



Autorizzazione n. 9/2012 del Tribunale di Napoli

Inserita nell'archivio del CINECA: "DirGiusMinorile" n° E217312

**ISSN 2280-4323**

anno II – n. 1-2013

# *DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE*

[www.dirittoegiustiziaminorile.it](http://www.dirittoegiustiziaminorile.it)

Rivista giuridica di diritto minorile

**INDICE SOMMARIO****GLI ARTICOLI**

Dott. Roberto Gentile Rapporti tra Servizi Sociali Ministeriali e Territoriali: competenze e coordinamento.....	pagg. 4 – 13
Dott. Nicola Ciccarelli Commento all'art. 31 del T.U. D.Lgs. n. 286/1998.....	pagg. 14 – 24
Dott.ssa Valeria Rosetti Richiesta di archiviazione per il reato di immigrazione clandestina.....	pagg. 25 – 27
Prof. Mariano Menna Memoria difensiva ex art. 26 D.P.R. 448/88.....	pagg. 28 – 43
Dott. Diego Di Nardo Nota a sentenza della Corte di Cassazione.....	pagg. 44 – 60
Dott. Eduardo Izzo Profili critici della messa alla prova.....	pagg. 61 – 67
Dott. Emanuele Esposito Provvedimento di rigetto di affidamento.....	pagg. 68 – 72
Dott. Paolo Sceusa Provvedimento in materia di idoneità all'adozione internazionale.....	pagg. 73 – 75
Provvedimento di rigetto di affidamento.....	pagg. 76 – 80
Avv. Mario Covelli Provvedimenti in materia di Misure di Sicurezza.....	pagg. 81 – 91
Avv. Mario Covelli Il consenso del minore per le definizioni ex art. 32 D.P.R. 448/88.....	pagg. 92 – 97
Avv. Pasquale Raucci La ricostruzione giurisprudenziale del D.A.SPO. e profili problematici di natura processuale in attesa di risoluzione.....	pagg. 98 – 118

# *GLI ARTICOLI*

---

**Dott. Roberto Gentile**  
**Rapporti tra Servizi Sociali Ministeriali e Territoriali:**  
**competenze e coordinamento.**

**SOMMARIO:** 1) *Considerazioni preliminari.*- 2) *Il ruolo processuale dei servizi ministeriali e quello dei servizi territoriali.*- 3) *Le principali funzioni dei servizi.*- 4) *Competenze dei servizi.*- 5) *Coordinamento dei servizi ministeriali con quelli del territorio.*

**1) Considerazioni preliminari**

Il sistema normativo introdotto dal D.P.R. 22 settembre 1988 n° 448 e dalle relative disposizioni di attuazione contenute nel D. L.vo 28 luglio 1989 n° 272 ha riformato la struttura e la dinamica del processo penale a carico di imputati minorenni, collocando l'autore del reato al centro della vicenda processuale e finalizzando la risposta dell'ordinamento giuridico molto più alla risocializzazione del minore che non alla punizione fine a se stessa, pur senza toglierle la doverosa connotazione di ripristino dell'ordine giuridico violato dal reato.

Nella nuova normativa, pertanto, il processo sul fatto coesiste con quello sulla personalità dell'autore, grazie alla sinergia del sistema giudiziario e del sistema dei servizi sociali, intesa a dar vita a provvedimenti giurisdizionali fondamentalmente ispirati ai processi educativi ed alla risocializzazione del minore, rispetto alla quale il bilanciamento e la tutela dei diritti e degli interessi in giuoco nel processo costituiscono un passaggio obbligato.

---

I Servizi sociali costituiscono, quindi, soggetti necessari del nuovo processo penale minorile, ai quali l'ordinamento assegna un ruolo di fondamentale importanza.

L'art. 9 del D.P.R. 448 stabilisce che il Pubblico Ministero ed il Giudice acquisiscano elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali ed ambientali del minorenne sottoposto al processo, al fine di accertarne l'imputabilità ed il grado di responsabilità, valutare la rilevanza sociale del fatto, nonché disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili.

L'art. 6 del medesimo testo normativo stabilisce, inoltre, che, in ogni stato e grado del procedimento, l'autorità giudiziaria deve avvalersi dei servizi minorili dell'amministrazione della Giustizia, nonché dei servizi di assistenza istituiti dagli enti locali.

L'art. 12 comma 2, infine, impone che l'assistenza dei servizi ministeriali e di quelli territoriali sia assicurata al minorenne durante tutto 1' "iter" processuale.

In questa breve esposizione, tenteremo di individuare le funzioni che il legislatore ha assegnato ai predetti servizi, mettendo a fuoco la specificità dei rispettivi ruoli ed i meccanismi predisposti per il coordinamento delle loro attività.

## **2) Il ruolo processuale dei servizi ministeriali e quello dei servizi territoriali.**

Il fatto che il legislatore abbia coinvolto nella dinamica del processo penale minorile i servizi minorili della amministrazione della Giustizia ed i servizi di

---

assistenza degli enti locali non può non indurre l'interprete alla ricerca di una diversità dei ruoli attribuiti ai predetti organi.

Talune norme del D.P.R. 448 sembrano indicare un preminente impegno dei servizi ministeriali sul versante processuale: per esempio, l'art. 18, nel comma primo e l'art. 18-bis, nel comma secondo, prescrivono che la Polizia giudiziaria che abbia proceduto al fermo, all'arresto o all'accompagnamento del minore, ne informi tempestivamente i servizi minorili dell'amministrazione della Giustizia, mentre l'art. 20, comma 1.1. delle disposizioni di attuazione, demanda ai predetti servizi l'assistenza psicologica che, a parere dell'autorità giudiziaria o della direzione penitenziaria, necessiti al minore che si trovi in particolari condizioni emotive; ed ancora l'art. 19 comma 3 del D.P.R. 448 prescrive che il giudice, nel disporre misure cautelari, affidi il minore ai servizi minorili dell'amministrazione della Giustizia.

I servizi ministeriali, in altri termini, costituiscono il referente processuale dell'autorità giudiziaria e tale scelta legislativa, a parere di chi scrive, si spiega con la opportunità di far capo, per adempimenti di natura processuale, ad un unico interlocutore anziché ad una pluralità di uffici, disseminati sul territorio, con il rischio di una diversificazione di orientamenti e di metodi operativi, nonché, in molti casi, addirittura con il pericolo della inesistenza dell'interlocutore.

I servizi degli enti territoriali, invece, sembrano deputati ad un preminente impegno sul versante extraprocessuale ed investiti di una funzione di raccordo tra il sistema giudiziario ed il sistema sociale, giacché la vicinanza spaziale con l'ambiente socio-familiare in cui vive il minore li rende particolarmente idonei ad individuarne le potenzialità e le inadeguatezze, le risorse e le carenze, sì da poter mettere a fuoco le

---

problematiche del minore sottoposto al processo ed approntare valide soluzioni ai fini del suo recupero e della risocializzazione.

La scelta legislativa di introdurre i servizi sociali del territorio nel circuito penale, operata dal D.P.R. n° 616 del 1977, che attribuì a quei servizi la competenza ad intervenire nel trattamento dei c.d. "minori a rischio", corrisponde alle motivazioni enunciate dalla Corte Costituzionale con la sentenza n° 287 del 1987, nella quale, fra l'altro, si affermava che "*... nell'ambiente dove il minore è cresciuto e dove vive meglio si profila l'impegno rieducativo che mira non ad estraniare, ma a mantenere il minore nel suo "habitat" nell'intento di reinserirvelo risocializzandolo" ..."perché più immediato è il contatto degli operatori locali con i soggetti interessati"*.

Il sistema predisposto dal legislatore, pertanto, appare ispirato dall'esigenza di introdurre nel processo, accanto alle informazioni sul fatto reato, quelle - nel processo minorile non meno importanti - sulla personalità e sulla estrazione socio-familiare dell'autore, attraverso l'azione coordinata dei servizi del territorio, maggiormente idonei ad esplorare e scandagliare l' "habitat" del minore, grazie al più stretto contatto con esso, e quella dei servizi ministeriali, particolarmente versati, perché più vicini all'autorità giudiziaria, a trasfondere quelle informazioni in idonee proposte, che il giudice potrà eventualmente utilizzare nell'adottare i provvedimenti di sua competenza.

### **3) Le principali funzioni dei servizi.**

Le funzioni assegnate ai servizi dalla normativa processuale possono essere individuate attraverso l'enucleazione dalle singole norme che enunciano le competenze dei servizi stessi.

Così – come si è già avuta occasione di osservare - l' art . 9 del D.P.R. 448, pur senza menzionare espressamente i servizi, individua una delle funzioni fondamentali, cioè quella di acquisire e trasmettere le necessarie informazioni sulle condizioni socio-familiari del minore al P.M. ed al giudice, affinché possano farne uso nelle loro determinazioni processuali.

Accanto a questa fondamentale funzione informativa, l'art. 12, nel comma 2, individua una funzione di assistenza al minore, preordinata al perseguimento della finalità educativa del processo: i servizi, pertanto (sia quelli ministeriali che quelli del territorio), acquisite le informazioni sulla personalità e sull'ambiente di estrazione del minore, forniranno alle parti ed al giudice tutti gli elementi di valutazione necessari per attuare la valenza educativa del processo, svolgendo altresì nei confronti del minore sottoposto al processo una costante funzione esplicativa della dinamica processuale in atto, che gli consenta di rielaborare la vicenda giudiziaria che lo riguarda, interiorizzandone le valenze responsabilizzanti e rieducative. In altri termini, la funzione assistenziale si sostanzia, da un lato, in un contributo agli organi giudiziari per le migliori scelte processuali, dall'altro in un aiuto al minore, affinché questi possa trarre dalla vicenda giudiziaria il massimo beneficio, ai fini del suo recupero personale e sociale.

Varie norme, poi, individuano funzioni di sostegno, trattamento e controllo, demandate ad entrambi i servizi, in collaborazione tra loro.

L'art. 19, nel comma 3, stabilisce che il giudice, nel disporre una misura cautelare, deve affidare l'imputato ai servizi minorili della amministrazione della giustizia, i quali svolgono attività di sostegno e controllo in collaborazione con i servizi di assistenza istituiti dagli enti locali.

---

L'art. 20, poi, nel prevedere la facoltà del giudice, ove non siano necessarie più gravose misure cautelari, di limitarsi ad imporre prescrizioni inerenti alle attività di studio o di lavoro, ovvero ad altre attività utili per l'educazione del minore, richiama la disposizione del comma 3 dell'art. 19, indicando, così, l'importanza e la delicatezza del ruolo dei servizi, nel momento della determinazione delle prescrizioni da impartire al minore, oltre che ai fini della vigilanza sulla osservanza delle stesse da parte di quest'ultimo.

L'art. 21, comma 3, ancora, impone ai genitori del minore sottoposto alla misura cautelare della permanenza in casa di consentire gli interventi di sostegno e di controllo dei servizi. Pertanto, i rappresentanti dei servizi che seguono il minore in permanenza in casa, ove l'atteggiamento dei genitori del minore non sia ispirato a spirito di collaborazione, o sia addirittura ostruzionistico, segnaleranno ciò al P.M., che potrà, conseguentemente, richiedere al giudice una misura cautelare più adeguata e rispondente alla finalità educativa.

Analogamente, l'art. 22, comma 2, impone al responsabile della comunità ove il minore sia collocato, lo stesso onere di collaborazione con i servizi, nell'espletamento delle attività di sostegno e di controllo previste dall'art. 19 comma 3.

Infine, l'art. 28, nel comma 2, demanda ai servizi minorili della amministrazione della giustizia, anche in collaborazione con i servizi territoriali, opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno, in tema di messa alla prova del minore.

Tutte le funzioni testè enucleate (di informazione, assistenza, sostegno, trattamento e controllo), corrispondono all' **e s i g e n z a d i p r o t e z i o n e** del minore, sancita dall'art. 31, comma 2 della Costituzione e garantita

attraverso l'obbligo imposto all'autorità giudiziaria di dare ai servizi minorili che abbiano svolto attività per il minorenne l'avviso di fissazione della udienza preliminare (art. 31, comma 3 del D.P.R. 448), della udienza dibattimentale (art. 33, comma 4) e, genericamente, di ogni attività processuale che richieda la partecipazione del minore, affinché sia assicurata l'assistenza dei servizi stessi (art.17 disp. att.).

#### **4) Competenze dei servizi.**

La prima, fondamentale competenza dei servizi è quella di espletare i necessari accertamenti sulla personalità e sull'ambiente di estrazione del minore, prescritti dall'art. 9 del D.P.R. 448. Di tale attività si è già parlato nei paragrafi precedenti e le cose dette al riguardo possono ritenersi qui richiamate.

Questo importantissimo compito, al pari della funzione di assistenza prevista dall'art. 12 comma 2, è attribuito dalla legge sia ai servizi ministeriali che a quelli territoriali, i quali, come suol dirsi, "prendono in carico" il minore, con il suo fardello di problemi, difficoltà e carenze e, dopo avere approfondito le motivazioni e le cause del suo ingresso nel circuito penale, hanno il compito, tutt'altro che agevole e semplice, di creare una rete di comunicazioni fra il minore, gli adulti del suo *entourage* familiare, gli organi di polizia, gli organi giudiziari e l'ambiente di studio o di lavoro, al fine di promuovere ed assicurare ogni tipo di intervento necessario od utile per il recupero del minore stesso.

Particolarmente delicate appaiono queste due competenze nel caso di minori denunciati in stato di arresto, fermo o accompagnamento, stante l'esigenza che il P.M. ed il giudice dispongano, al termine dell'udienza di convalida, di un minimo di elementi di valutazione della personalità dei minori e delle relative problematiche, per poter procedere alla scelta delle appropriate

misure cautelari. Molto spesso (si pensi al minore arrestato in giorno pre-festivo) ai servizi ministeriali, ed a maggior ragione a quelli del territorio, che dovrebbero essere attivati dai primi (soli destinatari dell'informazione dell'avvenuto arresto), la notizia perviene quando è ormai imminente la celebrazione dell'udienza di convalida. Molto opportunamente, in vista di ciò, l'Ufficio per la giustizia minorile, con la lettera circolare n° 365072 del 21 ottobre 1989, ha disposto che i centri di prima accoglienza forniscano alla autorità giudiziaria procedente i primi elementi di conoscenza dei minori, della loro situazione personale, familiare e sociale e le prime indicazioni sulle risorse e prospettive delle strutture e dei servizi territoriali disponibili ad occuparsene o ad accoglierli; che svolgano nei confronti dei minori arrestati, fermati o accompagnati, attività di sostegno e chiarificazione, nonché di assistenza in sede di convalida e di giudizio, a norma degli artt. 6, 12 e 25 del D.P.R. 448; e che attivino gli altri servizi della amministrazione e quelli del territorio di appartenenza dei minori.

Nell'applicare le misure cautelari, il giudice deve avere cura di non interrompere i processi educativi in atto (art. 19, comma 2).

E' compito, quindi, dei servizi sociali fornire al P.M. ed al giudice un quadro chiaro e completo della situazione socio - familiare del minore, sì da rendere la scelta della misura cautelare quanto più possibile appropriata alla predetta situazione e idonea a soddisfare alle esigenze di cautela processuale con il minimo danno per lo sviluppo della personalità del minore. I servizi ministeriali, ai quali il minore sottoposto a misura cautelare è affidato, attiveranno quelli del territorio, che sono chiamati dalla legge (art. 19 citato) a collaborare con i primi nelle attività di sostegno e di controllo.

Fondamentale è il ruolo dei servizi in tema di sospensione del processo e messa alla prova dell'imputato. La legge, infatti (art. 27 disp. att.), demanda ai servizi ministeriali il compito di predisporre, in collaborazione con i servizi del

territorio, il progetto di intervento, che deve, fra l'altro, prevedere le modalità di coinvolgimento del minore, della sua famiglia e del suo ambiente, gli impegni che il minore assume, le modalità di partecipazione degli operatori della giustizia e di quelli dell'ente locale e l'attività eventualmente preordinata alla riconciliazione dell'autore del reato con la vittima. Poi, una volta sospeso il processo, il minore rimane affidato ai servizi ministeriali, i quali, sempre di intesa con quelli del territorio, svolgeranno attività di osservazione, trattamento e sostegno e terranno il giudice costantemente informato dell'evoluzione del caso, proponendo eventuali modifiche al progetto, ovvero, in caso di ripetute e gravi trasgressioni da parte del minore, sollecitando addirittura la revoca del provvedimento di sospensione del processo. In ogni caso i servizi presenteranno una relazione sul comportamento del minorenne e sull'evoluzione della sua personalità al presidente del collegio che ha disposto la sospensione del processo, nonché al Pubblico ministero.

Infine i servizi intervengono nell'udienza fissata dal magistrato di sorveglianza per la determinazione delle modalità di esecuzione delle sanzioni sostitutive della libertà controllata e della semidetenzione (art. 30, comma 2 del D.P.R. 448) e coadiuvano il magistrato di sorveglianza nella attività di controllo sulla esecuzione delle misure di sicurezza del riformatorio e della libertà vigilata (art. 40, comma 2 D.P.R. 448).

### **5) Coordinamento dei servizi ministeriali con quelli del territorio.**

La normativa sommariamente passata in rassegna, come si è visto, impone la collaborazione fra i servizi in parola (vedansi, per es., gli artt. 19 comma 3 e 28 comma 2 del D.P.R. 448), ai quali affida delicatissime funzioni, talora per delega della autorità giudiziaria, che, ai sensi dell'art. 6, del D.P.R. 448, si avviva dei servizi stessi, talaltra per diretta ed autonoma assegnazione di competenza: si pensi, per esempio, alle attività di accertamento della

---

situazione personale e familiare del minore arrestato, che i servizi sono tenuti a svolgere in seguito alla informazione data loro dalla P.G..

Il coordinamento fra i servizi, pertanto, discende anzitutto dalla legge, che, prevedendo il dovere di collaborazione a carico dei medesimi, con ciò stesso li responsabilizza, talché il semplice scambio di informative dovrebbe essere sufficiente a dar vita ad una azione coordinata.

Ove, comunque, ciò non dovesse verificarsi, il coordinamento fra i servizi potrebbe essere efficacemente promosso dall'autorità giudiziaria con opportuni interventi che, secondo i casi, potrebbero assumere la forma di richieste, deleghe o vere e proprie ordinanze.

L'art. 7 delle disposizioni di attuazione, poi, attribuisce alle direzioni dei centri per la giustizia minorile funzioni di coordinamento dell'attività dei servizi e di collegamento con gli enti locali.

L'art. 13 delle disposizioni stesse, infine, prevede la costituzione presso ogni centro per la giustizia minorile di una *commissione per il coordinamento* dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia e dei servizi di assistenza degli enti locali e, presso il Ministero di grazia e giustizia, di una *commissione centrale* per i predetti coordinamenti.

E' auspicabile che la costituzione e l'insediamento di tali commissioni, sinora non avutisi, avvengano al più presto, affinché, nei casi in cui, soprattutto in tema di messa alla prova, la carenza di tali coordinamenti ha provocato gravi disfunzioni processuali, esista in concreto la possibilità di armonizzare l'azione dei servizi ministeriali con quella dei servizi territoriali.

**Roberto Gentile**

Procuratore della Repubblica  
presso il Tribunale Minorenni Napoli

**Dott. Nicola Ciccarelli**

**Commento all'art. 31 del T.U. D.Lgs. n. 286/1998**

La legislazione sull'immigrazione ha attribuito alla magistratura minorile un ruolo importante nella traduzione concreta dei diritti degli stranieri irregolari, prevedendo diverse possibilità di deroga rispetto alle disposizioni su ingresso e permanenza in senso più favorevole al minore rispetto all'adulto.

La più importante e discussa di queste previsioni è disciplinata, come ben sappiamo, dal terzo comma dell' art. 31 del T.U. D. Lgs. n. 286/1998 per il quale «il tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nei territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del presente testo unico».

Il conflitto di giurisprudenza più profondo e radicale ha riguardato, e tuttora riguarda, l'individuazione dei “gravi motivi” che costituiscono il presupposto dell'autorizzazione.

Una parte della giurisprudenza di merito li ha interpretati da subito in modo riduttivo, partendo da una lettura solo interna al Testo unico, individuandone la chiave interpretativa nella temporaneità dell'autorizzazione; da questo si trasse la conclusione che i “gravi motivi” indicati dalla norma non potessero essere evocati per tutelare esigenze o evitare pregiudizi di lunga durata, come la scissione del nucleo familiare perché uno dei genitori doveva essere espulso, o lo sradicamento del minore che da tempo si trovasse in Italia per seguire i genitori espulsi verso il paese di provenienza.

Tale interpretazione restrittiva ricevette, inizialmente, l'avallo di una serie di pronunce della Corte di Cassazione, secondo la quale «la espressa statuizione nel senso che l'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza del familiare ... debba essere dettata ‘per un periodo di tempo determinato’ induce ad escludere che essa possa corrispondere a generiche esigenze con carattere di normalità e stabilità (quali quelle di scolarizzazione del minore fino al completamento della istruzione obbligatoria) ma

---

possa essere concessa solo in presenza di condizioni di emergenza, ovvero di circostanze contingenti ed eccezionali».

Quanto al diritto del minore di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia, esso –secondo la citata giurisprudenza- rimarrebbe tutelato dal solo istituto del ricongiungimento, azionabile nell'ipotesi di regolare presenza in Italia del genitore o del minore, e in caso contrario dal «diritto di seguire il genitore espulso nel luogo di destinazione ex art. 19.2 T.U.».

Questa giurisprudenza sottolineava che, diversamente interpretato, l'art. 31.3 consentisse l'elusione della disciplina sull'immigrazione, legittimando ingressi o soggiorni illeciti.

La diversa lettura della norma, fatta propria da una sempre più crescente giurisprudenza di merito, era effettuata invece alla luce del più complesso status giuridico del minore disegnato dal T.U. e dalle norme minorili: in questa ottica, parametro imprescindibile di valutazione e chiave interpretativa è il superiore interesse del fanciullo.

I criteri guida per la interpretazione degli istituti e delle norme finalizzate alla protezione dei minori anche in tema di immigrazione, sosteneva e sostiene questo orientamento, devono essere «quelli dettati dalla Costituzione e dalle fonti di diritto internazionale», in particolare la Convenzione di New York del 20.11.1989 richiamata dall'art. 28 del T.U.

Conseguentemente, si riteneva rientrare nello spirito e nella lettera dell'art. 31 il potere di autorizzare l'ingresso o la permanenza dei familiari nel nostro paese, in deroga alle altre disposizioni del T.U., non solo in casi eccezionali ma anche per prestare le cure genitoriali indispensabili ai figli; o nel caso in cui il minore sia affetto da malattia non adeguatamente curabile nel suo paese di origine; o per non interrompere un anno scolastico o un ciclo di studio; o per evitare il grave pregiudizio psicologico che rinverrebbe al minore in caso di sradicamento dal nostro paese.

La prima pronuncia con la quale anche la giurisprudenza di legittimità ha superato l'orientamento restrittivo, riconoscendo i “gravi motivi connessi con lo sviluppo

---

psicofisico” del minore nei danni derivanti dall'allontanamento del genitore irregolare, è stata la sentenza n. 22080/2009.

Tale sentenza della I° sez. della Corte di Cassazione recepisce integralmente le motivazioni delle sentenze di merito che avevano espresso l'orientamento favorevole, con un ampio richiamo ai principi costituzionali e alle norme internazionali. Si ribadiva così che l'art. 31 non tratta di situazioni eccezionali o eccezionalissime, necessariamente collegate alla salute del minore (malattie, disabilità, ecc.), ma più semplicemente di "gravi motivi", connessi con lo sviluppo psicofisico (che per il minore è evidentemente un dato puramente fisiologico), che vanno valutati, tenendo conto delle condizioni di salute (anche in tal caso non viene necessariamente in considerazione una dimensione di eccezionalità) e - profilo particolarmente significativo - dell'età del minore”. “Eccezionale” può dirsi la norma, prosegue la sentenza citata, “perché costituisce deroga alle altre disposizioni del D.Lgs. 286/98 sulla presenza dello straniero sul territorio nazionale, da individuarsi in una incisiva protezione del diritto del minore alla famiglia e a mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori.”

Molto maggiore clamore ha avuto invece la successiva pronuncia della Corte con sentenza n. 5856/2010 (seguita dalla n. 5857, con motivazione identica) che escludeva che il diritto dei bambini figli di irregolari a ultimare gli studi nel territorio dove vivono e dove li hanno iniziati rientri tra le situazioni particolari in grado di bloccare un provvedimento di espulsione.

Questa sentenza si iscrive, ed esplicitamente si ispira, all'orientamento restrittivo sopra ricordato e che appariva superato, ove si ritiene che tutto ciò che conta nell'interpretazione dell'art. 31.3 è dentro il suo testo e va rapportato direttamente “al più generale interesse della tutela delle frontiere”.

Tuttavia, in contrasto con questo ennesimo dietro-front della Corte, la giurisprudenza di merito più attenta continua giustamente a ritenere che il modo corretto per affrontare un fenomeno complesso (come lo è il sistema legislativo dell'immigrazione) è invece costituito da un approccio interdisciplinare e globale: quindi con una visione più ampia che comprenda la condizione dello straniero, la tutela delle frontiere, la

---

condizione del minore, i diritti fondamentali della persona, l'ordine pubblico, componenti, queste, da analizzare non con metodologia analitica ma nel loro insieme, in bilanciamento fra loro e tenendo conto della gerarchia dei principi secondo la Costituzione.

In questo quadro si esalta la specificità della giurisdizione minorile e si compone anche l'apparente significato eversivo di una norma che permette la deroga rispetto alle altre disposizioni del T.U.

Si è giustamente perciò rifiutato di etichettare come "rigorosa" la giurisprudenza riduttivista: "anche esaltando il proprio rigore, quella giurisprudenza comunque lascia del tutto irrisolta la questione vera: quali siano, cioè, i criteri di diritto che debbano soccorrere i giudici nella definizione dei "gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico" del minore adottata dal comma terzo dell'art. 31." E, quindi, si puntualizza, "quello che muta nella giurisprudenza in commento non è un'accezione più o meno rigorosa della disposizione, ma la scelta del soggetto cui è destinata": che, in questa interpretazione, sarebbe lo Stato e la sua attività regolatrice dei flussi migratori, mentre, per molti altri, dovrebbe invece essere l'individuo in evoluzione, la sua personalità ed il suo sviluppo.

Infatti, nel momento in cui il soggetto cui si crede di dover rispondere diventa lo Stato e non il minore, e nella misura in cui le esigenze avvertite non sono giuridiche ma "suggerite" da condizionamenti sociali, anche le risposte rischiano di essere non giuridiche bensì condizionate da preoccupazioni sociali.

Tuttavia, escluso ogni condizionamento, e ragionando solo per codici, non può mettersi in dubbio che il bilanciamento dell'interesse del fanciullo con l'interesse alla tutela delle frontiere non è previsto da alcuna norma di legge, né alcuno attribuisce al Tribunale per i Minorenni il compito di valutare questa esigenza.<sup>1</sup>

Il contrasto fra le ultime sentenze della Cassazione è così trasparente nelle sue motivazioni da rendere inevitabile il confronto e la valutazione critica.

---

<sup>1</sup> Si dovrebbe poi aggiungere con chiarezza che l'argomento della lesione all'interesse alla tutela delle frontiere, oltre ad essere *extratestuale* perché non richiamato dalla norma, è *infondato in fatto*. Infatti la decisione del Tribunale per i minorenni è sempre per il caso singolo, mai per categorie di stranieri; e chi ne usufruisce nella grande maggioranza dei casi lo fa per potersi poi regolarizzare.

---

Per procedere correttamente occorre prima inquadrare l'art. 31.3 nel contesto delle norme del T.U., così da verificare se sia coerente al sistema l'interpretazione estensiva o quella riduttiva, e se quest'ultima sia compatibile con i principi del diritto minorile e le pronunce della Corte Costituzionale.

Uno dei tre pilastri dell'interpretazione riduttiva, assieme alla preoccupazione sull'elusione del controllo delle frontiere e alla affermata alternativa della tutela del diritto all'unità familiare attraverso il ricongiungimento (che come si vedrà è invece solo apparente) è la lettura tutta interna dell'articolo in esame, che porta ad esaltare la temporaneità dell'autorizzazione come chiave interpretativa.

È invece la norma stessa, per il suo contenuto, la sua collocazione e i suoi rinvii, che richiama un contesto interpretativo ampio, che attinge a norme costituzionali, convenzioni internazionali e principi del diritto minorile. Un contesto interpretativo che l'orientamento riduttivista ignora e sembra disconoscere, ed è invece il “punto di forza” della sentenza Sez. I, 16 ottobre 2009 n.22080. Tale sentenza si rifà all'elaborazione culturale, “per tanti aspetti fondativa della giurisprudenza minorile”, avvenuta negli anni '70 in tema di diritti dei minori, evidenziando un vero e proprio “catalogo dei diritti” dei minori richiamato dagli art. 30, 31, 34 e 37 della Costituzione “letti alla luce degli art. 2 e 3, menzionati per ricordare che “il riferimento alla personalità e al suo sviluppo” se vale per tutti i cittadini, o meglio per tutti gli individui, ancora di più acquista senso se riferita “al fanciullo, per il quale lo sviluppo della personalità costituisce un dato fisiologico”.

L'interpretazione estensiva non richiama solo la Costituzione, ma necessariamente anche la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo. Necessariamente perché l'art. 31 è posto all'interno del titolo IV del T.U.: “Diritto all'unità familiare e tutela dei minori”, che a sua volta si apre con l'art. 28, il cui comma 3 afferma: «In tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo, conformemente a quanto previsto dall'articolo 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176».

---

E la Convenzione - rivolgendosi non al legislatore, ma all'interprete e, quindi, a noi magistrati- indica all'art. 10 lo spirito con cui si deve interpretare questa normativa: "ogni domanda presentata da un fanciullo o dai suoi genitori in vista di entrare in uno Stato parte o di lasciarlo ai fini di un ricongiungimento familiare sarà considerata con uno spirito positivo, con umanità e diligenza".

Ora, la sentenza n. 5856 si pone in netto contrasto con la Convenzione, in relazione ai concetti di benessere e di interesse. Sotto il primo profilo, in quanto interpreta il presupposto dell'autorizzazione ex art. 31.3 (cioè i "gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico" del minore) ritenendo prevalente l'esigenza di tutela "solo se, apprezzata in relazione all'età ed alle condizioni del minore, assuma carattere di emergenza, non necessariamente correlata a condizioni di salute, e sia altresì contingente ed eccezionale, dunque non abbia tendenziale stabilità."

Questa conclusione, laddove riduce lo "sviluppo psicofisico" indicato nella norma a mero fattore organico sembra ignorare che la Convenzione (art. 27) afferma il «diritto di ogni fanciullo ad un livello di vita sufficiente per garantire il suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale o sociale»: quindi lo sviluppo psicofisico, contrariamente a quanto afferma l'orientamento riduttivo, corrisponde alla nozione costituzionale ed Internazionale di "benessere globale" del minore.

E proprio l'art. 3 della Convenzione (quello espressamente richiamato dall'art. 28 T.U.) prosegue al secondo comma affermando che «Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere...»: pertanto gli Stati non hanno solo il compito di proteggere il minore ma hanno anche il compito positivo di approntare le cure necessarie al suo benessere.

Anche il concetto di "interesse del minore" evidenzia un contrasto. La Convenzione dell'Onu individua una serie di diritti individuali di cui il minore è portatore, fra i quali per primo «il diritto alla vita, inteso non solo come diritto alla vita fisica, ma anche come diritto a uno sviluppo globale di personalità»: l'interesse è dunque allo sviluppo psicofisico. Ed è questo "interesse del fanciullo" che va tenuto presente, ai sensi dell'art. 9, allorché si tratti di separarlo dai suoi genitori contro la loro volontà.

Le nozioni di interesse e di benessere del minore accolte nel T.U. 286/1998 sono

dunque quelle, consolidate e ampie, della Convenzione di New York dalla quale va tratta la nozione di sviluppo psicofisico richiamato dall'articolo 31, co.3, rispetto alla quale i parametri di età e di salute che la norma elenca non possono che essere esemplificativi ed aggiuntivi.

Quindi, secondo gli stessi principi ispiratori del titolo IV del T.U. d.lgs. n. 286/1998, l'interesse superiore del fanciullo funge, quando si tratti di diritto all'unità familiare e di tutela dei minori, da criterio valutativo «funzionale alla verifica se il diritto debba o no essere esercitato». In sostanza il giudice, che si trova a decidere se i diritti riconosciuti dalle norme di quel titolo potranno essere azionati, dovrà innanzitutto valutare se tale esercizio sia nell'interesse del minore, e cioè se il loro mancato esercizio determini una lesione "grave" dello sviluppo psicofisico del minore, che è (e altro non può essere che) lo sviluppo globale "fisico, mentale, spirituale, morale o sociale" richiamato dalla Convenzione di New York.

Deve ricordarsi che, dopo la legge di ratifica, la Convenzione di New York è diventata immediatamente operativa nel nostro ordinamento, non solo come norma positiva ma anche come criterio interpretativo della normativa vigente e la stessa Corte Costituzionale più volte l'ha utilizzata come fonte per enucleare principi viventi nel nostro ordinamento.

Quanto, poi, alle norme sul ricongiungimento familiare, la sentenza n. 5856 afferma in sintesi, che il diritto all'unità familiare del minore si realizza o attraverso il regolare ingresso per ricongiungimento del familiare, o attraverso l'espulsione anche del minore col genitore irregolare.

Per quanto riguarda la realizzazione dell'unità familiare in Italia, l'affermazione è inappropriata al contesto laddove ritiene che il relativo diritto sia garantito solo con il ricongiungimento: questo istituto presuppone infatti che uno dei genitori sia in Italia e uno all'estero, mentre uno dei casi più comuni – se non il più comune - di applicazione dell'autorizzazione ex 31.3 riguarda fattispecie nelle quali il minore convive con entrambi i genitori in Italia, uno solo dei quali è irregolare e l'altro avrebbe i requisiti per ricongiungerlo. Nell'ipotesi di allontanamento del coniuge irregolare per attendere l'esito favorevole della procedura di ricongiungimento, per un tempo che l'esperienza

---

insegna calcolabile in anni e non in mesi, è evidente il grave danno psicofisico (irreversibile quanto può esserlo, specie in tenera età, la perdita del genitore per un periodo così lungo) derivante al minore.

Al contrario, grazie al rilascio dell'autorizzazione e del permesso di soggiorno temporaneo, il genitore autorizzato potrà poi accedere al permesso di soggiorno per motivi di famiglia in base a norme ordinarie.

L'ottenimento del permesso di soggiorno ex art. 31.3 non è un fine, ma un mezzo: l'obiettivo è quello di ottenere permessi di soggiorno più stabili e che offrano maggiori garanzie, data la temporaneità e non convertibilità del tipo di permesso di soggiorno concesso ex art. 31.3.

Dunque: il permesso ex art. 31.3 non consente l'aggiramento della normativa sugli ingressi, ma realizza una deroga alla disciplina sull'immigrazione, quale strumento per arrivare successivamente all'applicazione della disciplina ordinaria in materia di ricongiungimento e coesione familiare.

Tutto questo nell'interesse del minore, della famiglia e nel solco di una tendenza del legislatore nazionale (ma anche di quello europeo) "a salvaguardare l'unità familiare come diritto fondamentale della persona, nonché di valorizzare sempre più le corresponsabilità genitoriali nell'accudimento, educazione ed istruzione dei figli".

Per quanto riguarda invece la pretesa "realizzazione dell'unità familiare" attraverso l'espulsione (l'affermazione, contenuta nella sentenza n. 5856, è che il diritto all'unità familiare del minore "ai sensi dell'art. 19, secondo comma, d.lgs. cit., si estrinseca nel diritto di seguire il genitore espulso nel luogo di destinazione..."), si deve puntualizzare che - al contrario di quanto affermato - nella maggior parte dei casi seguire il genitore espulso significa rompere l'unità familiare, dato che l'altro genitore regolare rimane in Italia.

Ma l'affermazione è discutibile anche se i genitori siano entrambi irregolari.

Infatti nel sistema del T.U. il minore viene protetto non solo come membro della famiglia, ma anche come portatore di un suo proprio interesse distinto da quello dei genitori; è questa una delle più significative posizioni della legge, che si traduce nel diritto (e non nel dovere) del minore di seguire i genitori espulsi.

Il Tribunale per i minorenni, organo cui spetta decidere sull'espulsione, è quello che valuta se ciò sia nell'interesse del minore e può ritenere diversamente; a quel punto, la legge – con perfetta coerenza - attribuisce allo stesso organo il potere di valutare se vi siano gravi motivi per consentire anche ad uno o entrambi i familiari di rimanere.

Il contrasto fra la giurisprudenza riduttiva e il contesto normativo si fa ancor più stridente laddove si ritiene che l'interpretazione della norma debba essere “necessariamente restrittiva in ragione della natura eccezionale del dettato normativo che prevede l'autorizzazione in discorso ‘anche in deroga alle altre disposizioni’ della legge” (così testualmente la sentenza n. 5856). Il ragionamento evidenzia un inspiegabile slittamento nell'applicazione del carattere di eccezionalità dalla natura della norma, all'oggetto della sua tutela, che invece è ampio perché riguarda diritti fondamentali.

Come già osservato da Cass. n. 823 del 29.1.2010 la norma è “eccezionale perché costituisce deroga alle altre disposizioni del D. Lgs. n. 286/98”, e non perché “la protezione del diritto del minore alla famiglia e a mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori” debba avvenire solo in casi eccezionali, dato che presupposto della tutela è “semplicemente (l'esistenza di) gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico”.

Peraltro, nel complesso normativo del T.U., la norma non sembra neppure avere carattere “eccezionale” in senso tecnico, quanto piuttosto ispirarsi come altre al medesimo principio del superiore interesse del minore all'unità familiare ex articolo 28 comma 3.

Al superiore interesse del fanciullo risultano ispirati, oltre che il generale divieto di espulsione del minore (art. 19.2), la possibilità di rilascio di visto d'ingresso al genitore naturale non convivente con il minore (art. 29.5); la possibilità di ritenere prevalente il diritto all'unità familiare rispetto alla situazione di irregolarità dello straniero non pericoloso (art. 13 comma 2 bis); la normativa in materia di minori non accompagnati.

Vi è di più: la giurisprudenza riduttiva non tiene conto delle pronunce della Corte Costituzionale; la sentenza n. 5856 procede al bilanciamento fra le esigenze rappresentate dal legislatore, e pur prendendo atto della disposizione dell'art. 28 dello

stesso T.U. D. Lgs. n. 286/1998 in tema di diritto all'unità familiare, che attribuisce efficacia preminente all'interesse superiore del fanciullo, ritiene che “le esigenze di legalità sottese all'espulsione non sono recessive rispetto al suddetto interesse” e conclude che la legge “subordina la necessità di garantire al minore che il suo ordinario processo educativo, formativo o scolastico si realizzi con l'assistenza del genitore che merita invece di essere allontanato dal territorio italiano al più generale interesse della tutela delle frontiere, che si esprime nelle esigenze di ordine pubblico che convalidano il decreto d'espulsione.”

Ma se lo sviluppo psicofisico del minore corrisponde al suo benessere e se l'accertamento del grave danno al medesimo è questione di fatto e di prova, l'ulteriore passo sul bilanciamento non solo non è condivisibile, ma ignora che tale bilanciamento è già stato fatto dalla Corte Costituzionale, che più volte ha affrontato aspetti del fenomeno migratorio caratterizzate da posizioni di irregolarità amministrativa connesse con diritti fondamentali della persona e - specificamente - con la protezione e la cura del benessere del minore affermando la prevalenza dei diritti fondamentali e dell'interesse del minore.

Con riferimento all'espulsione dello straniero clandestino e irregolare che necessita di cure, la Corte Costituzionale non solo ha affermato la prevalenza del diritto alla vita e alla salute, ma ha ricordato che lo Stato è impegnato a garantire ex art. 35 T.U. d.lgs. n. 286/1998 le cure essenziali per ogni persona e “in particolare” fra l'altro «la tutela della salute del minore in esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo» dell'ONU, per cui non vi può essere allontanamento dal territorio dello Stato che arrechi «irreparabile pregiudizio a tale diritto»<sup>2</sup>. Ma in modo esplicito la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della norma che permetteva l'espulsione del marito irregolare convivente della donna in stato di gravidanza, proprio richiamando la Convenzione di New York per affermare l'esistenza di «principi di protezione dell'unità familiare, con specifico riguardo alla posizione assunta nel nucleo dai figli minori in relazione alla comune responsabilità educativa di entrambi i genitori»<sup>3</sup>.

Tanto premesso, si può tranquillamente concludere affermando che le disposizioni in

<sup>2</sup> Corte Costituzionale 17.7.2001 n. 252, in *Diritto di famiglia*, 4/2001, pp. 1395.

<sup>3</sup> Corte Costituzionale 12.7.2000 n. 376, in questa *Rivista* n. 3.2000, pp. 86.

materia minorile contenute nella legislazione sulla immigrazione consentono ai giudici una larga discrezionalità nel derogare alle norme dettate per la condizione ordinaria dello straniero. Non si tratta di una situazione anomala: la sensibilità verso la singola situazione è l'abito mentale del giudice minorile, e la necessità di trovare la migliore soluzione al caso concreto è la giustificazione della sua discrezionalità. Per questo nel diritto minorile sono diffuse clausole generali dal contenuto non perimetrato, indispensabili per consentire l'elasticità dell'intervento giudiziario: "il grave pregiudizio" che legittima l'intervento ex art. 330 c.c., "l'abbandono morale e materiale" presupposto dell'adozione.

Sotto questo profilo, la clausola dei "gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico" dell'art. 31.3 non è affatto anomala e non vi è alcuna necessità di ridurne la portata.

Recentemente, la Corte di Cassazione, deliberando a Sezioni Unite (Sentenza nr. 21799 del 25/10/2010) ha definitivamente rotto i ponti con la c.d. interpretazione restrittiva, sancendo, tra le altre cose:

1. che : "il 3° comma dell'art. 31 deve intendersi rivolto ad operare un bilanciamento con la disciplina dell'immigrazione con la tutela nel grado più elevato possibile dell'interesse del minore";
2. che i gravi motivi di cui all'art. 31 non possono essere assolutamente limitati a patologie mediche o ad evenienze terapeutiche ; al contrario i gravi motivi possono ben essere integrati dalla preoccupazione di evitare qualsiasi danno effettivo anche della sfera psichica, come l'allontanamento di uno dei due genitori ovvero lo sradicamento del minore stesso dall'ambiente in cui è cresciuto.

**Nicola Ciccarelli**

Sostituto Procuratore presso la Procura minori di Napoli

**Dott.ssa Valeria Rosetti**

**Richiesta di archiviazione per il reato di immigrazione clandestina.**

Mi permetto di segnalare che proprio la giusta politica di accoglienza e sostegno dei minori non accompagnati rinvenuti nello stato italiano fa sì che non vi sia in Italia, ed in Campania in particolare, alcuna emergenza legata alla criminalità minorile straniera. Basta visitare un qualunque I.P.M. per rendersi conto che non vi sono detenuti stranieri in percentuale corrispondente a quella che occupa purtroppo gli istituti penitenziari destinati ai maggiorenni.

Invero accogliere il minore straniero, offrirgli sostegno, accompagnarlo in un serio percorso di alfabetizzazione e di apprendistato lavorativo significa, soprattutto a Napoli, offrire ai minori stranieri una seria opportunità, che sta a loro cogliere, e non renderli facile preda delle organizzazioni criminali.

L'accoglienza del minore straniero non accompagnato (al quale viene nominato dal Giudice Tutelare un tutore che lo rappresenti) è non solo segno di civiltà, ma è anche un proficuo investimento in quanto si incentiva un percorso di reale integrazione sociale del minore.

Vi è tuttavia ancora molto da fare in considerazione del fatto che le risorse destinate soprattutto alla prima accoglienza dei minori sono inferiori alle reali esigenze e non sempre si riesce a garantire standard e servizi adeguati; verosimilmente proprio ciò determina che una discreta percentuale di minori stranieri si allontanano dalle strutture di prima accoglienza, allontanamenti molto più rari invece nella successiva fase in cui meglio si riesce ad offrire una reale tutela al minore.

E' pertanto necessario un maggiore e più efficace coordinamento tra tutti i soggetti istituzionali che a vario titolo sono coinvolti nell'accoglienza dei minori stranieri (Ministero dell'Interno, Regioni, Comuni, Giudici Tutelari, e A.G. minorile).

Infine si auspica, de iure condendo, una previsione normativa più ampia in ordine alla concessione di permessi di soggiorno al compimento della maggiore età degli stranieri

per i quali è in corso un reale percorso di integrazione sociale cominciato durante la minore età.

PROCURA DELLA REPUBBLICA PER I MINORENNI NAPOLI

Al Giudice per le indagini Preliminari

SEDE

Oggetto: Richiesta di archiviazione del procedimento nr \_\_\_\_\_

Trasmetto gli atti a carico di \_\_\_ indagato per il reato p. e p. dall' art. 10 bis del Dlgs nr. 286 del 25/07/98 come introdotto dall'art. 1, comma 16 lettera A, della legge nr. 94 del 2009 accertato in

**con richiesta di archiviazione**

Si premette che

- in ordine alla fattispecie per la quale è procedimento si osserva che la condotta configurata dal legislatore - di ingresso o trattenimento nel territorio dello Stato Italiano in violazione delle disposizioni del medesimo Dlgs nr. 286 del 1998 e dell'art. 1 della legge nr. 68 del 28/05/07 afferente la disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio - ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico il reato di immigrazione clandestina (in passato invece era sanzionato penalmente solo il trattenimento ovvero il reingresso nel territorio dello Stato dello straniero già raggiunto da un provvedimento di espulsione o già espulso).
- Il legislatore con l'art. 1, comma 16 lettera A, della legge nr. 94 del 2009 ha introdotto inconfutabilmente un reato proprio configurabile solo a carico di straniero extracomunitario (ex comma II° comma dell'art. 1 della novella ).
- Si osserva inoltre che, mentre l'ingresso dello straniero è un reato istantaneo, il trattenimento illecito nel territorio dello Stato configura un reato permanente. Ciò comporta che il trattenimento illegale si configura, pertanto, non solo come inevitabile conseguenza dell'ingresso illegale, ma, altresì in tutti quei casi in cui lo straniero non abbia abbandonato il territorio italiano nei termini imposti dalla legislazione vigente, ad esempio, dopo la scadenza del visto di ingresso o dopo la scadenza del permesso di soggiorno. Infatti, contrariamente a quanto previsto per il delitto indicato nell'art. 14, comma 5-ter, del Dlgs 286/1998, per la sussistenza del reato di immigrazione clandestina non è nemmeno necessario che la sopravvenuta clandestinità dello straniero sia stata "certificata" dall' Autorità, attraverso l'ordine di lasciare il territorio dello Stato impartito dal Questore, sicchè è lo stesso straniero che essendo –o dovendo essere- consapevole della situazione di illegalità in cui si è venuto a trovare, deve provvedere ad allontanarsi immediatamente dal paese. Sempre a differenza del delitto indicato nell'art. 14, comma 5-ter, del Dlgs 286/1998 –che prevede l'esimente del giustificato motivo- per il nuovo reato di immigrazione clandestina non è prevista alcuna esimente; per tali motivi in tutti i casi in cui lo straniero clandestino vada esente dalle pene previste dal citato art. 14, comma 5-ter essendo stato accertato un giustificato motivo alla sua condotta, comunque, al medesimo straniero dovrebbero essere inflitte le pene previste dal reato di cui all' art. 10

bis del Dlgs nr. 286 del 25/07/98 come introdotto dall'art. 1, comma 16 lettera A, della legge nr. 94 del 2009 benchè sia stata accertata in sentenza la sussistenza del giustificato motivo. Il reato di immigrazione clandestina è inoltre reato di natura contravvenzionale che dunque può essere contestato anche a titolo di colpa risultando, pertanto, irrilevante l'errore dell'autore della violazione in ordine all'eventuale possesso dei requisiti che lo legittimano a soggiornare sul territorio italiano.

- Tanto premesso in ordine agli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 1, comma 16 lettera A, della legge nr. 94 del 2009, si ritiene tuttavia che il minore non possa rispondere del presente reato in quanto, in base alla legge italiana, non può essere destinatario unico di un provvedimento di espulsione avendo altresì diritto ad un permesso di soggiorno sia pur temporaneo ai sensi dell'art. 28 del DPR 31/08/99 nr. 394.
- Invero è evidente che nelle intenzioni del legislatore vi era la configurabilità della fattispecie penale solo a carico di soggetti maggiorenni; in questo senso depone anche la previsione del II° comma dell'art. 10 bis che prevede una eccezione per il caso in cui si proceda al respingimento ai valichi di frontiera del clandestino. In tale ipotesi, infatti per volontà espressa del legislatore, la fattispecie di reato in oggetto non si perfeziona, seppure lo straniero abbia formalmente ed effettivamente fatto ingresso illegale nel territorio dello Stato; diversamente ritenendo sarebbe pertanto paradossalmente prevista solo a carico di soggetto maggiorenne una ipotesi di non configurabilità della fattispecie penale e non già a carico del minore che non può essere mai respinto. Non si comprende inoltre quale elemento di dolo ovvero di colpa può rintracciarsi nella condotta di minori abbandonati in territorio straniero dai quali è difficilmente esigibile una diversa condotta tale da non incorrere nella contravvenzione in oggetto; invero i minori sono, nella quasi totalità dei casi, privi di mezzi economici per cui mai potrebbero, anche volendo, acquistare i biglietti di trasporto ferroviario o aereo per far ritorno nel proprio paese. Inoltre si osserva che al Giudice spetta interpretare la norma interna anche alla luce delle disposizioni internazionali e la convenzione di New York del 1989 (ratificata ex L 176/91 che sancisce il diritto di ogni minore a ricevere protezione ed aiuto dallo stato in cui si trova) appare in aperto contrasto con la criminalizzazione della condotta di illecita immigrazione clandestina dei minori.

Per le ragioni su esposte questo PM, letti gli art 408 e ss cpp

CHIEDE

l'archiviazione del procedimento nei confronti di \_\_\_\_

Manda alla segreteria per quanto di sua competenza.

Napoli,

**Valeria Rosetti**

Sostituto Procuratore presso la Procura minori di Napoli

**Prof. Avv. Mariano Menna**

**TRIBUNALE PER I MINORENNI DI NAPOLI**

**UFFICIO G.I.P.**

**ILL.MA DOTT.SSA DRAETTA**

OGGETTO:PROC. N.R.G.N.R. 461/10 A CARICO DI ██████████ FEDERICO + ALTRI

**MEMORIA**

**PER** ██████████

I difensori di ██████████, prof. avv. Mariano Menna, con studio in Napoli C. Umberto I 311 – 80138 e avv. Alfonso Pagliano, con studio in Napoli C. Umberto I 34 – 80138, sottopongono a questa autorità giurisdizionale le seguenti considerazioni al fine di ottenere a favore del proprio assistito un proscioglimento pieno perché il fatto non costituisce reato ed un rigetto della richiesta della misura di sicurezza del riformatorio giudiziario.

Preliminarmente, si propone di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 26 D.P.R.448/1988 nella parte in cui prevede che la declaratoria immediata di non imputabilità del minore possa essere emanata in ogni stato e grado del procedimento e, quindi, anche nella fase delle indagini preliminari.

A questo proposito, la disciplina, in contrasto con gli artt.3, 112 e 27 comma 2 Cost., appare irragionevole rispetto a quanto previsto nell'art.129 c.p.p. cui la previsione considerata è legata da un rapporto di specialità.

Più specificamente, l'immediata declaratoria di non punibilità può trovare applicazione solo nel processo e, quindi, dopo l'esercizio dell'azione penale per salvaguardare l'obbligatorietà dell'azione penale che comporta il necessario completamento delle indagini (nell'ottica di quanto stabilito già dalla sent. cost.88/1991). La completezza delle attività investigative serve per superare la presunzione di non colpevolezza di cui all'art.27 comma 2 Cost. anche al fine di esercitare l'azione penale e dimostra che rispetto ad un addebito naturalmente fluido e mutevole nel corso della fase investigativa qualsiasi determinazione possa essere adottata con cognizione di causa solo al termine del percorso di indagini. Perciò, non sono previste

---

delibere sulla regiudicanda diverse da quelle cautelari prima della chiusura delle indagini ed è prescritta l'archiviazione come naturale ed unico epilogo liberatorio solo a completamento avvenuto delle investigazioni.

In quest'ottica, l'art. 129 c.p.p. correttamente può trovare applicazione solo nel processo in quanto, fermo rimanendo il postulato del necessario completamento delle indagini, se non si sia deciso di archiviare al termine della fase investigativa, solo dopo l'esercizio dell'azione penale e, quindi, nel processo si pone la possibilità di emanare una decisione liberatoria che anticipi – per giunta in maniera eventualmente ufficiosa - la chiusura del processo come quella ex art.129 c.p.p.

In maniera plastica si può affermare che siccome il fatto può facilmente mutare nel corso delle indagini sarebbe prematuro pronunciare una qualunque causa di non punibilità nel mezzo delle indagini espropriando il pubblico ministero della prerogativa e dell'obbligo di ricostruire compiutamente, in ossequio agli artt.112 e 27 comma 2 Cost., l'episodio addebitato prima di una qualunque determinazione sulla regiudicanda che possa definire il procedimento, anche se in maniera provvisoria.

A fronte di questo postulato sistematico, è irragionevole in rapporto all'art.3 Cost. – a fronte di quanto prevede l'art. 129 c.p.p. - la possibilità di applicazione dell'art.26 D.P.R. 448/1988 nel bel mezzo delle indagini prima della chiusura delle stesse e, nel caso di specie, quindi, tra l'altro, prima di un approfondito esame della personalità dell'indagato.

Se, poi, nella fattispecie in questione, si volesse ritenere chiuso e completato il percorso investigativo in quanto la pronuncia di cui all'art. 26 D.P.R. 448/1988 non si palesasse nel caso di specie come ufficiosa perché richiesta dal pubblico ministero dopo una serie di investigazioni, si profila comunque l'ulteriore possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale della citata norma sull'immediata declaratoria di non imputabilità, per contrasto con gli artt.3, 24 comma 2 e 111 comma 3 Cost. a fronte di quanto previsto nell'art.425 comma 4 c.p.p.

Nello specifico, si ricordi che con sentenza costituzionale 41/1993 fu dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art.425 c.p.p.per la possibilità che la norma comportava di emanare un non luogo a procedere per difetto di imputabilità e contestualmente di applicare una misura di sicurezza con compressione irragionevole del diritto di difesa, non bilanciata da contrapposte esigenze di economia processuale. In funzione della situazione, secondo la Corte costituzionale la persona non imputabile veniva ad essere, per ciò solo, privata del

---

dibattimento e della conseguente possibilità di esercitare a pieno il diritto alla prova sul merito della regiudicanda.

Per questa ragione, anche a seguito della riforma dell'udienza preliminare e dell'arricchimento delle attività istruttorie nel corso della medesima, il legislatore ha escluso la possibilità di emanare una pronuncia di non imputabilità che possa comportare l'applicazione di misure di sicurezza all'esito dell'udienza preliminare ai sensi dell'art. 425 comma 4 c.p.p. conseguente alla L.479/99.

Ora, è evidente che nel caso di specie si profila una parallela inammissibile possibilità di dichiarare la non imputabilità di un minore e di applicare contestualmente allo stesso una misura di sicurezza senza consentire al minore di scongiurare questa eventualità attraverso l'esercizio in dibattimento del diritto di difesa ex art.24 comma 2 Cost. e del diritto al contraddittorio ex art.111 comma 3 Cost. che potrebbero far lucrare all'accusato il proscioglimento con formula piena evitando la misura di sicurezza.

Per queste ragioni, si chiede non di entrare nel merito, bensì di sollevare la questione di legittimità costituzionale per contrasto dell'art. 26 D.P.R. 448/1988 con gli artt.3, 24 comma 2 e 111 comma 3 Cost. nella parte in cui rendono possibile anche nel corso delle indagini preliminari di dichiarare la non imputabilità del minore e di applicargli una misura di sicurezza senza le garanzie del dibattimento.

Né si dica che l'art.26 D.P.R.448/1988 è norma speciale rispetto all'art.129 c.p.p. e per questo non sarebbe necessario – come nel caso dell'art.129 c.p.p. - esperire tutto il dibattimento prima di prosciogliere con la formula in questione.

In proposito, si consideri che la presa di posizione prima della Corte costituzionale e POI del legislatore con la L.479/99, in riferimento all'art.425 comma 4 c.p.p., non riguarda solo la situazione del proscioglimento, bensì anche quella della contestuale applicabilità di una misura di sicurezza che ha una portata afflittiva come la pena. Per questa ragione, si reputa necessario il dibattimento prima di emanare un proscioglimento che implichi anche la possibilità di applicare una misura di sicurezza.

Se, poi, il giudice volesse non sollevare preliminarmente le segnalate questioni di legittimità costituzionale ed entrare, invece, nel merito, si sottopongono al medesimo le seguenti considerazioni.

Quanto alla responsabilità penale dell'indagato per i reati ascrittigli di violenza sessuale di gruppo, si deduce che dalle risultanze investigative emerge con chiarezza la

consensualità degli atti sessuali compiuti dalla minorenni [REDACTED] con i minori coinvolti negli episodi addebitati.

Al di là di quanto affermato dalla [REDACTED], (che può spiegarsi come una difesa della stessa dalle reazioni anche dure che sarebbero potute intervenire soprattutto da parte dei suoi genitori nell'apprendere i costumi sessuali della figlia), soprattutto dalle dichiarazioni di terzi informati sui fatti attendibili come le amiche [REDACTED] [REDACTED] ed [REDACTED], che erano le uniche con le quali la [REDACTED] aveva una rapporto confidenziale positivo e quindi non avevano motivo di mentire, emerge la vera personalità della presunta persona offesa.

A questo proposito, si riportano le dichiarazioni più significative della [REDACTED]. Questa afferma che: “In classe [REDACTED] aveva comportamenti disinibiti, ad esempio toccava e si faceva toccare anche a volte dentro il pantalone non solo da [REDACTED], ma anche dagli altri ragazzi che sono poi stati sospesi. Ciò avveniva durante le lezioni, quando magari rimaneva la classe scoperta affidata alla vigilanza dei bidelli, ma di fatto senza controllo. Proprio per questo [REDACTED] era chiamata da tutti Puttana. Dico questo perché talvolta ho assistito personalmente a questi palpeggiamenti e talvolta mi erano riferiti”.

Ancora la stessa [REDACTED] asserisce che dopo i rapporti sessuali avuti con gli amici maschi “sotto il ponticello che porta al macello” “[REDACTED] stava bene, non era turbata, era normale”.

Nella stessa ottica, [REDACTED] afferma che “In classe [REDACTED] aveva comportamenti disinibiti, ad esempio toccava [REDACTED] e si faceva toccare dentro il pantalone da lui quando ad esempio durante l'ora di tecnica erano seduti in una posizione non centrale rispetto alla cattedra vicino al termosifone. Devo dire che [REDACTED] toccava anche altri compagni di scuola [REDACTED], ma un po' tutti, da fuori il pantalone penso”.

Ulteriormente, anche [REDACTED] afferma che dopo i rapporti sessuali avuti “sotto il ponte nei pressi del macello” “[REDACTED] stava bene, non era scossa, né mi appariva turbata”.

Da tanto si evince che [REDACTED] [REDACTED] non era una vittima dei rapporti sessuali in questione, perché non mostrava segni di sofferenza in relazione agli stessi e perché con le stesse persone con le quali a suo dire sarebbe stata costretta a fare sesso è stata vista intrattenere rapporti intimi – e con atteggiamento attivo e non di persona che subisca - addirittura durante le ore di lezione e cioè in un periodo in cui senza consenso non si può avere un rapporto sessuale.

La ██████, allora, non è credibile quando dice di essere stata ricattata e sul punto non si può prestare fede nemmeno a quanto affermato dall'amica ██████ ██████ perché questa riferisce *de relato* una affermazione fattale dalla stessa ██████ e che evidentemente trova la stessa spiegazione che palesano le asserzioni fatte all'autorità giudiziaria dalla minorenni: la ██████ dice di essere stata ricattata perché teme le reazioni degli adulti e per non perdere la propria reputazione.

Contro la versione del ricatto, inoltre, all'affermazione *de relato* della ██████ – che non può essere prova sufficiente in quanto l'informazione riferita proviene dalla stessa ██████ – si contrappone in particolare l'asserzione di ██████ che alla domanda relativa alle presunte minacce fatte alla persona offesa riferisce di una confidenza fatta dalla ██████ ad una amica di nome ██████ secondo cui “█████ affermava di fare ciò perché le piaceva”.

Se si fosse ascoltata questa minore di nome ██████, la stessa avrebbe evidentemente confermato che non era il ricatto il motivo dei rapporti sessuali intrattenuti dalla presunta persona offesa.

Inoltre, tutti i ragazzi coinvolti nella vicenda per cui è causa hanno escluso la sussistenza di minacce da parte del ██████ tranne ██████ che però riferisce delle minacce in quanto di ciò le avevano parlato le amiche ██████ ██████ ed ██████. Ma si è visto che le dichiarazioni in particolare della ██████ non sono attendibili perché la loro fonte ultima è sempre la ██████.

Ulteriormente, se si visiona il video girato sui rapporti sessuali avuti la prima volta sul campo, dopo l'episodio del sottopassaggio, la ██████ non appare affatto una persona che stia subendo una violenza e, quindi, in un atteggiamento sofferente, bensì un soggetto che sta partecipando consensualmente ed in modo disinvolto ai rapporti in atto.

Quanto alla circostanza che in ipotesi il ██████ prendesse dei soldi per le prestazioni sessuali della ██████ con i suoi amici, il fatto evidentemente non è incompatibile con la consensualità dei rapporti della minorenni con tutti i ragazzi coinvolti nella vicenda per cui è causa. La circostanza è indice di un approfittamento della relazione sentimentale particolare che legava il ██████ alla ██████, ma non esclude minimamente che quest'ultima acconsentisse ad avere rapporti sessuali con gli amici dell'indagato perché le facesse piacere.

Per queste ragioni, nel merito bisogna ritenere che ai sensi dell'art.609 quater, comma 3 c.p. ██████ non è punibile in quanto minorenni che ha avuto rapporti sessuali

consensuali con altra minorenni che rispetto all'indagato non ha una differenza di età di più di tre anni.

Quanto alla misura di sicurezza richiesta del riformatorio giudiziario, si deduce che nel merito la stessa non va concessa per tre evidenti ragioni:

- 1) per le considerazioni sopra articolate non esiste responsabilità penale per i reati di violenza sessuale di gruppo per cui cade il presupposto della misura di sicurezza rappresentato dalla commissione dei reati;
- 2) ai sensi dell'art.224 comma 1 c.p., per irrogare una misura di sicurezza ad un minorenni bisogna tener conto anche delle condizioni morali della famiglia in cui il minore ha vissuto. Ebbene, la relazione dell'Assistente sociale Fara Voza è estremamente positiva circa il vissuto familiare del ██████████. Nella relazione si legge: "Si è ricevuta, inoltre, l'impressione di una forte integrità morale dei due coniugi";
- 3) è necessario una pericolosità attuale dell'indagato ed invece nella relazione dell'Assistente sociale si legge: " Concludendo, quindi, si ritiene assolutamente improbabile che ██████████ possa in futuro nuovamente porre in atto lo stesso tipo di comportamenti di cui in oggetto e, peraltro, si ritiene che, all'interno del suo stesso nucleo familiare, magari anche con l'ausilio di un sostegno tecnico per una maggiore elaborazione del suddetto vissuto, ██████████ potrà riprendere al più presto un corretto processo di crescita personale".

Inoltre, da quando si sono verificati i fatti non si sono più ripetuti episodi analoghi a quelli addebitati, ferma rimanendo la consensualità dei rapporti sessuali riferiti.

Si conclude, pertanto, in primo luogo, per la rimessione delle questioni di legittimità costituzionale segnalate alla Corte costituzionale ed, in secondo luogo, qualora si ritenesse manifestamente infondata la articolata questione, si chiede nel merito di dichiarare che il fatto non costituisce reato rigettando la richiesta della misura di sicurezza (che, tra l'altro, non si capisce, alla luce delle conclusioni della relazione dell'assistente sociale, perché non potesse essere di libertà vigilata da eseguire in famiglia invece che di riformatorio giudiziario).

Napoli 26.2.2011

**Mariano Menna**

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



TRIBUNALE PER I MINORENNI DI NAPOLI

REPUBBLICA ITALIANA
In Nome del Popolo Italiano

Il Tribunale per i Minorenni di Napoli, composto dai Signori:

- 1) Dott. M. Pierantoni Presidente
2) Dott. P. Vallario Giudice (estensore)
3) Dott. A. Ferrigno Componente Privato
4) Dott. U. Capolongo

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 DI CAMERA DI CONSIGLIO

Nella causa penale

CONTRO



- LIBERO SOTTOPOSTO ALLA LIBERTA' VIGILATA DELLE PRESCRIZIONI PRESENTE-

IMPUTATO

- b) Del reato p. e p. dall'art. 609 bis e ter/1° c. e octies C.P. perché, in concorso con [redacted] - con la minaccia di divulgare il video realizzato da [redacted] che ritraeva la minore infraquattordicenne G.T. a seno nudo, senza maglietta e reggiseno - costringevano la predetta a subire atti sessuali e segnatamente ad avere rapporti orali, vaginali e anali. In Marcianise dicembre 2009
b) Bis Del reato p. e p. dall'art. 609 bis e ter/1° c. e octies C.P. perché, con la minaccia di divulgare il video realizzato da [redacted] che ritraeva la minore infraquattordicenne G.T. a seno nudo, senza maglietta e reggiseno - costringeva la predetta a subire atti sessuali da parte sua e di [redacted] e segnatamente ad avere rapporti orali, vaginali e anali. In Marcianise il 14.12.2009

Handwritten signatures

N. 3/11 SENT. C.C.

N. 2/11 R.G. Mis. Si

N.461/10 P.M.M.

UD. del 08.06.2011

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.

- b) **Ter** Del reato p. e p. dall'art. 609 bis e ter/1° c. e octies C.P. perché, con la minaccia di divulgare il video realizzato da [redacted] che ritraeva la minore infraquattordicenne G.T. a seno nudo, senza maglietta e reggiseno nonché con la minaccia di divulgare il video sub c) che immortalava la minore G.T., infraquattordicenne mentre compiva atti sessuali - costringeva la predetta a subire atti sessuali da parte sua e di [redacted] segnatamente ad avere rapporti orali, vaginali e anali. In Marcianise in epoca imprecisata tra fine dicembre ed inizio gennaio 2010
- c) *Per il solo* [redacted]: art. 600 ter C.P.\*
- d) Del reato p. e p. dagli artt. 81, 56, 600 bis C.P. perché, in più occasioni poneva in essere atti idonei e diretti in modo non equivoco a sfruttare la prostituzione di G.T. ed a percepire 5 euro da ogni soggetto in cambio della prestazione sessuale che la predetta avrebbe effettuato, non verificandosi l'evento per ragioni indipendenti dalla sua volontà. In Marcianise da dicembre 2009 a gennaio 2010

*\*(posizioni definite con sentenza G.I.P. di minore età del 13.04.2011)*

#### **CONCLUSIONI DELLE PARTI**

**P.M.M.** Chiede la ratifica della misura di sicurezza delle prescrizioni.

**DIFENSORI** Chiedono la revoca della misura di sicurezza sia sotto il profilo della legittimità costituzionale che sulla sussistenza dei presupposti; in via gradata chiedono la modifica delle prescrizioni relativamente all'orario serale di rientro a casa.

**P.M.M.** Parere favorevole alla modifica delle prescrizioni.

*Man*

*98*

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 13.4.2011 il GIP presso questo Tribunale, in accoglimento della richiesta avanzata dal P.M.M. e ritenendo [REDACTED], minore non imputabile, responsabile dei reati di cui alla rubrica del presente provvedimento, applicava in via provvisoria la misura di sicurezza della libertà vigilata sotto forma di prescrizioni nei confronti dello stesso e disponeva trasmettersi gli atti a questo Tribunale per la ratifica del provvedimento.

All'udienza in camera di consiglio dell'8.6.2011, celebratasi alla presenza del minore, il Tribunale, sentite le richieste delle parti, decideva come da dispositivo letto in udienza.

### MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente il Tribunale ritiene manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla difesa del Puglisi per contrasto dell'art. 26 D.P.R. 448/1988 con gli artt. 3, 24 comma 2, 27 comma 2, 111 comma 3 e 112 della Costituzione nella parte in cui prevede che la declaratoria immediata di non imputabilità del minore possa essere emanata in ogni stato e grado del procedimento e, quindi, anche nella fase delle indagini preliminari con conseguente applicazione di una misura di sicurezza senza le garanzie del dibattimento. In particolare la difesa ha evidenziato la irragionevolezza della disciplina dell'art 26 rispetto a quanto previsto dall'art. 129 c.p.p.

A tal proposito osserva il Tribunale che la disciplina del processo minorile impone che l'accertamento sull'età vada fatto sin dall'inizio del procedimento poiché il P.M. può esercitare l'azione penale solo nei confronti di chi ha raggiunto i quattordici anni che è l'età minima per assumere la veste di imputato. È così fondamentale accertare la reale età del minore che l'art. 8 c.p.p.m. prevede che il giudice può a tal fine disporre perizia. Pertanto, una volta accertata la non imputabilità per essere il minore infraquattordicenne, la sentenza relativa deve essere emessa all'inizio del procedimento dal Giudice delle indagini preliminari.

Del resto l'art. 26 è norma speciale rispetto all'art. 129 c.p.p., ispirata alle esigenze di celerità e semplicità del rito minorile ed inoltre va interpretata nel senso di non escludere il poterdovere del P.M. di compiere indagini nell'interesse del minore, sicché sulla sentenza di non luogo a procedere per non imputabilità debbono prevalere le pronunzie di proscioglimento nel merito. Ciò sia per l'interesse del minore a non vedersi attribuito ingiustamente un reato e sia perché, in caso di sentenza di non luogo a procedere per non imputabilità in relazione ad un reato particolarmente grave, il minore può essere sottoposto a misura di sicurezza.

L'illegittimità costituzionale della norma non si ravvisa neanche sotto tale profilo in quanto l'accentuato carattere giurisdizionale del procedimento di applicazione definitiva delle misure di

1

sicurezza ex art. 38 e segg c.p.p.m. garantisce appieno il diritto di difesa e il diritto al contraddittorio ex art. 24 e 11 Cost.

Tanto premesso ritiene il Tribunale che il complesso delle risultanze istruttorie consente di ravvisare i presupposti per l'applicazione nei confronti di [REDACTED] della misura di sicurezza della libertà vigilata.

Alla puntuale ricostruzione dei fatti si è pervenuti innanzitutto attraverso le dichiarazioni rese dalla persona offesa. Sentita in diverse occasioni – e in particolare agli inizi di febbraio 2010 dalla Preside della Scuola Media da lei frequentata, la quale aveva informalmente appreso da alcune alunne di filmati che ritraevano in atteggiamenti sconvenienti [REDACTED], alunna della classe III F, circolanti tra gli studenti dell'istituto ( cfr. querela sporta da [REDACTED] l'11.2.2010 alla Squadra Mobile della Questura di Caserta), e per ben due volte- il 22.2.2010 e il 20.5.2010 - dal P.M. presso la Procura Minori, la ragazzina riferiva con dovizia di particolari gli incresciosi fatti di cui era rimasta vittima a partire dal novembre 2009.

Dopo aver premesso di avere avuto un rapporto di intimità con [REDACTED] compagno di scuola per il quale aveva avuto un debole fin dall'anno precedente e con cui era stata fidanzata da dicembre 2009 a gennaio 2010, [REDACTED] riferiva di un episodio accaduto nel novembre 2009 in cui, mentre dalla sua abitazione comunicava con [REDACTED] con la webcam accettava, su richiesta del ragazzino, di togliersi la maglietta e il reggiseno restando per qualche secondo spogliata dinanzi alla telecamera. Lei ignorava che a casa del fidanzatino ci fossero altri due compagni di scuola e che, per come appreso successivamente, i due ripresero la scena sui propri telefoni cellulari. Sta di fatto che da quel momento [REDACTED] la aveva costretta in diverse occasioni a subire atti sessuali, consistiti in rapporti orali, anali e vaginali, da parte sua e di altri amici dietro minaccia di divulgazione del predetto video e di un altro girato in occasione della prima violenza sessuale di gruppo da [REDACTED]

Gli incontri si erano svolti il primo verso la metà del mese di dicembre sotto ad un ponte non distante da casa di [REDACTED] a Marcianise, dove lei si era recata dopo una riunione di compagni di scuola tenutasi a casa dello stesso [REDACTED], assieme a quest'ultimo e a [REDACTED] e [REDACTED] con la convinzione che avrebbero semplicemente percorso un tratto di strada diverso da quello delle amiche [REDACTED]. Giunti sotto il ponte, invece, [REDACTED] minacciandola che in caso di suo rifiuto avrebbe raccontato ai suoi genitori e alle insegnanti che nei giorni precedenti si era spogliata dinanzi alla webcam, la costringeva a subire toccamenti nella zona anale e vaginale, previamente denudata, con l'organo genitale suo e degli amici [REDACTED] i quali rafforzavano l'effetto intimidatorio assicurandole che avrebbero dato seguito alla minaccia di [REDACTED]

2

Successivamente, per almeno tre volte, il [REDACTED] la aveva invitata a recarsi in un campo di calcio posto alle spalle della scuola elementare "D'Annunzio" di Marcianise e qui, dietro minaccia di divulgazione del video girato la prima volta in casa sua e di un altro girato da [REDACTED] in occasione del primo incontro di gruppo che la riprendeva mentre aveva rapporti sessuali con diversi ragazzi, veniva costretta ad avere rapporti orali, vaginale ed anali, talvolta anche contemporaneamente con diverse persone. A tali incontri partecipava un numero via via crescente di coetanei tra cui la minore ricordava oltre [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

La notizia di tali incontri si era diffusa a tal punto che anche altri suoi conoscenti, tra cui [REDACTED] la avevano fermata per dirle che "volevano farsela". A tal proposito una volta aveva sentito [REDACTED] chiedere agli amici 5 euro per ogni prestazione che intendevano avere con lei.

Per come riferito dalla [REDACTED] le minacce venivano profferite sempre dal [REDACTED] in una sola occasione alla presenza di [REDACTED] i quali ne percepivano appieno la valenza intimidatoria. Nelle occasioni successive [REDACTED] quando la minacciava dichiarava di parlare anche a nome degli altri del gruppo e dunque il suo timore era accresciuto dal fatto che più persone avrebbero potuto ledere la sua reputazione.

Le circostanze rivelate da [REDACTED] hanno trovato molteplici riscontri nel corso delle meticolose indagini svolte.

[REDACTED] compagne di classe di [REDACTED] hanno riferito di essere a conoscenza della "cotta" che da tempo [REDACTED] aveva per [REDACTED] e di aver sospettato che fosse accaduto qualcosa di grave quella volta in cui, dopo essere usciti da casa di [REDACTED] si era allontanata con i tre amici ([REDACTED]), piuttosto che con loro, verso il ponte sotto il macello di Marcianise. [REDACTED] ha infatti rivelato di aver visto [REDACTED] contro un muro che urlava ai tre di lasciarla e [REDACTED] ha riferito di aver saputo da [REDACTED] che in quella occasione aveva avuto rapporti con tutti e tre i ragazzini.

Sulla vicenda nel suo complesso entrambe le compagne hanno dichiarato di aver visto dal telefono di [REDACTED] il video che riprendeva [REDACTED] a seno nudo e di aver appreso da [REDACTED] che [REDACTED] utilizzava quel filmato per ricattarla.

Entrambe le amiche si sono, inoltre, dette a conoscenza del fatto che il [REDACTED] facesse da intermediario tra [REDACTED] e gli amici che volevano avere rapporti sessuali con lei.

Ampie ammissioni sono poi state rese dalla maggior parte dei minori coinvolti nei fatti di reato, i quali sono stati ritualmente interrogati dal P.M.M. titolare delle indagini.

██████████ ha confermato che nel campo di calcio posto alle spalle della scuola elementare "D'Annunzio" avevano luogo incontri di natura sessuale tra la ██████████ e diversi coetanei frequentanti la sua stessa scuola. Lui stesso aveva avuto un rapporto sessuale vaginale in una occasione in cui ██████████ contemporaneamente la toccava con il pene nella zona anale. Ha tuttavia sostenuto di non aver visto mai ██████████ turbata, ma si è detto a conoscenza del fatto che ██████████ la costringeva dietro minaccia di diffusione del video. Come era prevedibile, data la innata tendenza dei ragazzini a nascondere il più possibile le proprie malefatte, ha negato di aver ripreso in prima persona la minore mentre era oggetto di attenzioni sessuali da parte del gruppo. Ha inoltre ammesso di sapere che ██████████ chiedeva soldi ai coetanei che gli facevano richiesta di procurargli incontri con ██████████

██████████ ha anche lui confermato l'esistenza di una prima violenza sessuale di gruppo avvenuta sotto al ponte di Marcianise ad opera di ██████████ nonché della violenza sessuale consumatasi ai danni di ██████████ verso metà dicembre nel campetto di calcio, alla quale prese parte anche lui. Più precisamente in quell'occasione lui ed altri coetanei costrinsero ██████████ ad avere rapporti sessuali orali, mentre ██████████ ebbero rapporti anali e vaginali. In quella occasione ██████████ girò anche un video. Ha poi saputo di ulteriori incontri avuti dal gruppo di amici con ██████████ al campo di calcio e del fatto che ██████████ aveva chiesto a ██████████ di poter fare sesso con ██████████ corrispondendogli 5 euro in cambio della sua intercessione.

██████████ ha fornito anche lui un rilevante contributo all'accertamento dei fatti, ammettendo di essere stato assieme a ██████████ l'autore del video girato nel mese di ottobre-novembre a casa di ██████████ mentre ██████████ si mostrava nella webcam senza reggiseno. Pur non avendolo diffuso personalmente, tranne che a ██████████, sapeva che quel video circolava in tutto l'ambiente scolastico.

Il 20 gennaio su invito del ██████████ si recò nel campetto di calcio dove, oltre a ██████████, vi erano altri ragazzi di scuola e tutti toccavano le zone erogene della ragazzina con il loro organo genitale mentre il ██████████ riprendeva la scena con il suo telefono cellulare. Anche lui ebbe rapporti orali con ██████████

Successivamente venne a sapere di almeno un altro episodio in cui gli amici avevano avuti rapporti sessuali con ██████████ al campetto e seppe che un tale ██████████ e ██████████ dettero 5 euro a ██████████ affinché procurasse loro "la disponibilità" di ██████████

Del resto lo stesso ██████████ interrogato dal P.M.M. in data 24.3.2010, ha ammesso nel loro nucleo centrale i fatti contestatigli, negando tuttavia di aver organizzato lui gli incontri e di avervi costretto la ██████████ con le minacce. A tal proposito ha precisato che avendo saputo della diffusione dei due video ( ammetteva dunque anche l'esistenza del video girato da ██████████),



quando riferiva a ■ delle richieste di incontri ricevute da alcuni amici, la avvertiva che se si fosse rifiutata loro avrebbero mostrato il video ai suoi genitori. In definitiva pur ammettendo di aver avuto rapporti sessuali con ■, consistiti in toccamenti con il pene della zona vaginale ed anale, ha negato di averli ottenuti o di averli fatti ottenere agli amici con le minacce e ha ammesso di aver chiesto solo a ■ 5 euro per intercedere a suo favore nei confronti di ■.

In realtà la versione edulcorata fornita dal minore viene confutata non solo dalle dichiarazioni, precise e convergenti tra loro, dei corresponsabili e delle altre persone informate sentite ma altresì dalle conversazioni intercorse tra il ■ e gli altri minori abusanti sulla chat MSN Messenger, estrapolate nel corso della consulenza informatica svolta dal dott. Izzo, dalle quali si evince sia il ruolo di primo piano avuto da ■ nell'organizzazione degli incontri di gruppo ( cfr. in particolare sessione del 25 novembre 2009 in cui il minore invita ■ ad andarlo a prendere per recarsi assieme da ■ che lui la avrebbe convinta... ) che le pretese economiche dallo stesso avanzate nei confronti di coloro che chiedevano di avere rapporti sessuali con ■ ( vds. in particolare sessione del 19 gennaio 2010 ).

Alla luce di quanto emerso si ravvisano pertanto gli estremi oggettivi e soggettivi dei reati e delle aggravanti contestate.

E' pacifico che il ■ assieme ai coetanei menzionati nei capi di imputazione compiva atti di natura sessuale con la tredicenne ■. A tali rapporti la tredicenne veniva costretta con la minaccia dapprima esplicita e poi implicita di divulgazione dei video pornografici girati a sua insaputa da alcuni dei correi.

L'esistenza delle minacce deve ritenersi provata alla luce delle dichiarazioni reiterate e precise rese sul punto dalla persona offesa, la quale si determinava a rivelare l'accaduto solo dopo essere stata convocata dalla preside della scuola, nel frattempo venuta a conoscenza per altra via della triste vicenda in cui la ragazzina era rimasta coinvolta.

L'attendibilità della ■ oltre che dalle modalità accidentali attraverso cui avveniva la rivelazione dei fatti da parte sua, si ricava anche dalla assenza di motivi che avrebbero dovuta indurla ad una falsa denuncia ( non sono invero emersi motivi di astio nei confronti di alcuno dei correi ) e dall'esito degli accertamenti esperiti attraverso la consulenza psicodiagnostica disposta dal P.M.M.. Nella sua relazione la psicologa ha infatti evidenziato che la ■ manifestava rispetto ai fatti denunciati vissuti traumatici " connotando quelle esperienze come estremamente spiacevoli" e che era emersa una coerenza emotiva alla verbalizzazione dell'accaduto, "nei comportamenti e nei riferimenti delle prove grafiche e degli altri strumenti diagnostici".

Va infine evidenziato il dato estremamente significativo rappresentato dalla convergenza della versione dei fatti data dalla ■ con quella data sul punto dalla dirigente scolastica ( cfr.



relazione del 12.2.2010), cui alcune alunne dell'istituto avevano riferito che ■■■■ era minacciata talvolta anche all'interno dell'istituto, da ■■■■ ■■■■ e dallo stesso ■■■■ che in luogo di minacce ha parlato di avvertimenti data alla ■■■■ su ciò che gli amici avrebbero potuto fare dei video.

Gli atti sessuali compiuti integrano gli estremi della violenza sessuale di gruppo, essendosi accertata la partecipazione anche contestuale di più persone ai rapporti sessuali cui la ■■■■ veniva costretta ( vds. foto di cui all'album fotografico creato dalla Squadra Mobile di Caserta, estrapolate da tre filmati reperiti dalla scheda di memoria del telefono cellulare di ■■■■ dal consulente informatico nominato dall'Ufficio di Procura).

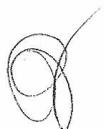
La richiesta di danaro rivolta dal ■■■■ ai conoscenti che gli chiedevano di procurargli incontri di natura sessuale con la ■■■■, la cui triste vicenda era ormai nota nell'ambiente scolastico, integra senz'altro il reato di cui all'art. 600bis, contestato nella forma tentata non essendosi poi consumati gli incontri di natura sessuale favoriti dal prevenuto per cause indipendenti dalla sua volontà verosimilmente riconducibili al disvelamento dei fatti da parte della persona offesa nel colloquio avuto con la Preside Sgambato.

I fatti accertati appaiono di notevole gravità.

Tutti i minori, compreso il ■■■■, hanno giustificato le loro condotte con il fatto che la ■■■■ appariva consenziente o comunque non particolarmente turbata durante gli incontri al campetto. Successivamente hanno però ammesso di sapere che la tredicenne veniva ricattata da ■■■■ dietro minaccia di divulgazione dei video che la ritraevano in pose pornografiche. Il primo di questi filmati veniva girato proprio a casa di ■■■■ il quale, nonostante la presenza degli amici, chiedeva alla fidanzatina con cui stava comunicando tramite webcam, di denudarsi il seno e, una volta ottenuto il soddisfacimento della sua pretesa, acconsentiva a che gli amici girassero il filmato e poi lo divulgassero.

Consapevole del forte ascendente che aveva su ■■■■, già dall'anno precedente innamorata di lui e dunque fortemente desiderosa di compiacerlo, utilizzava i sentimenti della ragazzina per costringerla ad avere rapporti sessuali anche con altri coetanei ed acquistare così nel gruppo dei pari un indubitabile ruolo di leadership, al punto che a lui ormai si rivolgevano tutti coloro che desideravano avere rapporti di natura sessuale con ■■■■, le cui grazie il ■■■■ prometteva dietro pagamento della somma di cinque euro.

Ma è dalla lettura delle conversazioni che vertono su ■■■■ e sul desiderio di soddisfare con lei i propri bisogni di natura sessuale, conversazioni avute dal ■■■■ e dai correi tramite Messenger Plus, che emerge lo squallore morale del prevenuto e l'assoluta mancanza di considerazione da



6

parte sua della dignità e dell'onore di una coetanea a cui lui stesso dice di essere stato unito da un legame affettivo.

Sebbene dalla descrizione dei Servizi Sociali il nucleo familiare del minore, avuto riguardo in particolare alla coppia genitoriale, è apparso adeguato sotto il profilo morale, culturale ed educativo, è verosimile che il minore non sia stata sufficientemente seguito e sostenuto nella delicata fase della prima adolescenza e/o che i genitori non abbiano avuto un ruolo incisivo nell'educazione sentimentale del minore, il quale ha così maturato una concezione molto poco edificante dei rapporti affettivi con l'altro sesso, probabilmente recependo i messaggi e i modelli negativi proposti spesso dai media.

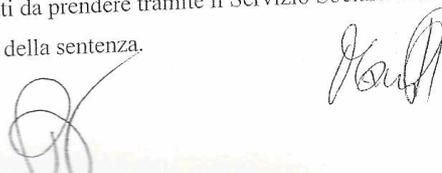
Pur prendendo atto del processo di rivisitazione critica di recente avviato dal [REDACTED] e dai suoi genitori, ritiene il Tribunale che il prevenuto non possa avere già abbandonato, anche per la fragilità caratteriale mostrata, i modelli comportamentali finora introiettati. Ciò fa ritenere sussistente il pericolo che gli possa nuovamente commettere delitti con l'uso della violenza anche solo morale.

Attesa la pericolosità del [REDACTED] appare pertanto corretta l'applicazione nei suoi confronti della misura di sicurezza disposta dal GIP, le cui prescrizioni, per assolvere appieno la funzione di salvaguardia delle esigenze di sicurezza collettiva, vanno tuttavia parzialmente modificate. Il reinserimento sociale del minore, infatti, non può che passare attraverso un corretto percorso di crescita, per favorire il quale appare necessario che il [REDACTED] si confronti con altri adolescenti in uno spazio guidato da operatori specializzati e intraprenda un percorso psicoterapeutico che coinvolga anche il nucleo familiare.

Restano ferme le prescrizioni già imposte dal GIP ad eccezione di quella riguardante l'orario di rientro serale. Ritiene, infatti, il Tribunale che proprio nell'ottica di favorire il normale processo di crescita del minore il quale passa anche attraverso una sana vita di relazione, il [REDACTED] se in **compagnia dei genitori**, potrà fare rientro a casa anche oltre le ore 21.30.

P.Q.M.

Letti gli artt. 37, comma terzo, 38 c.p.p.m., convalida il provvedimento con cui il GIP in data 13.4.11 ha disposto nei confronti del minore non imputabile [REDACTED] la misura di sicurezza della libertà vigilata ed applica definitivamente la predetta misura di sicurezza, modificando la prescrizione di "non stare fuori casa oltre le ore 21.30" nel senso di autorizzare il minore all'uscita fuori da tale orario solo se in compagnia dei genitori e aggiungendo le ulteriori prescrizioni di seguire un percorso psicoterapeutico ad impostazione relazionale-familiare e di frequentare lo "spazio adolescenti" dell'U.O.M.I. previ contatti da prendere tramite il Servizio Sociale Territoriale. Indica in giorni trenta il termine per il deposito della sentenza.



Napoli, 8.6.2011

Il Giudice est.

*Dott. ssa Paola Vallario*  


  
*S. F.*  


Il Presidente

*Dott. Maurizio Piccioni*



**Dott. Diego Di Nardo**

**Nota a sentenza**

Corte di Cassazione penale Sezione II Sentenza, n. 12183 del 02/04/2012

**GIUDIZIO PENALE ORDINARIO - Dibattimento avanti al tribunale in composizione collegiale: correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza - in genere medesimo fatto, fatto diverso, fatto nuovo, diritto di difesa, principio *ne procedat iudex ex officio*.**

*“Le norme che disciplinano le nuove contestazioni, la modifica dell'imputazione e la correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza (art. 516 e 522 c.p.p.), avendo lo scopo di assicurare il contraddittorio sul contenuto dell'accusa e quindi, il pieno esercizio del diritto di difesa dell'imputato, vanno interpretate con riferimento alle finalità cui sono dirette, cosicché possono ritenersi violate soltanto nel caso in cui la modifica della imputazione pregiudichi la possibilità di difesa dell'imputato”.*

**Norme richiamate: art. 516 c.p.p. 521 c.p.p. 522 c.p.p.**

**LA DIALETTICA SULLA NUOVA CONTESTAZIONE PROPOSTA DAL GIUDICE**

**Sommario: 1) Il fatto diverso ex art. 521 c.p.p. in un'ottica di principio 2) Gli orientamenti sostanzialistici e l'indirizzo teleologico in materia di componente storica dell'addebito 3) L'insufficienza della teoria teleologica ed il contraddittorio sulla proposta del giudice di nuova contestazione**

**Il fatto diverso ex art. 521 c.p.p. in un'ottica di principio**

In base all'articolo 521 c.p.p. il giudice del dibattimento può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella espressa nell'imputazione, purché il reato non ecceda la sua competenza e non risulti attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale anziché monocratica. Specularmente la norma prevede, al 2° comma, che il giudice, qualora accerti che il fatto è "diverso" da quello considerato nel decreto che dispone il giudizio o da quello espresso nelle contestazioni ex artt. 516 517 e 518 2° co. c.p.p. deve disporre con ordinanza la trasmissione degli atti al pubblico ministero.

Con la sentenza in commento la Cassazione procede a deciptare il concetto di "fatto diverso" ex articolo 521 c.p.p. rubricato "principio di correlazione tra imputazione e sentenza", segnando in quali casi il giudice può attribuire al fatto una qualificazione giuridica diversa da quella prospettata nell'imputazione dal pubblico ministero e quando invece deve necessariamente disporre con ordinanza la restituzione degli atti .

Nel caso in questione il Tribunale di Roma con sentenza del 22.10.2010 dichiarò l'imputato responsabile sia del reato di detenzione che di quello di porto illegale di arma comune da sparo clandestina.

Avverso tale sentenza ricorreva l'imputato deducendo, tra le altre cose, la violazione dell'art. 522 c.p.p. per avere il giudice dibattimentale condannato l'accusato per il porto di arma clandestina, reato non espressamente formulato nell'imputazione, con cui si addebitava solo la detenzione della stessa.

Interrogata circa la presunta violazione del principio di necessaria correlazione tra imputazione e sentenza, la Corte aderisce a un risalente oltre che consolidato orientamento giurisprudenziale accolto dalle Sezioni Unite e osteggiato da buona parte della dottrina, che rilegge l'articolo 521 c.p.p. attraverso un percorso esegetico incentrato sulle finalità di difesa espresse dagli artt 516 e ss. c.p.p. .

Per la Cassazione infatti, in aderenza alla teoria cd. teleologica, le norme che disciplinano le nuove contestazioni, la modifica dell'imputazione e la correlazione tra l'imputazione e la sentenza, avendo lo scopo di assicurare il contraddittorio sul contenuto dell'accusa e quindi il pieno esercizio del diritto di difesa dell'imputato, non vanno interpretate in senso rigorosamente meccanicistico e letterale, ma vanno lette

---

con riferimento alla funzione di garanzia del diritto di difesa che intendono realizzare, cosicché non possono considerarsi violate ogni qualvolta vi sia uno scostamento letterale o strutturale tra il fatto contestato e quello su cui si sia espresso la sentenza, essendo, invece, necessario appurare se sulla diversa prospettazione formulata dal giudice dibattimentale l'imputato abbia avuto o meno modo di argomentare le proprie difese.

La Cassazione ritiene, quindi, che la sentenza che condanni l'imputato per una fattispecie di reato non espressamente formulata nell'imputazione non necessariamente comporta una violazione dell'art. 521 c.p.p. e la relativa sanzione della nullità ex art. 522 c.p.p. L'alterità tra fatto contestato e imputato è, infatti, condizione che non può essere oggetto di una valutazione aprioristica da effettuarsi in astratto attraverso il confronto strutturale delle norme, ma che va, invece, di volta in volta, realizzata in concreto dal giudice, chiamato a valutare non soltanto se nella contestazione non si rinvenivano gli stessi elementi del fatto espresso in sentenza ma anche, ove una variazione vi sia stata, se questa abbia inciso sul diritto di difesa.

Alla nozione strutturale di fatto, come intesa in termini sostanzialistici, la Cassazione quindi, affianca e sostituisce quella funzionale in base alla quale il fatto è diverso solo se attiene a un episodio della vita umana rispetto al quale l'imputato non abbia potuto difendersi.

La Cassazione, facendo applicazione dei principi sopra espressi ha, nel caso in questione, dichiarato infondata la pretesa violazione dell'art. 522 c.p.p. perché nel capo B) della rubrica dell'imputazione veniva contestato all'imputato di aver illegalmente detenuto e portato in luogo pubblico la pistola e nel successivo capo C) veniva specificato che la stessa è un'arma clandestina in quanto riportante numeri identificativi non originali sicché anche se il reato di porto di arma clandestina non veniva formalmente contestato all'imputato lo stesso poteva evincersi dal tenore della imputazione, con ciò escludendo che vi fosse stata lesione del diritto di difesa e che quindi, potesse parlarsi di condanna per fatto diverso rispetto a quello contestato.

La tematica in questione rappresenta certamente uno dei profili più discussi, oltre che più affascinanti del processo penale, poiché essa sottende una fitta interrelazione tra

---

principi generali, non solo processualistici ma anche costituzionali, che vengono a confrontarsi e che trovano nelle norme richiamate un punto di temperamento ed equilibrio.

Infatti, è di tutta evidenza che nell'individuare quando ed entro quali limiti il giudice dibattimentale possa qualificare il fatto contestato in maniera diversa da come prospettato dal pubblico ministero la Cassazione procede a tracciare la linea di confine tra il principio *iura novit curia* e quello *ne procedat iudex ex officio* in base ai quali al giudice del dibattimento compete un potere di *emendatio* controbilanciato dal rispetto delle prerogative del pubblico ministero, unico *dominus* dell'azione penale<sup>4</sup>.

Il principio di correlazione della sentenza con l'accusa, quindi, si risolve in un dovere del giudice di non decidere se non in piena aderenza ai temi che sono stati posti da un organo diverso da lui e ciò per la necessità di carattere strutturale di evitare che uno stesso soggetto cumuli in sé una pluralità di funzioni, quelle giurisdizionali e accusatorie, svilendo il profilo di terzietà e imparzialità che il giudice deve rivestire.

Il processo penale, come ogni processo, è, infatti, basato sul principio della domanda e ispirato al modello accusatorio, in base al quale i temi che costituiscono oggetto del processo a tutela della terzietà del giudice, sono fissati esclusivamente dal pubblico ministero, che attraverso l'imputazione individua il *thema probandum* e fissa i limiti dei poteri decisori del giudice oltre i quali esso non può spingersi.

Attraverso l'imputazione il pubblico ministero fissa, quindi, l'oggetto del giudizio, sia da un punto di vista oggettivo che soggettivo, individuando il fatto storico e il soggetto a cui è imputato; la qualificazione di tale fatto, invece, che pure va a costituire con gli elementi sopradetti l'imputazione, non è riservata esclusivamente al pubblico ministero, ma è condivisa con il giudice che non è vincolato alla prospettazione ricevuta in base al principio *iura novit curia*. Tale principio non sta a indicare meramente che il giudice è conoscitore delle leggi e non necessita dell'allegazione normativa, né tantomeno che il giudice ex art. 101 comma 2 Cost. è tenuto alla corretta applicazione della legge o ha in sé l'esclusivo potere di interpretare la legge, quanto

---

<sup>4</sup> L'articolo 231 Disp. Att. c.p.p. ha, infatti, previsto l'abrogazione di qualsiasi legge o decreto recante l'attribuzione del potere di esercizio dell'azione penale a soggetti diversi dal pubblico ministero cfr. E. MARZADURI voce *Azione – diritto processuale penale* in EG, Roma, 1996, 5

---

piuttosto esprime la necessità che il giudice si trovi in una posizione di terzietà e indipendenza dalle parti, garantendo così la eguale applicazione del diritto.

Sicché, può affermarsi che con l'articolo 521 c.p.p. il legislatore, disponendo che il giudice dibattimentale debba procedere alla riqualificazione del fatto in caso di errore del pubblico ministero nei limiti della medesimezza del fatto e restituire gli atti in caso di diversità dello stesso, abbia voluto confermare l'antico brocardo "*da mihi factum, dabo tibi ius*" e segnare un punto di equilibrio tra i due principi, riconoscendo al solo pubblico ministero il potere di individuare il fatto per il quale procedere all'esercizio dell'azione penale su cui il giudice è, invece, chiamato ad esprimersi solamente per ciò che attiene al profilo giuridico attraverso un controllo di diritto, da effettuare attraverso il mero raffronto del fatto concreto allegato con la fattispecie legale.

Il giudice, quindi, nel caso in cui rilevi una difformità tra il fatto accertato in dibattimento e quello contenuto nell'imputazione dovrà necessariamente far regredire il processo attraverso la restituzione degli atti al pubblico ministero ex art. 521 comma 2 c.p.p. . e ciò non solo perché altrimenti violerebbe il diritto di difesa dell'imputato, valore certamente sotteso al principio di correlazione tra contestazione e sentenza ma anche e soprattutto perché sarebbe altrimenti vulnerato il principio della domanda riservata al pubblico ministero. Né del resto l'organo giudicante potrebbe pronunziarsi sul fatto così come contestato perché l'eventuale giudicato di assoluzione precluderebbe un nuovo esercizio dell'azione penale in ordine al fatto diversamente descritto che è comunque il medesimo fatto contestato.

Sotteso al principio di necessaria correlazione espresso dall'art. 521 c.p.p. non è, quindi, solamente il diritto di difesa, ma anzi, assume valore assolutamente centrale il potere dell'accusa a non veder violate le proprie prerogative costituzionali .

Come infatti, è stato sagacemente affermato in dottrina se "è vero che la difesa, già sul piano concettuale, presuppone l'esistenza dell'accusa che la implichi, deve poi, a fil di logica, convenirsi che dove accusa non vi sia stata di difesa non può neanche parlarsi"<sup>5</sup>, sicché, ove vi sia stata una condanna su fatti non oggetto di accusa, ad

---

<sup>5</sup> T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 28

---

essere violata è anzitutto, quest'ultima e solo in un secondo momento e in via indiretta e mediata, il diritto di difesa dell'imputato che non ha potuto esercitare il suo diritto.

Va, infatti, ricordato che l'articolo in commento segna il principio di correlazione e non quello della necessaria contestazione, concetti che spesso nella prassi quotidiana sono avvertiti come sinonimi, ma che sottendono scale di valori assai diverse, essendo l'uno volto a esaltare le prerogative della accusa e l'altro a garantire il diritto di difesa. Che i due concetti siano assai distanti tra loro è del resto comprovato dal fatto che è possibile immaginare un sistema processuale in cui la sentenza pronunciata sia affetta dal vizio di correlazione ma non anche di contestazione, perché ad esempio il giudice ha provveduto a dare informazione all'imputato della fattispecie su cui intende pronunciarsi non contemplata dall'accusa, o, specularmente, sia affetta dal solo vizio di contestazione, allorché ad esempio il fatto non è stato posto all'attenzione dell'imputato, ma risulta conforme a quello considerato dall'accusa.

Spiegare quindi che la violazione del principio di correlazione importa sempre una lesione del diritto di difesa non è sbagliato, ma rappresenta solo una parte della verità perché non evidenzia il fatto che in via principale si è verificata una lesione delle prerogative dell'accusa da cui, e solo in via derivata, l'imputato subisce un pregiudizio poiché difesa e accusa sono concetti legati da un'intima relazione essendo la prima orientata sul contenuto della seconda.

Fatte queste irrinunciabili premesse, risulta chiaro che il criterio di riparto tra attività del pubblico ministero e poteri del giudice dibattimentale dipende interamente dall'accezione che si intende accogliere di "fatto diverso" ex art. 521 c.p.p. in quanto tanto più questa sarà ampia, tanto minori saranno gli spazi riservati al giudice per emendare la qualifica giuridica proposta e specularmente, tanto più questa sarà ristretta tanto più sarà messo in discussione il principio *iura novit curia*.

Solo, quindi attraverso la ricostruzione della ermeneusi del concetto di "fatto diverso" sarà possibile valutare se quell'ambizione di terzietà dell'organo giurisdizionale che è alla base dell'articolo 521 c.p.p. sia realmente raggiunta dalla giurisprudenza o se invece, risulti incrinata per una dilatazione dei confini applicativi del potere riqualificatorio a casi non considerati dal legislatore.

## **Gli orientamenti sostanzialistici e l'indirizzo teleologico in materia di componente storica dell'addebito**

La ricerca dei confini esterni dell' *emendatio iuris*, oltre i quali si cade in un'illegittima *emendatio libelli*, ci porta, quindi, a verificare quali siano stati in concreto i criteri adottati in giurisprudenza e suggeriti in dottrina per distinguere le ipotesi di mutamento del fatto oggetto della imputazione da quelle di esercizio di mera riqualificazione.

Il tema non è certamente nuovo e, anzi, ha impegnato intere generazioni di giuristi. Basti pensare che già all'indomani della promulgazione del codice di procedura penale del 1930 la dottrina<sup>6</sup> era fortemente divisa circa l'accezione da attribuire al "fatto diverso", quale espresso nell'art. 477 comma 2 c.p.p. abr., che anticipava, in maniera sostanzialmente identica, il contenuto dell'attuale art. 521 comma 2 c.p.p. .

Lo studio di questi orientamenti è tutt'altro che inutile poiché gli stessi riflettono in maniera pedissegua il confronto ermeneutico attuale che vede su posizioni contrapposte, da un lato, la giurisprudenza e, dall'altro, la dottrina; all'epoca in particolare due erano le ricostruzioni di "fatto diverso" ex art. 477 comma 2 c.p.p. abr. che maggiormente affascinavano e convincevano la giurisprudenza, quella "sostanzialistica" e quella "processualistica".

In particolare, secondo la variante ontologica il fatto deve essere inteso in senso storico naturalistico. Tale fatto viene però letto, all'interno di tale orientamento sostanzialistico, secondo due diverse chiavi di lettura. Un primo orientamento considera la condotta in senso "naturalistico" *stricto sensu*, come segmento della realtà, sicché ogni modifica della stessa comporta per il giudice l'obbligo della restituzione degli atti prescindendo dalla valutazione circa l'incidenza sulla fattispecie penale. Verrebbero perciò in rilievo anche le modifiche degli elementi spaziali o temporali.

---

<sup>6</sup> Cfr. per tutti CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano 1955, 135; DE LUCA *Considerazioni intorno all'art. 477 c.p.p. in Scuola Positiva*, 1956 241; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale II ed.* Napoli, 1961, 391, CARNELUTTI, *Rapporto della decisione penale con l'imputazione in Riv. Dir. Proc.* 1961, 159.

L'altra invece, intende la condotta in termini meramente "normativi" e ritiene pertanto, che solo l'emersione o la modifica degli elementi dirimenti ai fini della fattispecie legale comporta l'emergere di un fatto diverso: il registro da utilizzare al fine di valutare se vi è stata una modifica rilevante ai fini della diversità del fatto è quindi dettato direttamente dal legislatore. Il fatto non subisce, quindi, alcun influsso dalle modifiche delle condizioni di luogo o tempo<sup>7</sup> "rimanendo il fatto indifferente a ogni ulteriore nota descrittiva che invece di far sfumare la condotta in un'altra al contrario ne concretizza la dimensione storica"<sup>8</sup>; all'interno di tale filone è possibile poi ulteriormente distinguere tra le tesi che danno rilevanza a tutti gli aspetti della fattispecie legale da quelle che, invece, sottolineano la rilevanza esclusiva di alcuni elementi<sup>9</sup>.

Alla luce dell'orientamento sostanzialistico, prescindendo dal filone che si adotta, il fatto deve, quindi, intendersi "diverso" se si pone con quello imputato in un rapporto strutturale di genere a specie, differenziandosi da questo perché contenente aspetti aggiuntivi o specifici.

Per fatto "nuovo", invece, ci si riferisce a quel fatto che si trova in una relazione di incompatibilità rispetto alla fattispecie imputata, avendo ad oggetto un fatto del tutto difforme rispetto alle modalità dell'azione o per l'evento determinato.

Ne deriva, quindi, che il fatto diverso è quello che si sostituisce a quello oggetto di imputazione, pur non mutandone l'identità ontologica, mentre il fatto nuovo si trova in una relazione di tale incompatibilità da non poter essere identificato o assimilato a quello imputato e che quindi, a questo necessariamente si aggiunge.

---

<sup>7</sup> V.MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, 6° edizione agg. da G.CONSO e G.S.D. PISAPIA IV a cura di G. CONSO, Torino 1972, 396 s.; V.SPIEZIA, *Riflessioni sul problema della correlazione fra l'oggetto del processo penale e l'oggetto della sentenza* in *Ann dir e proc pen* 1938 876 ss V. CAVALLLO, *La sentenza nel processo penale* Napoli, 1936 323

<sup>8</sup> RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 128; M.G. AIMONETTO *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, Padova, 1930, sub art. 90 c.p.p. 364.

<sup>9</sup> M.LA ROCCA *Studi sul problema del fatto* Napoli, 1966, p.42, che elaborava un criterio basato unicamente sull'elemento soggettivo; G.DELITALLIA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930 che concentrava la propria attenzione solo sugli aspetti materiali, V. LANZA *Principi di diritto processuale penale*, Roma, 1914, 397 ID *l'Identificazione dell'oggetto dell'azione con l'oggetto della sentenza* in *Prog. Dir. Crim.* 1912-1913 24- 25; P.MIRTO, *Studi sulla sentenza* in *Riv Pen.* 1915 LXXXI p 5 s. 25 ss. che tra gli elementi materiali dava rilievo al solo evento; V. SPIEZIA, *Riflessioni sul problema della correlazione fra oggetto del processo penale e l'oggetto della sentenza*, in *Ann. Dir Proc.Pen.* 1938 876 ss. che nel dare rilievo all'evento considera questo solo in senso naturalistico.

Tale distinzione è oggi particolarmente utilizzata per differenziare, in relazione al pubblico ministero, le nuove contestazioni previste dell'art. 516 c.p.p. da quello dell'art. 518 c.p.p. .

Infatti, in base all'articolo 516 c.p.p. se nel corso dell'istruttoria dibattimentale emerge un fatto diverso da quello contestato, il pubblico ministero ha l'obbligo di modificare l'imputazione. Specularmente, in base all'art. 518 c.p.p., ove si tratti di fatto nuovo, la pubblica accusa ha la possibilità, non l'obbligo, di contestarlo nella medesima udienza, e purché sia a ciò autorizzato dal presidente del collegio, vi sia il consenso dell'imputato e non si crei pregiudizio alla speditezza del procedimento, ex art. 518 comma 2 c.p.p.

La regola generale, quindi, in caso di fatto nuovo, è la prosecuzione nelle forme ordinarie preferendo il legislatore una contestazione differita e autonoma, diversamente in caso di fatto diverso in cui invece, stante il rapporto strutturale suddetto, il legislatore opta per la contestazione immediata.

Fatto nuovo e fatto diverso sono poi unificati nella comune e lata accezione di fatto diverso, quale indicata nell'articolo 521 comma 2 c.p.p. dovendo in entrambi i casi il giudice procedere alla restituzione degli atti al pubblico ministero, anche se per ragioni diverse.

In particolare, in caso di fatto diverso, la regressione processuale è necessaria per evitare che sulla fattispecie si formi un giudicato di assoluzione che precluda un esercizio dell'azione penale in ordine al medesimo fatto diversamente descritto, mentre, in relazione al fatto nuovo, il giudice è tenuto a pronunciarsi in relazione al solo fatto contestato perché diversamente violerebbe il principio dell'irretrattabilità dell'azione penale.<sup>10</sup>

In opposizione alle ricostruzioni sostanzialistiche sovraesposte, già sotto la vigenza del codice del 1930 c.p.p. abr. altra dottrina<sup>11</sup>, sicuramente oggi seguita e maggioritaria in

<sup>10</sup> A. GIARDA *sub art. 477 c.p.p. 1930 in Commentario breva al codice di procedura penale* ( a cura DI G. CONSO e V. GREVI) Padova, 1987 1270 che ritiene che per affermare se ci si trova di fronte allo stesso fatto o a uno nuovo bisogna considerare non solo gli aspetti costitutivi del reato(quali sono l'azione o l'omissione il rapporto di causalità, l'elemento soggettivo le condizioni oggettive di punibilità) ma anche i dati fenomenici quali il tempo e il luogo o lo strumento, così come individuato nell'atto conclusivo del procedimento istruttorio, V. M. GALLO, *Identità e diversità del fatto in tema di correlazione tra accusa e sentenza*, in *Giu.Pen.* 1952, II, 307,

<sup>11</sup> MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale* Vol. IV, Torino, 1931, 448 ss. MASSARI *Il legislatore penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli 1934 737; MUSCO *La contestazione dei reati colposi*, in *Riv. It. Dir. E proc. Pen.* 1971 346, G.

---

giurisprudenza<sup>12</sup>, elaborò la teoria teleologica in base alla quale ai fini della considerazione dell'endiadi identità/diversità del fatto va posta esclusivamente attenzione ai profili finalistici della norma considerata<sup>13</sup>.

Tale ricostruzione, da ultimo seguita anche dalla sentenza in commento, libera il concetto di fatto diverso dalla dipendenza dalle elaborazioni proprie del diritto sostanziale e individua come criterio preferenziale per la corretta esegesi dell'articolo in questione un'accezione "processualistica" di fatto, in visione autonomistica, che privilegia le finalità difensive verso cui muove la norma. Sicché il fatto è diverso se, e solo se, viene ad essere leso il diritto al contraddittorio dell'imputato circa i capi della contestazione, mentre il fatto è assunto come identico anche se nella realtà assolutamente diverso, ove lo stesso per qualsiasi ragione abbia avuto la possibilità di organizzare la propria linea difensiva sugli aspetti dirimenti ai fini della modifica.

Il fatto, quindi, per tale teoria, non è da intendersi né come normativo, né come naturale, ma in chiave "funzionale", essendo sottinteso allo stesso "la necessità di reprimere attraverso la "sanazione" della regressione procedimentale soltanto le effettive lesioni del diritto di difesa dell'imputato".<sup>14</sup>

Il criterio suggerito, quindi, richiede e impone al giudice, al fine di verificare la diversità del fatto un controllo in concreto da effettuarsi secondo il criterio della possibilità e non dell'effettività. Si vuole cioè dire che, nella ricostruzione propugnata, il giudice chiamato a valutare se il fatto considerato in sentenza è identico a quello contestato deve valutare se, in relazione al diverso aspetto evidenziato, l'imputato abbia avuto la possibilità di difendersi e non anche se si sia effettivamente difeso, con ciò lasciando dei dubbi circa il grado di difesa idoneo a ritenere rispettata la finalità della norma.

---

SPANGHER *Fatto e qualifica giuridica dell'imputazione per reato colposo*, in *Riv. Dir. Proc.* 1970 309 ss, VISCO, *La contestazione dell'accusa e l'interesse della difesa nel processo penale* in *Ann. Dir. E proc. Pen.* 1936 594 .

Nello stesso tempo in giurisprudenza Cass. Sez.III 14 Dicembre 1950, GIMITELLI, in *Riv. It. Dir. Pen.* 1951 219 con nota critica FOSCHINI, *Giurisprudenza degli interessi e relazione della sentenza con l'accusa*.

<sup>12</sup> Ex multis Cass. Sez Unite 19 giugno 1996 Di Francesco in *Cass. Pen.* 1997 p.360, V. anche Cass. Sez. V 25 agosto 1998, Capano in *Cass. Pen.* 1999 3159; Cass. sez IV 25 ottobre 2005, Cannizzo in CED Cass n. 232423 che ha escluso la violazione del principio in una fattispecie in cui l'imputato a fronte della contestazione del reato di lesioni volontarie viene condannato per lesioni colpose

<sup>13</sup> RAFARACCI, cit. "la storia dell'art 477c. 2 c.p.p. abr. è la storia della trasgressione del principio di identità dell'accusa in sede di correlazione consumata attraverso il ricorso al criterio del mancato pregiudizio per la difesa"

<sup>14</sup> QUATTROCCOLO S., *Riquilificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, 2011 112

Ebbene, dall'analisi delle ultime pronunce della Suprema Corte che aderiscono alla teoria teleologica pare che di violazione del principio di necessaria correlazione tra imputazione e sentenza possa parlarsi solo laddove il fatto contestato abbia subito un tale stravolgimento da porre l'imputato nell'impossibilità di difendersi<sup>15</sup>. Solo quindi, ove all'imputato sia stato escluso *in toto* ogni possibilità di difesa scatta il meccanismo di garanzia previsto dall'art. 521 comma 2 c.p.p. cosicché il giudice sia tenuto alla restituzione degli atti al pubblico ministero .

In particolare, in alcune pronunce la Suprema Corte è arrivata ad affermare che il principio di correlazione si può assumere violato solo di fronte a una “trasformazione radicale” che non consente di individuare tra fatto contestato e quello accertato alcun nucleo identificativo<sup>16</sup> o allorché i termini della relazione si trovino in un rapporto di totale incompatibilità ed eterogeneità sostanziale<sup>17</sup> (recepndo e assimilando in parte la teoria sostanzialistica in relazione alla distinzione tra fatto nuovo e diverso contestati dal pubblico ministero), tale da determinare una “sostanziale incertezza sull'oggetto dell'imputazione”<sup>18</sup>, sicché il giudice dibattimentale è tenuto alla restituzione degli atti al pubblico ministero solo se la lesione del diritto di difesa ne ha comportato una compressione totale e insanabile, potendo invece, altrimenti procedere alla “riqualificazione” del fatto.

In giurisprudenza, in perfetta antitesi alla teoria ontologica, è stato quindi, negato che il fatto sia diverso allorché venga modificato il titolo di imputazione da concorso materiale a morale<sup>19</sup>, così come nei casi in cui venga a essere modificato il profilo di imputazione psicologica<sup>20</sup>, ed è stato considerato come medesimo il fatto che sia stato

<sup>15</sup> Cass. IV 21 01 2005 in Ced Cass rv 231727, idem v. anche Cass VI 13 06 2003 n. 35120 massimata in Riv. Pen. 2004 1021, Cass II 07 03 2003 n. 24090 in Ced Cass rv. 225094 Cass. I 14 01 2003 n. 5067 in GD 2003 93

<sup>16</sup> Cass. Sez. III 02 02 2005 – 12 04 2005 n. 13515 Ced 231829 che parla “di piena e irriducibile alterità senza che vi sia una condotta unitaria”, Cass. sez. I 04 1999 – 19 05 1999 n. 6303 Iacovone CED 213459 conforme Cassa sez III 05 05 1998 15 06 1998 n. 7142 Cass. Pen. 99 3204”l'immutazione del fatto di rilievo ai fini dell'eventuale applicabilità della articolo 521 c.p.p. è solo quella che modifica radicalmente la struttura della contestazione in quanto sostituisce il fatto tipico il nesso causale e l'elemento psicologico del reato e per conseguenza di essa l'azione realizzata risulta completamente diversa al punto da essere incompatibile con le difese apprestate dall'imputato per disculparsene”

<sup>17</sup> Cassazione sez. VI 13 febbraio 1998 – 19 03 1998 n. 3460; Magro in Cass. Pen. 99 1177

<sup>18</sup> Cass sex VI 21-02-1995 18 05 1995 n. 5777 Sica Ced 201673 Conforme Cass sez II 15 03 2000 5 05 2000 n. 5329 Imbimbo Ced 215903 in Cass. Pen.01 1887 Cass. V 05 07 2005, cit.

<sup>19</sup> Cass. I 25 09 3008 n. 42993 per la quale non ricorre mutamento della contestazione allorché all'imputato cui è stato contestato di essere esecutore materiale, venga poi addebitato una responsabilità a titolo di concorso morale e ciò in quanto l'accusa di “partecipazione materiale necessariamente implica la contestazione di un concorso morale nella commissione del reato”, V. anche Cass V 03 06 2005 n. 42691 in ANPP 2007, 132 Cass. IV 17 12 2008 n.13916 in Ced. Cass. rv 234447

<sup>20</sup> Cass. IV 17 01 2008 n. 13916 in *Giur. It.* 2008 2839 per la quale la sostituzione o l'aggiunta di un profilo di colpa sia pure specifico rispetto a quello contestato in origine, non comporta una diversità del fatto con sostanziale ampliamento

modificato, ma su cui l'imputato ha avuto modo di difendersi perché "la diversa prospettazione è derivata direttamente dall'imputato"<sup>21</sup> o comunque "è emersa nel corso del giudizio"<sup>22</sup> nell'ambito del fenomeno delle contestazioni implicite<sup>23</sup>.

### **L'insufficienza della teoria teleologica ed il contraddittorio sulla proposta del giudice di nuova contestazione**

In verità, la teoria teleologica, sebbene affascinante nelle conclusioni e comprensibile nelle intenzioni (in particolare in relazione al codice del 1930 che non ammetteva poteri di emenda da parte della pubblica accusa), pare però esporre il fianco a delle critiche di recente rimarcate in dottrina<sup>24</sup>, che al fine di completare l'indagine sul tema in oggetto non possono non essere ricordate.

Ebbene, in primo luogo occorre notare che la teoria teleologica opera "un'indebita inversione metodologica"<sup>25</sup> procedendo ad anteporre la *ratio* politica dell'istituto alla sua disciplina legislativa e determinando uno scollamento tra prassi giurisprudenziale e dato normativo. Infatti, il fatto non è diverso in quanto violi il diritto di difesa ma può violare il diritto in questione perché diverso: la norma, sebbene ha nei suoi fini il compito di tutelare l'imputato da un'indebita lesione del contraddittorio, non limita il proprio campo applicativo a quelle sole ipotesi in cui una compromissione avvenga in

---

dell'imputazione In dottrina in senso critico D. CASTRINUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche di colpa* in *Cass. Pen.* 2002 3836 ss. ove si afferma che le norme precauzionali violate devono essere individuate in imputazione in maniera specifica e non possono essere aggiunte o modificate in sentenza, M. DONINI *Teoria del reato* in *Dig.Dir.Pen. XIV* Torino 1999 257. In maniera simile v. anche Cass IV 17 11 2005 n. 23939 in *Ced.Cass. rv 232973*; Cass. IV 4 10 2004 n. 46557 in *G.d.* 20004 93; Cass. IV 11 07 2001 n. 35823 in *Cass. Pen.* 2002, 3848, nonché Cass. IV 27 06 1997 n. 7704 in *Cass. Pen.* 1998, 3067 ove si afferma che il principio di correlazione è violato in tema di reati colposi solo quando venga imputato il fatto sulla base di una colpa specifica che poi si pretenda di modificare

<sup>21</sup> Cass. Sez. VI 21 02 195 18 05 1995 n. 5777 Sica *Ced* 210673 In maniera esemplifica la Suprema Corte ha affermato che "non può ravvisarsi imputazione non consentita del fatto qualora quello ritenuto in sentenza, ancorché diverso da quello contestato con l'imputazione, sia stato prospettato dallo stesso imputato quale elemento a sua discolta"

<sup>22</sup> Cassazione Sez. VI 25 02 2004 05 005 2004 n. 21094 *Ced* 229021 *Cass. Pen.* 06 194

<sup>23</sup> Così inequivocabilmente Cass., V, 28 luglio 1992, CHIRICO ed altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 178, che afferma che non sussiste violazione dell'art. 477 c.p.p. previgente, né dell'art. 521 del codice attuale, quando la sentenza si riferisca ad un episodio che, anche se non contenuto nel capo d'imputazione, abbia però costituito oggetto di interrogatorio reso dall'imputato. Sul punto la giurisprudenza è costante: cfr., da ultimo, Cass., VI, 22 dicembre 1994, ARMANINI, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 66. In senso critico, sotto la passata disciplina, cfr. per tutti V. PERCHINUNNO, *Imputazione (capo di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 8,

<sup>24</sup> QUATTROCCOLO, cit, p. 115; RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit. 218; D. GROCCO *Determinazione del fatto cripto imputazione e contestazione sostanziale dell'accusa* in *Gius.Pen.* 1987 parte III, 321 e ancor prima FOSCHINI *Giurisprudenza degli interessi e relazione della sentenza con l'accusa*, in *Riv. It. Dir. Pen.* 1951 219; CORDERO, *Considerazioni sul principio di identità del fatto* in *Riv. it. Dir. Pen.*, 1958, 935; MELCHIONDA, *Appunti sulla contestazione suppletiva implicita* in *Scuola Positiva*, 197 218 ss

<sup>25</sup> Espressione di RAFARACI *Le nuove contestazioni*, cit. 29

concreto (nè tantomeno a quelle lesioni che escludono totalmente il diritto in questione), ma anticipa tale soglia di rilevanza ai casi in cui il fatto sia diverso da come contestato.

La teoria teleologica, quindi, aggiunge un ulteriore presupposto, non richiesto dall'articolo 521 c.p.p., determinando come ultimo effetto che solo in alcuni casi in cui il fatto è diverso da come contestato si debba procedere alla restituzione degli atti, mentre nelle intenzioni del legislatore si voleva riconoscere una tutela più ampia e sicuramente libera da scelte discrezionali circa la compromissione del diritto di difesa, concetto che già di per sé si presta a letture ondivaghe e certamente non sempre ancorabili a dati oggettivi<sup>26</sup>.

In secondo luogo, ad essere leso dalla suddetta teoria risulta in ultima analisi lo stesso diritto di difesa, che paradossalmente si innalza a vessillo, in quanto espone l'imputato al rischio di doversi difendere non solo dalla contestazione specificatamente formulatagli dal pubblico ministero ma anche da tutte le possibili contestazioni o interpretazioni del fatto che possono trovare fondamento dalle risultanze dell'istruttoria dibattimentale. Invero, "ciò che interessa all'imputato ai fini della difesa non è tanto la conoscenza storica del fatto quanto il giudizio preliminare che su di esso formula il giudice attraverso un atto del processo in cui è racchiusa la contestazione"<sup>27</sup>, sicché l'imputato sarà tenuto a predisporre non una linea difensiva coerente all'imputazione ricevuta, ma adeguata a qualsiasi lettura possa trovare fondamento nelle vicende dibattimentali.

In ultimo, tornando alle premesse da cui si è partiti, non pare condivisibile l'idea che alla base dell'articolo 521 c.p.p. vi sia solo e esclusivamente la necessità di dare effettività al diritto di difesa dell'imputato.

Come si è già ricordato, la prospettiva che individua il fondamento dell'articolo 521 c.p.p. nella garanzia del diritto alla difesa è solo parzialmente esplicativa, avendo il legislatore con tale norma, inteso operare principalmente un distinguo tra le funzioni della pubblica accusa e quelle del magistrato giudicante che, posto in una posizione di

<sup>26</sup> SPANGHER, *Fatto e qualifica giuridica nell'imputazione per reato colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 306 che in maniera illuminante spiega che il giudice "destinatario della norma di cui all'art 477 c.p.p. non sia in grado di giudicare sulle possibilità di difesa dell'imputato e di sapere ciò in cui una linea difensiva può essere impedita o menomata"

<sup>27</sup> FOSCHINI, *Giurisprudenza degli interessi e relazione della sentenza con l'accusa*, cit. 218

terzietà, non può intervenire a fissare esso stesso il *thema probandum* per non ledere le prerogative della pubblica accusa (ciò in particolare è quanto mai chiaro alla luce dell'attuale articolo 516 c.p.p. che autorizza il solo pubblico ministero a procedere alla modifica dell'imputazione e alla sua contestazione ove si avveda che il fatto è diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio).

Infatti, se nel quadro patologico della correlazione violata risultano coinvolte anche le garanzie della contestazione e del contraddittorio lo si deve esclusivamente al fatto che la difesa è orientata dall'accusa, provvedendo questa a tracciare il tema di indagine e il fatto imputato. Accusa e difesa vivono, quindi, in un rapporto simbiotico in cui la prima individua i confini della seconda, per cui non necessariamente quando il diritto di difesa non sia violato, non lo è neanche quello dell'accusa.

In questi termini è allora chiaro che l'eventuale emenda in sentenza del fatto ontologicamente diverso comporta non solo una potenziale lesione del diritto di difesa, ma, ancor prima, una lesione delle prerogative accusatorie.

È del tutto evidente, infatti, che allorché il giudice dibattimentale di fronte a un fatto diverso provveda alla sua riqualificazione ex art. 521 c.p.p. 1. co. e non alla restituzione degli atti al pubblico ministero, preclude a quest'ultimo la possibilità di formulare la nuova contestazione, concentrando in sé oltre alla funzione giurisdizionale quella accusatoria, che nell'architettura costituzionale è stata assegnata, scientemente a un organo diverso.

Se, pertanto, la difesa non è sempre e necessariamente violata da un allargamento giurisdizionale del *thema probandum* a fatti non formalmente contestati nell'imputazione, lo stesso non può dirsi per le prerogative della pubblica accusa, che attraverso la teoria teleologica si vede privata del compito esclusivo di individuare il fatto su cui il giudice è chiamato a pronunciarsi.

Alla luce di quanto esposto non pare, quindi, condivisibile la teoria teleologica che pone come unico criterio di indagine quello del rispetto del diritto al contraddittorio dimenticando il principio *ne procedat iudex ex officio*, pur rinvenibile nell'articolo 521 c.p.p. .

La non coincidenza degli ambiti del diritto di difesa con le prerogative dell'accusa impone allora, un ripensamento di quale sia il giusto contemperamento tra i principi sottesi all'art. 521 c.p.p. : al riguardo, *mutatis mutandis*, un considerevole orientamento dottrinale ritiene che la soluzione al contrasto tra organi istituzionali possa essere risolta solo ipotizzando "che a dibattimento chiuso, e, quindi, in una fase oramai deliberativa il giudice pronunzi un'ordinanza in cui evidenziata la possibilità di attribuire al fatto un diverso *nomen iuris* sospenda la decisione dando alle parti la possibilità di chiedere i termini a difesa e una nuova udienza in cui rassegnare nuove conclusioni e eventualmente indicare nuove prove rilevanti in relazione alla diversa fattispecie criminosa ipotizzata"<sup>28</sup>.

Il giudice quindi, su un piano parallelo, allorché si avveda che dall'istruttoria dibattimentale emerge un fatto diverso da quello contestato formalmente dal pubblico ministero può esercitare nei confronti di quest'ultimo, in contraddittorio con l'imputato, un potere di mero impulso non vincolante che suggerisce l'esercizio delle nuove contestazioni, senza per questo incorrere in un'anticipazione di sentenza<sup>29</sup>.

Come, infatti, è stato chiarito dalla Corte Costituzionale<sup>30</sup>, deve ritenersi certamente immanente al nostro sistema ordinamentale un principio in base al quale, anche nei casi non previsti dall'art. 34 c.p.p., il giudice che si sia espresso sulla libertà personale dell'imputato non può prendere parte al giudizio, ma tale principio trova applicazione solo in relazione ai provvedimenti che si collochino in una fase processuale distinta da quella pregiudicata.

Pertanto, la proposta di emenda del giudice, agganciandosi ad un preciso provvedimento interlocutorio interno ad una medesima fase del processo, non dà luogo a un'indebita anticipazione di sentenza tale da legittimare la ricusazione.

<sup>28</sup> KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, 2524

<sup>29</sup> Menna M. *Il controllo logico formale del vizio di motivazione in sede di legittimità*, in *Dir. Pen. E Proc.* 2012, 3

<sup>30</sup> Corte Costituzionale sent. N. 153 del 21/06/2012. "Per effetto delle ricordate sentenze di questa Corte, nonché del loro recepimento legislativo nei termini ora indicati, deve ritenersi ormai presente nell'ordinamento processuale penale il principio in forza del quale - anche fuori dei casi indicati dal citato art. 34, comma 2-bis, c.p.p. - l'adozione di provvedimenti inerenti alla libertà personale dell'imputato, i quali implicino una valutazione prognostica in ordine alla sua responsabilità, ancorché su base indiziaria e allo stato degli atti, impediscono al giudice che li ha emessi di partecipare al giudizio, sempre che i provvedimenti in questione si collochino in una fase processuale distinta da quella pregiudicata".

---

La soluzione esposta risulta ottimale, inoltre, perché raggiunge l'obiettivo di preservare sia il diritto di difesa che le prerogative del pubblico ministero e, al tempo stesso, risulta imposta dall'art. 111 Cost. . .

In particolare, risulta certamente tutelato il diritto di difesa dell'imputato perché lo stesso è posto nelle condizioni di interloquire tempestivamente e in contraddittorio circa l'assunta "diversità" del fatto e di presentare, eventualmente, le proprie argomentazioni difensive in relazione al diverso fatto, ma al tempo stesso risulta certamente rispettato l'interesse accusatorio, potendo il pubblico ministero decidere di appropriarsi o meno della ricostruzione fatta dal giudice, rimanendo esclusivo detentore del potere di esercitare le nuove contestazioni ex artt. 516 ss c.p.p. .

Può, soprattutto, dirsi rispettato anche il principio del contraddittorio, inteso come strumento di partecipazione delle parti alla ricostruzione del fatto e della qualifica giuridica dello stesso, potendo così il giudice avvantaggiarsi dei contributi ermeneutici proposti dalle parti e, eventualmente, cambiare la propria opinione e ritenere valida l'originaria opzione proposta dal pubblico ministero oppure confermare il proprio sospetto di "diversità" del fatto e ordinare allo stesso la regressione processuale ex art. 521 comma 2 c.p.p. .

In maniera illuminante infatti, autorevole dottrina ha sottolineato che il giudice, al fine di stabilire se debba o meno determinare un confronto tra le parti sull'argomento di natura non logico-formale, allorché non intenda accogliere la soluzione da queste proposta, deve esaltare nuovamente il contraddittorio per scegliere la massima d'esperienza (o *recte* regola inferenziale) emergente in modo incontestabile dalla rinnovata dialettica. In questo modo si dà totale rilievo allo spessore costituzionale della dialettica tra le parti. "In proposito va subito precisato che mentre il vecchio aggancio della dialettica processuale al combinato disposto degli artt. 24, comma 2 e 27 comma 2 Cost. introduceva una garanzia formale, gli attuali comma 2 e 4 dell'art. 111 Cost. prevedono una garanzia sostanziale che risponde a un'esigenza collettiva e oggettiva di aggancio dei modi di conoscenza giudiziale al metodo dialettico"<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> MENNA M. *Studi sul giudizio penale*, Torino, 2009, 258

Allo stesso modo, essendo, quindi, stata elevata a “principio costituzionale la sostanza epistemologica dell’approccio ai fatti da contrapposti punti di vista”<sup>32</sup> pare impossibile prescindere da un confronto tra le parti circa la assunta diversità del fatto, pena la mancata armonizzazione della soluzione proposta con l’intelaiatura costituzionale.

Ebbene, in ultimo, va sottolineato che l’esercizio di tale potere di impulso da parte del giudice potrebbe, in realtà, essere già sperimentabile senza la necessità di alcuna modifica legislativa.

Infatti, se le parti nel corso del processo si sono confrontate su una determinata imputazione, ma il giudice individua un fatto diverso o ulteriore rispetto a quello contestato “sussiste un tema di prova nuovo o più ampio che è necessario esplorare ai fini della decisione”<sup>33</sup>. Verrebbe cioè in rilievo la norma espressa dall’articolo 506 comma 1 c.p.p. che “pur essendo testualmente dettata in ordine agli sviluppi della prova orale [...] non sfugge a un’interpretazione sistematica di più ampio respiro”.<sup>34</sup>

Il giudice, quindi, allorché ritenga che l’istruttoria dibattimentale abbia lasciato emergere un fatto diverso rispetto a quello formalmente contestato al fine di contemperare i diritti costituzionali dell’imputato e della pubblica accusa con quelli collettivi al contraddittorio, deve necessariamente sollevare una proposta di contestazione di carattere non vincolante su cui le parti in contraddittorio sono chiamate, tempestivamente, ad esprimere la propria opinione ed eventualmente a chiedere, ex art. 493 comma 2 c.p.p. l’ammissione di prove dirette a suffragarla o a smentirla.

### **Diego Di Nardo**

---

<sup>32</sup> IDEM, cfr. anche *ex multis* RICCIO, *Diritto al contraddittorio e riforme costituzionali* in *Pol. Dir.* 1999, 483 ss. ; FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell’art. 111 Cost.* in *Quest. Giust.* 2000 I 49 ss. CONTI, *Le due anime dell’art. 111 della Costituzione*, in *Dir. Pen. Proc.* 2000 197 ss. in giurisprudenza Corte Cost. 25 ottobre 2000 n. 440, in *Dir. Pen. Proc.* 2001 345.

<sup>33</sup> A. CAPONE, *Iura Novit Curia*, Padova, 2010 80;

<sup>34</sup> RAFARACI, cit. 103

**Dott. Eduardo Izzo**

**Profili critici della messa alla prova**

La sospensione del processo con messa alla prova prevista dall'art 28 D.P.R. 448/1988 rappresenta senza dubbio (insieme alla sentenza di proscioglimento per irrilevanza del fatto o per concessione del perdono giudiziale) una peculiarità del processo penale minorile il quale, in ragione dei soggetti cui si rivolge, si contraddistingue rispetto al processo penale "ordinario" per la sua specialità.

Tale specialità è comprovata dall'art 1 D.P.R. 448/88 nella parte in cui dispone che "Nel procedimento a carico di minorenni si osservano le disposizioni del presente decreto e, per quanto da esse non previsto, quelle del codice di procedura penale..."

Orbene, indubbiamente l'istituto in questione rappresenta una delle maggiori espressioni di civiltà giuridica in campo minorile, in quanto consente di contemperare l'esigenza del rispetto della personalità del minore colpevole con quella di difesa della collettività.

In particolare, la previsione normativa ex art 28 del D.P.R. in esame risponde ad una funzione special-preventiva allorché venga predisposto un programma che, plasmato sulla base della personalità del minorenne, assolva a finalità sia "educative" (...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... ) che "riabilitative" (...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...) ed il cui naturale sbocco è la dichiarazione, con sentenza, di estinzione del reato per esito positivo della prova.

Nonostante le ottime premesse, è opportuno però evidenziare quelli che costituiscono punti critici dell'istituto de quo sotto il profilo sistematico, applicativo e legislativo.

---

Sotto il profilo sistematico, non si comprende la scelta del legislatore di prevedere l'utilizzo della messa alla prova solo all'interno del processo (cd. "messa alla prova giudiziale") e non anche nella fase pre-processuale.

A ben vedere, siffatta scelta da un lato, tradisce, almeno in parte, i propositi iniziali di non traumatizzare e stigmatizzare il minorenni catapultandolo nel disagio derivante dall'essere sottoposto ad un processo penale; dall'altro, manifesta l'ennesima occasione persa di deflazionare il carico processuale.

Ed infatti va specificato a tal riguardo che, se da un lato è vero che a norma dell'art. 28 D.P.R. 448/1988 il processo penale può essere "sospeso" senza tener conto della tipologia di reato o della eventuale esistenza di precedenti giudiziari e penali, dall'altro è indubbio che il minore, dal momento della richiesta di rinvio a giudizio, è comunque proiettato nella realtà procedimentale e/o processuale penale che risulta essere già di per sé traumatica e stigmatizzante.

L'attuale soluzione prevista dall'art. 28, se può essere considerata idonea rispetto a reati di particolare gravità ed allarme sociale (quali la rapina, il furto, la violenza sessuale, ecc.), non lo sembra altrettanto quando ci si trova dinanzi a reati di natura contravvenzionale o comunque di scarsa offensività sociale (guida senza patente, ingiurie). Orbene, in tali situazioni potrebbe risultare più idonea una soluzione che anticipi la messa alla prova rispetto alla fase processuale sulla falsa riga di quanto accade nella "probation di polizia" nei sistemi di Common Law.

In tali sistemi è previsto il Dipartimento di Probation che, alla stregua del nostro U.S.M.M., costituisce una vera e propria appendice (anche da un punto di vista logistico) del Tribunale e che interviene, quando possibile, per risparmiare l'intervento di quest'ultimo, agendo da filtro dimodoché le questioni che possono essere affrontate senza ricorso all'azione giudiziaria vengono dirottate altrove (la cosiddetta "diversion"): ai servizi sociali, ad associazioni di volontariato, etc...

In questo modo, non solo si assolve alla funzione deflattiva dei processi e si evita la stigmatizzazione del minorenni, ma soprattutto si attua la funzione educativa (intesa in senso Piagetiano<sup>35</sup>) nel pieno rispetto dell'art. 26 co. 2 della Dichiarazione Universale

---

<sup>35</sup> Vedi Jean Piaget, commento all'art 26 Dichiarazione Universale sui Diritti dell'uomo in: Rapporto sulle

---

dei Diritti dell'Uomo, lasciando salva la possibilità di un intervento giurisdizionale allorché non vi siano i presupposti per la “prova” o vengano perpetrate violazioni del programma tali da giustificare l'apertura del processo.

Sotto il profilo applicativo, una prima problematica che si pone è quella della necessità o meno della confessione ai fini della concessione dell'istituto de quo.

A tal riguardo va preliminarmente evidenziato come all'interno dell'art. 28 D.P.R. 448/1988 non si faccia alcun riferimento all'accertamento della responsabilità del minore: nulla si statuisce in proposito, ed anzi non si esclude che, in caso di accoglimento dell'impugnazione dell'ordinanza di sospensione del processo, o anche all'udienza che segue l'esito negativo della prova, il collegio possa pronunciare sentenza di proscioglimento nel merito<sup>36</sup>. Un inevitabile rischio, intrinsecamente presente all'interno di tale istituto, conseguenza dell'adesione all'interpretazione più conforme ai principi generali del diritto, è che essa vada a contrastare con il principio della presunzione di non colpevolezza, previsto all'interno della Carta costituzionale. A norma dell'art. 27, comma 2 Cost., nessuno può essere considerato colpevole se la sentenza di condanna non è passata in giudicato, mentre, nel nostro caso, si arriva ad affermare la responsabilità penale del minore prima del raggiungimento di tale termine processuale.

La prassi di alcuni Tribunali per i Minorenni si è orientata, per risolvere il problema dell'accertamento della penale responsabilità, nel ritenere necessaria la confessione dell'imputato, quale prerequisite per accedere al beneficio de quo.

Ad avviso dei giudici che aderiscono a tale prassi si raggiungerebbe, in questo modo, un duplice risultato: dal punto di vista formale, verrebbe vanificata l'obiezione circa la violazione della presunzione di non colpevolezza, e dal punto di vista sostanziale, si garantirebbe maggiormente l'intrapresa, da parte del minore, di un percorso educativo di maturazione, di cui la confessione costituirebbe il primo inequivocabile atto.

Tuttavia, di maggiore aderenza alla Carta Costituzionale appaiono le argomentazioni della dottrina maggioritaria e di altra parte della giurisprudenza minorile che ritengono non necessaria la confessione ai fini della concessione della messa alla prova, sia

---

strategie dell'educazione, 1972.

<sup>36</sup> Bartolini: La messa alla prova del minore

perché tale requisito non è richiesto dalla legge, sia perché l'introduzione di tale presupposto renderebbe l'istituto incompatibile col diritto di difesa dell'imputato, sia perché *“...le proteste di estraneità e la mancata ammissione degli addebiti non possono essere considerate un elemento preclusivo di quella possibilità ma, al contrario, devono costituire l'elemento attorno a cui costruire i progetti, offrendo a ciascuno degli interessati la possibilità di riflettere sulla propria condizione personale e familiare, sulle pregresse condotte, sulle prospettive personali per il futuro”*<sup>37</sup>.

Ed invero, se da un lato, ammettere la propria responsabilità è indice di una personalità disposta a riconoscere i propri errori ed a rimettersi in discussione di fronte alla possibilità di fruire di una misura dalla valenza rieducativo-premiale, dall'altro sarebbe troppo pretendere che il soggetto si debba dichiarare colpevole (anche di fronte ad acquisizioni probatorie non univoche) rischiando di pervenire, qualora non venga ammesso al programma di prova o la stessa venga revocata, ad una condanna certa e fondata proprio sul suo comportamento collaborativo<sup>38</sup>.

Pertanto nessuna anticipazione dell'accertamento della responsabilità penale deve essere effettuata né alcuna confessione deve essere “estorta” per poter sospendere con ordinanza il processo, quanto piuttosto è importante che il giudice, peraltro adempiendo a un dovere che gli spetta in base all'art. 1, co. 2, del d. p. r. 448/88, spieghi al minore che allo stato degli atti lo ritiene penalmente responsabile, ma che intende sospendere il processo e, con il suo consenso, metterlo alla prova.

Un'altra prassi di alcuni Tribunali per i Minorenni, che desta perplessità, è quella di revocare l'ordinanza con cui si sospende il processo quando al minore sia contestato un altro reato compiuto (o presumibilmente compiuto) durante il periodo di prova.

Una tale prassi contrasta non solo col dato normativo disposto dall'art. 28 D.P.R. 448/88 ma anche col principio di presunzione di non colpevolezza sancito nell'art. 27 della Costituzione.

A tal riguardo va ricordato che la misura in questione può essere oggetto di revoca solo nel caso di **“ripetute e gravi trasgressioni delle prescrizioni imposte”**. E'

<sup>37</sup> Tribunale Milano, ordinanza 12/07/07

<sup>38</sup> Vedi: [www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/minori/santoni/par2.htm](http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/minori/santoni/par2.htm)

---

pertanto necessario, per la revoca, un evidente rifiuto del minore o comunque un suo disinteresse, protratto nel tempo, ad impegnarsi nel progetto recuperativo, ma alcuna menzione è fatta in caso di commissione di un nuovo reato.

Se nelle intenzioni del legislatore vi fosse stata la volontà di revocare il beneficio nel caso di commissione di un nuovo reato, questi lo avrebbe fatto espressamente alla stregua di quanto previsto per la sospensione condizionale della pena ed invece, così non è stato.

Ciò è sintomatico di una chiara volontà del legislatore e di una chiara presa d'atto che, in un soggetto in età evolutiva, il momento di crisi non si supera immediatamente ma esige momenti maturativi diluiti nel tempo e grande tolleranza nell'accettare ricadute o regressi inevitabili<sup>39</sup>.

Una tale prassi, inoltre, risulta non rispettosa del principio di presunzione di non colpevolezza sancito dall'art 27, comma 2, della Costituzione, nella parte in cui dispone che "nessuno può essere considerato colpevole sino alla condanna definitiva".

Immaginiamo l'ipotesi di un ragazzo sottoposto alla prova che rispetti il programma scrupolosamente ed al quale venga contestato, durante il periodo di prova, il delitto di ricettazione per essere stato passeggero di un suo amico incensurato ma detentore di un motorino di provenienza illecita: sarebbe giusto in questo caso revocare la messa alla prova?

Sotto il profilo legislativo, l'esperienza degli ultimi venticinque anni ha evidenziato quelle che sono le lacune e le contraddizioni della disciplina del processo penale minorile, anche relativamente all'istituto della messa alla prova, e la necessità di interventi migliorativi.

Risulta evidente come i primi interventi auspicabili siano proprio quelli che vadano ad affrontare e risolvere i problemi di ordine sistematico ed applicativo precedentemente affrontati.

Tuttavia, altri interventi sono auspicabili nella disciplina de quo.

Alcune perplessità sono suscitate dall'art. 28 D.P.R. 448/88 nella parte in cui, al primo comma, dispone che: "Il giudice, sentite le parti, può disporre con ordinanza la

---

<sup>39</sup> *Avv. Rosalia Conforti in* Sospensione del processo e la messa alla prova dei minori

---

sospensione del processo quando ritiene di dover valutare la personalità del minorenne all'esito della prova disposta a norma del comma 2”.

A bene vedere, pare che il legislatore abbia voluto affidare al solo giudice la responsabilità circa la sospensione o meno del processo, ritenendo necessario che questi si limiti solo a “sentire le parti”.

Orbene, la giurisprudenza a tal riguardo si è mostrata pressoché compatta nel ritenere fondamentale, ai fini della sospensione del processo ex art. 28, il consenso dell'imputato colmando quella che è di fatto un'incongruenza del nostro legislatore.

Ed invero, non pare possibile mettere alla prova un soggetto che già in partenza non ha compreso il beneficio che gli si prospetta né imporre un programma ad un soggetto che, aldilà delle risultanze processuali, si dichiara fortemente innocente ed invoca il suo diritto ad un giusto processo in contraddittorio per far valere le sue ragioni.

In caso contrario avremmo a che fare con un progetto di messa alla prova fallito già in partenza. Di qui l'esigenza di prevedere la necessità del consenso dell'imputato.

Vi sono, tuttavia, altri interventi auspicabili del legislatore nel processo penale minorile che si rendono necessari a distanza di quasi trent'anni dall'entrata in vigore della sua disciplina.

Tali interventi possono essere sintetizzati facendo riferimento alle lettera g) ed h) dell'art 3 del disegno di legge 5019/12 sulla riforma del processo penale ordinario.

Ed invero, quanto al primo punto va evidenziato che la lettera g) del disegno di legge in questione, stabilisce che “la messa alla prova sia revocata nei casi di grave o reiterata trasgressione delle prescrizioni imposte, di rifiuto della prestazione del lavoro di pubblica utilità o di commissione, durante la messa alla prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della medesima indole.”

Prendendo spunto da tale disposizione, si comprende come l'introduzione nel processo penale minorile di una previsione come quella in questione, risolverebbe a monte il problema applicativo prima richiamato della revoca della messa alla prova in caso di commissione di un nuovo reato escludendola in caso di reato colposo e, potremmo aggiungere, contravvenzionale, in quanto trattasi di reati accidentali o comunque di scarso allarme sociale non tali da giustificare una revoca.

---

Un secondo intervento, può essere sintetizzato facendo riferimento alla lettera h) dell'art. 3 del disegno di legge 5019/12 sulla riforma del processo penale ordinario, a norma del quale “in caso di esito negativo della messa alla prova, il processo riprenda il suo corso e che, ai fini della determinazione della pena, cinque giorni di prova siano equiparati a un giorno di pena detentiva ovvero a 250 euro di pena pecuniaria.”

Il suddetto disegno di legge (anche se allo stato non attuato) è espressione di una chiara, attuale e radicata volontà di introdurre istituti e correttivi nel processo penale ordinario che si fondano proprio sull'esperienza del processo penale minorile e che se hanno ragione di essere per i “maggioirenni”, a fortiori hanno efficacia ed utilità quando destinatari sono i minorenni.

**Eduardo Izzo**

Praticante Avvocato

Segretario di redazione della Rivista

“Diritto e Giustizia Minorile”

**Dott. Emanuele Esposito**  
**Pedagogia delle relazioni familiari**

La famiglia è stato oggetto privilegiato di studio delle scienze sociali dall'approccio psico-sociale a quello pedagogico.

Si è assistiti in questi anni a profonde trasformazioni del concetto di famiglia le cui connesse implicazioni culturali hanno dovuto confrontarsi in una dialettica non sempre serena con i canoni giuridici e i modelli culturali.

Il passaggio da famiglia patriarcale a famiglia nucleare non sembra aver riscontrato molti problemi etico-giuridici e culturali, al contrario lo scenario che si è aperto con il fenomeno della famiglie ricostituite e allargate che ha ampliato il nuovo modo di essere e costituire resta ancora un terreno discutibile, specialmente se ciò viene messo in raffronto con il preoccupante aumento delle separazioni e dei divorzi.

Affronteremo questo modulo attraverso i seguenti indicatori:

- 1) I diritti relazionali,
- 2) I problemi della famiglia dopo il divorzio,
- 3) Mediazione per le famiglie ricostituite.

I DIRITTI RELAZIONALI

Nell'approcciare questa fase del modulo è indispensabile fare riferimento alla persona intesa come essere vivente e al suo sviluppo in termini di costruzione di sottosistemi, organi, cellule, molecole, strutture subcellulari.

L'insieme dei funzionamenti differenziati dei singoli sottosistemi costituisce la funzione base che produce stabilità.

Il **genoma** è un sistema di relazioni e non può essere concepito solo atomisticamente come prodotto di causalità lineare ( causa-effetto ), esso esprime invece un rapporto ecosistemico fatto di relazioni anche complesse tra l'individuo e l'ambiente.

Le aperture e le chiusure tra l'individuo e l'ambiente non sono solo biologiche ma anche cognitive, affettive, relazionali.

---

L'individuo è comunque indipendente che attraverso l'autoregolazione e l'autopoiesis è relativamente indipendente dall'ambiente.

E' utile a questo punto accentuare l'attenzione sul concetto di dipendenza, come sostiene Franco NANETTI quando afferma che “ *un percorso verso la libertà si accompagna alla conquista di una crescente autonomia, intesa come passaggio da una condizione di dipendenza assoluta ad una di dipendenza relativa*”.

Mentre nella condizione di dipendenza assoluta il soggetto si percepisce in un totale asservimento a qualcuno o a qualcosa, nella condizione di dipendenza relativa, il soggetto pur senza negare la dipendenza, sa di poter scegliere tra le diverse forme di dipendenza.

Ciò ci introduce nel concetto dell'identità nella relazione, in quanto i cambiamenti mettono in gioco le proprie idee e la propria identità, si pensi in tal senso ai cambiamenti prodotti dalla separazione: nuove relazioni familiari, nuovi fratelli e sorelle, il nuovo e la nuova partner e il relativo carico emotivo che ci si trascina dalla famiglia disciolta e la sua confluenza in altre costellazioni. Non vanno trascurati inoltre la dipendenza e l'identità in rapporto alla famiglia di origine, che rappresenta una storia scritta a più mani e letta a più voci.

I diritti relazionali devono comunque rappresentare un patrimonio indispensabile non solo per l'ex coppia, anche per i figli ai quali deve essere garantito il processo educativo e di crescita armonici attraverso la continuazione della funzione genitoriale. Questo bisogno-diritto spesso è minacciato dalla separazione tra i genitori e dal loro conseguente stato di rapporti per cui è bene interrogarsi quali rischi corrano i bambini di genitori separati quando questi ultimi sono in guerra. Una soddisfacente Mediazione è quella che garantisce i bambini in armonia con il loro ambiente e le loro relazioni vitali.

In tal senso va citato il contributo del Cardinale Carlo Maria Martini, già Arcivescovo di Milano, quando parla del “Patto di stabilità” significando l'impegno comune di padre e madre, anche se separati a tenere distinto ciò che li divide come adulti da ciò che li accomuna come genitori.

Una buona Pedagogia della separazione non può prescindere dai seguenti requisiti:

- 1) Disponibilità adulta,
- 2) Contenimento,
- 3) Stimolazione cognitiva ed affettiva,
- 4) Continuità,
- 5) Gratuità degli affetti,
- 6) Presenza non intrusiva degli adulti,
- 7) Attendibilità e coerenza degli adulti,
- 8) Promozione realistica delle capacità,
- 9) Flessibilità degli interventi adulti,
- 10) Tempo e opportunità di interiorizzare comportamenti positivi,
- 11) Empatia,
- 12) Ascolto (impensabile senza empatia e senza memoria della propria infanzia e adolescenza),
- 13) Rispetto, inteso come zona di rispetto, area nella quale non è permesso o nella quale la costruzione sia sottoposta a vincoli ben precisi, dunque la giusta distanza di convivenza.

### **I problemi della famiglia dopo il divorzio**

Nell'affrontare questo aspetto del modulo facciamo riferimento all'esperienza inglese rappresentata da Lisa Parkinson.

Spesso il conflitto tra i genitori si protrae anche dopo il divorzio, le coppie che vivono un divorzio emozionale incompleto spesso si rivolgono ai servizi sociali non per porre fine alle ostilità ma per aumentare il livello della disputa.

Spesso questo tipo di coppie vivono il c.d. divorzio emozionale incompleto che è rappresentato dai seguenti indicatori:

- 1) Passare molto tempo a pensare all'ex partner,
- 2) Immaginare cosa stia facendo,
- 3) Dubitare del fatto che il divorzio sia realmente accaduto,
- 4) Sentire che non si riuscirà mai a superarlo

### **“L’ingiunzione di supervisione sui figli”**

L'alta conflittualità che si protrae dopo la separazione, nell'esperienza britannica ha indotto il legislatore attraverso i Tribunali per i divorzi e le preture locali a sottoporre i figli alla supervisione di un ufficiale di probation o di un assistente sociale dei servizi locali se < *sussistono circostanze eccezionali che rendono opportuna l'assegnazione del bambino o del minore alla supervisione di una persona indipendente* >. ( Legge sulla tutela dei minori, 1971, Sezione 9 ).

Alcuni Tribunali hanno sviluppato un sistema per cui le ingiunzioni di supervisione a breve termine vengono assegnate al servizio di probativo se i problemi sembrano essere connessi principalmente a un conflitto coniugale, mentre le sentenze a lungo termine vengono assegnata ai servizi sociali se hanno per oggetto l'aiuto ai figli.

Una delle caratteristiche più singolari della legislazione attuale è data dal fatto che questa non attribuisce alcun potere agli operatori incaricati della supervisione.

### **Mediazione per le famiglie ricostituite**

Le famiglie ricostituite sono quelle che si formano dopo la separazione e il divorzio e devono elaborare nuovi codici logistico-organizzativi e relazionali.

Nell'immediato si verificano due cose che definiscono la famiglia secondo nuove regole:

- 1) Modificazione delle convivenze e degli stili di vita,
- 2) Accettare case diverse dove le famiglie vengono accolte.

Tutto ciò si accompagna a ciò che viene prodotto dalla separazione, emozioni, intensità di rabbia, malinconia, che spesso si somma al sollievo per la fine dei litigi e delle tensioni, ma i figli possono vivere la sensazione di essere rimasto in scacco al genitore affidatario e di essersi separato dall'altro genitore (forse preferito).

Non va dimenticato a tal proposito i rischi rappresentati da Gardner quando parla di alienazione genitoriale citando la sindrome della **p.a.s (Parental Alienation Syndrom)**

Tutto ciò include nella sua piena essenza e valenza della Mediazione come bene e risorsa irrinunciabile perché se la separazione è comunque rottura al contempo non può precludere ad un sistema di relazioni e funzioni irrinunciabili e al nuovo sistema di relazioni che si apre tra genogramma del passato e costruzioni di nuovi significativi vincoli tra cui le filiazioni successive e i nuovi scenari che comunque si aprono.

**BIBLIOGRAFIA**

- 1) Franco NANETTI “Il Counseling modelli a confronto”, Edizioni Quattroventi, Urbino, 2003,
- 2) Roberta GIOMMI “La Mediazione nei conflitti familiari”, Edizioni GIUNTI, Firenze, 2003,
- 3) Silvia MAZZONI “Nuove Costellazioni Familiari”, Edizioni GIUFFRE’, Milano, 2002,
- 4) Lisa PARKINSON “ Separazione, Divorzio e Mediazione Familiare”, Edizioni ERICKSON, Trento, 1997.

**Emanuele Esposito**

Criminologo Clinico  
Direttore C.P.A. – Comunità “Don Peppino DIANA”  
di Napoli – Colli Aminei

**Dott. Paolo Sceusa**

Recente provvedimento che individua e scolpisce una "regola di governo del dubbio" in materia di idoneità all'adozione internazionale.



## TRIBUNALE PER I MINORENNI DI TRIESTE

---

N. 39/11 R.I.  
Cron.

Decreto sull'idoneità all'adozione internazionale  
(art. 30 legge 4 maggio 1983 n° 184 e succ. modif.)

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio nella seguente composizione:

dott. Paolo Sceusa	Presidente
dott. Laura Raddino	Giudice relatore
dott. Orietta Pagnutti	Giudice onorario
dott. Luca Giustolisi	Giudice onorario

ha pronunciato il seguente

### **DECRETO**

Letti gli atti relativi alla dichiarazione di disponibilità presentata in data 5 agosto 2011 con la quale i coniugi AA nato a Gorizia il ... e BB nata a Gorizia il ... chiedono di essere dichiarati idonei all'adozione internazionale;

---

premessi che dai documenti e dagli accertamenti in atti risulta che i coniugi istanti sono uniti in matrimonio da più di tre anni e che tra loro non esiste separazione neppure di fatto;

esaminato, in particolare, lo studio sociopsicologico della famiglia, condotto dall'A.S.S. n. 2 Isontina per mezzo del proprio servizio di Consultorio Familiare di Gorizia;

- Sentiti i coniugi nella convocazione del giorno 30.10.2012;
- Richiamati e condivisi i rilievi formulati dai Servizi del Consultorio Familiare di Gorizia, nella relazione di data 20 agosto 2012;
- richiamate integralmente, con specifico riferimento alle ragioni poste a fondamento del diniego, le conclusioni riportate nella predetta relazione dei Servizi;
- rilevato che i coniugi, benchè determinati nel procedere nel percorso adottivo hanno manifestato notevoli difficoltà nell'affrontare l'indagine psicosociale dell'A.S.S. "Isontina", negando ogni aspetto di criticità rilevato (come riporta la relazione nel foglio 4);
- rilevato che i coniugi, relativamente alla complessità dell'adozione hanno espresso un comune atteggiamento caratterizzato da una tendenza a minimizzare i problemi, difficoltà di introspezione e di contatto con le dimensioni emozionale ed affettiva, nonché incapacità a tollerare la frustrazione;
- rilevato che gli atteggiamenti difensivi messi in atto nel corso dell'indagine accanto alle difficoltà della coppia di prefigurazione e di rappresentazione delle criticità insite nell'adozione di un bambino straniero non hanno consentito di mettere in luce le eventuali risorse presenti e di verificare le potenzialità degli istanti in ordine al superamento delle difficoltà evidenziate sia di ordine personale sia relativamente al processo adottivo;
- rilevata la disponibilità della coppia circoscritta alle problematiche di tipo fisico dell'adottando, laddove nessuno può escludere che un bambino non possa avere o maturare, nel corso della vita, dei ritardi o dei problemi di tipo psichico (forse più probabili in bambini con vissuti abbandonici);
- evidenziando che, per sua storia di abbandono, il minore adottivo presenta ordinariamente manifeste esigenze educative, affettive, relazionali e di accudimento che richiedono sempre il massimo dell'adattabilità dell'intero nucleo familiare in relazione alle sue esigenze e prevedibili particolari problematiche;

- ritenuto sussistere il ragionevole dubbio che, in presenza di modalità operative di coppia orientate alla semplificazione ed all'evitamento, i ricorrenti in esame non posseggano le risorse necessarie per rispondere ai complessi bisogni psicologici e relazionali di un minore in stato di abbandono, che non necessariamente potranno esprimersi secondo le modalità da essi vissute e di conseguenza potranno richiedere capacità di lettura e risposte non sempre attingibili nell'ambito dell'esperienza personale;

**- ritenuto che come regola di governo del dubbio in ordine alla sussistenza dell'idoneità adottiva, il giudice debba risolversi nel senso dell'inidoneità. Infatti rappresenta soluzione di garanzia per il minore il mantenere intatta la sua possibilità di trovare una famiglia che tale dubbio non solleva. Diversamente opinando, si finirebbe per far correre al minore, già disastroso in quanto vittima di un primo abbandono, il rischio di subire un reiterato, e perciò ancor più grave, fallimento affettivo;**

- richiamato conforme il parere del Pubblico Ministero

**P.Q.M.**

Dichiara **la non idoneità all'adozione** internazionale dei coniugi nominati in epigrafe.

Manda alla cancelleria per gli adempimenti di rito.

Provvedimento redatto con la collaborazione del g.o. dr. Orietta Pagnutti

Così deciso in Trieste il 28 novembre 2012

Il Giudice estensore  
Dott. Laura Raddino

Il Presidente  
Dott. Paolo Sceusa

**Dott. Paolo Sceusa**

Recentissimo provvedimento di rigetto di affidamento alternato, contenente prescrizioni limitative della potestà e monito per il caso di mancata esecuzione di esse.

N. 429-12-100

**TRIBUNALE PER I MINORENNI DI TRIESTE**

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio nella seguente composizione:

dott.	Paolo Sceusa	Presidente, relatore
dott.	Angela Gianelli	Giudice
dott.	Maria T. Squarcina	Giudice onorario
dott.	Moreno De Toni	Giudice onorario

- decidendo sui ricorsi riuniti presentati rispettivamente in data 18.08.2012 dal sig. **AA**, con l'avv. dom. M. Rizzi del Foro di Trieste, e il 12-09-2012 dalla sig.ra **BB**, con l'avv. dom. T. Benussi del Foro di Trieste, per la modifica della disciplina delle condizioni di affidamento e mantenimento della **figlia** riconosciuta **FF**, nata a Trieste (TS) il ...2010, già statuite con decreto di questo Tribunale per i Minorenni d.d. 9.11.2011 (R.G.158-11) in atti, che affidava la minore suddetta in via esclusiva alla madre con collocamento presso la stessa, disciplinando le visite padre-figlia e il contributo al mantenimento a carico del padre;

- comunicato il ricorso al PMM per il suo intervento (non seguito);

- preso atto che, all'esito dell'audizione personale delle parti e dell'istruttoria documentale, il sig. AA ha così concluso:

*1. disporre l'affidamento condiviso della minore FF, con residenza prevalente presso l'abitazione della madre in Via ..., con impegno di questa alla massima disponibilità e collaborazione con il padre nella gestione della minore in funzione degli impegni educativi e di crescita di questa, coordinandosi nel massimo rispetto reciproco con il padre al fine di consentire alla minore di vivere in un ambiente sereno, consentendo al padre di recuperare i giorni in cui non ha potuto vedere e tenere con sé la minore per i più diversi motivi (malattia, impegni lavorativi della madre, impegni della minore, vacanze);*

*2. in via principale, disporre che al padre signor AA sia consentito vedere e tenere con sé la figlia nella sua abitazione a settimane alterne incluso il pernottamento, durante le quali la minore potrà veder l'altro genitore per 2/3 pomeriggi o mattine, in modo da dar massima effettività al principio dell'alternanza genitoriale per la crescita equilibrata della minore;*

*3. in via subordinata, disporre che al signor AA sia consentito vedere e tenere con sé la figlia a giorni alterni infrasettimanali (es. lunedì, martedì e venerdì) per almeno 8 ore consecutive, autorizzandolo a prelevare la minore dall'asilo che frequenta e tenerla con sé per la notte almeno una volta infrasettimanale;*

4. per quanto riguarda i fine settimana, disporre che il ricorrente possa tenere con sé la minore a weekend alternati di almeno 10 ore con il pernottato tra sabato e domenica;
  5. per quanto riguarda le festività religiose e civili calendarizzate, disporre che il padre tenga con sé la minore alternandosi con la madre in modo automatico (es. Natale con la sig.ra BB e Capodanno con il sig. AA), secondo il principio dell'alternanza;
  6. per quanto riguarda le ferie estive disporre che queste spettino a ciascun genitore per la durata minima di quattro settimane alternate (2+2) da giugno ad ottobre;
  7. per quanto riguarda le ferie invernali disporre che queste spettino a ciascun genitore per la durata di tre settimane a testa (2+1);
  8. disporre i recuperi reciproci ed in via automatica ogni qualvolta sia risultato compromesso il diritto di ciascun genitore di stare con la minore per qualsiasi impedimento della più svariata natura (impegni lavorativi, ferie, malattia, ecc...);
  9. disporre che ciascun genitore si impegni a consegnare all'altro la minore con il suo passaporto, autorizzandosi reciprocamente al rilascio reciproco dei documenti per l'espatrio;
  10. concordare congiuntamente la frequenza della minore a strutture educative (asilo nido) oltre ad attività di svago, ad esempio nuoto, in base alle attitudini della stessa.
- mentre la sig.ra BB ha così concluso:

- 1) rigettare le conclusioni del ricorrente, insistendo per l'affido esclusivo della minore suddetta alla madre;
- 2) in via provvisoria e urgente, sospendere gli incontri padre-minore;

Osserva il Collegio:

va premesso che col decreto dd. 9.11.2011 (R.G.158-11), citato in premessa e di cui il ricorrente ora chiede la modifica, questo Tribunale disponeva:

“... - preso atto che i suddetti genitori hanno risolto la loro convivenza e che in corso di causa, con l'intermediazione del Giudice, hanno raggiunto l'accordo sulla regolamentazione dei rapporti con la figlia, comprendente l'affidamento esclusivo alla madre.

- avuto l'intervento adesivo del PMM;

- ritenuta la conformità dei medesimi agli interessi della minore, nei termini riportati a dispositivo;

- Ritenuto che:

- 1) in punto affido: esaminata l'applicazione della misura cautelare dell'allontanamento dall'abitazione familiare (sita in ...), con divieto di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa BB e dal di lei figlio LL nonché di comunicare telefonicamente con la predetta, e con l'imposizione all'indagato di corrispondere alla BB un assegno di mantenimento per la figlia minore Irene di € 200,00, emessa dal G.I.P. di Trieste in data 16.03.2011 nei confronti del ricorrente sig. AA, indagato per i delitti di cui agli artt. 572 e 582 C.P., commessi a Trieste dal gennaio 2010 fino al 24 febbraio 2011; esaminata altresì la relazione del G.O.A.P. – Centro Antiviolenza di Trieste d.d. 01.04.2011, dalla quale emerge la presa in carico della sig.ra BB dall'agosto del 2010; vista la remissione della querela in data 02.07.2011 (precedentemente posta in essere dalla resistente) con successivo annullamento della misura cautelare; per tali motivi, in attesa della definizione del procedimento penale pendente per il resto procedibile d'ufficio e in via precauzionale, il collegio ritiene, allo stato, rispondente all'interesse della minore l'affido esclusivo di FF alla madre, con collocamento presso la stessa;
- 2) in punto visite e mantenimento come da accordo congiunto, in dispositivo;
- 3) spese di lite integralmente compensate tra le parti, atteso il raggiunto accordo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, così provvede:

- 1) dispone l'affido esclusivo della minore FF alla madre sig.ra BB, con collocamento della minore presso l'abitazione familiare della stessa, in ....
- 2) il padre potrà vedere e tenere con sé la figlia FF:

- per 2 pomeriggi alla settimana, dalle ore 13.00 alle ore 18.00, con prelievo all'asilo nido e riconsegna alla madre presso l'abitazione della stessa;

- i 2 pomeriggi di cui sopra verranno stabiliti il giovedì della settimana prima per quella successiva, mediante invio di sms da parte della signora BB, a seconda dei turni lavorativi di quest'ultima;

- a weekend alterni, o il sabato o la domenica, allo stato escluso il pernottamento, dalle ore 11.00 alle ore 17.00;

3) pone a carico del sig. AA, l'obbligo di contribuire al mantenimento della figlia FF mediante il versamento alla sig.ra BB, entro il giorno 5 di ogni mese, della somma di € 400,00, onnicomprensive, rivalutabile secondo legge.

4) spese di lite integralmente compensate.

...

*Trieste, camera di consiglio del 9 novembre 2011*

*Il Presidente, estensore  
(dott. Paolo Sceusa)*

Preso atto che il fatto nuovo che muove il AA a chiedere la modifica del decreto di cui sopra sarebbe rappresentato dall'esito di quella vicenda penale;

che detto procedimento penale a carico del sig. AA si è concluso con la condanna del sig. AA da parte del GUP di Trieste in data 16.12.2011 (all.1 resistente) alla pena di mesi 6 di reclusione per la violazione dell'art. 572 c.p., con contestuale dichiarazione di non doversi procedere per il reato di lesioni volontarie sempre a danno della sig.ra BB causa remissione della querela;

che, la sig.ra BB dichiara che si sarebbe risolta a rimettere la sua querela nei confronti del AA sol perché costretta o intimorita dalle minacce o comunque dagli atteggiamenti aggressivi del AA;

ritenuto che si possa prescindere dalla effettiva fondatezza di tali addotte ragioni, infatti, per vagliare l'istanza del ricorrente di affidamento condiviso è sufficiente la disamina della mera sostanza delle conclusioni del ricorrente, tutte incentrate nella presente causa, sulla concezione che i propri pretesi diritti di padre debbano trovare affermazione attraverso una spartizione chirurgica dei tempi e della presenza della bambina presso di sé, di modo che essa debba stare presso di lui per una durata esattamente pari rispetto alla madre, da sancire attraverso una cessione a giorni o a settimane alternate tra l'uno e l'altro genitore, con un subitaneo meccanismo di recupero degli eventuali ammanchi.

Un tanto dimostra già di per sé, ad avviso del Collegio, la siderale distanza del ricorrente dalla sufficiente capacità di immedesimazione nelle esigenze di maggior stabilità e tranquillità di vita della figlia, capacità che invece si devono pretendere dal genitore di una bimba che ha da poco compiuto i due anni d'età. Benché così piccola, e proprio perché così piccola, la bambina non può esser considerata e trattata come un oggetto da possedere e da palleggiarsi, anziché come un essere umano con diritti propri.

Giova ricordare che è giurisprudenza ormai costante di questo Tribunale di non consentire, nemmeno nei casi di residenza di entrambi i genitori in enti separati di un medesimo edificio, il palleggio ping-pong della prole. Esso è irrispettoso della dignità personale (il minore viene trattato alla stregua del proverbiale "pacco postale", per richiamare l'espressione coniata dalla saggezza popolare) ed è una soluzione sempre votata a rapido decadimento, man mano che il bambino cresce o mutano gli orari (o i turni...) lavorativi dei genitori o dei loro eventuali nuovi partner e nuovi figli. Una soluzione, quindi, esposta a elevato rischio di far deflagrare ulteriori e continue controversie, con danno alla serenità del minore ed effetto

inutilmente inflattivo sul sistema giudiziario. Un minore, specie di così giovane età, deve invece avere una residenza preferenziale, scelta dai genitori o, in mancanza, dal giudice, secondo i parametri di fatto propri del caso di specie, proiettati dal presente al futuro, per il contemperamento dei diritti in gioco (del figlio e dei genitori), con prevalenza degli interessi del primo.

La “filisofia” genitoriale del ricorrente, in completa divergenza con quanto sopra ritenuto, fa fondatamente temere al Collegio che egli non possa condividere l’affidamento della bambina con la madre, perché sembra indice di una considerazione prevalente di sé, piuttosto che di quella della figlia e, pertanto, fa temere un pregiudizio per quest’ultima, tutte le volte che egli dovesse essere chiamato a prendere -insieme alla madre- le decisioni ordinarie e straordinarie di potestà, nell’interesse superiore della bambina. Per questo motivo il Tribunale ritiene di rigettare la richiesta paterna di affido condiviso e, quindi, rimane immutato il precedente provvedimento di affido esclusivo alla genitrice.

Rilevata, nondimeno, una notevole conflittualità tra entrambi i genitori, che sarà sicura fonte, se non arginata, di profondi disagi e turbamenti per la figlia, occorrerà prescrivere alle parti di sottoporsi al controllo e al sostegno del servizio sociale, come da dispositivo, con chiara avvertenza, fin d’ora espressa, che il disattendimento delle dette prescrizioni (a cominciare da quella di prendere immediata iniziativa di contatto coi servizi sociali), potrà venir sanzionata pecuniariamente ai sensi dell’art. 709 ter, co. II, n. 4, cpc.

Spese di lite compensate per 1/3 tra le parti, in ragione delle prescrizioni imposte ad entrambi. Differenza a carico del ricorrente, in ragione della sua soccombenza.

Decreto esecutivo, stante l’oggetto riguardante diritti personali di soggetti minorenni, di necessaria pronta attuabilità.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, con effetto immediatamente esecutivo, ogni diversa istanza disattesa, così provvede:

1) rigetta le domande del sig. AA, fermo il decreto dd. 9.11.2011, reso in R.G.158-11, da questo Tribunale.

2) prescrive ai sigg.ri AA e BB di rapportarsi con immediatezza e di loro iniziativa al Servizio sociale del Comune di Trieste e di seguirne le indicazioni a supporto delle loro competenze genitoriali, a pena di più gravi limitazioni della loro potestà genitoriale. I suddetti Servizi sociali si potranno avvalere, secondo opportunità, della collaborazione dei Servizi specialistici dell’ASS territorialmente competente.

3) compensa le spese di lite fra le parti nella misura di 1/3 e condanna il sig. AA a rifondere alla sig.ra BB i rimanenti 2/3 delle stesse, che per l’intero, ai sensi del DM 20-07-2012 n 140, si liquidano nella complessiva somma di € 3.500,00, oltre a IVA e CPA nelle misure di legge.

Si comunichi ai fax ..., al Servizio Sociale del Comune di ..., al PMM e al G.T. di ... ex artt. 51 disp. att. cod. civ. e 337 cod. civ.

---

**Ai sensi dell'art. 52, co. 5 del D. L.vo 30-06-2003, n. 196, chiunque diffonda il presente provvedimento è tenuto ad omettere in ogni caso le generalità, altri dati identificativi o altri dati anche relativi a terzi dai quali possa desumersi, anche indirettamente, l'identità di minori, oppure delle parti.**

Trieste, camera di consiglio del 20 febbraio 2013

Il Presidente, estensore  
(dott. Paolo Sceusa)

**Paolo Sceusa**  
Presidente del Tribunale  
per i Minorenni di Trieste

3104/11 N. <del>332/09</del> PMM	751/12 N. <del>235/09</del> GIP	1/13 N.S. N. <del>327/09</del> TM
-------------------------------------	------------------------------------	--------------------------------------



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**TRIBUNALE PER I MINORENNI DI NAPOLI**  
**UFFICIO DIBATTIMENTO PENALE**

***Il Tribunale per i minorenni di Napoli***

DR. PIERANTONI	PRESIDENTE
DR. VALLARIO	GIUDICE EST.
DR. PAGANO	COMP. PRIVATO
DR. PURCARO	COMP. PRIVATO

ha pronunciato la seguente

**Ordinanza**

nel procedimento iscritto nei confronti di : [REDACTED]

**Posizione giuridica:** collocato c/o la Comunità "L'isola che non c'è" di Casal di Principe in base al provvedimento applicativo di **misura di sicurezza** emesso dal GIP in data 23 gennaio 2013 convalidato da questo Tribunale in data 20.2.2013

In relazione ai reati di rapina e tentata estorsione

Letta la richiesta depositata dal PMM in data 1.3.2013 ed intesa al **temporaneo aggravamento** della misura di sicurezza attualmente in corso e come sopra specificata con quella della custodia cautelare per giorni trenta ;

letta la comunicazione della Polizia Ferroviaria per il Lazio ove si evidenzia che il minore in data 15.2.13 si è allontanato arbitrariamente dalla comunità in cui era stato collocato, essendo stato trovato a bordo del treno diretto a Formia senza biglietto;

ritenuto che detto comportamento integra una gravissima violazione delle prescrizioni inerenti la misura cautelare imposta;

rilevato, come sulla scorta della costante giurisprudenza della Suprema Corte, **risulta giuridicamente legittima la applicazione della sanzione processuale dell'aggravamento temporaneo anche in relazione ad una misura di sicurezza** dal momento che ( vedi Cass. Sez. I sentenza 4035 del 16 Gennaio 1991 nonché Cass. Sez. I sentenza 4847 del 10 Settembre 1997 ), il " rinvio operato dall'art. 36 del c.p.p.m all'art. 22 dello stesso c.p.p.m. implica la applicabilità della **complessiva** disciplina prevista in tale articolo anche per quanto riguarda la

sanzione contemplata nel comma quarto “ pur non modificandosi, così, la misura di sicurezza in misura cautelare, trattandosi di trasposizione di forme e *modalità esecutive* e non già di una sovrapposizione e identificazione degli istituti che rimangono ben differenziati per ciò che attiene ai loro presupposti, alle rispettive finalità che non riguarda le modalità esecutive, conseguendone che “ la restrizione prevista dal quarto comma dell’art. 22 costituisce un inasprimento sanzionatorio della misura di sicurezza prevista proprio per reprimere gravi e ripetute inosservanze alla disciplina nel corso della esecuzione della misura o allontanamenti ingiustificati “;

**P . Q . M .**

Visti gli artt. 36 e art. 22, ultimo comma, c.p.p.m.,

**dispone in via di temporaneo aggravamento**

della *misura di sicurezza* del collocamento in comunità attualmente in corso nei confronti di [REDACTED] **la misura della custodia cautelare presso un Istituto penale minorile**, che dovrà essere immediatamente designato dal Centro Giustizia Minorile, **per un periodo di tempo pari a giorni trenta**. Dispone che allo scadere per periodo sovraindicato, calcolando quale dies a quo il giorno di ingresso in Istituto, il minore, senza necessità di specifico provvedimento del giudice, venga nuovamente collocato presso una Comunità da designarsi dal Centro Giustizia Minorile, per l’ulteriore corso della misura di sicurezza originaria, salvo diverse disposizioni. Manda per la esecuzione il Centro giustizia minorile in sede.

*Napoli, 4.3.2013*

*Il Giudice est.*

*Dott. ssa Paola Vallario*

*Il Presidente*  
*Dott. Maurizio Pierantoni*

4/3/13  
M.P.

Tribunale minorenni Napoli Ufficio dibattimento penale



---

A seguito dell'allontanamento il Tribunale per i Minorenni di Napoli - Sezione Dibattimento applicava al minore la sanzione processuale dell'aggravamento della misura di sicurezza, per il periodo di trenta giorni, in quella della custodia cautelare in Istituto Penale Minorile.

### **MOTIVI DI DIRITTO**

Premette il difensore che, pur considerando illegittima la procedura seguita dal Tribunale, che ha ritenuto di poter applicare al caso concreto, per analogia, le norme sulla custodia cautelare, ricorre al rimedio previsto dall'art. 310 c.p.p., e non propone immediato ricorso per Cassazione, in quanto la decisione della Suprema Corte interverrebbe trascorso il periodo di aggravamento.

### **INCOMPETENZA DEL TRIBUNALE PER I MINORENNI DI NAPOLI - SEZ. DIBATTIMENTALE**

L'art. 40 del D.P.R. 448/88 attribuisce la competenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza al Magistrato di Sorveglianza.

Appare pertanto *ictu oculi* l'incompetenza della Sezione Dibattimentale del Tribunale minorile.

### **ILLEGITTIMITÀ DELL'ORDINANZA PER VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 40 D.P.R. 448/88 E 214 C.P. – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3 E 27 COST.**

L'art. 36 del D.P.R. 448/88 ha mantenuto nei confronti dei minorenni le misure di sicurezza previste dal Codice Rocco (libertà vigilata e riformatorio giudiziario), ma ha modificato le modalità di esecuzione delle stesse, statuendo che la libertà vigilata va eseguita nelle forme delle prescrizioni e della permanenza in casa, ed il riformatorio giudiziario nelle forme del collocamento in Comunità. È evidente che il legislatore, pur mantenendo il *nomen iuris* delle due misure, ha voluto optare per modalità esecutive aventi carattere educativo e di sostegno, abbandonando soprattutto lo schema custodialistico che caratterizzava il riformatorio giudiziario.

In dottrina e in giurisprudenza è immediatamente sorta la questione se il richiamo alle misure cautelari citate riguardasse solo la forma di esecuzione, o anche l'intera disciplina.

La questione è di massima importanza, in quanto coloro che sostengono che il legislatore ha voluto limitare alle sole modalità esecutive il richiamo alle norme disciplinanti le misure cautelari, in caso di violazione della misura di sicurezza, riterranno applicabili, rispettivamente, l'art. 231 o l'art. 214 c.p.

Coloro che, al contrario, ritengono che il richiamo investa l'intera disciplina delle misure cautelari, in caso di violazione della misura di sicurezza, ritengono applicabile il sistema di aggravamento a scalare previsto dal D.P.R. 448/88 per le misure cautelari, ritenendo abrogati per i minori i detti articoli a seguito dell'entrata in vigore del c.p.m.p.

Va premesso che, in caso di violazione della misura di sicurezza della libertà vigilata, sia adottando l'uno che l'altro sistema, non si determinano concreti pregiudizi per il minore.

In effetti, ex art. 231 2° co. c.p., in caso di violazione, la misura della libertà vigilata viene sostituita con il riformatorio giudiziario, sostituzione che, avuto riguardo alla esecuzione delle predette misure, comporta l'aggravamento della permanenza in casa con prescrizioni nel collocamento in Comunità, cui si sarebbe ugualmente pervenuto applicando gli artt. 20 e 21 D.P.R. 448/88.

Al contrario, la violazione della misura di sicurezza del riformatorio giudiziario, applicando l'art. 214 c.p., comporta che il periodo minimo di durata della stessa ricominci a decorrere dal giorno in cui ne è ripresa l'esecuzione, laddove, in caso di opzione per il criterio di aggravamento a scalare, al minore viene applicata la custodia in I.P.M. per un periodo massimo di trenta giorni.

D'altronde la decorrenza ex novo stabilita dall'art. 214 c.p. è temperata dalla abrogazione della durata minima delle misure di sicurezza (art. 207 co. 2 c.p. Sentenza n. 110/1974 Corte Cost.).

---

Il risultato abnorme di tale criterio interpretativo comporta che il soggetto riconosciuto incapace di intendere e di volere viene ristretto in Istituto Penale Minorile, come se avesse discernimento.

Ben vero che la Suprema Corte di Cassazione, con una della sentenza risalente nel tempo ritenne che la misura di sicurezza non si modificava in misura cautelare *“trattandosi di trasposizione di forme e modalità esecutive e non già di una sovrapposizione ed identificazione degli istituti che rimangono ben differenziati per ciò che attiene ai loro presupposti e alle loro rispettive finalità”* (Sez. 1 16.01.1991 n. 4035).

Detta interpretazione non teneva conto della illogicità manifesta delle conseguenze che essa comporta e cioè, ripetesi, della restrizione in carcere di soggetto incapace e quindi incompatibile per la sua condizione col regime detentivo.

In effetti la Corte di Cassazione, posta in seguito di fronte al problema della violazione della misura di sicurezza da parte di soggetto infraquattordicenne, affermava che l'aggravamento a scalare del collocamento in Comunità in Istituto Penale Minorile in tal caso non doveva applicarsi: *“Qualora nei confronti di minore infraquattordicenne, e perciò non imputabile, sia stata disposta l'applicazione provvisoria della misura di sicurezza del riformatorio giudiziario, da eseguirsi, ai sensi dell'art. 36 comma 2 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, nelle forme di cui all'art. 22 dello stesso d.P.R. (collocamento in comunità), non è possibile - diversamente da quanto si verifica nel caso di minore che abbia compiuto il quattordicesimo anno - disporre, in caso di gravi e ripetute violazioni delle prescrizioni imposte, ai sensi del comma 4 del citato art. 22, la sostituzione del collocamento in comunità con la custodia cautelare”* (Cass. Pen. Sez. 1 10/09/1997 n. 4847).

Non vi è chi non veda che la interpretazione della misura cautelare a scalare comporta un'ingiustificata disparità di trattamento tra due soggetti che si trovano nella medesima situazione.

In effetti l'infraquattordicenne è portatore di una incapacità biologica, dovuta all'età, come l'ultraquattordicenne è incapace a seguito malattia mentale.

Se pertanto l'aggravamento non può applicarsi nei confronti del soggetto infraquattordicenne, analogamente non potrà applicarsi nei confronti del soggetto incapace in quanto affetto da vizio di mente.

Anche la giurisprudenza di merito considera inapplicabile il criterio seguito dalla Suprema Corte (*“il circolo perverso violazione-carcere potrebbe portare di 30 giorni in trenta giorni ad un carcerazione dell’immaturato superiore ai termini massimi di custodia cautelare, in caso di applicazione provvisoria, ovvero alla pena irrogata ad eventuali coimputati capaci di intendere e volere in caso di applicazione definitiva”* - T.p.M. di Torino sentenza 25.09.1995) : in effetti di aggravamento in aggravamento si finisce col far rientrare dalla finestra la misura custodiale che è uscita dalla porta per l'incapacità del minore.

La maggior parte della dottrina è attestata sulle medesime posizioni del T.p.M. di Torino (Larizza, Pansini, Palomba, Di Nuovo–Grasso).

Questi ultimi Autori scrivono chiaramente che l'applicazione di una misura sanzionatoria penale nel caso di trasgressione di una misura di sicurezza darebbe luogo all'utilizzo di una vera e propria pena *“a cui, invece, la misura di sicurezza dovrebbe contrapporsi”*, perché si applicherebbe la carcerazione proprio quando *“il giudice minorile l'abbia reputata, nei casi di non imputabilità, non applicabile a motivo del modo di essere del minore o, addirittura, nel caso in cui ciò non sia possibile per legge a motivo dell'età del soggetto”* (DI NUOVO-GRASSO, Diritto e procedura penale minorile, Milano, 1999, pag. 461).

In effetti l'estensione del criterio di scalarità alle misure di sicurezza comporta altresì la violazione di precetti costituzionali fondamentali:

- A) Art. 3: l'applicazione del criterio, come abbiamo ricordato, finisce con il trattare in modo diverso due soggetti che si trovano in uguale posizione;
- B) Art. 27: il quale attribuisce finalità educativa alla pena, postula che la stessa possa essere irrogata solo a soggetto compos sui, il quale dal trattamento intramurario può essere indotto alla revisione critica del proprio operato, e quindi alla prevenzione.

Del resto già il Codice Rocco, facendo propria la teoria del doppio binario, ha nettamente distinto le misure di sicurezza dalle pene.

### **CONCLUSIONI**

Voglia il Tribunale per i Minorenni di Napoli, in funzione di Giudice del Riesame, così provvedere:

- 1) annullare l'ordinanza impugnata;
- 2) ex art. 214 c.p. ripristinare immediatamente la misura di sicurezza nelle forme del collocamento in Comunità per ██████████, con nuova decorrenza della stessa dalla data dell'esecuzione.

Con perfetta osservanza.

*praticante Avvocato*  
*Aldo Cimmino*

*Avv. Mario Covelli*

35/13 R.R.

AL TRIBUNALE DI SORVEGLIANZA  
PER L'ESECUZIONE  
X ricorrete 18/3/2013

N. 3164/12. R.G. notizie di reato P.M.M Tribunale per i minorenni di Napoli

N. 761/12 R. Gen. Dib

## TRIBUNALE PER I MINORENNI DI NAPOLI

## APPELLO

Il Tribunale per i minorenni di Napoli composto da:

dott.ssa Paola Brunese	Presidente Est
dott. Francesco Galli	Giudice
dott.ssa Silvia Ferrarelli	Componente privato.
dott. Aldo Alberti	Componente privato

sull' appello proposto nell'interesse di [REDACTED] avverso l'ordinanza del Tribunale per i minorenni di Napoli in data 4.3.2013 di temporaneo aggravamento della misura di sicurezza del collocamento in comunità, in corso nei confronti di [REDACTED], con la custodia cautelare in IPM per giorni 30, letti gli atti tempestivamente trasmessi dall'autorità procedente; sentito il difensore all'odierna udienza camerale tenutasi in assenza del p.m.; riunito in camera di consiglio, ha pronunciato la seguente

## ORDINANZA

L'appellante censura l'ordinanza del Tribunale per i minorenni di Napoli emessa in data 4.3.2013, di temporaneo aggravamento della misura di sicurezza del collocamento in comunità, in corso nei confronti di [REDACTED] con la custodia cautelare in IPM per giorni 30.

In primo luogo, ritiene l'incompetenza del Tribunale per i minorenni di Napoli, in funzione di giudice del dibattimento, a provvedere sull'aggravamento della misura di sicurezza richiesto dal PMM, spettando ogni provvedimento sull'esecuzione delle misure di sicurezza al Magistrato di Sorveglianza.

In secondo luogo, assume l'illegittimità della restrizione in IPM, di un soggetto

dichiarato non imputabile, sia pure per soli 30 giorni, in aggravamento del collocamento in comunità .

L'appello è fondato sotto il profilo della incompetenza funzionale del giudice del dibattimento penale a provvedere sulla richiesta di aggravamento della misura di sicurezza già applicata in via definitiva dal medesimo giudice.

Ed invero l'art 40 DPR 448\88 attribuisce al magistrato di sorveglianza per i minorenni del luogo dove la misura deve essere eseguita la competenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza applicate nei confronti di minorenni. A tale magistrato la legge attribuisce la competenza ad impartire le disposizioni concernenti le modalità di esecuzione della misura , la vigilanza costante sulla stessa, la revoca della misura. Pertanto soltanto durante il procedimento davanti al Tribunale per i minorenni per la conferma della misura di sicurezza applicata in via provvisoria tale organo può modificare o revocare tale misura, stante il disposto dell'art 38 DPR 448\88.

Nel caso in esame il Tribunale già in data 20.2.2013 aveva confermato la misura di sicurezza applicata dal Gup in data 23.1.2013, per cui ogni provvedimento inerente tale misura poteva essere adottata solo dal magistrato di sorveglianza.

Da tali considerazioni consegue che l'ordinanza impugnata deve essere annullata per l'incompetenza funzionale del giudice che la ha emessa e gli atti devono essere trasmessi al magistrato di sorveglianza in sede .

██████████ deve pertanto deve essere di nuovo collocato in comunità per l'ulteriore corso della misura del riformatorio giudiziario.

Il primo motivo di appello è assorbente rispetto a quello successivo e non consente a tale collegio di entrare nel merito della questione

P Q M

Letti gli artt. 310 c.p.p e 40 DPR 448\88 accoglie l'appello e per l'effetto annulla l'ordinanza DEL TRIBUNALE PER I MINORENNI DI NAPOLI EMESSA IN DATA 4.3.2013, DI TEMPORANEO AGGRAVAMENTO DELLA MISURA DI SICUREZZA DEL COLLOCAMENTO IN COMUNITÀ, IN CORSO NEI CONFRONTI DI ██████████ CON LA CUSTODIA CAUTELARE IN IPM PER GIORNI 30, DISPONENDO IL RIPRISTINO DELLA MISURA DI SICUREZZA ORIGINARIA NELLA FORMA DEL COLLOCAMENTO IN

COMUNITÀ

Manda alla cancelleria per l'adempimento e le comunicazioni di rito, compresa la trasmissione degli atti al magistrato di sorveglianza in sede  
Napoli, camera di consiglio 18.3.2013



DEPOSITATA IN CANCELLERIA

Napoli, 18 MAR. 2013

L'Assistente Giudiziario  
Sig. a. Pitera

Il Presidente Estensore

**Avv. Mario Covelli**

**Il consenso del minore per le definizioni ex art. 32 D.P.R. 448/88**

L'art. 22 della Legge 1.3.2001 n. 63 ha sostituito, modificandone radicalmente il contenuto, il comma 1 dell'art. 32 D.P.R. 448/88, che così recitava "*Nell'udienza preliminare il giudice, se ritiene di poter decidere allo stato degli atti, dichiara chiusa la discussione e pronunzia sentenza di N.L.P. nei casi previsti dall'art. 425 c.p.p. o per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto*".

L'art. 22 così ora dispone: "*Nell'udienza preliminare, prima dell'inizio della discussione, il giudice chiede all'imputato se consente alla definizione del processo in quella fase salvo che il consenso sia stato validamente prestato in precedenza. Se il consenso è prestato, il giudice, al termine della discussione, pronunzia sentenza di N.L.P. nei casi previsti dall'art. 425 del codice di procedura penale o per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto*".

Già da una sommaria lettura emerge in tutta evidenza la sostanziale modifica apportata: nel vecchio testo il G.U.P., se riteneva di poter decidere allo stato degli atti, dichiarava chiusa la discussione pronunziando sentenza; nel testo attuale il G.U.P. chiede all'imputato se consente alla definizione del processo in quella stessa fase e pronunzia sentenza solo se il consenso è prestato. Il legislatore ha quindi chiaramente subordinato la chiusura anticipata del processo minorile nell'udienza preliminare non più *al potere* del giudice che decideva *ex officio*, ritenendo di agire nell'interesse del minore, ma alla volontà dell'imputato minorenni.

La modifica va inquadrata nella ratio del giusto processo e nelle problematiche consequenziali: la scelta della definizione anticipata, che comporta la rinuncia al dibattimento e a tutte le garanzie offerte dal contraddittorio, è stata subordinata al consenso del minore e la sua volontà è stata ritenuta preminente rispetto alla finalità che la norma originaria intendeva raggiungere e cioè la rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale.

---

La dottrina ha in genere accolto positivamente tale modifica<sup>40</sup>.

In senso contrario Sfrappini ritiene la scelta legislativa “assai poco razionale” in quanto rappresenta un eccesso di tutela del diritto al contraddittorio, difficilmente conciliabile con i principi di minima offensività del processo, e pregiudizievole nell’ottica della rinuncia alla pretesa punitiva per l’educazione del minore<sup>41</sup>.

La modifica dell'art. 32 suscitò inoltre forti resistenze nei giudici minorili, i quali lamentarono:

- che veniva meno la funzione deflattiva dell'udienza preliminare minorile;
- che veniva a crearsi disparità di trattamento tra imputati minorenni ed imputati maggiorenni, per i quali il proscioglimento all'udienza preliminare ex art. 425 può essere applicato senza alcun consenso;
- che la norma, in luogo di favorire la rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale, prolungava oltremodo il processo con l’inutile devoluzione della decisione al dibattimento.

La Corte Costituzionale, investita della questione da vari Tribunali (Salerno, Palermo, Roma) con sentenza n. 195 del 09-16.05.2002 ha sostanzialmente confermato la validità della norma, in quanto ha dichiarato la stessa illegittima solo nella parte in cui

---

40 Tra gli altri il Colamussi scrive: “L’innovazione così apportata in seno alla disciplina dell’udienza preliminare nel processo penale minorile non può essere trascurata, dal momento che rappresenta un rafforzamento delle garanzie difensive in favore dell’imputato di minore età.

La versione originaria della norma, infatti, attribuiva al giudice dell’udienza preliminare una valutazione esclusiva – fondata sulla decidibilità allo stato degli atti - che gli consentiva di definire anticipatamente l’intero procedimento, attraverso l’emanazione di una sentenza di non luogo a procedere nei casi previsti dall’art. 425 c.p.p., ovvero, concedendo il perdono giudiziale, o, in alternativa, pronunciando la irrilevanza del fatto ex art. 27 D.P.R. 448/88. Tutte formule anticipatorie di proscioglimento che, escludendo la valutazione di merito, ignoravano – dal punto di vista procedurale – la volontà dell’imputato.

D’altronde, l’acquiescenza imposta all’imputato dalla prima versione dell’art. 32, comma 1, D.P.R. 448/88, si giustificava in funzione della formula di proscioglimento adottata che permetteva al minore la rapida fuoriuscita dal circuito penale, evitando al tempo stesso il pregiudizio, potenzialmente derivante dall’ulteriore corso del procedimento a suo carico nella fase successiva del giudizio.

A seguito dell’inserimento delle garanzie del giusto processo nel corpo dell’art. 111 Cost., è stata avvertita l’esigenza di rafforzare le garanzie difensive in favore dell’imputato minorenne in sede di udienza preliminare, riconoscendo a quest’ultimo la facoltà di scegliere se definire o meno in questa sede la vicenda processuale di cui è protagonista.

In altre parole è rimessa alla manifestazione di volontà dell’imputato la valutazione di opportunità circa la rinuncia ad una pronuncia di merito, che troverebbe la sua sede naturale nella fase successiva del giudizio, nell’ambito della quale l’imputato potrebbe avere interesse ad una formula definitoria più ampiamente liberatoria.

E’ inoltre compreso il potere decisionale del giudice sulla decidibilità allo stato degli atti, in quanto subordinato al consenso dell’imputato, che esprime - attraverso la sua scelta processuale - il diritto all’autodifesa; ne consegue che la valenza educativa del processo penale minorile trova una rinnovata espressione non già nella valutazione rimessa al giudice in favore del minore, come accadeva in passato, bensì nel rafforzamento della difesa materiale, nonché nel diritto al contraddittorio, di cui lo stesso minore si fa portavoce. Solo così può dirsi salvo il precetto costituzionale previsto dall’art. 111, comma 5, Cost., nella parte in cui sancisce una riserva di legge in ordine ai casi, ergo eccezioni, in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio, attraverso il consenso imprescindibile dell’imputato”. (COLAMUSSI, Il diritto di difesa nel processo penale minorile, in Rivista di diritto processuale, 2003, pagg. 93 – 98).

<sup>41</sup> Sfrappini in Giostra op. cit., “Il processo penale minorile”, Milano 2001, pag 402.

---

non permette al giudice minorile di prosciogliere *l'imputato non consenziente, perché assente, contumace o irreperibile, nei seguenti casi, in cui lo stesso non è legittimato ad impugnare*:

- il fatto non sussiste,
- l'imputato non lo ha commesso,
- il fatto non è previsto dalla legge come reato,
- il fatto non costituisce reato
- difetto di querela
- intervenuta rimessione di querela.

Nei seguenti casi in cui è ontologicamente presupposta la penale responsabilità del minore, occorre il consenso dello stesso per la definizione con:

- perdono giudiziale;
- irrilevanza del fatto;
- immaturità;
- estinzione del reato per qualunque causa;
- cause di non punibilità.

La modifica legislativa, dichiarata legittima dalla Corte Costituzionale, valorizza i poteri negoziali dell'imputato nel processo, e segna il passaggio dalla tutela pubblica e officiosa del minore all'ampliamento dei poteri e delle strategia di difesa individuale<sup>42</sup>.

Il legislatore ha tuttavia previsto che il consenso possa essere prestato anche in fasi processuali precedenti (ad es. in sede di interrogatorio da parte del P.M. o della P.G. delegata) Tale scelta è assai discutibile, in quanto il consenso in tal modo viene prestato "al buio", quando il corso delle indagini è aperto a tutte le possibilità ed il minore non conosce gli atti.

La disposizione in esame finisce col depotenziare il valore dell'innovazione, giacché la rinuncia del minore al dibattimento è giustificata solo quando dal contraddittorio non possa emergere alcun elemento nuovo in suo favore. Solo se il minore conosce

---

<sup>42</sup> TRICOMI, la quale evidenzia che il consenso viene raccolto preventivamente, quindi si forma solo in ordine alla definizione anticipata del procedimento, e non già sul contenuto del provvedimento che il G.U.P. andrà a pronunciare, Guida al Diritto n. 13/01, pag. 69.

---

completamente l'intero fascicolo processuale e tutte le risultanze delle indagini, può rinunciare al dibattimento con consapevolezza.

I giudici minorili tentarono anche di sostenere che il difensore, che rappresenta ex art. 99 c.p.p. l'imputato contumace (art. 420 quater), potesse validamente esprimere il consenso in sua vece.

Trattasi di evidente errore, in quanto il consenso è atto personalissimo di autodifesa dell'imputato, che può essere manifestato solo personalmente dallo stesso o dal difensore munito di procura speciale.

Il giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale per i minorenni può definire il procedimento pronunciando sentenza di non luogo a procedere per perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto solo quando il minore abbia espresso il proprio consenso alla definizione del giudizio all'udienza preliminare. Infatti, tale tipo di pronuncia presuppone un accertamento della responsabilità penale, normalmente devoluto alla fase dibattimentale, e pertanto è solo l'imputato che può decidere di rinunciare al dibattimento ed alle facoltà difensive ivi esercitabili.

In applicazione di tale principio la Suprema Corte ha annullato senza rinvio la sentenza di non luogo a procedere per perdono giudiziale emessa dal G.U.P. a seguito del consenso alla definizione del giudizio espresso dal difensore di un imputato minorente contumace. (Cass. pen., sez. VI, 26/02/2003, n. 22538)<sup>43</sup>.

Il Tribunale per i Minorenni di Roma ha voluto riproporre la questione, rimettendo gli atti alla Corte costituzionale con ordinanza del 22 maggio 2012, sostenendo la possibilità per il difensore dell'imputato contumace di prestare il consenso alla definizione del processo all'udienza preliminare, anche se privo di procura speciale. L'imputato contumace, rilevava infatti il Tribunale, è rappresentato dal difensore, al quale competono i diritti e le facoltà che la legge riconosce all'imputato stesso, salvo che siano riservati personalmente a quest'ultimo (art. 99 c.p.p.).

---

<sup>43</sup> Conformemente: Cass. pen., sez. V, 11 luglio 2007, n. 27018; Cass. pen., sez. V, 28 gennaio 2008, n. 4134; Cass. pen., sez. VI, 31 marzo 2009, n. 14173; Cass. pen., sez. V, 16 febbraio 2010, n. 6374; Cass. pen., sez. VI, 24 febbraio 2012, n. 7395.

La legge indica espressamente i casi nei quali un atto deve essere compiuto personalmente dall'imputato o da un suo procuratore speciale<sup>44</sup> e una simile indicazione non si rinviene nell'art. 32 D.P.R. 448/88.

Pertanto il Tribunale deduceva l'incostituzionalità dell'art. 32 comma 1 in riferimento agli artt. 3, 24, 31 comma 1 e 111 Cost.

Ad avviso del Tribunale l'art. 32 violerebbe il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), determinando un'ingiustificata disparità di trattamento tra l'imputato che abbia scelto di comparire in udienza e l'imputato che abbia scelto di rimanere contumace, in quanto solo il primo sarebbe ammesso a godere dei benefici previsti dal diritto penale minorile senza dover attendere il dibattimento.

Inoltre risulterebbero violati il diritto di difesa dell'imputato (art. 24 Cost.), l'interesse del minore ad una rapida uscita del minore dal procedimento penale, in violazione del principio di protezione della gioventù, stabilito dall'art. 31 Cost., il principio della ragionevole durata del processo, con il rinvio al dibattimento della definizione che potrebbe tranquillamente avvenire all'udienza preliminare (art. 111 comma 2 Cost.).

La Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione rilevando che:

- 1) non vi è disparità di trattamento tra l'imputato presente e l'imputato contumace, in quanto il secondo non compare e non conferisce la procura al difensore sulla base di una scelta libera e volontaria;
- 2) l'imputato può comunque ottenere in dibattimento le stesse formule di proscioglimento;
- 3) non è violato il diritto di difesa ed occorre la procura speciale, come nei riti "a prova contratta", in quanto, per l'utilizzazione di elementi probatori in danno dell'imputato, occorre la scelta personale di quest'ultimo;
- 4) non è violato l'art. 111 Cost., in quanto tra la garanzia di formazione della prova in contraddittorio e la esigenza di sollecita definizione del processo, prevale la prima per l'evidente interesse dell'imputato.

La decisione della Corte costituzionale, la quale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32 comma 1 D.P.R. 448/88, rafforza la posizione

---

<sup>44</sup> Artt. 46, comma 2, 419, comma 5, 438, comma 3, 446, comma 3, 571, comma 1, 589, comma 2, 645, comma 1, cod. proc. pen.

di coloro che intendono offrire una lettura moderna e costituzionalmente orientata del processo penale minorile.

In sintesi non è il giudice che protegge il minore, coadiuvato da un avvocato che avrebbe il dovere deontologico di collaborare con il magistrato, ma è il minore il soggetto attivo del processo, il quale compie liberamente e consapevolmente le sue scelte.

Tale posizione impedisce la c.d. “deriva pedagogica” del processo penale minorile, ma non viola lo spirito educativo del rito. Educazione significa infatti abituare a scelte responsabili e tali scelte il minore deve essere educato a compiere, nella prospettiva della sua vita futura.

**Mario Covelli**

## LA RICOSTRUZIONE GIURISPRUDENZIALE DEL D.A.SPO. E PROFILI PROBLEMATICI DI NATURA PROCESSUALE IN ATTESA DI RISOLUZIONE

### **GENESI E NATURA GIURIDICA**

Il termine DASPO è l'acronimo di "Divieto di Accedere alle manifestazioni SPOrtive".

Il divieto di accesso alle strutture ove si svolgono tali eventi, unitamente all'obbligo di presentazione presso un Ufficio di Polizia, nel tempo in cui esse sono in corso, sono provvedimenti introdotti nel nostro ordinamento in attuazione alle indicazioni provenienti dagli organismi comunitari. In particolare, tanto il Parlamento europeo con propria risoluzione dell'11 luglio 1985<sup>1</sup>, intitolata alle misure necessarie per combattere il vandalismo e la violenza nello sport, quanto il Consiglio d'Europa con la Convenzione del 19 agosto 1985 in materia di violenza e intemperanze degli spettatori in occasione di manifestazioni sportive, avevano invitato gli Stati ad adottare misure idonee a prevenire ed a controllare tali fenomeni. Accanto alla esortazione, il testo convenzionale individua anche una prima forma provvedimentale dal contenuto tipico di un non *facere* e consistente proprio nell'imposizione di un divieto di accedere agli stadi o agli incontri sportivi nei confronti di persone notoriamente o potenzialmente pericolose<sup>2</sup>. Successivamente, con la risoluzione del Consiglio dell'Unione europea del 17 novembre 2003 finalizzata alla "adozione negli Stati membri del divieto di accesso agli impianti dove si svolgono partite di calcio di rilevanza internazionale", gli Stati membri, in conformità alle norme del proprio ordinamento interno, sono stati invitati "ad esaminare la possibilità di introdurre disposizioni che stabiliscano un meccanismo per interdire l'accesso agli stadi in cui sono in programma competizioni calcistiche ai soggetti già resisi responsabili di fatti di violenza in occasione di incontri calcistici".

Il Parlamento italiano ha dato attuazione alle indicazioni sovranazionali mediante la formulazione dell'art. 6 della legge 13 dicembre 1989 nr. 401. Tale norma conferisce al Questore il potere di vietare l'accesso sia ai luoghi in cui si svolgono competizioni sportive, che a quelli nelle immediate vicinanze, a soggetti denunciati o condannati per: 1) esercizio abusivo di attività di giuoco o di scommessa (art. 4 L. 401/1989); 2) violazione della legge sulle armi (L. 110/1975); 3) violazione della legge sulla tutela dell'ordine pubblico tramite utilizzo di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona (art. 5 L. 152/1975); 4) violazione della legge in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa per chi compia manifestazioni esteriori ovvero

---

<sup>1</sup> Risoluzione Parlamento Europeo dell'11 luglio 1985, in G.U. C 229 del 9.9.1985, pag. 99.

<sup>2</sup> Convenzione del Consiglio d'Europa del 19 agosto 1985, art. 3.

ostenti emblemi o simboli propri di associazioni o organizzazioni vietate dalla legge di ratifica della Convenzione di New York (art. 2 co. 2 L. 205/1993 in combinato con l'art. 3 L. 654/1975); 5) lancio di materiale pericoloso, scavalco e invasione di campo in occasione di manifestazioni sportive (art. 6bis L. 401/1989); possesso di artifici pirotecnici in occasione di manifestazioni sportive (art. 6ter L. 401/1989); aver preso parte attiva ad episodi di violenza su persone o cose (art. 6 L. 401/1989).

Essendo adottato da un organo tipicamente amministrativo, quale è il questore, nonché per la sua stessa forma, deve ritenersi che il provvedimento abbia natura amministrativa<sup>3</sup>, i cui effetti sono suscettibili di incidere, non tanto sulla “libertà personale” del soggetto, tutelata ai sensi dell'art. 13 cost., bensì sulla “libertà di circolazione”<sup>4</sup> di cui art. 16 Cost., con funzione di prevenzione<sup>5</sup>. La norma costituzionale, invero, attribuisce un diritto assoluto ai cittadini di circolare nel territorio nazionale, ove i limiti possono essere imposti per legge per le sole finalità inerenti la salute o l'ordine pubblico. In relazione a tale esigenza, l'art. 6 comma 1, L. n. 401 del 1989 attribuisce al Questore un potere interdittivo, esercitabile nei confronti di chiunque, in occasione o a causa di manifestazioni sportive, tenga una condotta violenta, o comunque tale da porre in pericolo la sicurezza pubblica. È stato giustamente rilevato in giurisprudenza come tale potere si connota di un'elevata discrezionalità, in considerazione delle finalità di pubblica sicurezza cui è diretto, in vista della tutela dell'ordine pubblico, e ciò non solo in caso di consumazione della condotta e quindi con lesione al predetto bene giuridico, ma anche in via preventiva, ovvero in caso di pericolo anche solo potenziale di siffatta lesione. Si tratta, pertanto, di un potere attribuito anche con fini di prevenzione alla commissione di illeciti, tenuto conto della diffusività del fenomeno relativo alle violenze negli stadi di calcio e della necessità di approntare, anche sul piano normativo, rimedi efficaci, da attuare anche in via anticipata alla effettiva lesione dell'ordine pubblico, ed ascrivibile, magari, a semplici condotte che comportano o agevolano situazioni di allarme e di pericolo<sup>6</sup>. Tale discrezionalità amministrativa, tra l'altro, rimane incensurabile in sede di legittimità nel momento in cui il provvedimento inibitorio risulti congruamente motivato, tenuto conto del giudizio di comparazione tra l'interesse pubblico alla tutela dell'ordine e della sicurezza dei

---

<sup>3</sup> G. FERRERO - F. RISSO, *Provvedimenti prescrittivi del questore e loro impugnazione. Problemi giurisdizionali*, in Foro amm. CDS 2004, 03, 978; P. V. MOLINARI, *La nuova formulazione delle atipiche misure di prevenzione personali in tema di fenomeni di violenza in occasione di competizioni agonistiche*, in Cass. Pen. 1995, 10, 2744.

<sup>4</sup> Tale natura giuridica è pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale, ordinaria ed amministrativa. Cfr.: C. Cost. sent. nr. 193 del 1996; C. cost. sent. nr. 512 del 2002; TAR Lazio sent. 05/04/2012 nr. 3156, in Foro amm. TAR 2012, 4, 1216; TAR Lazio sent. 04/01/2012 nr. 62, in Foro amm. TAR 2012, 1, 138;

<sup>5</sup> In questo senso: T.A.R. Milano Lombardia sez. III, sent. 02 gennaio 2012 nr. 7, in Foro amm. TAR 2012, 1, 19.

<sup>6</sup> In questo senso: T.A.R. Roma Lazio sez. I, sent. 05 dicembre 2011 nr. 9547, in Foro amm. TAR 2011, 12, 3938; T.A.R. Roma Lazio sez. I, sent. 11 agosto 2011 nr. 7083, in Foro amm. TAR 2011, 7-8, 2358.

cittadini e all'interesse privato ad accedere liberamente negli stadi<sup>7</sup>. Essendo essa una “misura interdittiva atipica”<sup>8</sup> che, come detto, incide sul solo diritto alla circolazione, non sarà soggetta a convalida da parte della Autorità Giudiziaria, a differenza di quanto invece previsto in relazione alla misura prevista dal 2° comma della medesima norma, di cui nel prosieguo, che invece limita effettivamente la libertà personale del destinatario<sup>9</sup>. È chiaro, allora, che la assoluta discrezionalità dell'organo che lo adotta, unita alla mancanza di controllo immediato (se non appunto in sede di gravame amministrativo), rende tale provvedimento fortemente incisivo, conformemente alla *voluntas legis* tesa alla efficace tutela dell'ordine pubblico, ed a salvaguardia del regolare svolgimento delle manifestazioni sportive, oltre che tendente ad evitare che i soggetti coinvolti in un precedente episodio possano nel breve periodo tornare a frequentare i luoghi ove esse hanno luogo, con possibile reiterazione dei comportamenti sanzionati<sup>10</sup>.

## **PRESUPPOSTI DEL PROVVEDIMENTO**

L'articolo 3 della direttiva 64/221/CEE espressamente recita «*I provvedimenti di ordine pubblico o di pubblica sicurezza devono essere adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale dell'individuo nei riguardi del quale essi sono applicati. La sola esistenza di condanne penali non può automaticamente giustificare l'adozione di tali provvedimenti*». Successivamente, il Parlamento Europeo con la “Risoluzione sul problema dell'hooliganismo e della libera circolazione dei tifosi di calcio” nr. A4-0124/96<sup>11</sup>, nel richiamare il predetto atto normativo comunitario e rilevando “che soltanto dopo che un tifoso è stato condannato per un reato - che si tratti di un atto di violenza o di un reato connesso con il calcio - gli si può impedire di assistere a partite nel suo paese o all'estero”<sup>12</sup>, invita gli Stati membri ad applicare o, se del caso, ad adottare una legislazione che preveda sanzioni adeguate per le persone riconosciute colpevoli di infrazioni, includendo misure come il divieto di accesso agli stadi per un periodo determinato<sup>13</sup>. La normativa europea, a carattere più o meno vincolante, dunque sin dagli albori si è espressa nell'ottica maggiormente garantista di prevedere la possibilità di applicazione di tali misure limitative solo nel caso in

---

<sup>7</sup> T.A.R. Catanzaro Calabria sez. I, sent. 04 marzo 2011 nr. 301, in Foro amm. TAR 2011, 3, 989.

<sup>8</sup> In questo senso: T.A.R. Roma Lazio sez. I, sent. 05 dicembre 2011 nr. 9547, cit.;

<sup>9</sup> Corte di Cassazione penale sez. III, sent. 04 maggio 2011 nr. 36276, in Cass. pen. 2012, 9, 3087, CED Cass. pen. 2011; in senso conforme: Corte di Cassazione pen. n. 49408 del 2009, Corte di Cassazione pen. n. 37964 del 2007; vedi anche: Corte di Cassazione, sez. un., 13 agosto 2004 n. 44273.

<sup>10</sup> Consiglio di Stato sez. VI, sent. 02 maggio 2011 nr. 2659, in Foro amm. CDS 2011, 5, 1570.

<sup>11</sup> In *Gazzetta ufficiale* n. C 166 del 10/06/1996 pag. 0040.

<sup>12</sup> Vedi punto 32 Risoluzione Parlamento Europeo nr. A4-0124/96.

<sup>13</sup> Vedi punto 33, ibidem.

cui si sia accertato che il soggetto si sia reso responsabile di un fatto-reato. Difatti, gli Stati membri venivano, inoltre, invitati “*a vigilare affinché gli spettatori che compiono atti di violenza o altri atti riprovevoli siano identificati e giudicati secondo la legge, nel paese dove è stato compiuto il reato*” e conformemente allo spirito garantista, anche di carattere processuale, si insisteva “*affinché siano rispettati i diritti fondamentali degli imputati come il diritto a una giusta difesa, all’assistenza di interpreti qualora essi non conoscano la lingua del paese ecc.*”<sup>14</sup>, concludendo che “*la lotta contro la violenza nello sport debba essere condotta nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali*”<sup>15</sup>.

Orbene, tanto evidenziato in relazione alla normazione sovranazionale, è opportuno verificare se da un punto di vista tanto legislativo quanto giurisprudenziale, anche il diritto italiano riconosce quale presupposto essenziale per la applicazione del D.A.SPO. una “condanna” ovvero se siano ritenuti sufficienti altri presupposti.

Sarà, allora, sufficiente una prima lettura dell’art. 6 L. 401/89 per comprendere come, diversamente dall’indirizzo fornito dagli organismi comunitari, il legislatore italiano abbia preferito ancorare il fondamento del provvedimento questorile non solo a presupposti giurisdizionalmente non definitivi, ma anche ad azioni di per sé inidonee anche solo ad avviare un procedimento penale. In effetti, se nella norma indicata è possibile individuare i destinatari del provvedimento nelle “*persone che risultano denunciate o condannate anche con sentenza non definitiva (...)*”, sarà comunque applicabile tale provvedimento anche nei confronti di coloro che invece hanno “*preso parte attiva ad episodi di violenza su persone o cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive, o che nelle medesime circostanze abbiano incitato, inneggiato o indotto alla violenza*”. Nei confronti di tali soggetti, in effetti, non necessariamente dovranno avviarsi le indagini preliminari tenuto conto del fatto che i reati di “violenza su persone o cose”, integrando i delitti di percosse o lesioni o danneggiamento, talvolta, ben possono essere perseguiti solo in forza di querela della persona offesa. Rispetto al criterio dell’aggressione al bene giuridico tutelato dall’ordinamento penale, un ulteriore allontanamento rispetto ai criteri forniti dagli organi sovranazionali si riscontra nelle ipotesi “dell’incitamento, inneggiamento o induzione alla violenza”. La scelta della sanzionabilità di tali condotte è legata al luogo in cui detti comportamenti sono perpetrati in quanto, considerato l’ampio concorso popolare, nonché la divulgazione sul piano mediatico dei comportamenti qualificati come illeciti, vi è una possibile induzione all’emulazione da parte di chi vi assista o ne prenda conoscenza. Pertanto, il legislatore ha elevato la soglia di

---

<sup>14</sup> Vedi punto 34, ibidem.

<sup>15</sup> Vedi punto 51, ibidem.

prevenzione, a salvaguardia dello svolgimento delle competizioni sportive in condizioni di sicurezza tanto per i partecipanti quanto per gli spettatori<sup>16</sup>. Di conseguenza, ed in riferimento ai criteri di applicazione del provvedimento, si è ritenuto che, essendo il DASPO un provvedimento dal carattere cautelare ed urgente non preceduto dall'accertamento della responsabilità dell'incolpato, riservato alla sede penale (cautelare o di merito), esso è giustificato dal mero "*fumus*" che sussiste anche per la semplice denuncia di aver preso parte ad episodi di violenza su persone o cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive<sup>17</sup>, senza che assuma rilievo la circostanza per cui l'episodio violento sia stato di entità tale da provocare tumulti o disordini<sup>18</sup>. In tale sistema, allora, la denuncia di un fatto-reato alla Autorità giudiziaria, come detto, altro non è che uno dei possibili presupposti in forza del quale emettere tale provvedimento. Ed in effetti, vi è una perfetta autonomia tra processo penale e procedimento di D.A.SPO., la quale si coglie ancor più laddove la giurisprudenza ha ritenuto che la legittimità del decreto di divieto di accesso agli stadi non può essere inficiata dalla successiva archiviazione del procedimento penale iniziato nei confronti dell'interessato per gli stessi fatti che avevano dato luogo all'adozione del decreto interdittivo, non solo in base al principio secondo cui "*tempus regit actum*" (con conseguente irrilevanza di provvedimenti successivi), ma anche perché il parametro valutativo affidato all'Amministrazione non è condizionato al positivo vaglio penalistico sulle condotte, atteso che anche una condotta non integrante una fattispecie di reato può essere idonea a creare pericoli per l'ordine pubblico negli stadi, ovvero innescare condotte violente<sup>19</sup>.

Non assurgerà, inoltre, a presupposto fondante la legittima emanazione del provvedimento in questione la condotta del tifoso che ha utilizzato, tramite un social network, espressioni che seppur sgradevoli, non si può sostenere costituiscano una induzione e/o un incitamento diretto e specifico alla violenza, né che risultino direttamente espresse in occasione, o comunque nell'ambito di competizioni sportive, a pena, in caso contrario, del rischio di una dilatazione

---

<sup>16</sup> Consiglio di Stato sez. VI, sent. 02 maggio 2011 n. 2572, in Foro amm. CDS 2011, 5, 1571

<sup>17</sup> T.A.R. Genova Liguria sez. II, sent. 30 aprile 2010 n. 2027, in Foro amm. TAR 2010, 4, 1254; circa la necessità della preventiva denuncia alla Autorità Giudiziaria, vedi anche Consiglio Stato, sez. VI, sent. 02 maggio 2011 n. 2573; ancora in riferimento alla preventiva denuncia: T.A.R. Milano Lombardia, sez. III, sent. 02 gennaio 2012 n. 7, in Foro amm. TAR 2012, 1, 19.

<sup>18</sup> T.A.R. Napoli Campania sez. V, sent. 02 luglio 2012 n. 3124, in Foro amm. TAR 2012, 7-8, 2461; *contra*, nel senso che si è ritenuto che la condotta tenuta in occasione di manifestazioni sportive, debba essere generatrice di tumulto, allarme e/o di pericolo, in carenza delle quali il divieto non può essere disposto, vedi Consiglio di Stato, sez. VI, 3 dicembre 2009, n. 7552; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 11 marzo 2010, n. 567; TAR Campania, Napoli, Sez. V, 2 dicembre 2009, n. 8303.

<sup>19</sup> T.A.R. Roma Lazio, sez. I, sent. 05 dicembre 2011 n. 9547, in Foro amm. TAR 2011, 12, 3938

eccessiva dell'ambito applicativo delle ipotesi contemplate dall'art. 6, co. 1, della l. 401/1989 che invece risultano tassative ed insuscettibili di interpretazioni analogiche od estensive<sup>20</sup>.

## CONTENUTI DEL PROVVEDIMENTO

Delineati i presupposti applicativi del provvedimento questorile, e passando all'analisi del contenuto del provvedimento, si individuano nella fonte legislativa due tipologie provvedimentali: il "DASPO", sia limitato ai soli impianti sportivi che esteso anche ai luoghi limitrofi ed interessati all'evento e previsto al comma 1, ed inoltre le "prescrizioni" che ad esso possono affiancarsi e previste al successivo comma 2.

Unitamente al divieto di accesso alle strutture sportive ivi indicate, in effetti, può essere imposto anche il divieto di accesso a tutti quei luoghi limitrofi, seppur indirettamente interessati alle predette manifestazioni. Orbene, se il divieto di accedere ai "*luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive*" non pone particolari problemi interpretativi sotto il profilo della <<individuabilità>>, una maggiore riflessione deve tenersi in riferimento ai luoghi "*specificamente indicati, interessati alla sosta, al transito o al trasporto di coloro che partecipano o assistono alle manifestazioni medesime*". È di tutta evidenza che la problematica in oggetto è risolutiva circa la conformità al precetto costituzionale di cui all'art. 16 cost. della disposizione legislativa, in quanto si pongono questioni in termini di <<esigibilità>><sup>21</sup> della prestazione imposta. Gli stessi fini della misura interdittiva risulterebbero frustrati qualora il provvedimento, in relazione al *locus*, fosse stato emesso in forma tanto generica da non riuscire a garantire al destinatario una esatta indicazione degli stessi. L'esigenza di esatta individuazione dei luoghi vietati si coglie dal combinato disposto degli artt. 2 e 16 cost. Se tale ultimo, come anche sopra accennato, sacrifica la libertà dell'individuo in nome dell'ordine pubblico, d'altra parte non sarebbe ammissibile un esclusivo sacrificio del soggetto senza un corretto bilanciamento con altri valori costituzionali rinvenibili nel citato art. 2 cost., in cui si enuncia la inviolabilità dei diritti dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali, quale clausola aperta a valori e libertà emergenti dalla coscienza sociale<sup>22</sup>. La limitazione alla libertà di circolazione, allora, sarà conforme alla Costituzione nel momento in cui si sia operato il corretto bilanciamento con gli altri interessi in gioco, facendo sì che il provvedimento interdittivo, non possa essere diretto ad eliminare una generica pericolosità sociale del soggetto ma quella specifica che deriva dal verificarsi di

---

<sup>20</sup> T.A.R. Firenze Toscana sez. II, sent. 16 gennaio 2012 n. 98.

<sup>21</sup> Tra le altre, vedi T.A.R. Roma Lazio sez. I, sent. 04 gennaio 2012 n. 62, in Foro amm. TAR 2012, 1, 138.

<sup>22</sup> Per il riferimento alla funzione non meramente riassuntiva dell'art. 2 cost., vedi G. Riccio – G. Spangher, "*La procedura penale*", ESI, Napoli, 2002, pag. 208.

determinate condotte in un ambito specifico, ed esse sole è destinata a contrastare<sup>23</sup>. Si impone, pertanto, un dovere di specificazione dei luoghi in cui è fatto divieto l'accesso, non solo per fini di esigibilità del comando, ma anche per la tutela delle libertà individuali, così comportando necessariamente che la genericità dell'individuazione delle manifestazioni e dei luoghi cui si riferisce il divieto comporta, in violazione dell'art. 6 L. n. 401 del 1989, un'ingiustificata compressione della libertà di circolazione sancita dall'art. 16 cost., con conseguente illegittimità della misura<sup>24</sup>. Di conseguenza, il divieto rimane sfornito di efficacia precettiva rendendo inapplicabili le sanzioni penali previste, per la sua violazione, dal primo periodo dell'art. 6, comma 6, della legge citata<sup>25</sup>.

Profilo peculiare assume, inoltre, la prescrizione che il Questore può imporre ai sensi del comma 2° della norma in esame al destinatario del divieto ed unitamente a quest'ultimo: ovvero, l'obbligo di presentarsi presso un ufficio di polizia negli orari indicati nel provvedimento e coincidenti con lo svolgimento della manifestazione sportiva il cui accesso è vietato.

Tale è pacificamente considerata misura di prevenzione che, in quanto tale, incide direttamente sulla libertà personale<sup>26</sup> ed il cui fine è da rinvenirsi in una funzione accessoria rispetto al DASPO<sup>27</sup>. Ciò comporta, innanzitutto, che per essa troveranno applicazione i principi di applicabilità previsti in via generale per tali misure: ovvero, ragioni di necessità e urgenza, pericolosità concreta ed attuale del soggetto, “*fumus*” sulla attribuibilità al medesimo delle condotte addebitate, loro riconducibilità alle ipotesi previste dalla norma, la durata dell'obbligo, la compatibilità delle prescrizioni che vi ineriscono con l'attività lavorativa di chi vi è sottoposto<sup>28</sup>. Inoltre, essendo provvedimento idoneo a limitare la libertà personale, la norma costituzionale di riferimento non potrà che essere l'art. 13 cost. il quale, al comma 3, consente all'autorità di pubblica sicurezza l'adozione di provvedimenti provvisori nei limiti previsti dalla legge e da convalidarsi nei termini ivi previsti a pena di inefficacia. Pertanto, se da un lato tale qualificazione comporta l'obbligo per il questore di supportare il

---

<sup>23</sup> T.A.R. Roma Lazio sez. I, 07 maggio 2012 n. 4091, in Foro amm. TAR 2012, 5, 1602. In tale sentenza, tuttavia, il provvedimento de quo viene qualificato, forse attecnicamente, come “un'ipotesi restrittiva della libertà personale” e così rimandando immediatamente la mente all'art. 13 cost. seppur pacificamente in dottrina esso è definito quale limite alla “libertà di circolazione” e pertanto rientrante nell'alveo di cui all'art. 16 cost.; in senso conforme: T.A.R. Roma Lazio sez. I, sent. 05 aprile 2012 n. 3156, in Foro amm. TAR 2012, 4, 1216.

<sup>24</sup> T.A.R. Milano Lombardia sez. III, sent. 12 dicembre 2011 n. 3142, in Foro amm. TAR 2011, 12, 3844

<sup>25</sup> T.A.R. Roma Lazio sez. I, sent. 05 dicembre 2011 n. 9547, in Foro amm. TAR 2011, 12, 3938

<sup>26</sup> Corte di Cassazione, sez. un., sent. 27 ottobre 2004 n. 44273; sul punto, circa il consolidato orientamento sul punto, vedi Corte Costituzionale, sent. 20 novembre 2002 n. 512.

<sup>27</sup> C. Cost. 512/2002.

<sup>28</sup> Corte di Cassazione, sez. un., sent. 27 ottobre 2004 n. 44273.

provvedimento con “adeguata motivazione”<sup>29</sup> dall’altro impone, ai fini del rispetto del principio di giurisdizionalizzazione delle misure limitative la libertà personale di cui al combinato disposto degli artt. 13 e 111 cost., un controllo di merito demandato all’Autorità Giurisdizionale ordinaria, nei termini perentori indicati nel medesimo art. 13 della carta costituzionale.

Per quanto concerne il momento genetico, tale misura può essere applicata dal Questore competente per territorio unitamente al provvedimento con cui si dispone il divieto di accesso ai luoghi (ai sensi del comma 2 dell’art. 6 L. 401/89), ovvero anche in un momento successivo, allorquando risulti, anche mediante la utilizzazione di documentazione video-fotografica o di altri elementi oggettivi che il soggetto abbia violato il predetto divieto (ai sensi del comma 5 dell’art. 6 L. 401/89). In quest’ultimo caso, stante il tenore letterale della norma, la prescrizione dovrà comunque essere applicata, vigendo una presunzione di pericolosità del soggetto resosi responsabile di una prima violazione degli obblighi imposti.

Sul piano della condotta materiale richiesta, si prevede che il soggetto debba presentarsi presso un ufficio di polizia negli orari indicati dal provvedimento del Questore in concomitanza con le manifestazioni sportive ivi indicate e coincidenti con quelle di cui al divieto di accesso<sup>30</sup>. È bene precisare, tuttavia, che non è richiesta la materiale e analitica indicazione nel provvedimento di tutte le date delle manifestazioni che con esso si vieta. La giurisprudenza, invero, aggancia il concetto di “specificazione” ad un onere di indicazione di un altro atto, in relazione al quale si realizza la determinatezza del comando. In altre parole, le competizioni sarebbero comunque determinabili in modo certo qualora nel provvedimento questorile si richiamino altri atti, quali i calendari ufficiali delle competizioni, qualora questi siano opportunamente pubblicizzati<sup>31</sup>. Che il comando si integri solo con la adozione del successivo provvedimento adottato dal competente organo sportivo e/o federale emerge in maniera evidente, al punto tale che si realizza contestualmente alla notifica un onere in capo al destinatario di informazione circa il tempo in cui tali manifestazioni si verranno a svolgere<sup>32</sup>, avendo tale atto effetto immediato e così obbligando il destinatario alla sua osservazione a partire dalla prima manifestazione successiva, e quindi ancor prima che si sia esaurito il procedimento di convalida della misura prevista ai sensi della medesima norma in

---

<sup>29</sup> Corte Costituzionale, sent. 20 novembre 2002 n. 512 e Corte Costituzionale, sent. n. 193 del 1996.

<sup>30</sup> Tribunale La Spezia, sent. 16 aprile 2009 n. 357, in *Giur. merito* 2009, 9, 2238.

<sup>31</sup> T.A.R. Roma Lazio sez. I, sent. 05 aprile 2012 n. 3156, in *Foro amm. TAR* 2012, 4, 1216; conforme: Tribunale Napoli sez. IV, sent. 20 settembre 2010 n. 10172 in cui si afferma la non necessità che gli incontri siano individuati “nominatim”.

<sup>32</sup> Corte di Cassazione penal, sez. III, sent. 06 ottobre 2010 n. 40177, in *CED Cass. pen.* 2010, *Cass. pen.* 2011, 11, 4011.

attuazione delle disposizioni costituzionali<sup>33</sup>. Sulla scorta di tale principio di diritto, nel giudizio di merito instaurato contro il soggetto che non abbia diligentemente assolto siffatto onere informativo non potrà ricorrere l'errore di fatto, come tale scusabile, essendo l'imputato tenuto ad osservare le previsioni del calendario di disputa degli incontri ed anche le relative variazioni<sup>34</sup>. Tale interpretazione sembra non perfettamente conforme al rispetto della riserva di legge così come prevista agli artt. 13 e 16 cost. In tali norme, in effetti, è previsto che solo la legge può prevedere le limitazioni al diritto di circolare liberamente nel territorio della Repubblica, ovvero a stabilire i casi e modi di limitazione della libertà personale. Orbene, se anche si volesse considerare tale riserva di tipo relativo, è chiaro che se anche la concreta individuazione della condotta suscettibile di integrare il reato rimane in capo all'organo amministrativo, il quale impone il divieto, resta tuttavia rimandato ad altri organismi anche di natura federale e sportiva la indicazione dei tempi e dei momenti in cui si impone al soggetto la presenza presso l'Ufficio di Polizia. Ciò che si potrebbe creare, allora, è la imposizione di un obbligo al destinatario eccessivamente gravoso e consistente nella continua e costante ricerca del *tempus* in cui, in via generale ed indiretta, gli è stato imposto di presentarsi, non potendo teoricamente escludersi che una determinata squadra possa organizzare anche tutti i giorni determinate manifestazioni. Ed invero, se inizialmente la giurisprudenza era orientata per l'esclusione delle gare amichevoli, difettando in tal caso il requisito dell'esigibilità dell'obbligo e della sua sicura determinabilità da parte del destinatario<sup>35</sup>, successivamente ha ritenuto operativo tale obbligo anche in riferimento a tali incontri, sempre che comunque siano individuabili con certezza dal destinatario del provvedimento in relazione alla loro anticipata programmazione e pubblicizzazione attraverso i normali mezzi di comunicazione,

---

<sup>33</sup> Ed invero, proprio in ragione dei principi costituzionali di cui all'art. 13 cost., i Giudici di Palazzo della Consulta sono più volte intervenuti sul testo della norma al fine di ristabilirne la compatibilità dei suoi precetti ai parametri costituzionali. In effetti, la Corte costituzionale con la sentenza del 7 maggio 1996, n. 143 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 3 L. 401/89 nella parte in cui prevedeva che la convalida del provvedimento adottato dal questore nei confronti del minore di età ai sensi del secondo comma dello stesso articolo spettasse al giudice per le indagini preliminari presso la pretura del circondario in cui ha sede l'ufficio di questura anziché al giudice per le indagini preliminari presso il tribunale per i minorenni competente per territorio. Successivamente, la Corte costituzionale, con sentenza 19 maggio 1997 n. 144, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 3 L. 401/89 nella parte in cui non prevedeva che la notifica del provvedimento del questore contenga l'avviso che l'interessato ha facoltà di presentare, personalmente o a mezzo di difensore, memorie o deduzioni al giudice per le indagini preliminari. Tenuto conto delle anzidette sentenze, il legislatore ha novellato il comma sostituendo la originaria versione con quella attuale mediante l'articolo 1, comma 1, lettera c), del D.L. 20 agosto 2001, n. 336, convertito con modificazioni dalla L. 19 ottobre 2001, n. 377.

<sup>34</sup> Tribunale di La Spezia, sent. 16 aprile 2010 n. 386.

<sup>35</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 16 dicembre 2008 n. 12127, in CED Cass. pen. 2009; In senso conforme: Corte di Cassazione pen. sent. n. 30388 del 2008.

restando conseguentemente esclusi gli incontri minori decisi in rapporto ad esigenze peculiari del momento e senza una preventiva programmazione<sup>36</sup>.

## **PROCEDIMENTO APPLICATIVO DELLA MISURA DI PREVENZIONE**

La competenza ad emettere il provvedimento impositivo della prescrizione di comparizione spetta al Questore del luogo in cui è avvenuta la condotta di cui al comma 1 della disposizione normativa. Tale organo conserverà il potere ad emetterla anche qualora il soggetto, successivamente, si sia reso responsabile della violazione del comando in un luogo che esuli dalla sua competenza territoriale, in quanto il Questore che ha emesso il divieto primigenio è l'unico a poter valutare la gravità della violazione in rapporto ai fatti che hanno determinato il provvedimento iniziale<sup>37</sup>. Ma esiste un vizio di incompetenza territoriale del Questore che emette che il provvedimento? Ed inoltre, il giudice, al quale è demandato il potere-dovere di controllo del provvedimento amministrativo, ha la possibilità di valutare la competenza territoriale dell'organo che quel provvedimento ha emesso? Sul punto non si rinviene un orientamento concorde nella giurisprudenza della Suprema Corte<sup>38</sup>; tuttavia, sembra potersi preferire la tesi che propende per la ammissibilità del sindacato sulla competenza territoriale dell'organo che ha emesso il provvedimento amministrativo sul presupposto che il problema della legittimazione dell'autorità amministrativa ad emettere il decreto si trasforma in una questione di competenza correlata all'emissione dell'ordinanza di convalida<sup>39</sup>, che investe i parametri costituzionali di cui all'art. 25 co. 1 cost., ed in relazione particolare al principio della precostituzione del giudice. Diversamente opinando, in effetti, non sarebbero rimessi efficaci rimedi impugnatori in capo al destinatario il quale si troverebbe ad essere giudicato da un ufficio giurisdizionale sol perché rientrante nell'ambito territoriale del Questore che ha adottato il provvedimento.

Ai sensi del comma 2bis dell'art. 6 L. 401/89 la misura di prevenzione necessita della successiva convalida da parte della Autorità Giudiziaria ordinaria. Il controllo di legalità, allora, sarà esercitato mediante la instaurazione di un procedimento in cui è garantita la funzione giurisdizionale del giudice terzo ed imparziale oltre che, in ottemperanza ai principi

---

<sup>36</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 16 febbraio 2011 n. 8435, in CED Cass. pen. 2010, Cass. pen. 2011, 10, 3558; per la giurisprudenza di merito vd. Tribunale di La Spezia, sent. 28 maggio 2011 n. 561

<sup>37</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 23 novembre 2011 n. 3104, in CED Cass. pen. 2011

<sup>38</sup> Per la tesi negativa vedi: Corte di Cassazione, I sez., sent. 19 dicembre 2003, n. 48845, Corallini; Corte di Cassazione, I sez., sent. 18 luglio 2003, n. 30306, Beghini; Corte di Cassazione, III sez., sent. 25 gennaio 2006, n. 2917, Cappelletti; per quella affermativa, vedi: Corte di Cassazione, I sez., sent. 26 novembre 2004, n. 46043, La Colla; Corte di Cassazione, I sez., sent. 3 dicembre 2003, n. 46342, Bergesio; Corte di Cassazione, III sez., sent. 13 dicembre 2005, n. 45188, Masi; Corte di Cassazione, III sez., sent. 2 dicembre 2005, n. 43992, Sacco.

<sup>39</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 23 novembre 2011 n. 3104

sul giusto processo così come previsti all'art. 111 cost., dalla dialettica delle parti. In tale assetto, allora, non può che essere il PM a farsi portatore della prosecuzione della iniziativa<sup>40</sup> (la quale abbiamo visto spettare al Questore), a cui contraddice la difesa che, in ragione del principio di parità delle armi, deve disporre dei mezzi e dei termini affinché possa compiutamente realizzarsi. Sotto il profilo normativo primario, la esplicitazione dei predetti principi si è avuta solo nel 2001 allorquando il legislatore, novellando la disposizione in esame, ha inserito il comma 2bis, ivi prevedendo la possibilità per il destinatario di presentare memorie al giudice competente per la convalida, personalmente ovvero mediante difensore<sup>41</sup>. Pertanto, notificato il provvedimento con cui si dispone, oltre al divieto, anche l'obbligo di presentazione, il Questore dovrà immediatamente trasmettere gli atti alla competente Procura della Repubblica, affinché il P.M. possa farsi portatore della sua iniziativa, chiedendo, se mai lo ritenga legittimo ed opportuno, la convalida del provvedimento già emesso dalla Autorità Amministrativa entro le 48 ore dalla notifica del provvedimento. Il G.I.P., a sua volta, potrà convalidare il provvedimento entro le successive 48 ore a pena di inefficacia della misura. Sebbene la dottrina dominante consideri il termine concesso al G.I.P. per la decisione decorrente dalla richiesta del P.M.<sup>42</sup>, per la giurisprudenza maggioritaria tali termini intermedi non sono da qualificare come perentori e, pertanto, il provvedimento del questore non diviene inefficace ove la convalida del G.I.P., pur intervenendo oltre le 48 ore dalla richiesta del P.M., abbia luogo comunque entro le 96 ore dalla notifica del provvedimento all'interessato, individuando in quest'ultimo il termine complessivo rilevante<sup>43</sup>. Sarà, pertanto, causa di inefficacia della misura l'indicazione della data ma non dell'ora di deposito del provvedimento *de quo* siccome esso è atto soggetto a "termine orario" stabilito a pena di decadenza, per cui potrebbe rendersi impossibile un successivo vaglio in sede di gravame, sempre che comunque

---

<sup>40</sup> Sarebbe illegittima la convalida del g.i.p. del provvedimento del questore di presentazione all'autorità di p.s. in assenza di corrispondente richiesta del p.m., in questo senso: Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 04 novembre 2010 n. 1052, in Cass. pen. 2011, 9, 3169; Vedi anche: Corte di Cassazione penale, sent. n. 29913 del 2006; In senso conforme: Corte di Cassazione penale, sez. III, 18 maggio 2005 n. 37124.

<sup>41</sup> Comma aggiunto dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del D.L. 20 agosto 2001, n. 336, convertito con modificazioni dalla L. 19 ottobre 2001, n. 377

<sup>42</sup> Per una critica a tale orientamento, vedi: D. VOZZA, "Misure di prevenzione e diritto di difesa", in La Giustizia Penale, 2010, III, pag. 186 e ss.

<sup>43</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 09 novembre 2011 n. 44431; in senso conforme: Corte di Cassazione penale, sez. III, 6 luglio 2007, n. 35515, Liani ("in tema di accesso ai luoghi dove si svolgono le competizioni agonistiche, ai sensi dell'art. 6, l. n. 401 del 1989, il provvedimento del questore cessa di avere efficacia solo se il g.i.p. non provveda alla convalida entro le 48 ore dalla richiesta del p.m. e comunque nel rispetto delle 96 ore dalla notifica del provvedimento all'interessato, in quanto nessuna autonoma inefficacia è prevista per il mancato rispetto del termine di 48 ore da parte del p.m."); Corte di Cassazione penale, sez. III, 20 dicembre 2006, n. 5326, Piccardo; Corte di Cassazione penale, sez. I, 26 marzo 2004, n. 21834, Gregori; Corte di Cassazione penale, sez. I, 26 marzo 2003, n. 20654, Basile; Corte di Cassazione penale, sez. VI, 23 ottobre 1998, n. 3195, Azzolin. Contrarie a tale indirizzo: Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 16 febbraio 2011 n. 15503, in Cass. pen. 2012, 2, 670; Corte di Cassazione penale, sent. n. 6224 del 2009; Corte di Cassazione penale, sent. n. 377 del 2009; Corte di Cassazione penale, sent. n. 2472 del 2008.

non risulti diversamente dagli atti la possibilità di affermare che detto termine sia stato rispettato<sup>44</sup>.

La scelta sulla flessibilità dei termini intermedi, sotto il profilo sanzionatorio, si giustifica anche e soprattutto per una maggiore garanzia del diritto di difesa. Ed invero, la disposizione legislativa pur contenendo, a seguito della novella del 2001, la previsione della possibilità dialettica dell'interessato, tuttavia non prevede alcuna disposizione con la quale si garantiscano al soggetto "termini minimi" per preparare la propria difesa. L'interpretazione giurisprudenziale sul punto, ancora una volta, è risultata essere necessaria. Invero, se da un lato non si è ritenuto sussistere un onere informativo in capo al Questore il quale ometta di indicare all'interessato il termine entro cui presentare memorie o deduzioni al giudice della convalida<sup>45</sup>, dall'altro è stata ritenuta suscettibile di integrare il parametro di cui all'art. 178 lett. c) c.p.p. per violazione del diritto all'assistenza difensiva, l'ordinanza di convalida del provvedimento del Questore impositivo dell'obbligo di presentazione all'Autorità di P.S., che sia intervenuta prima della scadenza del termine di ventiquattro ore dal deposito in cancelleria della richiesta di convalida del P.M. e della relativa documentazione<sup>46</sup>. Se tale termine è comunque da considerarsi un "termine minimo", considerata comunque la celerità del procedimento in questione, la giurisprudenza consolidata indica in 48 ore dalla notifica del provvedimento il "termine congruo" da riconoscere all'interessato per la preparazione della sua difesa. Degna di nota, ad ogni modo, pare la voce in dottrina in cui si sottolinea la inutilità, oltre che la illogicità ed eccessività del predetto termine di 24 ore concesso all'interessato dalla richiesta del P.M. per addivenire alla conclusione del procedimento di convalida. La inutilità, in particolare, deriverebbe dalla funzione di "mero impulso" che esplica l'atto del P.M.; la eccessività, inoltre, discenderebbe dalla negativa interferenza che esso esplica con la definizione della procedura; e la illogicità, infine, si ricava dalla assenza di

---

<sup>44</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 15 aprile 2010 n. 20772; vedi anche Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 15 aprile 2010 n. 20785 ove in una fattispecie di ordinanza recante la data, ma sprovvista dell'indicazione dell'ora del deposito, la Corte ha affermato che l'incertezza non risolvibile sulla base degli atti sulla tempestività della convalida dell'obbligo di presentazione ad un ufficio o comando di polizia imposto dal Questore in concomitanza di manifestazioni sportive, comporta la caducazione della misura con conseguente annullamento senza rinvio dell'ordinanza di convalida. L'annullamento senza rinvio si giustifica non essendo ipotizzabile una restituzione degli atti al giudice "a quo" per un accertamento "ora per allora" del momento di deposito dell'atto in cancelleria, posto che esso non sarebbe altrimenti desumibile per assenza di valida documentazione al riguardo. Inoltre, in senso conforme: Corte di Cassazione penale, sent. n. 26908 del 2009, Corte di Cassazione penale, sent. n. 6224 del 2009; Corte di Cassazione, sez. un., n. 4441 del 2006; Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 4 dicembre 2001 n. 3054; Corte di Cassazione penale, sent. n. 3282 del 1999; Corte di Cassazione penale, sent. n. 1606 del 2010; Corte di Cassazione penale, sent. n. 90 del 2010; Corte di Cassazione penale, sez. I, sent. 7 novembre 2003 n. 46250.

<sup>45</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 23 novembre 2011 n. 915; conformi: Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. n. 916 del 2012; Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. n. 917 del 2012; Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. n. 918 del 2012.

<sup>46</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 08 aprile 2009 n. 1787 (fattispecie in cui la Corte annulla con rinvio una ordinanza emessa dal Gip Trib. Milano, del 31 Maggio 2008).

ogni argomento normativamente vincolante che si possa porre a suo fondamento<sup>47</sup>. Inoltre, pare corretto affermare che il concetto di congruità debba essere agganciato a quello di effettività di esercizio del diritto di difesa, da intendersi sia come possibilità di concreta realizzazione che come attività da svolgersi nell'ambito di un efficiente procedimento. Pertanto, considerando che il P.M. gode di 48 ore dalla notifica del provvedimento del Questore per richiedere o meno la convalida del provvedimento, si è ritenuto che anche l'interessato debba godere di analogo termine, decorrente ugualmente dalla notifica<sup>48</sup>. Ci si è posti, a questo punto, l'interrogativo se non violi il principio della parità delle armi l'aver ritenuto che il P.M. non sia legato al termine di 48 ore per la sua richiesta al G.I.P., a differenza del destinatario del provvedimento per il quale il termine per il deposito delle memorie è sanzionato a pena di decadenza. La soluzione negativa, si è detto, sarebbe offerta dal principio della "parità elastica tra le parti", per cui la possibilità concessa al P.M. risponderebbe ad esigenze di ordine pubblico che non possono essere derogate<sup>49</sup>.

Tale assetto, allora, presuppone il diritto dell'interessato all'accesso agli atti in possesso all'organo inquirente, il quale non potrà negarne la discovery, rappresentando essa il presupposto necessario alla corretta instaurazione del contraddittorio, i cui fini risulterebbero frustrati da una conoscenza solo parziale di quegli atti di indagine, o comunque in possesso all'Ufficio, fondanti il provvedimento e che il P.M. è tenuto a trasmettere all'atto della richiesta di convalida<sup>50</sup>. In particolare, il soggetto interessato può accedere agli atti non solo presso l'ufficio del giudice per le indagini preliminari, ma anche presso la Procura della Repubblica prima dell'udienza di convalida<sup>51</sup>. Tale principio, certamente corretto, si pone in contrasto con altra precedente pronuncia<sup>52</sup> in cui non si riconosceva il diritto di accesso agli atti del fascicolo del P.M. in quanto, da un lato, tale diritto non è previsto nell'ambito del procedimento sommario di cui si tratta, dall'altro, i predetti documenti non sarebbero necessari all'interessato per l'esercizio del suo diritto di difendersi, giacché la copia integrale

---

<sup>47</sup> Per una migliore analisi sul punto, vedi D. VOZZA, "Misure di prevenzione e diritto di difesa", cit., pag. 182 e ss.

<sup>48</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 14 aprile 2011 n. 21022, in *Diritto & Giustizia* giugno 2011 (ove la convalida del provvedimento del Questore era intervenuta il giorno stesso della richiesta del p.m.).

<sup>49</sup> In questo senso: D. VOZZA, "Misure di prevenzione e diritto di difesa", cit., pag. 185.

<sup>50</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 15 giugno 2010 n. 27282, in *CED Cass. pen.* 2010, *Cass. pen.* 2011, 4, 1547 (ove la Corte ha annullato senza rinvio l'ordinanza di convalida per avere il p.m. autorizzato il rilascio unicamente di copia del provvedimento del Questore, il quale era già noto all'interessato); In senso conforme: Corte di Cassazione penale, sent. n. 48155 del 2009;

<sup>51</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 18 gennaio 2012 n. 7033, in *CED Cass. pen.* 2012; tuttavia è da registrare un orientamento contrario della medesima sezione: Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 29 novembre 2006 n. 9797, in *Cass. pen.* 2008, 3, 1176, *Arch. nuova proc. pen.* 2007, 4, 474, ove si è affermato che "Nel procedimento di convalida del provvedimento del Questore con il quale, ai sensi dell'art. 6 comma 2 l. 13 dicembre 1989 n. 401, sia stato imposto a taluno l'obbligo di presentazione ad un ufficio o comando di polizia in coincidenza con lo svolgimento di manifestazioni sportive, non è previsto il diritto per l'interessato di prendere visione del fascicolo".

<sup>52</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 29 novembre 2006 n. 9797.

del provvedimento questorile gli sarebbe stato già notificato ed inoltre in quanto la richiesta di convalida formulata dal P.M. non deve essere motivata e, come tale, non può contenere elementi utili per la sua difesa. Tale indirizzo, comunque superato dalla medesima sezione che lo ha reso, non è meritevole di accoglimento sia perché si pone in evidente contrasto con la lettera della norma, sia in quanto confligge con i vigenti principi di diritto in tema di corretta instaurazione del contraddittorio, il quale se è vero che si pone a salvaguardia del diritto alla difesa non può negarsi che assurge anche a metodo epistemologico. Ed in effetti, il comma 3 della disposizione in esame prevede che il P.M., ricevuti gli atti dal Questore, “*se ritiene che sussistano i presupposti di cui al comma 1, entro quarantotto ore dalla notifica del provvedimento ne chiede la convalida al G.I.P.*”, con ciò palesandosi una certa discrezionalità valutativa dell’organo inquirente, il cui potere deve trovare corrispondente bilanciamento nell’obbligo della motivazione, pur se sommaria in relazione ai suoi presupposti<sup>53</sup>.

Con riferimento al momento giudiziale di convalida del provvedimento del Questore, il G.I.P. per la verifica dei presupposti non dovrà accertare la sussistenza di una “gravità indiziaria” essendo richiesta una mera “sufficienza indiziaria”. Il giudicante, allora, dovrà accertare in concreto, e con riferimento all’attualità, se la pericolosità del soggetto sottoposto alla misura ne giustifichi la applicazione e la renda atta allo scopo di prevenzione voluto dal legislatore, tenuto conto che, come anche sopra specificato, il divieto di accesso agli stadi non richiede un oggettivo ed accertato fatto specifico di violenza, essendo sufficiente che il soggetto, anche sulla base dei suoi precedenti, non dia affidamento di tenere una condotta scevra da ulteriori episodi di violenza<sup>54</sup>.

Tale giudizio di convalida non può limitarsi ad un mero controllo formale, bensì deve essere svolto in modo pieno<sup>55</sup> e riguardare l’esistenza di tutti i presupposti legittimanti l’adozione dell’atto da parte dell’autorità amministrativa, ed investire altresì la durata della misura che, se ritenuta eccessiva, può essere congruamente ridotta dal giudice<sup>56</sup>. La congruità della misura può essere oggetto anche di censura e conseguenziale riduzione in sede di giudizio di legittimità, annullando senza rinvio l’ordinanza di convalida, allorquando essa appaia, in ragione della situazione di fatto, irragionevole<sup>57</sup>, mancante<sup>58</sup>, ovvero qualora l’ordinanza

---

<sup>53</sup> Corte di Cassazione, sez. un. 29 novembre 2005 n. 4443, in Cass. pen. 2006, 4, 1368 ove si è affermato che ai fini della validità della richiesta di convalida del provvedimento del questore di comparizione periodica nell’ufficio di polizia è sufficiente che da essa risulti che è stata effettuata dal p.m. una sommaria delibazione sulla sussistenza dei presupposti giustificativi della misura di prevenzione.

<sup>54</sup> T.A.R. Catanzaro Calabria sez. I, sent. 04 marzo 2011 n. 301, in Foro amm. TAR 2011, 3, 989.

<sup>55</sup> C. Cost. 512/2002.

<sup>56</sup> Corte di Cassazione, sez. un., sent. 27 ottobre 2004 n. 44273

<sup>57</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 15 aprile 2010 n. 20775, Vedi anche: Corte di Cassazione penale, sent. n. 11151 del 2009, Corte di Cassazione penale, sent. n. 24249 del 2007.

<sup>58</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 15 aprile 2010 n. 20783, in CED Cass. pen. 2010

stessa non enunci le ragioni per cui il semplice divieto di accesso sia misura non adeguata alla soddisfazione delle esigenze di ordine pubblico<sup>59</sup>.

Considerando l'autonomia dei procedimenti, il controllo di legalità del G.I.P. va svolto in piena autonomia rispetto agli esiti e alle valutazioni del procedimento penale eventualmente iniziato relativamente agli stessi fatti posti a base del provvedimento, sicché è illegittima l'ordinanza che, senza svolgere alcun esame o alcuna valutazione dei presupposti di legge, si limiti a prendere atto del "giudicato cautelare" nel frattempo formatosi in detto procedimento penale<sup>60</sup>. Al contrario, l'esame rigoroso di tutti gli elementi in punto di fatto ed in diritto, in seno al giudizio, impone al G.I.P. di dare conto in ordinanza delle ragioni sostenute dall'interessato a fondamento della non necessità o illegittimità della misura nelle memorie difensive prodotte, essendo sanzionata la eventuale omissione motivazionale con la nullità della ordinanza medesima per violazione del diritto di difesa<sup>61</sup>. Tuttavia, il relativo onere motivazionale si intende assolto anche nel caso in cui ne risulti testualmente avvenuto l'esame e sia desumibile, dal complessivo tenore del provvedimento, l'implicita esclusione della loro fondatezza<sup>62</sup>.

Nel caso di mancata convalida del provvedimento questorile, la misura può essere reiterata e successivamente convalidata, atteso che l'art. 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401 o altra disposizione di legge non ne impediscono la riproposizione<sup>63</sup>, ferma restando la decorrenza della durata dell'obbligo a far data dal primo provvedimento<sup>64</sup>.

La cognizione del G.I.P. nel giudizio di convalida, comunque, non può che riguardare la sola misura di prevenzione impositiva dell'obbligo di *facere* e non anche quella dell'obbligo di non *facere*, di cui al 1° comma, che come sopra specificato attiene alla sfera demandata alla discrezionalità della autorità amministrativa. Pertanto, sarà illegittima l'ordinanza del giudice che, esorbitando dalle proprie attribuzioni, circoscritte alla sola cognizione dell'obbligo di presentazione agli uffici della P.S., non convalidi il provvedimento del questore del divieto di

---

<sup>59</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 31 marzo 2011 n. 15505, in CED Cass. pen. 2011, Cass. pen. 2012, 2, 670.

<sup>60</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 21 settembre 2011 n. 46204, in Diritto & Giustizia, dicembre 2011.

<sup>61</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III pen., sent. 10 marzo-27 maggio 2010 n. 20143; Vedi anche: Corte di Cassazione, sez. un., sent. n. 48369 del 2004, Corte di Cassazione, sez. un., sent. 13 agosto 2004 n. 44273, Corte di Cassazione penale, sent. n. 86 del 2010; Corte di Cassazione penale, sent. n. 17871 del 2009; Corte di Cassazione penale, sent. n. 6224 del 2009; Corte di Cassazione penale, sent. n. 5502 del 2009; Corte di Cassazione penale, sent. n. 27727 del 2008 ed ancora in senso conforme: Corte di Cassazione penale, sent. n. 4443 del 2006; invece, in senso difforme: Corte di Cassazione penale, sent. n. 11150 del 2009; Corte di Cassazione penale, sent. n. 26136 del 2008.

<sup>62</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 16 novembre 2011 n. 46223, in CED Cass. pen. 2011.

<sup>63</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 14 marzo 2012 n. 27309

<sup>64</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 06 luglio 2011 n. 37759; Vedi anche: Corte di Cassazione penale, sent. n. 48156 del 2009; Corte di Cassazione penale, sez. III, 26 ottobre 2005 n. 43312; Corte di Cassazione penale, sez. I, 1 giugno 2000 n. 4080.

accesso ai luoghi ove si svolgono manifestazioni sportive<sup>65</sup>, siccome sottratta alla sua cognizione giurisdizionale<sup>66</sup>.

L'ordinanza sarà impugnabile mediante ricorso per cassazione<sup>67</sup>, al quale non consegue l'effetto sospensivo siccome espressamente escluso dal comma 4 dell'art. 6 L. 401/89. Tale norma, tra l'altro, è conforme con quanto previsto in via generale all'art. 588, co. 2, c.p.p. nonché all'art. 4 L. 1423/56, norme in cui espressamente si esclude l'effetto sospensivo delle impugnazioni in materia di libertà personale e di misure di prevenzione tipiche. La sentenza con cui si dispone l'annullamento con rinvio per vizio di motivazione dell'ordinanza, e pur non dichiarando la irritalità della procedura, determina invece la sospensione dell'efficacia del provvedimento emesso dall'autorità di P.S.<sup>68</sup> nel periodo intercorrente fra l'annullamento e l'adozione del nuovo provvedimento in sede di rinvio<sup>69</sup>.

In riferimento alle vicende modificative o estintive della misura di prevenzione, si rinviene un contrasto nelle varie pronunce rese dalla Suprema Corte di Cassazione, rispetto ad altre rese, invece, dal Giudice Amministrativo, tale da creare una sorta di “vuoto giurisdizionale” in relazione alla cognizione della istanza dell'interessato, o della sua difesa, volta alla revoca o modifica della prescrizione di comparizione presso l'ufficio di polizia. Ed invero, la giurisprudenza amministrativa costantemente afferma che nel caso di impugnazione dinanzi al T.A.R. del provvedimento di D.A.SPO., con la prescrizione di presentarsi alla Questura negli orari indicati, è esclusa dal ricorso la parte del provvedimento impugnato che attiene all'ordine di comparizione nel posto di polizia, affermando che sussiste la giurisdizione del G.O. per quanto attiene all'ordine di comparire nel posto di polizia restando, invece, attribuito alla cognizione del G.A. il divieto di assistere alle manifestazioni sportive, anche se associato al predetto ordine di comparizione<sup>70</sup>. Nell'ambito della giurisdizione ordinaria, d'altra parte, si afferma che l'ordinanza di convalida del provvedimento del Questore, impositivo dell'obbligo

---

<sup>65</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 04 maggio 2011 n. 36276, in Cass. pen. 2012, 9, 3087; Vedi anche: Corte di Cassazione, sez. un., 13 agosto 2004 n. 44273 ed in senso conforme: Corte di Cassazione penale, sent. n. 49408 del 2009; Corte di Cassazione penale, sent. n. 37964 del 2007; anche in riferimento all'annullamento disposto a seguito del giudizio di legittimità per violazione del “termine orario”, vedi: Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 16 febbraio 2011 n. 21788, in CED Cass. pen. 2011; Vedi anche: Corte di Cassazione, sez. un., n. 4443 del 2006; In senso conforme: Corte di Cassazione penale, sent. n. 21344 del 2010, Corte di Cassazione penale, sent. n. 18530 del 2010, Corte di Cassazione penale, sent. n. 16405 del 2010; Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. n. 21789 del 2011

<sup>66</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 29 novembre 2006 n. 9797, in Guida al diritto 2007, 15, 77.

<sup>67</sup> Il quale non è proponibile personalmente dall'interessato, vedi: Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 03 novembre 2009 n. 45041, in CED Cass. pen. 2009, Cass. pen. 2010, 11, 3930; in senso conforme: Corte di Cassazione penale, sent. n. 37278 del 2006, Corte di Cassazione penale, sez. III, 8 febbraio 2006 n. 13230.

<sup>68</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 15 aprile 2010 n. 21349, in CED Cass. pen. 2010, Cass. pen. 2011, 3, 1204; conforme: Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 10 marzo 2010 n. 16404.

<sup>69</sup> Corte di Cassazione, sez. un., sent. 29 novembre 2005 n. 4443, cit.

<sup>70</sup> T.A.R. Venezia Veneto sez. III, sent. 21 settembre 2010 n. 4890, in Foro amm. TAR 2010, 9, 2778; conformi: T.A.R. Venezia Veneto sez. III, sent. 07 luglio 2010 n. 2886, in Foro amm. TAR 2010, 7-8, 2328; T.A.R. Genova Liguria sez. II, sent. 30 aprile 2010 n. 2027, in Foro amm. TAR 2010, 4, 1254.

di presentazione all'Autorità di Polizia in occasione di manifestazioni sportive, una volta divenuta definitiva per mancanza di impugnazione, non è revocabile pur in caso di mutamento della situazione di fatto da essa considerata<sup>71</sup>. Avallando l'indirizzo giurisprudenziale della Corte di Cassazione, allora, nel caso in cui il destinatario presenti una istanza di revoca o modifica con modalità meno gravose della misura di prevenzione in atto, questa non potrebbe che essere dichiarata inammissibile<sup>72</sup>, difettando la giurisdizione del G.O. Tuttavia, alle medesime conclusioni ed in relazione alla medesima fattispecie è pervenuta anche la giurisprudenza amministrativa. Inoltre, è da segnalare un terzo ordine di pronunce per le quali, essendo la misura del divieto di accesso agli stadi accostabile alle misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose, il sindacato giurisdizionale non appartiene alla sfera di cognizione del Giudice Amministrativo, ma a quella del Giudice Ordinario, anche in quanto il DASPO con o senza prescrizioni risponde all'interesse pubblico della prevenzione dei reati<sup>73</sup>. A giudizio di chi scrive, il conflitto sembra superabile alla luce dei principi costituzionali vigenti ed in forza delle norme formali applicabili al caso di specie. Sotto il profilo normativo, in effetti, il comma 5 della norma in questione riconosce la possibilità di “revoca” o “modifica” della misura “*qualora, anche per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, siano venute meno o siano mutate le condizioni che ne hanno giustificato l'emissione*”. Inoltre, su di un piano generale in relazione alle misure di prevenzione tipiche, l'art. 7, co. 2, L. 1423 del 1956 prevede che “*Il provvedimento stesso [applicativo la misura di prevenzione], su istanza dell'interessato e sentita l'autorità di pubblica sicurezza che lo propose, può essere revocato o modificato dall'organo dal quale fu emanato, quando sia cessata o mutata la causa che lo ha determinato*”. L'assetto normativo, pertanto, e non poteva essere altrimenti, tanto sul versante generale che su quello speciale, riconosce in capo all'interessato il diritto alla revisione della misura imposta. Indicazioni precise, in tema di riparto di giurisdizione sul punto, non si rinvencono nel testo della L. 401/89; nella norma del 1956, d'altra parte, si individua nell' “*organo che lo ha emanato*” quello competente alla sua revisione. Potrebbe, allora, affermarsi che, giacché tale provvedimento è stato emanato dalla Autorità Amministrativa e solo convalidato da quella Giurisdizionale, il titolare all'esercizio del relativo potere non può che essere la prima. A nostro giudizio, tuttavia, tale conclusione non sarebbe conforme al vigente sistema giuridico anche e soprattutto alla luce dei parametri costituzionali di cui agli artt. 24, 13 e 111, co. 7, della Carta Costituzionale, i quali sanciscono

---

<sup>71</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 12 marzo 2009 n. 15261, in CED Cass. pen. 2009, Diritto & Giustizia 2009.

<sup>72</sup> Così l'ordinanza del 20/05/2011 emessa dalla 13<sup>a</sup> sez. G.I.P. presso il Tribunale di Napoli di inammissibilità della istanza di modifica delle prescrizioni unite al DASPO del 02/03/2011 emesso dal Questore di Napoli.

<sup>73</sup> In questo senso: T.A.R. Torino Piemonte, sez. II, sent. 21 febbraio 2004 n. 319.

il principio della doppia riserva di legge e di giurisdizione<sup>74</sup> ed in capo ad ognuno il diritto di accesso alla giustizia per la tutela dei propri diritti. In effetti, così argomentando si rimetterebbe (e lascerebbe) in capo all'organo amministrativo la scelta circa la permanenza o meno di una misura che, come pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale e nomofilattica, incide sulla libertà personale del soggetto. Concludere che l'istanza di revoca o modifica vada presentata solo, o quantomeno in prima istanza, al Questore non consentirebbe un idoneo ed immediato controllo alla Autorità Giudiziaria ordinaria circa la sussistenza o meno dei presupposti che ne giustificano la permanenza. Tra l'altro bisognerebbe prevedere la possibilità di impugnare innanzi al Giudice penale un provvedimento di diniego reso dal Questore. In alternativa, volendo accedere ad una soluzione di compromesso, potrebbe anche sostenersi che l'istanza presentata al Questore, nel caso in cui venga rigettata, vada trasmessa alla competente Procura della Repubblica *ratione loci* affinché, ivi, il Procuratore assuma le sue determinazioni ed eventualmente farne scaturire un procedimento *de libertate*. Tuttavia, le innanzi prospettate soluzioni paiono artificiose oltre che carenti delle ragioni giuridiche a sostegno di siffatte procedure. Tale interlocuzione tra differenti Autorità, invero, non sembra essere rispettosa inoltre dei differenti poteri che l'ordinamento demanda ora all'una ed ora all'altra, rischiando così di frustrare l'impianto delineato dagli artt. 13 e 111 cost. Dal combinato disposto delle richiamate norme, invero, si evince il principio che la libertà personale possa essere limitata in via fisiologica solo allorché sia la legge a prevederne i casi ed in forza di un atto giurisdizionale, quindi emanato da chi disponga del relativo potere. Se è vero che tale potestà limitativa viene riconosciuta anche alla autorità di P.S., è altrettanto vero che il comma 3 del predetto art. 13 disciplina una deroga ai commi 1 e 2, giustificata dalla "necessità ed urgenza" di adozione dell'atto limitativo in considerazione della "eccezionalità" della situazione verificatasi. A tali parametri il potere conferito all'autorità di P.S. è subordinato e la sua esplicazione è consentita solo in quanto non è possibile un preventivo vaglio del giudice<sup>75</sup>. Quella prevista al comma 3 dell'art. 13 cost., insomma, non potrebbe mai essere la regola, bensì è deroga rispetto al fisiologico iter procedimentale previsto per limitare la libertà personale di un soggetto. A riprova di ciò, è bene sottolineare il regime di "provvisorietà" degli effetti conferiti all'atto limitativo della P.S., il quale decade qualora non convalidato dalla autorità giurisdizionale. Come potrebbe, allora, definirsi provvisorio il potere concesso alla autorità amministrativa se, successivamente alla sua esplicazione mediante la adozione

---

<sup>74</sup> G. Riccio – G. Spangher, "La procedura penale", cit., pag. 211.

<sup>75</sup> Ibidem, pag. 213.

del provvedimento limitativo, al medesimo organo si riconoscesse la esclusiva cognizione della materia in tema di rivedibilità? La contraddizione insita al quesito è superabile tenendo a mente che ogniqualevolta è possibile ricorrere in via preventiva al giudice ex art. 13, co. 2, Cost. tale procedura risulterà essere necessitata<sup>76</sup>.

Orbene, considerato che l'obbligo di presentazione presso un ufficio di polizia rappresenta una misura di prevenzione atipica incidente sulla libertà personale; che il parametro costituzionale di riferimento è l'art. 13 cost.<sup>77</sup>; che ai sensi dell'art. 6 L. 401/89 e dell'art. 7, co. 2, L. 1423 del 1956 tale è misura sempre rivedibile; che l'art. 24 cost. espressamente riconosce il diritto ad ognuno di "agire in giudizio" per la tutela dei propri diritti, ne discende che deve essere riconosciuto al destinatario della misura limitativa la possibilità di adire direttamente il Giudice penale affinché la misura di prevenzione possa essere sottoposta al vaglio per la verifica della sussistenza delle ragioni che ne hanno determinato la applicazione, conformemente agli strumenti processuali previsti in materia di libertà personale. Il richiamo principale non può che concernere le norme in riferimento all'arresto ed al fermo, rispetto a cui la procedura in esame presenta forti analogie<sup>78</sup>. Conformemente alla disciplina fornita dalla L. 1423/1956, per il relativo giudizio dovrà essere chiesto il previo parere anche del Questore che ha inizialmente adottato la misura, il quale meglio può farsi portatore delle esigenze di ordine pubblico che la misura tende a salvaguardare. Tra l'altro, come anche precisato dalla giurisprudenza costituzionale, tale misura di prevenzione è accessoria a quella limitativa della libertà di circolazione, così che il "parere" espresso dal Questore dovrebbe indicare anche ed in che misura la limitazione della libertà personale si rende ancora necessaria al fine di limitare quella di circolazione (la cui afflittività alla sfera personale è chiaramente di portata inferiore). Tra l'altro, nella Legge del 1956, disciplinante le fattispecie tipiche delle misure di prevenzione, all'art. 5, si prevede espressamente che sia il Tribunale (e quindi la Autorità Giudiziaria) l'organo deputato alla sua emanazione, mentre al Questore non può che spettare un compito di *input* sotto il profilo della proposta, per cui ancora al primo non potrà che spettare la giurisdizione a conoscere delle istanze modificative o estintive la misura limitativa la libertà personale.

A giudizio di chi scrive, allora, il sistema vigente dovrebbe essere interpretato nel senso che deve prevedersi la possibilità di adire direttamente il Giudice penale (non necessariamente la Autorità Giudiziaria procedente nell'eventuale procedimento penale instauratosi, siccome le

---

<sup>76</sup> Ibidem, pag. 214.

<sup>77</sup> Come detto, tali sono principi pacifici; vedi tra le altre C. Cost. 512/2002.

<sup>78</sup> Per un approfondimento maggiore in tema di analogie e differenze tra la misura di prevenzione atipica e le classiche misure precautelari, vedi: P. V. Molinari, "La nuova formulazione delle atipiche misure di prevenzione personali in tema di fenomeni di violenza in occasione di competizioni agonistiche", in Cass. Pen. 1995, 10, 2744.

due procedure sono distinte tra loro) con gli strumenti forniti dal codice di rito in materia di libertà personale e con il relativo sistema impugnatorio, intendendosi non conforme al vigente assetto, invece, una procedura che veda preliminarmente investito il Questore della cognizione circa la modifica o revoca della misura.

Della necessità dell'intervento della autorità giurisdizionale nella fase investigativa in punto di controllo sembra trovarsi conferma anche in quanto previsto al comma 7 dell'art. 6 L. 401/89. Quivi si prevede che il divieto e il corrispettivo obbligo di presentazione devono essere irrogati dal giudice nella sentenza di condanna emessa nel caso di violazione del provvedimento questorile, i cui effetti, tra l'altro, si esplicheranno anche nel caso di patteggiamento o di sospensione condizionale della pena. In tale fase, le misure applicate sono pacificamente qualificate pene accessorie alla principale<sup>79</sup> che, seppur da irrogarsi *ex lege*, trattandosi di misure limitative la libertà personale, sono comunque da riconoscersi insite alla sfera del potere giurisdizionale penale, il cui giudizio valutativo residua in relazione alla sola durata di dette statuizioni, ma non sulla sussistenza dei loro presupposti<sup>80</sup>.

PASQUALE RAUCCI

---

<sup>79</sup> Corte appello Bari sez. III, sent. 17 maggio 2011

<sup>80</sup> Corte di Cassazione penale, sez. III, sent. 15 giugno 2010 n. 32553, in CED Cass. pen. 2010, Cass. pen. 2011, 7-8, 2770; vedi anche: Corte di Cassazione penale, sent. n. 44026 del 2009, Cass. pen. n. 44022 del 2009; Corte di Cassazione penale, sent. n. 2814 del 2007; in senso difforme: Corte di Cassazione penale, sent. n. 4251 del 1991.