accordo al processo di crescita del minore ed alla acquisizione da parte dello stesso di un sistema di valori e di comportamenti che si informano a maggiore stabilità e coerenza: l'esperienza processuale, infatti, può caratterizzare

[26] L'attenzione alla personalità del minore e alla sua evoluzione deve trovare spazio, si badi, esclusivamente nei limiti in cui ciò possa interessare l'indagine sulla responsabilità penale e sull'opportunità dell'irrogazione della sanzione penale, nonché della sua quantificazione: il processo penale minorile, infatti, deve evitare assolutamente pericolose derive pedagogiche e non deve veder snaturare la propria fisionomia e la propria funzione. Compatibilmente con tale obiettivo, tuttavia, la specialità del processo minorile impone l'utilizzo proprio ed adeguato degli strumenti tipici del processo per i minori, coniugandoli ad un'esigenza sempre viva di vagliare la personalità dell'imputato minorenne, considerandone la naturale crescita e l'evoluzione.

anche una fase piuttosto lunga della crescita individuale, soprattutto se si tiene conto che nell'età della fanciullezza e dell'adolescenza i mutamenti della personalità e la scelta dei modelli comportamentali sono in continuo divenire.

L'indagine su tali caratteri non può essere affidata, dunque, unicamente al senso di serietà e all'etica professionale delle parti processuali, in quanto il rischio di non interpretare adeguatamente la personalità del minore e, dunque, di non comprendere appieno la ragione dei comportamenti dello stesso deve essere più ridotto possibile, anche e non da ultimo con lo scopo di attribuire all'imputato una pena che possa essere effettivamente congrua, adeguata e non desocializzante.

Francesco Foggia
Avvocato Foro di Napoli

I PROVVEDIMENTI

TRIBUNALE PER I MINORENNI DI NAPOLI

N. **251/12** SENT.
N. 13/12 R.G.
N. 566/07 P.M.M.

UD. del 03.05.2012

NOTIF. ESTRATTO CONTUMACIALE IL

COMUNICATO AL P.G. IL

SENTENZA IMPUGNATA IL
DA
IL
DA

ATTI ALLA C. APP. SEZ. MIN. IL

E' ESECUTIVA DAL

SPEDITO ESTRATTO ESECUTIVO AL P.M.M. IL

REDATTA SCHEDA PER CASELL. IL

N. C.P.

REPUBBLICA ITALIANA
In Nome del Popolo Italiano

Il Tribunale per i Minorenni di Napoli, composto dai Signori:

1) Dott. F. Galli — Presidente
2) Dott. P. Brunese — Giudice (estensore)
3) Dott. G. D'Arienzo — Componente Privato
4) Dott. R. Chianese — " "

Con l'intervento del P.M. rappresentato dal Procuratore della Repubblica Dott. Rosetti

E con l'assistenza del Cancelliere sottoscritto ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa penale

CONTRO

[redacted]

- LIBERO CONTUMACE -

IMPUTATO

Del reato p. e p. dagli artt. 56, 628/2° e 3° c. C.P. perché, dopo aver compiuto atti diretti in modo non equivoco ad impossessarsi di oggetti o valori da sottrarre da un'autovettura parcheggiata sulla pubblica via, avendo forzato con un cacciavite la serratura della stessa e, non riuscendo nell'intento per l'arrivo dei carabinieri, inseguito dagli stessi, durante la fuga per assicurarsi l'impunità, usava minaccia nei loro confronti, perché, dopo aver rallentato l'andatura e dopo essersi parzialmente ruotato in direzione del carabiniere Bombaci, estraeva dai pantaloni un oggetto apparso essere una pistola a tamburo di colore nero, tanto che il militare gli intimava di buttare l'arma e di fermarsi, mentre il Marra non ottemperava, continuando a correre con detto oggetto nella mano destra.
In Napoli il 25.10.2005

CONCLUSIONI DELLE PARTI

P.M.M. Chiede, con la minore età equivalente, la condanna ad anni 1 e mesi 6 di reclusione ed € 800,00 di multa.

DIFENSORE Chiede l'assoluzione per ne bis in idem.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con decreto in data 28.6.2011, il Giudice dell'udienza preliminare disponeva procedersi ad ordinario giudizio dibattimentale, in stato di libertà, nei confronti di [redacted], imputato del reato ascrittogli. Tempestivamente il PMM depositava lista testi con annessa richiesta di autorizzazione alla citazione per l'udienza. Il 29.2.2012 , dichiarata la contumacia dell'imputato ,non comparso sebbene ritualmente citato, il processo era rinviato, per l' assenza dei testi al 29.3.2012 , udienza ove , rigettata con la motivazione indicata a verbale la richiesta del difensore di prosciogliere l'imputato per il divieto di ne bis in idem ex art 649 cpp, eccezione avanzata essendo stato assolto l'imputato da un'imputazione che il difensore assumeva essere uguale alla presente contestazione, con sentenza irrevocabile che era depositata, veniva aperto il dibattimento e, data lettura del capo d'imputazione, il PMM e la Difesa, procedevano alle proprie richieste in tema di prova.

Si dava, successivamente, inizio - in accoglimento delle formulate richieste probatorie - alla istruttoria dibattimentale mediante l'audizione di Bambace Benedetto. Le parti rinunziavano all'escussione del teste Arienzo, ed il processo era rinviato all'odierna udienza ove, essendo cambiata la composizione del Collegio, nella persona del sottoscritto giudice estensore, veniva disposta la rinnovazione degli atti e le parti prestavano il consenso all'utilizzazione dell'istruttoria effettuata. Veniva escusso Fioraio Antonio.

Quindi, in assenza del S. Sociale ministeriale, le parti hanno formulato, all' esito della discussione, le rispettive conclusioni . Il Tribunale, ritiratosi in camera di consiglio, ha, poi, pronunziato sentenza come da dispositivo letto in udienza, con motivazione nei termini.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Non vi è dubbio che nel caso di specie sia operativo il divieto di un nuovo giudizio pep dall'art 649 cpp.

Ed invero, la suindicata norma attribuisce alla sentenza di condanna e di assoluzione che sia divenuta irrevocabile – cioè assistita dal cosiddetto giudicato formale – efficacia di giudicato sostanziale inteso come vincolo a non più sentenziare sullo stesso fatto nei confronti delle medesime persone . Tale principio del ne bis in idem si configura pertanto come dovere del giudice successivamente adito di declinare la decisione in tal modo, paralizzando una nuova identica azione penale essendosi essa processualmente consumata proprio nel giudicato sostanziale (Cass. Pen. sez III, 16 novembre 1995 n.2970).

L'imputato [redacted] veniva infatti assolto dal reato pep dagli artt 56,628 co 2 e 3 cp in Napoli il 25.10.2005 , dalla Corte di Appello di Napoli con sentenza divenuta irrevocabile in data 10.2.2007, ai sensi dell'art 530 cpp perché il fatto non sussiste. L'assoluzione dell'imputato era motivata dal fatto che " difficilmente il [redacted] sarebbe potuto tornare dal luogo del delitto , sito al Viale Traiano , nella sua abitazione di via Marco Aurelio , senza incontrare alcuna pattuglia dei Carabinieri , che ove avesse avuto intenzione di rubare l'auto , di cui i verbalizzanti videro forzare la serratura dello sportello, il [redacted]non si sarebbe recato sul posto, da solo, a bordo del ciclomotore , essendo impossibile per lui asportarla, senza lasciare ivi detto ciclomotore ". La Corte, tuttavia, rimetteva gli atti al PMM, per eventuale nuova formulazione del capo di accusa, in relazione al reato di cui al capo a). L'organo requirente pertanto riformulava l'accusa contestando all'imputato i medesimi articoli di legge e modificando soltanto l'oggetto del tentativo di impossessamento posto in essere dall'autore della tentata rapina impropria , che doveva intendersi i beni e valori contenuti nell'autovettura e non l'autovettura stessa.

Ad avviso del collegio tale modifica non ha reso diverso il fatto , atteso che ai fini dell'applicazione del principio del ne bis in idem di cui all'art 649 cpp per medesimo fatto, deve intendersi l'identità degli elementi costitutivi del reato, cioè la condotta, l 'evento ed il nesso causale , considerati non solo nella loro

dimensione storico- naturalistica, ma anche in quella giuridica . Nel caso in esame, si ripete, " novità " del fatto non può ravvisarsi nell'oggetto parzialmente diverso della condotta consistita nel tentato impossessamento di oggetti o valori contenuti nell'autovettura e non nell'autovettura stessa.

Diversamente opinando si esporrebbe il soggetto già giudicato in via definitiva, in relazione ad un certo reato, ad una nuova azione penale ove l'oggetto dello stesso fosse successivamente ritenuto parzialmente diverso , come nel caso in cui si accertasse , a titolo esemplificativo, nel delitto di furto , che la refurtiva asportata comprendeva ulteriori o minori beni o che, nel reato di maltrattamenti, le lesioni inferte abbiano avuto ad oggetto anche altre parti del corpo della vittima.

Ciò contrasterebbe con l'aspetto garantisco del giudicato penale a salvaguardia della persona già giudicata, che preclude una nuova sottoposizione a procedimento penale per il medesimo fatto , pur se diversamente considerato per titolo, grado o circostanze.

L'imputato deve pertanto essere prosciolto dal reato contestatogli perché l'azione penale non doveva essere iniziata, essendo già intervenuta sentenza di assoluzione irrevocabile per il medesimo fatto.

PQM

Visto l'art 529 cpp dichiara non doversi procedere nei confronti di [redacted] per il reato contestato perché l'azione penale non doveva essere iniziata

Napoli 3.5.2012

IL PRESIDENTE

IL GIUCEDE EST.