



Autorizzazione n. 9/2012 del Tribunale di Napoli

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

ISSN 2280-4323

anno II – n. 2e3-2013

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

www.dirittoegiustiziaminorile.it

Rivista giuridica di diritto minorile

INDICE SOMMARIO**GLI ARTICOLI**

Prof. Giuseppe Riccio Il filo rosso tra complementarità e specialità nella giurisdizione minorile.....	pagg. 4 – 16
Prof.ssa Clelia Iasevoli La Cassazione ‘giudice dei diritti’.....	pagg. 17 – 39
Prof. Avv. Mariano Menna La ragionevole durata del processo tra forza preclusiva dei sindacati incidentali e segmentazione dei processi cumulativi.....	pagg. 40 – 56
Dott. Ugo Pastore La specializzazione del Giudice nel processo penale minorile.....	pagg. 57 – 59
Dott.ssa Emma Avezzù Il rapporto processo penale e processo civile a tutela del minore ed il necessario coordinamento tra autorità giudiziarie procedenti.....	pagg. 60 – 79
Dott.ssa Emma Avezzù La procreazione medicalmente assistita in Italia tra norme ed etica. Il punto di vista del magistrato minorile. Casistica del Tribunale per i Minorenni.....	pagg. 80 – 93
Dott. Piero Avallone Il trattamento sanzionatorio del minore: verso una differenziazione dei modelli punitivi.....	pagg. 94 – 100
Dott. Nicola Ciccarelli La tutela internazionale del minore vittima di abusi e di reati alla luce della Convenzione di Lanzarote.....	pagg. 101 – 121
Avv. Domenico Ciruzzi Media e processo penale nella contemporaneità.....	pagg. 122 – 127
Avv. Carlo Gentile Minori stranieri non accompagnati.....	pagg. 128 – 134
Dott. Sandro Forlani - Dott.ssa Carmela Panico Minori in Comunità e concedibilità di permessi.....	pagg. 135 – 140
Dott. Emanuele Esposito Profili di Criminologia Minorile.....	pagg. 141 – 147
Dott.ssa Claudia Santoro Multiculturalismo e diritti dei minori: il caso dei rom.....	pagg. 148 – 171
Dott.ssa Maria Rosaria Sessa Aspetti relazionali dell’intervento educativo in Comunità.....	pagg. 172 – 176
Dott.ssa Valentina Maisto La tutela dei diritti umani dei minori migranti.....	pagg. 177 – 197
Dott. Davide Emilio Sarno Limiti all’ammissibilità della sospensione del processo e messa alla prova dell’imputato nel procedimento minorile.....	pagg. 198 – 206

I PROVVEDIMENTI

Dott. Paolo Sceusa Provvedimento di rigetto di affidato alternato, contenente prescrizioni limitative della potestà e monito in caso di mancata esecuzione delle stesse.....	pagg. 208 – 213
Dott. Alessandro Cocchiara Ordinanza emessa in un procedimento di esecuzione di mandato di arresto europeo nei confronti di minore.....	pagg. 214 – 217

GLI ARTICOLI

Prof. Giuseppe Riccio

Il filo rosso tra complementarità e specialità nella giurisdizione minorile

1. - Due pronunce del Tribunale per i minori di Napoli ripropongono, in termini di rinnovata attualità, il problema dell' ambito del potere discrezionale in un settore nel quale esso ha costituito, per le ragioni che riassumo, il punto di maggior affidamento per la riuscita di una esperienza che nel nostro Paese assume forza assorbente rispetto alla criminalità giovanile....perdon: alla "devianza" giovanile, formula maggiormente consona alla ipocrisia nostrana, che finge di ignorare che nelle nostre terre le carriere criminali cominciano in giovane età; basta leggere il certificato del casellario giudiziario di un modesto imputato di reati "mafiosi" per rendersi conto della *escalation* di un giovane delinquente, che passa, rapidamente, dalla guida senza patente, al furto, alla rapina, all' omicidio; del resto - é noto - l' età media dei "boss" ormai si aggira intorno ai trenta anni.

Sono cose che un *garantista* non dovrebbe mai dire; e mi rimbrotto da solo; epperò non posso non annotare che la consapevolezza di questi innegabili fenomeni, se in altri Paesi consente che il minore sia giudicato anche dai tribunali "ordinari" in ragione del titolo penale del fatto e/o della reiterazione delle condotte (parlo di Paesi-pilota nella tutela del fanciullo e dei bambini), qui da noi ha prodotto l' azzardata scommessa di credere che il "pietismo giudiziario" potesse produrre effetti benefici sul giovane deviante. Perciò, si é creato il processo "educativo"; perciò si è resa composita l' organizzazione giudiziaria per i minori, infarcita di illusioni recuperatorie; perciò si è esaltata la discrezionalità del giudice, offrendogli strumenti "clemenziali" (ma il termine rappresenta gli effetti di un atteggiamento intellettuale risalente della giurisdizione minorile più che le reali intenzioni del legislatore dell' '88): tutte misure capaci di ridurre il "danno" prodotto dal processo sul minore, soggetto da proteggere - anche da se stesso -, perché rappresenta il futuro del nostro paese.

Quante volte ho detto queste cose; e le ho spiegate con la differenza tra tesi pluridimensionale e tesi polifunzionale della pena; quante volte ho cercato di capire

come la purezza accertativa del processo potesse convivere con le istanze di prevenzione speciale della giurisdizione minorile; quante volte mi sono spinto a dimostrare come quel legislatore avesse potuto sperare che una struttura di tal fatta avesse la potenzialità di "far sentire la lezione" del processo (Latagliata, *La recidiva*, Napoli 1958) e consolidare la prevenzione generale, effetti naturali della giurisdizione, quand' essa è efficiente ed efficace.

Dire: "non ci credo più", al di là del fatto che non è vero fino in fondo, giacché la giurisdizione minorile non poteva resistere alla degenerazione della giurisdizione che ogni giorno di più si contrassegna proprio sul terreno del giudizio; dire "non ci credo" ha poca importanza: è questo il costume con cui manifesto le mie opinioni. Dire "non ci credo più" acquista rilievo, invece, in questa sede, vuoi per trovare la forza di convenire sul fatto che bisogna cambiare qualcosa (non solo cultura, mentalità, atteggiamento psicologico, eccessi "garantistici", ovviamente non alterando la funzione del processo - anche minorile -), senza annullare il particolare progetto della *giurisdizione minorile, che combina fatto e personalità*, rimuovendo il divieto di osservazione della personalità dell' imputato - fondamento ideologico del processo penale - , proprio per organizzare una struttura che offra al giudice l' opportunità di immedesimazione nel minore per coglierne le prospettive di vita.

È questo il senso del diritto del minore ad un "processo giusto"; che si qualifica, sul terreno processuale, per la identità di garanzie del processo "ordinario" e, sul piano dogmatico, per il rispetto del diritto all' educazione (Iasevoli), elemento di formazione della persona e, qui, fondamento delle differenti strategie che legittima momenti specialpreventivi interni al processo stesso.

Gli obblighi di solidarietà del legislatore di fronte ai diritti del minore, affermati in tante Carte internazionali trainanti le necessitate diversità di trattamento del minore vittima e/o imputato e delle più articolate forme di tutela pure in presenza della commissione di un reato, però, non potevano essere tradotti in schemi comportamentali rigidi; perciò è risultato indispensabile l' affidamento al giudice di un' ampia discrezionalità, non solo nel momento finale del giudizio, ma anche rispetto alle scelte processuali meglio rispondenti al tasso educativo e di maturità del minore ed

alla realizzazione della pretesa punitiva della società: il tutto "in modo adeguato alla personalità ed alle esigenze educative del minore" (art. 1.1 l.p.m.).

La difficile specializzazione del giudice minorile si muove all' interno di questi contrastanti argini - spesso anche di natura psicologica -; per cui non basta dire che il Tribunale per i minorenni è giudice specializzato perché è formato in modo composito con esperti "esterni" alla magistratura.

Il giudice per i minorenni è specializzato perché chiamato ad una sintesi tra fatto e personalità; tra evento storico accaduto e prospettive educative future del minore; tra diagnosi e prognosi, scommessa continua sulla irripetibilità

dell' accaduto da parte di quel soggetto (= l' occasionalità è elemento filosofico della giurisdizione penale minorile, non solo di una specifica "misura" degiurisdizionalizzante) che ogni giorno quel giudice compie (= deve compiere) tutte le volte che si trova al cospetto di un minore imputato.

Dunque, la giurisdizione minorile non è solo applicazione della legge; è anche valutazione di compatibilità della legge con l' evento ed è adeguatezza della soluzione con la situazione; con l' unico limite del rispetto delle regole del "giusto processo minorile", che elimina la tentazione di sottrarre garanzie procedurali al minore.

Eppure ciò accade.

2. - Non ce ne vogliono i magnifici conterranei della giurisdizione minorile napoletana; con loro il dialogo, sempre accorto ed educato, ha contribuito a formare una magistratura di alta competenza, anche e perché mai essa si è sottratta all' esame della critica. Non lo farà neanche questa volta (ne sono certo); in cui ritorno su un tema a me caro, perché forse è la massima espressione di quella sintesi e della capacità di cogliere gli intimi significati della giurisdizione minorile: sto parlando della "irrilevanza del fatto" (art. 27 l.p.m.; perché la evocate con la sigla c.p.p.m.?), altrove definita "particolare tenuità del fatto" (art. 34 d. l.n. 34 del 2000 sulla "competenza penale del giudice di pace"), la cui comparazione ha creato e crea ancora delicati problemi di assetto dogmatico oltreché di forme e formule applicative (Riccio).

Ebbene, se la identità del concetto ci permetterà di risolvere il problema dogmatico - lo si vedrà -, l'alternante ampiezza con cui si "largheggia" in questa materia non sembra corrispondere alla filosofia di sistema su cui ci siamo intrattenuti, sia pure in estrema sintesi.

Intanto, a monte, spulciando tra la innumerevole dottrina che si è interessata del tema (peraltro composta dai più grandi giuristi del nostro paese), t'accorgi della difficoltà di determinare il concetto di "*discrezionalità*", in mancanza di una definizione legislativa e, all'opposto, in presenza di una molteplicità di aggettivazioni che la rendono uno dei cannotati più complessi della funzione giurisdizionale. Addirittura: scopri che si parla - fortunatamente: è raro - di "*discrezionalità interpretativa*" in presenza di clausole generali e/o aperte - come si dice - confondendo, così, la dimensione del giudizio con la dimensione della norma. Si aggiunga che l'instabilità storica della nozione e le molteplici ricostruzioni succedutesi nel tempo e nei luoghi giuridici, spesso su oggetti differenti (Piras, voce *Discrezionalità*, in Enc. Dir. XIII, Milano 1964), non hanno contribuito a fornire elementi di riferimento rasserenanti, oltre quello, *unificante*, della *ansia di appropriazione di spazi di libertà nell'esercizio delle proprie funzioni: ed è questa la discrezionalità*; che, nel diritto penale, si trova tradotta nelle disposizioni inerenti alla applicazione della pena - ma pure qui vi sono regole e criteri (artt. 133; 69; 61 *bis* c.p. e così via) - e, nel processo, nelle disposizioni relative alla valutazione della prova (art. 192 c.p.p.) - ma pure qui lacci e laccioli impongono al giudice il rispetto dei diritti procedurali o, come altri dicono, delle garanzie processuali (art. 526; 500 ss e così via; per non parlare del complicato sistema cautelare ed altro).

Tutto il resto, nel processo penale, è *libertà*: dalle scelte investigative del pubblico ministero al *libero convincimento* del giudice, reso tale (= libero) proprio da quelle regole e da quei criteri che lo sottraggono alla tentazione dell'*intuitu personae* che scandisce l'*intimo* convincimento del processo inquisitorio.

Dunque, *la discrezionalità è il criterio normativo della decisione*; e rappresenta un fenomeno unico nella sua essenza che "ricorre ogni qualvolta spetti all'autorità non solo di qualificare ma anche di determinare quanto deve essere qualificato, secondo un

apprezzamento ulteriore di specie del valore del fatto (indeterminato) della norma" (Piras).

E, a valle? Appartiene a questa area l' "irrilevanza"? Come si coniugano nella ipotesi, in questa ipotesi, criterio discrezionale di valutazione del fatto ed interpretazione degli elementi normativi della fattispecie?

É chiara la differenza? si capisce il problema? si percepisce la necessità dell' eguale trattamento pure in presenza di una clausola (dall' apparenza) "elastica"?

Insomma: se *discrezionalità* ed *interpretazione* hanno oggetti diversi; se sono operazioni differenti: rispettivamente, psicologica (nel senso di atteggiamento ricostruttivo del rapporto tra prova e fatto), la prima, e meramente intellettuale, la seconda, se é poca cosa rapportare la fattispecie al fatto; se è così, mi chiedo: si sa anche come rendere "stabile" il giudizio di applicazione della "irrilevanza" a salvaguardia della essenza egalitaria della giurisdizione?

Questi interrogativi - tanti, dopo il tempo trascorso dall' apparire della clausola - sono generati da indirizzi giurisprudenziali, nei quali, una volta, sembra eccessiva la sua applicazione, altra volta sembrano compromessi i diritti dell' imputato.

La *prima* situazione ricorre in quelle occasioni in cui, nonostante l' offerta di soluzioni processuali differenti (dal perdono giudiziale al reato impossibile) il ricorso alla clausola di irrilevanza risulta "comoda opportunità" per risolvere in senso "benevolo" un caso complesso, ed evitare così gli effetti della condanna; ma la buona intenzione non sempre si coniuga con il "buon" diritto.

Ragionando su questi eventi, mi viene in mente un caso datato (Tr. min. Napoli, sentenza n. 202 del 2006) sul quale ritorno non solo perché ripetuto nel tempo, ma perché mi sembra singolare la motivazione in fatto ed in diritto della sentenza, che si muove nell' ambito delle categorie a cui fatto cenno, ragionamento che poi trovi ripetuto in occasioni successive.

Nell'ipotesi specifica, in verità, i dubbi sulla consumazione del reato causati dalla mancanza della testata del motore - che non avrebbe consentito lo spostamento della vettura - e la conseguente valutazione "*ictu oculi* di sostanziale *derelictio*" del mezzo di scarsissimo valore, molto probabilmente, avrebbero dovuto indurre il giudice

dibattimentale ad una valutazione giudiziale di differente portata sul piano del diritto, non praticata per il ricorso al più facile "espediente" dell'art. 27 l.p.p.m. che - dice il giudice - nella occasione consentiva di evitare un contatto prolungato del minore con l'apparato giudiziario, anche se siamo in dibattimento, celebrato dopo tre anni dal fatto; anche se nessuno prima aveva ipotizzato una soluzione così semplice, non a caso affidata - originariamente - al gip, il quale, sì, avrebbe sottratto il minore al processo.

Ma ... va bene così. Mi impensierisce, però, come dicevo, il ricorso a criteri dell'art.133 c.p. per *interpretare* il senso della clausola; si dice, infatti, che quella disposizione contiene indici orientativi della valutazione della tenuità del fatto "legando a parametri normativamente previsti l'accertamento della sua sussistenza", pur considerando quegli "elementi costituiscono soltanto una guida al corretto esercizio del *potere discrezionale*" (cfr. la sentenza citata)

La confusione concettuale pare palese: l'art. 27 l.p.p.m. contiene una clausola la cui applicazione è affidata alla discrezionalità del giudice (cioè: è una soluzione giudiziale a lui affidata) il cui ambito va individuato secondo elementi interpretativi letterali, logici e sistematici interni alla disposizione stessa.

Seguendo questi criteri si identificano *irrilevanza e tenuità*; soprattutto la lettura del sistema - considerato metodo di conoscenza dei comportamenti processuali *della e nella* giurisdizione minorile (mi riferisco al complesso rapporto tra complementarità e specialità: art. 1 l.p.p.m.) -; soprattutto essa consente di identificare l'incerta definizione del 1988 e l'indecisa descrizione del 2000.

Già in altra occasione, mettendo a confronto le due fattispecie (artt. 27 l.p.p.m. e 34 c.p.g.d.p.) notavo le ragioni della sintesi definitoria della prima e della eccessiva abbondanza terminologica della seconda; notavo, anzi, la contraddizione delle formule risolutive della situazione giuridica: quella archiviativa della giurisdizione di pace contrasta con la quantità di elementi, anche di natura soggettiva, in ragione dei quali il giudice è chiamato ad applicare la clausola proscioglitrice; quella "più garantista" della giurisdizione minorile (con sentenza) pone problemi interpretativi delicati, spesso risolti in modo "autoritario", addirittura con provvedimento *de plano* che contrasta con

i principi fondamentali del processo (Riccio, *Irrilevanza penale del fatto*, Enc. Giur. Treccani, Roma 2009).

Su questi presupposti argomentativi credo di poter sintetizzare la definizione nel senso che, comunque descritta, la clausola manifesta la scarsa significatività o l' inconsistenza del fatto contingente rispetto all' interesse tutelato; comunque definita, insomma, la "*tenuità del fatto*" si traduce in un comportamento che raggiunge la soglia di tipicità del fatto non la gravità dell' offesa che aveva indotto il legislatore all' inclusione della fattispecie nel genere dei delitti.

Dal punto di vista funzionale, insomma, il legislatore "delega" al giudice la valutazione discrezionale del tasso di anti giuridicità di un fatto ritenuto reato ma che nella fattispecie presenta connotati offensivi "ridotti" secondo i criteri normativi contenuti in quelle disposizioni; si tratta di una operazione interpretativa, le cui regole guidano il giudice nella lettura delle norme penali.

È un giudizio tecnico; è una valutazione teleologicamente orientata sulla concretezza e "gravità" dell' offesa prodotta da una condotta occasionale; meglio: sulla non corrispondenza della concreta offesa prodotta alla ontologia politica che legittima l' appartenenza di quel fatto all' area penale; perciò appaiono inutili ed inconferenti gli orpelli inseriti nell' art. 34 c.p.g.d.p.; perciò all' origine (1988) la "sentenza" fu affidata solo al gip, nonostante la naturale plurisoggettività della giurisdizione in cui poteva operare; perciò non può negarsi la legittimità nè la forza deflativa della soluzione archiviativa.

In definitiva il giudice ha il potere *discrezionale* di definire il processo con l' applicazione della clausola di "*irrilevanza*", i cui connotati sono ricavati in via *interpretativa* dalla disposizione che la prevede.

3. - La preferenza per la formula "procedimentale" - confermata anche nei progetti ampliativi della clausola alla giurisdizione "ordinaria" (per una esemplificazione cfr. la "Bozza-Riccio") - non esime dal contestare ricorrenti prassi di aggiramento dei principi fondamentali del processo e di mortificazione dei diritti procedurali dell' imputato, nelle occasioni in cui appare evidente la "tenuità", divenuta, ormai, altra

forma di risoluzione clemenziale della vicenda giudiziaria in cui il danno dell' offeso ha peso scarsissimo e nessuna partecipazione. Si tratta di comportamenti abnormi che producono provvedimenti abnormi (il "vizio" è diffuso e risalente; per esempio cfr. Gip Napoli n. 602 del 2013 in proc. N. R.g. 175/13), ovviamente accettati perché comunque "favorevoli" all' imputato; ma il risultato "di favore" non può giustificare una procedura priva di garanzie, pur quando la prassi devia in nome dell' economia processuale .

La buona intenzione mette in gioco la legittimità della giurisdizione, la sua essenza democratica, il suo valore istituzionale; e, per rendersene conto, basterebbe ragionare su significato e funzione del termine "sentenza".

Si sa. Il legislatore del 1988, quello del codice, a cui si è accodato quello della legge minorile che si integra nel più generale contesto sistematico, per la prima volta nella storia del nostro Paese mette al centro della costruzione normativa relativa al processo penale il linguaggio, guida insostituibile per conoscere il sistema (Riccio, *la Procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli 2010).

Si sa. Non é un problema di stile; ancor meno di forma. Il legislatore sfrutta i significati semantici come segnali delle situazioni giuridiche nelle quali intromette l' interprete, chiunque sia. È così.

Si sa, ad esempio, che "procedimento" e "processo" acquistano specifico valore tecnico, pur se complesso, perché i termini sommano le fasi dell'insieme della vicenda giudiziaria, anche se talvolta il primo serve anche ad indicare un inserto dell' itinerario principale; ma in questi casi il procedimento "incidentale" non é mai relativo all' oggetto della vicenda.

Ebbene, nel significato tecnico, i due vocaboli si distinguono per funzione, oggetto ed organizzazione; per cui il "procedimento" individua la fase funzionalmente orientata all' esercizio dell' azione penale, in cui il *dominus* svolge attività libere serventi allo scopo di realizzare l' obbligo costituzionale, potendo (= dovendo) rivolgersi al giudice nelle occasioni in cui ha bisogno d' ingerirsi nei diritti fondamentali delle persone. Il giudice partecipa, quindi, al procedimento, se richiesto, solo come garante dei diritti dell' accusato e della legalità del procedere. In questa situazione dire "procedimento"

(in senso tecnico) significa individuare il *dominus* (= il pubblico ministero), l' *oggetto* (= le indagini preliminari), la *funzione* (= l' esercizio dell' azione penale), l' *organizzazione diatica*, potendo, l' accusato, rivolgersi al pubblico ministero per le sue eventuali richieste, non al giudice, non essendo stato realizzato (ormai da tre lustri) il dettato del terzo comma dell' art 111 Cost.: ma questa è situazione endemica della nostra politica che scrive le norme - magari senza conoscerne natura ed effetti (è capitato!) - e poi ne dimentica l' esistenza e gli obblighi che per essa la norma ha posto. Ma...tant'è.

Sicché, richiamare una qualunque delle situazioni giuridiche cui abbiamo fatto riferimento significa evocare l' intero microsistema descritto.

Cose note, si sa, che sembrano "banalizzare" il discorso, se non si dovesse riscontrare, quotidianamente, che esse sono dimenticate, per non dire....mai conosciute o, peggio,mai insegnate.

Si sa. Il termine "processo" ha tutt' altra semantica e partitura, che modificano alla radice quelle situazioni giuridiche (: dominus, oggetto, funzione, struttura), avendo fondamento nell' esercizio dell' azione penale, che cambia - addirittura - i ruoli istituzionali che si muovono nel processo e le situazioni soggettive che gli appartengono. Ad esempio, la giurisdizione è di merito non più solo di garanzia (= merito, qui, significa ricostruzione dell'oggetto della vicenda, non differenza funzionale); i poteri del pubblico ministero si equiparano a quelli dell' imputato; le attività delle parti - finalmente pari - acquistano proiezione giudiziale (= probatoria) riconoscendo al giudice il ruolo di protagonista della "nuova" vicenda: è lui che deve decidere.

Di conseguenza, in questo sistema, dire "sentenza" significa dire giurisdizione di merito, imputazione, processo, cioè partecipazione paritaria alla vicenda, essendo questa l' etimologia, non solo filosofica né solo politica, del termine: *processo è partecipazione*.

Sono cose note, si sa, che sembrano banalizzare il discorso, se non si dovesse riscontrare, quotidianamente, che esse sono dimenticate, per non dire....mai conosciute o, peggio,mai insegnate.

Infatti, commentiamo prassi in virtù delle quali il gip è chiamato, *de plano* (cioè: in camera di consiglio non partecipata), ad emettere sentenza ai sensi dell' art. 27 l.p.p.m.; e la emette senza fissare udienza e quindi, necessariamente, senza convocare le parti, *recuperando il processo alla più stringente logica inquisitoria*, essendo questo abusato *iter* un gioco a due tra pm e gip.

Ma subito le obiezioni: di che ti lamenti? Chi se ne duole? Non è così per l' archiviazione, magari per fatti analoghi? Di chi il danno?

Semplice: per la democrazia, già messa in vetrina per le derive autoritarie a cui spesso la magistratura non si sottrae (ma questa è altra storia; ben diversa, certo; *in bonam partem*, ecc.); epperò l' effetto sul piano della tenuta del diritto è identico ed è nientemeno la *violazione della legalità*, dal momento che quella norma non consente questa interpretazione.

Semplice: perché il comma 2 dell' art. 27 l.p.p.m. afferma che "sulla richiesta il giudice provvede in camera di consiglio *sentiti* il minorenne e l' esercente la potestà dei genitori, *nonchè* la persona offesa dal reato"; per cui la prassi non si legittima neanche in mancanza di persona offesa - processi nei quali è nata -, giacché l' essenza garantista della disposizione è tutta nella prima parte, là dove è richiesta la partecipazione del minore, il cui ascolto - *solo* - può determinare l' occasionalità della condotta, elemento non riconducibile ai "precedenti", la cui conoscenza è necessaria, invece, ai fini della determinazione della pena; anche per questo si contestava, innanzi, il ritenuto rapporto esplicativo tra 133 c.p. e 27 l.p.p.m.

Meno semplice la soluzione sul terreno sistematico, là dove appare la diseconomia della soluzione scelta, là dove si svela la ragione del contesto processuale.

Sul primo terreno, la partecipazione certamente evita strumentali impugnazioni, contribuendo per questa via alla economia processuale; sul secondo, consentito il rinvio alle argomentazioni espresse in altra sede, molto semplicemente si dirà che, essendo indiscussa l' applicazione dell' art. 129 c.p.p. anche in questa occasione (cfr. Riccio, che in ragione di questa interpretazione sistematica giustifica i poteri di impugnazione del terzo comma della disposizione), solo il contesto triadico può dissolvere l' eventuale "conflitto" tra primo e secondo comma della norma generale ora richiamata

ed offrire al giudice gli elementi per una sentenza effettivamente corrispondente alla vicenda storica avvenuta.

4. - Questa felice combinazione di interpretazione letterale e sistematica non sempre ricorre in un ordinamento in cui i principi di compatibilità tra situazioni giuridiche e di applicabilità di disposizioni contenute in contesti "codicistici" differenti sono espressamente predisposti per il funzionamento della giurisdizione; ed è così per il processo penale minorile, il cui art. 1 prescrive l'osservanza del rapporto tra complementarità e specialità.

Non ricorre (quel felice combino), ad esempio, per individuare la competenza funzionale a celebrare il giudizio abbreviato chiesto a seguito del decreto di giudizio immediato, situazione rispetto alla quale si confrontano tesi contrastanti tra chi reputa dovuta l'applicazione letterale dell'art. 458 c.p.p. proprio in nome della regola della complementarità e chi, viceversa, ricorre alla più complessa regola della specialità (secondo l'art. 50 *bis* ord. giud.) per chiedere che il giudizio sia emesso da un collegio essendo tale anche il gup di quella giurisdizione, "ordinariamente" chiamato a celebrare quel rito.

La sintesi non rende giustizia alle articolate motivazioni delle opposte tesi, rispetto alle quali vale la pena di sottolineare che la "competenza" del gip è ricavata *per tabulas*, come si usa dire, quella del gup è ricavata per analogia dai poteri di decisione nel merito di quel giudice quando v'è consenso del minore, oltretutto dai possibili esiti del giudizio abbreviato che richiedono la composizione articolata come nella "normale" occasione in cui è solitamente richiesta quella forma processuale; ma la prima tesi contesta questa lettura sistematica per ragioni funzionali e strutturali, essendo il giudizio immediato la forma processuale che salta proprio l'udienza preliminare.

Dunque, gip o gup; oppure.....?

Accantonata per un attimo la soluzione letterale (ex artt. 458 c.p.p. - 1 l.p.p.m.; così già in Cass. pen. n. 38482 del 2008) le obiezioni all'opposta lettura si radicano sulla funzione (naturale) dell'udienza preliminare, sulla impossibilità che il processo retroceda di fase, sui poteri di merito riconosciuti,

ad esempio, al giudice monocratico nell' art. 27 l.p.p.m., sulla inconsistenza della obiezione secondo cui, seguendo questa interpretazione, la scelta procedimentale del pubblico ministero condizionerebbe anche l' individuazione del giudice del rito.

Vero e falso; certamente inconsistenti i dubbi di retrocessione e di dominio del pubblico ministero sulla scelta del giudice; egualmente inconsistente, ma per altre ragioni, il richiamo all' art. 27 l.p.p.m.

Sui primi punti, stabilito che la pluralità dei giudici per il rito abbreviato è regola processuale affidata alla scelta operativa del pubblico ministero, va sottolineato che nel codice la competenza del giudice del rito è predeterminata (*é questo il punto!*), che la soluzione "collegiale" non significa far retrocedere il processo, bensì individuare il giudice del rito abbreviato oltre le regole della competenza funzionale: *e questa è obiezione altrettanto seria, in nome della quale si comprende che la soluzione non può essere lasciata alla prassi ore rispetto delle regole "moralì" del "giusto processo", tra le quali interessano, qui, direttamente, la predeterminazione del giudice e l' uguaglianza di trattamento; e sono questi principi che orientano la soluzione.*

Invero, l'osservazione secondo cui non vi sarebbe "scandalo" alla celebrazione del rito abbreviato da parte del gip anche nella giurisdizione minorile - essendo, quel giudice, chiamato ad applicare l' art. 27 l.p.p.m. - è priva di consistenza, essendo del tutto diverse le pronunce; si è detto: la fattispecie della citata disposizione è di mera natura tecnica, tant' è che nel caso di disaccordo il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero (comma 2). Il rito abbreviato offre, invece, un variegato panorama di pronunce, senza limiti, quindi anche quella dell' art. 28 della stessa legge, che si radica nella "laicità" della giurisdizione minorile; in questa, non in quella, insomma, v' è necessità della osservazione della personalità del minore, per cui questa, non quella, richiede la collegialità deliberativa e la pluralità di esperienze che la compongono.

Se si ragiona così, appare il problema costituzionale finora negato.

Si riconnette alla predeterminazione del giudice ed all' uguaglianza di trattamento; entrambe situazioni che, nella giurisdizione specializzata, ha il suo presupposto nella composizione complessa del giudice.

È questa la dimensione della lacuna legislativa; che omette l'individuazione del giudice del rito abbreviato nella giurisdizione minorile a seguito di decreto di giudizio immediato; e sono queste le ragioni per le quali, nel nostro caso e per la natura stessa giurisdizione minorile, *prevale il principio di specialità* non quello di complementarità, che elimina l'applicabilità dell'art. 458 c.p.p. perché *incompatibile* con il fondamento del sistema processuale penale minorile.

Consegue che la difformità di trattamento va eliminata, forse, non necessariamente col ricorso alla Corte costituzionale: una sentenza delle Sezioni unite che resolvesse il caso fondando le ragioni del ricorso alla collegialità (perché non il giudice del dibattimento?; per l'etichetta del rito?; ma il "direttissimo" non è forma qualificata di "evidenza della prova?; perché non una complementarità con l'art. 452.2 c.p.p.?; per il *nomen juris* del rito?); si diceva: la Cassazione potrebbe risolvere in via definitiva il problema. Confermando la sua natura di giudice dei diritti (Riccio, *Introduzione allo studio della Cassazione*, in *Giust. pen.*, luglio 2013) a condizione che i giudici di merito ne riconoscano la forza garantista e la funzione supplente e, quindi, che la applichino senza deviazioni.

Senno!...Corte costituzionale.

Giuseppe Riccio

Emerito di Procedura Penale
Università Federico II di Napoli

Prof.ssa Clelia Iasevoli
La Cassazione ‘giudice dei diritti’

Sommario: 1. *Semel mafioso semper mafioso.* – 2. L’applicazione disgiunta della misura di prevenzione patrimoniale. 3. Il controllo sulla motivazione per violazione di legge. – 4. Quale Cassazione oggi?.

1. *Semel mafioso semper mafioso.*

Sul versante della tutela delle situazioni soggettive protette si avverte il ‘peso’ crescente del diritto giurisprudenziale¹. Ed è qui che si manifesta la problematicità del rapporto *giudice-legge*² a fronte di talune opzioni di politica criminale, che si sostanziano in una delega in bianco all’interprete³. Se la legge non adempie ad un’effettiva funzione di orientamento non può ‘condizionare’ la discrezionalità del giudice, né mutarla da libera in normativamente orientata, strada attraverso cui si determina la reciproca strumentalità tra diritto e prova, evitando il rischio di inversione dell’onere della prova.

Ciò accade soprattutto per il ‘sommerso’, che resta fuori dal processo penale, cioè per quella parte di storicità del fatto, che non assurge a tipicità offensiva.

¹ «In premessa, va chiarita la differenza tra “diritto giurisprudenziale” e “momento giurisprudenziale del diritto”, che la più accorta dottrina rintraccia nel concetto di “creatività”: la “creatività come fonte” corrisponde al diritto giurisprudenziale; la “creatività interpretativa” forma il momento giurisprudenziale del diritto e costituisce il portato del “movimento” liberista nel nostro Paese, datato all’indomani della Costituzione e via via consolidatosi per far fronte alle contraddizioni tra lacune legislative e disfunzioni giurisprudenziali. Ebbene, la definizione funzionale della giurisprudenza quale luogo di mediazione tra legge e diritto contiene in sé il connotato creativo indispensabile nel raccordo tra comando astratto e caso concreto. Sicchè, il momento giurisprudenziale rappresenta un fattore endemico nella dinamicità del diritto positivo, nel suo progredire storico, nel suo adeguarsi alla situazione contingente». Così, G. RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, p. 87-88.

² Sul tema, E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 64; G. RICCIO, *La legalità è fatta di magistrati che non cedono alle suggestioni*, in *Dir. giust.*, 2004, p. 86. Di recente: G. ILLUMINATI, *Abuso del processo, legalità processuale e pregiudizio effettivo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3593; N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 64; IDEM, *Appunti sparsi sulla riforma costituzionale della giustizia*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2862.

³ M. DONINI, *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, n. 1, p. 221.

L'esemplificazione è offerta, ancora una volta, dalle sezioni unite Mannino⁴, che in virtù del criterio di tipizzazione causale pervengono – nell'ottica di contenere l'indeterminatezza⁵ della figura di 'concorso esterno' in associazione mafiosa – all'esclusione della rilevanza probatoria di 'indicatori' di mera disponibilità o di vicinanza all'associazione⁶, dal momento che il criterio della tipizzazione causale non

⁴ Cass. pen., sez. un., 12 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, II, p. 80.

⁵ «Solo di rado le previsioni di reato e, più in generale, le norme che ridondano a carico della libertà individuale risultano conformi ad esigenze di determinatezza e tassatività, come viene confermato da strappi frequenti e recenti della legalità: è in atto, già da lunga data, un evidente processo in cui il diritto penale diviene sempre meno chiaro. Quando, poi, la 'postmodernità' chiede forme di controllo penale più 'flessibili', più 'dinamiche', anche ai fini di una 'semplificazione' processuale, il principio di determinatezza – unitamente agli altri principi di stato di diritto, quali personalità della responsabilità, offensività, materialità, frammentarietà, sussidiarietà – viene ad essere ulteriormente sacrificato. E' possibile, infatti, sostenere che l'accentuata disattesa di questo principio rappresenta, per le sue implicazioni, l'esempio più evidente della perdita di valore di quelle idee-guida alla base del diritto penale di derivazione illuministica, quali tutela di libertà e dignità dell'uomo». Le osservazioni sono di S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p. 20-21.

⁶ In dottrina hanno contrastato l'ammissibilità del concorso esterno prima dell'emanazione della sentenza Mannino: D. SIRACUSANO, *Il concorso esterno e le fattispecie associative*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1870; A. MANNA, *L'ammissibilità di un concorso «esterno» nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 1189; P. INSOLERA, *Il concorso esterno nei reati associativi: la ragion di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro It.*, 1995, II, p. 423. Anche la giurisprudenza aveva già espresso dubbi sulla sua configurabilità, cfr. Cass. pen., sez. I, 30 giugno 1994, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1114; Cass. pen., 18 maggio 1994, in *Foro it.*, 1994, II, p. 560; Cass. pen., sez. I, 18 marzo 1994, in *Foro it.*, p. 2685; Cass. pen., sez. I, 18 maggio 1994, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2685.

La problematicità di tale contesto è stata messa a fuoco da M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, III, *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003; A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003; G. De Vero, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 1325; A. CORVI, *Partecipazione e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 242.

ammette la rilevanza della causalità in senso psicologico⁷: mi riferisco, ad esempio, alla diffusione della cultura criminale⁸.

Tutto ciò esce dall'area della giurisdizione di accertamento del fatto e della responsabilità ed entra nel processo di prevenzione; esce dal concetto giuridico di partecipazione ed entra nella *delega in bianco* della categoria del 'sospetto' di appartenenza all'associazione mafiosa, presupposto per l'applicazione della misura della sorveglianza speciale o dell'obbligo di soggiorno e, contestualmente, per l'ambito di attività delle misure patrimoniali.

Su questo terreno si scopre che la motivazione del provvedimento è lo strumento a cui è affidata l'effettività della tutela dei diritti fondamentali.

Ebbene, secondo il diritto giurisprudenziale⁹, se la partecipazione richiede la prova di una stabile ed organica adesione al sodalizio¹⁰, l'appartenenza è comprensiva di ogni comportamento che, pur non configurando gli estremi del fatto di partecipazione, sia funzionale agli interessi dei poteri criminali e costituisca una sorta di terreno favorevole impregnato di cultura *mafiosa*.

Sicché, per sostenere l'*appartenenza* è sufficiente la dimostrazione dell'esistenza di elementi concreti, che siano espressione di azioni funzionali alla realizzazione di

⁷ Prima dell'intervento delle *Sezioni unite* Mannino, vi è traccia sulla configurabilità del concorso esterno in: Cass. pen., sez. I, 24 gennaio 1994, in *Giust. pen.*, 1994, II, p. 424; Cass. pen., sez. I, 6 giugno 1994, in *Giust. pen.*, 1995, II, p. 18; Cass. pen., sez. I, 8 giugno 1993, in *Riv. pen.*, 1994, II, p. 540; Cass. pen., sez. I, 23 novembre 1992, in *Giust. pen.*, 1993, II, p.563.

Sul versante dottrinario, si rinvia a S. SAGLIA, *Osservazioni in tema di concorso eventuale nel reato di associazione mafiosa*, in *Giust. pen.*, 1992, II, 310; G. FIANDACA, **Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica**, in *Foro it.*, 1993, V, p. 137; IDEM, **Una espansione incontrollata del concorso criminoso**, in *Foro it.*, 1996, V, p. 127; C.F. GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 1191; A. INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, p. 96; G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 1266; C. VISCONTI, *Il "concorso esterno" nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico-criminali*, in *Riv.it. dir. e proc. pen.*, 1995, 1328; G. PACI, *Osservazioni sull'ammissibilità del concorso eventuale nel reato di associazione a delinquere di tipo mafioso*, in *Cass. pen.*, 1995, 545. L'embrionale fisionomia del concorso esterno nei reati associativi è il prodotto ermeneutico di due sentenze delle Sezioni unite della Cassazione: Cass. pen., sez. un., 5 maggio 1994, Demitry, in *Foro it.*, 1995, II, p. 422; Cass. pen., sez. un., 30 ottobre 2002, in *Guida dir.*, 2003, n. 30, p. 60.

⁸In questa prospettiva, A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003, *passim*; IDEM, **Lo scambio elettorale politico-mafioso**, in AA.VV., **Delitti contro l'ordine pubblico**, a cura di S. Moccia, Napoli, 2007, p.642.

⁹ Da ultimo, Cass. pen., sez. II, 21 febbraio 2012, n. 19943, Rv. 252841.

¹⁰ Di recente in argomento, G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, n. 1, p. 251; V. MAIELLO, *Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno*, *ivi*, 2012, n. 1, p. 265; P. MOROSINI, *Il "concorso esterno" oltre le aule di giustizia*, *ivi*, 2012, n. 1, p. 261.

interessi della criminalità organizzata, pur risultando quegli elementi inadeguati a configurare la condotta tipica.

Dunque, per essere indiziato di appartenenza basta un contesto di circostanze indiziarie alla stregua delle quali traspaia la specifica ‘vicinanza’ del soggetto a quel determinato sodalizio, i cui metodi e le cui finalità finiscono per essere ‘soggettivamente’ condivisi, attraverso un regime di vita che fonda il giudizio di pericolosità sociale, ed esso, a sua volta, giustifica l’applicazione della misura di prevenzione.

In merito, la Cassazione¹¹ ha chiarito che, al di là delle opzioni semantiche, è evidente la differenza di prospettive che sta al fondo dei connotati della condizione di chi è indiziato di appartenere all’associazione rispetto a chi è imputato di partecipazione o concorso esterno, dal momento che i ‘fatti materiali’ in cui si sostanziano le due situazioni soggettive, impediscono di tracciare profili definitivi di tipo nominalistico, proprio per la diversità dei presupposti normativi, che delineano l’ambito della ‘fattispecie’ di prevenzione da quella penale, diversità che si riversa sul piano probatorio.

Né il concetto di appartenenza assume tratti diversificati quando entra in gioco la qualità di ‘concorrente esterno’, dal momento che quest’ultima non impedisce di formulare quella presunzione di attualità della pericolosità, insita non soltanto nella figura del partecipe, ma intrinsecamente connessa – secondo la Corte – all’appartenenza.

Perciò, essa comprende anche la forma di concorso eventuale, caratterizzato, in quanto tale, dalla non estemporaneità del contributo prestato al sodalizio, e, quindi, dalla presunzione del pericolo, in assenza di elementi dai quali possa fondatamente desumersi l’avvenuta interruzione del rapporto.

D'altra parte, la ‘intranità’ del soggetto nel sodalizio o il fatto che concorra alla associazione senza il vincolo di associato sono realtà fenomenicamente distinguibili, ma ontologicamente sovrapponibili, ove riguardate nella prospettiva della utilità che l’associazione mafiosa ne trae dai diversi ruoli di cooperazione, e ciò rende

¹¹ Cass. pen., sez. V, 29 marzo 2013, n. 14769, in <http://www.plurisonline.it>.

ragionevole un identico apprezzamento in ordine alla pericolosità di chi un siffatto contributo, in varia forma, apporta al sodalizio¹². Eppure, intuibili sono i riverberi sul piano degli indizi e del relativo scrutinio in punto di pericolosità sociale.

In altri termini, nell'orientamento dei giudici di legittimità¹³ lo *status* di indiziato, che connota quel tipo di 'relazione intersoggettiva', individua una condizione di pericolosità latente, connaturale a quell'accertata situazione di appartenenza e viene qualificata dal 'modo di essere' e di manifestarsi di quel sodalizio, nonché dalle metodologie impiegate per lo svolgimento delle relative attività.

Di conseguenza, si è osservato¹⁴ che quando il giudice abbia fornito adeguata contezza delle ragioni, che lo hanno indotto a ritenere sussistente il presupposto indiziario dell'appartenenza, e non sussistano elementi dai quali poter ragionevolmente desumersi che essa sia venuta meno, non occorre alcuna specifica motivazione che indichi le ragioni su cui fonda l'attualità della pericolosità. Essa può essere esclusa soltanto nel caso in cui risultino elisi i legami dell'interessato dalla associazione alla luce di positive emergenze¹⁵.

Questa premessa esegetica guida la giurisprudenza¹⁶ nel ritenere che l'appartenenza possa essere negata soltanto nell'ipotesi di recesso dell'interessato dall'associazione, di cui è necessario acquisire la prova positiva, non bastando a tal fine eventuali riferimenti al tempo trascorso dall'adesione o dalla concreta partecipazione ad attività associative.

In sostanza, se la pericolosità è intrinseca alle caratteristiche di permanenza della fattispecie di associazione di tipo mafioso, se, cioè, è presente pur se non si

¹² Cfr. G. RICCIO, *La "contiguità mafiosa" tra tipizzazione della fattispecie associativa e forma autonoma di reato*, in *Quaderni di Scienze penalistiche*, 2005, n. 1, p. 47.

¹³ Cass. pen., sez. II, 24 gennaio 2013, n. 3809, in <http://www.plurisonline.it>.

¹⁴ Cass. pen., sez. II, 15 aprile 2013, n. 17111, in <http://www.plurisonline.it>.

¹⁵ Cass. pen., sez. II, 18 aprile 2012, n. 14911, in <http://www.plurisonline.it>; Cass. pen., sez. VI, 21 novembre 2008, n.499, in <http://www.plurisonline.it>; Cass. pen., sez. II, 11 ottobre 2005, n.44326, in <http://www.plurisonline.it>; Cass. pen., sez. VI, 23 novembre 2004, n. 114, in <http://www.plurisonline.it>; Cass. pen., sez. VI, 22 marzo 1999 n. 950, in <http://www.plurisonline.it>; Cass. pen., sez. I, 20 novembre 1998 n. 5760, in <http://www.plurisonline.it>; Cass. pen., sez. I, 27 gennaio 1998 n. 461, in <http://www.plurisonline.it>

¹⁶ La tesi riprende il tradizionale insegnamento della Corte «in forza del quale la qualità di *indiziato di prevenzione* viene a coincidere con quella di associato richiesta per l'applicazione della sanzione penale, secondo la teoria del c.d. doppio binario, e la differenza tra le due figure consiste solo nel differente livello probatorio richiesto per affermarne l'ontologica esistenza. In tale contesto l'intervenuta sentenza di condanna per appartenenza ad associazione di tipo mafioso appare valido strumento di accertamento della responsabilità e, quindi, della inerente pericolosità sociale, idoneo a fondare il giudizio di applicazione delle previste misure di prevenzione». Cass. pen., sez. II, 24 gennaio 2013, n. 3809, in <http://www.plurisonline.it>.

manifesta, per escluderla è necessario acquisire la prova del recesso, essendo di per sé non decisivo il decorso del tempo, né tanto meno la condizione di carcerazione.

Si tratta di un vera e propria inversione dell'onere della prova, in quanto se circostanze del tutto ipotetiche e congetturali sono sufficienti a fondare lo *status* di appartenenza, altrettante ipotesi congetturali non sono idonee a provare il recesso.

Sul punto è prevalsa l'elaborazione giurisprudenziale¹⁷ secondo cui «la mancanza di un'espressa abiura del sodalizio mafioso da parte dell'indiziato ed il suo sostanziale rifiuto di avviare con l'autorità giudiziaria una collaborazione in merito ai legami con la consorceria mafiosa, lasciano ritenere, quantomeno in termini di ragionevole probabilità, che il sodalizio mafioso, possa continuare a fare affidamento sullo stesso».

Gli effetti sono tanto più dirompenti se si considera che il giudice, per questa via, è stato esonerato dall'obbligo di motivare in punto di attuale pericolosità, con il conseguenziale affievolimento della funzione di garanzia della motivazione.

Inoltre, la misura di *prevenzione* personale si applica anche nel caso in cui sia intervenuta l'assoluzione del proposto per il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p., oppure nel caso in cui sia stata esclusa la sussistenza dell'aggravante di cui all'art.7 del l d.l. n. 203 del 1991, purché il giudice indichi le concrete circostanze di fatto dalle quali si possa desumere la cd. pericolosità e che non siano state smentite dalla decisione assolutoria.

In altri termini: *semel* mafioso, *semper* mafioso.

In questo contesto appare evidente che si apre uno spazio di eccessiva discrezionalità che va ad incidere sui diritti della persona, che non è suscettibile di alcun controllo, data l'inafferrabilità della stessa definizione di associazione mafiosa: tutti i difetti della fattispecie penale di cui all'art. 416-*bis* c.p. si riversano nel procedimento di prevenzione, che non gode delle garanzie del processo penale. Sicché il presupposto soggettivo di indiziato di appartenere all'associazione mafiosa è due volte indeterminato e resta tale in assenza di indici legislativi, che possano orientare normativamente la discrezionalità del giudice.

¹⁷ Ancora, cfr. Cass. pen., sez. II, 24 gennaio 2013, n. 3809, in <http://www.plurisonline.it>.

Certo; è confermata la piena autonomia dei due procedimenti per struttura e scopi: quello penale funzionale all'accertamento della responsabilità e quello di prevenzione, ancorato ad una valutazione di pericolosità, espressa mediante condotte che non costituiscono reato.

Da qui l'esclusione di un rapporto di pregiudizialità del primo rispetto al secondo; da qui anche l'affermazione della reciproca indipendenza nell'apprezzamento del materiale indiziario, con l'obbligo di indicare le ragioni argomentative nella motivazione del decreto applicativo della misura. Il giudizio di pericolosità si deve sostanziare in un ragionamento immune da vizi, fondato su indizi che non sono qualificati ai sensi dell'art. 192 comma 2 c.p.p., di conseguenza, la loro rilevanza processuale non è condizionata alla sussistenza dei connotati giuridici di gravità, precisione e concordanza¹⁸.

In aderenza a questo contesto si colloca la posizione delle Sezioni unite¹⁹ secondo cui «nel corso del procedimento di prevenzione, il giudice di merito è legittimato a servirsi di elementi di prova o di tipo indiziario tratti da procedimenti penali, anche se non ancora definiti con sentenza irrevocabile, e, in tale ultimo caso, anche a prescindere dalla natura delle statuizioni terminali in ordine all'accertamento della responsabilità». Sicché, pure l'assoluzione, anche se irrevocabile, dal delitto di cui all'art. 416-bis c.p., non comporta l'automatica esclusione della pericolosità sociale, potendosi il relativo scrutinio fondare sia sugli stessi fatti storici, in ordine ai quali è stata esclusa la configurabilità di illiceità penale, sia su altri fatti acquisiti o autonomamente desunti nel giudizio di prevenzione²⁰.

Nel condividere l'impostazione, la Corte europea dei diritti dell'uomo²¹ ha affermato la compatibilità, con i principi della Cedu, dell'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti di individui sospettati di appartenere alla 'mafia', anche prima della loro condanna, poiché tali misure tendono ad impedire il compimento di atti criminali. Ed

¹⁸ Cass. pen., sez. un., 25 marzo 2010, n. 13426, in <http://www.plurisonline.it>.

¹⁹ Il riferimento è nuovamente a Cass. pen., sez. un., 25 marzo 2010, n. 13426, in <http://www.plurisonline.it>.

²⁰ In merito, cfr. A. GIALANELLA, *La confisca di prevenzione antimafia, lo sforzo della giurisprudenza di legittimità e la retroguardia del legislatore*, in F. Cassano (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il pacchetto sicurezza*, Roma 2009, 133.

²¹ Cfr. Grande Camera, 1 marzo - 6 aprile 2000, Labita e Italia, in <http://www.plurisonline.it>.

in questa prospettiva, l'eventuale proscioglimento non fa venire meno la logica di prevenzione ad esse sottese, poiché le prove formate durante il processo, sia pure inidonee a fondare la sentenza di condanna, potrebbero giustificare il pericolo che quella stessa persona commetta in futuro dei reati.

Dal canto suo, la Cassazione²² ha teorizzato l'autonomia del procedimento di prevenzione rispetto a quello penale; in tal senso, il giudice della prevenzione è tenuto ad utilizzare gli elementi costituiti dai precedenti o dalle pendenze giudiziarie del proposto, con il preciso onere di sottoporre i relativi fatti, ivi compresi quelli che hanno dato luogo a pronunce assolutorie, a nuova ed autonoma valutazione, indicando le ragioni in virtù delle quali da tali fatti si desumono elementi sintomatici per un giudizio di pericolosità sociale.

Nello specifico, la Corte costituzionale²³ ha rilevato che il procedimento di prevenzione, il processo penale ed il procedimento per l'applicazione delle misure di

²² In particolare, Cass. pen., sez. V, 31 marzo 2000, n. 1968, Rv. 216054.

²³ Corte cost., 5 novembre 2004, n. 321, in <http://www.plurisonline.it>. In particolare, le censure della Corte di cassazione rivolte – allora – all'art. 4, undicesimo comma, della legge n. 1423 del 1956 si innestano sul controverso problema della individuazione dei vizi di motivazione deducibili con ricorso per cassazione sotto il titolo della violazione di legge. Sotto la vigenza del codice di rito del 1930, la giurisprudenza – in base al combinato disposto degli artt. 524, primo comma, numero 3 (ove era previsto, quale motivo di ricorso, la «inosservanza delle norme di questo codice stabilite a pena di nullità, di inammissibilità o di decadenza»), e 475, numero 3 (nullità della sentenza in caso di mancanza o contraddittorietà della motivazione) – riteneva che nella violazione di legge rientrasse il vizio logico della motivazione e che pertanto tale vizio fosse deducibile con il ricorso per cassazione anche avverso il decreto con il quale la corte d'appello decide sulle misure di prevenzione (trattandosi di provvedimento che, pur avendo la forma di decreto, ha pacificamente natura di sentenza). Nel codice vigente il vizio di motivazione è previsto come autonomo motivo di ricorso nella lettera e) dell'art. 606, comma 1, sotto forma di mancanza o manifesta illogicità, che deve comunque risultare dal testo del provvedimento impugnato. A seguito di tale innovazione, in relazione alla disciplina censurata la giurisprudenza di legittimità si è in prevalenza orientata nel senso di escludere la deducibilità del vizio di motivazione, a meno che quest'ultima sia del tutto carente o presenti difetti tali da renderla meramente apparente, e cioè sia priva dei requisiti minimi di coerenza, completezza e logicità, o assolutamente inidonea a rendere comprensibile la *ratio decidendi*. La questione sollevata, pur essendo focalizzata sui limiti di proponibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti che decidono in sede di appello sulla applicazione delle misure di prevenzione, presuppone quindi il problema più generale dei rapporti tra il vizio di violazione della legge processuale (art. 606, comma 1, lettera c, c.p.p.: «inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità [...]») e il vizio di motivazione (art. 606, comma 1, lettera e, dello stesso codice: «mancanza o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato»). Ciò premesso, qualunque sia sul terreno interpretativo la soluzione di tale problema, le censure di legittimità costituzionale prospettate, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., sul presupposto che la disciplina impugnata precluderebbe di comprendere nello specifico motivo di ricorso per violazione di legge previsto dall'art. 4, undicesimo comma, della legge n. 1423 del 1956 anche il vizio di illogicità manifesta della motivazione, così come definito dall'art. 606, comma 1, lettera e), c.p.p., non sono fondate, per la ragione assorbente che il risultato perseguito dal rimettente non può essere ritenuto costituzionalmente obbligato. In particolare, la Corte muove dall'assunto che l'impossibilità di controllare la congruenza della struttura logica della motivazione comporti una ingiustificata contrazione delle garanzie difensive apprestate in un procedimento potenzialmente idoneo, al pari del processo penale, ad incidere

sicurezza sono dotati di proprie peculiarità sia quanto all'ambito processuale, sia quanto ai presupposti sostanziali.

Da qui il principio: le forme di esercizio del diritto di difesa possono essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento, allorché di tale diritto siano, comunque, assicurati lo scopo e la funzione.

La tesi prevalente in dottrina²⁴ è di diverso tipo: sul presupposto che il procedimento di prevenzione abbia natura giurisdizionale, segnala la necessità che pure esso sia assistito da tutte le garanzie che la Costituzione assicura nell'esercizio di ogni giurisdizione penale, atteso che il sistema delle misure di prevenzione si aggiunge, anzi anticipa e si sovrappone al modello penalistico, comportando l'affievolimento dei diritti fondamentali della persona, se non la loro negazione.

La diversità di oggetto e di funzione di tale procedimento si riflette sulla struttura processuale che, per quanto non espressamente previsto dal 'codice antimafia', determina l'espandersi delle sole regole del procedimento di esecuzione (art. 666 c.p.p.), attraverso la clausola «in quanto compatibili» (art. 7 comma 9 d.lgs n. 159 del 2011), non operando, invece, le regole del processo di cognizione (cioè, relative alla disomogeneità fasica; all'istruzione dibattimentale, alla fase della deliberazione e così via).

Dunque, esso è altro; ha una sua specificità ontologica che, certamente, lo inserisce all'interno dell'art. 111 comma 2 Cost. «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti al giudice terzo e imparziale», ma lo allontana dai contenuti di garanzia di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 111 Cost., che riguardano specificamente il processo penale, come è chiarito nell'*incipit* delle stesse disposizioni.

sulla libertà personale, e che la disciplina censurata introduca una ingiustificata disparità di trattamento rispetto a quanto previsto per le misure di sicurezza e per le misure contemplate dall'art. 6 della legge n. 401 del 1989.

Tali rilievi, tuttavia, si basano sul confronto tra settori direttamente non comparabili, posto che il procedimento di prevenzione, il processo penale e il procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza sono dotati di proprie peculiarità, sia sul terreno processuale che nei presupposti sostanziali.

²⁴ G. ABBATTISTA, *Misure di prevenzione patrimoniali antimafia e «pacchetto sicurezza» del 2008: un equilibrio instabile tra efficienza del sistema e recupero delle garanzie*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il «pacchetto sicurezza»*, a cura di F. Cassano, Bari 2009, 336; A.M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem?*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, in O. Mazza - F. Viganò (a cura di), Torino 2008, 146; L. FILIPPI - M.F. CORTESI, *Il nuovo sistema di prevenzione penale*, in *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova 2008, 239.

Vero è che le garanzie dei diritti inviolabili della persona sono offerte dalle forme del *procedere*, anche se il *procedere* non ha ad oggetto l'accertamento del reato; e qui altre sono le modalità di formazione e di acquisizione della prova.

In questo ambito i bisogni di tutela sono affidati alla 'giusta' motivazione giurisdizionale, che è diritto delle parti all'osservanza della legalità processuale nella restrizione di ogni situazione soggettiva protetta.

2. Anche sul fronte dell'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali, la motivazione del provvedimento costituisce la garanzia più alta dei diritti fondamentali, soprattutto considerata la conquistata indipendenza di tali misure rispetto a quelle personali.

Si è determinata l'attrazione dei *beni* dell'indiziato di appartenenza nell'area di altra presunzione: quella di illecita accumulazione, ciò accade quando i beni si connotano per la sproporzione tra valore degli stessi e attività economiche 'trasparenti'²⁵.

Per questa via, la pericolosità è passata dalla persona ai cespiti patrimoniali, di cui non è stata offerta la prova della legittima provenienza²⁶, divenendo 'relazionale', cioè, espandendosi a ritroso nel tempo fino a comprendere i beni di cui il proposto possa disporre direttamente o indirettamente, nonostante siano stati acquisiti in epoca antecedente a quella a cui si riferisce l'accertamento della stessa pericolosità²⁷.

Dunque, è stato superato l'orientamento²⁸ secondo cui è illegittimo il provvedimento con cui il giudice disponga la confisca sui beni del preposto, senza verificare se essi siano entrati nella sua disponibilità successivamente o almeno contestualmente al suo inserimento nel sodalizio criminoso, giacché a tali fini non è sufficiente la sussistenza

²⁵ F. MENDITTO, *Codice antimafia. Commento organico articolo per articolo al d.lgs. 159/11 con riferimento alle modifiche apportate alla disciplina previgente*, Napoli 2011.

²⁶ Ai sensi dell'art. 24 d. lgs. 2011 n. 159 «il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego».

²⁷ Principi condivisi anche da Cass. pen., sez. V, 21 aprile 2011, n. 27228, Rv. 250917, che rivedendo recentemente l'orientamento sopra evidenziato, ha ribadito che «in tema di misure di prevenzione antimafia, sono soggetti a confisca anche i beni acquisiti dal proposto, direttamente od indirettamente, in epoca antecedente a quella cui si riferisce l'accertamento della pericolosità, purché ne risulti la sproporzione rispetto al reddito ovvero la prova della loro illecita provenienza da qualsivoglia tipologia di reato».

²⁸ Cass. pen., sez. V, 23 marzo 2007, n. 18822, Rv 236920.

di indizi di carattere personale dell'appartenenza del soggetto ad una associazione di tipo mafioso, occorrendo la correlazione temporale tra tale pericolosità e l'acquisto dei beni.

Invero, la stessa Corte²⁹ aveva già ritenuto che la confisca potesse avere ad oggetto beni acquistati dal sottoposto a sorveglianza speciale, anche in epoca anteriore o successiva alla situazione di accertata pericolosità, «trattandosi di misura di sicurezza atipica, con la preminente funzione di togliere dalla circolazione quei beni che, al di là del dato temporale, sono stati acquisiti al patrimonio del prevenuto in modo illecito».

In sintesi, la tesi costituiva già *ius receptum*, alla stregua di consolidata interpretazione della giurisprudenza di legittimità, a condizione che emergesse la sproporzione rispetto al reddito ovvero la prova della loro illecita provenienza da qualsivoglia tipologia di reato

Dall'innovata formulazione dell'art. 24 d.lgs 2011, n. 159 si evince l'assoggettabilità a confisca sia dei beni il cui valore risulti sproporzionato alla capacità reddituale del proposto sia dei beni che siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. L'uso della congiunzione 'nonché' con riferimento a due distinte categorie di beni suscettivi di ablazione non lascia adito a dubbi in ordine alla *ratio legis*: l'ordinamento non ha prescritto per la confisca di prevenzione alcun nesso di pertinenzialità con una determinata tipologia di illecito, ma ha consentito una generalizzata apprensione di beni, una volta accertato il presupposto della pericolosità, sulla base di un dato presuntivo che quei beni, in valore sproporzionato, non siano stati legittimamente acquisiti.

Da qui l'inversione dell'onere della prova, dal momento che la confisca potrebbe essere disposta soltanto perché il proposto non sia in grado di dimostrare l'origine legittima del cespite e non, viceversa, perché il pubblico ministero ne abbia dimostrato l'illecita provenienza.

Da qui la *traslatio* della pericolosità dal proposto al suo patrimonio. La ragione sembrerebbe di ordine empirico, poiché l'accertata appartenenza rifletterebbe uno stile

²⁹ Cass. pen., sez. II, 16 aprile 2009, n. 25558, Rv. 244150.

di vita, la cui origine non sarebbe identificabile con la data del riscontro giudiziario, essendo maturato in epoca antecedente, sia pure non determinata.

Con la riforma legislativa è venuto meno non già il requisito della pericolosità sociale, che è pur sempre elemento costitutivo dell'applicazione di tutte le misure di prevenzione, comprese quelle patrimoniali, bensì quello dell'attualità della stessa, di guisa che non vi è più la necessità di attivare il procedimento per l'applicazione della misura personale, anche quando esso abbia il solo scopo di consentire l'applicazione di quella patrimoniale.

«Si tratta, certamente, di misura draconiana, la cui severità si giustifica, però, in ragione delle precipue finalità della legislazione antimafia, e specialmente dell'obiettivo strategico di colpire, anche con evidenti finalità deterrenti, l'intero patrimonio – ove di ritenuta provenienza illecita – degli appartenenti a consorterie criminali, posto che l'accumulo di ricchezza costituisce, comunemente, la ragione primaria – se non esclusiva – di quell'appartenenza. Il limite di operatività della detta misura, che la rende compatibile con i principi costituzionali, segnatamente con il rispetto del valore della proprietà privata, presidiato dall'art. 42 Cost., e con la normativa comunitaria, è costituito dalla riconosciuta facoltà per il proposto di fornire la prova della legittima provenienza dei suoi beni. Il sistema resta così affidato alla dinamica di una presunzione, temperata, nondimeno, dalla facoltà della controprova, che attribuisce al meccanismo presuntivo la connotazione della relatività, rendendolo così del tutto legittimo nel quadro di una interpretazione costituzionalmente orientata»³⁰.

Il legislatore indirizza le indagini automaticamente nei confronti, oltre che del proposto, anche nei confronti del coniuge e dei figli, e di coloro che abbiano convissuto con il proposto entro il quinquennio e di terzi (persone fisiche o giuridiche), del cui patrimonio i «soggetti medesimi risultano poter disporre in tutto o in parte, direttamente o indirettamente» (art. 19 dlgs. 2011, n. 159).

In particolare, la giurisprudenza afferma che la disponibilità dei beni, pur intestati formalmente ai medesimi, deve intendersi presunta in capo al proposto senza necessità

³⁰ Cass. pen., sez. V, 25 marzo 2013, n. 14044, in <http://www.plurisonline.it>.

di specifici accertamenti e ciò perché coniuge, figli e conviventi – per i quali è più accentuato il pericolo della fittizia intestazione e più probabile l'effettiva disponibilità di essi da parte del medesimo proposto – sono considerati diversamente da tutti gli altri terzi, in danno dei quali devono, invece, risultare elementi di prova circa la disponibilità concreta da parte dell'indiziato.

Dunque, il distinguo normativo si riflette sul piano della distribuzione dell'onere probatorio, comportando la presunzione *iuris tantum* dell'appartenenza al proposto dei beni formalmente intestati a coniuge e figli (conviventi o meno che siano), e a coloro che abbiano convissuto con il proposto entro il quinquennio e limitato, così, l'onere dell'accusa di provare la provenienza illecita dei beni, salvo quello di allegazione imposto al prevenuto per sminuire od elidere la situazione probatoria a suo carico, nell'ipotesi di terzi estranei (persone fisiche o giuridiche), del cui patrimonio il proposto risulta poter disporre in tutto o in parte, direttamente o indirettamente.

Va chiarito che secondo la Corte il sistema non comporta il capovolgimento dell'onere della prova in tema di legittima provenienza dei beni sequestrati, giacché l'interessato ha la facoltà di contrapporre, agli indizi raccolti dal giudice, elementi, che ne contrastino la portata, elidendo l'efficacia probatoria degli "indizi" d'accusa; e ciò perché l'organo della giurisdizione ha l'obbligo di individuare ed evidenziare gli elementi da cui emerge che determinati beni, formalmente intestati a terze persone, siano, in realtà, nella disponibilità del proposto o che il loro valore sia sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta e raccogliere 'sufficienti' indizi che tali beni siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego³¹.

Altra è la questione dell'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali in caso di morte del proposto e lo svolgimento del procedimento nei confronti degli eredi (art. 18 d.lgs 2011, n. 159). Essa ha sollevato non pochi dubbi di costituzionalità, non ritenuti fondati dal giudice delle leggi³², ma che lasciano riflettere sulla natura giuridica del processo di prevenzione.

Innanzitutto, gli eredi si vengono a trovare in una posizione processuale del tutto peculiare, poiché essi si debbono difendere come se fossero il *de cuius*, non essendo

³¹ Cass. pen., sez. II, 03 dicembre 2012, n. 46665, in <http://www.plurisonline.it>.

³² Corte cost., ord. n. 216, 30 luglio 2012, in <http://www.plurisonline.it>.

sufficiente la dimostrazione degli elementi di fatto ad escludere il provvedimento ablatorio, cioè, non sono sufficienti le normali difese dei terzi interessati, che possono dimostrare che il bene si trovi nella loro piena disponibilità e non in quella del proposto o che lo abbiano acquistato in buona fede³³.

Si vuole evidenziare che gli eredi non sono considerati terzi, ma diretti destinatari del procedimento di prevenzione patrimoniale che, però, va a colpire beni, da essi ricevuti, in ragione della loro precedente appartenenza ad un soggetto non più in vita.

Al riguardo, ci sembra opportuno riportare le argomentazioni del giudice rimettente, secondo cui gli eredi possono solo dimostrare la non riconducibilità del bene alle attività delittuose del *de cuius*, prova che concerne fatti e circostanze che riguardano una persona diversa da loro stessi ed in relazione ai quali essi subiscono gli effetti.

Di conseguenza, tale meccanismo determina «una lesione del diritto di difesa, posto che il giudice della prevenzione è chiamato a formulare un giudizio di pericolosità sociale nei confronti di una persona che non è più in vita e, dunque, che non può intervenire nel procedimento ed instaurare il contraddittorio sulla propria qualificazione soggettiva o sulla provenienza dei propri beni».

Appare, cioè, pretermesso il diritto al contraddittorio, posto che non è fisicamente possibile la partecipazione diretta del soggetto al procedimento, né può ritenersi tale principio rispettato dalla partecipazione al giudizio di un eventuale difensore del *de cuius*, alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul processo contumaciale.

In altri termini, nella situazione considerata non sarebbe possibile alcuna forma di contraddittorio con riferimento agli accertamenti patrimoniali ed il giudizio in ordine alla sussistenza degli elementi alla base della *confisca* (: disponibilità, sproporzione, provenienza dei beni) si svolgerebbe in base ad elementi raccolti dopo la morte del soggetto, essendo, peraltro, impossibile che costui conosca tali elementi ed eserciti il diritto di difendersi provando sui fatti dimostrati dall'accusa.

³³ In merito si rinvia alle osservazioni critiche di F. LICATA, *La costituzionalità della confisca antimafia nei confronti degli eredi: un altro passo verso la definizione della natura dell'actio in rem*, in *Giur. cost.* 2012, 1, 240.

Da qui la violazione degli artt. 24 e 111 comma 1 Cost., considerato soprattutto che gli eredi, chiamati a partecipare al procedimento in una posizione del tutto analoga a quella del *de cuius*, esplicano le proprie difese non in ordine agli elementi di giudizio che li riguardano, ma su fatti e circostanze concernenti un'altra persona.

La ricostruzione è respinta dalla Corte costituzionale³⁴, che non ha riconosciuto la fondatezza di tali censure, ritenendo che al successore sono assicurati, nel procedimento in questione, i mezzi probatori e i rimedi impugnatori previsti per il *de cuius*, sicché ciò che può mutare è solo il rapporto di conoscenza che lega il successore stesso ai fatti oggetto del giudizio e nella specie a quelli integranti i presupposti della confisca.

In particolare, il giudice delle leggi ha individuato il vizio metodologico della tesi del rimettente circa il *vulnus* al diritto di difesa e al principio del contraddittorio nell'impropria sovrapposizione dei connotati del procedimento penale a quelli del procedimento per l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale.

Peraltro, i successori possono far valere i propri diritti legittimamente acquisiti e, dunque, il fatto che i beni da confiscare neanche indirettamente appartenessero al *de cuius*.

In sintesi, l'opzione legislativa di rendere l'ambito di attività delle misure patrimoniali indipendente da quella delle misure personali sarebbe sintomatica di un nuovo modo di

³⁴ Corte cost., ord. n. 216, 30 luglio 2012, in <http://www.plurisonline.it>. Più specificamente la Corte ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 2-bis, comma 6-bis, della legge 31 maggio 1965, n. 575 «nella parte in cui consente di attivare la procedura di prevenzione patrimoniale nei confronti di un soggetto deceduto prima della formulazione della richiesta», e dell'articolo 2-ter, comma 11, della medesima legge n. 575 del 1965 sollevata, in riferimento all'articolo 24, primo comma, della Costituzione; nonché la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 2-bis, comma 6-bis, della legge 31 maggio 1965, n. 575 «nella parte in cui consente di attivare la procedura di prevenzione patrimoniale nei confronti di un soggetto deceduto prima della formulazione della richiesta», e dell'articolo 2-ter, comma 11, della medesima legge n. 575 del 1965 sollevata, in riferimento agli articoli 24, secondo comma, e 111 della Costituzione. Si ricorda che il giudice delle leggi (sent. n. 21 del 2012) nell'esaminare un'analoga questione sollevata dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, ha rilevato che nel procedimento in esame parti sono i «successori a titolo universale o particolare» del «soggetto nei confronti del quale [la confisca] potrebbe essere disposta», e non quest'ultimo, sicché sono «del tutto prive di fondamento le argomentazioni volte a riferire le ipotizzate violazioni del diritto di difesa e del principio del contraddittorio al soggetto deceduto e non ai suoi successori, senza dire dell'erroneità dell'attribuzione ad una persona defunta della titolarità di una posizione processuale propria»;

che al successore sono assicurati i mezzi probatori e i rimedi impugnatori previsti per il *de cuius*, sicché ciò che può mutare è solo il rapporto di conoscenza che lega il successore stesso ai fatti oggetto del giudizio e in particolare, nella specie, a quelli integranti i presupposti della confisca», la cui disciplina, però, non è oggetto della questione in esame.

intendere l'intervento ablativo, basato sull'intrinseca pericolosità dei beni utilizzabili per la proliferazione del fenomeno mafioso più che sulla pericolosità sociale di un determinato soggetto. Ed in sintonia con la funzione sociale della proprietà sancita dall'art. 42 della Costituzione, la Corte³⁵ ha considerato tale scelta di politica criminale non sindacabile in sede di giudizio di costituzionalità.

Ed in quest'ottica non può essere trascurato il dato che i più recenti innesti normativi siano stati operati all'esito di un diuturno e costante confronto con "il diritto vivente" nell'intento di recepire le opzioni ermeneutiche, costituzionalmente orientate, fornite a più riprese dal dialogo tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale.

A nostro avviso, appare arduo, però, continuare ad escludere la natura sanzionatoria della confisca di prevenzione³⁶.

Senonché, tutti i problemi connessi all'operazione di contemperamento tra l'invulnerabilità dei diritti della persona e le esigenze di prevenzione finiscono per refluire appieno sul terreno della motivazione inerente gli apprezzamenti che debbono essere condotti alla luce delle allegazioni del proposto circa l'origine dei beni, nel quadro degli specifici canoni di apprezzamento 'probatorio'. Essi, però, sono *lontani dal criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio*.

Qui si gioca la partita dell'effettività della giurisdizione di garanzia; qui emerge la necessità che il sistema della prevenzione si basi sull'accertamento di fatti specifici, individuati con sufficiente grado di determinatezza dal legislatore, tali da consentire al giudice di formulare su basi obiettive il giudizio prognostico sui comportamenti del soggetto e di valutarne in tal modo la pericolosità sociale, sempre nel rispetto delle garanzie giurisdizionali e del principio del contraddittorio.

3. Il decreto motivato che dispone la misura personale e/o patrimoniale è appellabile.

³⁵ In tal senso, già Corte cost., sent. 21, 25 gennaio 2012, in <http://www.plurisonline.it>. Nell'occasione si è affermato che quanto ai profili di presunta incompatibilità della norma censurata con i principi fissati dalla giurisprudenza della Corte Edu le motivate scelte di politica criminale del legislatore del 2008 e del 2009 non incidono sui diritti di libertà (relativi alle misure di prevenzione personale), ma sul diritto di proprietà e di iniziativa economica, che possono essere sacrificati nell'interesse delle esigenze di sicurezza e dell'utilità generale (art. 41 comma 2 Cost.), nonché della funzione sociale della proprietà (art. 42 comma 2 Cost.). Tali scelte rientrerebbero, pertanto, nell'ambito della discrezionalità riservata al legislatore e risulterebbero «supportate dall'esigenza di sottrarre i patrimoni accumulati illecitamente alla disponibilità dei soggetti che non possono dimostrarne la legittima provenienza», come ha già chiarito la giurisprudenza della Corte di cassazione.

³⁶ Cass. pen., sez. V, 25 marzo 2013, n. 14044, in <http://www.plurisonline.it>.

Contro il decreto motivato della Corte d'appello, l'art. 10 d.lgs 2011, n. 159 limita il ricorso in cassazione alla violazione di legge, né poteva essere altrimenti considerato che l'oggetto della funzione giurisdizionale non è il fatto-reato, ma le garanzie dei diritti fondamentali della persona, quindi, non giurisdizione di accertamento, ma giurisdizione di garanzie.

Su questo punto si è formato l'orientamento³⁷, supportato anche dalla Corte Costituzionale³⁸ secondo cui in tema di misure di prevenzione non sia deducibile il vizio di manifesta illogicità della motivazione di cui all'art. 606 lett. e) c.p.p., essendo il sindacato di legittimità circoscritto alla violazione di legge. Sicché esso non può estendersi al controllo sulla adeguatezza e coerenza logica della motivazione, se non nei casi di inesistenza o mera apparenza, intendendosi con tale ultima locuzione quella motivazione priva dei requisiti minimi di coerenza e completezza, al punto da risultare inidonea a rendere comprensibile l'*iter* logico seguito dal giudice di merito, ovvero quando le linee argomentative del provvedimento siano talmente scoordinate da rendere oscure le ragioni che hanno giustificato il provvedimento³⁹.

A questo circoscritto perimetro cognitivo si sommano i limiti intrinseci al giudizio di legittimità, che, secondo altro principio consolidato, non può addentrarsi nel sillogismo indiziario articolato in sede di prevenzione⁴⁰. Alla Cassazione, pertanto, sarebbe sottratta la valutazione degli elementi di fatto posti a fondamento della pericolosità oppure della provenienza illegittima del bene, dal momento che il giudizio comprenderebbe la sola correttezza giuridica e logica del provvedimento impugnato.

A voler seguire quest'impostazione la locuzione 'violazione di legge' avrebbe valore restrittivo e preclusivo, escludendo il controllo pieno sulla motivazione.

In verità, l'orientamento è il prodotto ermeneutico delle Sezioni unite⁴¹, che hanno interpretato l'espressione 'violazione di legge', escludendo dall'area di tutela il controllo sulla manifesta illogicità della motivazione con riferimento a tutte le situazioni normative in cui l'espressione ricorre. Così, per l'art. 311 comma 2 c.p.p.,

³⁷ Cass. pen., sez. II, 7 febbraio 2013, n. 5957, in <http://www.plurisonline.it>.

³⁸ Corte cost., sent. n. 321, 5 novembre 2004, in <http://www.plurisonline.it>.

³⁹ Cass. pen., sez. un., 28 maggio 2003, Rv. 224611; Cass. pen., sez. I, 9 novembre 2004, Rv. 230203.

⁴⁰ Corte Cost., sent. n. 419, 7 dicembre 1994, in <http://www.plurisonline.it>.

⁴¹ Cass. pen., sez. un., 28 gennaio 2004 n. 5876, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1913.

che regola il ricorso *per saltum* in materia di misure cautelari personali; l'art. 325 c.p.p., che prevede tale ricorso in tema di misure cautelari reali; l'art. 10 d.lgs 2011, n. 159, che richiama il ricorso per violazione di legge in materia di misure di prevenzione personali e patrimoniali.

Più tardi, nel 2008, le Sezioni unite⁴² hanno statuito che contro le ordinanze di sequestro preventivo, emesse ai sensi degli artt. 322 *bis* e 324 c.p.p., è ammesso il ricorso in cassazione per violazione di legge, al fine di censurare gli *errores in iudicando* o *errores in procedendo* ai sensi dell' art. 606 lett. b. e c.) c.p.p., continuando a circoscrivere la rilevanza del vizio di motivazione alle situazioni in cui essa mancasse del tutto o fosse apparente⁴³.

Già allora, la dottrina⁴⁴ richiamava l'attenzione sui contenuti poco appaganti della soluzione ermeneutica, soprattutto alla luce della funzione costituzionale della motivazione (art. 111 comma 6 Cost.) e dei suoi riverberi endoprocessuali quanto alle argomentazioni poste a base della decisione, idonee, da un lato, a rilevarne la *ratio*, e dall'altro, al fine di assicurare su di esse l'effettività del controllo di merito e di legittimità.

D'altro canto, l'interpretazione costituzionalmente orientata del termine 'violazione di legge' non può non comprendere il vizio di contraddittorietà o di manifesta illogicità della motivazione: diversamente, sarebbe violato l'inderogabile scopo di controllo democratico dell'attività giurisdizionale, specie se il provvedimento si risolve nella restrizione di una situazione di libertà inviolabile.

⁴² Cass. pen., sez. un., 29 maggio 2008, n. 25932, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4533.

⁴³ Di recente, D. POLETTI, *Il ricorso per cassazione ex art. 325 c.p.p. tra vizio di violazione di legge ed interesse ad impugnare*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, n. 12, p. 1447.

⁴⁴ La soluzione a cui sono pervenute le Sezioni Unite, pur rappresentando un avanzamento sul piano delle garanzie, non può ritenersi completamente appagante», in virtù della considerazione che «ai sensi dell'art. 111 Cost. tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati, il che presuppone una doverosa enunciazione con funzione endoprocessuale, delle argomentazioni poste a base della decisione ed idonee a rivelarne la *ratio*, al fine di assicurare una verifica di merito e di legittimità su di essi: e in attuazione di questo principio, l'art. 125 comma 3 c.p.p. stabilisce che le ordinanze debbano essere motivate a pena di nullità. E allora appare logico concludere, attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata, che il termine "violazione di legge" contenuto nell'art. 325 comma 1 c.p.p. sia comprensivo anche del vizio di contraddittorietà o di manifesta illogicità della motivazione: diversamente resterebbe frustrato quell'inderogabile fine di controllo dell'attività giurisdizionale, specie se possono profilarsi lesioni ad interessi costituzionalmente protetti, come in tema di misure cautelari reali». Così, G. SPANGHER, *sub art. 325 c.p.p.*, in AA.VV., A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, II, Milano, 2010, p. 4055.

In altri termini: i vizi della motivazione pregiudicano il controllo sul ragionamento del giudice e, prima ancora, sul rispetto delle regole per il giudizio, negando alle parti il diritto di attivare i rimedi contro l'errore in cui il primo giudice sia incorso. E ciò implica che l'azionabilità del *controllo* non è altro che l'estrinsecazione del *diritto delle parti alla giusta decisione*.

Per queste ragioni, la mancanza e i vizi della motivazione feriscono la legalità del processo, in quanto ledono i diritti fondamentali della persona.

La radice assiologica di tale asserzione si rinviene proprio nella formula *violazione di legge* di cui all'art. 111 comma 7 Cost., soprattutto quando il legislatore ordinario non abbia predisposto uno schema dettagliato di motivazione e non abbia previsto uno specifico rimedio per la sua inosservanza.

E' evidente che altre sono le opzioni normative sottese alla struttura dialettica della motivazione della sentenza di accertamento (art. 546 c.p.) e all'ordinanza coercitiva (art. 292 c.p.p.), non a caso, per esse opera il comune rimedio dell'art. 606 lett. e) c.p.p., modellato sulla dialetticità, che connota lo schema tipico di motivazione e comprensivo del vizio del travisamento della prova, perché qui la struttura dialettica estende la logica argomentativa dalle prove e dalle ragioni, che fondano la decisione, alle prove e alle ragioni contrarie, cioè, la struttura dialettica riflette il contraddittorio sul fatto, che si spinge fin dentro la compagine della motivazione.

Qui l'impianto dialettico richiede la razionalità della motivazione non di tipo 'autoreferenziale': razionalità come coerenza intrinseca, ma 'relazionale': razionalità come *confronto* e *scelta* tra spiegazioni possibili⁴⁵.

Sicché, a variare è il modello di motivazione condizionato dall'oggetto della funzione giurisdizionale; in particolare, se di accertamento o, genericamente, di garanzia. In tal caso, motivazione e oggetto della funzione sono correlate: la prima risente della specificità della seconda. Ciò che non varia è la logica del giudice, che è sempre logica argomentativa, basata su procedimenti induttivi che portano non alla certezza, ma alla probabilità. E, coerentemente con questa logica, il vizio di motivazione comprende

⁴⁵ F. M. IACOVIELLO, voce *Motivazione della sentenza penale* (controllo della), in *En. dir.*, agg. Vol. IV, 2000, p. 750.

sempre contraddittorietà e/o illogicità, anche quando tali patologie non siano espressamente richiamate.

Si vuole dire che l'esplicita codificazione di siffatte evenienze nell'art. 606 lett. e) c.p.p. è costruita sull'articolazione della struttura dialettica della sentenza di accertamento del fatto e, in maniera semplificata, sul paradigma della misura coercitiva. In tutte le altre situazioni procedurali di limitazione di un diritto inviolabile della persona, e si pensi al decreto motivato che applica la misura di prevenzione, i vizi di congruenza, di illogicità della motivazione ricadono nell'area di tutela offerta dall'art. 111 comma 7 Cost., per un duplice ordine di ragioni: a) il legislatore ordinario non ha previsto il modello legale di motivazione; b) la legalità di ogni tipologia di processo è violata quando la motivazione non solo manchi o sia apparente, ma quando non raggiunga lo scopo costituzionale di *controllo democratico* sull'attività di *ius dicere*, dal momento che la giustizia è amministrata in nome del popolo (art. 101 comma 1 Cost.).

Ciò è tanto più vero, se si considera che il ragionamento giuridico posto alla base della motivazione parte da premesse non certe e conduce a conclusioni probabili, cioè, se si considera, che il processo si muove nella luce crepuscolare della probabilità.

Se si tratta, addirittura, di fattispecie del sospetto ci muoviamo nell'inappagante prospettiva della mera possibilità delle ipotesi, convivendo con esse l'alta probabilità dell'errore. Ed è qui che si manifesta la forza della motivazione come diritto delle parti, oltreché obbligo del giudice. Se l'obbligo 'costringe' il giudice a decidere razionalmente: il diritto pretende aree di azionabilità della tutela.

Dai contenuti costituzionali della motivazione deriva il dato secondo cui essa è il mezzo che rende possibile controllare la fedeltà del giudice alla legge, la fedeltà del provvedimento agli atti del processo, la fedeltà di entrambi alle regole (art. 101 comma 2 Cost.), indipendentemente dalla sede processuale, se civile, penale o di prevenzione, indipendentemente dal contenuto della pronuncia (rito o merito), dalla composizione dell'organo (togato, laico o misto), il provvedimento che fa applicazione della legge deve essere accompagnato dalla enunciazione della *ratio decidendi*⁴⁶.

⁴⁶ E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, 1977, p. 181.

4. *Quale Cassazione oggi?*

Il controllo in Cassazione sulla motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, che fondano sul sillogismo indiziario, costituisce la manifestazione più alta di tutela dei diritti inviolabili della persona, riproponendo, ancora una volta, la partita dell'effettività della giurisdizione di garanzia. E nell'analisi di ordine sistematico di questa problematica non può essere omesso il riferimento al sindacato di legittimità sulla *motivazione* delle ordinanze di riesame delle misure coercitive, vale a dire sulla congruenza e sulla logica delle ragioni che collegano gli *indizi* di *colpevolezza* al giudizio di probabile *colpevolezza* dell'indagato.

Sul punto, costituisce diritto vivente⁴⁷ l'orientamento per cui tale sindacato non coinvolga il giudizio ricostruttivo del fatto e gli apprezzamenti del giudice di merito circa l'attendibilità delle fonti e la rilevanza dei risultati del materiale probatorio.

Addirittura, si reputa che il vizio di mancanza della *motivazione* dell'ordinanza del riesame inerente ai *gravi indizi* di *colpevolezza* non possa essere oggetto del giudizio di legittimità, se non risulti *prima facie* dal testo del provvedimento impugnato, poiché è preclusa alla Cassazione la verifica della sufficienza e della razionalità della *motivazione* sulle questioni di fatto⁴⁸.

Ma siamo convinti che non si possa sottrarre la motivazione, come esercizio della giurisdizione di garanzia a tutela dell'invulnerabilità dei diritti fondamentali, al controllo pieno della Corte suprema, per le stesse ragioni costituzionali che non consentono di sottrarre la motivazione sulle questioni di fatto, quando il ricorso in cassazione è per violazione di legge.

Vero è che la motivazione della decisione del tribunale del riesame, dal punto di vista strutturale, si conforma al modello tipico di cui all'art. 546 c.p.p., con gli adattamenti resi necessari dal peculiare contenuto della pronuncia cautelare, non fondata su prove, ma su indizi e tendente all'accertamento non della responsabilità, bensì di una qualificata probabilità di *colpevolezza*. L'esplorazione di questo versante, difatti, ci

⁴⁷ Da ultimo, Cass. pen., sez. II, 22 aprile 2013, n. 18294, <http://www.plurisonline.it>.

⁴⁸ In tal senso, già Cass. pen., sez. I, 20 marzo 1998, n. 1700, Rv. 210566.

allontana dalla *violazione di legge* e ci immette nel cuore del giudizio di legittimità, ponendoci di fronte ad altra domanda: quale Cassazione oggi?

Su questa domanda si è tenuto un convegno a Cosenza, dove si è introdotto il tema delle nuove sponde della Cassazione, lanciando la sfida: la Corte suprema come 'giudice dei diritti'⁴⁹.

La domanda implica la verifica dell'elaborazione giurisprudenziale⁵⁰ secondo cui «l'ordinamento non conferisce alla *Cassazione* alcun potere di revisione degli elementi materiali e fattuali delle vicende indagate, ivi compreso lo spessore degli *indizi*, ivi compreso l'apprezzamento delle esigenze cautelari e delle misure ritenute adeguate, trattandosi di apprezzamenti rientranti nel compito esclusivo e insindacabile del giudice cui è stata chiesta l'applicazione della misura cautelare, nonché del tribunale del riesame».

A voler seguire quest'interpretazione il controllo di legittimità si risolverebbe nel verificare se il provvedimento coercitivo sia rispondente a due requisiti, la cui presenza rende l'atto incensurabile in sede di legittimità: *a)* l'esposizione delle ragioni giuridiche che lo hanno determinato; *b)* l'assenza di illogicità evidenti.

Questa ricostruzione non appare condivisibile perché *sottrae al controllo di legalità le regole del giudizio sulla gravità indiziaria, cioè sul "fatto" che costituisce l'oggetto stesso del controllo di "legittimità"*.

Dunque: *quale Cassazione?*

La soluzione ruota intorno alla delicata operazione di contemperamento tra nomofilachia e diritto dell'imputato ad una giusta decisione, ma riteniamo che in quest'operazione non debba essere sacrificato né l'una né l'altro, piuttosto il modello puro di Cassazione di Calamandrei, che si caratterizzava per l'isolamento della legge dalla concretezza della singola vicenda⁵¹.

⁴⁹ Il tema è stato introdotto da G. RICCIO, al convegno: *La Cassazione tra legalità e legittimità*, presso l'*Auditorium Liceo classico B. Telesio*, 12-13 aprile, 2013.

⁵⁰ Cass. pen., sez. II, 22 aprile 2013, n. 18294, in <http://www.plurisonline.it>.

⁵¹ Su questi temi si segnalano, nell'ambito della dottrina processualcivile, i contributi di G. IMPAGNATIELLO, *Il concorso tra cassazione e revocazione. Contributo allo studio della formazione e dell'impugnazione del giudicato*, Napoli, 2003; A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005; R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005. Sul versante della dottrina processualpenalista, in particolare,

Nell'epoca della postmodernità del diritto la nomofilachia rende palesi i suoi contenuti costituzionali. Da qui la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 65 ord. giud. che ha origine negli artt. 2, 3, 13, 24, 25, 27 Cost. ed approda al *diritto al giusto processo in cassazione*: art. 111 comma 7 Cost.

Soprattutto in un processo penale in cui si è perso di vista il fatto a causa dell'indeterminatezza delle fattispecie incriminatrici, non vi può essere alcuna separatezza tra nomofilachia e giustizia del caso concreto, anzi proprio in relazione a queste fattispecie la prima diventa il 'valore aggiunto' della giustizia resa dalla Suprema corte sui casi concreti, raccordando istanze sociali e principi costituzionali.

Da qui l'evoluzione della Cassazione verso le sponde del '*giudice dei diritti*' e ciò implica anche l'estensione del controllo di legittimità alla valutazione del *ragionamento probatorio*, che è oggetto comune alle situazioni descritte dagli artt. 606 lett. e) e 625-bis c.p.p.: esse non possono essere ridotte ai soli vizi della motivazione, giacché, in tema di prove, non è possibile sottrarre il 'fatto' ai criteri della giustizia della decisione⁵².

Rivendicata la centralità del fatto, a questo proposito mi sia consentito chiudere con un pensiero di Ferrua⁵³, denso di significato.

«I fatti hanno la testa dura; ed è vero perché, pur mediati da un'attività di interpretazione, oppongono una notevole forza di resistenza alle 'aspettative' dell'osservatore. Ma proprio la loro 'resistenza' li espone maggiormente – quando non siano graditi – all'attacco della menzogna e ai tentativi di falsificazione». Ciò è quanto può accadere nel processo e – come purtroppo ho potuto verificare – ciò è quanto accade anche nella (mia) vita.

Clelia Iasevoli

Docente di Legislazione penale minorile
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Napoli
Federico II

cfr.: A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, 2006; C. SANTORIELLO, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Torino, 2008.

⁵² Tale prospettiva è stata approfondita di recente da F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, *passim*.

⁵³ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2005, p. 82.

Prof. Avv. Mariano Menna

La ragionevole durata del processo tra forza preclusiva dei sindacati incidentali e segmentazione dei processi cumulativi ⁵⁴

SOMMARIO: 1. Principio di preclusione e forza preclusiva degli incidenti posti a tutela della precostituzione per legge e dell'imparzialità del giudice - 2. L'innesto di preclusioni attraverso l'attribuzione di identica natura al sindacato cautelare ed alla determinazione sull'esercizio dell'azione penale - 3. Segmentazione dei processi cumulativi ed aspetti dell'operatività del principio di preclusione nei maxiprocessi.

1. Un aspetto dell'attuazione del principio di durata ragionevole dei processi involge il problema della duplicazione di valutazioni aventi lo stesso oggetto nel passaggio dai procedimenti incidentali al procedimento principale e viceversa.

Il doppio sindacato può toccare questioni di fatto e di diritto relative tanto all'addebito principale quanto a fatti processuali.

In questa sede, tra i procedimenti incidentali si limiterà l'analisi a quelli posti a tutela dell'imparzialità e della precostituzione per legge del giudice (quali l'astensione, la ricusazione, la rimessione e la risoluzione dei conflitti di competenza), nonché al procedimento cautelare che si innesca per le misure personali.

Quanto all'incidente cautelare, molteplici possono essere le questioni oggetto di una ripetizione del corrispondente sindacato, sia relativamente al fatto sostanziale addebitato, sia in ordine a fattispecie processuali. Quanto, invece, agli altri procedimenti incidentali presi in considerazione, le interferenze valutative con la sequenza procedimentale principale sono minori in ragione del ridotto ambito cognitivo degli ipotizzati incidenti.

⁵⁴ Il presente contributo rappresenta una rielaborazione della relazione tenuta nell'ambito del convegno dal titolo "*I tempi irragionevoli della giustizia penale. Alla ricerca di una effettiva speditezza processuale*", organizzato dall'Associazione tra gli studiosi del processo penale a Bergamo dal 24 al 26 settembre 2010. La stessa indagine è destinata alla pubblicazione negli "*Studi in onore di Giuseppe Riccio*" (in corso di pubblicazione nel Volume degli Atti del Convegno annuale dell'Associazione degli studiosi del processo penale svoltosi a Bergamo nell'anno 2011).

Sarebbe, per esempio, improprio attribuire al giudice che pronunzia sulla dichiarazione di ricsuzione il potere di rilevare la nullità per difetto di capacità del giudice, laddove possono realizzarsi doppie valutazioni nel passaggio dalla fase incidentale a quella principale soprattutto quando bisogna affrontare questioni processuali (come una situazione di inutilizzabilità della prova) che servano a fondare la base fattuale tanto della decisione incidentale quanto di quella del procedimento primario.

Come si può evitare la moltiplicazione dei giudizi nei casi segnalati?

Mentre nell'ambito separato di ciascuna sequenza procedimentale, principale o incidentale, la duplicazione delle valutazioni derivante dal ripetersi delle medesime è evitata dal giudicato, nell'intreccio biunivoco tra incidenti e procedimenti principali va approfondito l'ambito di operatività del principio di preclusione.

Siffatto criterio assiologico, come è noto, è genus rispetto al valore del giudicato per cui — come è stato detto — rispetto a quest'ultimo si può parlare di preclusione esterna (tra procedimenti diversi ed autonomi, anche se della stessa natura), mentre quando si accenna alla preclusione interna si fa riferimento alla consumazione di poteri nell'ambito di un procedimento, sia pure con riferimento a sue articolazioni di tipo incidentale⁵⁵.

La giurisprudenza ha affermato che il principio di preclusione è un parametro valutativo superiore derivante dalla struttura ontologica del processo intesa come sequenza logico-cronologica coordinata di atti.

In dottrina, poi, si è provato, tra l'altro, a ricavare l'accennato valore innanzi tutto dal principio precettivo di ragionevole durata del processo inteso come criterio che tende a realizzare la certezza delle situazioni giuridiche (da cui deriva l'idea del giudicato) e ad attuare il principio di efficienza processuale (nel senso di evitare attività ridondanti rispetto a quelle di un processo che si definisca giusto in quanto in esso si articoli la struttura minima rappresentata da ciò che consenta il rispetto del contraddittorio e la controllabilità della decisione e la struttura massima rappresentata dalle forme che si

⁵⁵ Vedi, per tutti, IACOVIELLO, Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione, in Cass. pen., 2008, 2190 ss.

ritengono giuste in quanto imposte dalla tradizione giuridica come quelle conseguenti al doppio grado di giurisdizione di merito)⁵⁶.

Inoltre, si è ricavata l'operatività del principio di preclusione da norme specifiche quali l'art. 405 comma 1-*bis* c.p.p. (prima della dichiarazione della sua illegittimità costituzionale) e la norma che è stata definita speculare all'altra (l'art. 453 comma 1-*bis* c.p.p.) nel rapporto tra procedimento cautelare e procedimento principale⁵⁷, mentre nella relazione inversa, inerente ai giudizi che in quanto svoltisi nel procedimento principale precludono corrispondenti sindacati nei procedimenti incidentali, si può affermare che normativizzate sono determinate forme di assorbimento (come quella di cui all'art. 532 comma 1 c.p.p.).

Ora, se può ritenersi esistente ed operante il principio di preclusione soprattutto alla luce del valore della ragionevole durata del processo, bisogna però calibrare il rapporto tra le garanzie del giusto processo (nella misura in cui esse impongano lo svolgimento di attività processuali essenziali in uno dei procedimenti rispetto ai quali evitare la duplicazione dei giudizi) e la forza preclusiva degli atti processuali che sarebbe impedita, come si è detto, se non fossero salvaguardate quelle guarentigie in uno dei procedimenti messi a confronto.

A questo proposito, tralasciando il passaggio dal procedimento principale a quelli incidentali, per ciò che concerne la relazione inversa, relativamente agli incidenti presi in considerazione in quanto posti a tutela dell'imparzialità e della precostituzione per legge del giudice, va detto che in ciascuno di essi si attua la garanzia minima del contraddittorio (anche se non nelle stesse forme di cui alla sequenza procedimentale principale) e sotto questo profilo, considerando la relatività consentita — entro certi limiti — dei possibili modi di attuazione della dialettica processuale per la prova, non esiste ostacolo alla preclusione dei sindacati che potrebbero ripetersi nel passaggio dai suddetti incidenti al procedimento principale.

Solo nel procedimento di astensione il contraddittorio non si attua, ma per la dimensione interna all'ufficio giudicante dell'accennato strumento di tutela

⁵⁶ In tal senso, IACOVIELLO, Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione, in Cass. pen., 2008, 2190 ss

⁵⁷ Così IACOVIELLO, Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione, in Cass. pen., 2008, 2190 ss.

dell'imparzialità del giudice non si pone un problema di garanzie di un'attività che la giurisprudenza definisce quasi "amministrativa"⁵⁸ al fine di far spiegare alla medesima un'efficacia preclusiva rispetto al procedimento principale.

Sul piano, poi, della controllabilità delle decisioni incidentali, tralasciando sempre l'astensione (che per le ragioni delineate non spiega efficacia preclusiva rispetto al procedimento principale), in rapporto alla rimessione ed alla risoluzione dei conflitti di competenza, può affermarsi che il controllo di merito effettuato dalla Cassazione — a seguito di attività probatoria in contraddittorio — sia assorbente rispetto agli ipotizzabili sindacati di secondo e terzo grado che normalmente si riannodano alle garanzie di struttura minima e massima di un processo giusto.

Solo con riferimento alla ricusazione, se il suddetto assorbimento dei diversi gradi di controllo si può ritenere realizzato quando è direttamente la Corte di cassazione a decidere sulla dichiarazione di ricusazione, lo stesso non si può sostenere allorché a decidere su tale dichiarazione sia in prima battuta la Corte d'appello. Infatti, se avverso il provvedimento di quest'organo è previsto il controllo di legittimità, non esiste una possibilità di previo sindacato di merito della stessa decisione che segua ad una eventuale rinnovazione istruttoria. Esclusivamente in questo caso e non nell'altro di decisione sulla dichiarazione di ricusazione della Corte di cassazione va bandita una forza preclusiva del sindacato incidentale rispetto al procedimento principale, laddove le delibere nei procedimenti incidentali di rimessione e di risoluzione dei conflitti di competenza, per le ragioni suaccennate, possono spiegare preclusione nella vicenda processuale principale.

Tutto ciò vale per le valutazioni incidentali sui limitati fatti processuali rispetto ai quali può realizzarsi un'interferenza di sindacato nel passaggio al procedimento principale ed a maggior ragione la preclusione si realizza quando si passi dai riscontri della vicenda giudiziaria principale — che per definizione è ben garantita — ai giudizi replicabili in sede incidentale.

Su un diverso piano, per quanto riguarda le questioni di diritto e non di fatto, anche nel rapporto tra i procedimenti incidentali considerati ed il procedimento principale — ed

⁵⁸ In merito, cfr., per esempio: Cass. 7 luglio 1998, Berlusconi, in CED 211959; Cass. 23 marzo 2000, Zara, in CED 215700; Cass. 27 novembre 2001, Padula, in CED 221055; Cass. 8 maggio 2020, Civico, in CED 221630.

identiche considerazioni possono estendersi alla relazione tra vicenda cautelare e sequenza procedimentale principale — potrebbe ritenersi che il giudizio sulle quaestiones iuris sia indipendente dalle garanzie dell'accertamento dei fatti (tanto processuali che sostanziali) per cui il sindacato di diritto effettuato negli incidenti potrebbe spiegare efficacia preclusiva nella vicenda processuale principale e viceversa. Sennonché, l'affermazione può essere smentita considerando che la valutazione di diritto cambia se non è identica la base fattuale del punto di diritto da affermare. Per questa ragione il modo e le garanzie d'accertamento dell'accennato fondamento di fatto del giudizio in iure non sono indifferenti al fine di far spiegare efficacia preclusiva al sindacato sui problemi di diritto.

2. Venendo al problema dell'operatività del principio di preclusione nel rapporto tra procedimento cautelare finalizzato alle misure personali e procedimento principale, si pone innanzi tutto la questione dell'efficacia preclusiva, nella vicenda giudiziaria principale, del giudicato sugli indizi cautelari.

A questo proposito, bisogna calibrare preliminarmente la natura del sindacato cautelare. In merito, vi è chi ritiene che il giudizio in ordine alle cautele personali, oltre ad essere incentrato sulla regola dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" (come il giudizio dibattimentale), sia un giudizio prognostico "di tipo dinamico" perché proiettantesi verso le attività del dibattimento, anche se in modo incompleto e qualitativamente diverso dalle valutazioni incentrate sul contraddittorio. Secondo altri, il sindacato cautelare presenterebbe i deficit a cui si è accennato prima, ma non per questo graviterebbe su un'orbita di limitazioni necessariamente diverse da quelle del giudizio che porta alla condanna (tant'è vero che nell'abbreviato incentrato su investigazioni difensive si potrebbe realizzare un riscontro qualitativamente inferiore a quello incentrato sul contraddittorio dibattimentale e potrebbe fondare su elementi incompleti anche la valutazione dibattimentale)⁵⁹.

⁵⁹ Sulle differenti valutazioni del sindacato cautelare vedi F. CAPRIOLI, Il modello sperimentale: l'incidenza della decisione cautelare sul procedimento penale, Relazione svolta nel corso dell'Incontro internazionale di studio "Libertà e cautele nel processo penale. La dimensione incidentale e i rapporti tra procedimento penale e giudizio cautelare", Siracusa, 15 maggio 2010, inedito.

Senonché, prescindendo per ora dal rilievo delle contraddizioni insite nella disciplina del presupposto in fatto delle cautele personali, va sottolineato che l'accennato dinamismo della prognosi cautelare con il connesso giudizio controfattuale non deve necessariamente realizzarsi a fronte dell'attuale quadro normativo perché il pubblico ministero non è tenuto a depositare tutte le indagini compiute fino alla richiesta cautelare né deve completare le indagini prima della domanda di cautela.

Ciò significa che possono esistere indagini pregresse che non si rivelano perché evidentemente sono dense di sviluppi ai fini di una ulteriore ricostruzione in funzione anche della tenuta dell'ipotesi accusatoria in dibattimento così come, se non si ammette che le indagini siano complete prima della richiesta cautelare, questo vuol dire che il pubblico ministero già può nutrire nell'ambito del procedimento cautelare dei dubbi la cui risoluzione venga rimandata ad un momento successivo, pure in vista del raggiungimento di una effettiva idoneità degli atti a sostenere l'accusa in giudizio.

Ebbene, se si ammette la possibilità di emanare la misura cautelare senza queste residue rilevanti indagini che avendo rilevanza ricostruttiva servono a riscontrare la resistenza dell'accusa in vista dell'apertura del contraddittorio e, cioè, come si è detto, a sindacare l'idoneità degli atti a sostenere l'ipotesi addebitata in giudizio, ciò vuol dire che il sindacato cautelare sugli indizi e la prognosi, che al medesimo è connesso, normalmente è di tipo statico⁶⁰.

In altri termini, non devono essere necessariamente superati tutti i dubbi che insorgono nella formazione del convincimento sulla colpevolezza (anche quelli relativi alla capacità degli atti di sostenere l'accusa in giudizio) attraverso una corrispondente completa acquisizione ed utilizzazione di elementi e si può seguire una linea specifica di inferenze senza valutazioni controfattuali.

Questo quadro normativo nondimeno è contraddittorio e la contraddizione si coglie se si ancora la cautela personale alla gravità indiziaria ed alla presunzione d'innocenza, da un lato, ed alla proporzionalità della misura, dall'altro lato, come anche se si tiene

⁶⁰ Sulla non comparabilità del ragionamento cautelare con quello dibattimentale e, quindi, implicitamente sul carattere statico del primo vedi già MENNA, La motivazione del giudizio penale, Napoli 2000, passim. Nella stessa direzione, ora, cfr. C. cost. 2009, n. 121, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2009, 2034 ss.

conto del fatto che il pubblico ministero è un organo pubblico che ha un dovere di obiettività.

Sul primo versante, si capisce perché le indagini, se sono contemporaneamente finalizzate alle cautele ed alle determinazioni sull'esercizio dell'azione penale, non è corretto che non siano complete e possano non essere depositate integralmente in vista della richiesta cautelare.

In proposito, va considerato che superare la presunzione d'innocenza ovvero applicare il criterio dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" significa risolvere tutti i dubbi ragionevoli che il tipo di iter acquisitivo e valutativo comporta.

Se in particolare le indagini che si raccolgono — e che poi possono essere sfruttate a fini cautelari — comportano che il ragionamento costante del pubblico ministero sia rivolto a testare anche l'idoneità degli atti a sostenere l'accusa in giudizio ed unico è il contesto investigativo in cui maturano contemporaneamente la necessità di chiedere la misura cautelare ed il tenore delle determinazioni sull'esercizio dell'azione, bisogna ritenere che, in funzione del contesto acquisitivo e valutativo, nel procedimento cautelare sono presenti anche tutti i dubbi sull'idoneità degli atti a sostenere l'accusa in giudizio che il pubblico ministero può decidere di risolvere successivamente.

Ora, se tali questioni sono tutte avvertite al momento della richiesta cautelare, il rispetto della presunzione d'innocenza — che solo rende possibile raggiungere un'effettiva gravità indiziaria — imporrebbe di risolvere tutti i dubbi che siano sul tappeto prima di avanzare la domanda di cautela; e ciò dinamicamente sfruttando tutte le indagini pregresse o che si immagina possano essere compiute successivamente. Diversamente, siccome tutte le questioni sull'idoneità degli atti a sostenere l'accusa in giudizio, quand'anche riferibili alla sola valutazione di tenuta della credibilità delle fonti di prova in dibattimento, incidono sempre direttamente o indirettamente sulla convinzione che si abbia in ordine alla colpevolezza dell'indagato, il rimandare ad un momento successivo l'utilizzo di elementi che servano a superare tali dubbi non consente di ritenere raggiunta una vera gravità indiziaria e, quindi, superata la presunzione di innocenza.

Il pubblico ministero deve attuare il superamento su un piano dinamico di ogni dubbio ragionevole che il contesto acquisitivo e valutativo faccia sorgere in lui anche perché è un organo pubblico titolare di un dovere di obiettività.

Inoltre, sul piano della proporzionalità della misura cautelare personale si conferma l'insorgere anche nell'ambito delle cautele di tutti i dubbi sull'idoneità degli atti a sostenere l'accusa in giudizio perché una misura è proporzionata ai sensi dell'art. 275 comma 2 c.p.p. se si compara lo sbocco del procedimento cautelare con l'esito dibattimentale e ciò comporta che in vista di una cautela non ci si limiti a seguire una specifica linea di inferenze senza giudizio controfattuale ma si verifichi fino in fondo la tenuta dell'ipotesi accusatoria rispetto a quanto si svolgerà in dibattimento. Questo impone, per ciò che si è detto, il completamento delle indagini e l'utilizzo di tutti gli elementi investigativi a disposizione onde attuare una prognosi dinamica e non di tipo statico delle attività dibattimentali.

A fronte anche dell'evidenziata contraddizione nell'attuale disciplina delle misure cautelari personali si può affermare, da un lato, che l'odierno giudicato cautelare sull'insussistenza dei gravi indizi non può spiegare efficacia preclusiva nel procedimento principale per la diversità della regola di giudizio e delle regole di accertamento del procedimento incidentale cautelare rispetto alla vicenda giudiziaria principale — come ha coerentemente affermato la sentenza 121/2009 della Corte costituzionale a proposito dell'art. 405 comma 1-bis c.p.p.⁶¹ —, dall'altro lato, che tale forza di preclusione può essere introdotta se si allinea la natura del giudizio sugli indizi cautelari a quella delle determinazioni sull'esercizio dell'azione penale introducendo a fini cautelari un dovere di verifica controfattuale completa anche sull'idoneità degli atti a sostenere l'accusa in giudizio senza né limitazione nel deposito degli elementi raccolti ai fini della richiesta cautelare né limiti nel compimento delle indagini a scopo di cautela.

⁶¹ C. cost. 2009, n. 121, cit., loc. cit., 2034 ss. In senso critico rispetto al tenore dell'art. 405 comma 1-bis c.p.p. si era già espressa la prevalente dottrina. In tal senso, tra gli altri: FERRUA, Impugnazioni, Cassazione a rischio paralisi, in *Dir. e Giust.*, 2006, n. 36, 104; PIERRO, Archiviazione per insussistenza di gravi indizi di colpevolezza; le ragioni dell'abrogazione di una norma ispirata ad un paradossale principio di "assorbimento cautelare", in *Quaderni di scienze penalistiche* 2007, n. 3, passim; GIOSTRA, Una norma "in difficoltà di senso": il nuovo comma 1-bis dell'art. 405 c.p.p., in *AA.VV.*, Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006, Torino, 2007, 339 ss.

Ai fini dell'introduzione della accennata efficacia preclusiva si potrebbe superare l'ulteriore ostacolo alla stessa evidenziato dalla Corte costituzionale a proposito della valutazione non diretta degli indizi cautelari da parte della Corte di cassazione che annulli l'ordinanza cautelare — a cui si accennava nell'art. 405 comma 1-*bis* c.p.p. —, agganciando la supposta forza preclusiva ad una necessaria valutazione di merito di inesistenza degli indizi, sia pure confermata successivamente in sede di controllo.

Questa trasformazione della disciplina del sindacato cautelare comporta che assimilando la regola di giudizio ed i criteri dell'accertamento del contesto cautelare a quelli delle determinazioni conclusive delle indagini, si debba finalizzare la cautela non più anche alla prosecuzione di queste ultime, bensì solo eventualmente al prosieguo del processo dal momento che, in base alla proposta avanzata, al momento della richiesta cautelare già sarebbero maturi tutti i presupposti per effettuare le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale e, quindi, non ci sarebbe spazio per una prosecuzione delle investigazioni.

Se sul piano politico questa conclusione fosse inaccettabile, bisognerebbe rinunciare all'efficacia preclusiva del giudicato cautelare e, lasciando la funzione di cautela delle misure personali rispetto pure alla prosecuzione delle indagini, invece di assimilarne la regola di giudizio e di accertamento a quelle delle determinazioni sull'esercizio dell'azione penale, bisognerebbe comunque eliminare la attuale contraddizione di una gravità indiziaria (legata alla presunzione di innocenza) fondata su attività investigative che si proiettino anche verso il dibattimento e non impongano pure in sede cautelare una completa valutazione di idoneità degli atti a sostenere l'accusa in giudizio.

Per conservare una funzione cautelare alle misure personali in funzione della continuazione delle indagini e non solo del processo, bisognerebbe distinguere sia le attività di accertamento che quelle di valutazione degli elementi, da attuare in vista delle cautele, da quelle investigative che si proiettino verso le determinazioni sull'azione penale in modo da creare un iter accertativo e valutativo autonomo nel procedimento cautelare e non interferente con quello della domanda di punizione.

In questo modo, la presunzione di innocenza non sarebbe di ostacolo al deposito parziale degli atti ed al non completamento delle indagini prima della richiesta cautelare perché al pubblico ministero nel procedimento cautelare non sarebbe imposto di effettuare alcuna valutazione sull'idoneità degli atti a sostenere l'accusa in giudizio e, cioè, alcun giudizio controfattuale per verificare la tenuta degli elementi raccolti in vista del confronto dibattimentale. Il pubblico ministero nel separato procedimento cautelare sarebbe arbitro dei dubbi che si volesse porre in funzione della richiesta cautelare e della misura per il superamento della presunzione di innocenza, che, quindi, non richiederebbe la stessa piattaforma di elementi né la stessa serie di valutazioni che fosse necessaria per determinarsi in ordine all'esercizio dell'azione penale; e ciò fatta salva la possibilità per il giudice della cautela di sindacare le valutazioni dell'organo d'accusa e per il destinatario della cautela di porre successivamente, eventualmente in sede di riesame o di appello, le questioni mancanti durante la fase deliberativa del provvedimento cautelare.

Tornando alla possibilità di introdurre una preclusione nel passaggio dal procedimento cautelare a quello principale, bisogna ricordare come rispetto all'art. 405 comma 1-*bis* c.p.p. vi sia stato chi in passato abbia ritenuto che il sindacato in Cassazione sull'insussistenza dei gravi indizi cautelari si ponesse su un piano dimostrativo che sarebbe più pregnante delle valutazioni finalizzate all'esercizio dell'azione e, cioè, più completo e qualitativamente migliore di queste ultime per cui potrebbe avere forza preclusiva rispetto al giudizio principale⁶².

A questo proposito, invece, bisogna pensare che qui si discute di due sindacati di natura diversa che entrambi ambiscono a determinazioni di tipo conclusivo, anche se in termini probabilistici.

Ciò è sicuramente vero quando si confrontano il giudicato cautelare sull'insussistenza degli indizi cautelari e l'archiviazione.

Diversamente, quando a compararsi fossero la determinazione di esercitare l'azione penale ed il giudizio cautelare, si potrebbe in astratto sostenere che la prima delibera possa essere adottata in situazione di mero dubbio sulla colpevolezza, laddove specie

⁶² Così IACOVIELLO, Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione, in Cass. pen., 2008, 2190 ss.

in Cassazione il sindacato sul presupposto in fatto delle cautele sarebbe di tipo conclusivo.

Senonché, siccome all'eventuale dubbio sulla colpevolezza si riannoderebbe comunque una valutazione di idoneità degli atti a sostenere l'accusa in giudizio, ciò vuol dire che senza tener conto degli eventuali sviluppi dibattimentali si potrebbe giungere ad una condanna con i soli elementi di indagine a disposizione.

Ora, questa è una valutazione conclusiva come quella tipica del giudicato cautelare ed, in più, si basa su una prognosi di tipo dinamico, a differenza di quella di natura statica e, perciò, più deficitaria della valutazione fatta anche in Cassazione nel contesto delle cautele.

Per questa ragione, anche il sindacato del giudice di legittimità sugli indizi cautelari, allo stato, non può spiegare efficacia preclusiva nel procedimento principale.

Non così nella prospettiva avanzata di equiparazione della regola di giudizio e dei criteri di accertamento della base fattuale del sindacato cautelare e della determinazione sull'azione.

Nella nuova ottica affacciata non ci sarebbe spazio per il sopravvenire di elementi investigativi, né per la considerazione di indagini pregresse dopo la valutazione controllata di insussistenza di indizi cautelari dopo la vicenda delle cautele personali.

Ciò significa che se nel contesto che si propone di introdurre, dopo il giudicato che in ambito cautelare escludesse la sussistenza degli indizi, sopravvenissero elementi a seguito di un azione penale esercitata illegittimamente, non si dovrebbe far leva sul meccanismo della sopravvenienza di materiale che faccia venir meno la dichiarata improcedibilità ai sensi dell'art. 345 comma 2 c.p.p. al fine di rimettere in pista un procedimento che sarebbe ingiusto far caducare quando si accertasse in un secondo momento che si sarebbero potuti raccogliere elementi che avrebbero cambiato il tenore del sindacato cautelare ed avrebbero reso legittimo l'esercizio dell'azione penale⁶³.

Nell'ambito della proposta affacciata, infatti, dopo un'obbligatoria archiviazione per un giudicato di insussistenza degli indizi cautelari si potrebbe sfruttare il meccanismo

⁶³ Nella segnalata direzione, quindi, non si realizzerebbe quell'"inestricabile groviglio" tra procedibilità e merito che si determinerebbe se si facesse leva sul meccanismo dell'improcedibilità, su cui vedi CAPRIOLI, Giudicato cautelare e archiviazione, Relazione svolta al Congresso giuridico per l'aggiornamento forense tenutosi a Roma il 28.3.2006 ed organizzato dal Consiglio Nazionale Forense, inedita.

della riapertura delle indagini al sopravvenire di elementi. E se fosse illegittimamente esercitata l'azione nonostante la preclusione spiegata dal giudicato cautelare, invece di ricorrere al meccanismo dell'art. 345 comma 2 c.p.p. circa la sopravvenienza di una condizione di procedibilità si potrebbe intanto semplicemente dichiarare la nullità dell'azione, pronunciare l'archiviazione e lasciare spazio per una riapertura delle indagini dopo l'archiviazione.

Queste affermazioni sottraggono terreno anche ad una possibile obiezione circa l'impossibilità di far spiegare forza preclusiva al giudicato cautelare rispetto al procedimento principale.

Ci si riferisce a quella affermazione secondo cui l'efficacia di preclusione del giudicato cautelare impedirebbe di tener conto nel connesso procedimento principale degli apporti difensivi che solo dopo l'azione e specie in dibattimento potessero sopravvenire, per cui, a prescindere dal proposto dovere di completare e depositare tutte le indagini prima della richiesta cautelare nella fase preliminare, non potrebbe mai darsi — in funzione di quanto possa accadere in dibattimento — che l'esercizio dell'azione penale porti a provvedimenti giurisdizionali palesanti lo stesso substrato probatorio e la stessa regola di giudizio del giudicato cautelare⁶⁴.

Senonché, questo potrebbe essere vero nel sistema attuale, ma non in quello che si propone di adottare perché se, come si auspica, il sindacato sulla regiudicanda nella fase cautelare e quello in ambito investigativo venissero equiparati nella natura, ciò vorrebbe dire che anche in mancanza di un giudicato cautelare di insussistenza degli indizi si sarebbe dovuto archiviare e per i successivi apporti della difesa ci sarebbe stato spazio solo se si fossero riaperte le indagini.

A fronte di ciò il giudicato cautelare negativo ben potrebbe spiegare la sua efficacia preclusiva rispetto al processo.

Quanto, poi, al rapporto tra giudicato cautelare che affermi la sussistenza degli indizi e la determinazione sull'esercizio dell'azione penale, a patto che si uniformi la natura del primo sindacato al secondo, per le stesse considerazioni fatte sulla relazione inversa tra procedimento incidentale che escluda la esistenza della base indiziaria e

⁶⁴ Sul punto F. CAPRIOLI, *Il modello sperimentale: l'incidenza della decisione cautelare sul procedimento penale*, cit., inedito.

procedimento principale si potrebbe pure introdurre un obbligo di agire per effetto della valutazione di merito — eventualmente confermata in sede di impugnazione — di presenza degli indizi cautelari. E ciò sulla base di un completamento e di un deposito totale delle indagini prima della richiesta cautelare.

In proposito, vi è però da notare che mentre nel caso di un giudicato di insussistenza degli indizi che si realizzasse sovvertendo la originaria richiesta cautelare, l'introduzione di un'archiviazione obbligatoria avrebbe l'effetto di risparmiare tutte le attività conseguenti ad un orientamento del pubblico ministero che si fosse rivelato favorevole all'azione (data la volontà dell'organo d'accusa di richiedere la cautela), nella situazione inversa di un accoglimento della richiesta cautelare la preclusione dell'archiviazione non avrebbe un rilevante effetto in termini di risparmio di temi e di risorse perché l'organo d'accusa chiedendo la cautela avrebbe già dimostrato di orientarsi subito per l'esercizio dell'azione.

In ogni caso, poi, l'introduzione dell'obbligo di agire dopo la conferma dell'esistenza degli indizi cautelari dovrebbe fare comunque i conti con la necessità di assicurare prima dell'esercizio dell'azione gli incombenti di cui all'art. 415-*bis* c.p.p.

A proposito di preclusione dell'archiviazione, inoltre, val la pena di notare — come è stato fatto in dottrina — che l'attuale art. 453 comma 1-*bis* non incide sull'an dell'azione ma solo sui tempi e sul quomodo della stessa per cui l'istituto in questione non rappresenta una vera applicazione del principio di preclusione⁶⁵.

Su altro fronte, va verificata la forza preclusiva del procedimento per le cautele personali rispetto alla sequenza procedimentale principale per quanto riguarda le questioni di diritto e l'accertamento dei fatti processuali.

Sul primo versante, se alle condizioni stabilite in precedenza è possibile stabilire una preclusione in riferimento al giudizio sul fatto sostanziale, tenendo conto dell'incidenza di quest'ultimo sull'estensione del riscontro di diritto, si può affermare che anche il sindacato in iure operato nell'incidente abbia efficacia preclusiva nella vicenda processuale principale.

⁶⁵ Così F. CAPRIOLI, Il modello sperimentale: l'incidenza della decisione cautelare sul procedimento penale, cit., inedito.

Quanto, poi, all'ulteriore aspetto della verifica delle circostanze processuali e del loro possibile effetto di preclusione, si può affermare che già oggi, ad esempio, il rilievo d'ufficio di nullità ed inutilizzabilità sembrerebbe idoneo a spiegare efficacia preclusiva nel giudizio principale in quanto anche in quest'ultimo l'individuazione delle accennate sanzioni può avvenire d'ufficio a prescindere dal rispetto delle segnalate garanzie di "struttura minima" e "struttura massima" — quali il contraddittorio — che sembrano offerte pienamente solo dal procedimento principale.

L'affermazione può tuttavia essere almeno in parte contraddetta se si pensa che i fatti processuali sottostanti alle applicazioni delle norme processuali vanno comunque provati ed, in ordine al loro accertamento, una cosa è realizzarlo nel contesto cautelare ove è assente il contraddittorio, altra cosa è effettuarlo nel procedimento principale in cui, almeno dopo l'esercizio dell'azione penale, la dialettica tra le parti potrebbe evidenziare elementi che abbiano la capacità di mettere in discussione la valutazione sulla questione processuale operata al di fuori dell'ambito dialettico.

L'ostacolo alla preclusione, tuttavia, esiste solo rispetto al dibattimento perché non si vede perché la stessa non possa sussistere almeno rispetto al contesto accertativo delle indagini nel cui ambito il riscontro del presupposto fattuale del sindacato sulla questione processuale avviene con lo stesso metodo con il quale si effettua in sede cautelare.

In altri termini, il rilievo ad esempio di un'inutilizzabilità o di una nullità nel procedimento cautelare svoltosi in fase investigativa può già oggi esplicitare forza preclusiva rispetto alle determinazioni relative all'azione penale ma non rispetto al giudizio dibattimentale.

3. Su un altro fronte, un ulteriore aspetto delle possibili attuazioni del principio di ragionevole durata del processo involge il processo cumulativo.

A questo proposito, innanzi tutto si può affermare che la gestione separata delle vicende processuali potrebbe essere potenziata così da eliminare del tutto il fenomeno del maxiprocesso.

Quest'ultimo rappresenta oggi un tipo di vicenda giudiziaria con cui bisogna ancora confrontarsi — nonostante l'abbattimento dei cumuli processuali operato dal legislatore del 1988 — non solo per gli assestamenti legislativi che ha subito la disciplina della connessione nel 1991, solo parzialmente corretta nel 2001, ma anche per il permanere a livello sostanziale di fattispecie come quelle associative che, in quanto trattate unitariamente, inducono lo svolgimento di processi su un numero cospicuo di posizioni processuali.

Ebbene, perché, allora, a prescindere da rideterminazione legislative dei fatti sostanziali, non imboccare la strada di processi gestiti separatamente per gli addebiti individuali anche in riferimento ad un unico reato, specie se associativo?

Questa ipotetica riforma è in linea con il quadro dei principi di riferimento. Infatti, è vero che oggi il cumulo processuale risponde ad un'esigenza di economia complessiva di sistema e, cioè, tende a risolvere non solo attraverso gli strumenti di circolazione extraprocessuale degli accertamenti il problema del ripetersi delle attività probatorie in ordine alle stesse vicende storiche. Inoltre, l'unificazione delle controversie serve anche per evitare la contraddittorietà dei giudicati e delle elaborazioni probatorie.

Ciò nondimeno, a livello di principio, sull'economia di tutto il sistema giudiziario prevale la necessità di assicurare la ragionevole durata del singolo processo recepita in Costituzione a differenza dell'altro valore. Quest'ultimo non è riconducibile nemmeno all'esigenza costituzionalizzata di buon andamento della pubblica amministrazione, tant'è che la Corte costituzionale riferisce questa necessità solo ai problemi di ordinamento giudiziario ma mai a questioni giudiziarie di riforma della struttura processuale⁶⁶.

Inoltre, il quadro dei principi del giusto processo tende ad assicurare la correttezza dell'accertamento probatorio all'interno delle specifiche vicende processuali ma non tiene conto dei problemi di contraddittorietà nelle relazioni esterne tra procedimenti.

Quindi, come in astratto già oggi è possibile che a fronte di un concorso di persone nel reato si celebrino distinti processi, così un domani potrebbe pensarsi ad una gestione

⁶⁶ Vedi C. cost. 11 luglio 2008, n. 272, in *Giur. cost.*, 2008, 4, 3086.

separata di controversie in riferimento alle distinte posizioni processuali che possano ipotizzarsi in relazione ad un unico reato associativo.

Su un ulteriore versante, bisogna calibrare sotto taluni aspetti l'ambito di operatività del principio di preclusione nei maxiprocessi.

Innanzitutto, il valore potrebbe trovare attuazione attraverso la valutazione di superfluità della prova nel passaggio dall'accertamento di una posizione processuale a quella di un'altra.

Senonché, quando si tratta di individualizzare le responsabilità in ordine ad un unico fatto delittuoso non può il giudice arbitrariamente servirsi di un'attività inventiva, chiesta da una parte per produrre un accertamento solo in ordine ad una posizione processuale, in modo da desumerne argomenti probatori in relazione all'addebito elevato ad altro imputato.

In proposito, bisogna tener conto che una parte, quando domanda una prova, non introduce solo un dato, bensì affaccia sulla scena processuale un argomento con tanto di regola inferenziale che si erge a proposta della "massima d'esperienza" che dovrebbe utilizzare il giudice in decisione. Se il giudice vuole sostituire a siffatto criterio altro parametro di giudizio, in omaggio alla sua terzietà oltre che in virtù di un corretto rapporto tra contraddittorio e motivazione, che tra l'altro fonda su una esegesi dell'art. 546 comma 1 lett. e) c.p.p. operata in altra sede⁶⁷, deve previamente attivare i suoi poteri probatori d'ufficio — se può — e poi cambiare la massima d'esperienza.

Se questo è vero, nel valutare la prova l'organo giudicante non può prescindere dall'intenzione argomentativa di colui che domanda l'attività inventiva, per cui non si può solo in base ad una pura operazione mentale — non filtrata da una nuova apertura del contraddittorio — ricavare dal dato probatorio, introdotto solo ad un certo fine dimostrativo, una dimostrazione non voluta dall'istante, come nel passaggio dalla convalida di talune affermazioni probatorie inerenti ad un imputato alla conferma di altre asserzioni relative ad altro prevenuto rispetto al quale chi abbia chiesto la prova non voglia provare alcunché.

⁶⁷ MENNA, Formazione e previsione degli argomenti giustificativi della decisione, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1545 ss.; ID., *Studi sul giudizio penale*, Torino, 2009, 249 ss.

Operare nel modo criticato comporterebbe successivamente un improprio modo di applicare il principio di preclusione nel senso di introdurre una possibile valutazione di superfluità della prova chiesta in ordine alla posizione processuale per la quale il giudice ritenesse di aver raggiunto una dimostrazione solo mentale che non fosse effetto di una precedente richiesta di prova.

Quanto, poi, alle eventuali applicazioni del valore della preclusione nel passaggio dagli incidenti alla vicenda giudiziale principale nel contesto dei processi cumulativi, va ricordato come soprattutto in relazione ai procedimenti cautelari oggi il sindacato sugli indizi cautelari non può spiegare efficacia preclusiva nella sequenza procedimentale primaria. A maggior ragione ciò vale quando si ponesse il problema di far scattare una preclusione non solo rispetto alla trattazione della posizione del destinatario dell'ipotetica misura cautelare personale ma anche in riferimento a distinte posizioni di altri imputati.

Mariano Menna

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

Dott. Ugo Pastore

La specializzazione del Giudice nel processo penale minorile.

La recente “scoperta” da parte della Corte d’appello Sez. minorenni di Bologna di alcune pronunzie della Suprema Corte (per tutte n. 38481/08 della Quarta Sez. penale, Pres. Morgigni rel. Bricchetti) - con conseguente annullamento di numerose sentenze penali del G.U.P: presso il T.M. di Bologna emesse in sede di giudizi abbreviati richiesti dagli imputati dopo l’ammissione dei giudizi immediati richiesti dal P.M.M. - stimola l’attenzione su un annoso tema che caratterizza periodicamente il dibattito giuridico degli operatori del settore, quello della specializzazione del giudice minorile, in genere e nel processo penale in particolare.

In cosa consiste realmente la specializzazione del giudice minorile ?

Attiene solo alla composizione mista dei collegi (come in quelli specializzati per le controversie agrarie), al numero pari dei suoi componenti e al diverso sesso dei membri laici o anche, se non soprattutto, alla specificità della formazione della componente togata ?

Nella sentenza n. 38481/08 la Cassazione, quarta Sezione penale, osservava che “il sistema giudiziario minorile – è opportuno ricordarlo – vede comunque una magistratura togata “specializzata” in ragione della particolare professionalità, acquisita sia attraverso corsi di formazione e di aggiornamento, sia favorendo l’esperienza giudiziaria di settore, come è dato evincersi dagli articoli 2-5 delle norme di attuazione dettate dal d. lgs. 28 luglio 1989 n. 272 [...] Dunque, sia la specifica professionalità dei magistrati togati sia la particolare formazione dei collegi giudicanti caratterizzano, nel senso della specializzazione, il sistema giudiziario minorile”.

L’assunto, nella sua genericità, denuncia chiaramente un’idea, del tutto astratta, della giurisdizione minorile, assolutamente non corrispondente alla realtà fattuale.

Innanzitutto va sgombrato il campo dai richiami normativi che dovrebbe confermare la specializzazione di ogni magistrato chiamato a svolgere le funzioni minorili.

Infatti l’art. 2 del D. lgs riguarda la ripartizione degli affari fra i magistrati “in modo a favorire la diretta esperienza di ciascun giudice nelle diverse attribuzioni della funzione giudiziaria minorile” mentre l’art. 5 attiene alla formazione e agli aggiornamenti dei magistrati togati e onorari impiegati nelle funzioni minorili.

Di fatto non solo il reclutamento e la scelta della funzione da parte dei magistrati, anche di prima nomina, non sono diversi da quelli ordinari, posto che il tirocinio cd. “mirato” nell’ufficio di prima destinazione è del tutto simile, nei tempi e nelle modalità, a quello previsto per altre funzioni non specializzate e che anche l’aggiornamento segue criteri comuni ad altre materie.

Non si applicano peraltro ai magistrati minorili obblighi di permanenza minima nella funzione – oltre i tre anni che legittimano ai trasferimenti ordinari – né pregiudiziali assolute di esperienze specifiche o di formazione per l’accesso.

Ne deriva che la specializzazione dei togati che operano nei T.M. è un dato da verificare di fatto in forza dell’esperienza in concreto maturata dal singolo magistrato nelle promiscue funzioni minorili.

In virtù di ciò non è azzardato affermare, contrariamente a quanto ritenuto nella richiamata sentenza, che l’unico elemento oggettivo indefettibile in grado di garantire la specializzazione della funzione è costituito dalla componente onoraria o “privata”, non a caso prevista, nei collegi penali, in numero pari a quello dei togati nel dibattimento e addirittura in numero doppio rispetto al togato nella funzione di giudice dell’udienza preliminare.

Proprio la composizione collegiale - e non monocratica, come nel rito ordinario - del G.U.P. e il chiaro privilegio espresso dal legislatore nell’intero D.P.R. n. 448/1988 per la definizione anticipata dei procedimenti penali a carico di minori, rende palese l’essenzialità, nei giudizi di merito, del contributo degli esperti e l’impossibilità di pervenire a una condanna penale nei confronti di un minorenni senza il contributo alla decisione da parte della componente non togata.

La possibilità, prevista dagli artt. 26 e 27 del D.P.R. n. 448/1988, che sia il G.I.P., togato e monocratico, a pronunciare sentenze di non doversi procedere per inimputabilità per età anche d’ufficio o per irrilevanza del fatto, su richiesta specifica del P.M.M. e all’esito di un procedimento tipizzato non suscettibile di altri sbocchi definitivi (ovviamente fatta eccezione per quella ex art. 26), non inficia tale assunto ma lo rafforza.

A conforto di tale opinione milita, incontrovertibilmente, l’ordinanza n. 303 del 4.11.2003 della Corte Costituzionale.

Il Supremo collegio nel decidere una questione sollevata dal T.M. di Catanzaro circa la possibile incostituzionalità della normativa che consente di costituire un collegio giudicante presso i T.M. con giudici estranei all’organo specializzato in caso di incompatibilità di tutti i magistrati in organico, rigettava la censura sottolineando che “le esigenze costituzionali di

tutela dei minori risultano soddisfatte dalla peculiare composizione del T.M., il cui collegio è formato oltre che da due magistrati togati da due cittadini, un uomo e una donna, [...] nonché dall'apporto di altri operatori che ne preparano o fiancheggiano l'attività e dalle specifiche garanzie e modalità procedurali che caratterizzano il procedimento minorile" e che "anche nel caso limite di sostituzione integrale della componente togata del tribunale per i minorenni nel rispetto delle norme dell'ordinamento giudiziario, la specializzazione del giudice minorile, finalizzata alla protezione della gioventù sancita dalla Costituzione, è assicurata dalla struttura complessiva di tale organo giudiziario, qualificato dall'apporto degli esperti laici".

Con tale motivazione la Corte disattendeva la considerazione espressa dai giudici rimettenti secondo i quali la componente togata dei collegi giudicanti e "la relativa provvista" non erano irrilevanti a tutela degli imputati, come asseritamente dimostrato dalla disciplina ordinamentale sulle guarentigie specifiche dei giudici minorili togati (stabilità di funzioni e autonomia degli uffici requirente e giudicante).

Ciò detto, nonostante i periodici tentativi di riportare la giurisdizione minorile nell'alveo di quella ordinaria, assimilando la materia a quella agraria, non deve desumersi che una specializzazione sostanziale dei magistrati chiamati a svolgere funzioni minorili non sia opportuna per non dire necessaria.

La previsione di corsi di formazione specifici e di periodi di applicazione presso uffici giudiziari minorili prima di poter accedere alle funzioni specializzate, sia in primo grado che in appello, consentirebbe realmente di poter garantire coerenza a un sistema che nella centralità del minore e nella comprensione della sua condizione esistenziale vede la sua ragion d'essere.

Ugo Pastore

Procuratore della Repubblica
per i Minorenni dell'Emilia Romagna

Dott.ssa Emma Avezzù
Abuso sui minori: percorsi giudiziari
Brescia, 31 maggio 2013

**Il rapporto processo penale e processo civile a tutela del minore
ed il necessario coordinamento tra autorità giudiziarie procedenti**

Esigenze di tutela del soggetto debole – minore, nell’ambito del processo penale, e di quello civile minorile, e conseguenti problemi di raccordo, tra Autorità Giudiziaria Ordinaria e quella specializzata per i minorenni, si pongono in relazione a fattispecie di reato, che non sono solo quelle di abuso sessuale e maltrattamento.

I reati che vengono in considerazione, sono i reati relativi alla prostituzione minorile, e pedopornografia (artt. **600 e ss. c.p.**) reati sessuali (**609 bis, 609 quater** e ss. c.p.), violazione degli obblighi di assistenza familiare, abuso di mezzi di correzione, maltrattamenti in famiglia, sottrazione consensuale di minorenni (artt. **570 e ss.**); altri reati contro la persona (lesioni, omicidio, tentato omicidio), determinazione di minori alla commissione di reati (art.111 c.p.) e concorso con minori in genere, meritano quanto meno alcuni cenni.

Poco frequenti, ma potenzialmente dotate di delicate implicazioni, le indagini per reati di alterazione e soppressione di stato (566 e ss. c.p.).

Due fattispecie introdotte con L. 94 /2009 (c.d. “ pacchetto Sicurezza): art. **574 bis** c.p. sottrazione e trattenimento di minori all’estero (caso di sottrazione internazionale di minori) internazionale di minori (N.B: ex art. 9 c.p. ai fini della procedibilità sono richieste la presenza dell’autore in Italia e la richiesta del Ministro); l’art. 671 c.p. (contravvenzione di uso dei minori per l’accontaggio) è stato abrogato e sostituito dall’art. **600-octies**, ora previsto come delitto: nella fattispecie non è più formalmente prevista la sospensione dalla potestà, senz’altro applicabile ex art. 34 2° co.

Infine, **la convenzione di Lanzarote**, ratificata ed entrata in vigore in Italia con **L. 172/2012**, nel contesto di una riorganizzazione e aggiornamento del sistema, anche rispetto alla disciplina processuale, ha introdotto nuove fattispecie di reato, tra le quali l' "Adescamento di minorenni"- art. **609 undecies**- ; l'art. **414 bis** ha previsto una particolare forma di istigazione a delinquere, avente di mira le pratiche di pedofilia e pedopornografia; ha aggravato le pene per alcune fattispecie già esistenti, quali l'associazione per delinquere, quando ha di mira la commissione di reati inquadabili in abuso ai danni di minori (ult. co. dell'art. **416 CP**); ha modificato la fattispecie di maltrattamenti in famiglia, di cui all'art. **572 CP**; ha modificato le fattispecie di prostituzione minorile, e ha punito la partecipazione a esibizioni e spettacoli pornografici in cui siano coinvolti i minori, aggravando le pene per chi le realizza (art. **600 ter**): ha espressamente previsto l'inescusabilità dell'ignoranza dell'età della persona offesa, ove il delitto sia commesso ai danni di infradiciottenne, ammettendo la prova dell'inevitabilità dell'ignoranza (art. **602 quater e sexies**).

Una premessa è d'obbligo, sulla disciplina del **procedimento civile minorile**; procedimento di volontaria giurisdizione avente ad oggetto provvedimenti limitativi o ablativi (decadenza) della potestà genitoriale sulla base del pregiudizio arrecato al minore (art.330 e ss. c.c.); e procedimento avente – oggi – carattere contenzioso, rivolto all'accertamento dello stato di abbandono del minore di età, per " l'eventuale dichiarazione di adottabilità" (L. 184/1983 mod. dalla L. 149/2001, le cui norme processuali sono entrate in vigore il 1° luglio 2007).

Si tratta di un procedimento civile, che vede fondamentale la presenza di una parte pubblica – il P.M. minorile – ma sempre più sottostà alle regole dei procedimenti civili, per i quali vanno rispettati il contraddittorio tra tutte le parti e l'ostensibilità degli atti.

Le norme processuali relative al primo procedimento citato si desumono dall'art. 336 c.c. e 737 e ss. c.p.c.; la competenza è, ai sensi dell'art. 38 Disp. Att. c.c., del Tribunale per i minorenni, solo sulla materie espressamente attribuite; ma con la modifica di cui alla L. 219/2012, entrata in vigore il primo gennaio scorso, vi è una

certa *vis attractiva* nei casi di pendenza di procedimenti avanti il T.O. per separazione/ divorzio/ affidamento figli nati fuori dal matrimonio.

In sintesi, trattasi di procedimenti che iniziano con ricorso, alla formulazione del quale sono legittimate alcune parti private (genitori e parenti) e la parte pubblica, (identificata nel P.M. minorile) Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni, con competenza distrettuale; nell'ambito di tale procedimento il giudice assume informazioni, anche d'ufficio, deve sentire il genitore, può disporre mezzi prova quali CTU, può nominare un curatore speciale al minore in caso di conflitto d'interessi, e delibera in camera di consiglio formata da due giudici di carriera (togati) e due non togati, onorari (o esperti) che concorrono alla decisione con gli stessi poteri del giudice togato. Alla fine dell'istruttoria, deve essere richiesto il parere del P.M., che interviene, comunque, necessariamente, la decisione è pronunciata con decreto, che può formare oggetto di reclamo alla Sezione per i minorenni presso la Corte d'Appello, entro dieci giorni.

L'entrata in vigore della L. 149 /01 e la modifica dell'art. 111 Cost. hanno determinato i TT.MM. a prevedere una serie di garanzie a tutela del contraddittorio (in una materia che tuttora il legislatore non ha, peraltro, disciplinato compiutamente): pure in presenza di prassi variabili, nel territorio nazionale, tra i diversi TT.MM., una prassi virtuosa, che si sta sempre più diffondendo, vuole che il ricorso sia notificato alle parti, che hanno la possibilità di prendere visione di tutti gli atti (quindi senza possibilità di secretazione) e di costituirsi con difesa tecnica, venendo notiziate dell'esito dell'istruttoria, con possibilità di presentare memorie conclusive.

E' rimasta, peraltro, la possibilità di emettere provvedimenti d'urgenza, *inaudita altera parte*, con riferimento ai quali pare esclusa la possibilità di disciplina analoga ai provvedimenti cautelari (669 *sexies* e ss. c.p.c).

Le procedure di adottabilità hanno invece una più compiuta disciplina; iniziano solo su ricorso del P.M.M., che è il collettore delle notizie relative allo stato di abbandono dei minori.

Nella procedura di adottabilità le garanzie difensive sono assicurate mediante la previsione di difesa tecnica obbligatoria sin dall'inizio, con nomina di difensore

d'ufficio al genitore che sia privo di difensore di fiducia, e la previsione di difesa tecnica (ancorché non d'ufficio) per il minore, che può essere rappresentato da un tutore (se viene contestualmente sospesa la potestà dei genitori, ovvero già non vi erano genitori titolari di potestà) e, processualmente, da un difensore nominato dal tutore, o da un curatore – difensore; gli atti sono ostensibili alle parti su autorizzazione del giudice. Il primo grado si esaurisce con sentenza, che può essere di NLP ovvero dichiarativa dello stato di adottabilità, soggetta ad appello, nel termine di trenta giorni.

La pronuncia di adozione (che segue lo stato di adottabilità definitivo) comporta (art. 27 L.Adoz.) la cessazione dei rapporti con la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali, l'assunzione di status di figlio legittimo degli adottanti, l'acquisizione del cognome. *(dopo tale pronuncia, sorge il problema della eventuale audizione nel penale del minore adottato, la cui identità è radicalmente mutata, con obbligo dei pp.uu. e quindi anche dei giudici minorili, di non riferire sulla sua successiva collocazione, obbligo di segretezza penalmente sanzionato)*

Art. 295 c.p.c. prevede i casi di sospensione necessaria del processo civile; non vi è pregiudizialità rispetto al penale⁶⁸: ciò significa che, una volta avviati, procedimento penale e procedimento civile minorile proseguono in base alle rispettive regole, senza che la pronuncia in una sede “ faccia stato” nell'altra, fatto salvo quanto più oltre si dirà in materia di sanzioni penali accessorie.⁶⁹

L'art. 9 L. 184/83 impone ai pubblici ufficiali, incaricati di pubblico servizio, esercenti servizio di pubblica necessità, di riferire al Procuratore Minorile “sulle

⁶⁸ Cass. Sez. I, Sentenza n. 1095 del 18/01/2007 (Rv. 594151)

Poiché nel nuovo codice di procedura penale non è stata riprodotta la disposizione di cui all'art. 3, secondo comma, del codice abrogato, si deve ritenere che il nostro ordinamento non sia più ispirato al principio dell'unità della giurisdizione e della prevalenza del giudizio penale su quello civile, essendo stato dal legislatore instaurato il sistema della quasi completa autonomia e separazione tra i due processi, nel senso che, ad eccezione di alcune e limitate ipotesi di sospensione del processo civile previste dall'art. 75, terzo comma, del cod. proc. pen., da un lato il processo civile deve proseguire il suo corso senza essere influenzato dal processo penale e, dall'altro, il giudice civile deve procedere ad un autonomo accertamento dei fatti e della responsabilità (civile) con pienezza di cognizione, non essendo vincolato alle soluzioni e alle qualificazioni del giudice penale, con la conseguenza che lo stesso giudice civile non è vincolato a sospendere il giudizio avanti a lui pendente in attesa della definizione del giudizio penale correlato in cui si sia proceduto ad una valutazione di risultanze probatorie in senso parzialmente difforme.

⁶⁹ Ma nell'ambito del proc. penale, v. Sez. 6, Sentenza n. 33326 del 20/06/2007 Rv. 237496

Il processo per il delitto di alterazione di stato, commesso mediante falsa attestazione della paternità nella formazione dell'atto di nascita, può essere sospeso in relazione alla controversia civile sulla questione di stato perché essa condiziona, in termini di pregiudizialità, la pronuncia sull'imputazione e la sentenza del giudice civile sul rapporto di paternità naturale esplica effetti vincolanti nel procedimento penale pur non sospeso,

condizioni di ogni minore in situazione di abbandono di cui vengano a conoscenza in ragione del proprio ufficio”; è un obbligo penalmente sanzionato ex art. 328 c.p., richiamato dall’art. 70 L. Adoz..

Vigilanza del PMM sulle comunità che ospitano i minori (relazioni semestrali, e possibilità di ispezioni); il tutto finalizzato ad accertare se vi siano situazioni di abbandono non altrimenti segnalate

Per quanto qui rileva , basti segnalare che lo stato di abbandono (che obbliga alla segnalazione, diverso è poi l’accertamento all’esito della procedura) non deve intendersi in senso meramente materiale e letterale, ma esteso ad un più ampio concetto di grave inadeguatezza del contesto di vita del bambino, di rischio per la sua vita, integrità fisica e psicologica).

L’art. 403 c.c. dispone che la pubblica autorità collochi in luogo sicuro il minore “ moralmente o materialmente abbandonato ” o allevato in luoghi o da persone inadeguati, “sino a quando si possa provvedere in modo definitivo alla sua protezione” quindi da parte dell’A.G. competente, che per lo più sarà il T.M. , previa segnalazione dell’Autorità che ha effettuato il collocamento, al P.M.M. (organo dotato di iniziativa). La normativa è molto sintetica, ma tale norma, che risale all’originaria formulazione codicistica, legata ad uno Stato autoritario ed interventista, va adattata ai principi costituzionali, che attribuiscono alla sola A.G., il potere di incidere su diritti fondamentali quali la libertà personale, e sulle potestà in ambito familiare, con pronunce ablativo, o fortemente limitative.

Per tale motivo, personalmente ritengo che il P.M. – che non può adottare tale misura, riservata invece all’autorità amministrativa (sia pure con il temperamento del contestuale avviso al P.M., per lo più minorile, ai fini, più che di ratifica, di conforto sul ricorrere dei presupposti di necessità ed urgenza che legittimo tale intervento straordinario) – opportunamente richieda al Tribunale per i minorenni una sorta di “convalida” dell’operato della P.A., consistente nella verifica circa il ricorrere di quei presupposti, con provvedimento che può essere contestuale, ma distinto, rispetto a quello che provvede per il futuro, per la successiva fase che vede a pieno titolo l’intervento dell’A.G..

L'art. 25 bis R.D. 1404/34, intr. dalla L. 269/98 che in casi di prostituzione minorile prevede la segnalazione dalle forze di polizia al P.M. M. che promuove azioni a tutela avanti il T.M.; in tali casi spesso avviene che il soggetto minore, messo in sicurezza, divenga anche una preziosa fonte di prova per la Procura Ordinaria, che procede nei riguardi di coloro ai quali viene attribuito il reato, con conseguente necessità di tutela del minore vittima di tratta, anche ai fini del suo esame in sede processuale.

L'art. 609 decies c.p. prevede la segnalazione al T.M. da parte del Procuratore della Repubblica che procede per i reati di cui agli artt. 600 e ss., 609 octies 609 bis e ss.; con assistenza affettiva e psicologica garantita dai genitori e dai servizi degli enti locali e dell'amministrazione della giustizia. Vi è un evidente mancanza di coordinamento con le norme di cui sopra, in quanto, non solo i servizi dell'Amm. Giustizia hanno compiti esclusivi nel processo penale minorile e non in quello civile, ma, per quanto detto sopra, l'organo dotato di iniziativa è il P.M.M. e non il T.M., che non può procedere d'ufficio.

V. LANZAROTE; l'art. 4 della l. di ratifica, continua a prevedere la comunicazione al Tribunale per i minorenni che, però, come abbiamo visto non può mai procedere d'ufficio.

Continuano, peraltro, a non essere comprese altre fattispecie di reato, quali i maltrattamenti, le alterazioni di stato e così via; oltre ad una serie di reati, anche gravi, che possono avvenire in ambito familiare (pensiamo ad omicidi e tentati omicidi in famiglia) con conseguente coinvolgimento di minori, e necessità di loro tutela.

Su questo punto, è auspicabile un accordo tra Procure Ordinarie, minorili e Tribunali per i minorenni, per garantire una comunicazione che vada anche oltre la lettera della legge.

Ricordiamo infine, **l'art. 331 c.p.p.**, che prevede l'obbligo di denuncia dei reati procedibili d'ufficio, da parte di pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio, tra i quali sicuramente i giudici, e gli operatori dei servizi pubblici; in particolare, gli insegnanti di scuole pubbliche (che sono senz'altro pubblici ufficiali nell'esercizio dei loro poteri certificativi) ma anche quelli di scuole private che possono ritenersi

incaricati di pubblico servizio, gli educatori di comunità convenzionate che ospitano minori; i medici, sui quali grava anche l'obbligo di referto, e gli specialisti della sanità pubblica, quali gli psicologici- psicoterapeutici, assistenti sociali, educatori e così via. E' prevista sanzione penale, dagli **artt. 361 e 362 CP**; il destinatario dell'obbligo deve riferire senza ritardo alla Autorità giudiziaria competente, o ad altra che a quella abbia obbligo di riferire, quale l'autorità di Polizia. Soprattutto, non ha alcun potere di vagliare la credibilità della notizia o la possibilità di sostenere effettivamente una responsabilità penale: solo che si profilino estremi concreti di fattispecie perseguibili d'ufficio (quali quelle sopra elencate, quando commesse ai danni di minori, dai reati sessuali ai maltrattamenti, i quali, ultimi, debbono avere un carattere di continuità, essere, cioè, condotte ricorrenti) sorge l'obbligo di denuncia.

L'inquadramento normativo premesso consente di sintetizzare i problemi di coordinamento tra le due procedure;

1) NELLA FASE D'INDAGINE PENALE, l'obbligo di rispettare il segreto; nel procedimento minorile, la regola è invece l'ostensibilità degli atti alle parti; ciò ha comportato e comporta la necessità di accordi e comunque, di comunicazione tra i vari uffici.

Quanto al minorile, una soluzione può individuarsi nell'affidare questo compito al P.M.M., il cui fascicolo non è ostensibile finché non si formuli un ricorso, e al quale, pertanto, è opportuno che il P.M. ordinario invii la comunicazione, impegnandosi, però, a comunicare tempestivamente quando intervenga un principio di *discovery* – ad es. ove proceda a perquisizioni e sequestri – a maggior ragione quando poi proceda alla richiesta di incidente probatorio.

Criticità: rischio che la pur legittima necessità di ricerca di fonti di prova, ritardando la possibilità di emissione di provvedimenti a tutela del minore, pregiudichi le esigenze di protezione del bambino.

In concreto, però, più che l'ipotesi di comunicazione ex art. 609 *decies* dal P.M. ordinario al P.M. minorile, ricorre quella dell'emergere di notizia di reato nell'ambito di un procedimento minorile già aperto, con conseguente obbligo di denuncia da parte del giudice o dell'operatore sociale, e "*discovery*" immediata; si pensi al caso del

bambino allontanato dalla famiglia per una situazione di trascuratezza o disagio e scarsa collaborazione con i servizi, che dia segnali di patito abuso, oppure lo racconti (molto frequente là dove il minore percepisca di essere finalmente in una situazione di protezione). In questi casi si potrebbe pensare ad una “doppia” relazione, quella relativa alla denuncia, che consenta alla Procura Ordinaria di iniziare la propria indagine, e quella al P.M. minorile che non riferisca la notizia di reato almeno sino a che vi sia l’esigenza di segretezza.

In genere, è opportuno che l’A.G. minorile valuti nel proprio complesso il disagio del minore anche a prescindere dal patito abuso – che, in concreto, potrebbe poi risultare non accertato o non accertabile (es. minore per il quale venga esclusa la capacità a testimoniare) – anche se non sempre ciò è possibile, come ad es. quando, proprio ai fini di garantire gli esiti dell’indagine penale, sia necessaria l’adozione di una specifica misura, quale la sospensione dei rapporti tra minore e genitori.

A tale proposito, non è inopportuno evidenziare che il riservare gli scopi di protezione della parte offesa minore alla sola A.G. minorile, espone le decisioni della stessa a possibili rilievi, quali quelli operati avanti alla Corte Europea (e da questa, almeno in parte, condivisi, nella sentenza Clemeno c. Italia⁷⁰) circa la necessità che solo circostanze del tutto eccezionali possano giustificare l’interruzione di ogni rapporto del minore allontanato, con la famiglia d’origine; o meglio, ritenuta tale misura giustificata in sede cautelare - in presenza di notizia di reato addebitata al padre della minore, in quel caso, allontanata – va seriamente valutato come *“un’interruzione prolungata di contatti tra minore e parenti o incontri troppo distanziati nel tempo rischierebbero di compromettere ogni seria opportunità di aiuto al superamento delle difficoltà della vita familiare”*.

A monte, però, là dove emerga notizia di pregiudizio che è anche notizia di reato, e che almeno inizialmente richieda segretezza, può essere valorizzato il ruolo del P.M. minorile, che è legittimato, sulla base di una segnalazione, a svolgere una sorta di “preistruttoria”, anteriore all’eventuale ricorso al T.M., univocamente ritenuta segreta per le potenziali parti; e diviene, pertanto, una sorta di “cerniera” tra i servizi sociali e

⁷⁰ Provvedimento del 21.10.2008 Grande Camera, Clemeno e altri c. Italia

specialistici (di frequente, i “ segnalanti”) e il T.M., ma, altresì, rispetto alla Procura Ordinaria, alla quale, non di rado, la stessa notizia di reato perviene per il tramite della Procura Minorile.

Per esperienza, è dato ricorrente che il servizio sociale si rapporti all’Autorità Giudiziaria Minorile, così come le forze di Polizia si rapportano, più spesso, alla Procura Ordinaria; tanto più vera, tale ultima osservazione, rispetto alle notizie di reato per ipotesi considerate più delicate e necessitanti complesse indagini, quali quelle per abusi sessuali intrafamiliari, meno, per quanto riguarda le ipotesi di maltrattamenti in famiglia e, in genere, le situazione nelle quali l’intervento della forze dell’ordine è sollecitato da acute crisi familiari, a volte trasmodanti in manifestazioni anche eclatanti.

Ovvio, che in tali ultimi casi le esigenze di riservatezza delle conseguenti indagini si affievoliscano, e che non via sia, da parte di Carabinieri e Polizia, alcuna remora alla “doppia segnalazione” (si pensi alle numerose segnalazioni per violazioni dei provvedimenti del giudice della separazione, sull’affidamento dei figli minori); mentre maggiore sia la sensibilità, nel farsi carico delle esigenze relative alle indagini per i reati citati per primi, senza che, peraltro, la preoccupazione per il positivo esito delle stesse indagini possa e debba pregiudicare le esigenze di pronta protezione di un minore.

E di tale esigenza dovrebbe farsi carico, nel corso delle indagini, anche la Procura Ordinaria, onde far sì che l’efficacia delle indagini stesse non vada a discapito degli scopi di prevenzione di ulteriori condotte di reato e, con esse, della tutela del minore, che è, per ovvii motivi, prioritaria.

Da parte del servizio sociale, invece, e delle scuole, classiche e preziose fonti di conoscenza sullo stato di malessere di un minore - ma in concreto, non di rado, purtroppo poco consapevoli degli obblighi di legge – ancora forte pare la resistenza ad investire l’Autorità competente in sede penale, mentre più fiducia pare esservi nelle finalità di tutela proprie di quella minorile; con il risultato di non vedere ancora generalizzata la conoscenza degli obblighi di riferire la notizia di reato, del divieto di svolgere un preventivo vaglio di attendibilità della stessa, del dovere di non

compromettere – con la comunicazione ai familiari, o a terzi o (come riscontrato per reati che coinvolgano soggetti minorenni quali presunti autori, oltre che minori come vittime) agli stessi autori o alle loro famiglie, quasi a ricercare implausibili “conciliazioni” - il buon esito delle indagini.

L'assenza di pregiudizialità tra i due processi consente valutazioni diverse, che derivano anche (lo vedremo) dall'uso di mezzi di prova diversi.

2) MISURE CAUTELARI: Nel minorile comprendono l'allontanamento del minore dall'abitazione familiare, la sospensione o limitazione (ad es. previsione di luogo neutro e presenza di operatori) dei rapporti con un genitore non convivente- nei casi di separazione – o l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore (art. 333 c.c.) . Quest'ultima possibilità è stata prevista dalla L. 149/2001, in pratica, contestualmente agli ordini di protezione ex artt. 342 bis ss. c.c., introdotti dalla L. 154/2001, che tutelano il coniuge o convivente (adulto, cui spetta l'iniziativa), e sono di competenza del Tribunale Ordinario civile (art. 736 bis c.p.c.), hanno un termine massimo di durata (inizialmente sei mesi, con L. 38/2009 portato ad un anno); la stessa legge ha introdotto la misura penale di cui all'art. 282 bis c.p.p.- allontanamento dalla casa familiare e provvedimenti di natura patrimoniale – con pratico contenuto simile a quello della misura civile, che può essere disposta, nel caso di particolari reati commessi ai danni dei prossimi congiunti, anche al di fuori dei limiti di pena di cui all'art. 280 c.p.p.

Ciò la fa ritenere una misura finalizzata a reprimere gli abusi intrafamiliari, in certo qual modo anticipatoria della tutela in sede civile, in particolare la misura patrimoniale, la quale perde efficacia ove intervenga l'ordinanza ex art. 708 c.p.c. (in sede di separazione legale) o altro provvedimento del giudice civile, che disponga in ordine ai rapporti economico-patrimoniali tra coniugi ovvero sul mantenimento dei figli.

La misura penale è non custodiale, e i limiti di durata sono quelli comuni alle altre misure cautelari penali⁷¹.

In ogni caso, trattasi di misura che, secondo i principi generali, cessa là dove intervenga condanna condizionalmente sospesa, e non è lecito subordinare la sospensione (v. sosp. condizionale condizionata al pagamento o al compimento di attività socialmente utili) all'allontanamento dall'abitazione familiare⁷²

La peculiarità della misura ex art. 333 c.c. (adottata dal T.M., anche con allontanamento dell'adulto abusante o maltrattante) consiste nel fatto che non vi è termine di durata e nulla è previsto, invece, sotto l'aspetto economico; inoltre è una misura che può riguardare soggetti terzi rispetto alle parti, cioè i genitori, quali un fratello maggiorenne, un congiunto diverso, il convivente del genitore.

In realtà, trattasi di misura poco utilizzata dall'A.G. minorile, così come ho la sensazione che le corrispondenti misure siano poco utilizzate nel civile ordinario e nel penale, quanto meno per i procedimenti "comuni" nei quali vi sia esigenza di tutela di soggetti minori.

Criticità: Il motivo potrebbe ricercarsi nel fatto che, per garantire una efficace tutela del minore è indispensabile che vi sia almeno un adulto di riferimento che rispetti questa misura, tant'è che normalmente la si accompagna alla previsione di prescrizioni al genitore di rispettare tale misura. Ma ovviamente è impossibile che per mezzo di

⁷¹ V.Cass. Sez. 6, Sentenza n. 17788 del 15/04/2010 Rv. 247084

Il presupposto della misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare di cui all'art. 282-bis cod. proc. pen., non è la condizione di "attuale" coabitazione dei coniugi, ma l'esistenza di una situazione - che non deve necessariamente verificarsi all'interno della casa coniugale - per cui all'interno di una relazione familiare si manifestano condotte in grado di minacciare l'incolumità della persona. (Fattispecie in tema di maltrattamenti in famiglia).

Sez. 6, Sentenza n. 11361 del 07/02/2003 Cc. (dep. 11/03/2003) Rv. 224795

La misura patrimoniale dell'ingiunzione del pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi, le quali per effetto della misura cautelare di allontanamento dalla casa familiare, rimangono prive di mezzi adeguati, eventualmente disposta dal giudice ex art. 282 bis cod.proc.pen., ha carattere provvisorio ed è accessoria rispetto alla misura cautelare personale dell'allontanamento dalla casa familiare. In caso di sentenza di condanna a pena detentiva condizionalmente sospesa perdono efficacia sia la misura cautelare personale, sia quella patrimoniale.

⁷² (Sez. 6, Sentenza n. 1750 del 09/12/2002 Ud. (dep. 16/01/2003) Rv. 223339

In caso di condanna per il delitto di maltrattamenti in famiglia, è illegittimo subordinare la sospensione condizionale della pena all'obbligo di allontanamento del condannato dall'abitazione familiare, trattandosi di prescrizione che, anziché eliminare le conseguenze del reato, per il quale vi sia stata condanna, svolge una funzione preventiva della commissione di reati della stessa natura, che eccede le finalità della clausola condizionale (art. 165 cod. pen.) e realizza un'estensione non consentita della misura cautelare prevista dall'art. 282-bis cod. proc. pen.

tale misura si sancisca una separazione se il genitore non si attiva per conto suo, soprattutto se l'altro adulto magari è fonte di mantenimento economico; personalmente ricordo provvedimenti di allontanamento di un fratello abusante, di un fratello psichiatrico, di una sorella tossicodipendente gravemente disturbata, e autrice delle consuete minacce ed estorsioni ai danni dei genitori, di una nonna gravemente maltrattante. In un caso, di un marito alcolizzato, dal quale la moglie si era allontanata con i figli, chiedendo in seguito la separazione, e quindi con chiusura del procedimento una volta intervenuto il provvedimento del T.O.

Il fenomeno attuale, di non poco momento, è costituito da donne, per lo più straniere, ma non necessariamente, che denunciano maltrattamenti o violenze da parte del compagno, chiedono protezione per sé e i figli, vengono collocate in luogo protetto, per lo più ex art. 403 c.c. e nel tempo necessario alla segnalazione al P.M.M., alla formulazione del relativo ricorso, e per la Procura Ordinaria all'esame della notizia di reato, ritirano la denuncia e rientrano a casa con i minori, aprendo così a due possibilità: per l'Ordinario, la verifica della possibilità di sostenere l'accusa nel prosieguo con i consueti accertamenti in ordine alla reiterazione della condotta e all'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti, e le difficoltà che conseguono al mutato atteggiamento della persona offesa – adulto- che spesso è il teste -chiave, o l'unico teste; per l'A.G. minorile, l'accertamento delle condizioni di vita del nucleo, dello stato psico-fisico del minore condotto per lo più tramite i servizi.

Ancora, di frequente si dà il caso di adolescenti (anche in questo caso, spesso femmine e spesso straniere) che fuggono di casa, denunciano maltrattamenti o abusi, a volte (ma non sempre) ritrattano; la mancanza di tutela da parte di almeno un genitore, fa sì che unica misura adottabile sia quella dell'allontanamento del minore, raramente vi sono misure cautelari penali nei riguardi dell'adulto.

3) Incidente probatorio- processo- valutazione della prova: art. 392 co.1 bis c.p.p.

– originaria formulazione - per i reati in esso previsti (pedofilia pedopornografia, reati sessuali nei confronti di minori ecc.), ai fini dell'assunzione di testimonianza di persona minore degli anni sedici ammissibile al di fuori dei normali requisiti. ORA NUOVA FORMULAZIONE, L. 38/2009 ANCHE PER ART. 572 C.P.,

TESTIMONIANZA DI MINORENNE O DI PERSONA OFFESA (SOLO)

MAGGIORENNE (per finalità individuate nel fissare la memoria del minore impedendogli condizionamenti esterni, ovvero nell'evitargli il trauma dell'esame dibattimentale e consentire un rapido avvio di un intervento psicoterapeutico). Tale norma va coordinata con l'art. 190 bis, co. 1 bis che consente il nuovo esame del minore già esaminato in sede di incidente probatorio solo su fatti o circostanze diverse da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni o vi siano specifiche esigenze che lo fanno ritenere necessario.

Si parla di minore-teste, che potrebbe anche non essere la persona offesa; era stata poi posta la questione di legittimità costituzionale circa la mancata previsione di norma analoga là dove si proceda per altri reati quali i maltrattamenti ma la Corte Cost. l'aveva ritenuta non fondata (*n. 529/2002, trattasi di norma eccezionale, che ha una sua ratio e non esclude che anche nel dibattimento la testimonianza del minore possa essere assunta mediante speciali cautele*).

Questo problema è stato affrontato dalla Corte Giustizia Com. Europee (sent. **Pupino**, Grande Sezione, 16.6.2005)⁷³ sulla base della quale vi sono state recenti pronunce della S.C. Cassazione dotate di maggiore apertura⁷⁴.

La successiva estensione normativa ai maltrattamenti è conforme a tale lettura fornita dalla Corte di Giustizia, così pure la sopra ricordata interpretazione estensiva della Cassazione.

⁷³ Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

Gli artt. 2, 3 e 8, n. 4, della decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, devono essere interpretati nel senso che il giudice nazionale deve avere la possibilità di autorizzare bambini in età infantile che, come nella causa principale, sostengano di essere stati vittime di maltrattamenti a rendere la loro deposizione secondo modalità che permettano di garantire a tali bambini un livello di tutela adeguato, ad esempio al di fuori dell'udienza e prima della tenuta di quest'ultima.

Il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell'ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle, per quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della detta decisione quadro.

⁷⁴ Cass. Sez. 6, Sentenza n. 23705 del 11/03/2008 Cc. (dep. 11/06/2008) Rv. 240321

Non dà luogo a nullità l'omesso deposito degli atti d'indagine, prescritto dall'art. 393, comma secondo bis cod. proc. pen., qualora si sia proceduto all'incidente probatorio di cui all'articolo 392, comma 1-bis cod. proc. pen. in relazione ad un reato diverso da quelli a sfondo sessuale (nella specie, omicidio) previsti dalla norma citata. (La Corte, richiamando la sentenza della Corte di giustizia CE del 16 giugno 2005, ha precisato che se da un lato deve ritenersi consentita l'estensione dell'incidente probatorio speciale anche ad altri gravi reati a danno del minore di anni sedici, dall'altro la diversa tipologia del reato per cui si procede può giustificare, ai fini di tutela esclusiva del minore, una "discovery" limitata ai sensi dell'art. 398, comma terzo, cod. proc. pen.).

Art. 398 co 5 bis e 498 co. 4 bis e ter;: cautele nell'esame testimoniale del minore attraverso l'individuazione di luoghi e modalità più idonee, con l'utilizzo del vetro-specchio (per quei reati, ovvero, nel dibattimento, anche per altri se una parte lo richiede). TESTO MODIFICATO IN ANALOGIA A QUANTO SOPRA CON L. 38/2009 L'esame del minore, comunque è condotto dal presidente su domande e contestazioni proposte dalle parti e avvalendosi di un familiare o di un esperto.

Corte Cost. (N. 63/2005) aveva già esteso queste cautele al maggiorenne infermo di mente vittima del reato.

Nell'esperienza, spesso questo esame è preceduto da una consulenza di parte, più spesso una perizia rivolta a verificare la capacità a testimoniare (art. 196 c.p.p.),⁷⁵ V. Cass. sent. 39959 11.7.03 la testimonianza anche proveniente dalla persona offesa dal reato può da sola integrare la prova del fatto narrato, non essendovi necessità di riscontri⁷⁶, test. indiretta (Cass. n. 1821 del 27.11.07, utilizzabile là dove l'equilibrio psichico del minore sia così labile da tradursi in una vera e conclamata infermità).⁷⁷

Diverso è il regime nel procedimento minorile ove il necessario ascolto del minore avviene con modalità indirette (servizi, CTU), miranti e ricercare indicatori di abuso o più in generale di pregiudizio, che potrebbero essere recepite nel penale solo nel rispetto delle garanzie ivi previste

⁷⁵ Sez. 3, Sentenza n. 39994 del 26/09/2007 Ud. (dep. 29/10/2007) Rv. 237952

In tema di reati contro la libertà sessuale, la valutazione del contenuto delle dichiarazioni della persona offesa minorenni, oltre a non sfuggire alle regole generali in materia di testimonianza, in relazione alla attenta verifica della natura disinteressata e della coerenza intrinseca del narrato, richiede la necessità di accertare, da un lato, la cosiddetta capacità a deporre, ovvero l'attitudine psichica, rapportata all'età, a memorizzare gli avvenimenti e a riferirne in modo coerente e compiuto, e, dall'altro, il complesso delle situazioni che attingono la sfera interiore del minore, il contesto delle relazioni con l'ambito familiare ed extrafamiliare e i processi di rielaborazione delle vicende vissute

⁷⁶ Sez. 3, Sentenza n. 39959 del 11/07/2003 Ud. (dep. 22/10/2003) Rv. 228311

La testimonianza di persona minore deve essere valutata dal giudice nel doppio profilo della sua capacità di deporre - intesa quale attitudine psichica, rapportata all'età, a memorizzare gli avvenimenti ed a riferirne - e della veridicità del racconto. Ciò non implica per altro che, una volta positivamente valutata sotto entrambi i profili, detta testimonianza, anche quando provenga dalla persona offesa dal reato, non possa da sola integrare la prova del fatto narrato, dovendosi in particolare escludere la necessità del concorso di elementi utili a rafforzare il convincimento del giudice.

⁷⁷ Sez. 3, Sentenza n. 1821 del 27/11/2007 Ud. (dep. 14/01/2008) Rv. 239273

In tema di testimonianza indiretta sono utilizzabili le dichiarazioni relative a fatti di cui il testimone abbia avuto conoscenza dal minore persona offesa di reati sessuali non esaminato in giudizio allorché l'equilibrio psichico di quest'ultimo sia così labile da tradursi in una vera e conclamata infermità. (Fattispecie relativa a minore, già affetto da lieve ritardo mentale poi tradottosi, per effetto degli abusi subiti, in un ulteriore grave scompensamento psicologico).

Ancora, va valutata l'applicabilità dell'art. 512 c.p.p., con riferimento alla lettura della testimonianza del minore che versi in situazione di grave stress (*Cass 3° 25.11.2000*) ovvero al minore per il quale sia pronunciata la sentenza di adozione, che preclude al Giudice Minorile di dare informazioni sul suo nuovo nome e sulla sua reperibilità (art. 73 L. 184/83 lo prevede come reato)⁷⁸

Certo, bisogna poi fare i conti con la giurisprudenza europea: La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ritenuto che una condanna basata esclusivamente sulla deposizione resa dalla vittima al di fuori del contraddittorio, acquisita ex art. 512, contrasta con il diritto all'equo processo garantito dall'art. 6 CEDU).⁷⁹

Tale insegnamento è recepito dalla Sezioni Unite della Cassazione⁸⁰.

Per l' anteriore fase delle indagini preliminari, la legge che ha recepito la Convenzione di Lanzarote ha apportate modifiche agli artt. 362 e 351 CPP, aggiungendo, al primo, un comma 1 *bis*, e al 351 un comma 1 *ter*, che prevedono l'ausilio di un esperto per le audizioni di minori, esclusivamente per i procedimenti per i delitti previsti dagli artt. 600 e ss., 601,602, 609 *bis*, *quinquies*, *octies undecies* del codice penale (in estrema sintesi, delitti di violenza sessuale, violenza di gruppo, prostituzione minorile pedopornografia e simili) .

In pratica, allorché la polizia giudiziaria o il pubblico ministero debbano assumere informazioni da persone minori di età- siano essi persone offese o anche solo persone

⁷⁸ Sez. 3, Sentenza n. 46717 del 11/10/2012 Ud. (dep. 03/12/2012) Rv. 253993

Sono acquisibili in dibattimento i verbali delle dichiarazioni rese dai minori innanzi al Tribunale dei minorenni nell'ambito del procedimento finalizzato alla dichiarazione di adottabilità laddove, a seguito dell'opposizione al decreto, detto procedimento si sia concluso con sentenza.

⁷⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (sent. 13.10.05- caso Bracci contro Italia)

⁸⁰ Sez. U, Sentenza n. 27918 del 25/11/2010 Ud. (dep. 14/07/2011) Rv. 250199

Le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, ancorché legittimamente acquisite, non possono - conformemente ai principi affermati dalla giurisprudenza europea, in applicazione dell'art. 6 della CEDU - fondare in modo esclusivo o significativo l'affermazione della responsabilità penale.

Subito però seguita da:

Sez. 6, Sentenza n. 9665 del 25/02/2011 Ud. (dep. 10/03/2011) Rv. 249594

La sopravvenuta ed imprevedibile irreperibilità dei soggetti le cui dichiarazioni siano già state ritualmente acquisite in sede predibattimentale, e dei quali non possa dirsi provata la volontà di sottrarsi all'esame dibattimentale, rientra nei casi di "accertata impossibilità oggettiva" che derogano alla regola della formazione della prova nel contraddittorio delle parti, sicché non rileva l'eventualmente prospettata violazione dell'art. 6, comma terzo, lett. d) C.E.D.U., in quanto le norme della predetta Convenzione, ancorché direttamente vincolanti, nell'interpretazione fornite dalla Corte di Strasburgo, per il giudice nazionale, non possono tuttavia comportare la disapplicazione delle norme interne con esse ipoteticamente contrastanti, se e in quanto queste ultime siano attuative di principi affermati dalla Costituzione, cui anche le norme convenzionali devono ritenersi subordinate.

informate sui fatti - in ordine ai reati di cui sopra, debbono avvalersi dell'ausilio di un esperto in psicologia o psichiatria infantile; di una persona tecnicamente formata che assista alla audizione in questione, la quale, tuttavia, viene sempre condotta dall'ufficiale di p.g. (o dal magistrato del P.M.).

L'indicazione dell'esperto va fatta, in ogni caso, da parte del magistrato.

Criticità: le esigenze di prova che il giudice penale deve avere ben presenti non debbono tralasciare il fatto che, spesso proprio il reato per il quale si procede ha creato al minore traumi così gravi i cui danni non sono riparabili o lo sono con un lavoro di anni, e non del tutto; ovvero la vittima di tali reati è una vittima "designata", proprio per le sue condizioni di inferiorità psichica o fisica, per il degrado nel quale è cresciuta e, se pure la testimonianza è la prova principe, vi sono dei dati di contorno che vanno presi in considerazione. Pensiamo al lavoro fatto con il terapeuta, alle confidenze fatte agli operatori, agli affidatari, ai nuovi genitori, alla condizione psichica del bambino dopo che è intervenuta la sua tutela. Elementi pienamente e comunemente utilizzabili nel rito minorile, più difficilmente nel processo penale contro gli adulti.

Quanto alle novità introdotte da Lanzarote, si noti solo che una riforma "a costo zero" risulta incompatibile con la previsione della necessaria presenza di esperti, non differenziata, né in base all'età del minore da sentire, né rispetto alla competenza specifica della Polizia Giudiziaria che opera o del P.M. delegato, a fronte dell'avvenuta formazione di personale sempre più specializzato, di "pool" fasce deboli, specie nelle Procure medie e grandi, per non parlare dei P.M. minorili, per definizione specializzati, e comunque soliti sentire i minori, anche indagati.

4) **PENE ACCESSORIE**: decadenza o sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori (artt. 19-34 c.p.); interdizione legale (art. 32 c.p., con l'ergastolo, comporta la decadenza, e segue ad una condanna alla reclusione non inferiore ai cinque anni-interdizione per la durata della pena).

Art. 34 richiama alcuni casi (incesto, 564 e ss., soppressione di stato, delitti commessi con abuso della potestà); poi vi è l'art. 609 *nonies* che prevede la perdita dalla potestà del genitore quando la qualità di genitore è elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato (mod. dalla L. 38/2006, che l'ha estesa al caso in cui sia

circostanza aggravante)⁸¹ – ulteriormente esteso dalla Conv. Lanzarote v. art. 4 lett. u); questo anche in caso di patteggiamento ai sensi dell'art. 444 c.p.p per i reati di cui agli artt. 609 bis ss.

Può riguardare anche altri figli .⁸²

Importante è notare che, a seguito della sentenza **N.31/2012 della Corte Costituzionale**, l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà genitoriale, come conseguenza della condanna penale per il reato di alterazione di stato (art. 569 CP) , sia stato riconosciuto illegittimo⁸³.

N.B. quando è concessa la sospensione condizionale della pena per i reati che prevedono la pena accessoria, gli atti sono trasmessi al T.M. che assume i necessari provvedimenti, in quanto l'art. 166, co. 1 c.p. dispone che la sosp. Condizionale si estenda alle pene accessorie.

Criticità: Gli altri reati, che non siano gli abusi sessuali! Inoltre, i tempi necessari per una condanna definitiva fanno sì che, anche in presenza di condanna non definitiva, il P.M.M. si attivi chiedendo al T.M. una pronuncia di decadenza dalla potestà di genitore sulla base dei fatti già valutati in sede penale, anche unitamente ad altri, e il T.M. comunque, la pronunci.

N.B. i provvedimenti del T.M. sulla potestà sono sempre modificabili: anche dopo la decadenza vi può essere la reintegra.

Casistica e conclusioni:

⁸¹ Sez. 3, Sentenza n. 17052 del 13/01/2006 Cc. (dep. 18/05/2006) Rv. 234143

In caso di condanna per il reato di violenza sessuale aggravata in danno di una figlia minorenni è legittimo il provvedimento che dispone la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale solo quando la qualità di genitore della vittima sia elemento costitutivo del reato. (Fattispecie nella quale è stato applicato il disposto dell'art. 609 nonies, comma primo, n. 1 cod. pen, nella formulazione antecedente alla legge 6 febbraio 2006, n. 38).

Sez. 3, Sentenza n. 37509 del 28/09/2011 Ud. (dep. 18/10/2011) Rv. 251398

La condotta di atti sessuali con minorenni ad opera del genitore o di altra persona qualificata rientra comunque nell'ipotesi di cui all'art. 609 "quater" n. 2 cod. pen. anche quando la vittima sia infraquattordicenne, con conseguente applicabilità, anche in tal caso, della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale.

⁸² Sez. 3, Sentenza n. 19729 del 03/04/2008 Ud. (dep. 16/05/2008) Rv. 240042

In tema di pene accessorie previste per i reati sessuali, la perdita della potestà genitoriale non è limitata al figlio vittima dell'abuso ma riguarda anche gli altri figli estranei all'abuso medesimo, in quanto, da un lato, la formulazione letterale della norma non opera alcuna distinzione e, dall'altro, la norma sanziona l'indegnità del genitore in quanto tale.

⁸³ Ciò ha ritenuto, nell'interesse del minore a che il giudice operi un bilanciamento ed una valutazione in concreto dell'idoneità all'esercizio della potestà genitoriale, che non può dirsi esclusa dalla sola ritenuta responsabilità per tale reato.

L'esame sopra svolto consente di affermare che i due procedimenti, quello penale e quello minorile seguono regole processuali diverse, e non vi è nessuna efficacia di giudicato di una pronuncia sull'altra, se non appunto, in tema di sanzioni accessorie alla condanna, che sia DEFINITIVA.

Questo, appunto, rappresenta una prima criticità: i tempi, per una condanna definitiva risultano, per lo più, incompatibili con una efficace tutela del minore, che rimane, pertanto, all'A.G. minorile: la quale utilizza, indubbiamente, il dato del penale – da ciò la necessità di un costante aggiornamento, non sempre facile ad ottenersi – ma lo deve necessariamente inquadrare nel più generale aspetto del pregiudizio, ricercando elementi relativi alle capacità genitoriali in genere, che possono, in ipotesi, ritenersi compromesse anche allorché l'autore del reato sia un terzo, quando da parte del genitore non sia provenuta sufficiente tutela, o le modalità della rivelazione siano indicative di una relazione non adeguata tra genitore e minore.

Ancora, là dove il genitore minimizzi la portata della rivelazione e non operi alcuna scelta a favore del figlio, magari continuando la convivenza con una persona maltrattante o abusante del proprio figlio, anche solo indagata per tali fatti.

Infine, è indubbio che le regole della prova penale, possano determinare una assoluzione, o una archiviazione, ma non per questo escludere gli aspetti di pregiudizio sul quale va lo sforzo del giudice minorile nella stesura della motivazione del proprio provvedimento.

Il dubbio del magistrato minorile è, ancora:

- Che non vi sia una attenta valutazione della responsabilità ex art. 40, 2° co c.p. (a titolo omissivo, in capo a chi ha l'obbligo di impedire l'evento, come il genitore o altro adulto che abbia posizione di garanzia); la giurisprudenza della S.C. è, in realtà, particolarmente sensibile sul punto⁸⁴, si ha la sensazione che P.M. e giudici di merito – ordinari - lo siano un po' meno⁸⁵.

⁸⁴ Sez. 3, Sentenza n. 1369 del 11/10/2011 Ud. (dep. 17/01/2012) Rv. 251624

L'obbligo, per il genitore esercente la potestà, di intervenire per impedire che l'altro coniuge compia atti di violenza sessuale ai danni della prole, impone al primo, che ne sia venuto a conoscenza, di provvedere alla denuncia del coniuge abusante, sempre che non vi sia la possibilità di altri interventi idonei ad impedire l'evento. Sez. 3, Sentenza n. 36824 del 08/07/2009 Ud. (dep. 22/09/2009) Rv. 244931

Risponde del reato sessuale in danno del figlio minore, commesso da terzi, il genitore che, consapevole del fatto e nella possibilità di porvi fine, non si attivi per impedirlo, ricoprendo una posizione di garanzia a tutela

- Mancata adozione di misure cautelari oppure condanne con sospensione condizionale per fatti gravissimi:⁸⁶

- Da ultimo, la determinazione dei minori non imputabili alla commissione di reati, il concorso in genere con minori imputabili o non, da parte dei genitori; art.111 c.p.. Pochi sono i precedenti in materia di utilizzazione di minori (condotte consistenti nel “ dare istruzioni” controllare l’operato, recarsi a recuperare i minori, in presenza di un vincolo di parentela ma non solo, induce a ritenere il concorso, anche ex art. 111 c.p.) la Cass. Sez. 5° Pen N. 36921 dell’11.7.08 imp. Djurdevic nel confermare la sentenza d’appello (Torino) che aveva accolto l’appello del P.M. avverso l’assoluzione del GUP sostiene che “ *è sufficiente che le azioni delittuose commesse rientrino nel programma, ancorché genericamente assegnato*” ; N.B. i minori imputabili vengono processati dal T.M. in un contesto nel quale è chiaro il loro sfruttamento da parte degli adulti di riferimento; è raro il caso nel quale vengano processati i maggiorenni

Infine:

- si ha la sensazione di una delega della protezione del minore all’A.G., minorile, mentre a volte sarebbe utile emettere misure volte all’allontanamento dell’adulto, (oppure, magari, evitare l’applicazione di misure quali gli arresti domiciliari per soggetti tossicodipendenti o etilisti in abitazione ove vivano dei minori);
- necessità di vedere nei maltrattamenti agli adulti anche il maltrattamento arrecato al minore che vi presenzia: il trauma psico-fisico che deriva al bambino, che ne condizionerà l’esistenza facendolo diventare un adulto maltrattante costituisce una

dell'intangibilità sessuale del figlio minore che rende operante la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma secondo, cod. pen..

Sez. 3, Sentenza n. 28701 del 12/05/2010 Ud. (dep. 21/07/2010) Rv. 248067

La responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento può qualificarsi anche per il solo dolo eventuale, a condizione che sussista, e sia percepibile dal soggetto, la presenza di segnali perspicui e peculiari dell'evento illecito caratterizzati da un elevato grado di anormalità. (Fattispecie in cui la Corte, nell'accogliere il ricorso del P.G., ha ritenuto configurabile, a carico del Rettore di una comunità di accoglienza giovanile, la responsabilità per omesso impedimento dell'evento, costituito da reiterate condotte di abuso sessuale ai danni di alcuni giovani ospiti, poste in essere dal responsabile dell'annesso convitto).

⁸⁵ Caso M.P. gravissimo abuso sessuale su bambina minore di un anno, madre consapevole da gennaio, fatto emerso nel maggio grazie alle confidenze fatte ad un’amica che ne parla al parroco, che ne parla ai CC; la madre è stata tenuta come testimone,(forse per scelta processuale più favorevole all'accusa?)- T.M. Corte d’Appello e Cassazione, non hanno dubbi, in tutti i gradi confermata la dichiarazione di adottabilità proprio in relazione alla condotta materna.

⁸⁶ Caso di bambino scosso (shaken baby sindrome) in presenza di pregresse patologie psichiche della madre e di manifestazioni aggressive, anche verso altro figlio, non segnalate dai parenti; patteggiamento. a due anni con sosp. Condizionale (efficace anche sulla pena accessoria); caso analogo, ancor più grave per le conseguenze sul bambino (un vegetale), condanna a tre anni con rito ordinario. Qual è, poi il trattamento di infanticidi e omicidi di bambini in tenera età?

lesione all'integrità psico-fisica del minore; anche in questo caso, la Cassazione⁸⁷ condivide tale assunto, peraltro di rado riscontrato nei capi d'imputazione per maltrattamenti elevati agli adulti.

Invece:

La protezione del minore come di ogni soggetto debole dovrebbe essere esigenza sentita dal complesso dell'ordinamento, da tutti i magistrati, oltre che dagli operatori, in base ad una semplice constatazione: l'adulto imputato di maltrattamenti e abusi è spesso stato un bambino a propria volta maltrattato o abusato, che ha imparato quel linguaggio e lo riutilizza divenuto genitore. Sta a tutti spezzare questa catena.

Emma Avezzù

Procuratore della Repubblica
Presso il Tribunale per i minorenni di Brescia

⁸⁷ Sez. 5, Sentenza n. 41142 del 22/10/2010 Ud. (dep. 22/11/2010) Rv. 248904

Integra il delitto di maltrattamenti (art. 572 cod. pen.) anche nei confronti dei figli la condotta di colui che compia atti di violenza fisica contro la convivente, in quanto lo stato di sofferenza e di umiliazione delle vittime non deve necessariamente collegarsi a specifici comportamenti vessatori posti in essere nei confronti di un determinato soggetto passivo, ma può derivare anche da un clima generalmente instaurato all'interno di una comunità in conseguenza di atti di sopraffazione indistintamente e variamente commessi a carico delle persone sottoposte al potere del soggetto attivo, i quali ne siano tutti consapevoli, a prescindere dall'entità numerica degli atti vessatori e dalla loro riferibilità ad uno qualsiasi dei soggetti passivi. (In applicazione del principio di cui in massima la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito ha affermato la responsabilità dell'imputato, in ordine al delitto di cui all'art. 572 cod. pen., anche nei confronti dei figli minori, pur riconoscendo che gli atti di violenza fisica erano stati indirizzati solo alla convivente, avendo evidenziato con congrua valutazione di merito, incensurabile in sede di legittimità, le ricadute del comportamento del genitore sui minori, i quali avevano timore persino di andare a scuola per non poter difendere adeguatamente la propria madre e, quindi, assistevano agli atti vessatori del padre, ivi comprese le minacce di morte indirizzate alla madre).

Dott.ssa Emma Avezzù

Incontro di studio

La procreazione medicalmente assistita in Italia tra norme ed etica.

Brescia, 17 maggio 2013

Il punto di vista del magistrato minorile; casistica del Tribunale per i Minorenni

Il punto di vista del magistrato, più in generale, del giurista, che operi nell'ambito della giustizia minorile, nel commentare la disciplina oggi vigente in Italia, introdotta con L. 40/2004, non può prescindere da un primo rilievo, già con riferimento ai primi articoli della legge; al proclamato fine di favorire la soluzione dei problemi di sterilità/infertilità – che è quello dichiarato dall'intervento essenzialmente medico che con la norma si regola – è strettamente connesso, in più punti, il cenno all' "adozione e all'affidamento familiare".

L'art. 3 integra gli scopi della legge istitutiva dei consultori familiari (la N. 405/1975) con quelli di informazione e assistenza per problemi di sterilità e circa le tecniche di PMA (nuovo punto d-bis); e, al punto successivo, con l'informazione sulle procedure per l'adozione e all'affidamento familiare, funzioni, queste ultime, che, in realtà, sono da lungo tempo deputate ad AASSLL e/o servizi territoriali, secondo la concreta disciplina prevista, per lo più, dalle singole leggi regionali.

Sono, appunto, delegate ad équipes che hanno storia ed esperienza pluridecennale, ben radicate sin dall'entrata in vigore delle leggi che disciplinano l'adozione legittimante di soggetti minori d'età (la N. 184/83, preceduta dalla L. 431/1967, adozione c.d. "speciale").

L'art. 6, che disciplina il consenso informato, prevede che sia il medico, che ha, appunto, obblighi di informazione, a prospettare alla coppia la possibilità di adire a procedure di adozione o di affidamento di cui alla L. 184/83 "*come alternativa alla procreazione medicalmente assistita*" così tradendo un *arrière-pensée* che, se

riscontrato, poi, presente, nelle coppie che danno disponibilità adottiva le porrebbe a serio rischio di un giudizio di inidoneità; così compiendo, in realtà, un passo indietro di decenni, rispetto ad un modello di adozione, quella già introdotta nel 1967 e poi perfezionata nel 1983 - e vigente - che risponde all'esigenza del bambino in stato di abbandono di avere un famiglia, e non già al "bisogno" delle coppie sterili di avere una discendenza.

Assimilare l'esperienza adottiva a quella della procreazione medicalmente assistita, se pure risponde ad un dato di fatto – che sono, cioè, in larga maggioranza le coppie che non riescono a generare biologicamente a fornire disponibilità all'adozione – porta alla codificazione di ciò che non dovrebbe essere: l'adozione come "ultima ratio" (spesso, non a caso, richiesta allorché i tentativi di PMA, anche molto numerosi, sono falliti) e ancora un volta l'adozione come modalità alternativa di filiazione, nell'interesse degli adulti, e non già in quello, che dovrebbe essere prevalente, del minore.

Insomma, leggi interne e convenzioni internazionali vengono eluse, in palese violazione di una cultura che si sarebbe voluta ormai radicata, che si pretende da chi all'adozione aspira, ma evidentemente sfugge al legislatore.

Né sono di poco conto gli aspetti correlati: l'innegabile differenza tra la domanda di generare "ad ogni costo" così dimostrando di privilegiare il dato biologico, e l'accoglienza del bambino che già esiste, ed è segnato dal trauma dell'abbandono, se non anche da ulteriori traumi vissuti nell'ambito del contesto d'origine, dell' "altro da sé" per definizione; la pericolosa omologazione tra adozione e affidamento – per sua natura temporaneo- che invece magistrati e servizi si sforzano di evitare, per la radicale diversità tra i due istituti quale tracciata dalla legge; infine, per le competenze attribuite al medico, in materia che esula del tutto dalla sua professionalità.

Non che qualche dubbio, peraltro, non riguardi anche l'opportunità di affidare al medico competenze strettamente psicologiche in fase di assunzione del consenso informato ai fini della PMA; ma si confida che le strutture sanitarie abbiano ormai predisposto delle équipes allargate a specifiche professionalità in tale materia, così integrando il dettato legislativo.

L'ottica che muove il magistrato minorile è, in sostanza, quella che parte dalla considerazione dell'interesse del bambino “ *in fieri*” per verificare se una normativa, che ha avuto di mira il superamento di quel “ far west” che in precedenza veniva lamentato, possa dirsi davvero rispondente all'esigenza di tutelare il soggetto debole per definizione.

Solo a questi fini, e con questi limiti, il paragone con l'adozione può essere utile; mantenendo quindi ben chiari i confini reciproci, e trasferendo, per quanto possibile, nel campo della PMA, le esperienze che nel tempo si sono fatte, e le risposte che si è tentato di fornire, a problemi che possano dirsi analoghi.

Tra questi, il problema della conoscenza della proprie origini; la possibilità per la madre di non riconoscere il figlio da lei generato; il diritto del minore di avere un'identità certa; di godere di genitori idonei sotto il profilo psicologico e fisico e, collegato a questo, la possibilità di valutare l'idoneità di *single* o di coppie omosessuali.

Si tratta di criticità sicuramente ampliate dal ricorso a fecondazione eterologa e a pratiche di maternità surrogata che, pure testualmente vietate dalla legge (art. 4 co. 3) e sanzionate (art. 12), in alcuni casi, solo come violazioni amministrative, in altri con previsione di una risposta penale e in gran parte solo per chi le pratici ad altri, e per l'uomo o la donna ai quali siano applicate, solo in alcune ipotesi considerate più gravi, (come la clonazione, la maternità surrogata e la commercializzazione di gameti o embrioni) sono, di fatto, praticate con ricorso al c.d. “ turismo procreativo”: Spagna, Paesi Bassi, Russia, Ucraina, India, sono paesi che, dotati di una legislazione che tali pratiche consente, vengono utilizzati come mete da persone che intendano procedervi, salvo, poi, dare luogo in alcuni casi a concreti problemi di riconoscimento di efficacia in Italia dell'atto di nascita all'estero, o di formazione dello stesso atto, e altri problemi connessi.

Non è raro, peraltro, che la stessa legislazione di alcuni di questi paesi sia in concreto violata, o che le persone che dall'Italia si rivolgono a organizzazioni senza scrupoli, che fungono da intermediari, vengano rese vittime di vere e proprie truffe o,

consapevolmente, divengano parti di un contratto più simile alla compravendita che alla procreazione assistita.

Tale fenomeno sta alimentando alcune iniziative e pronunce, per ora poco numerose, non definitive, e, in un certo senso, “sperimentali”, che spaziano dalla materia penale, in tema di configurabilità del reato di alterazione di stato, con relativi problemi di sussistenza dalla giurisdizione italiana; alla materia dello stato civile, rispetto alla trascrivibilità della nascita all'estero e all'identificazione dei genitori; alla limitazione della potestà, o alla procedura per l'eventuale declaratoria di adottabilità, rispetto a minori generati con ricorso a tecniche eterologhe.

Si ritiene, pertanto, di esaminare, in primo luogo, i requisiti soggettivi di accesso alla PMA; quindi di commentare la disciplina proposta dalla legge rispetto allo status giuridico del nato da PMA; infine, di verificare lo “stato dell'arte” rispetto ad alcune pronunce giurisprudenziali ricordandone la natura di un primo abbozzo, sul quale pare non potersi per ora rinvenire giurisprudenza di legittimità.

Su tutto, sia consentito di individuare una analogia, in tal caso, indiscutibile, tra nascita a seguito di PMA, e adozione; la comune caratteristica dell'intervento di un terzo estraneo, nel primo caso il medico, nel secondo il giudice, nell'atto che porta alla filiazione, tradizionalmente considerato personalissimo. Medicalizzazione e giurisdizionalizzazione di un percorso che dovrebbe essere naturale, sicuramente si riflettono sulle aspettative, paterne e materne, e sulla capacità e concrete modalità di accoglienza di un figlio a lungo pensato e ricercato, a volte con accanimento.

E si riflettono, anche, sulla disciplina positiva, posto che, in tali casi, l'intervento dell'“istituzione” pare legittimare valutazioni *a priori*, che vanno, tuttavia, armonizzate con il dettato costituzionale, e con l'intero sistema.

REQUISITI SOGGETTIVI

L'art. 5 consente l'accesso alle tecniche di PMA alle coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi; è

fermo il fine di rimuovere le cause impeditive alla procreazione, quando non altrimenti eliminabile. L'art. 4 all' u.c. vieta le tecniche di tipo eterologo.

Tali requisiti sostanzialmente riproducono la disciplina, in precedenza vigente – sia pure di rango secondario - data dal codice deontologico dei medici (l'art. 42 del codice precedente, oggi riprodotta dall'art. 44 del nuovo codice 2006).

Viene, quindi, tendenzialmente privilegiato il diritto del nascituro a godere di un nucleo stabile, con una duplice figura genitoriale, in età non avanzata, e i cui componenti siano in vita; il divieto di eterologa, poi, è sufficiente ad evitare l'accesso alle donne sole o parte di coppia omosessuale.

In materia di adozione, invece, l'art. 6 L. 184/83, come modificato prima dall'intervento della Corte Costituzionale, poi dalla L. 149/2001, consente l'adozione legittimante (ma l'entrata in vigore della L. 219/2012 fa insorgere, in realtà, dubbi sul permanere di reale diversità di effetti tra adozione legittimante e non, quando riguardi, in genere, persone minori di età) solo a coppie coniugate da almeno tre anni, valutando nel termine anche eventuali periodi di convivenza stabile – e documentata – anteriore al matrimonio.

Pone, poi, un limite di età determinato (quarantacinque anni di differenza tra adottante e adottato), ma consente deroghe nell'interesse del minore, rispetto ad un componente della coppia (in concreto, portando il limite, per uno dei coniugi a cinquantacinque anni) o qualora vi siano altri minori, o comunque nell'interesse del minore, valutando il danno che potrebbe intervenire per la mancata adozione (si pensi ai casi minori disabili, con gravi problemi di salute fisio-psichica, o provenienti da ripetuti abbandoni).

Detti limiti (età e rapporto di coniugio, e di coppia *tout court*) sfumano nel caso di adozione in casi particolari; rispetto alla quale, appunto, la L. 219/12 ha apportato grandi novità, che debbono essere, per la verità, ancora sufficientemente prese in considerazione.

Nella PMA, la valutazione circa l'età potenzialmente fertile viene lasciata al medico, che la opera in concreto, in tal caso, peraltro, senza previsione di sanzione in caso di violazione.

I requisiti in questione vanno, inoltre, valutati al momento della fecondazione (art. 6, 4° co.), con conseguenti problemi qualora alcuni di essi vengano meno in seguito (ad es. l'esistenza in vita del potenziale padre)

Una significativa differenza, riguarda la valutazione *a priori*, sotto il profilo psicologico e sociale, oltre che sanitario, delle reali capacità della coppia di mantenere, educare ed istruire il figlio, e circa l'aspettativa di vita (potrebbe, ad es., darsi il caso di fecondazione con materiale genetico di persona vivente, ma affetta da prognosi infausta), che invece è prevista ai fini della valutazione dell'idoneità della coppia all'adozione; vero è che in tale ultimo caso, un bambino già esiste, e va particolarmente tutelato, tuttavia il sistema dei requisiti previsti dalla L. 40/2004 si caratterizza per la sua elasticità e per una facile eludibilità (quali garanzie, per es. vi sono nell'accertamento della stabilità del legame di coppia?), che forse non tutela appieno il bambino che con tali modalità si intende generare. Senza avventurarsi in materie che non competono, è possibile che l'opinione che l'esistenza di un vincolo biologico consenta un più facile riconoscimento del ruolo genitoriale, rispetto all'adozione, nella quale non vi è vincolo genetico, vi stia alla base.

DISPOSIZIONI CONCERNENTI LA TUTELA DEL NASCITURO

L'art. 8 estende al nato a seguito di PMA lo stesso *status* giuridico dei nati da coppie, coniugate o no, che è indicato, per dettato legislativo, quale filiazione legittima o naturale; ancora una volta, deve osservarsi che la L. 219/12 che ha assimilato i due tipi di filiazione, pare avere eliminato ogni differenza. Tale effetto dovrebbe conseguire alla corretta applicazione della PMA, nel rispetto della norma.

L'art. 9 prevede una disciplina in tema di stato civile, e di *status filiationis*, in genere, che si propone di risolvere nodi emersi nella precedente situazione di carenza di normativa primaria.

In primo luogo, sancisce l'inammissibilità del disconoscimento di paternità e dell'impugnazione del riconoscimento, nei casi di cui all'art. 235 nn. 1) e 2) c.c., e

all'art. 263 c.c., allorché il coniuge o convivente abbia prestato il proprio consenso – da provarsi per atti concludenti – ad un'eterologa.

La previsione di un divieto di legge (quello dell'eterologa, peraltro sanzionato solo per i sanitari, e non per la coppia) non preclude una regolamentazione del caso di eventuale violazione, in adesione a quella posizione dottrinarica che già aveva privilegiato il principio di “responsabilità” rispetto alla formale applicazione della generale disciplina della filiazione; a tale interpretazione erano già pervenute la S.C. di Cassazione, e prima, la Corte Costituzionale⁸⁸, e il legislatore ha sostanzialmente ritenuto la discussione non più attuale, adeguandovisi⁸⁹.

Alla base, può rinvenirsi la considerazione dell'interesse del minore ad un'identità certa, e alla bigenitorialità, in virtù dell'impegno assunto con il consenso, sia pure dato *contra legem*; permane, peraltro, il problema dell'eventuale mancato riconoscimento, in caso, è ovvio, di coppia non coniugata (altrimenti varrebbe la presunzione di legittimità) e della prova da fornirsi, in un'azione ex art. 269 c.c., posto che, per definizione, il ricorso alla prova genetica darebbe indubbio esito negativo, ed allora sarebbero da provare il consenso, oltre alla stabilità del vincolo al momento della formulazione dello stesso.

Sempre il principio di responsabilità parrebbe presidiare il co. 2, che preclude, invece, alla madre, la possibilità di manifestare la volontà di non essere nominata nell'atto di nascita, prevista dall'art. 30 co. 1 dell'Ord. di stato civile, e consentito, in linea generale alle donne, siano esse coniugate o meno⁹⁰.

⁸⁸ Cfr.; C. Cost. Sent. N. 347/1998; Cass. 16.3.99 n. 2315, in riforma della soluzione data da Corte App. Brescia, 10.5.95, a conferma di Trib. Cremona 17.2.94, che avevano invece ritenuta applicabile la disciplina ordinaria della filiazione, secondo un'interpretazione formalmente ineccepibile, ma ritenuta ancorata ad un realtà coeva al codice civile e superata dal progresso medico, nella quale la disciplina del disconoscimento faceva riferimento a situazioni di concepimento adulterino, e quindi lesive dell'obbligo di fedeltà.

⁸⁹ La Corte di Cassazione con la sentenza 11.7.2012 n. 11644 ha evidenziato che in tutte le ipotesi non contemplate dalla norma in esame, ovvero quelle nelle quali difetti l'elemento ostativo al disconoscimento costituito dal consenso preventivo all'inseminazione eterologa, l'azione di disconoscimento deve ritenersi ammissibile.

⁹⁰ cfr. Corte Cost., sent. N. 171/1994 che ritenne inammissibile la questione sottoposta alla Corte, circa la pretesa lesione della riservatezza della madre che non avesse inteso essere nominata, nel caso di filiazione legittima, dettando un'interpretazione nel senso dell'applicabilità, anche in tal caso, dell'art. 11 L. 184/83 (declaratoria di adottabilità senza ulteriori accertamenti).

La *ratio* di tale previsione può ritenersi sia quella di sottolineare l'importanza della scelta praticata con la prestazione del consenso, e quindi dell'impegno assunto, che ha coinvolto più soggetti, tra i quali l'istituzione sanitaria; sia il fine di evitare eventuali intenti di maternità surrogata, con il dare al compagno della madre "committente" la possibilità di riconoscere, lui solo, il figlio nato da madre portatrice, in previsione di successiva adozione da parte della compagna di lui.

Tralascia, però, tale disciplina, di prendere in considerazione quella che è la *ratio* di tale facoltà attribuita alla donna, e che consiste nella prevenzione di aborti, feticidi, infanticidi, o comunque di abbandoni traumatici per il bambino; nonché di considerare che motivi ostativi ad una prognosi di buona genitorialità possono manifestarsi successivamente alla manifestazione del consenso, e prima della nascita, con conseguente scarsa considerazione dell'interesse del minore a godere di genitori che davvero lo desiderino e abbiano un progetto ancora attuale di vita, oltre che con possibili problemi di costituzionalità per difformità di trattamento di situazioni analoghe.

Il terzo comma, ancora in caso di eterologa effettuata *contra legem*, sancisce la non insorgenza di rapporti giuridicamente tutelati tra il donatore di gameti e il nato; il fine di tutelare, comunque, il donatore di gameti (che pure in ipotesi avrebbe agito in una cornice non consentita dalla legge italiana) da possibili responsabilità, prelude alla impossibilità, per il nato, di conoscere il padre, di avere, addirittura, un padre; ciò, ovviamente, nei casi nei quali non vi sia stato consenso di entrambi i componenti di una coppia, in quanto, in tale ultimo caso, per effetto del divieto di disconoscimento/impugnazione, di paternità, un padre legale comunque vi sarebbe.

Tale negazione della possibilità di accesso alle proprie origini biologiche pone concreti problemi di compatibilità con le convenzioni europee, se non anche di costituzionalità.

La sentenza della C.E.D.U. del 25.9.2012 nel caso Godelli c. Italia condannava l'Italia per violazione dell'articolo 8 della Convenzione, per avere negato l'accesso alle origini ad una persona adottata, nata da madre che non aveva inteso essere nominata⁹¹. Considerato che già la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 425 del 2005, nel ritenere non fondata la questione di legittimità dell'art. 28 co. 7 L. 184/83 come modificato dalla L. 149/2001 e D.L.vo n. 196/2003, riteneva di doversi bilanciare l'interesse alla conoscenza delle origini, con l'interesse più generale alla prevenzione degli abbandoni e degli infanticidi⁹², e che tale finalità parrebbe sicuramente prevalente e condivisibile (ma, nella giurisprudenza europea - che valuta la normativa italiana solo rispetto alla tutela della segretezza dell'identità materna, e non per le conseguenze che tale obbligata comunicazione può determinare - confinata ad una *dissenting opinion*) là dove, come nel caso di specie, tale fine, ovviamente, non ricorre, emergono seri dubbi di costituzionalità di tale disciplina.

Appare significativo che, come la Corte Europea prende in considerazione le “informazioni non identificative” per sollecitare, in buona sostanza, il legislatore italiano a valutare una possibile riforma che le renda accessibili, pur salvaguardando la segretezza del nominativo della donna (ovvero valutando la possibilità di un consenso sopravvenuto ad uscire dall'anonimato)⁹³, così il Comitato Nazionale per la Bioetica, nel proprio parere stilato il 25.11.2011, dia atto di una sostanziale unanimità nel consentire l'accesso ai dati genetici e alla storia clinica del donatore di gameti – anche per evidenti motivi attinenti la salute del nato – ma non per quanto riguarda l'accesso ai dati anagrafici, sul quale i componenti furono divisi.

⁹¹ “Nel caso di specie la Corte osserva che, se la madre biologica ha deciso di mantenere l'anonimato, la normativa italiana non dà alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto. In queste condizioni, la Corte ritiene che l'Italia non abbia cercato di stabilire un equilibrio e una proporzionalità tra gli interessi delle parti in causa e abbia dunque oltrepassato il margine di discrezionalità che le è stato accordato”.

⁹² La Corte ravvisava il fine di “assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali e distogliere la donna da decisioni irreparabili”

⁹³ A seguito della sentenza sul caso Godelli il T.M. di Catanzaro ha riproposto, in data 15.11.2012, questione di legittimità costituzionale della norma, nella parte in cui non consente l'accesso alle origini senza avere previamente verificato la persistenza o meno della volontà della madre biologica di non volere essere nominata; fornisce, inoltre, un'interpretazione della normativa, nel senso che sarebbe già consentito l'accesso a “elementi non identificativi”, ma di fatto vanificato dalla mancata regolamentazione delle modalità di raccolta e conservazione dei dati medesimi. Valuta preminenti, in motivazione, le esigenze di tutela dell'identità personale, e del diritto alla salute.

Ancora, il documento *“sconsiglia ai genitori di non rivelare al figlio le modalità del suo concepimento (...) ritiene opportuno che l’informativa sia data attraverso filtri e criteri appropriati”*; insomma, *“segreto”* e *“anonimato”* non sempre sono sovrapponibili, così come l’obbligo dei genitori adottivi di narrare al figlio la storia della sua adozione non sempre corrisponde alla possibilità, concreta e/o legale di accesso ai dati dei genitori biologici.

Raccomanda, poi, a chi consente tale forma di procreazione *di fornire ai genitori legali le informazioni e le consulenze necessarie per iniziare in modo adeguato il rapporto con il figlio nato (...) al fine di evitare che si cristallizzino situazioni tali da rendere più traumatica la conoscenza della verità*: ancora una volta, al medico sono attribuiti compiti delicatissimi, per i quali non pare facile assicurare la necessaria preparazione.

E, come osserva l’opinione dissenziente in postilla, si estende, il parere, a fornire indicazioni per la tenuta dei registri dei donatori, a centri che, per definizione, in Italia non possono esistere (quanto meno, *“ufficialmente”*) per divieto di legge. Senza valutare, per precisa scelta, la bontà di una legge che, pur ponendo un formale divieto, ne tollera la violazione, privando, però, di fatto, i soggetti coinvolti – e il nato, *in primis* – di sufficienti garanzie, anche ai soli fini di tutela della salute, che forse una disciplina più aperta avrebbe potuto assicurare.

Quello che, da questa disamina, può trarsi, è che le criticità più ricorrenti, collegate alla PMA, riguardano pratiche in realtà vietate dalla legge; anche se, a ben vedere, non può escludersi che proprio il rapporto triadico – coppia/ sanitario – e l’inserirsi di un atto medico nel percorso generativo, spesso attuato in plurimi tentativi, e defatiganti oltre che impegnativi per la salute dei soggetti coinvolti, possano avere conseguenze sulla relazione genitori-figlio, e sullo sviluppo di quest’ultimo, che meriterebbero attenta indagine psicologica.

La sempre più diffusa pratica di trasferte all’estero, in paesi che consentono eterologa e surrogazione di maternità ed hanno legislazione meno restrittiva, quanto ai requisiti per l’accesso alle tecniche (quanto al legame di coppia, al genere dei componenti, alla

loro età) ha portato alla luce problematiche che solo ora si stanno ponendo, agli uffici di stato civile chiamati a trascrivere atti di nascita, agli organi della giustizia, siano essi penali o civili, e quindi Procure della Repubblica, Tribunali ordinario, e per i minorenni vengono di volta in volta interessati da specifiche problematiche.

IN materia penale, quanto all'eterologa, può venire in considerazione l'ipotesi di reato di alterazione di stato, prevista dall'art. 567 c.c., che si estende al caso di falso riconoscimento di paternità naturale; la S.C. ha ritenuto ricorrere tale fattispecie, nella condotta di colui che, mediante, appunto, il riconoscimento falso, riceva "*uti filius*" un minore, anche se con pagamento di un corrispettivo⁹⁴.

Importante è notare che, a seguito della sentenza N.31/2012 della Corte Costituzionale, l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà genitoriale, come conseguenza della condanna penale per detto reato, sia stato riconosciuto illegittimo⁹⁵.

Si pongono, come problemi, sia la compatibilità tra la punizione penale a tale titolo, e la previsione del divieto di disconoscimento e della non insorgenza di rapporti con il donante; sia quello della sussistenza della giurisdizione italiana là dove la condotta sia posta in essere all'estero, in particolare in paesi che consentono la surrogazione di maternità, e i cui organi preposti redigono dichiarazioni di nascita che recano i nomi dei committenti, salvo ritenere la consumazione o parte di essa nel luogo di residenza allorché sia fatta richiesta all'ufficiale di stato civile di trascrizione dell'atto di nascita avvenuta all'estero.

Punti cardine sono rappresentati dalla tutela che, comunque, l'ordinamento italiano appresta al nato da procreazione eterologa; da intendersi con riferimento ad uno solo, o anche di entrambi i componenti la coppia? La risposta, comunque, va collegata alla disciplina dell'art. 269 3° co.c.c. per il quale madre è colei che partorisce il figlio (in

⁹⁴ Cfr.Cass. Sez. 6° pen. n. 40610 del 9.10.2012 – Rv. 253497, che ritiene, appunto, tale più grave reato anziché quello di cui all'art. 71 L. 184/83, che riguarda la condotta di cessione, e si estende anche alla condotta di chi "riceve" il minore in affidamento illecito, ma rispetto all'attività di fatto preordinata ad una futura adozione

⁹⁵ Ciò ha ritenuto, nell'interesse del minore a che il giudice operi un bilanciamento ed una valutazione in concreto dell'idoneità all'esercizio della potestà genitoriale, che non può dirsi esclusa dalla sola ritenuta responsabilità per tale reato.

ipotesi, anche dotato di patrimonio genetico del tutto estraneo alla coppia genitoriale, o all'unico genitore).

Qualora non vi sia nulla del patrimonio genetico, e neppure il dato del parto, pare innegabile il ricorrere di una adozione illegale; in un caso recentemente trattato dal T.M. di Brescia⁹⁶, premesso che la surrogazione deve intendersi nulla per illiceità della causa e per contrarietà a norme imperative (quelle che disciplinano l'adozione) e il relativo contratto concluso in frode alla legge, si accertava che anche la legge dell'Ucraina (paese ove si era verificata la nascita e verosimilmente concluso il contratto di surroga) prevede che l'ovocita non dovesse essere messo a disposizione dalla madre portatrice e, comunque, almeno il 50% del patrimonio genetico dovesse provenire dai committenti. Anche per la legge ucraina, insomma, e non solo per quella italiana, il contratto doveva ritenersi nullo; la conseguenza che ne derivava, in un quadro nel quale pacifico era che i committenti – le cui precedenti domande di adozione erano state, peraltro, respinte - non fossero genitori biologici del minore (la moglie isterectomizzata da tempo, il marito convinto di avere fornito il proprio materiale genetico, ma poi smentito dal c.t.) era la declaratoria di adottabilità del minore.

La Corte d'Appello di Brescia⁹⁷, rispetto al motivo d'appello relativo alla validità in Italia del certificato di nascita ucraino, dotato di Apostille, e asseritamente annullabile solo dalle autorità che lo avevano emesso, lo rigettava, affermando la sindacabilità dello stesso in Italia, quanto alla verifica del requisito della non contrarietà all'ordine pubblico, ai sensi dell'art.65 L.218/95, applicabile anche agli atti amministrativi suscettibili di incidere sulle posizioni giuridiche. In concreto, tale contrarietà vi sarebbe, in quanto la legge italiana vieta la surrogazione di maternità, oltre alla fecondazione eterologa. Di conseguenza, non avendo l'atto redatto all'estero valore in Italia, non sarebbe neppure riconoscibile lo status di figlio legittimo, e pertanto non necessaria una formale contestazione di legittimità

⁹⁶ Sent. del 14.8.2012 est. D'Urbino; la segnalazione, in quel caso, era giunta alla Procura Ordinaria, e quindi a quella minorile, dall'ufficiale di stato civile al quale era stata richiesta la trascrizione della nascita all'estero, che aveva evidenziato i sospetti di un'alterazione di stato.

⁹⁷ Sent. 11.1.2013, est. Dughi

In un caso particolare di inseminazione con seme di donatore estraneo, di ovulo della donna A, che venne impiantato nella donna B (legata da relazione omosessuale formalizzata con matrimonio all'estero), il parere fornito dalla competente Procura Ordinaria all'ufficiale di stato civile fu nel senso della irricevibilità dell'atto redatto all'estero, la cui trascrizione si riteneva contraria all'ordine pubblico (art. 18 DPR 396/2000):madre era ritenuta la sola donna che aveva generato, cittadina straniera che, pertanto, non poteva far attribuire al nato cittadinanza italiana (quella della compagna)⁹⁸

Il T.M. di Milano⁹⁹, nel caso di una surrogazione di maternità avvenuta in India, con accertamento di paternità biologica in capo all'elemento maschile della coppia - che non era riuscita ad ottenere la trascrizione dal Comune di Milano (perché allertato dal Consolato italiano in India) - riconosciuta la contrarietà all'ordine pubblico del certificato di nascita indiano (pur se conforme a legge indiana) e autorizzato il curatore all'uopo nominato all'impugnazione del riconoscimento del minore, rispetto alla signora italiana che ne figurava madre, affermava la piena autonomia del procedimento di adottabilità, rispetto a detti altri procedimenti (il contenzioso ordinario e quello penale per alterazione di stato) valutava come, allo stato, entrambi i genitori apparissero tali sotto il profilo giuridico e, in ogni caso, il padre lo fosse anche biologicamente.

Inoltre, dato atto che l'apertura dell'adottabilità era stata fatta ex art. 11 L. 184/83, in quanto non era intervenuto tempestivo riconoscimento paterno, ma dalle relazioni sociali non emergeva uno stato di abbandono né morale né materiale, su conformi conclusioni di tutte le parti, dichiarava non luogo a provvedere sullo stato di adottabilità del minore.

Anche in un altro caso di falso riconoscimento di maternità - quanto meno probabile - ma scoperto assai tardivamente (la minore aveva ormai quindici anni) il T.M. di Milano ha ritenuto di nominare un curatore per esercitare l'azione di disconoscimento

⁹⁸ parere del 2.8.2012, trasmesso dal sost. proc. dr.Longi della Procura Ord. di Torino, all'ufficio di stato civile del Comune di Torino

⁹⁹ Sent. 3.8.2012, est. L.Villa.

senza però adottare nel frattempo misure limitative di potestà, non ritenendo attuale un pregiudizio¹⁰⁰.

Infine, si permetta un cenno ad un caso di verosimile ricorso a tecniche di PMA eterologhe, in concreto mai però accertato; è un caso del quale i media parlarono molto, un paio di anni fa, asserendo che la declaratoria di adottabilità¹⁰¹ sarebbe stata collegata al fatto che i genitori erano troppo anziani.

La bambina, definita “figlia di un bisogno narcisistico (che può rappresentare un pericoloso bisogno di compensazione affettiva) e di un desiderio onnipotente”, veniva “ dimenticata” piangente e affamata, sulla macchina in orario tardoserale, all’età di un mese; la ricostruzione di tempi e modi dell’allarme, dato da una vicina di casa, e del protrarsi non irrilevante della situazione di rischio per la piccola, e della successiva minimizzazione fornita dai genitori, con atteggiamento quasi fatuo, è fornita in sentenza in modo assai minuzioso, che evidenzia altresì lo sconcerto indotto dalla complessiva vicenda (soprattutto a fronte della precedente accorata ricerca di un figlio, fatta anche con domande di adozione tutte respinte).

La significatività, ai fini che in questa sede rilevano, si rinviene rispetto a più punti; sulla tematica delle “ mamme-nonne”, e più in generale sulle ragioni dei limiti normativamente imposti: quello dell’età, ma non solo...., sulla qualificazione del desiderio come onnipotente, infine nella considerazione dell’evidente discrasia tra la precedente condotta, e questo successivo episodio.

Insomma, in una visione laica e non preconcepita, forse Freud avrebbe avuto qualcosa da dire...

Emma Avezù

Procuratore della Repubblica
presso il Tribunale per i minorenni di Brescia

¹⁰⁰ Decreto 27.7.2012 est. L.Villa; in tal caso la nascita era avvenuta in Indonesia.

¹⁰¹ Sent. T.M. Torino 4-16.8.2011 est. Clerici; Appello Torino, 26.9.2012 est. Sanlorenzo; si trattava di un padre settantenne e di una madre che aveva partorito - in Italia, struttura pubblica - a cinquantotto anni; già l’ospedale aveva evidenziato alcuni dubbi sulle capacità materne, e indicato la necessità di un sostegno, apparentemente rifiutato dalla donna, che teneva atteggiamento di chiusura. A fronte del rilievo difensivo fatto proprio dai media, circa un ipotetico pregiudizio relativo all’avanzata età dei genitori, la CTU, reiterata in appello, sottolineava come “ i limiti sono imposti dalla legge sulla base di un giudizio tecnico di salvaguardia della vita del minore” giudizio che “ può variare da cultura a cultura” ma “ l’età comporta in assoluto una riduzione delle capacità “ e assume “ importanza come indicatore del modello di genitorialità e nella valutazione delle capacità genitoriali e della loro personalità” collegandolo, peraltro, ad altri aspetti emersi dall’indagine con riferimento agli stessi.

Dott. Piero Avallone

**Il trattamento sanzionatorio del minore:
verso una differenziazione dei modelli punitivi**

La storia insegna che tra i principali indicatori di benessere di un popolo ci sono le energie e le risorse che dedica all'infanzia. Una società sana ha come obiettivo l'educazione e la cura delle giovani generazioni che dovranno apportare nuove competenze culturali, economiche e sociali al mondo di domani.¹⁰²

Il modello sociale introdotto con lo stato sociale di diritto è stato per anni il fulcro del processo di unificazione europea, ma ad oggi, con lo spostamento dell'attenzione dai canali della socialità a quelli dell'economia, assistiamo sempre più ad un declino dei principi che tanto faticosamente avevano trovato posto nelle costituzioni degli stati membri.

La crisi economica che ormai da anni aggredisce la nostra economia ha portato, come prima conseguenza, ad un taglio netto dei finanziamenti alle politiche sociali, con una conseguente diminuzione delle possibilità, per i servizi, di occuparsi dei loro scopi. La conseguenza maggiore è che la risposta alle domande di aiuto dei minori, ma di tutti, in via generale, è una risposta data con mezzi impoveriti di contenuti o applicati al minimo, e i servizi sono costretti a ridurre le attività di prevenzione primaria e secondaria e a selezionare gli interventi per i ragazzi.

Bisognerebbe tornare indietro nel tempo e ricordarsi che altri erano gli approcci, le attenzioni e le speranze, quando nel 1988 erano state emanate le nuove disposizioni sul processo penale minorile.

Tali disposizioni, infatti, ponevano al centro i bisogni educativi dei minori autori di reati, risultavano sensibili alle difficoltà di un soggetto in crescita, descrivevano un giudice della persona capace di ascoltare e di parlare, richiedevano la presenza dei servizi nel corso del procedimento, assegnavano alle misure penali un contenuto educativo, prevedevano la residualità del carcere, disegnavano un sistema giudiziario

¹⁰² P. Pazè, in *minori giustizia*, n 1/2013, p. 7.

minorile che non si chiude in se stesso e include nella comunità i ragazzi più sfortunati con gli apporti del territorio.

Era il quadro di una giustizia mite, non paternalistica, che si proponeva di aiutare i ragazzi a invertire i loro percorsi devianti e coinvolgeva, dove possibile, le loro famiglie in questo compito.

Emerge dunque l'importanza che veniva e che deve essere attribuita all'educazione. Alcuni dei principi introdotti con il D.P.R. 448/1988 sono stati estesi anche agli adulti, sintomo del riconoscimento della centralità dell'educare in campo penale.

L'educazione viene generalmente definita come diritto, dovere e responsabilità dei genitori, titolari della relazione educativa. Si è però riconosciuto che anche le istituzioni, dalla scuola ai servizi, hanno il compito, diretto o sussidiario, di promuovere l'educazione dei minori e non solo. Lo affermano le principali convenzioni internazionali ratificate dal nostro paese e l'art. 31, comma 2, della Costituzione, secondo cui “ la Repubblica protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”, norma che va letta congiuntamente alla disposizione contenuta nell'art. 30, comma 2, della Costituzione, il quale sancisce che: “ in caso di incapacità educativa dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti”.

Da tali indicazioni emerge chiaramente che l'educazione è diritto, dovere e responsabilità dei genitori e di chi li sostituisce, ma anche, in modi diversi, delle istituzioni, a cominciare dalla scuola, che educa ed integra, non solo istruisce.

L'educazione dunque come un bene di tutti, e che deve essere riconosciuta come il tramite di un inserimento dei minori nella società. Tutti devono essere educati, perché il minore, essendo caratterizzato da una personalità in fieri, è per sua natura un soggetto bisognoso di educazione, da intendersi non solo come istruzione scolastica, ma anche, e forse soprattutto, come educazione alla convivenza, allo scambio, alla fiducia verso il prossimo, alla cultura della non-violenza. È per questo che, personalmente, ritengo che uno dei mezzi più adatti allo scopo sia senza dubbio lo sport di squadra. La forzosa convivenza con gli altri, il dover seguire delle regole precise, i sacrifici fisici e mentali da sopportare, l'accettazione delle decisioni di un

terzo che ti è, in quel momento, superiore, la comune felicità delle vittorie e la rabbia delle sconfitte, aiutano sicuramente a imparare a vivere, forse più di quanto la gente creda possibile.

Tornando a quello che forse maggiormente interessa, occorre sottolineare come con l'art. 27 Cost. il legislatore abbia pensato alla rieducazione nel campo dove è più difficile attuarla, quello della esecuzione delle pene. Le disposizioni del 1988, hanno però anticipato per i minorenni l'intervento penale rieducativo al tempo del procedimento, prima della possibile condanna. Ci sono molte ragioni per questa scelta: in primis, un ragazzo ha una personalità in evoluzione tanto più duttile e malleabile quanto più egli è giovane, è perciò meglio intervenire il prima possibile per aiutarlo ad uscire dal percorso di devianza intrapreso, in secundis gli interventi educativi attivati nel corso del procedimento penale possono evitare a un ragazzo la pena del carcere.

Bisogna però sgombrare il campo da un errore che spesso viene commesso: il processo penale minorile vuole, come ogni altro processo penale, accertare lo svolgimento di un fatto di reato e la colpevolezza del suo autore, ma, al tempo stesso, è disegnato come un luogo di incontro del ragazzo autore di un reato con delle figure normative ed educative, che gli propongono dei percorsi di cambiamento, di consapevolezza, di crescita, ma comunque lo accompagnano all'assunzione della propria responsabilità in ordine al fatto commesso e alle sue condotte future.

Dunque un processo che tiene conto delle fragilità, delle aspettative, dei bisogni del minore, che tenta di educarlo o rieducarlo, che gli consente percorsi alternativi basati sulla collaborazione, ma non un processo, come qualcuno sostiene, che banalizza il reato. Ogni processo, infatti, ha comunque come scopo di quello di "punire" l'autore di un reato, il fatto è che per il minore questa punizione non è sempre quella della pena classica, ma giustamente tiene conto di tutta una serie di fattori determinanti nella vita di un ragazzo in difficoltà.

La tutela della realtà evolutiva del minorenne dall'impatto con l'esperienza giudiziaria costituisce, pertanto, una precisa vocazione di tale procedimento, che rimane, comunque, un itinerario cognitivo, legalmente tracciato, per accertare fatti e responsabilità, pur se con un elevato grado di flessibilità operativa, grazie anche ad un

dettato normativo che assicura all' organo giudicante spazi di discrezionalità sufficientemente ampi per selezionare le opzioni praticabili in rapporto alle specifiche caratteristiche del caso concreto. Non vi è decisione che possa realmente prescindere dalla conoscenza della situazione soggettiva dell' imputato e delle sue esigenze educative, attraverso l'acquisizione di un quadro descrittivo della personalità sia sotto il profilo psicologico, sia con riferimento alle condizioni e ai contesti familiari ed economici in cui egli risulta inserito; elementi che arrivano a condizionare anche l'effettiva carica di disvalore che l'episodio criminoso assume nell'ambito sociale in cui si è sviluppata l'azione criminosa. Per tale ragione, occorre, dunque, rispettare questa personalità in via di strutturazione, assecondandone la naturale evoluzione e differenziando gli interventi da porre in essere.

È proprio lo sforzo di individuazione di una diversa unità di misura della reazione penale in rapporto alle caratteristiche del reo, oltre che del reato, a presupporre che la soggettività del minore assurga, seppur in via non esclusiva, a criterio-guida delle scelte giudiziali, sulla scorta di una verifica delle possibilità esistenti e delle risorse necessarie alla realizzazione di strategie d'intervento in cui l'esame del fatto e la valutazione della personalità dell' imputato, pur concettualmente distinti, risultano essere inscindibilmente connessi nella misura in cui costituiscono un presupposto unitario per i provvedimenti da adottare nel corso e all' esito del procedimento.

Tutto ciò esige un approccio e una lettura interdisciplinari e dunque la compresenza di saperi extragiuridici, in grado di consentire una piena percezione del contesto socio-psicologico in cui il reato è maturato e l'individuazione degli interventi più adeguati. Questa giurisdizione specializzata deve essere capace di effettuare una ponderata selezione dei fattori che entrano in gioco nel processo decisionale, senza, però, mai relegare il momento cognitivo della responsabilità su un piano secondario.¹⁰³

Il problema è che il sistema minorile presenta innegabili limiti sul piano della coerenza rispetto al proprio paradigma teorico, ascrivibili ad una mancata rimediazione dei contenuti cui ispirare la procedura. Si è, infatti, messa a punto una riforma del rito senza intervenire sulla normativa in campo sostanziale e penitenziario; settori, questi,

¹⁰³ V. Patanè. In *Minorigiustizia* n. 1/2013, pag. 25

in cui la legislazione risulta tutt' oggi assolutamente aspecifica rispetto alle peculiarità della condizione minorile, con il rischio di scaricare sul processo quelle che, a rigore, dovrebbero essere le funzioni proprie della sanzione e dell' esecuzione penale.

A causa dell' assenza di modelli punitivi diversificati sul piano "qualitativo", rispetto agli adulti, il tema del trattamento sanzionatorio del minorenni autore di reato è stato più volte oggetto delle attenzioni della Corte Costituzionale, che ha ripetutamente sottolineato l' esigenza di un sistema di pene modulato sulle particolari caratteristiche del reo.¹⁰⁴ Peraltro, senza arrivare a legittimare un tendenziale disconoscimento delle altre funzioni della sanzione penale in favore di una finalità esclusivamente rieducativa della stessa, è innegabile che in relazione a soggetti minorenni la matrice finalistica della pena debba essere considerata in termini diversi. La lettura del combinato disposto degli artt. 27 comma 3 e 31 comma 2 Cost. impone, infatti, un mutamento di segno alla funzione rieducativa coesistente alla sanzione, attribuendo a quest' ultima, proprio perché applicata nei confronti di un soggetto dalla personalità ancora in fieri, una connotazione " educativa" più che " rieducativa", ai fini del suo reinserimento nel consorzio sociale.¹⁰⁵ Pertanto, se l'istanza rieducativa deve avere, in tale sede, un ruolo preponderante nel quadro della valenza polifunzionale della pena, ciò significa che la gamma delle possibili risposte al reato nei confronti dell' autore minorenni deve necessariamente tenere conto di questo obiettivo di recupero sociale, attraverso opportunità intese a creare le condizioni perché l' agente possa liberamente accogliere, o tornare ad accogliere, le regole sulle quali l' ordinamento fonda la convivenza civile. L'apertura alla risocializzazione si rivela, del resto, più compatibile con un sistema disposto a reintegrare chi ne abbia violato le regole di quanto non lo sia una concezione della pena rigorosamente generalpreventiva o retributiva. Lo stesso indirizzo rieducativo sancito dalla Costituzione sembra indicare una scelta precisa fra le possibili strategie politico-criminali: una scelta fondata sulla consapevolezza che la forza dei precetti penali dipende soprattutto dal livello più o meno elevato della loro capacità di imporsi al consenso dei destinatari(anche al consenso di chi li abbia

¹⁰⁴ Corte. Cost., 25 Marzo 1992, n. 125, in www.giurcost.org

¹⁰⁵ Corte Cost., 28 Aprile 1994, n. 168, in www.giurcost.org.

trasgrediti) per ragioni che vadano al di là di quelle legate alla mera dimensione coercitiva.

In quest'ottica, sembra fondato ritenere che l' intervento penale realizzi al meglio le sue complessive finalità di prevenzione allorché ottenga dal reo una autonoma e fattiva adesione al rispetto delle regole precedentemente violate. Una prevenzione fondata, essenzialmente, proprio sul consenso, piuttosto che sulla forza intimidativa o neutralizzativa: vale a dire, sull' attitudine del sistema penale a promuovere nei destinatari dei provvedimenti sanzionatori un' adesione per convincimento al rispetto delle norme.¹⁰⁶

Quest' ultimo risultato è senza dubbio una possibilità, che evidenzia l' inevitabile elemento di incertezza caratterizzante qualsiasi processo il quale dia rilievo alla prospettiva del recupero di un dialogo, piuttosto che esaurirsi nella presa d'atto di una lacerazione. Ne è consapevole la stessa Costituzione, come emerge dal verbo "tendere" contenuto nell' art. 27 comma 3, che non indica la facoltatività dell' orientamento rieducativo, quanto la sua non automaticità.¹⁰⁷

E non è, come sostenuto da alcuni, che in virtù del principio rieducativo non c'è poi punizione per il reo, ed infatti non sempre la rinuncia a punire è la chiave di volta della rieducazione. Se così fosse, infatti, si lederebbero, al contempo, sia evidenti esigenze di tutela della collettività, insidiata dal comportamento illecito, sia, soprattutto, le istanze di un doveroso intervento " educativo" nei confronti del minore reo.

In sostanza le istanze rieducative presenti nel dettato costituzionale sono chiare: non c'è spazio per altro se non per la rieducazione del reo, o, quantomeno, per una sua non- de socializzazione in caso di impossibilità di rendere il minore stesso partecipe alle scelte e ai percorsi educativi propostigli. Inutile parlare ancora di dottrine retribuzionistiche ormai ampiamente superate da tutte le Costituzioni dei più grandi stati Europei e mondiali, inutile ancorarsi a vetusti parametri legati alle teorie assolute e relative: oggi si deve applicare il modello che più di ogni altro " rende giustizia" ai minori e non solo, quello dello stato sociale di diritto. Con l'applicazione dei principi

¹⁰⁶ L. Eusebi, " Quale oggetto dell' abolizionismo penale? Appunti nel solco di una visione alternativa della giustizia", in Studi sulla questione criminale, 2011, f. 2, p. 91.

¹⁰⁷ V. Patanè, in minori giustizia n. 1/ 2013, p. 27.

portati avanti da tale modello, infatti, si potrebbero superare i numerosi problemi legati alla giustizia minorile e non solo, ma volendo allargare il ragionamento, probabilmente potrebbe aversi finalmente quel passo in avanti verso uno stato più vicino ai cittadini, considerati tutti sullo stesso livello.

Piero Avallone

Giudice presso il Tribunale
per i Minorenni di Napoli

Dott. Nicola Ciccarelli
La tutela internazionale del minore
vittima di abusi e di reati alla luce della Convenzione di Lanzarote

1 – La tutela internazionale e nazionale del minore vittima del reato

Una definizione della vittima in ambito giuridico viene offerta dalla risoluzione delle Nazioni Unite 40/34 del 29.11.85 ove si distingue tra vittime del crimine e vittime dell'abuso di potere.

Per vittime del crimine s'intende: "vittime significa persone che, individualmente o collettivamente, hanno sofferto una lesione, incluso un danno fisico o mentale, sofferenza emotiva, perdita economica od una sostanziale compressione o lesione dei loro diritti fondamentali attraverso atti od omissioni che siano in violazione delle leggi penali operanti all'interno degli Stati membri, incluse le leggi che proibiscono l'abuso di potere criminale".

Per vittime dell'abuso di potere, invece, s'intende: "persone che, individualmente o collettivamente, hanno sofferto una lesione, incluso un danno fisico o mentale, sofferenza emotiva, perdita economica od una sostanziale compressione o lesione dei loro diritti fondamentali attraverso atti od omissioni che non ancora costituiscono violazione delle leggi penali nazionali, ma delle norme internazionalmente riconosciute relative ai diritti umani".

Il minore vittima di reato viene preso in considerazione, in primo luogo, dalla Convenzione sui diritti del bambino del 20.11.89.

E Proprio per dare attuazione ai principi di tutela del bambino il Comitato sui diritti dell'infanzia nel Commento generale numero 12 del 20.7.89 ha individuato, ai punti 62, 63 e 64 alcuni diritti determinanti per il minore vittima: "**62.** Al minore vittima e testimone di un reato deve essere data la possibilità di esercitare pienamente il diritto di esprimere liberamente la propria opinione in conformità con la risoluzione 2005/20 del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite "Linee guida sulla giustizia in questioni che coinvolgono bambini vittime e testimoni del reato"¹; **63.** In particolare,

ciò implica che deve essere fatto tutto il possibile per garantire che un minorenni vittima e/o testimone sia consultato sulle questioni rilevanti riguardanti il coinvolgimento nel caso in esame e che gli sia permesso di esprimere liberamente, e nel modo che gli è proprio, opinioni e preoccupazioni riguardanti il suo coinvolgimento nel processo penale. **64.** Il diritto del minorenni vittima e testimone è correlato al diritto di essere informato sulle questioni quali la disponibilità di servizi sanitari, psicologici e sociali, sul ruolo di un minorenni vittima e/o testimone, sui modi in cui è condotto "l'interrogatorio", sui meccanismi di sostegno esistenti per il minorenni al momento della presentazione di una denuncia e la partecipazione a indagini e procedimenti giudiziari, i luoghi ed orari specifici delle audizioni, la disponibilità di misure di protezione, la possibilità di ricevere il risarcimento e le disposizioni per il ricorso.

In ambito Europeo in data 28.6.11 è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea la Risoluzione del Consiglio del 10.6.11 relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, in particolare nei procedimenti penali.

Nell'ambito delle considerazioni iniziali, punto 3, il Consiglio evidenzia come siano necessarie azioni specifiche per stabilire un livello minimo comune di tutela delle vittime di reato e dei loro diritti nei procedimenti penali in tutta l'Unione.

Alla risoluzione è allegata una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime ove tra i principi generali viene indicato: 1) stabilire procedure strutture adeguate ai fini del rispetto della dignità, dell'integrità personale psicologica e della vita privata della vittima nei procedimenti penali; 2) facilitare l'accesso alla giustizia per le vittime della criminalità, anche promuovendo il ruolo dei servizi di assistenza delle vittime; 3) progettare procedure strutture adeguate volte a evitare la vittimizzazione secondaria ripetuta; 4) promuovere la fornitura di interpretazione e traduzione alle vittime nei procedimenti penali; 5) se del caso, incoraggiare le vittime a partecipare attivamente ai procedimenti penali; 6) rafforzare il diritto delle vittime e dei loro avvocati a ricevere tempestive informazioni i procedimenti sul loro esito; 7) incoraggiare il ricorso alla giustizia riparativa e a metodi alternativi di risoluzione delle

controversie che tengano conto dell'interesse della vittima; 8) rivolge particolare attenzione ai minori, come parte del gruppo di vittime più vulnerabile, e tenere sempre presente l'interesse superiore dei minori; 9) garantire che gli Stati membri forniscano formazione a tutti i professionisti interessati, o le incoraggino la fornitura; 10) garantire che la vittima ottenga un adeguato indennizzo.

Il Consiglio, poi, si è impegnato ad esaminare in via prioritaria la proposta di direttiva della Commissione presentata il 18.5.11 riguardante le norme minime sui diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime di reato.

In particolare la proposta di direttiva della Commissione prevede: "l'attuazione di misure per proteggere le vittime e i loro familiari da eventuali ritorsioni o intimidazioni da parte dell'autore del reato. Le autorità cercheranno quindi di evitare il contatto fra gli autori del reato e le vittime, in particolare negli edifici in cui si svolge il procedimento penale.

Nel corso dell'inchiesta le audizioni delle vittime saranno tempestive e non supereranno il numero strettamente necessario. Se lo desiderano, le vittime potranno essere accompagnate da un rappresentante legale o da una persona di loro scelta. La loro vita privata e dei loro familiari deve essere protetta.

La proposta di direttiva riconosce che alcune persone corrono un rischio particolarmente elevato di soffrire nuovamente nell'ambito del procedimento giudiziario. Queste vittime vulnerabili possono avvalersi di alcuni diritti e servizi supplementari, dopo una valutazione delle esigenze individuali.

I bambini, le persone disabili, le vittime di violenza sessuale o della tratta di esseri umani sono considerati dalla proposta come vittime vulnerabili.

È importante garantire che i professionisti della giustizia, gli ufficiali di polizia e i membri dei servizi di assistenza alle vittime ricevano una formazione adeguata per riuscire a rispondere al meglio ai bisogni delle vittime".

Quanto al diritto interno si è detto che la disciplina è frammentaria e lacunosa e se pure nel corso degli anni si sono susseguiti numerosi interventi a favore delle vittime, in particolare minori, va evidenziato che manca una norma che punisca, in via generale, i reati, quali che essi siano, commessi in danno dei soggetti deboli.

“Il codice penale vigente – che, pure, dedica particolare attenzione al minore quando imputato, cioè quale soggetto attivo di reati – non ha ritenuto di destinare un titolo specifico ai reati commessi in danno dei minori, prevedendo invece, in alcuni casi, disposizioni penali che trovano applicazione indifferentemente, qualunque sia l’età dell’ offeso, ed, in altri casi, disposizioni specifiche che prevedono una tutela particolare di chi è minore di una certa età; in tutti i casi queste poche disposizioni sono disperse in titoli diversi in cui il bene giuridico tutelato non è la personalità del minore ma beni diversi come la famiglia, la potestà genitoriale, la moralità pubblica e così via.... Per sopperire a tale lacuna, la miglior dottrina ha intravisto la possibilità di utilizzare la disposizione di cui all’art. 61 nr. 5 del cod. penale che prevede una circostanza aggravante quando l’autore del reato abbia approfittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, tali da ostacolare la pubblica e privata difesa”.¹⁰⁸

Se, tuttavia, numerose norme sostanziali si pongono a difesa del soggetto debole minore di età, maggiori difficoltà presenta la tutela processuale che, con l’avvento del nuovo codice di procedura penale e con l’introduzione delle disposizioni in materia di violenza sessuale, tuttavia, offre un sistema di raccolta della testimonianza che evita le audizioni a ripetizione e la sottoposizione all’esame incrociato diretto che, spesso, presenta aspetti particolarmente “dolorosi”.

Nonostante le su ricordate raccomandazioni in sede Europea, nel sistema italiano manca la disciplina di specifici avvisi alla persona offesa se si eccettuano quelli di carattere generale come quelli relativi alla proroga delle indagini preliminari, alla richiesta di archiviazione, all’udienza preliminare, al compimento di atti urgenti.

Deve registrarsi l’assoluta assenza di informazioni circa l’assistenza materiale, quella legale, quella psicologica o sulle modalità di svolgimento dell’evoluzione del procedimento. Così come manca completamente un sistema di accoglienza della vittima se si eccettua la previsione di cui all’articolo 609 decies del codice penale ove in favore delle parti offese minorenni è prevista l’assistenza affettiva e psicologica della persona offesa anche da parte dei servizi sociali minorili del Ministero della Giustizia.

¹⁰⁸ N. Ciccarelli, op. cit.

Non può non rilevarsi che questa norma, per quanto importante, è riferita esclusivamente ai reati di violenza sessuale e lascia completamente fuori tutta una vastissima area di reati come quella delle violenze in ambito familiare, dei maltrattamenti o altri gravissimi reati in danno dei minori.

Anche in tema di rappresentanza del minore, sebbene la Raccomandazione del Consiglio d'Europa chieda agli Stati membri di assicurare ai minori il loro ascolto, la loro assistenza e la loro rappresentanza, il sistema italiano si mostra estremamente carente considerato che la rappresentanza del minore è assicurata dai genitori sostituiti da un curatore speciale solo in caso di conflitto d'interessi che, nella pratica, molto spesso non viene rilevato, in uno alla loro eventuale inerzia, dai soggetti preposti tra i quali, ai sensi dell'art. 338 c.p.p., in tema di querela, individua anche i servizi sociali.

Quanto all'audizione della vittima di reato il processo italiano individua nell'incidente probatorio alcuni casi di ascolto che evitino inutili ripetizioni e che sottraggano la vittima alla "battaglia" dell'esame incrociato.

Anche in questo caso, tuttavia, l'attenzione alla vittima è di gran lunga inferiore rispetto a quello che viene indicato dal Consiglio d'Europa con la decisione quadro 2001/220 all'art. 8 paragrafo 4 ha previsto: "Ove sia necessario proteggere le vittime, in particolare le più vulnerabili, dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica, ciascuno Stato membro garantisce alla vittima la facoltà, in base a una decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento". In definitiva la normativa Europea, correttamente, svincola la protezione della vittima dalla tipologia del reato subito, per legarla, invece, alla sua condizione di **vulnerabilità**.

2 – La Convenzione di Lanzarote e la legge di ratifica

Proprio intervenendo ed esplorando tutte le implicazioni dell'appena citato concetto di **vulnerabilità**, la Comunità Europea ha fornito un fondamentale contributo innovativo con la Convenzione di Lanzarote che è stata adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 12 luglio del 2007; con il documento ivi approvato si è giunti

alla più avanzata frontiera dove si è spinta la protezione del minore, vittima o anche indagato di un reato sessuale.

Con la sottoscrizione di tale documento i Paesi aderenti si impegnarono a rafforzare la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, adottando criteri e misure comuni sia per la prevenzione del fenomeno, sia per il perseguimento dei colpevoli e la tutela delle vittime.

Gli stati aderenti si impegnarono inoltre ad armonizzare i propri ordinamenti giuridici, modificando, quando necessario, il diritto penale nazionale. Uno degli obiettivi era contrastare quei reati che, come la pedopornografia, sempre più spesso vengono compiuti con l'ausilio delle moderne tecnologie e sono consumati al di fuori dai confini nazionali del Paese di origine del colpevole.

Tra le novità più importanti introdotte dalla Convenzione di Lanzarote, vi fu, nel 2007, l'introduzione di due nuovi reati: l'istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia e l'adescamento di minorenni.¹⁰⁹

Furono rese più severe le pene per tutta una serie di reati: dai delitti di maltrattamenti in famiglia a danno di minori ai reati di associazione a delinquere finalizzata alla commissione dei reati a sfondo sessuale a danno di minori. Fu inoltre previsto, nel documento del 2007, un inasprimento delle pene anche per i reati di prostituzione minorile e di pornografia minorile. Infine, fu previsto che non ci si sarebbe potuto più dichiarare impunemente inconsapevoli della minore età della persona offesa nel caso di commissione di uno dei delitti contro i minori, a meno che non si fosse trattato di un errore di fatto del tutto inevitabile.¹¹⁰

¹⁰⁹ Corriere della Sera, Cronache, Redazione on-line, 2012 Milano

¹¹⁰ Come acutamente commenta Maone Claudia, in *Spia al Diritto*, edito dall' Istituto di studi giuridici Militerni, 1° bimestre 2013, la legge di ratifica ha effettivamente tradotto in legge tale principio con l'inedito art. 602 quater cp che ha allargato notevolmente il campo di azione del già esistente art. 609 sexies cp che non prevede come esimente l'ignoranza dell'età della p.o. Osserva l'autrice citata che *“sino ad oggi, la giurisprudenza, in forza del divieto di analogia in malam partem, aveva escluso la possibilità di estendere la previsione dell'art. 609 sexies ai reati di prostituzione minorile e di pedopornografia sicchè, per tali reati, fino ad oggi, l'ignoranza sulla età della persona offesa aveva finito per escludere il dolo. Invero la Cortei Costituzionale con sentenza 364/88 aveva già precisato che il dolo era escluso dalla ignoranza dell'età della persona offesa solo se l'errore di fatto fosse stato inevitabile”*. In buona sostanza l'art. 602 quater cp, se è stato varato in seno alla ratifica della Convenzione di Lanzarote, ha, di fatto, ripreso il principio già espresso dal nostro giudice delle leggi nel 1988 in tema di errore di fatto totalmente inevitabile come unica scusante per eliminare il dolo”.

Nella seduta del 19 settembre 2012 il Senato italiano ha approvato all'unanimità la legge nr. 172/2012 di ratifica della Convenzione di Lanzarote. Ci si potrebbe chiedere perché è dovuto trascorrere tanto tempo (2007-2012) per emanare una legge sullo sfruttamento sessuale dei minori, peraltro di ratifica di una Convenzione Europea già sottoscritta dall'Italia nel 2007.

La domanda sarebbe anche pertinente ma, in questa sede appare molto più opportuno verificare come la legge di ratifica del 2012 abbia operato su più fronti, intervenendo sul nostro diritto positivo interno con più di una modifica, garantendo, *una tantum*, un elevato grado di compatibilità degli interventi con le preesistenti norme di legge.

La legge 172/12 ha infatti provveduto ad adeguare l'ordinamento interno ai contenuti della Convenzione, apportando rilevanti modifiche al codice penale, al codice di procedura penale nonché alla legge sull'ordinamento penitenziario.

Tutta la riforma è finalizzata ad un rafforzamento della tutela dei diritti del minore, agevolato, fra l'altro dalle pregresse modifiche apportate al nostro sistema alla luce della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20.11.89 e della decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea 2004/68/GAI.¹¹¹

¹¹¹ DECISIONE QUADRO 2004/68/GAI DEL CONSIGLIO del 22 dicembre 2003 relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile IL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, visto il trattato sull'Unione europea, in particolare l'articolo 29, l'articolo 31, paragrafo 1, lettera e) e l'articolo 34, paragrafo 2, lettera b), visto il parere del Parlamento europeo, considerate le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere e la risoluzione del Parlamento europeo dell'11 aprile 2000 contengono o sollecitano iniziative legislative volte a contrastare lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, (*omissis*) HA ADOTTATO LA PRESENTE DECISIONE QUADRO:

Articolo 1: Definizioni

Ai fini della presente decisione quadro s'intende per:

- a) «bambino»: una persona d'età inferiore ai diciotto anni;
- b) «pornografia infantile»: materiale pornografico che ritrae o rappresenta visivamente:
 - i) un bambino reale implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica;
 - ii) o una persona reale che sembra essere un bambino implicata o coinvolta nella suddetta condotta di cui al punto i);
 - iii) immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta;
- c) «sistema informatico»: qualsiasi dispositivo o sistema di dispositivi interconnessi o collegati, dei quali uno o più di uno opera il trattamento automatico di dati secondo un programma;
- d) «persona giuridica»: s'intende qualsiasi entità che sia tale in forza del diritto nazionale applicabile, ad eccezione degli Stati o di altre istituzioni pubbliche nell'esercizio dei pubblici poteri e delle organizzazioni internazionali pubbliche.

Articolo 2 : Reati relativi allo sfruttamento sessuale dei bambini

Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché sia punibile come reato la condotta intenzionale di chi:

- a) costringe un bambino alla prostituzione o alla produzione di spettacoli a carattere pornografico, ne trae profitto o lo sfrutta sotto qualsiasi forma a tali fini;
- b) induce un bambino alla prostituzione o alla produzione di spettacoli a carattere pornografico;

c) partecipa ad attività sessuali con un bambino, laddove:

i) faccia uso di coercizione, forza o minaccia;

ii) dia in pagamento denaro, o ricorra ad altre forme di remunerazione o compenso in cambio del coinvolgimento del bambino in attività sessuali;

iii) abusi di una posizione riconosciuta di fiducia, autorità o influenza nel bambino.

Articolo 3 : Reati di pornografia infantile

1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché siano punibili come reato, che siano o meno poste in essere a mezzo di un sistema informatico, le seguenti condotte intenzionali, allorché non autorizzate:

a) produzione di pornografia infantile;

b) distribuzione, diffusione o trasmissione di pornografia infantile;

c) offerta o messa a disposizione di pornografia infantile;

d) acquisto o possesso di pornografia infantile.

20.1.2004 IT Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 13/45

Articolo 4 :Istigazione, favoreggiamento, complicità e tentativo

1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie a fare sì che l'istigazione, il favoreggiamento e la complicità nella commissione dei reati di cui agli articoli 2 e 3 siano punibili.

2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché il tentativo di commissione dei reati di cui all'articolo 2 e all'articolo 3, paragrafo 1, lettere a) e b), sia punibile.

Articolo 5 :Pene e circostanze aggravanti

1. Fatto salvo il paragrafo 4, ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i reati di cui agli articoli 2, 3 e 4 siano punibili con sanzioni penali privative della libertà di durata massima compresa tra almeno 1 e 3 anni.

2. Fatto salvo il paragrafo 4, ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i seguenti reati siano punibili con sanzioni penali privative della libertà di durata massima compresa tra almeno 5 e 10 anni:

a) i reati di cui all'articolo 2, lettera a), che consistono nel «costringere un bambino alla prostituzione o alla produzione di spettacoli a carattere pornografico» e i reati di cui all'articolo 2, lettera c), punto i);

b) i reati di cui all'articolo 2, lettera a), che consistono nel «trarre profitto o sfruttare il bambino sotto qualsiasi forma a tali fini», e i reati di cui all'articolo 2, lettera b), in entrambi i casi nella misura in cui siano riferibili alla prostituzione, e si verifichi almeno una delle circostanze seguenti:

— la vittima sia un bambino che non ha raggiunto l'età del consenso sessuale prevista dalla legislazione nazionale,

— l'autore del reato, deliberatamente o per negligenza, ha messo in pericolo la vita del bambino,

— il reato è stato commesso ricorrendo a violenze gravi o ha causato al bambino un pregiudizio grave,

— il reato è stato commesso nel contesto di un'organizzazione criminale ai sensi dell'azione comune 98/733/GAI a prescindere dal livello di sanzione previsto in detta azione comune;

c) i reati di cui all'articolo 2, lettera a), che consistono nel trarre profitto o sfruttare il bambino sotto qualsiasi forma a tali fini e i reati di cui all'articolo 2, lettera b), in entrambi i casi in cui essi siano riferibili a spettacoli a carattere pornografico, nonché all'articolo 2, lettera c), punti ii) e iii), e all' articolo 3, paragrafo 1, lettere a), b) e c), nei casi in cui la vittima sia un bambino che non abbia raggiunto l'età del consenso sessuale prevista dalla legislazione nazionale ed almeno qualora si verifichi una delle circostanze di cui alla lettera b), secondo, terzo e quarto trattino.

3. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per garantire che una persona fisica che sia stata condannata per uno dei reati di cui agli articoli 2, 3 o 4 possa, se del caso, essere interdetta in via temporanea o permanente dall'esercizio di attività professionali attinenti alla cura dei bambini.

(omissis)

Articolo 9: Protezione ed assistenza delle vittime

1. Gli Stati membri dispongono che le indagini o l'azione penale relative a reati contemplati dalla presente decisione quadro non dipendano da una denuncia o accusa formulata da una persona oggetto del reato in questione.

2. Le vittime di un reato di cui all'articolo 2 dovrebbero essere considerate vittime particolarmente vulnerabili ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, dell'articolo 8, paragrafo 4, e dell'articolo 14, paragrafo 1, della decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale. (omissis)

Articolo 13 : Entrata in vigore

La presente decisione quadro entra in vigore il giorno della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.Bruxelles, il 22/12/2003.

Tra le novità più significative apportate dalla legge 172/12 vi è l'ampliamento delle fattispecie di reato per le quali i termini di prescrizione sono "raddoppiati" i quanto si verte in tema di reati per l'accertamento dei quali si richiedono indagini significativamente complesse.¹¹²

Il testo originario dell'art. 157 comma 6 c.p. prevedeva tale estensione solo per i reati di cui agli art. 449, 589 commi II, III e IV, nonché per i reati previsti dall'art. 51 comma III bis e III quater cpp.

Ora, invece il termine di prescrizione è stato raddoppiato anche per altri reati e precisamente;

- per il reato di maltrattamenti in famiglia (art. 572 cp)
- per i reati di sfruttamento della prostituzione minorile, pornografia minorile, detenzione di materiale pornografico, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile;
- per i reati p. e p. dagli art. 609 bis, quater, quinquies ed octies c.p.

A parte il raddoppio dei termini di prescrizione il legislatore del 2012, in sede di ratifica, ha innalzato le pene per questi reati portandole da un min/max di 1-5 anni ad un min/max di 2-6 anni.

Ed ancora: altri reati prima inesistenti sono stati introdotti ed altri sono stati modificati.

Quanto ai nuovi reati introdotti, essi sono tre:

1. in primo luogo la legge 172/2012 ha introdotto una nuova ipotesi associativa prevista dall' **art. 416 comma sette c.p.** ossia quella associazione criminosa creatasi con la precisa finalità di commettere una pluralità di reati previsti dagli art. 600 bis, 600 ter, 600 quater, 600 quater 1, 600 quinquies, 609 bis, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies e 609 undecies c.p. in danno di persone minori.
2. in secondo luogo la medesima legge ha introdotto il nuovo reato p. e p. **dall'art. 414 bis c.p.** sempre a tutela dei minori, ossia *l'istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia* con pene da un minimo di anni uno mesi sei ad un massimo di anni cinque di reclusione; ciò anche al fine di chiudere il

¹¹² Maone Claudia, in *Spia al Diritto*, edito dall' Istituto di studi giuridici Militerni, 1° bimestre 2013

capitolo con la (purtroppo) consueta formula assolutoria per aver l'indagato invocato, in processi del genere e non solo in Italia, a propria difesa, finalità di carattere artistico, letterario, storico o di costume.

3. In terzo luogo la legge che ha ratificato la Convenzione di Lanzarote ha introdotto per la prima volta in Italia il c.d. reato di "Grooming"¹¹³ (in inglese: cura, preparazione) ossia l' adescamento di minori per via telematica attraverso **l'introduzione dell'art. 609 undecies c.p.** Tale nuovo reato punisce chiunque pone in essere atti volti a carpire la fiducia di un minore attraverso artifici, lusinghe, o minacce poste in essere anche mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o di altre forme di comunicazione telematica, allo scopo di commettere uno dei delitti di cui agli art. 600, 600 bis, 600 ter, 600 quater, 600 quater 1, 600 quinquies, 609 bis in danno di minore, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies.¹¹⁴

¹¹³ Maone Claudia, in *Spia al Diritto*, edito dall' Istituto di studi giuridici Militerni, 1° bimestre 2013

¹¹⁴ Secondo Frattallone & Partners Studio Legale - Law Firm su www.Frattalone.it del 17/08/12 sul fenomeno web-delinquenziale del grooming , la Convenzione di Lanzarote (sottoscritta dall'Italia il 07.11.07) ha formalizzato l' impegno degli Stati aderenti a rafforzare la tutela dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, ostacolando quei reati che, come la pedopornografia, sempre più spesso tramite le moderne tecnologie e i mezzi telematici di comunicazione assumono portata transnazionale. L'intervento **de quo**, in un'ottica di cooperazione internazionale, è diretto a garantire un'efficace tutela alle vittime, specialmente **ex ante**, con l'adozione di misure che prevenivano tali fenomeni, quali la creazione di autorità specializzate per la protezione dei minori e l'armonizzazione degli ordinamenti dei vari Paesi, uniformando le norme vigenti in tema di delitti di natura sessuale che coinvolgono minori. Sono, inoltre, previsti specifici programmi d'intervento **ex post**, che assicurino protezione, assistenza e sostegno alle vittime di tali reati. Tra le altre importanti novità, la cennata Convenzione mira ad anticipare la tutela dei più piccoli, sancendo l'obbligo per le Parti di apportare al proprio ordinamento le modifiche legislative necessarie per attribuire rilevanza penale a tutti quegli atteggiamenti - cronologicamente distanti dalla (eventualmente progettata) consumazione e, perciò, non sussumibili nemmeno nelle norme relative al delitto tentato - che però spesso precedono l'abuso. Ci si riferisce, in particolare, a quelle forme di adescamento che, ad oggi, non rivestono alcuna rilevanza penale e, purtuttavia, sono sempre più dilaganti a causa dell'anticiparsi dell'età in cui bambini e adolescenti si avvicinano alle nuove tecnologie. Un primo passo in questa direzione era già stato compiuto dal legislatore con la L. 269/98 con l'introduzione di numerose fattispecie incriminatrici volte a contrastare (in attuazione della Convenzione sui diritti del fanciullo) lo sfruttamento della prostituzione, del turismo sessuale e della pornografia commessi in danno di minori. Il comma 3 dell'art. 600-ter C.P. (introdotto con altri dalla cennata legge), infatti, nella seconda parte sanziona chi "distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate allo sfruttamento sessuale di minori o al loro adescamento".

Già nel 1998, quindi, era stato introdotto il concetto di "adescamento", attribuendo rilevanza penale a quei comportamenti prodromici e diretti a favorire gli abusi sessuali sui minori. Come recentemente ha evidenziato la Suprema Corte di Cassazione, è chiaro che nel sanzionare simili condotte «**si è avuto di mira un comportamento propedeutico al più grave delitto di cui al comma 1. Esso, infatti, punisce il "pericolo di un altro pericolo", vale a dire, l'adescamento. Evidente, quindi, in ciò, l'intento di approntare una linea di difesa più "avanzata" avverso condotte brutali di approfittamento ignominioso (da parte di adulti) dell'ingenuitas di ragazzini/e se non proprio bambini/e. A ben vedere, nell'enfasi normativa (che ha caratterizzato gli interventi legislativi in questa materia negli ultimi tempi) si finisce, perfino, per**

Quanto invece ai reati modificati, ricordiamo:

1. Ora sono punibili ai sensi dell'art. 600 bis cp anche le condotte di: reclutamento della prostituzione minorile (inteso come materiale collocamento del minore alla disponibilità del cliente); favoreggiamento, gestione, organizzazione e controllo, a qualsiasi livello partecipativo, della prostituzione minorile.
2. Ora sono punibili ai sensi dell'art. 600 ter cp anche le condotte di: reclutamento di minori per farli partecipare ad esibizioni e spettacoli pedopornografici;

sanzionare, a livello semplicemente di pericolo, una condotta che, in sè, se realizzata - e cioè l'adescamento - non trova una sanzione autonoma come tale (anche se potrebbe essere ricondotta nell'alveo del tentativo di sfruttamento o induzione alla prostituzione)» (cfr. Cass. Pen., Sez. III, n° 15927 del 05.03/16.04.09).

Ebbene, la Convenzione di Lanzarote sembra voler spingere gli Stati membri a tipizzare sotto un'autonoma fattispecie di reato proprio condotte talmente anticipate da rischiare altrimenti di finire nel limbo del penalmente irrilevante, in quanto interpretabile come tentativo di tentativo. In tal senso, l'art. 23 della Convenzione impone alle Parti di adottare le necessarie misure legislative al fine di introdurre nel proprio ordinamento una nuova ipotesi di reato: il c.d. **grooming**. **Il termine "grooming" (dall'inglese cura, preparazione) designa quel comportamento con cui un adulto, attraverso chat, social network, telefono, sms, mms, instaura con il minore relazioni amichevoli, assicurandosi la sua fiducia e la sua collaborazione, allo scopo di coinvolgerlo in attività a sfondo sessuale. Tale fenomeno è particolarmente insidioso: da un lato, infatti, l'autore di tali condotte agisce con la garanzia dell'anonimato, che gli consente altresì, di celare la sua identità e le sue caratteristiche personali, compresa l'età. Dall'altro, l'adescatore carpisce subdolamente la fiducia del minore, giocando con la sua curiosità e approfittando della sua ingenuità e immaturità, indebolendone quindi la volontà, fino a giungere al pieno controllo psicologico della vittima.** Il testo, approvato alla Camera lo scorso 05.07.12 (con alcune modifiche rispetto all'articolato deliberato dal Senato il 16.05.12), contiene, finalmente, una risposta all'esigenza repressiva **de qua**, prevedendo **l'introduzione nel nostro ordinamento della nuova fattispecie delittuosa dell'adescamento di minorenni. Il campo di applicazione della presente norma appare più ampio rispetto a quanto prescritto dall'art. 23 della Convenzione di Lanzarote**, che letteralmente impone agli Stati membri di perseguire coloro che intenzionalmente propongono, per mezzo delle tecnologie di comunicazione e di informazione, un incontro a un minore per compiere delitti di natura sessuale, sempreché tale contegno sia seguito da atti materiali finalizzati a tale incontro. Innanzitutto, un primo elemento eterogeneo attiene all'**ulteriore anticipazione della tutela della libertà sessuale del minore** apprestata dal legislatore nazionale rispetto alla normativa internazionale. Invero, **oggetto dell'incriminazione dell'art. 609-undecies C.P. è il mero adescamento del minore, inteso come un comportamento volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce posti in essere anche mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione.** Non è necessario perciò che l'agente si sia spinto a proporre un incontro alla sua vittima o abbia posto in essere una condotta concreta diretta ad ottenere un appuntamento, essendo sufficiente, per l'integrazione dell'elemento oggettivo della nuova fattispecie criminosa, che lo stesso sia riuscito ad accaparrarsi il controllo psicologico del minore. In secondo luogo, **l'ampiezza dell'uso dell'avverbio "anche" consente di estendere il campo di applicazione della disposizione oltre ai casi di adescamento "telematico", sanzionando anche i comportamenti di coloro che cerchino di carpire l'attenzione dei più giovani al fine di compiere un delitto di natura sessuale anche con mezzi diversi dalle cd. nuove tecnologie.**

visione da parte di colui che assiste a tali spettacoli purchè agisca nella consapevolezza che gli “attori” e le “attrici” siano minori.

3. Ora sono punibili ai sensi dell’art. 609 quater, comma II, cp anche le condotte omissive di chi, con la sua inoperatività, partecipa al reato nei casi in cui l’omissione proviene da una persona alla quale il minore era affidato per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza o semplice custodia.

3- Effetti della Convenzione di Lanzarote in tema di ascolto del minore

La convenzione citata e la plurimenzionato legge di ratifica del 2012, oltre ad inserire nuovi reati ed a modificarne altri, hanno anche profondamente innovato la preesistente normativa sul punto.¹¹⁵

Difatti la lg. 172/2012 ha introdotto:

1. nell’art. 351 c.p.p. il seguente comma 1 ter che recita: “ Nei procedimenti per i delitti p. e p. dagli art. 600, 600 bis, 600 ter, 600 quater, 600 quater 1, 609 quinquies, 609 octies e 609 undecies c.p. la polizia giudiziaria quando deve assumere sommarie informazioni da persone minori, si avvale dell’ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile nominato dal P.M.
2. nell’art. 362 c.p.p. il seguente comma 1 bis che recita: “Nei procedimenti di cui all’art. 351, comma 1 ter,cp, il P.M. quando deve assumere informazioni da persone minori si avvale dell’ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile.
3. al comma II° dell’art. 380 cpp , dopo la lettera d-bis, la lettera d-ter che recita: “delitto di atti sessuali con minorenni di cui all’art. 609 quater, I° e II° comma, c.p.;
4. dopo il comma V° dell’art. 391 bis cpp, il comma V° bis che recita: “Nei procedimenti per i delitti di cui all’art. 351 comma 1 ter, il difensore, quando assume informazioni da persone minori, si avvale dell’ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile;

¹¹⁵ Clelia Iasevoli, *Il minore “fonte di prova” tra assiologia ed effettività*, 2012, Satura editrice

5. all'art. 392 cpp, il precedente comma 1 bis è sostituito dal seguente nuovo comma 1 bis che ora recita: "Nei procedimenti di cui agli art. 572, 600, 600 bis, 600 ter, 600 quater, 600 quater 1, 600 quinquies, 601, 602, 609 bis, 609 quinquies, 609 octies, 609 undecies e 612 bis c.p. il P.M. anche su richiesta della persona offesa, ovvero la persona sottoposta alle indagini, possono chiedere che si proceda con incidente probatorio alla assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne anche al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 392, I° comma".
6. al comma V° bis dell'art. 398, dopo la parola 609 octies, è inserita la seguente; "art. 609 undecies cp;
7. all'art. 407, comma II° lett. a), al nr. 7 bis, le parole "600 bis, comma I°, 600 ter comma I°" sono sostituite dalle seguenti: "600 bis I° comma, 600 ter commi I° e II°".
8. al comma 1 bis dell'art. 444, le parole " 600 bis , I° e III° comma, sono sostituite dalle seguenti; "600 bis".

Al lettore non sfuggirà né la portata innovativa della norma né la complessità della sua attuazione ed interpretazione, con particolare riferimento a quanto riportato nei punti da uno a tre.

Fino ad ora, per il nostro ordinamento, il minore veniva sufficientemente tutelato con l'audizione protetta (vedi sopra) o almeno con la presenza di un assistente sociale ed ancora, quando possibile, con la presenza dei genitori (es; udienza di convalida dell'arresto) ma mai ci si era spinti fino al punto da richiedere, per un corretto ascolto del minore, **sin dalle primissime fasi delle indagini**, la presenza di uno psicologo o di un psichiatra infantile.

E' importate soffermarci su questo punto; *nulla quaestio* se parlassimo di CTU ex art. 359 o ex art. 360 c.p.p. o, meglio ancora, di incidente probatorio; ma qui la Convenzione di Lanzarote e la legge di ratifica sono chiare; l'ausilio dello psicologo o psichiatra è previsto anche per il primissimo ascolto del minore nella fase delle indagini o, addirittura, quando le indagini sono destinate ad iniziare **dopo** le dichiarazioni del minore.

L'operatore del diritto, colui che deve conciliare teoria e pratica, in poche parole, chi è costretto a fare i conti anche con la meno poetica realtà quotidiana, legittimamente si interroga; *quid juris* se alle ore 03,00 , quindi di notte, in una sonnolenta stazione di provincia dei Carabinieri, quindi non in una metropoli, piombano una minore di anni dieci accompagnata dalla zia materna per denunciare gli abusi sessuali del padre sulla figlia? A quell'ora, potrebbe essere molto difficile già trovare un assistente sociale, ma se poi è necessaria l'immediata presenza di uno psicologo o di uno psichiatra cosa mai dovrà fare il Carabiniere piantone della Stazione oltre a svegliare il sottoufficiale di turno che poi sveglierà con una telefonata il P.M. di turno?

Quale psicologo o psichiatra, magari residente in un comune vicino, allertato di notte dal P.M, riterrà di dover intervenire nei trenta-quaranta minuti successivi (prima che la minore magari cambi idea e decida di non parlare più) non essendo egli un Pubblico Ufficiale né un dipendente dello Stato costretto dal proprio status ad obbedire ? *Quid juris* se il più zelante degli psicologi o degli psichiatri, pur con un indennizzo irrisorio, e, quindi, solo per alto senso del dovere, si presentasse davvero, di notte, nell'esempio di cui sopra, presso la stazione dei Carabinieri? Oltre a plaudire al professionista intervenuto, dobbiamo domandarci se poi, quella descritta, sarebbe davvero la situazione ideale, da un punto di vista della correttezza del rapporto psicoterapeutico e del feeling psicodiagnostico, per compiere magari, a quell'ora, dei test psicologici . Ed, altra domanda: basterebbe questo accertamento per esser poi certi della veridicità di quanto asserito per poi, di conseguenza, arrestare o fermare, ad es., il padre abusante prima che ripeta le sue gesta odiose verso altri figli presenti in casa? Il teorico discetta sulle macchie di Rorschach ma il PM deve dare disposizioni alla PG e concertare con essa il da farsi. ¹¹⁶

¹¹⁶ Come si evince dalle indicazioni etico-deontologiche dell'American Psychological Association e dell'Ordine Nazionale degli Psicologi italiani, sia in psicomatria che in psicodiagnostica, le **macchie di Rorschach**, così chiamate dal nome del loro creatore Hermann Rorschach(1884-1922), sono la base del noto strumento (reattivo o **test di Rorschach**) per l'indagine della personalità, molto utilizzato anche per verificare turbe profonde della sfera dell'emotività quali conseguenze di un abuso sessuali.

L'utilizzo dell'interpretazione di "disegni ambigui" per valutare la personalità di un individuo è un'idea che risale a Leonardo da Vinci e Botticelli. L'interpretazione di macchie di inchiostro era parte integrante di un gioco del tardo diciannovesimo secolo. Quello di Rorschach fu, però, il primo approccio sistematico di questo genere. È possibile che l'uso di macchie d'inchiostro da parte di Rorschach sia stato ispirato dal medico tedesco Justinus

Kerner, che, nel 1857, pubblicò un popolare libro di poesie, ognuna delle quali ispirata a una macchia d'inchiostro creata accidentalmente. Anche lo psicologo francese Alfred Binet ha compiuto esperimenti con macchie di inchiostro utilizzate come test di creatività. Dopo aver studiato 300 pazienti e 100 soggetti di controllo, nel 1921 Rorschach scrisse il libro "Psychodiagnostik", destinato a formare la base del test, ma morì l'anno successivo, a soli 37 anni. Il metodo di valutazione dei risultati del test creato inizialmente da Rorschach fu migliorato dopo la sua morte da Samuel Beck, Bruno Klopfer, John Exner ed Evald Bohm. Il test si compone essenzialmente di 10 tavole, su ciascuna delle quali è riportata una macchia d'inchiostro simmetrica: 5 monocromatiche, 2 bicolori e 3 colorate. La scelta delle tavole, il loro ordine di presentazione, e le loro caratteristiche formali e contenutistiche richiesero molti anni di ricerche e tentativi da parte di Hermann Rorschach. **Le tavole vengono sottoposte all'attenzione del soggetto una alla volta e, per ciascuna e senza limiti di tempo imposto, gli viene chiesto di esprimere tutto ciò cui secondo lui la tavola somiglia.** (è possibile fare questo alle ore 03,40 nella citata stazione dei Carabinieri ?) Torniamo alla descrizione del test: pur non esistendo risposte giuste o sbagliate, esse sono normate da un poderoso elenco standardizzato che, secondo i sostenitori del test, ne renderebbe la valutazione attendibile. Dall'interpretazione delle risposte date a ciascuna tavola è possibile - a seconda del tipo di siglatura e di approccio teorico interpretativo - delineare un profilo per attitudini, un profilo di personalità (Sfera dell'Intelligenza, dell'Affettività e del Contatto Sociale) e identificare eventuali nodi problematici del soggetto. Tuttavia la definizione stessa di "Test" risulta non essere totalmente adeguata, in quanto come test psicologico presenta scarsissime proprietà psicometriche (statistiche). Si tratta di un Test molto complesso, che, se fornisce una descrizione istantanea della psiche del soggetto relativa al momento in cui viene effettuato, va poi interpretato da Psicodiagnosti che abbiano effettuato un training impegnativo (In Italia mediamente è di 3 anni) aggiuntivo alla laurea in Psicologia o alla specializzazione in Psichiatria. Molti studiosi ritengono che il termine più corretto sarebbe quello di "Reattivo di Rorschach", in quanto si vanno ad indagare le risposte soggettive di fronte a stimoli nuovi ed ambigui. Storicamente sono stati proposti diversi sistemi di classificazione ed analisi per ovviare a queste carenze psicometriche. In particolare, negli Stati Uniti a partire dalla fine degli anni '70 è stato dato inizio a ricerche di validazione sempre più ampie e strutturate, che hanno condotto all'articolazione di nuovi sistemi di "siglatura" (ovvero di strutturazione ed inquadramento categoriale delle risposte qualitative fornite dal soggetto). Solitamente non è categorizzato tra i test psicometrici oggettivi. Pertanto questo strumento viene sempre utilizzato tenendo presente questi limiti; è considerato invece ideale per enucleare le risposte attraverso l'uso di stimoli ambigui. Attualmente esistono due grandi gruppi di scuole di "siglatura": quella europea, dove prevalgono il "Metodo Chabert" o, anche, il Metodo "Bohm/Loosli-Uster/Passi-Tognazzo", e quella americana dove impera il Metodo Exner: **indipendentemente dall'approccio utilizzato, il Rorschach deve essere sempre applicato con grande attenzione e consapevolezza, e data la sua delicatezza e complessità interpretativa sarebbe consigliabile, per il professionista che intenda usarlo, ottenere preventivamente un'adeguata qualificazione ed esperienza d'uso.** L'interpretazione del test di Rorschach non si basa solo sul *contenuto* della risposta inteso come "che cosa" la persona vede nella macchia d'inchiostro. In effetti, il contenuto rappresenta una parte relativamente limitata di un insieme di variabili più ampio che viene impiegato per interpretare i dati: per esempio, il tempo impiegato dal soggetto per fornire una risposta ad una tavola è significativo (un tempo lungo può indicare "shock"), così come lo sono gli eventuali commenti accessori alla risposta vera e propria. In particolare, le informazioni sulle *determinanti* (gli aspetti generali della macchia d'inchiostro che hanno portato alla risposta, come la forma e il colore) e la *posizione* (quali dettagli della macchia hanno portato alla risposta) sono spesso considerate più importanti del contenuto, pur esistendo indicazioni contrastanti al riguardo. L'*originalità* può essere inoltre considerata un'ulteriore categoria di base. Il contenuto è etichettato "umano", "naturale", "animale", "astratto", eccetera, oltre ad essere classificato per frequenza statistica (originalità). Alcuni autori ritengono che, più di tutte le altre componenti del test, il contenuto può essere controllato in maniera cosciente dal soggetto, e può scaturire dai fattori più disparati, il che rende difficoltoso utilizzare il contenuto, svincolato dal resto, per trarre qualsiasi conclusione sulla personalità del soggetto; con alcuni individui, il contenuto è potenzialmente interpretabile in maniera diretta, e a volte è possibile ottenere informazioni analizzando tendenze tematiche che si ritrovano nell'intero insieme delle risposte (cosa fattibile solo quando sono state fornite parecchie risposte) ma, in generale, il contenuto non può essere analizzato fuori dal contesto dell'intero test. Esiste una notevole letteratura scientifica sul Rorschach, o basata sull'uso dello stesso. Può essere utile, in determinati contesti clinici ed in base agli specifici obiettivi, affiancare al Rorschach anche un altro Test quale un "Inventario della personalità"; ad esempio, la correlazione e il confronto tra test come il Rorschach e il MMPI2 potrebbe aiutare nel fornire un'immagine abbastanza esaustiva del sistema psichico indagato: il Rorschach ne delinea la personalità profonda, il Minnesota rileva l'espressione di essa. Le risposte sono generalmente fornite sulla base dell'intera immagine o di un dettaglio (la cui scelta può essere più o meno comune), oppure sullo spazio negativo intorno o all'interno della macchia d'inchiostro. I sistemi di interpretazione e di siglatura includono di norma il concetto di "determinanti", fattori che contribuiscono a far

E' facile comprendere, anche intuitivamente (per chi non avesse letto la nota), che un serio metodo scientifico verrebbe bruciato e reso inutilizzabile per il futuro; il test di cui stiamo parlando non è irripetibile ma gli psichiatri affermano che, per avere valore il risultato di un nuovo test, esso deve essere ripetuto dopo almeno cinque anni dalla prima somministrazione. Il che significa che nell'ambito dello stesso procedimento penale il test è irripetibile!

Attenzione; con ciò, lungi dal voler ridicolizzare le novità legislative, si cerca solo di capire come usare bene e non male un ottimo strumento di indagine e di protezione effettiva del minore anche perchè non si può nemmeno *annacquare* la serietà della questione affermando che si tratta di un adempimento lasciato alla discrezionalità della P.G. o del P.M.

Difatti, come suggerisce sul tema la miglior dottrina ¹¹⁷ l'eventuale ascolto del minore senza la presenza dell'ausilio dello psicologo o dello psichiatra infantile, diventerebbe inutilizzabile nel procedimento e nel processo *“per violazione di un divieto implicito contenuto nella prescrizione normativa, che, ricorrendo all'indicativo presente ¹¹⁸ non lascia ambiti di discrezionalità al soggetto che gestisce l'ascolto; la sua regolarità dipende dalla presenza dell'esperto, in quanto indispensabile ai fini della corretta acquisizione di quanto detto dal minore.”*

stabilire al soggetto la somiglianza tra la tavola e il contenuto identificativo; essi possono essere rappresentativi di alcune attitudini percettuali di base, mostrando aspetti del modo in cui il soggetto percepisce il mondo. L'opera originale di Rorschach utilizzava solo *forma, colore e movimento* come determinanti; attualmente, un'altra determinante basilare è considerata il *chiaroscuro*. La forma è la determinante più comune, e presenta una connessione con i processi intellettuali; le risposte al colore forniscono spesso informazioni sulla vita emozionale. Il chiaroscuro e il movimento hanno storicamente avuto interpretazioni e definizioni ambigue: in origine Rorschach non considerava per niente il chiaroscuro (che non era proprio presente nelle tavole, in quanto risultato del processo di stampa), e considerava solo il movimento in senso letterale, mentre altri gli attribuiscono il significato più ampio di qualcosa che secondo il soggetto "succede" nella tavola. Più di una determinante può contribuire alla formazione della percezione del soggetto, e la fusione di due determinanti viene registrata, pur tenendo in debito conto quale delle due ha fornito un contributo primario (ad esempio, "forma-colore" implica un controllo più raffinato degli impulsi rispetto a "colore-forma"). In effetti, è dalla relazione e dal bilanciamento tra determinanti che si può meglio inferire la personalità. Gli operatori di salute mentale (psicologi e psichiatri) ritengono necessario mantenere riservate le rappresentazioni delle tavole del Test di Rorschach, in modo da rendere spontanee e senza interferenze pregresse le risposte dei soggetti alla loro visione. **Il test si basa infatti essenzialmente sulla risposta "istintiva" del soggetto alla prima visione delle tavole; una precedente visualizzazione delle stesse potrebbe quindi inficiarne la validità, anche con gravi conseguenze a livello peritale o clinico.** Questa pratica è coerente con le indicazioni etico-deontologiche dell'American Psychological Association e dell'Ordine Nazionale degli Psicologi italiani, ed è ritenuta indispensabile per preservare l'affidabilità del test. (Da William Poundstone, *The Big Secrets* , 1983, *American Psychological Association*)

¹¹⁷ Clelia Iasevoli, *Il minore "fonte di prova" tra assiologia ed effettività*, 2012, Satura editrice, pag. 55.

¹¹⁸ Notare il verbo contenuto nella norma sempre coniugato all'indicativo presente **"si avvale"**

Non c'è allo stato una soluzione prefabbricata; anzi, più ci si addentra nella questione, più ci si accorge che il problema è ancora più complicato di quanto sembri e non soltanto sul versante pratico ma anche sul versante giuridico e non possiamo esimerci dal dare conto delle questioni sul tappeto.

La statuizione di cui all'art. 20 , comma IV° della Direttiva 2011/92/Ue impone la registrazione audiovisiva dell'ascolto del minore. Uguale obbligo non si trova nella Convenzione di Lanzarote né nella legge di ratifica.

Quali sono le ragioni per cui la legislazione europea ha previsto tale garanzia e la medesima Comunità europea, nella Convenzione di Lanzarote, non la ritiene necessaria o, comunque, non ne parla ?

La questione è rilevante perché il quarto comma dell'art. 20 citato dichiara che gli Stati membri della Comunità europea **debbono** adottare, nelle indagini che coinvolgono i minori per reati sessuali e nel momento in cui il minore deve essere ascoltato, **la tecnica della registrazione audiovisiva** poiché solo così potranno formare prova a dibattimento.

Come rigorosamente fa osservare la miglior dottrina ¹¹⁹ “*qui entra in gioco il principio costituzionale sancito dal I° comma dell'art. 117 della nostra Costituzione*” il quale afferma che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato nel rispetto della Costituzione onchè dei vincoli derivanti dall'ordinamento Comunitario e dagli obblighi internazionali.

Ne deriva che la legge del 2012, con la quale è stata ratificata la Convenzione di Lanzarote, deve non soltanto rispettare gli obblighi internazionali ma anche le direttive Ue che incidono sulla materia oggetto di legiferazione.

Tirando le somme sull'argomento, e volendo oltremodo profittare dell'esempio in corso della sonnacchiosa stazione CC di provincia alle tre di notte, o l'audizione del minore viene fatta, non solo con l'ausilio dello psicologo o dello psichiatra infantile, ma anche con i mezzi di registrazione audiovisiva (contemperando per via di buon senso le due statuizioni sovranazionali) oppure la mancata previsione dell'

¹¹⁹ Clelia Iasevoli, *op. cit.* , pag. 58

audiovideoregistrazione del “riferito” del minore offrirà il fianco a future pronunce di illegittimità Costituzionale della legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote.

L'unica via di uscita da tale rebus pare quella di approfondire meglio il significato delle locuzioni “ascolto del minore” ed “ausilio dell'esperto”.

Iniziamo a risolvere il problema indicato dal paradossale esempio della denuncia alle tre di notte: chi scrive ritiene che vada tenuta distinta la denuncia, quale moto proprio della parte, espressione del diritto alla libertà di espressione e di denuncia di fatti illeciti, dall'ascolto del minore. Questo ultimo, ma non la denuncia, implica un contraddittorio, un domandare ed un rispondere, un sentire ed un verificare, un parlare mentre si è valutati, un valutare con capacità scientifiche la persona vulnerabile che parla o che cerca di parlare.

Se, quindi, al momento della denuncia, il minore o l'adulto che l'accompagna denunciano per reati sessuali qualcuno, non ci dovrebbe essere bisogno né del pronto intervento dello psichiatra a qualunque ora del giorno o della notte né dell'allestimento dei mezzi di audiovideoregistrazione.¹²⁰

¹²⁰ La denuncia da parte dei privati è l'atto con il quale ogni persona porta a conoscenza dell'autorità - pubblico ministero o ufficiale di polizia giudiziaria un reato perseguibile d'ufficio del quale ha notizia. La denuncia può essere presentata in **forma orale** o **scritta**. Nel primo caso l'ufficiale di polizia giudiziaria - o il pubblico ministero - redige verbale, (**NON INTERROGA, NON CHIEDE, NON ASCOILTA**) mentre, nel secondo caso, l'atto dovrà essere sottoscritto dal denunciante o da un suo procuratore legale. Per la denuncia da parte dei privati non è previsto un contenuto formale tipico e il denunciante può limitarsi alla semplice esposizione del fatto. Quando la denuncia è facoltativa non è previsto alcun termine per la sua presentazione, mentre nei casi di denuncia obbligatoria apposite disposizioni stabiliscono il termine entro il quale essa deve essere fatta. La **querela** è la dichiarazione con la quale - personalmente o a mezzo di procuratore speciale - la persona offesa dal reato o il suo legale rappresentante chiede espressamente che si proceda in ordine ad un fatto previsto dalla legge come reato (ossia fa richiesta di punizione) per il quale non debba procedersi d'ufficio o dietro richiesta o istanza. La querela configura una **condizione di procedibilità**, ma contestualmente contiene l'informazione sul fatto-reato. La querela va fatta, **oralmente** o **per iscritto**, al pubblico ministero, a un ufficiale di polizia giudiziaria o, all'estero, a un agente consolare, e presentata personalmente o a mezzo di procuratore speciale, ma, con sottoscrizione autentica, può essere anche recapitata da un incaricato o spedita per posta in piego raccomandato.

L'Autorità che riceve la querela deve provvedere all'**attestazione** della data e del luogo della presentazione, alla identificazione della persona che propone la querela ed alla trasmissione degli atti all'ufficio del pubblico ministero (**art. 347 c.p.p.**). Non sono dettate regole particolari in ordine al contenuto dell'atto di querela. E' sufficiente, ma anche essenziale, che oltre ad essere indicato il fatto-reato risulti dalla querela la manifestazione non equivoca del querelante affinché si proceda in ordine al fatto-reato medesimo e se ne punisca il colpevole se e quando sarà compiutamente identificato dalla PG e ritenuto colpevole dall' AG. Se si vuole rimanere aderenti al diritto positivo e, quindi, alle nozioni basilari dei concetti giuridici di denuncia e di querela ora descritti, ci si accorge in maniera palese che non vi è alcun collegamento tra tali concetti giuridici e “*l'ascolto tecnico del minore vulnerabile da parte di persona esperta*” e di cui alla Convenzione di Lanzarote. Tale ascolto potrà quindi essere organizzato con calma - anche se al più presto possibile - nei modi di legge, con lo psichiatra, il PM e la fonoregistrazione. Questa soluzione appare approntata ai principi generali del nostro diritto e, perché no, anche al buon senso.

Risolto il primo problema, ovvero, *rectius*, trovata a questo ultimo una dignitosa soluzione, passiamo alla disamina della locuzione “ausilio dell’esperto”; se si accetta, come dato a questo punto ovvio, che deve essere esclusa la possibilità di adottare da subito test irripetibili come quello delle “*macchie di Rorschach*”, possiamo cominciare ad escludere che la locuzione citata vada interpretata come consulenza tecnica per accertamenti irripetibili ex art. 360 cpp.

Del resto, anche al di fuori dei test irripetibili secondo la scienza psicologica, l’audizione di una persona non è mai un accertamento tecnico irripetibile¹²¹ anche secondo la scienza giuridica per cui il PM ben potrà espletare l’ascolto del minore con “l’ausilio dell’esperto” di cui alla Convenzione di Lanzarote” secondo le normali procedure dell’art. 359 cp ovvero, molto meglio, facendo ricorso immediato all’incidente probatorio.

Tuttavia il contesto rimane delicato poiché in esso si alternano errori ed equivoci; si pensi alla capacità di deporre in giudizio del Consulente tecnico del PM che abbia svolto funzioni **di ausilio** all’organo dell’accusa¹²²; e tali errori ed equivoci solo a volte sono stati approcciati e risolti dalla giurisprudenza di legittimità.¹²³

La Suprema Corte ha, ad es., ha più volte chiarito¹²⁴ che l’esperto in neuropsichiatria infantile che abbia partecipato all’assunzione delle sommarie informazioni rese allla PG o al PM da parte del minorenne offeso dal reato non è annoverabile nella categoria degli ausiliari della PG o del magistrato inquirente poiché il significato tecnico del termine “ausiliari” ne identifica i componenti nell’ambito del personale di cancelleria e segreteria, escludendo le persone estranee alla P.A. che si trovino a svolgere di fatto, ed occasionalmente, determinate funzioni previste dalla legge.

L’accezione “ausiliario” è accezione tecnica, non suscettibile di interpretazioni *contra legem*; ciò comporta che l’esperto psichiatra del cui ausilio la PG o il PM deve avvalersi per l’applicazione della Convenzione di Lanzarote, esula da questa accezione

¹²¹ Tranne il caso, che qui appare poco pregnante, in cui la persona che deve rendere dichiarazioni sia in pericolo di vita.

¹²² Clelia Iasevoli, *op. cit.*, pag. 60

¹²³ Cass. Pen. sez. III°, 23.11.11 nr. 46769; Cass. Pen. Sez. III°, 15.07.11 nr. 39704.

¹²⁴ Per tutte Cass. Pen. sez. III°, 07.04.10 nr. 24294

e finisce inevitabilmente, come ci ricorda la miglior dottrina¹²⁵, nell'art. 196 c.p.p. per il quale ogni persona ha la capacità di testimoniare per cui deroghe a tale principio possono essere solo tassative e mai derivanti da interpretazioni estensive o fantasiose. Attraverso tale meccanismo di ingegneria giuridica possiamo escludere il consulente tecnico del PM dalla categoria degli ausiliari del PM sottraendo così il primo dalla situazione di incompatibilità a testimoniare prevista, per il secondo, dagli art. 197, co. I°, lett. d) cpp.¹²⁶

Del resto l'eventuale opinione contraria a tale conclusione cozzerebbe con il citato art. 196 cpp perché creerebbe arbitrariamente e *contra legem* un'altra categoria di soggetti ritenti per errore incompatibili all'ufficio del testimone.

Quindi, in buona sostanza, gli esperti in psicologia infantile che hanno assistito la PG o il PM nel corso delle primissime indagini, anche con nomine ed incarichi orali e privi di forma scritta, non essendo ausiliari nel significato tecnico del termine, dopo aver ascoltato il minore, potranno testimoniare a dibattimento.¹²⁷

Per amor di completezza dobbiamo dire che, sempre per il discorso della presenza o meno della registrazione audiovisiva dell'ascolto del minore, la Cass. ha anche detto che il CTU può testimoniare ma, senza registrazioni audiovisive, la sua testimonianza non può servire al giudice per formare il suo libero convincimento e servirebbe solo al limitato scopo di verificare la credibilità dei testi in vista dell'esame protetto¹²⁸

Tuttavia, nel 2012, quasi coevamente alla legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote, la Suprema Corte ha addolcito il tiro¹²⁹ affermando che la prova espletata in sede di incidente probatorio non può considerarsi nulla solo perché il Consulente tecnico del P.M. non aveva documentato con riprese audiovisive i colloqui avuti con il minore.

Ricordiamo che quanto fino ad ora detto serve unicamente a non ingessare i procedimenti per violenza sessuale contro i minori, riempiendoli di adempimenti burocratici talora impossibili, a tutto svantaggio della verità e dei minori stessi.

¹²⁵ Clelia Iasevoli, *op. cit.*, pag. 60

¹²⁶ R. Adorno, *Sull'incompatibilità del CTU nominato dal PM ex art. 359 cpp*, in Cass. pen., 1997, p. 2149

¹²⁷ Del resto, dopo la Convenzione di Lanzarote del 2007 e prima della legge di ratifica del 2012, la Suprema Corte aveva già, nel 2008, sancito tale principio; per tutte Cass. Pen. sez. III°, 09.10.2008, nr. 42721.

¹²⁸ Cass. Pen. sez. III°, 13.11.2007 nr. 2001

¹²⁹ Cass. Pen., sez. III°, 25.01.12 nr. 10380

Se però parliamo di giusto processo ex art. 111 Cost. , o di codice deontologico, di amore per il vero e non per il cavillo, di capacità del giudice minorile a giudicare con cognizioni di causa precise ed oggettive, di rispetto per il diritto alla piena difesa dell'indagato, spesso anch'esso minorenne, allora nessuno di noi può dissentire dal fatto che la PG o il PM in sede di ascolto del minore devono imporre al proprio ausiliario psicologo o psichiatra la registrazione audiovisiva dell'ascolto del minore, senza tener in alcun conto il fatto che la Convenzione di Lanzarote e la sua legge di ratifica non ne parlino.¹³⁰

Nicola Ciccarelli

Sostituto Procuratore
presso la Procura minori di Napoli

¹³⁰ Clelia Iasevoli, *op. cit.* , pag. 66-67

Avv. Domenico Ciruzzi

Media e processo penale nella contemporaneità

Non può non evidenziarsi come rispetto al problema del rapporto tra media e processo ed ai devastanti effetti da esso prodotti, gli operatori e gli studiosi del diritto e dell'informazione abbiano dimostrato un colpevole ritardo culturale (ad eccezione, tra gli altri, di Franco Bricola, Massimo Nobili, Glauco Giostra, Vincenzo Siniscalchi e, più modestamente, chi scrive).

Il processo mediatico, con tutti gli effetti e le distorsioni che ne derivano, non è purtroppo una novità degli ultimi mesi.

La storia giudiziaria degli ultimi trenta anni testimonia la progressiva ed, allo stato, inarrestabile deriva verso un processo sempre più caratterizzato dalla presenza "totalizzante" dei *mass-media*.

Già con il processo ad Enzo Tortora il meccanismo si svelò – a chi volle e fu in grado di comprenderlo – in tutta la sua interezza.

Un personaggio di enorme rilievo mediatico colpito da accuse gravissime attirò, ovviamente, la curiosità dell'opinione pubblica e, conseguentemente, l'attenzione (comprensibile ma spesso morbosa) dei media.

Si generò così un cortocircuito mediatico – giudiziario in cui ogniqualvolta sui giornali venivano riportate, con dovizia di particolari, nuove e spesso strampalate accuse nei confronti del noto presentatore, puntualmente "appariva" un sedicente pentito pronto a confermarle o ad inventarne di nuove.

Il micidiale mix tra informazione ed indagine produsse una duplice conseguenza: da un lato si distrusse, probabilmente in modo irreversibile, la reputazione e la dignità di un uomo innocente; dall'altro, si rese quanto mai complesso l'accertamento della verità processuale essendo necessario depurare i fatti dagli orpelli e dagli inquinamenti mediatici.

Trenta anni da allora sono passati eppure, sino a pochi mesi fa, si è finto che il problema non esistesse.

Si è dovuto attendere l'intervento del potere politico - con un disegno di legge indivisibile e privo di efficacia rispetto alla situazione descritta che, tuttavia, ha avuto il merito di riaccendere un dibattito ormai sopito - perché gli operatori del diritto e dell'informazione prendessero atto degli errori commessi e proponessero (si spera non oltre il tempo massimo) degli adeguati correttivi.

Pare in questa sede opportuno ad esempio evidenziare, sia pure in sintesi, gli effetti accusatori devastanti e sovente fuorvianti che producono le selezioni a senso unico di spezzoni di intercettazioni telefoniche propalate sui *media* i quali, a loro volta, compiono un'ulteriore selezione che privilegia i dati sensazionalistici e più "allarmanti", in ragione della specificità del linguaggio proprio dei *media*.

Pertanto, tali selezioni di estrapolazioni di conversazioni intercettate, una volta propalate ed ingigantite dai *media* - talvolta anche attraverso la "recitazione" di attori professionisti che arbitrariamente reinventano finanche i toni, le pause, le sottolineature dell'uso della voce, necessariamente soltanto in senso accusatorio essendo privi di saperi circa le molteplici gamme interpretative sottese alle espressioni riportate in atti giudiziari - diventano per l'opinione pubblica e sovente per gli stessi soggetti processuali (testimoni, persone informate sui fatti, giudici del riesame ...) improprie e fuorvianti "certezze legali privilegiate".

L'acquisizione falsata dei suddetti elementi legali privilegiati provoca errati e fuorvianti pregiudizi non soltanto nella cd. "casalinga di Voghera", ma sovente negli stessi soggetti processuali.

E se ciò risulta lapalissiano rispetto ai soggetti informati sui fatti non ancora escussi è forse errato ritenere che finanche il giudice terzo possa essere a sua volta "condizionato" in senso accusatorio?

Fin quando non si sarà compresa pienamente l'ontologica differenza tra la "**pubblicità del processo**", costituzionalmente protetta, ed **il fuorviante principio della cd. "trasparenza"** invocato ed agitato dai *media* (e da chi processualmente i *media* usa), **continueremo ad assistere impotenti a devastanti inquinamenti probatori, indotti dallo stesso circuito mediatico – giudiziario.**

La Pubblicità del processo consiste nel consentire il “controllo” di ogni snodo processuale, rispettando il ruolo e le competenze di ciascuna parte in causa, **avendo fiducia nel meccanismo delle deleghe di specifiche competenze.**

In una moderna democrazia, la pubblicità è assicurata dal cronista giudiziario (e dal cittadino) che “guarda, assiste, controlla ed interpreta” ciò che è posto in essere da chi ha avuto democraticamente la delega dalla collettività per accusare, difendere, giudicare; **ma i “controllori” non possono mai, in nome del fuorviante pseudo – principio della trasparenza, sostituirsi a coloro che hanno ricevuto le deleghe, azzerando i residuali principi di riserbo e di segretezza in delicatissime fasi dell’indagine: pena il naufragio e l’inabissamento definitivo della sacralità sociale del processo.**

Il profondo e complesso meccanismo, ad esempio, di una regola di esclusione probatoria - che nasce attraverso un conflitto ed un confronto tra le parti, a seguito di elaborazioni dottrinarie che spesso hanno radici millenarie - non può essere azzerato o anestetizzato in un sol colpo. In nome della “Trasparenza” e della “Verità” già acquisita *in pectore*, vi è chi ritiene tale regola superflua se non dannosa – per ignoranza o, peggio, per cinismo strumentale –, imbastendo processi televisivi che, per acquisire maggior consenso, hanno necessità di utilizzare linguaggi definiti, a torto, “semplificati” ma che, in realtà, **sono profondamente errati e fuorvianti.**

In caso contrario, c’è il rischio di tornare alla “legge del taglione”, con tutte le conseguenti bestialità.

In questi anni, la violazione del segreto d’indagine, divenuta ormai avvilente consuetudine, rischia di produrre paralleli effetti devastanti, sia sul piano strettamente processuale e sia sotto il profilo politico-sociale: gli elementi raccolti utilizzando le tecniche invasive (intercettazioni, perquisizioni, sequestri...) proprie del processo penale, “tecniche” che costituiscono un’eccezione alle garanzie di libertà del cittadino, e che la Carta Costituzionale “tollera” in via residuale esclusivamente al fine di rinvenire elementi di reità per gravi fatti in danno della collettività, vengono contestualmente provalate dai *media*.

Tale immediata divulgazione produce gli stessi effetti devastanti di una sentenza definitiva in danno di un singolo indagato o di un intero ambiente politico - sociale senza alcuna possibilità di contraddittorio e di preventiva verifica giurisdizionale.

Nella prassi giudiziaria della contemporaneità, il perfetto sinallagma P.M.- cronista, può produrre, dunque, anche sorprendenti inversioni di ruoli e funzioni.

Attraverso tali repentine inversioni di ruolo, il cronista, **“utilizzando” i poteri eccezionali del P.M., a quest’ultimo riservati in via esclusiva e al cronista rigorosamente vietati**, riporta sulla stampa fatti anche non penalmente rilevanti attinenti alla sfera privata delle persone, nonostante i molteplici divieti sia generali che specifici, producendo in tal modo non soltanto una grave lesione della privacy dei soggetti coinvolti, ma anche (*rectius*, soprattutto) distorcendo in senso esclusivamente accusatorio la stessa investigazione.

Il meccanismo descritto non soltanto non viene confutato ma sembra essere, addirittura, teorizzato da alcuni prestigiosi addetti ai lavori, che hanno sostenuto perfino la necessità di violare le norme del codice penale al fine di smascherare “l’uomo pubblico” che infrange anche soltanto le regole comportamentali.

Tale impropria utilizzazione, però, non soltanto è vietata dalla legge già oggi vigente ma è potenzialmente altamente inquinante per i principi essenziali di una moderna democrazia giacchè delle mere ipotesi, captate illegittimamente dal cronista, vengono riportate sulla stampa ed inevitabilmente percepite dal lettore come verità assolute. E’ opportuno precisare, al fine di evitare strumentali fraintendimenti, che non si auspica certamente l’oblio dell’informazione, a cui viceversa occorre sempre fornire adeguata protezione.

Ciò che si evidenzia invece è che tale trasparenza informativa deve prodursi rispettando le “regole eccezionali” e necessarie che blindano il processo penale come “percorso protetto”, sia pure per un periodo di tempo contenutissimo e, cioè, **quantomeno sino alla decisione del Tribunale del Riesame.**

Dopo il riesame, dovrebbe invece essere riconosciuto un vero e proprio **diritto del giornalista ad ottenere copia dell’ordinanza del riesame, dell’ordinanza cautelare e delle eventuali memorie difensive**, con possibilità di pubblicare il contenuto degli

atti legittimamente acquisiti in copia ma con il divieto assoluto di pubblicazione dell'atto integrale fino al decreto che dispone il rinvio a giudizio. Tale diritto alle copie renderebbe davvero libero il giornalista, non più necessariamente dipendente da un'unica fonte, evitando, peraltro, anche il rischio di trasformare il cronista giudiziario da "cane da guardia della democrazia" in "cagnolino da salotto delle Procure".

Di fronte allo scempio della dignità e dell'immagine complessiva effettuata dal micidiale ed inarrestabile mix mediatico – giudiziario, è invero un **dovere deontologico** del difensore del terzo millennio pretendere, atteso lo sbilanciamento informativo che il sistema attuale produce, di intervenire tempestivamente sui media quando, **suo malgrado**, una determinata vicenda processuale fuoriesca dalle aule di giustizia.

L'auspicio è che intervenga al più presto una riforma complessiva che attui finalmente un equo bilanciamento informativo nel rispetto del percorso protetto che è il processo penale, senza bavagli e senza sconfinamenti.

In una prospettiva di inderogabili riforme, il difensore dovrebbe essere munito di un *bonus*, di un analogo spazio di intervento rispetto a quello assegnato precedentemente alle notizie accusatorie, garantito da specifici obblighi di legge imposti agli organi di informazione e non già in forza di rapporti "amicali" e di mera, tollerata, cortesia.

L'auspicio è che, in attesa di necessarie ed improcrastinabili riforme, l'avvocatura, che pure registra al suo interno su tali temi gravi ritardi percettivi, possa contribuire a sedimentare una nuova cultura che **modifichi anche la strutturata ritrosia del sistema dei media a propalare le legittime ragioni della difesa.**

In ragione di quanto sin qui affermato ritengo particolarmente fuorviante ed errato lo slogan (pur animato dalle migliori intenzioni) che riecheggia nelle piazze e nei salotti televisivi: "*Intercettateci tutti*".

Siffatto slogan – che si ricollega alla visione della "trasparenza" appena descritta – invero (al di là delle stesse intenzioni dei soggetti che lo proclamano a gran voce) lungi dal rappresentare uno sfoggio di democrazia e di legalità rimanda a concezioni antidemocratiche e totalitarie dello stato che, in ogni momento, può osservare, controllare e, conseguentemente, reprimere ogni aspetto della vita dei propri cittadini.

Sul punto, non può non venire alla mente lo straordinario film di Florian Henckel von Donnersmarck “Le vite degli altri” (film probabilmente amato dagli stessi soggetti che invocano, sia pur provocatoriamente, “l’intercettazione di massa”) che più di ogni complessa analisi riesce a far comprendere i guasti e le profonde ingiustizie prodotte da un potere in grado di penetrare , attraverso l’ascolto delle conversazioni, nella vicende private dei cittadini.

Domenico Ciruzzi

Presidente della Camera Penale di Napoli

Avv. Carlo Gentile

Minori stranieri non accompagnati.

La nozione di minore in stato di abbandono, presupposto indefettibile per l'adozione di minori, è cosa diversa e distinta dal concetto di **minore straniero non accompagnato**. Con tale ultima espressione si designa ogni soggetto minorenni che non abbia la cittadinanza italiana o di altri Stati dell'Unione europea e che, non avendo presentato una domanda di asilo, si trovi in Italia senza i genitori ovvero senza altri adulti che ne siano legalmente responsabili secondo la legislazione italiana. In tale nozione, quindi, sono compresi tanto i minori che si trovino in Italia da soli, quanto i minori che vi si trovino in compagnia di soggetti maggiorenni che non ne siano formalmente affidatari.

L'articolo 42 della L. 218/1995 in materia di riforma del diritto internazionale privato, individua la giurisdizione e la legge applicabile in materia di protezione dei minori stranieri, statuendo che la protezione dei minori è in ogni caso regolata dalla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, resa esecutiva con la legge 24 ottobre 1980 n. 742. A norma dell'**articolo 1 di tale convenzione**, le autorità, sia giudiziarie che amministrative, dello Stato di residenza abituale di un minore sono competenti ad adottare misure tendenti alla protezione della sua persona o dei suoi beni. Il concetto di residenza abituale del minore, cui la convenzione fa riferimento, è poi frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, secondo cui, in linea di massima un minore può considerarsi abitualmente residente in Italia dopo circa sei mesi di permanenza stabile sul territorio italiano.

Ciò comporta che tutti gli istituti predisposti dall'ordinamento italiano a tutela ed a protezione dei minori (tutela, adozione, affidamento familiare e provvedimenti ablativi della potestà genitoriale ex art. 330 e ss. c.c.), sono applicabili a tutti i soggetti minorenni che si trovino nel territorio dello stato italiano, indipendentemente dalla

cittadinanza di essi. Quindi, ricorrendone i presupposti di legge, tali istituti si applicano tanto ai minorenni italiani, quanto ai minorenni stranieri. Per quanto concerne specificamente l'adozione, ciò è previsto espressamente dall'art. 37 bis della legge, secondo cui, al minore straniero il quale si trovi nello stato in situazione di abbandono si applica la legge italiana in materia di adozione.

In base alla definizione sopra riportata di minori non accompagnati, è controverso se i minori stranieri che siano affidati soltanto di fatto ad un parente entro il quarto grado, debbano o meno considerarsi non accompagnati. Ciò in quanto tali minori di fatto sono stati affidati ad un parente entro il quarto grado, ma questi non è legalmente responsabile, perchè manca un provvedimento formale di affidamento.

Al riguardo, merita un breve cenno in questa sede la problematica concernente la possibilità di procedere ad un **affidamento familiare formale dei minori non accompagnati ed affidati di fatto ai parenti entro il quarto grado**. Ci si è chiesti se tali minori possano essere affidati anche formalmente ai parenti entro il quarto grado, cui, di fatto essi già sono affidati.

Non tutti gli operatori sono propensi a formalizzare tale tipo di affidamento di fatto.

Alcuni Tribunali per i minorenni hanno disposto l'affidamento giudiziale, sul presupposto che in tali casi, ricorrendo un mero affidamento di fatto, manca l'assenso formale dei genitori del minore all'affidamento.

In altri casi invece si è preferito ricorrere ad un affidamento consensuale, operato dai servizi locali, sul presupposto del consenso implicito dei genitori all'affidamento. Ciò in quanto i minori di solito vengono affidati ai parenti entro il quarto grado proprio dai loro genitori: per cui, se il consenso genitoriale all'affido manca in senso formale, tuttavia tale consenso può presumersi come implicitamente esistente, stante l'affido di fatto del minore.

Sempre in tema di minori stranieri non accompagnati, è opportuno esaminare, sia pure brevemente, la normativa italiana in materia di immigrazione e cioè la **Legge 6 marzo**

1998 n. 40, che regola l'ingresso in Italia, la permanenza sul territorio dello Stato, il respingimento alla frontiera e l'espulsione di tutti i soggetti stranieri e quindi anche dei minori.

L'articolo 1 di tale legge dispone che essa è applicabile "ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea e agli apolidi", quindi agli extracomunitari.

1) L'ingresso in Italia del minore straniero è regolare se il minore disponga di un passaporto o di un altro documento ad esso equivalente e di visto d'ingresso. Infatti, ai sensi dell'**articolo 33** della legge sull'adozione dei minori, poi, fatti salvi i casi di ingresso per fini familiari, turistici, di studio e di cura, l'ingresso nel territorio dello Stato italiano è consentito ai minori solo se siano muniti di un visto di ingresso rilasciato dalla Commissione per le adozioni internazionali, perchè il minore straniero venga adottato in Italia, ovvero se il minore sia accompagnato da almeno un genitore o da parenti entro il quarto grado.

Chiunque venga a sapere in qualunque modo che un minore straniero non accompagnato, secondo la definizione di cui sopra, è presente nel territorio dello Stato, deve segnalare la cosa, con informazioni il più possibile dettagliate, tramite la Prefettura territorialmente competente ovvero tramite altro Ente locale, al Comitato per i minori stranieri. Questo è un organo con competenze specifiche in materia di protezione dei minori, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Qualora il minore straniero versi in stato di abbandono, invece, la segnalazione andrà fatta alla competente Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni che, ai sensi dell'articolo 37 bis della legge sull'adozione dei minori, applicherà la legge italiana in materia di adozione, di affidamento e di provvedimenti necessari in caso di urgenza.

2) La permanenza in Italia di un soggetto straniero che abbia fatto regolare ingresso nel paese, è poi subordinata al possesso da parte dello stesso di una carta di soggiorno o di un permesso di soggiorno.

La **carta di soggiorno** è un documento privo di data di scadenza che secondo la

normativa in esame può essere rilasciato allo straniero minore che si ricongiunga con un cittadino italiano o col cittadino di uno Stato membro dell'Unione Europea, ovvero che si ricongiunga o venga affidato ad un cittadino straniero che a sua volta sia già titolare di una carta di soggiorno.

La carta di soggiorno è un documento che consente di espletare un'attività lavorativa in Italia.

Esistono invece diversi **tipi di permesso di soggiorno**.

Un minore straniero infraquattordicenne, di regola non ha un documento proprio di soggiorno in Italia, poichè egli viene iscritto nella carta di soggiorno o nel permesso di soggiorno del genitore convivente, ovvero del diverso soggetto cui formalmente egli sia stato affidato.

Al minore straniero non accompagnato, invece, a seconda dei casi, potrà essere rilasciato uno dei seguenti tipi di permesso di soggiorno.

a) **Il permesso di soggiorno per motivi familiari** è rilasciato al minore che conviva con un cittadino italiano che sia un suo parente entro il quarto grado, ovvero che sia affidato o sottoposto a tutela e si sia ricongiunto con il proprio affidatario o tutore, ovvero, infine, che venga affidato ad un cittadino straniero.

b) Analogo al permesso di soggiorno per motivi familiari è il **permesso di soggiorno per affidamento**, che presenta rispetto al precedente la sola variante di essere attribuito al minore straniero che sia stato affidato in base alla legge sull'adozione di minori.

c) **Il permesso di soggiorno per protezione sociale** è rilasciato allo straniero quando siano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero, ed emergano concreti pericoli per la sua incolumità, per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione dedita a uno dei predetti delitti o delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio.

Tale tipo di permesso di soggiorno può essere rilasciato altresì allo straniero che abbia finite di espiare una pena detentiva applicatagli per reati che egli abbia commesso durante la minore età, purchè però abbia partecipato concretamente ad un programma di assistenza e di integrazione sociale.

Tale documento può essere rilasciato anche ai minorenni.

d) Il **permesso di soggiorno per minore età** è un documento che viene rilasciato al minore straniero ultraquattordicenne fino al compimento della maggiore età, in tutti i casi in cui questi non possa ottenere altro tipo di permesso di soggiorno. Esso non consente di espletare attività lavorativa e non può essere convertito in altro tipo di permesso al momento del compimento della maggiore età.

Il permesso di soggiorno per motivi familiari o per affidamento, al momento del conseguimento della maggiore età del titolare, scadono, ma possono essere convertiti in altro tipo di permesso di soggiorno per motivi di studio o di lavoro, ovvero per esigenze sanitarie o di cura. Invece il permesso di soggiorno per protezione sociale non scade col conseguimento della maggiore età del titolare. Il permesso di soggiorno per minore età, infine, scade con la maggiore età del titolare e non è convertibile in permesso di altro tipo. Tutti i permessi di soggiorno esaminati, tranne quello per minore età, consentono al titolare di espletare un'attività lavorativa in Italia.

3) Il respingimento alla frontiera è una misura consentita anche a carico dei minori i quali, da soli o accompagnati da un adulto, tentino l'ingresso nel territorio dello Stato italiano senza essere muniti dei documenti (passaporto valido e visto) previsti dalla legge per l'ingresso degli stranieri in Italia.

E' doveroso specificare che il respingimento è consentito soltanto alla frontiera, cioè all'atto del tentativo di ingresso abusivo nel territorio italiano e mentre tale tentativo è quindi ancora in corso.

Ove invece l'ingresso abusivo in Italia sia già avvenuto, se il minore non sia accompagnato da almeno un genitore o un parente entro il quarto grado, lo Stato italiano sarà competente ad adottare misure di protezione del minore in via di urgenza, ai sensi dell'articolo 9 della Convenzione dell'Aja, tramite il competente Tribunale per i minorenni ovvero tramite il Comitato per i minori stranieri.

4) L'espulsione degli stranieri minori è vietata dall'art. 19 del Testo unico sull'immigrazione, salvo che per motivi di ordine pubblico e salvo comunque il diritto

del minore di continuare a stare al seguito del genitore o dell'affidatario che venga espulso.

5) Il reimpatrio assistito. Quando un minore non accompagnato soggiorni irregolarmente in Italia, perchè si trovi nel territorio dello stato in violazione della normative sull'immigrazione, in virtù del principio del superiore e preminente interesse del minore, si pone l'alternativa tra accoglimento del minore in Italia o respingimento dello stesso nel proprio stato di origine. Occorre perciò verificare di volta in volta se per il minore sia preferibile un ritorno nel proprio paese di origine, ovvero se per l'interesse del minore sia preferibile l'accoglimento in Italia e la conseguente applicazione della misura di protezione del minore stesso, prevista dal nostro ordinamento e che appaia maggiormente rispondente all'interesse del minore nel caso concreto.

La differenza tra espulsione, vietata per i minori, e reimpatrio assistito, non è meramente terminologica, bensì sostanziale.

L'espulsione è un provvedimento di ordine pubblico e di carattere obbligatorio, che nei casi previsti dalla legge viene adottato obbligatoriamente dal Prefetto. Invece il reimpatrio assistito è un provvedimento discrezionale, che il Comitato per i minori stranieri può adottare a seguito di una valutazione concreta dell'interesse del minore, quando accerti che in concreto il reimpatrio del minore sia rispondente al suo interesse.

La valutazione di tale alternativa tra accoglimento e reimpatrio assistito del minore, è infatti affidata dal nostro ordinamento al Comitato per i minori stranieri. A norma dell'**articolo 1 del Regolamento** di tale Comitato, l'espressione rimpatrio assistito comprende: "l'insieme delle misure adottate allo scopo di garantire al minore interessato l'assistenza necessaria fino al ricongiungimento coi propri familiari o al riaffidamento alle autorità responsabili del Paese d'origine, in conformità alle convenzioni internazionali, alla legge, alle disposizioni dell'autorità giudiziaria ed al presente regolamento. Il rimpatrio assistito deve essere finalizzato a garantire il diritto all'unità familiare del minore e ad adottare le conseguenti misure di protezione".

Una volta ricevuta la segnalazione della presenza in Italia di un minore non accompagnato, il Comitato per i minori stranieri deve provvedere a svariati adempimenti. Entro sessanta giorni deve avviare le ricerche volte a rintracciare i familiari del minore, nonchè per accertare se le autorità del paese d'origine del minore siano disponibili a recepire il minore in affidamento al momento del rimpatrio.

Inoltre, il prima possibile il Comitato per i minori stranieri deve sollecitare il Giudice Tutelare competente per la nomina di un tutore provvisorio al minore, affinché questi possa tutelare in via provvisoria gli interessi del minore. Infine il Comitato deve richiedere al Tribunale per i minorenni il nulla osta al reimpatrio del minore, che viene rilasciato se non vi ostino esigenze processuali.

Durante la procedura in esame, in ossequio al diritto di partecipazione del minore, previsto dall'art. 12 della convenzione di New York, questi andrà sentito, affinché possa esprimere il proprio parere e le proprie esigenze.

La decisione circa l'accoglimento o il reimpatrio del minore è impugnabile in sede giudiziaria con ricorso al T.A.R. competente.

Carlo Gentile

Avvocato Foro di Napoli

Dott. Sandro Forlani - Dott.ssa Carmela Panico
Minori in Comunità e concedibilità di permessi

Premesso che i minori in Comunità penale sono in prevalenza giudicabili (G.I.P, G.U.P, Dibattimento T.M., Corte d'Appello) e più raramente "definitivi" le possibilità per essi di poter aspirare ad un permesso di necessità o premio, sono le stesse di cui fruiscono gli adulti e i coetanei inseriti in IPM. La normativa prevede:

- a) Permessi di necessità, che possono essere concessi ai giudicabili e ai condannati definitivi
- b) Permessi premio che possono essere concessi ai soli condannati definitivi

Risulta evidente che i minori della Comunità possono fruire in prevalenza dei permessi di necessità che ancorché svincolati dalle esigenze trattamentali vengono concessi per gravi e comprovati motivi di salute della famiglia o per eventi particolari (compleanni, onomastici, matrimoni, battesimi, cresime, sfratti ecc..).

Essi vengono richiesti dagli interessati, dai prossimi congiunti o dai difensori, con il parere favorevole del Direttore di sede che non obbliga il giudice a decidere in conformità.

Per la durata, si tiene conto dei progressi del comportamento all'interno della Comunità, della partecipazione alle attività, del senso di responsabilità e correttezza verso gli operatori o i compagni, del reato e del contesto familiare e territoriale verso il quale dovrà essere speso il permesso.

Il tempo necessario a raggiungere la sede di utilizzo del permesso non può essere conteggiato nello stesso. Se il permesso, per esempio è di 12 ore, alle dodici ore si deve aggiungere il tempo di percorrenza che deve essere calcolato in base all'art. 174 comma 1 c.c.p. In genere su una percorrenza di 50 KM si ha diritto ad un giorno (24 ore). Per prassi la distanza media è di 50 KM per andare e tornare; circa un decimo di 24 ore che fa 2 ore e 40 minuti. Dunque, dodici ore di permesso più 2 ore e 40 minuti fa 14 e 40! In caso di rigetto o di reiezione, il Magistrato ha l'obbligo di motivare il

diniogo! Il ritardo nel rientro contenuto nel limite delle tre ore non ha conseguenze, fino a 12 ore solo conseguenze disciplinari, oltre comporta la denuncia per evasione.

Durante la fruizione del permesso i controlli dell'utente vengono svolti dalla forze dell'ordine anche sulle prescrizioni eventualmente stabilite dall'A.G. Se durante il permesso il soggetto si comporta male o non fa ritorno in sede, il Magistrato competente con proprio decreto, stabilisce che il periodo in questione non venga conteggiato nella misura cautelare e dunque nella pena definitiva.

Ciò premesso, si rileva nella pratica quotidiana un uso molto marginale della concessione dei permessi. Sono quasi esclusivamente orari e non superano le 12 o 13 ore. Al contrario costituiscono uno strumento fondamentale per riavvicinare il soggetto ai legami familiari e sociali al contesto di provenienza. Una concessione più ampia in termini di ore o giorni potrebbe consentire alla stessa autorità giudiziaria un margine di conoscenza e apprezzamento dei comportamenti extra comunitari dell'utenza più significativi e produttivi di quanto sin qui avvenuto, favorendo giudizi più attendibili sul prosieguo del trattamento futuro e sulle più opportune strategie da predisporre a favore del soggetto che è spinto spesso da comportamenti utilitaristici e/o di grande responsabilizzazione. Come si diceva, per i soli condannati definitivi, casi per la verità assai sporadici, sono previsti i permessi premio. Essi possono essere concessi secondo i parametri individuati per quelli di necessità e cioè:

- 1) per buona condotta,
- 2) per le favorevoli condizioni del contesto socio-familiare presso cui il permesso sarà fruito
- 3) per le possibilità di coltivare in modo fruttuoso gli affetti e le relazioni familiari e sociali.

Nella durata è compreso anche il tempo del viaggio.

Per i permessi, sia di necessità sia, premio è stabilita la possibilità nell'anno solare di fruirne per un massimo di 60 giorni con un limite per ciascuna volta di 20 giorni.

Si tratta di una opportunità scarsissimamente utilizzata che invece diversifica e di molto, la normativa dei minori da quella degli adulti.

Su questo argomento, il legislatore lungi mirante del 1975 ha derogato “apertis verbis” per valorizzare la posizione del minore bisognoso di un trattamento manifestamente diverso da quello degli adulti. L’applicazione tuttavia per analogia ai minori della normativa degli adulti viola il divieto dell’etero integrazione che è un principio antichissimo degli ordinamenti dei paesi più progrediti che impongono di trattare in modo diverso situazioni oggettivamente diverse (un minore è una frazione di un adulto e non può che ricevere considerazioni e attenzioni appropriate che fanno a pugno con l’analogia la cui eccezionalità non può durare da quasi quarant’anni da come avviene in Italia).

Nell’attesa ormai, messianica, di un ordinamento per l’esecuzione delle misure cautelari e definitive per i minori, gli operatori sono chiamati ad un ruolo coraggioso di proposte innovative che superino l’immobilismo e che adattino l’interpretazione delle norme pensate per gli adulti alla condizione di un minore in costante evoluzione necessitante di trattamenti finalmente rispettosi dello status. A proposito dell’interpretazione delle leggi, S. Paolo apostolo diceva : “LITTERAM ENIM OCCIDIT SPIRITUS AUTEM” VIVIFICAT. È l’anima il fulcro della norma da interpretare e non la forma soprattutto per soggetti in età evolutiva. Per concludere, si auspica l’utilizzazione più frequente ed ampia della normativa sui permessi proprio nel corso delle misure cautelari non detentive (comunità) nell’ambito delle quali la concessione o la negazione di tali benefici possono essere un potente strumento pedagogico nelle mani degli operatori e degli stessi Magistrati che devono assolvere nel modo migliore al potere costituzionalmente garantito di decidere con il minimo danno possibile per il soggetto.

Ad ulteriore conferma della impostazione data all’esame approfondito di tale problematica, l’Ed. C. Panico della Cooperativa Sociale “Il Quadrifoglio” espone di seguito in qualità di “tecnico del trattamento” l’estrema utilità pedagogica di un più ampio e coraggioso ricorso all’Istituto dei Permessi.

Nella pratica quotidiana si osserva di frequente che uno dei pochissimi strumenti a disposizione dell’Educatore e, che incide tantissimo sulla motivazione del minore a tenere alto e costante l’impegno verso il PEI -Programma Educativo Individualizzato-

della comunità, è quello del “rientro temporaneo in famiglia”. Ciò è dovuto in parte all’amplificazione dell’emotività, da parte dei ragazzi, nei confronti dei familiari una volta entrati nel circuito penale ma anche, all’idealizzazione delle figure parentali e del rapporto atteso da quest’ultime, dopo un periodo di restrizione della libertà. A sostegno di ciò è l’atteggiamento che si registra, con crescente frequenza nei minori – e che è caratterizzato per l’appunto- da aspettative troppo elevate rispetto all’importanza e alla cura che le famiglie dovrebbero assumere nei propri confronti e, che non sempre è rispondente alla realtà; aspetto quest’ultimo che molte volte porta ad un enorme frustrazione nonché crisi nel giovane che, se non gestita bene dall’èquipe comunitaria, potrebbe avere conseguenze devastanti sull’emotività del minore stesso. In virtù anche, di tale situazione i rientri andrebbero concessi con maggiore frequenza in modo tale, da ancorare il giovane al qui ed ora di un menage familiare non sempre rispondente ai propri bisogni e ai propri desideri e altresì perché darebbe la possibilità al ragazzo di ri-entrare nel proprio contesto d’appartenenza con maggiore serenità comprendendo anche meglio, il lavoro svolto da mesi in Comunità; dare importanza dunque, allo stesso tempo “al dentro” e “al fuori” affinché, il minore possa sentirsi sorretto e guidato costantemente nel suo processo di crescita e, soprattutto percepirsi e percepire in maniera corretta le situazioni che lo circondano per poi, essere messo nella condizione di scegliere con maggiore chiarezza il proprio cammino.

Ma, approfondiamo meglio cosa accade nel quotidiano, solitamente capita che nonostante ci siano delle proposte di rientro temporaneo in famiglia (ovviamente dopo la chiusura delle indagini nel rispetto delle condizioni processuali) motivate, dall’èquipe educativa della Comunità, in virtù di una condotta rispettosa da parte giovane fatta di impegno e costanza nelle diverse attività formativo-educative, dall’aver avuto un comportamento riguardoso nei confronti di tutto il personale presente nella struttura come anche verso i compagni, nell’aver iniziato una revisione critica nei confronti del reato e dei suoi atteggiamenti passati, queste proposte, vengono dal Giudice (GIP, GUP, Dibattimento) rigettate e quasi mai motivate e, soltanto dopo diversi mesi dall’ingresso del minore nella struttura comunitaria - in quanto ritenuto breve probabilmente da qualche Giudice il tempo di permanenza nella

struttura al momento della richiesta dell'èquipe- le stesse proposte vengono prese in considerazione ed accettate dai Magistrati. Questa modalità non sempre è risultata funzionale alle diverse personalità prese in carico dalla sede ospitante in quanto, ha destabilizzato il buon andamento del percorso educativo del minore e minato il rapporto con l'èquipe educativa che ha invece, ritenuto idonea la proposta; questo processo, porta ad inclinare la relazione che nel tempo si è costruita col ragazzo e fa perdere di vista il valore del lavoro fatto assieme; non solo, la cosa ancor più grave che si verifica a seguito di ciò è, che gli stessi permessi finiscono col perdere di efficacia educativa ed essere utilizzati, dai minori, in maniera strumentale. Si osserva, difatti, quasi sempre un miglioramento del rispetto delle regole comunitarie in vista della data del permesso ed un forte calo dell'andamento del percorso individuale a seguito del - tanto atteso- rientro a casa come se, questo evento, venisse vissuto dai ragazzi come "una sorta di scarica" della tensione accumulata nell'arco dei mesi, dovuta al desiderio di poter rivedere i genitori e i familiari solitamente non autorizzati ai colloqui settimanali e, al bisogno di poter dormire almeno una notte a casa. Limitazione questa che genera una condizione di forte stress e che potrebbe essere prevenuta e smussata mettendo in primis la persona, nella condizione di potersi sperimentare all'esterno così da dar prova della sua attendibilità agli adulti referenti e poi, consentirebbe all'Educatore incaricato di verificare, periodicamente con l'aiuto anche della famiglia, laddove ciò fosse possibile, l'affidabilità e l'andamento del ragazzo a casa in modo tale, da aiutarlo ad assestare in maniera consapevole l'equilibrio raggiunto.

A testimonianza di quanto sopra descritto, in diversi casi, è stato possibile acquisire ulteriori elementi di valutazione della personalità del minore e, delle relazioni intercorse tra lo stesso e i suoi familiari, dai racconti riferiti, all'èquipe, dallo stesso ragazzo al rientro in Comunità e, dagli avventi riportati dalla famiglia relativi alla gestione del ragazzo nei tempi autorizzati.

Tutto ciò sarebbe utile ai fini di una valutazione circa l'assunzione di responsabilità da parte del giovane e, per monitorare l'evoluzione del suo percorso educativo - formativo sia all'interno che all'esterno della struttura; altresì questa flessibilità darebbe anche, all'èquipe educativa, che lavora su un piccolo segmento del percorso

processuale del ragazzo ma non per questo meno importante, la possibilità di comprendere meglio la fattibilità di eventuali proposte alternative alla detenzione da sottoporre all'attenzione dell'USSM quale ad es. potrebbe essere la possibilità di una messa alla prova e, gli consentirebbe di "accompagnare" il minore sull'esterno progressivamente senza fargli vivere l'uscita dalla struttura come qualcosa di traumatico, un'esperienza che ad un certo punto si interrompe e c'è il vuoto, creando così nel giovane una sorta di smarrimento oltre che, a privare di significato, il tempo che lo stesso ha trascorso nella struttura Comunitaria.

Sandro Forlani

Dirigente C.G.M. Napoli in pensione
Consulente per la Cooperativa Sociale "Il Quadrifoglio"

Carmela Panico

Psicologa-Psicoterapeuta
Educatrice per la Cooperativa Sociale "Il Quadrifoglio"

Dott. Emanuele Esposito
Profili di Criminologia Minorile

“*Non esistono ragazzi cattivi*” così recitava il titolo di un convegno organizzato dai Salesiani a Roma qualche tempo fa sul tema dell’adolescenza marginalizzata. Adotto questo titolo per introdurmi al tema, significando che la devianza si pone come costruzione sociale che si collega ai modelli proposti da R. Merton e G.H. Mead. Questi due autorevoli pensatori traendo spunto dalle teorie di E. Durkeim sul concetto di anomia in merito alla lettura dei comportamenti devianti, hanno riconosciuto la dinamicità del soggetto – inteso a priori come persona – e come elemento dinamico nel panorama sociale.

E’ sembrato opportuno approcciare il tema con tale chiave di lettura, perché tracciare un profilo criminologico dei giovani, richiede una complessità storica che attraversa le diverse correnti di pensiero che nel tempo si sono spese nella lettura dei comportamenti devianti.

E’ prioritario innanzitutto cogliere anche attraverso la comparazione dei sistemi di giustizia minorile, le modalità con cui si interpreta il fenomeno, le relative chiavi di lettura psico-sociali e gli interventi di risposta giudiziaria, ciò anche per una maggiore comprensione delle fasi recenti e attuali della risposta sociale e delle politiche penali, impegnate a garantire la sicurezza della comunità e al contempo dedite al recupero del giovane delinquente.

Una lettura esauriente viene offerta da Walgrawe, giurista americano di formazione antropologica, che distaccandosi dall’ortodossia esclusivamente normativa individua cinque modelli di giustizia minorile che si sono succeduti nel tempo, in particolar modo dagli anni ’50 ai giorni nostri.

Il primo modello è quello RIEDUCATIVO, preminente negli anni ’50 e sino agli anni ’70, in cui è forte l’influenza della psicoanalisi ortodossa, in cui il giovane deviante o per meglio dire irregolare nella condotta riveste un requisito patologico e come tale è da curare, o meglio da riadattare e rieducare. Infatti forte è in quegli anni la precoce

istitutizzazione dei ragazzi collocati in Case di Rieducazione, complice ancora la forte influenza lombrosiana di matrice medico-biologico nell'esecuzione trattamentale. E' il caso però di citare il distinguo che FREUD aveva operato tra l'intervento psicoanalitico e l'azione educativa, nella prefazione al testo "Jugend Werwahrloste" ("Gioventù Traviata") (1925) di August Aichhorn, il fondatore della psicoanalisi riconosceva il grosso debito della teoria psicoanalitica verso l'educazione dei giovani disadattati nonostante gli spunti offerti nell'interpretazione del concetto di "*delinquente per senso di colpa*". Nella sua opera Aichhorn revisionava, secondo il punto di vista della psicoanalisi, il lavoro educativo che aveva svolto per molti anni a Vienna, durante la prima guerra mondiale e nel dopoguerra, con ragazzi e adolescenti che presentavano gravi problemi di adattamento sociale. Il libro lo rese noto come studioso della psicoanalisi applicata ai temi dell'Educazione.

Il suo lavoro - considerato da molti una significativa anticipazione dell'intervento psicoterapeutico con gli adolescenti ispirato alla psicoanalisi, e in particolare delle psicoterapie brevi- si differenzia in molti punti dalla psicoanalisi classica. E Freud a proposito dell'educazione destinata ai giovani disadattati lo affermò - sempre nella prefazione al testo di Aichhorn -

L'identità deviante dei giovani negli anni '50 (anche se non possiamo ancora parlare di profilo criminale, riguarda per lo più giovani definiti irregolari nella condotta, per lo più appartenenti a fasce socialmente svantaggiate, per cui si ricorreva all'istitutizzazione in via amministrativa, attraverso il ricovero nelle c.d. Case di Rieducazione. Ciò costituiva tuttavia una risposta parapenale atta al contenimento e al controllo, attraverso l'esercizio delle funzioni assistenziali dello Stato, in chiave di centralizzazione.

L'ipocrisia di questa impalcatura mistificante fu messa alla luce grazie al contributo negli anni '60 e '70 dal Criminologo G.SENZANI che svolse uno studio - "INDAGINE CONOSCITIVA SUGLI ISTITUTI DI RIEDUCAZIONE PER MINORENNI ESISTENTI IN ITALIA". Lo sviluppo delle scienze sociali negli anni '60 produsse un fermento culturale che fece da supporto ad un rinnovamento culturale teso a rivedere le dimensioni di approccio al fenomeno del disagio giovanile,

mettendo fortemente in discussione lo Stato assistenziale, approcciandosi ad interventi che si svilupparono poi negli anni a seguire verso modelli di welfare. In detti anni è fondamentale l'approccio suggerito da Erickson, il quale nel rivolgersi agli Educatori dei giovani e distaccandosi dall'ortodossia freudiana li invitava a considerare i soggetti in età evolutiva non solo esclusivamente sul piano intrapsichico, ma in una dimensione saldata psico-sociale, in cui prevalenti erano le contestualizzazioni offerte dalla famiglia, dalla scuola e dall'ambiente sociale.

Il secondo modello che Walgrawe presenta è definito retributivo, molto simile a quello adottato per gli adulti, in cui è centrale la pena come deterrente, in cui forti furono le influenze esercitate dalla Scuola Classica e dalla Scuola Positiva in criminologia.

Smantellato lo Stato assistenziale a favore del Welfare locale, negli anni '80 viene molto utilizzato per i minori il modello retributivo, favorendo il ricorso sempre più frequente alla risposta totalizzante e contenitiva, in considerazione che nella normativa italiana la funzione penale è dello Stato e non delegabile.

In detti anni si manifesta una devianza minorile frutto della prima immigrazione da sud verso il nord del paese, in cui maggiori protagonisti sono i figli di immigrati della prima generazione sempre più abbandonati e concentrati nelle periferie urbane dei grossi centri industriali cosiddetto GEMITO (Genova, Milano, Torino). Questi anni tuttavia sono stati preziosi perché si sviluppa una nuova tendenza del Penale-Sociale, che con l'entrata in vigore del D.P.R. 448/88, porterà alla riduzione dell'area carceraria verso modelli inclusivi proiettati sul territorio, in ossequio alla Regole di Pechino e alle Raccomandazioni del Consiglio d'Europa in tema di Giustizia Minorile. Si suggerisce un'approfondita lettura dei contributi offerti in quel periodo da Federico PALOMBA, Luigi FADIGA, Enzo DE ORSI, Elio RUOCCO, Giuseppe VIGGIANO, Raffaele OCCULTO, Gaetano DE LEO.

Alle tradizionali espressioni di devianza minorile in quegli anni si affiancano nuove utenze prima provenienti dal nord-Africa e successivamente dall'est europeo, utenze che si concentrano per lo più nel nord Italia, creando dei veri e propri sodalizi criminali, spesso a supporto di organizzazioni malavitose, fino a guadagnare nel tempo spazi di autonomia delittuosa.

Il terzo modello di matrice interazionista, meglio definito come non interventista è quello che si rifà alla teoria di Mead, approccio per cui meno si interviene meglio è per evitare facili processi di esclusione e stigmatizzazione. E' il caso di sottolineare gli studi proposti in tale ottica da Gaetano DE LEO sull'interazione deviante, ma la corrente italiana che meglio interpretò tale approccio si rifà alla Scuola Criminologica genovese (Bandini, Gatti, Traverso, Marugo, Verde). Tale modello non esclude la funzione della pena ma restituisce alla stessa un valore diverso, significando l'esclusione della statalizzazione sanzionatoria destinata ai giovani devianti, a favore di un'approccio più welfaristico di tipo inglese. Questo modello batte molto in effetti sulla *diversion*, ossia una politica di intervento mirato a trattare la criminalità giovanile in forme diverse dai sistemi di controllo, definiti obsoleti e strumentali.

Il quarto modello è quello restitutivo che si richiama alla Mediazione Penale, utilizzando il metodo riparativo quale strumento di intervento adeguato al trattamento della delinquenza giovanile. Questo modello definito anche di "Giustizia mite" recupera il ruolo della vittima come componente fondamentale nel processo educativo del reo. Gli spazi teorici di questo modello vengono offerti dalla Vittimologia, branca specialistica della Criminologia, che in questi ultimi anni, grazie soprattutto agli studi condotti da Margery Fry . La vittimologia ha registrato negli ultimi anni un rilevante interesse scientifico che va dallo studio della vittima potenziale e reale al riconoscimento della stessa come parte attiva sulla scena del crimine. Gli studi in materia hanno evidenziato che non ci sono vittime rigidamente prescelte, ma categorie di persone a rischio di vittimizzazione. Gli studi condotti da DE LEO nel concetto di interazione deviante ad es. evidenziano come taluni comportamenti inconsapevoli delle persone possono far scaturire l'azione criminale, al di là anche di oggettive condizioni patogene e criminogene, mentre altre ricerche di self-report fanno emergere come in certi casi un delinquente improvvisato o abituale che sia mette in atto la propria azione in base alle proprietà situazionali con cui si incrocia. Non a caso la criminologia individua le categorie più esposte a rischio di vittimizzazione (bambini, anziani, donne) attivando progetti definiti di neutralizzazione finalizzati ad evitare rischi per comportamenti violenti ed aggressivi. Il processo vittimologico ha richiesto

tuttavia una strutturazione formale e sostanziale delle vittime attraverso l'attivazione di Associazioni di tutela. Ciò ovviamente non basta a sfoltire rabbia e dolore, in quanto necessita una profonda rielaborazione del torto subito.

Si sono moltiplicati, difatti, i Centri di Assistenza alle vittime, differenti dagli Sportelli di Mediazione, di cui si riporta un modello di intervento:

Spazio dell'accoglienza: sviluppando protezione e fiducia

Fase della conoscenza della vittima

Elaborazione del vissuto postcrimen e incidenza sull'autostima

Progettualità della vittima come persona e riappropriazione della propria vita: dalla paura al superamento del trauma, alla ripresa del contatto con la realtà.

Se il reato è vissuto come rottura di un patto sociale tra l'autore e il sistema, ciò coinvolge anche a maggior ragione la vittima portandola all'isolamento, per paura e paradossalmente per vergogna, si pensi ad esempio ai reati sessuali e alle stigmatizzazione che ne derivano. D'altronde un buon processo di Mediazione non sembra possibile senza un'adeguato percorso di rielaborazione da parte della vittima, anzi è propedeutico allo stesso, costituendone un vero e proprio prerequisito funzionale.

Oltre ai rischi della vittimizzazione vanno però evidenziate le insidie della mediazione per due ordini di motivi che sinteticamente si rappresentano:

- 1) Nel nostro sistema giudiziario essendo la funzione penale prerogativa esclusiva dello Stato e non delegabile la Mediazione sta all'interno del procedimento con i conseguenti rischi di contaminazione rispetto agli obiettivi e quindi snaturata dalle funzioni di misura di Dyversion,
- 2) Strumentalità dell'intervento di mediazione, a tal fine si cita la definizione di Maria Ida MARUGO , della Scuola Criminologica Genovese quando si chiede provocatoriamente se la Mediazione è più utile al reo, alla vittima o al Magistrato.

Il rischio di contaminazione del percorso di Mediazione è rappresentato dagli esiti della stessa, ossia dall'uso valutativo che può derivarne dalla stessa e utilizzato ai fini degli obiettivi trattamentali da parte dei Servizi e giudiziari.

La filosofia che invece guida la Mediazione riguarda una pratica parallela di intervento stragiudiziale, non ancillare, pur se nel nostro sistema è all'interno del processo penale. Nell'accezione originaria, così come nelle esperienze nord americane (USA e Canada) ed europee (in modo particolare inglesi), la Mediazione è una forma di Dyversion pura, completamente staccata dal sistema giudiziario e quindi più autentica nei contenuti e negli obiettivi. Vale la pena a tal proposito – tra i tanti programmi di Mediazione – citare il V.O.R.P. (Victimes Offender Reconciliaton Program), programma ideato e portato avanti negli Stati Uniti a cura dell'Organizzazione religiosa dei Menoniti, che prevede l'intervento di Mediazione solo dopo che le parti hanno risolto i problemi con la Giustizia.

Il quinto modello, definito sistemico, si rifà essenzialmente al modello welfaristico inglese, qui sono le contee che si occupano in prima battuta degli interventi in caso di episodi critici messi in atto dalle persone, ad es. liti condominiali in cui intervengono nell'immediato operatori sociali e un Poliziotto specializzato definito Official Probation, con il compito di agire a tutela delle parti in causa e della comunità. Ciò è possibile in base al Criminal Justice Act 1 e 2, con cui il Governo Centrale delega alle organizzazioni sul territorio l'immediatezza dell'intervento.

Nel porsi la domanda su quale possibile sia il profilo criminologico dei giovani in Italia, la risposta è certamente variegata. Va preso atto innanzitutto che in alcuni territori la manifestazione di comportamenti c.d. criminali, riguarda ragazzi il cui numero statisticamente va al di sotto del 14mo anno di età, tale situazione crea un'allarme che ha fatto avanzare un'ipotesi molto discutibile, ossia quella di abbassare l'età imputabile, con il rischio ovviamente di criminalizzazione precoce o addirittura di differenziare gli interventi a secondo dei territori, evidenziando quindi una sperequazione. Poco o nulla però, di fronte a tali fenomeni si è prodotto in termini di discussione di prevenzione primaria, al contempo assistiamo a tentativi di modelli molto vicini alla privatizzazione dell'esecuzione penale con la creazione specifica di strutture residenziali destinate solo a minori sottoposti a provvedimenti giudiziari, in netto contrasto con i processi culturali e le azioni normative di questi anni.

Almeno per il nostro territorio (Campania e altre aree del Sud definite a rischio), la grossa preoccupazione resta la contaminazione della cultura camorristico-mafiosa nei giovani, un aspetto su cui non si può non riflettere e che richiede uno sforzo amplificato di interventi specialmente sul piano della prevenzione primaria e secondaria.

Il sistema sociale e istituzionale nella sua interezza ha il compito etico e morale di produrre le opportune garanzie, creando un bacino protettivo e un contenitore di difesa sociale veramente in grado di arginare la disfunzione nelle comunità e non delegando tutto alla funzione sanzionatoria.

Emanuele Esposito

Criminologo Clinico

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

Dott.ssa Claudia Santoro

Multiculturalismo e diritti dei minori: il caso dei rom

Sommario: 1. La questione multiculturalale: le origini – 2. Multiculturalismo e pluralismo nella Costituzione italiana – 3. Il diritto all'identità culturale e gli altri diritti fondamentali – 4. Il diritto penale italiano di fronte alla diversità culturale – 5. Il caso dei ROM: una lunga vita di discriminazioni – 6. Il delitto di impiego di minori nell'accattonaggio: rilievi critici

1. La questione multiculturalale: le origini

«Multiculturalale» e «multiculturalismo» sono termini che insieme a «globale» e «globalizzazione» occupano il centro della riflessione del pensiero politico attuale.

Generalmente l'uno è impiegato per indicare il fatto della diversità culturale, l'altro è la risposta normativa a tale circostanza¹³¹.

Qualcuno ha definito il multiculturalismo come un modo per raccontare le cose e desiderarle¹³²: esso rappresenterebbe, al contempo, una descrizione e una norma, un fatto e un ideale. L'espressione, infatti, è usata ora per intendere il pluralismo delle culture e dei gruppi che caratterizzano le democrazie contemporanee, ora per definire un ideale di convivenza delle società pluraliste alternativo al *melting pot*¹³³, in quanto “promuove il sogno di una convivenza segnata e arricchita dalle differenze di ciascun gruppo¹³⁴”.

Negli Stati Uniti e in Europa con tale locuzione si designa un complesso di problematiche riconducibili alla presenza, all'interno delle omogeneità nazionali e sociali, di differenze culturali di cui sono portatori gli immigrati di diverse etnie e religioni. Tali questioni mettono in crisi la capacità integrativa delle istituzioni, delle

¹³¹M. LANZILLO, *Noi o gli altri? Multiculturalismo, democrazia, riconoscimento*, in GALLI (a cura di), *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, Bologna, 2006, p. 81

¹³²F. RIGOTTI, *Le basi filosofiche del multiculturalismo*, in GALLI (a cura di), *Multiculturalismo*, cit. p. 29.

¹³³ Come preciseremo successivamente, il termine “multiculturalismo” fa il suo ingresso nel dibattito teorico-politico negli Stati Uniti, proprio quando l'ideologia del *melting pot*, tra la fine degli anni Ottanta e Novanta del XX secolo, viene definitivamente abbandonata.

¹³⁴A. E. GALEOTTI, *Multiculturalismo. Filosofia politica e conflitto identitario*, Napoli, 1999, p. 17

culture politiche e dell'assetto giuridico dello Stato continentale. Ponendo una serie di problemi concreti - riguardanti ad esempio la scuola, il matrimonio, il ruolo della donna nella famiglia e nella società, l'uso dei simboli religiosi - il multiculturalismo lancia alle nostre democrazie un'ardua sfida, perché ci costringe a sperimentare e immaginare una convivenza civile e politica assai più variegata di quella che gli Stati occidentali hanno tradizionalmente conosciuto¹³⁵.

Se il termine «multiculturalismo» segnala indubbiamente un'accresciuta sensibilità al tema della differenza, sarebbe, tuttavia, troppo semplicistico e sbrigativo affermare che la questione multiculturale sia esplosa a seguito di un concreto ed effettivo aumento della differenza all'interno delle società occidentali. In realtà, più che davanti ad una 'moltiplicazione' delle differenze, ci troviamo al cospetto di un mutamento del significato che questa diversità assume nella vita sociale e politica del mondo contemporaneo¹³⁶.

I flussi migratori e l'eterogeneità culturali che interessavano gli Stati Uniti e il Canada agli inizi del XX secolo erano, infatti, per certi versi, addirittura più marcati e problematici di quelli attuali. Le metropoli nordamericane prima della Seconda guerra mondiale erano spesso divise in veri e propri ghetti, ognuno dei quali inglobava individui provenienti dalla medesima nazione (italiani, polacchi, cinesi, giapponesi ecc...), che mantenevano indissolubili legami con la cultura e la tradizione del Paese d'origine e parlavano l'inglese con molta difficoltà.

Anche i Paesi europei agli inizi degli anni Sessanta furono protagonisti di consistenti ondate migratorie. In breve tempo gli stranieri iniziarono a rappresentare una cospicua, se non la maggiore, fonte di manodopera per le grandi industrie in crescita e, in entrambi i contesti - americano ed europeo - la differenza culturale costituiva, proprio come adesso, un elemento evidente della vita sociale, capace di scatenare notevoli tensioni e difficilmente percepito come valore da proteggere e preservare.

In quel frangente storico, il modello ideologico cui faceva riferimento il mondo occidentale per comporre le differenze culturali al suo interno era quello illuministico, secondo il quale il valore fondamentale da garantire era l'uguaglianza. Le diversità

¹³⁵ Sul punto C. GALLI, *Introduzione*, in GALLI (a cura di), "Multiculturalismo", cit. p. 8

¹³⁶ Così E. COLOMBO, *Le società multiculturali*, Roma, 2002, p. 22

andavano superate e gli uomini dovevano essere considerati tutti uguali in quanto condividevano l'appartenenza alla medesima specie, a prescindere dalle origini, dalle fedi religiose e dalle tradizioni dei singoli.

L'ideale dell'uguaglianza in ambito politico si traduceva nel concetto di *melting pot*: la base di un programma politico di integrazione e assimilazione delle differenze, fondato sulla convinzione che il modello occidentale moderno fosse il prototipo più razionale e più evoluto: l'unico vincente.

Ben presto, però, l'ideale dell'assimilazione delle diversità si rivelò fallace: entrò in crisi prima negli Stati Uniti intorno alla metà anni Sessanta e successivamente nel resto del mondo occidentale, a causa del rapido diffondersi di innumerevoli movimenti sociali che lottavano per il riconoscimento dei diritti civili e l'emancipazione delle minoranze.

Tra i tanti, quello contro la discriminazione dei neri americani e quello femminista rivestirono un ruolo di spicco.

Fino a quel momento, l'uguaglianza auspicata ed enfatizzata dal pensiero moderno non sempre aveva contemplato l'inclusione delle persone di colore, anzi, queste venivano sottoposte a umilianti discriminazioni e, soprattutto nella parte meridionale degli Stati Uniti, ad un vero e proprio regime di segregazione razziale. I neri evidenziavano come l'ideale di uguaglianza propugnato dall'Occidente, fosse solo una facciata, priva di attuazione concreta. Le femministe, invece, sottolineavano come la società moderna, che si dichiarava aperta e paritaria, si fondasse in realtà sull'esclusione delle donne dalle attività più gratificanti e dagli ambiti decisionali più rilevanti. Entrambi i gruppi, pur rimettendo in discussione gli ideali della modernità, tentavano comunque di pervenire ad una loro concretizzazione, di tramutarli da opzioni di principio a prassi sociale e politica. Almeno nella fase iniziale, le richieste dei neri d'America e delle donne erano principalmente volte a realizzare una maggiore inclusione nella vita sociale e al raggiungimento di una condizione effettiva di uguaglianza.

Accanto a questi movimenti che richiedevano la piena attuazione del principio di uguaglianza, in una fase successiva se ne diffusero anche altri più *radicali*, che

mettevano in dubbio la presunta universalità del principio di uguaglianza. Alle richieste di inclusione si sostituivano le richieste di riconoscimento delle differenze.

Le persone di colore iniziavano a rivendicare la dignità e il valore di una cultura nera che si contrapponeva a quella bianca e desiderava essere riconosciuta come diversa¹³⁷.

Le donne pretendevano il riconoscimento della condizione femminile e chiedevano di partecipare alla vita sociale e politica senza dover rinunciare a questa loro diversità¹³⁸.

Com'è facile intuire, i movimenti per i diritti civili dei neri e i movimenti femministi gettano le basi del dibattito multiculturale, che si infiamma quando, alla fine degli anni Ottanta del XX secolo, la modernità entra definitivamente in crisi¹³⁹. È a partire da questa fase storica che il multiculturalismo non si esaurisce, come ai primordi, in una semplice affermazione della differenza, ma si traduce in una domanda politica: la richiesta di riconoscimento dell'appartenenza ad un gruppo dotato di propria particolarità culturale, in nome della quale è legittimo rivendicare autonomia o protezione. Mentre l'ideale dell'assimilazione presupponeva un rigido principio di uguaglianza formale, il multiculturalismo si traduce in una *politica della differenza*¹⁴⁰, che ritiene necessario adottare trattamenti differenziati calibrati alle diversità dei gruppi e pretende il riconoscimento della diversità.

Le domande di riconoscimento pubblico della differenza possono assumere forme molto varie: possono consistere in una richiesta di maggiore tolleranza pubblica, che si sostanzia nell'accettazione di stili, abitudini e credenze diverse da quelle del gruppo di maggioranza; oppure in una modifica di convenzioni pubbliche e modelli istituzionali basati esclusivamente sulla cultura della maggioranza, come la modifica dei calendari lavorativi o delle festività pubbliche, dei modelli di insegnamento e dei *curricula*

¹³⁷ Sul punto v. FANON, *I dannati della terra*, Torino 1962; MALCOM X – A. HALEY, *Autobiografia di Malcom X*, Milano, 1993 (ed. or. 1965).

¹³⁸ Sul pensiero femminista v. V. HELD, *Etica femminista. Trasformazioni della coscienza e famiglia post patriarcale*, Milano, 1997 (ed. or. 1993); F. RESTAINO-F. CAVARERO, *Le filosofie femministe*, Torino, 1999

¹³⁹ L'immagine del crogiolo viene sostituita con quella del *salad bowl* o del mosaico, per indicare una nuova percezione della composizione sociale che non tende più all'unità dalla pluralità, secondo il motto del sigillo dell'Unione, ma appare composita, variegata, differenziata. Per una puntuale analisi storica sul sorgere del problema negli Stati Uniti, v. BARITONO, *Guerre culturali negli Stati Uniti. Alle origini del dibattito sul multiculturalismo*, in *Contemporanea*, 1, 133 ss.

¹⁴⁰ E. COLOMBO, *Le società multiculturali*, cit., p. 38

scolastici¹⁴¹; ma sono possibili anche manifestazioni di una volontà di mantenimento della distanza tra cultura 'ospitante' e cultura 'ospite'.

Il multiculturalismo, dunque, è una sfida complessa, che interpella a vario livello e con varia intensità le scienze umane, sociali, filosofiche, politiche, giuridiche, ponendo loro, in forme nuove, le questioni del pluralismo all'interno dell'unità dello Stato e del rapporto tra l'universalità e le particolarità.

Per quanto concerne in particolare noi giuristi, il compito preciso di cui oggi siamo investiti è quello di stabilire se il diritto debba fungere da strumento di neutralizzazione o, al contrario, di vivificazione delle differenze culturali¹⁴².

2. Multiculturalismo e pluralismo nella Costituzionale italiana

La Costituzione italiana non è espressamente diretta alla garanzia del multiculturalismo. Le ragioni storiche sono note: la base sociale su cui è stato fondato il patto costituente era caratterizzata da una certa omogeneità culturale, non nel senso delle culture politiche di riferimento, che anzi erano molteplici, ma nel senso dell'omogeneità etnica, religiosa, ecc...¹⁴³. Per questo motivo non è stato avvertito il bisogno di esplicitare un apparato normativo precipuamente volto alla difesa delle minoranze culturali, se si eccettuano le disposizioni concernenti le minoranze linguistiche¹⁴⁴.

Il dibattito sul multiculturalismo nel nostro paese è essenzialmente collegato alla questione migratoria, un fenomeno ben più 'giovane' della Costituzione. In Italia abbiamo iniziato a parlare di società multiculturale e della necessità di costruire politiche di riconoscimento delle identità solo nel momento in cui la presenza degli immigrati è diventata massiccia e visibile. Sotto questo profilo, il dibattito italiano sul multiculturalismo presenta dei tratti peculiari rispetto ad altri contesti. Esso tende a concentrarsi sulle differenze culturali di origine etnica, mentre in altri paesi (soprattutto negli Stati Uniti) coinvolge anche altri aspetti: ad esempio, le situazioni di

¹⁴¹ E. COLOMBO, *Le società multiculturali*, cit., p. 39

¹⁴² C. GALLI, *Introduzione*, in GALLI (a cura di), "Multiculturalismo", cit. p.18

¹⁴³ E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in BERNARDI (a cura di) *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Ferrara, 2006, p. 116

¹⁴⁴ Sul punto, in particolare, E. PALICI DI SUNI PRAT, *Intorno alle minoranze*, Torino, 1999, p. 29 ss.

discriminazione che interessano determinati gruppi sociali che pretendono autonomo riconoscimento, come i nativi americani, gli ebrei o i neri¹⁴⁵.

È proprio questa caratteristica del dibattito italiano a farci dimenticare che, per altri tipi di questioni, l'ordinamento costituzionale italiano ha già da tempo elaborato delle soluzioni. La nostra Costituzione, infatti, si impegna con vigore a garantire e tutelare il pluralismo e il multiculturalismo può essere trattato proprio come una forma particolare di pluralismo¹⁴⁶. Essa difende non solo il pluralismo sociale e politico, ma dedica numerose disposizioni anche alla tutela di altri pluralismi, nei campi più disparati: dal pluralismo religioso (artt. 8 e 19), a quello culturale (artt. 21 e 33), a quello istituzionale (art. 114).

La nostra Carta fondamentale, com'è stato sottolineato, non è l'espressione "dell'unità politica di un popolo", o il documento che "costituisce la forma o la specie dell'unità politica, la cui esistenza è presupposta"¹⁴⁷. Essa, all'opposto, si fonda essenzialmente sul presupposto della mancanza di un'unità del popolo. Nello Stato costituzionale novecentesco, il popolo, inteso come concetto unitario, non esiste. Esiste, invece, una società differenziata, costituita da tante minoranze destinate a convivere, e lo Stato costituzionale non è altro che il risultato di un patto di convivenza stipulato da quelle minoranze.

Naturalmente, la Costituzione è democratica e ciò implica già una scelta di valore. Significa che abbiamo scelto la democrazia come valore cardine – non negoziabile – del nostro vivere, significa che lo strumento che al momento abbiamo a disposizione per confrontarci con le differenze culturali e non relegarle in uno spazio angusto e confinato è un prodotto della democrazia: la tutela dei diritti fondamentali.

¹⁴⁵ Come osserva L. MANCINI, *Società multiculturale e diritto italiano. Alcune riflessioni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000, p. 71

¹⁴⁶ Vede il multiculturalismo in contrapposizione al pluralismo, G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, Milano, 2000. Secondo l'Autore, la società pluralistica sarebbe non solo incompatibile con quella multiculturale, ma ne risulterebbe concretamente minacciata. Alla luce di questa impostazione, il pluralismo presuppone una società "aperta", mentre il multiculturalismo tende a valorizzare il particolare, le entità chiuse, i gruppi, che mettono a repentaglio la convivenza pluralistica. Il pluralismo propugna tolleranza e disponibilità all'integrazione sociale, il multiculturalismo spinge al radicalismo culturale e all'egemonia.

¹⁴⁷E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, cit., p. 118, il quale richiama un'espressione utilizzata da C. SHMITT, *Verfassungslehre*, Berlino, 1928, trad. it. *Dottrina della Costituzione*, Milano 1984, p. 16 ss. e p. 270 ss.

3. Il diritto all'identità culturale e gli altri diritti fondamentali

In un primo tempo, che in Italia è durato più che altrove (perché l'immigrazione, specie quella di massa, è un fenomeno più recente rispetto ad altri paesi europei), le richieste avanzate dagli immigrati sono state quasi esclusivamente di carattere universalistico. I migranti chiedevano di godere concretamente di una serie di diritti strettamente legati alle cause migratorie (come il diritto di restare sul territorio dello Stato d'accoglienza), o comunque connessi alla sopravvivenza materiale e alla garanzia di un'esistenza dignitosa (diritto al lavoro, alla casa, all'assistenza sanitaria), come tali non difforni dai diritti spettanti ai cittadini¹⁴⁸.

In una seconda fase, i migranti non hanno più reclamato solo il miglioramento delle proprie condizioni di sopravvivenza, ma hanno iniziato a pretendere la possibilità di inserirsi nel nuovo tessuto sociale nel rispetto della propria identità. Sono così emersi bisogni di affermazione identitaria e, conseguentemente, richieste di adattamento del nostro ordinamento giuridico alle nuove differenze culturali, non ancora riconosciute.

In relazione a questo duplice ordine di rivendicazioni da parte degli stranieri (parità nel godimento dei diritti che noi chiamiamo fondamentali e differenza nel trattamento giuridico in nome di alcune specificità culturali), si pongono due importanti questioni: a) *in primis* se, attraverso il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali, sia possibile garantire agli immigrati l'espressione e il mantenimento della propria identità culturale; b) poi, se sia possibile, e in caso affermativo, con quali strumenti, affrontare e risolvere (o quanto meno attenuare), i conflitti tra espressioni culturali dei migranti e principi costituzionali che assicurano il godimento dei diritti fondamentali. Quali siano, insomma, i limiti giuridici oltre i quali non può essere istituzionalizzato il multiculturalismo.

Prima di fornire una risposta, innanzitutto premettiamo che una Costituzione pluralista, come la nostra, è per sua natura "aperta", disposta cioè a riconoscere e valorizzare le differenze. Una società aperta che crede nel pluralismo come valore e che si sottopone alla sovranità di una Costituzione che di quel valore fa il suo asse portante, è certamente disposta ad aprirsi anche al multiculturalismo. Ciò presuppone,

¹⁴⁸ E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, cit., p.121

ovviamente, la disponibilità a riconoscere agli “altri” i diritti fondamentali da essa proclamati¹⁴⁹, compreso quello all’identità culturale.

Il problema della tutela delle specificità culturali parte dalla presa d’atto che, rispetto alle moltissime differenze contemplate e salvaguardate dalla Costituzione, esiste, per lo straniero immigrato, un sovrappiù di diversità (linguistica, di costumi, religiosa, etnica, e, spesso, di valori). Rispetto ad alcune di queste diversità, il nodo da sciogliere riguarda la possibilità di preservarle e rispettarle.

Il vero problema posto dal multiculturalismo è che i valori sottesi ai diritti costituzionali che l’ordinamento riconosce ai gruppi di immigrati, spesso non sono condivisi da questi stessi gruppi che chiedono il riconoscimento della propria specificità culturale. Ciò ha fatto ritenere a molti che non è possibile integrare tutti,

¹⁴⁹ In verità, in merito alla possibilità di attribuire i diritti costituzionali “a tutti” e non ai soli cittadini, la dottrina non è unanime, anzi, le ricostruzioni sono molteplici, fondandosi principalmente sull’art.2 e sull’art. 10, comma 2 Cost., valorizzando di volta in volta elementi “formali”, tratti dalla lettera delle singole norme (che imputano i singoli diritti ai “cittadini” o a “chiunque” o a “tutti”, o che fanno ricorso a formulazioni impersonali, o si riferiscono a soggetti non qualificabili sulla scorta della dicotomia cittadini/stranieri, come ad esempio i “lavoratori”, le “madri”, i “figli” ecc...), oppure facendo leva su argomenti sostanziali. Per una ricostruzione complessiva del dibattito, si rinvia a GROSSO, *Straniero*, in *Dig. disc. pubb.*, XV, Torino, 1999, p. 157 ss.

Un primo orientamento è rappresentato da coloro che, pur con sfumature differenti, ritengono estendibile allo straniero la titolarità delle situazioni giuridiche soggettive attribuite dalla Costituzione in modo impersonale o espressamente riferite “a tutti” (fra i molti, v. G. D’ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992, p. 224 ss; A. BARBERA, *art. 2*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 117, n. 39). Quando una situazione giuridica soggettiva non è espressamente riferita dalla Costituzione “ai cittadini”, essa dovrebbe essere estesa a tutti coloro che non siano cittadini italiani. Laddove, invece, il riferimento testuale sia ai cittadini, non esisterebbe un’esplicita copertura costituzionale. In tali casi, per alcuni di questi autori, verrebbe in soccorso la riserva di legge rinforzata dell’art. 10 Cost.: il legislatore ordinario potrebbe, entro i limiti di cui alle norme e ai trattati internazionali, estendere la portata di tali diritti allo straniero. A questa tesi si contrappone quella di quanti ritengono che anche norme esplicitamente riferite ai soli cittadini (come ad esempio gli artt. 17 e 18 Cost.) debbano essere estese agli stranieri, poiché non si rinvergono nelle stesse norme ragioni che giustificano una disparità di trattamento tra cittadini e stranieri, anche perché, se si negasse l’esercizio delle libertà garantite da tali disposizioni allo straniero, si finirebbe per negarlo anche allo stesso cittadino, qualora quest’ultimo intendesse godere proprio con uno straniero (Per tutti, v. P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, p.32; G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 1990, p. 632).

Una posizione eterogenea è quella di coloro che fondano la distinzione non su ragioni di ordine formale, bensì di ordine sostanziale (la natura della posizione giuridica tutelata), per cui alcuni diritti sarebbero riservati ai soli cittadini in quanto inerenti alla qualità di membro della collettività statale (in particolare l’elettorato e i diritti politici); altri sarebbero da estendere necessariamente anche al non cittadino in quanto riguardanti la tutela di esigenze essenziali della condizione umana o comunque inerenti alla dignità della persona (per tutti, v. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1994, p. 707 ss.).

La Corte Costituzionale, in materia di titolarità dei diritti fondamentali, ha sempre adottato un atteggiamento di tipo prudenziale. Da un lato, essa ha riconosciuto, sulla base degli artt. 2 e 10 Cost., che gli stranieri sono titolari dei diritti fondamentali o inviolabili, “che appartengono all’uomo inteso come essere libero” (Così C. cost. n. 102/1975; C. cost. n. 25/1966; C. cost., n. 33/1974), con la conseguenza che, nei casi concernenti l’applicazione di tali diritti, è garantita l’assoluta parità di trattamento tra cittadini e non cittadini. Dall’altro, ha precisato che le condizioni di esercizio o di godimento concreto di tali diritti possono essere legittimamente differenziate dal legislatore, in virtù del principio di ragionevolezza (così C. Cost. n. 62/1994).

anzi, alcuni individui o gruppi (gli islamici in particolare) sono e saranno sempre irriducibilmente 'estranei'¹⁵⁰.

Tuttavia, nell'arco di questi sessant'anni, o poco più, di buon funzionamento dei sistemi costituzionali pluralistici, sarebbe auspicabile un atteggiamento meno distruttivo nei confronti del pluralismo dei valori; infondo, le strutture dello Stato costituzionale si sono dimostrate ampiamente capaci di sopire i conflitti più accesi.

Tali strutture consistono, essenzialmente, nella trasformazione – da parte della Costituzione – dei valori metagiuridici in principi giuridici, su cui i giudici costituzionali possono operare bilanciamenti e composizioni.

“Tra principi si può venire a patti”, scrive Zagrebelsky, a condizione di operare con ragionevolezza¹⁵¹, “in modo da evitare conflitti attraverso soluzioni che soddisfino tutti nella misura consentita dalle circostanze”¹⁵².

Ci si chiede perché mai questi stessi strumenti di composizione dei conflitti non possono valere anche per la risoluzione dei conflitti determinati dalla convivenza multiculturale. Qualcuno ha risposto che i conflitti che nascono all'interno delle società multiculturali sono assai diversi e ben più complessi di quelli tipici delle società pluraliste perché metterebbero in gioco interessi non negoziabili, quindi sarebbe impossibile l'adozione di qualsiasi tecnica di bilanciamento. Esemplicando, non ci sarebbe bilanciamento che tenga di fronte alla richiesta del padre di una bambina musulmana di infibulare la figlia, o di maltrattarla al fine educarla secondo i precetti della legge islamica. A questa obiezione che fa leva sulla pretesa irriducibilità dei conflitti culturali, si può rispondere che i diritti fondamentali servono a proteggere il più debole anche contro la sua volontà, o contro la volontà del gruppo sociale cui appartiene¹⁵³.

¹⁵⁰ G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, cit., p. 99

¹⁵¹ “Ragionevole è colui che si rende conto della necessità, in vista della coesistenza, di addivenire a composizioni in cui vi sia posto non per una sola, ma per tante ragioni”, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 203

¹⁵² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 203

¹⁵³ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, p. 338. Si pensi alle norme costituzionali che assicurano protezione all'individuo nel contesto familiare, alla donna nei confronti del marito o il padre, al minore rispetto ai genitori, che valgono proprio contro la volontà manifestata all'interno del gruppo familiare).

Ebbene, nell'ottica del multiculturalismo, la migliore garanzia del rispetto delle differenze, anche culturali, consiste proprio nella difesa dell'oppresso (anche chi non vuole essere difeso) contro il suo oppressore, o anche contro la sua "cultura oppressiva".

Non si tratta di imporre a tutti i paradigmi della società occidentale o di costringere gli stranieri ad uniformarsi ad essi, ma semplicemente di imporre un metodo che ha dato, nell'esperienza della convivenza pluralistica, ottima prova di sé¹⁵⁴.

Certo, la Costituzione italiana offre alle c.d. istanze del multiculturalismo delle risposte ancora parziali, probabilmente inidonee a soddisfare le esigenze di chi pretende una risoluzione permanente dei conflitti culturali. Tuttavia, la società contemporanea è per sua natura una società di conflitti.

4. Il diritto penale italiano di fronte alla diversità culturale.

Anche il diritto penale sembra riflettere questa situazione di "tensione interculturale"¹⁵⁵, appena descritta. Anzi, si può dire che quello penale è il settore in cui i conflitti culturali emergono più prepotentemente.

Infatti, non rari sono i casi in cui i migranti pongono in essere comportamenti che sono giustificati o imposti da norme e consuetudini proprie del gruppo di appartenenza, ma non tollerati, anzi, puniti con la spada del diritto penale nel Paese d'accoglienza.

Oggi, più che mai, si discute se la tutela della diversità culturale possa spingersi fino al punto di riconoscere un trattamento speciale a chi ha commesso un reato sotto l'influsso delle norme della propria cultura d'origine.

Ecco che ci avviciniamo progressivamente al tema oggetto della nostra indagine: il difficile rapporto tra multiculturalismo e diritto penale.

I c.d. reati culturali si verificano quando un comportamento vietato da norme di diritto penale nazionale è invece ammesso o addirittura prescritto dalle norme del gruppo minoritario¹⁵⁶.

¹⁵⁴ E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, cit., p. 133

¹⁵⁵ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006, p. 59

¹⁵⁶ Secondo A. Facchi, per valutare l'influenza che il fattore culturale ha nella realizzazione dell'illecito penale, è opportuno distinguere vari gradi di cogenza delle norme comunitarie. In alcuni casi si tratta di pratiche socialmente imposte, consuetudini radicate nella comunità o nella cultura di appartenenza, spesso legate a credenze religiose, con forti sanzioni sociali – talvolta anche l'isolamento in caso di inottemperanza – come avviene per le mutilazioni genitali femminili per molte popolazioni africane o per il divieto di emotrasfusione

La risposta penale ai reati culturalmente orientati varia a seconda della politica che ciascun Paese coinvolto dal fenomeno dell'immigrazione sceglie di adottare per far fronte alla diffusione progressiva nel proprio Stato di tradizioni culturali diverse da quella della maggioranza. L'esperienza comparatistica indica sostanzialmente due modelli di diritto penale¹⁵⁷.

A. Il primo, *assimilazionista*, è totalmente insensibile di fronte alla diversità culturale e conosce due varianti:

1) Il modello assimilazionista-discriminatorio, in cui il mancato adeguamento dei migranti alla cultura del sistema ospitante può scatenare addirittura reazioni iperpunitive. Si pensi al sistema italiano in cui è stato recentemente introdotto all'art. 583**bis** del codice penale, il reato di "mutilazioni genitali femminili" – si tratta di pratiche largamente diffuse tra molte popolazioni africane o asiatiche, consistenti nella rimozione totale o parziale degli organi genitali femminili esterni - punito più gravemente del reato di lesioni di cui agli artt. 582 e 583 c.p.

2) Il modello *assimilazionista-egualitario*¹⁵⁸, completamente indifferente nei confronti del fattore culturale e saldamente ancorato ad un'interpretazione formale del principio di uguaglianza. Un esempio di tale modello è rappresentato dalla Francia, che opta per l'integrazione degli immigrati, non curandosi di una loro eventuale resistenza verso questo processo di assimilazione coatta.

B. Il secondo, *multiculturale*, teso ad accordare rilevanza penale al fattore culturale. Si pensi agli Stati Uniti o all'Inghilterra, che da tempo hanno introdotto nei rispettivi ordinamenti l'istituto della *cultural defense*, che può arrivare anche ad escludere la responsabilità del *cultural offender*.

Il diritto penale italiano è da sempre restio a giustificare, o anche a valutare solo con una certa indulgenza, la commissione di fatti penalmente rilevanti quando siano il frutto di un c.d. conflitto normativo, cioè quando risultano approvati, accettati, oppure in tutto o in parte giustificati in base alle norme culturali del gruppo minoritario cui

sanguigna per i Testimoni di Geova. In altri, invece, come quello della poligamia, diffusa soprattutto tra i musulmani, non vi è alcuna obbligazione sociale o giuridica: è semplicemente un pratica ammessa. Vedi A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma- Bari, 2001, p. 66

¹⁵⁷ Nella dottrina italiana, per tutti, BERNARDI, *Modelli di diritto penale e società multiculturale*, cit., p. 58 ss

¹⁵⁸ Così, C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, Pisa, 2010, p. 32

l'autore del fatto appartiene¹⁵⁹.

Nessun istituto di parte generale e, almeno fino a questo momento, nessuna norma di parte speciale, sembra infatti pensata per attenuare le conseguenze penali applicabili all'autore dei reati c.d. culturali o culturalmente orientati.

La cronaca giudiziaria offre un catalogo assai vasto di illeciti penali culturali: reati contro la libertà sessuale o la personalità individuale, di cui sono vittime minori non considerati tali dal gruppo di appartenenza; reati contro la famiglia realizzati in contesti culturali caratterizzati da un'idea dello *ius corrigendi*, dell'autorità maritale o della potestà genitoriale completamente diversa dalla nostra; reati contro la persona commessi effettuando mutilazioni o deformazioni rituali di vario tipo, suggerite o ammesse da alcune tradizioni culturali¹⁶⁰.

Il nostro sistema penale adotta un evidente e marcato atteggiamento di chiusura nei confronti di queste tipologie di illecito, motivato essenzialmente da due ordini di ragioni: *ragioni di ordine storico*, legate alla circostanza che in Italia, come abbiamo già osservato, sino a poco tempo fa non esistevano minoranze etniche caratterizzate da costumi significativamente diversi, e quindi il nostro sistema penale probabilmente non ha avuto il tempo necessario per elaborare risposte adeguate ai reati commessi sotto l'influenza del fattore culturale; *ragioni di ordine politico-criminale*, connesse al tradizionale scetticismo verso i modelli politici d'impronta multiculturale, e in particolare nei confronti delle sue ricadute sul piano preventivo-punitivo. Una diffidenza, in buona sostanza, in merito all'opportunità di differenziare i soggetti destinatari delle norme penali sulla base della loro appartenenza o meno a culture minoritarie¹⁶¹.

¹⁵⁹ A. BERNARDI, *Modelli di diritto penale e società multiculturale*, cit., p. 60

¹⁶⁰ Per una breve rassegna di alcuni significativi esempi di reati culturali, v. F. BASILE, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2008, 149 ss.; ID., *Società multiculturati, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, 1256 ss.

¹⁶¹ Favorevole a questa possibilità, per contro, si è mostrato ZAFFARONI, il quale ritiene si debbano elaborare concetti dottrinali che permettano di giungere ad un giudizio di non colpevolezza per quei soggetti che, a causa delle norme del proprio gruppo culturale, non possono orientare la proprio condotta al rispetto delle norme giuridiche o culturali dominati. Per maggiori chiarimenti, v. ZAFFARONI, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final). Documento final del Programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1986, p. 58

Per quanto concerne le ragioni storiche dell'apparente inflessibilità della nostra giustizia penale rispetto ai reati culturalmente orientati, è indubbio che essa ha per lungo tempo trovato una solida giustificazione nella realtà sociale italiana come delineata (o meglio, fortemente voluta) dal codice Rocco e dalla ideologia ad esso sottesa¹⁶². E, in effetti, per quanto oggi si definisca pluralista, la società italiana fino a pochi anni fa era sostanzialmente caratterizzata da una matrice culturale omogenea¹⁶³, ispirata a principi e tradizioni che ancora non rischiavano di essere rimessi in discussione dall'immigrazione sempre più massiccia di uomini e donne desiderosi di integrarsi e, al contempo, di preservare la loro originaria identità.

Le ragioni di politica criminale che stanno alla base dell'irrilevanza penale del fattore culturale rispetto alle minoranze immigrate, invece, fanno perno essenzialmente sulla funzione general-preventiva e special-preventiva della pena¹⁶⁴. L'ammissibilità di un trattamento differenziato per gli autori di reati culturalmente orientati, si tradurrebbe, in pratica, nella consapevolezza della possibilità di sfuggire ai rigori della legge penale in ragione della propria appartenenza ad una minoranza culturale. Ciò finirebbe per vanificare tanto la funzione deterrente di talune norme incriminatrici – prevenzione generale negativa – quanto la funzione di orientamento culturale di queste ultime – prevenzione generale positiva – nei confronti dei membri della cultura maggioritaria.

Il riconoscimento di un trattamento differenziato in virtù della propria appartenenza culturale pregiudica, inoltre, anche la funzione rieducativa della sanzione: gli autori di determinati reati – soprattutto se andranno esenti da pena – continueranno a porre in essere comportamenti offensivi dei valori e dei principi dello Stato di accoglienza¹⁶⁵.

Come già evidenziato, da qualche anno l'Italia è meta di un sempre più massiccio flusso migratorio, per cui l'omogeneità culturale della società italiana sta

¹⁶² Così, infatti, si esprimeva Alfredo Rocco nella Relazione del Ministro Guardasigilli al Re, per l'approvazione del testo definitivo del codice penale, in *Codice Penale*, a cura del Ministro della Giustizia e degli Affari di Culto, ROMA, 1930: "Lo Stato appare come la nazione medesima in esso organizzata, cioè come un'unità non solo sociale, ma altresì etnica, legata da vincoli di razza, di lingua, di costume, di tradizioni storiche, di moralità, di religione".

¹⁶³ Cfr., *supra*, *sub*. par. 3

¹⁶⁴ Sulle funzioni della pena, v. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992

¹⁶⁵ A. BERNARDI, *Modelli di diritto penale e società multiculturale*, cit., p.90; L. MONTICELLI, *Le «Cultural Defences» (esimenti culturali) e i «reati culturalmente orientati»*. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale, in *Ind. Pen.*, 2003, 560

tendenzialmente svanendo. È giunto, quindi, il momento di chiedersi se il nostro sistema penale debba continuare ad essere completamente insensibile alla differenza culturale, oppure iniziare ad adeguarsi ai tempi e prendere coscienza dell'avvenuto mutamento della realtà sociale.

5. Il caso dei *ROM*: una lunga vita di discriminazioni

L'esempio lampante della chiusura del nostro ordinamento verso qualsiasi forma di diversità culturale è rappresentato dal trattamento che viene riservato ai *ROM*, una minoranza etnica presente nei nostri territori già da diversi decenni - forse secoli - e verso la quale il nostro Paese ha adottato da sempre una politica, non solo criminale, ma anche sociale, tutt'altro che tollerante o "multiculturalista". Basti pensare che con la legge n. 94 del 2009, il c.d. pacchetto sicurezza, è stato introdotto all'art. 600-*ocites*, il delitto di "impiego di minori nell'accattonaggio", e la pratica della questua, si sa, è diffusa principalmente tra i gruppi di etnia *ROM*.

Noi occidentali nutriamo nei confronti dei *ROM* un disprezzo quasi atavico, da sempre li guardiamo con diffidenza e sospetto e da sempre, giudicando negativamente il loro modo di vivere "flessibile", li rendiamo vittime di discriminazioni di ogni genere.

Ma chi sono in realtà i *ROM*?

Il termine "*ROM*" viene scelto in occasione del Primo Congresso Mondiale dei *ROM* svoltosi nel 1971 e si riferisce ad una grande varietà di popolazioni, ma le più grandi ramificazioni etniche sono rappresentate da Rom, Sinti e Kalé, i cui antenati sono giunti dal nord dell'India¹⁶⁶.

Dopo avere lasciato l'India, tra l'XI e il XIV secolo, i *ROM* iniziano a subire una lunga serie di persecuzioni. Insediatisi in Europa tra il XV e il XVII secolo, le prime discriminazioni le subiscono nell'impero ottomano e nell'Europa centrale, dove sono ridotti in servitù e in schiavitù. Nel XVIII secolo vengono arrestati e internati in Spagna, costretti all'assimilazione forzata nell'impero austro-ungarico, mentre in Russia vengono considerati sudditi dello Zar e come tali hanno la possibilità di godere degli stessi diritti civili del resto della popolazione.

¹⁶⁶ http://www.coe.int/AboutCoe/media/interface/publications/roms_it.pdf

Un secondo movimento migratorio si verifica nel XIX secolo e li spinge anche al di là del continente europeo. Ma alla fine del XIX secolo e agli inizi del XX secolo la loro discriminazione in Europa si aggrava, culminando nel genocidio di massa ad opera dei nazisti durante la seconda guerra mondiale.

“Solo poche migliaia di *ROM* sopravvissero in Germania all’Olocausto e ai campi di concentramento nazisti. Quando tentarono di ricostruire la propria vita si trovarono di fronte a enormi difficoltà, avendo perso molti dei propri familiari e parenti e subito la distruzione o la confisca dei propri averi. Molti soffrirono gravi problemi di salute. E negli anni successivi, le domande di chi tentava di ottenere un indennizzo vennero rifiutate. Nel periodo post-hitleriano i sopravvissuti non riuscirono a ottenere giustizia. È significativo come lo sterminio della popolazione non venne dibattuto al processo di Norimberga. Il genocidio dei *ROM* non ha praticamente trovato spazio nel dibattito pubblico. Lo stesso avvenne per i crimini commessi contro i *ROM* in quel periodo dai regimi totalitari in altre parti d’Europa. In Italia, una circolare del 1926 ordinava l’espulsione di tutti i *ROM* stranieri per «epurare il territorio nazionale della presenza di carovane di zingari, di cui è superfluo ricordare il rischio nei riguardi della sicurezza e dell’igiene pubblica per le caratteristiche abituali di vita zingara». L’ordinanza chiariva che l’obiettivo era quello di «colpire nel suo fulcro l’organismo zingaresco». Nell’Italia fascista la popolazione *ROM* finì poi per essere vittima di discriminazioni e persecuzioni. Molti *ROM* vennero detenuti in campi speciali e altri furono inviati in Germania o in Austria e successivamente sterminati”¹⁶⁷.

La migrazione dei *ROM* dall’Europa orientale verso l’Europa occidentale, iniziata sotto la spinta di motivazioni economiche e lavorative, si intensifica dopo il crollo dell’Unione sovietica e la disgregazione dell’ex Jugoslavia.

Ad Oggi, la popolazione *ROM* è composta da circa 10-12 milioni di persone, l’ 80% per cento delle quali vive nei paesi membri dell’Unione europea, rappresentando la minoranza più discriminata d’Europa.

¹⁶⁷ Estratto del rapporto della Commissione per i diritti umani del Consiglio d’Europa, *Diritti umani di Rom, sinti e popolazioni viaggianti in Europa*, pubblicato nel 2010 e consultabile su <http://www.coe.int/t/commissioner/source/prems/Prem07012ITA1712ROMaTravellersExtraitsWebA4.pdf>

Poiché non radicati stabilmente in un territorio, la vita dei *ROM* ruota intorno alla famiglia: un nucleo estremamente coeso, la struttura di base intorno alla quale si organizza la società, l'attività economica e l'educazione. Una famiglia allargata, che comprende diverse coppie con i loro figli e diverse generazioni. Il vincolo che tiene unita la famiglia è la solidarietà. I bambini sono allevati ed educati dal gruppo, che li incoraggia all'indipendenza e all'iniziativa personale. Lavorano al fianco dei loro genitori: ognuno, con il suo compito, contribuisce in modo rilevante all'attività del padre o della madre. La famiglia assume un ruolo fondamentale per i bambini perché le relazioni con il mondo esterno, con la società ospitante, sono estremamente difficili e spesso anche violente. Da qui nasce la ritrosia dei *ROM* a inserire i loro bambini nell'istituzione scolastica, ritenuta come un fattore che disturba e interrompe il processo educativo che, secondo la loro tradizione, deve avvenire all'interno della famiglia¹⁶⁸.

Le condizioni abitative dei *ROM* sono molto varie. Ci sono famiglie stabilitesi da secoli in una regione e che vivono in villette, case o appartamenti. Altre dimorano in carrozzoni o in aree attrezzate (casa e carovana o casa mobile), anche se le roulotte trainate dai cavalli sono ormai rare. Le condizioni abitative dipendono essenzialmente dagli atteggiamenti di accoglienza o di rifiuto dei territori ospitanti e dai regolamenti talvolta stringenti che obbligano i *ROM* a non soggiornare troppo a lungo in uno stesso luogo. Sono numerose le famiglie in Europa obbligate a vivere in baraccopoli, in prossimità di autostrade o zone industriali, in alloggi di fortuna fatti di materiali riciclati, senza acqua potabile, né elettricità, né sistema di raccolta dei rifiuti. Anche quei gruppi che desiderano condurre una vita nomade hanno grandi difficoltà a trovare aree di sosta attrezzate, non inquinate, non troppo lontane dalle scuole, per cui sono costrette a restare in campi illegali o a spostarsi continuamente.

La metà dei *ROM* in Europa è in età scolare, ma almeno la metà di loro non è mai stata scolarizzata. Il tasso di analfabetismo degli adulti supera spesso il 50%. Nella maggior

¹⁶⁸ LIEGEOIS, *I Rom in Europa*, Edizioni del Consiglio d'Europa, Strasburgo, 2007, p. 171. Le informazioni sono reperibili anche sul sito del Consiglio d'Europa al seguente link: http://www.coe.int/AboutCoe/media/interface/publications/ROMs_it.pdf Sulla cultura e sull'identità ROM, tra gli altri, PIASERE, *I ROM d'Europa. Una storia moderna*, 2007; MANCINI, *I Rom tra cultura e devianza*, in *Dir. pen. Proc.* 1998, 6, 770 ss.

parte delle regioni europee, i bambini *ROM* non hanno accesso a un'istruzione della stessa qualità di quella offerta agli altri alunni. La mancata frequenza e l'abbandono scolastico raggiungono livelli inaccettabili e sono in continuo aumento¹⁶⁹.

Le violazioni del diritto all'istruzione dei bambini, quindi, hanno anche cause diverse dall'ostilità della loro tradizione alla scolarizzazione: tra queste vi rientrano l'isolamento in insediamenti abitativi precari, la lontananza dai centri abitati e le spese troppo alte di trasporto. Anche i pregiudizi di genitori non *ROM* contribuiscono a queste violazioni: ad esempio, per evitare la "fuga bianca" (fenomeno diffuso in Slovacchia, dove i genitori non *ROM* trasferiscono i loro figli se frequentano classi in cui ci sono bambini *ROM*) si decide di inserire i bambini *ROM* in classi speciali, in scuole e aule separate su base etnica o in quelle destinate ad alunni con "lievi disabilità mentali": qui i fanciulli ricevono un'istruzione di livello inferiore ed è estremamente difficile per loro integrarsi nel sistema educativo principale¹⁷⁰. Di fatto, sono condannati a una vita di disuguaglianza e a un livello inferiore di istruzione. La discriminazione non si limita a singoli atti di intolleranza da parte di insegnanti o genitori, ma è il risultato di politiche e pratiche che hanno l'effetto di escludere molti *ROM* dall'accesso a un'istruzione di qualità.

Le severe leggi adottate nei vari paesi, l'inasprimento delle misure repressive e di sgombero dei campi e il crescente degrado delle loro condizioni abitative incidono negativamente sullo sviluppo culturale dei *ROM*.

I governi europei, anche quello italiano, stanno fallendo nell'attuare e finanziare adeguatamente misure che promuovono efficacemente l'integrazione dei *ROM* emarginati nel sistema scolastico pubblico e non riescono a eliminare le pratiche di segregazione presenti nei loro modelli di istruzione.

¹⁶⁹I dati sono stati diffusi da Amnesty International e sono continuamente aggiornati e consultabili sul sito www.amnestyinternational.it

¹⁷⁰ Amnesty International, nel rapporto pubblicato il 4 settembre 2013 "**Promesse non mantenute: la segregazione degli alunni ROM continua**", porta alla luce una delle situazioni più aberranti nel cuore del Vecchio continente: la discriminazione dei ROM, soprattutto dei bambini. Il 9 e 13 settembre 2013 anche il sito internet del quotidiano LA REPUBBLICA si è occupato della questione, pubblicando due interessanti articoli, reperibili ai seguenti link: http://www.repubblica.it/solidarieta/diritti-umani/2013/09/12/news/rom_attanasio-66410707/?ref=search e <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2013/09/12/lotta-di-classe-multietnica.html?ref=search>

Eppure, il diritto all'istruzione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 28 della Convenzione Onu sui diritti del fanciullo, va riconosciuto a tutti i minori, senza discriminazioni, indipendentemente dalla nazionalità, dallo status di immigrato o di apolide.

In Italia il diritto all'istruzione, non solo è costituzionalmente sancito all'art. 34 Cost., ma è garantito a tutti. Infatti, l'art. 34 Cost. si apre con la locuzione "La scuola è aperta tutti". Inoltre, l'art. 38 del Testo Unico n. 286/98 e l'art. 45 del d. P. R. n. 349/99 stabiliscono che i minori stranieri presenti sul territorio, indipendentemente dalla titolarità di un permesso di soggiorno e dalla documentazione anagrafica, hanno diritto all'istruzione a parità con i cittadini italiani nelle scuole di ogni ordine e grado.

Esperti da generazioni nella lavorazione dei metalli, nel commercio dei cavalli, nella raccolta della frutta o nell'inscenare spettacoli viaggianti, non potendo svolgere tali attività nei luoghi di accoglienza, perché spesso subordinate al possesso di documenti e licenze che difficilmente ottengono, i *ROM* si dedicano alla pratica dell'accattonaggio, il cd. *mangel*. Alla base del *mangel* vi è, oltre allo stato di necessità, una spiegazione etnico-culturale: il conflitto tra cultura nomade e cultura stanziale, l'impossibilità di integrarsi nella società ospitante, l'incapacità di sostenersi con i mestieri tipici della tradizione.

Se allora si vuole tenere nella giusta considerazione lo studio sulle tradizioni culturali dei *ROM*, l'impiego dei minori nell'accattonaggio, di cui si parlerà nel paragrafo che segue, rientra nella categoria dei reati culturalmente motivati.

Il governo italiano, anziché migliorare e rafforzare gli apparati sociali per rimediare alla situazione di disuguaglianza e discriminazione in cui vive questa minoranza etnica, ha nuovamente preferito utilizzare la spada del diritto penale per punire condotte di dubbia rilevanza penale.

6. Il delitto di impiego di minori nell'accattonaggio: rilievi critici

Non si tratta di una novità nella nostra legislazione. Già il codice Zanardelli conteneva un'apposita disposizione sulla «mendicizia infantile», che puniva l'impiego di «persona minore degli anni quattordici». Successivamente, il codice Rocco ha collocato la

mendicità tra le contravvenzioni poste a tutela del decoro e della tranquillità pubblica, mantenendo una fattispecie *ad hoc* per l'impiego di minori nell'accattonaggio (art. 671 c.p.). La norma, però, era volta alla tutela in via prioritaria della morale e della tranquillità pubblica e soltanto sullo sfondo si intravedeva la protezione degli interessi dei minori¹⁷¹.

La possibilità di una sua lettura in chiave personalistica, tuttavia, ha permesso alla disposizione di sopravvivere alla fattispecie "base" disciplinata dall'art. 670 c.p.¹⁷², dichiarata dapprima parzialmente incostituzionale in relazione alla c.d. mendicità non invasiva prevista al primo comma¹⁷³ e, poi, definitivamente abrogata dall'art. 18 l. n.205/1999, in materia di depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario. Ciò è comprovato anche dall'ordinanza n. 408/1997 della Corte Costituzionale che, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 671 c.p. in relazione agli artt. 3 e 27 Cost. per la contrarietà della pena minima prevista ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità¹⁷⁴, ha riconosciuto a fondamento di detta disposizione l'interesse costituzionale alla tutela dei minori¹⁷⁵.

La lettura personalistica si è nel tempo progressivamente accentuata¹⁷⁶. La giurisprudenza, infatti, è più volte intervenuta a rimediare all'inopportuna collocazione sistematica della fattispecie attraverso la sostanziale disapplicazione della stessa, ritenendo i delitti di maltrattamenti in famiglia e di riduzione in schiavitù più adatti a regolare il fenomeno del sistematico impiego di minori nell'accattonaggio, anche a costo di notevoli forzature esegetiche¹⁷⁷.

¹⁷¹ La giurisprudenza riteneva che la *ratio* dell'incriminazione andasse ravvisata nell'esigenza di «impedire l'impiego dei minori in un'attività che li sottraesse all'istruzione e all'educazione, avviandoli all'ozio ed esponendoli al pericolo di cadere nel vizio e nella delinquenza». In tal senso, Cass. Pen., sez. I, n. 6379/1997 e Cass. Pen., sez. I, n. 11376/1992.

¹⁷² La norma così disponeva: "Chiunque mendica in luogo pubblico o aperto al pubblico è punito con l'arresto fino a tre mesi. La pena è dell'arresto da uno a sei mesi se il fatto è commesso in modo ripugnante o vessatorio, ovvero simulando deformità o malattie, o adoperando altri mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà".

¹⁷³ Corte Cost. 28/12/1995, n. 519.

¹⁷⁴ Secondo il giudice *a quo* l'irragionevolezza della disposizione emergeva dal raffronto con l'ipotesi di reato di cui all'art. 726 c.p.

¹⁷⁵ In tal senso SCALIA, *Le modifiche in materia di tutela penale dei minori*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1208.

¹⁷⁶ Infatti il legislatore ha avvertito il bisogno di abrogare la contravvenzione di cui all'art. 671 c.p. e contestualmente introdurre l'art. 600-*ocites*, con formulazione pressoché identica.

¹⁷⁷ Si può dire che in materia di sfruttamento minorile ai fini dell'accattonaggio, la giurisprudenza ha seguito un percorso evolutivo ben preciso: passando dalla contravvenzione di cui all'art. 671 c.p. (impiego di minori

Con la legge n. 94 del 2009, il c.d. pacchetto sicurezza, la contravvenzione di cui all'art. 671 c.p. è stata abrogata, ma la sua formulazione è confluita nel nuovo art. 600-*octies* rubricato "impiego di minori nell'accattonaggio" e inserito tra i delitti contro la libertà individuale. La nuova fattispecie, però, non sembra adatta a porre fine a quell'odiosa prassi giurisprudenziale di ricondurre il fenomeno del "sistematico" impiego di minori nell'accattonaggio ai reati di cui agli artt. 572 e 600 c.p., in quanto il nuovo delitto - così come accadeva per la vecchia contravvenzione - troverà applicazione solo nel caso di condotte sporadiche o isolate.

L'art. 600-*octies*, infatti, si apre con una clausola di riserva "salvo che il fatto costituisca più grave reato" che non compariva nell'art. 671 c.p. La clausola spiega i suoi effetti essenzialmente in relazione alle due fattispecie criminologicamente contigue: riduzione in schiavitù e maltrattamenti in famiglia. Non potendo in questa sede effettuare un'analisi approfondita di queste due disposizioni per coglierne assonanze e tratti differenziali, ci limitiamo semplicemente a sottolineare che entrambe, ai fini della loro configurabilità, richiedono l'accertamento di uno stato psicologico della vittima del reato. L'art. 600 c.p. prevede fra le condotte rilevanti quella di "approfittamento di una situazione di inferiorità psichica"¹⁷⁸, formula talmente indeterminata da essere interpretata come il tentativo di reinserire nel codice penale la norma incriminatrice del plagio¹⁷⁹, dichiarata incostituzionale¹⁸⁰ per violazione del principio di determinatezza *ex* art. 25, comma 2¹⁸¹.

nell'accattonaggio), attraversando la fattispecie dei maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p., è approdata alla figura criminosa contemplata dall'art. 600 c.p. (riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù).

¹⁷⁸ L'art. 600 c.p. recita: "Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento, è punito con la reclusione da otto a venti anni.

La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona.

La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti di cui al primo comma sono commessi in danno di minore degli anni diciotto o sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi"

¹⁷⁹ Sul punto v. ALFANO, *La nuova riformulazione dell'art. 600 c.p.: reintroduzione del reato di plagio?*, in *Giust. Pen.*, 2004, 673.

¹⁸⁰ Corte Cost. n. 96/1981.

¹⁸¹ Sul principio di determinatezza v. S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta', ruolo del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001; PALAZZO, *Il principio di determinatezza*

Mentre l'art. 572 c.p., punendo chiunque "maltratta una persona della famiglia"¹⁸², implica l'accertamento in concreto della sofferenza morale e fisica arrecata alla vittima.

"Maltrattare" è sinonimo di "mortificare", di "far soffrire", ossia provocare nel soggetto passivo proprio una continua situazione di sofferenza fisica o morale¹⁸³, con effetti di prostrazione e avvilitamento. Il delitto di maltrattamenti in famiglia, inoltre – che pure è apparso idoneo a regolare il fenomeno dell'impiego di un minore nell'accattonaggio – è collocato nel Titolo IX dedicato ai delitti contro la famiglia – nello specifico all'interno della Sezione intitolata ai delitti contro l'assistenza familiare – offrendo, così, una tutela soltanto indiretta alla personalità individuale del minore e alla sua dignità. Il bene giuridico tutelato dalla disposizione, infatti, viene comunemente individuato nell'interesse dello Stato a salvaguardare la famiglia da comportamenti violenti o vessatori, anche se la prevalente dottrina ritiene che oggetto di tutela sia anche l'incolumità fisica o psichica dei soggetti indicati nella norma¹⁸⁴.

L'accertamento dello stato di sofferenza, indispensabile per l'applicazione delle due fattispecie appena menzionate, diventa a maggior ragione indispensabile con riguardo a quei contesti socio-culturali, come quello *ROM*, in cui la mendicizia rappresenta una normale fonte di sostentamento e potrebbe essere percepita dai minori tutt'altro che come una sofferenza o una sopraffazione. In più, facendo riferimento le due norme a stati psicologici, come tali difficilmente dimostrabili empiricamente, risulta difficile stabilire anche dei confini chiari e definiti tra l'una e l'altra fattispecie¹⁸⁵.

nel diritto penale, Padova, 1979, p. 51 ss.; VASSALLI, *Nullum crimen, nulla pena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 307 ss

¹⁸²L'art. 572 c.p. recita: "Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da due a sei anni [c.p. 29, 31, 32] .

La pena è aumentata se il fatto è commesso in danno di persona minore degli anni quattordici.

Se dal fatto deriva una lesione personale grave [c.p. 583], si applica la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni". Articolo così modificato dall'art. 4 della L. 1 ottobre 2012, n. 171

¹⁸³ Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit. p. 347. Per la giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, n. 8396/1996, in *Cass. Pen.* 1997, 1733; Cass. Pen., sez. VI, n. 3570/1999; Cass. Pen., sez. VI, n. 3965/1994

¹⁸⁴ COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso in fanciulli*, Napoli, 1963.

¹⁸⁵ A dimostrazione delle oscillazioni giurisprudenziali e della difficoltà di rinvenire criteri discretivi soddisfacenti, v. Cass. Pen., sez. VI, n. 8396/1996, in *Cass. Pen.* 1997, 1733; Cass. Pen., sez. VI, n. 3570/1999; Cass. Pen., sez. VI, n. 3965/1994; Cass. Pen., sez. VI, n. 3419/2007; Cass. Pen., sez. V, n. 44516/2008; Cass. Pen., sez. VI, n. 3419/2006. In linea di massima, secondo l'elaborazione giurisprudenziale, «il reato di

Probabilmente, proprio per evitare le incertezze legate al doveroso accertamento della sofferenza morale cagionata al minore dal genitore che se ne serva per mendicare, il legislatore ha ritenuto opportuno introdurre l'art. 600-*octies* che, anche se quasi identico nella formulazione all'art. 671 c.p., è stato costruito come reato di pericolo astratto e inserito nella sezione dedicata ai delitti contro la libertà individuale, elevando il corretto e sano sviluppo della personalità del minore a unico oggetto di tutela.

La ricollocazione sistematica della fattispecie con conseguente modifica della cornice edittale esprime l'esigenza di una tutela più incisiva dell'inviolabilità dell'infanzia. Anche se appare davvero curioso il fatto che nella nuova disposizione non vi sia più traccia della pena accessoria della sospensione della patria potestà – prevista al comma 2 della vecchia contravvenzione di cui all'art. 671 c.p. – nel caso in cui il reato venga commesso dal genitore o dal tutore.

Non può non osservarsi come il legislatore abbia scelto, ancora una volta, la strada più semplice, rispetto alla alternativa, forse più efficace, di rafforzare gli apparati sociali di protezione e di integrazione dei minori dediti alla pratica dell'elemosina¹⁸⁶.

L'inserimento del reato di impiego dei minori nell'accattonaggio tra i delitti contro la personalità individuale reca una chiara scelta di valore che implica una nuova visione del minore: non più oggetto di tutela ma soggetto di diritti. La pratica dell'accattonaggio, infatti, rischia di sottrarlo ad una serie di attività formative, quali l'istruzione scolastica, l'attività ricreativa, l'esercizio di uno sport, attività tutte funzionali ad un armonioso sviluppo della sua personalità e tutte incluse nel più ampio diritto all'educazione di cui il minore è titolare.

Istruire ed educare i figli è un dovere inderogabile dei genitori, ma in caso di incapacità di questi ultimi, è la legge a provvedere (artt. 30 e 34 Cost.). Qui entra in

maltrattamenti può ritenersi sussistente solo in caso di assenza di una condizione di integrale asservimento ed utilizzazione esclusiva del minore ai fini di sfruttamento economico». Da ultimo, v. Cass. Pen., sez. V, n. 37638/2012

¹⁸⁶ In questo senso SCOLETTA, *Nuovo delitto di impiego di minori nell'accattonaggio*, in AA. VV., *Sistema Penale e «sicurezza pubblica». Le riforme del 2009*, a cura di CORBETTA-DELLA BELLA-GATTA, Milano, 2009, 123.

gioco lo stato sociale: l'adempimento del dovere si sposta dai genitori ai pubblici poteri alla collettività¹⁸⁷.

In questa sede non si vuole, quindi, dubitare della rilevanza penale di quei comportamenti che, anche se in nome di una millenaria tradizione culturale, violano il diritto del minore all'educazione o all'istruzione – soprattutto se il fanciullo viene ridotto in condizione di schiavitù – ma riesce difficile credere che sia sufficiente la modifica da contravvenzione a delitto e la comminatoria di pene più severe per rendere efficace la prevenzione generale: in un sistema culturale come quello dei *ROM*, storicamente refrattario ai processi di integrazione, è prevedibile che accada l'opposto¹⁸⁸.

Dei dubbi possono sollevarsi anche in ordine agli obiettivi di prevenzione speciale: l'inasprimento della sanzione vanifica anche la funzione rieducativa-risocializzante della pena nei confronti dei soggetti culturalmente diversi, i quali potrebbero percepirla come un obbligo di conversione a regole non avvertite come proprie.

Sicuramente esistono minori *ROM* che soffrono per il loro stato di abbandono e che devono essere tutelati, l'essere, però, un bambino *ROM* non può essere considerato un elemento sufficiente per considerarlo un minore maltrattato o schiavizzato, anche se vive in condizioni precarie e degradate in un "campo nomadi". Viene quindi da domandarsi se la tutela di questi bambini non si debba attuare risolvendo la precarietà abitativa e lavorativa dei genitori, piuttosto che adottando politiche "razziste" e leggi repressive nei confronti di questi ultimi.

Non dimentichiamo, infatti, che i minori vantano un diritto soggettivo, costituzionalmente sancito, ad essere educati nella loro famiglia, di regola il luogo privilegiato di formazione della loro personalità ancora *in fieri*. Su questo assunto si basa anche l'opera interpretativa della Corte Costituzionale¹⁸⁹ che, partendo dalla relazione intrinseca tra educazione e unità familiare, è pervenuta al riconoscimento del diritto alla seconda anche nei confronti degli stranieri che si trovano a qualunque titolo

¹⁸⁷ IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012, p. 41.

¹⁸⁸ Così, DE MAGLIE, *Reati culturalmente motivati*, Pisa, 2010, p. 54

¹⁸⁹ Corte cost. n. 376/2000, in *Famiglia*, 2001, II, 1155, con nota di E. TORIELLO, *Espulsione del padre durante la gravidanza: la Consulta allinea la legge sugli stranieri ai "principi fondamentali"*.

sul territorio dello Stato¹⁹⁰. Quindi, l'aiuto dello Stato va garantito *in primis* alla famiglia e poi al minore, che nella famiglia si forma. Ciò vale a maggior ragione per i minori *ROM* che fanno della famiglia il centro della loro vita. “La garanzia della convivenza del nucleo familiare si radica nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e in particolare, nell’ambito di questa, ai figli minori” (...) “il diritto di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell’unità della famiglia, sono diritti fondamentali della persona che, pertanto, spettano in via di principio anche agli stranieri”¹⁹¹.

Alla luce delle nostre riflessioni, vi è da chiedersi se l’obiettivo perseguito dal legislatore con l’introduzione dell’art. 600-*octies*, più che la tutela del minore, non sia nuovamente l’attacco del diverso, dello straniero, “invasore e invadente”¹⁹².

Claudia Santoro

Dottoranda in Sistema Penale Integrato e Processo
presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell’Università degli studi di Napoli Federico II

¹⁹⁰ IASEVOLI, *Diritto all’educazione e processo penale minorile*, cit., p. 27

¹⁹¹ Corte cost. n. 28/1985

¹⁹² CERETTI-CORNELLI, *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in MAZZA-VIGANÒ, *Il pacchetto sicurezza, (commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009 n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, p. 19

Dott.ssa Maria Rosaria Sessa

Aspetti relazionali dell'intervento educativo in Comunità

La dimensione operativa connessa all'intervento comunitario, nel caso specifico il provvedimento restrittivo di collocamento in comunità da parte dell'Autorità Giudiziaria minorile competente, si caratterizza come centrato su una relazione di aiuto a più livelli di interazione. Tale condizione intesa nel senso di 'presa in carico' educativa del minore riconducono continuamente, nella prassi operativa, ad una riflessione rispetto a quanto Winnicott ha approfondito sull'argomento della funzione materna di specchio. Per Winnicott il Sé origina solamente da una condizione in primum di frammentazione della struttura psichica del bambino e da uno stato di reciproca corresponsione di questo con la madre; l'altro è un altro in cui trovare una risposta positiva e non frustrante, che rassicura e che dà al soggetto un senso di unità e di individualità; se tale esperienza non incontra ostacoli, allora condurrà naturalmente «all'istituzione nell'individuo di un Sé che ha un'esistenza continua, che acquisisce un'esistenza psicosomatica e che sviluppa la capacità di mettersi in rapporto con gli oggetti». Del resto la psicologia umanistico - esistenziale ha ribadito che l'uomo biologicamente sano ha in sé tutte le potenzialità per attuare l'innata esigenza alla realizzazione personale e alla gratificazione non solo materiale ma soprattutto psicologica e affettiva. Il condizionamento di questa tendenza, presente in ognuno di noi, è attuato prima dall'ambiente familiare, poi da quello sociale. L'ambiente affettivo e sociale quindi, ha un'importanza rilevante ma fondamentale è secondo Rogers la rielaborazione delle esperienze di vita , cioè il vissuto da ognuno di noi rispetto alle proprie esperienze e relazioni. Se gli stimoli esogeni sono negativi o fortemente condizionanti e frustranti, molto dipenderà anche dalla capacità che il soggetto ha di rielaborare e quindi di reagire a queste esperienze. Quindi compito fondamentale appare quello di attuare una ricerca che possa fornire alla persona in crisi le capacità e le abilità per rielaborare in modo diverso le proprie esperienze di vita e il proprio problema, al fine di perseguire comunque la propria "autorealizzazione".

Tali assunti teorici fanno da premessa e chiariscono quanto é da ritenersi fondamentale quello spazio di possibilità, di tensione evolutiva che é presente in ogni ragazzo e che va considerato come una richiesta implicita che emerge o, molto più spesso, ha necessità di essere portata alla luce, attraverso la relazione, durante il percorso esperienziale di un ragazzo. La riflessione qui va sviluppandosi rispetto alla relazione educativa, relazione che si connota come una relazione di aiuto, nella quale risiedono altresì forti elementi di cura. Avviene che molti ragazzi spesso affrontano il proprio adattamento alla struttura, al contesto comunitario manifestando da subito una chiara intenzione di rispettare gli aspetti inerenti la regolamentazione del quotidiano, mentre invece appaiono più resistenti rispetto alla dimensione delle attività ed in particolare agli aspetti più propriamente educativi, fino anche a quelli relazionali rivendicando in qualche modo un proprio livello di controllo e riuscendo con fatica ad individuare e concedere/si un piano di significativo scambio ed interazione, pur mantenendo un sufficiente livello di riconoscimento del riferimento istituzionale. Questa forma di controllo e di distanza affettiva nella relazione, in qualche modo garantisce come una sorta di “riparo” dall’esperienza relazionale dalla quale appaiono rifuggire, in taluni casi si attivano altresì atteggiamenti oppositivi ed ostili. Questi atteggiamenti sono apparsi legati al bisogno di attivare strategie difensive, più volte l’espressione dell’intento di non essere contattato su un piano che si reputa più personale e che potrebbe ‘non riguardare’ gli altri, esplicitando in qualche modo una difficoltà estrema, sebbene non riconoscendola del tutto, come un limite. In alcuni momenti è l’espressione rigida, di un bisogno di riservatezza, da considerarsi anche in termini di risorsa positiva, quindi non solo limitante. Diversamente appare connotarsi l’esperienza relazionale verso il gruppo dei pari, dove più facilmente si manifesta un senso di adiacenza del piano dei bisogni e dunque di spontanea apertura che va orientato nel tempo verso una maggiore e più autentica condivisione. L’interazione dei ragazzi con il gruppo operativo, inteso come personale così designato di assistenza e vigilanza, racchiude una forte potenziale pedagogico e relazionale. Gli operatori vivono con i ragazzi un rapporto costante nell’arco dell’intera giornata che consente lo sviluppo di un rapporto di maggiore prossimità, vicinanza e accompagnamento dei contenuti del vissuto

quotidiano. Spesso si osserva che tale livello facilita e consente ai ragazzi di sperimentare situazioni continue di scambio che gradualmente tendono ad evolvere una condizione emotiva di appartenenza più autentica e serena, di un “far parte” e potersi “sentir parte” di uno spazio dove è possibile un’esperienza di reale espressione e di compartecipazione. Talvolta l’inserimento in comunità, anche quando ci sono aspetti di un orientamento personale volti ad un movimento più costruttivo e produttivo, diventa difficoltoso non rispetto alla condizione di adattamento ma proprio rispetto agli aspetti di condivisione della dimensione comunitaria. Questo talvolta è reso faticoso e complicato, anche, dal lungo periodo di permanenza nelle strutture custodiali che, tendendo naturalmente a saturare degli spazi, rendono maggiormente difficile corrispondere ad un’aspettativa di accoglienza, piano questo che é molto spesso carente. Lo sforzo di organizzare contenuti educativi volti ad obiettivi di riconoscimento positivo, appare centrale. Molto spesso la rappresentazione del futuro appare di elaborazione difficile, confusa da elementi di rabbia, di risentimento che tendono ad emergere, quando liberati dal controllo estremo posto in essere, nella dimensione relazionale e riconducibili al difficile vissuto o anche alle precedenti esperienze giudiziarie. Tenendo conto, secondo la prospettiva rogersiana, che valore assoluto appare essere quello di riuscire a fornire alla persona in crisi la capacità e le abilità per rielaborare in modo diverso le proprie esperienze di vita e il proprio problema, al fine di perseguire comunque la propria autorealizzazione, appare sostanziale non ricadere in una lettura che tenda a far emergere solo gli aspetti negativi, in parte espressione delle esperienze poste in essere, ma riuscire invece a rimandare una possibile immagine alternativa. In tal senso il richiamo di Winnicott rispetto alla funzione di specchio, appare un costante punto di riferimento ‘il Sé si trova naturalmente collocato nel corpo, ma in certe circostanze può dissociarsi dal corpo, o il corpo da esso. Il Sé riconosce se stesso negli occhi e nell’espressione del viso della madre e nello specchio che può arrivare a rappresentare il viso della madre’. Questo aspetto é più che mai fondamentale proprio rispetto a soggetti che si trovano in età evolutiva e perciò essenziale è lavorare, su elementi di possibilità, di spazi di opportunità alternativa che possano consentire di far emergere nel tempo

l'elemento centrale che attiene a ristabilire il piano della fiducia e quindi organizzare azioni mirate agli obiettivi di reinserimento reale verso il raggiungimento di una autonomia e dunque di una progettualità positiva. La famiglia, la loro presa in carico anche emotivo-affettiva appare basilare in tal senso e dunque cercare di affrontare questi elementi, anche attraverso il coinvolgimento costante dei genitori è l'altro aspetto prioritario. I genitori coinvolti tendono a mostrarsi gradualmente sempre più partecipativi rispetto al riconoscimento di senso del percorso comunitario e nei momenti in cui il ragazzo rientra a casa, nel caso dei permessi domenicali, la famiglia sembra vivere momenti di condivisione e riappropriazione di uno spazio familiare nel quale viene sperimentata una ferita, dovuta anche ai periodi di restrizione sperimentata. Questo spesso produce una condizione di sofferenza, attivando un inevitabile meccanismo di allontanamento che i ragazzi esprimono e in qualche modo riproducono nella relazione. Rinsaldare il legame affettivo, riconoscere e favorire la riappropriazione del mandato affettivo-genitoriale attraverso una azione costante di ponte tra la comunità e la famiglia, rappresenta un'importante, quanto complesso, aspetto che può consentire alla famiglia di riassumere il suo ruolo di principale luogo di contenimento. Rispetto a ciò tanto va indirizzata l'azione educativa al fine di arginare il rischio possibile, questo dal punto di vista più prettamente sociale, dell'instaurarsi di un meccanismo espulsivo che spesso emerge nel vissuto dei ragazzi o del quale sentono di essere stati oggetto. Gli elementi di cura che risiedono nella dimensione relazionale, stimolati dall'accoglienza comunitaria, possono essere colti dai genitori che ritrovano nella comunità una funzione di sostegno e valorizzazione della centralità del proprio ruolo e responsabilità, ciò contribuisce ad esprimere gradualmente una migliorata capacità di riconoscimento e dunque di risposta adeguata da parte della famiglia. Altro aspetto rilevante è la possibilità di inserimento lavorativo o formativo che consente un'attivazione di efficacia positiva e la verifica di una possibile progettualità di reinserimento e dunque di proiezione in una condizione di 'normalità'. Ciò ha l'obiettivo, oltre che di verificare realmente le capacità di contenimento personale, di tendere ad attivare risposte alternative a quelle prodotte. Una sorta di attivazione, attraverso l'azione, di un pensiero 'altro' che possa consentire

di uscire da una condizione di rigidità, di ampliare spazi e rappresentazioni di sé rispetto alle condizioni sperimentate, e/o a quanto rischia di essere stigmatizzante un percorso restrittivo. Quindi lavorare sulla possibile realizzabilità di una condizione progettuale esterna permette di centrare altri obiettivi, aspetto questo connesso alla fiducia che, come precedentemente approfondito, appare fin da subito basilare. L'impegno è pertanto funzionale al percorso personale, e si rivela una reale risorsa anche al fine di valutare e stimolare l'adesione al compito. In tal senso la possibilità di inserimento lavorativo/formativo, consente l'attivazione di efficacia positiva e la verifica di una possibile progettualità di reinserimento e dunque di proiezione in una condizione di 'normalità'. Dunque lavorare sulla possibile realizzabilità di una condizione progettuale esterna, contestualmente alla complessa condizione di accoglienza comunitaria permette di ristabilire il piano della fiducia che appare fin da subito basilare per non cadere in una lettura negativa e paralizzante ma per accedere ad un piano di osservazione e operatività centrato sull'obiettivo della possibilità, categoria che forse più caratterizza l'essere umano. La vita psico-affettiva di ogni persona è caratterizzata dalla necessità di essere considerati positivamente, tale bisogno esprime l'esigenza di legarsi e sostenersi tramite gli altri e questo fa della persona un essere sociale.

Maria Rosaria Sessa

Funzionario Professionalità Pedagogica

Dott.ssa Valentina Maisto

La tutela dei diritti umani dei minori migranti¹⁹³

Sommario: 1. Premessa - 2. Il minore quale soggetto *in fieri* - 3. Il minore straniero autore di reati - 4. Il minore quale vittima particolarmente vulnerabile di reati - 5. Considerazioni critiche

1. Premessa

La tematica della tutela dei diritti umani dei minori migranti è estremamente complessa, perché fonde due prospettive a loro volta prismatiche, ovvero quella dei minori, soggettività guardabili sotto diversi profili, e quella dei diritti umani, argomento ampio e che coinvolge più livelli ordinamentali.

Infatti, essendo quello migratorio un fenomeno strutturale globale, per la sua analisi non si può prescindere dal contesto sovranazionale e dalle ricadute di questa strategia multilivello sull'ordinamento nazionale. A loro volta, le questioni inerenti ai minori possono essere esaminate in prospettive differenti : quella del minore quale titolare di uno *status* peculiare da tutelare in sé, del minore autore di reati, del minore vittima particolarmente vulnerabile di reati.

2. Il minore quale soggetto *in fieri*

Anzitutto, come anticipato, il minore viene tutelato in ragione del suo peculiare *status* di soggetto con una personalità in formazione.

Sul piano internazionale, la sua protezione avviene sia attraverso le norme di *jus cogens*, imperative ed inderogabili in quanto essenziali alla dignità umana, che sanciscono, per ogni essere umano, il diritto alla vita, il diritto a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti crudeli, disumani o degradanti, il diritto a non essere tenuto in

¹⁹³ Testo, integrato con riferimenti bibliografici essenziali, della relazione tenuta al Corso di perfezionamento in diritto penale minorile, Napoli (13. 09. 2013).

stato di servitù o schiavitù, il principio di legalità¹⁹⁴; sia attraverso talune convenzioni di diritto particolare che riguardano specificamente i minori.

In primo luogo, la Dichiarazione universale dei diritti umani, all'art. 25, prevede che ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia e che la maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza, e tutti i bambini, nati nel matrimonio o fuori di esso, devono godere della stessa protezione sociale.

Ancora, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - che in seguito all'entrata in vigore del trattato di Lisbona ha assunto il medesimo valore dei Trattati europei, e, quindi, appartiene al livello del diritto primario dell'UE - stabilisce, all'art. 32, che il lavoro minorile è vietato fintanto che sussista l'obbligo scolastico, e che in ogni caso i giovani ammessi al lavoro devono beneficiare di condizioni di lavoro appropriate alla loro età ed essere protetti contro lo sfruttamento economico o contro ogni lavoro che possa minarne la sicurezza, la salute, lo sviluppo fisico, mentale, morale o sociale o che possa mettere a rischio la loro istruzione.

Inoltre, la Convenzione Internazionale sui Diritti dell'Infanzia, ratificata in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, statuisce, all'art. 2, il principio di non discriminazione, imponendo agli Stati parte di assicurare i diritti sanciti a tutti i minori, senza distinzione di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione del bambino e dei genitori; all'art. 3, sancisce il principio del superiore interesse del bambino, che consiste nel dato per cui in ogni decisione, azione legislativa, provvedimento giuridico, iniziativa pubblica o privata di assistenza sociale, l'interesse superiore del bambino deve ricevere una considerazione preminente; all'art. 6, vincola gli Stati membri al riconoscimento del diritto alla vita del bambino e l'impegno ad assicurarne, con tutte le misure possibili, la sopravvivenza e lo sviluppo; all'art. 12, afferma il diritto dei minori capaci di discernimento ad essere ascoltati in tutti i procedimenti che li riguardano, soprattutto in ambito legale, il che comporta lo speculare dovere, per gli

¹⁹⁴ Così, G. CATALDI, *L'immigrazione tra universalità dei diritti umani e particolarità culturali*, in AA.VV., *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, a cura di M. CARTA, Roma, 2009, p. 64.

adulti, di tenerne in adeguata considerazione le opinioni; all'art. 20, prescrive che ogni fanciullo temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare, oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo interesse, ha diritto a una protezione e ad aiuti speciali dello Stato. Nel protocollo opzionale del 2000 è altresì previsto il divieto di arruolare i minori di diciotto anni in conflitti armati (divieto, peraltro, penalmente sanzionato dall'art. 8 dello Statuto della Corte penale internazionale, tra i crimini di guerra, ma solo con riferimento ai minori degli anni 15). Sempre sul piano internazionale, va fatto riferimento ad un'ulteriore convenzione, inerente però ai migranti in generale, e, dunque, anche ai minori, ovvero la Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati del 28 luglio 1951. Questa, all'art. 31, prevede che «gli Stati Contraenti non prevederanno sanzioni penali, a motivo della loro entrata o del loro soggiorno illegali, contro i rifugiati che giungono direttamente da un territorio in cui la loro vita o la loro libertà erano minacciate nel senso dell'articolo 1, in quanto si presentino senza indugio alle autorità e giustifichino con motivi validi la loro entrata o il loro soggiorno irregolari»; mentre, l'art. 33 sancisce il principio di *non refoulement* – principio ritenuto di *jus cogens* – secondo cui nessuno Stato può espellere o respingere, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche.

La precisazione di tale principio, con specifico riguardo ai minori, è avvenuta tanto attraverso la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi Corte EDU), che tramite la disciplina nazionale. Infatti, la Corte EDU ha interpretato l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo - relativo al divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti¹⁹⁵ – in relazione al fenomeno migratorio, da un lato, come operatività senza eccezioni del principio di *non refoulement* anche in caso di rilevante pericolosità sociale del ricorrente¹⁹⁶, dall'altro come criterio per

¹⁹⁵ Per un'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, relativamente all'art. 3 CEDU, nel periodo 2008 – 2010, cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008 – 2010 : il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2011, p. 221 ss.

¹⁹⁶ C. eur. dir. Uomo, sez. II, 24 marzo 2009, *Abdelhedi e altri c. Italia*, ric. n. 2638/07; nonché, stessa sezione e stesso giorno, *Ben Salah c. Italia*, ric. n. 38128/06; *Bouyahia c. Italia*, ric. n. 46792/06; *Hamraoui c. Italia*, ric.

valutare l'eventuale violazione delle condizioni minime di detenzione nei centri di espulsione¹⁹⁷. Quanto a quest'ultimo profilo, la Corte, pur ammettendo in generale la possibilità che, in ipotesi eccezionali, la detenzione possa eccedere un periodo ragionevole, per quanto attiene ai minori ha invece rilevato che la promiscuità, lo stress, l'insicurezza e l'atmosfera ostile di questi centri li rendono incompatibili con i principi internazionali di protezione dell'infanzia, secondo i quali - tra l'altro - le autorità devono prevedere come *extrema ratio* la possibilità di detenzione dei minori per lunghi periodi¹⁹⁸. Relativamente all'ordinamento italiano, il testo unico in materia di immigrazione, di cui al d. lgs. n. 286/98 (d'ora in poi t.u.imm.), come meglio si vedrà in seguito, ha previsto all'art. 19 che non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1, ossia per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, nei confronti - tra l'altro - degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi. Per i minori non accompagnati al momento della segnalazione sul territorio italiano, invece, si procede al rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo per minore età (art. 28 d.p.r. n. 394/1999) per consentire lo svolgimento delle indagini familiari e l'organizzazione dell'eventuale rimpatrio assistito.

Per quanto attiene alle disposizioni a tutela del minore proprie dell'ordinamento comunitario, va anzitutto osservato che tutti gli atti dell'Unione mirano da un lato - attraverso una scrematura degli aventi diritto all'asilo, la previsione di specifiche ipotesi di concessione del visto, la gestione militare delle frontiere e gli scambi di informazione - a bloccare l'accesso agli Stati membri, dall'altro - fallite le strategie precedenti - a contrastare l'immigrazione clandestina attraverso l'applicazione di sanzioni, penali e non, per chi favorisce l'immigrazione clandestina, commette i reati di tratta di esseri umani e traffico di migranti, assume come lavoratori o trasporta

n. 16201/07; *Soltana c. Italia*, ric. n. 37336/06; C. eur. dir. Uomo, sez. II, 24 febbraio 2009, *Benkhemais c. Italia*, ric. n. 246/07; C. eur. dir. Uomo, sez. II, 13 aprile 2010, *Trabelsi c. Italia*, ric. n. 50163/08.

¹⁹⁷ C. eur. dir. uomo, sez. I, 7 giugno 2011, *R.U. c. Grecia*, ric. n. 2237/08; C. eur. dir. uomo, sez. I, 11 giugno 2009, *S. D. c. Grecia*, ric. n. 53541/07.

¹⁹⁸ Per una recente pronuncia in tal senso, C. eur. dir. uomo, sez. V, 19 gennaio 2012, *Popov c. Francia*, ric. n. 39472/07.

migranti irregolari, nonché attraverso l'espulsione dei migranti irregolarmente entrati nel nostro Paese.

In questo panorama, sussistono diverse disposizioni che prevedono un trattamento peculiare e di favore per i minori. Ad esempio, tra le ipotesi di ingresso determinate da esigenze particolari, vi sono quelle per ricongiungimento familiare, ove un ruolo rilevante è assegnato alle esigenze del minore (direttiva [2003/86/CE](#), recepita in Italia con d. lgs. n.5/2007). Specularmente, nella fase patologica dell'espulsione, maggiori garanzie sono previste per i minori. Quanto ai minori comunitari, negli artt. 27 ss. della direttiva n. 38/2004, è stabilito che se il cittadino comunitario è un minore o ha soggiornato nello Stato membro ospitante nei “precedenti dieci anni”, l'espulsione potrà essere adottata soltanto “per motivi imperanti di pubblica sicurezza definiti dallo Stato membro”. Invece, rispetto ai minori extracomunitari, nella direttiva rimpatri, n. 115/2008, all'art. 10, è previsto che prima di emettere una decisione di rimpatrio nei confronti di un minore non accompagnato sia fornita un'assistenza da parte di organismi appropriati, diversi dalle autorità che eseguono il rimpatrio, tenendo nel debito conto l'interesse superiore del bambino; inoltre, prima di allontanarlo dal territorio di uno Stato membro, le autorità debbono accertare che questi sarà ricondotto ad un membro della sua famiglia, a un tutore designato o presso adeguate strutture di accoglienza nello Stato di rimpatrio¹⁹⁹; all'art. 17, poi, è stabilito che i minori non accompagnati e le famiglie con minori sono trattenuti solo in mancanza di altra soluzione e per un periodo adeguato, il più breve possibile. Tuttavia, la blandizie del riferimento al “più breve tempo possibile” emerge sia dalla possibilità di trattenimento fino a diciotto mesi – scelta avvenuta adeguandosi agli ordinamenti nazionali più restrittivi, e ponendosi sicuramente in contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 25 co. 2 e 3 Cost., che tutelano la dignità umana e la libertà personale ed impongono l'osservanza del principio di proporzione sia nell'intervento punitivo che in fase di procedimento cautelare, nonché del principio secondo cui pene e misure cautelari detentive si giustificano solo in relazione alla realizzazione di un fatto di reato, o al procedimento

¹⁹⁹ Sul punto, M. BORRACCETTI, *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, 1, p. 33, osserva in chiave critica che il concetto di famiglia non è uniforme in tutte le società, né l'istituto del tutore è omogeneamente previsto e disciplinato.

per il relativo accertamento²⁰⁰ -, che da talune successive previsioni - sul diritto ad una sistemazione separata che assicuri un adeguato rispetto della vita privata, sulle attività di svago, di gioco e ricreative, e sull'accesso all'istruzione²⁰¹ - che, evidentemente, non sembrano essere poste nell'ottica di una detenzione di breve durata.

Veniamo, infine, alle previsioni interne - costituzionali e poste per legge ordinaria - inerenti ai minori migranti. Le disposizioni costituzionali specificamente inerenti alla famiglia ed ai minori sono quelle di cui agli artt. 29, 30 e 31 Cost. Nell'interpretazione data a questi articoli dalla Consulta, emerge che il principio di non discriminazione tra cittadini e non cittadini sia valido solo quanto ad un nucleo minimo di diritti inviolabili. Infatti, sebbene si sia affermata l'essenzialità del diritto all'unità familiare *ex artt. 29, 30 e 31 Cost.*²⁰², si è al contempo sostenuto che «l'inviolabilità del diritto all'unità familiare, garantita dall'art. 29 Cost., è certamente invocabile e deve ricevere la più ampia tutela con riferimento alla famiglia nucleare, eventualmente in formazione e, quindi, in relazione al ricongiungimento dello straniero con il coniuge e con i figli minori, mentre nel rapporto tra figli maggiorenni, ormai allontanatisi dal nucleo di origine, e genitori l'unità familiare perde la caratteristica di diritto inviolabile costituzionalmente garantito, restando affidato al legislatore il bilanciamento dell'interesse all'affetto con altri interessi di rilievo»²⁰³. O ancora, è stata dichiarata manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 19 comma 2 lett. c) t.u., nella parte in cui non prevede il divieto di espulsione dello straniero convivente "*more uxorio*" con un cittadino italiano (rispetto allo straniero convivente con un parente entro il quarto grado o con il coniuge cittadino), «in quanto la previsione del divieto di espulsione solo per lo straniero coniugato con cittadino italiano e per lo straniero convivente con cittadini che siano con lo stesso in rapporto di parentela entro

²⁰⁰ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in AA.VV., *Immigrazione illegale e diritto penale - un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 228.

²⁰¹ Sul punto, M. BORRACCETTI, *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, cit., p. 39, ha giustamente rilevato che la previsione dell'art. 17 della direttiva – secondo cui ai minori trattenuti è offerta la possibilità di svolgere attività di svago, tra cui attività di gioco e ricreative consone alla loro età e, in funzione della durata della permanenza, è dato accesso all'istruzione – consente di dedurre la forte probabilità che il trattenimento del minore possa anche non essere così limitato nel tempo.

²⁰² Corte Cost., 19 gennaio 1995, n. 28, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 635 ss.; Corte Cost., 26 giugno 1997, n. 203, in *Giur. it.*, 1998, p. 205 ss.

²⁰³ Corte Cost., 8 giugno 2005, n. 224, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3 ss.

il quarto grado risponde all'esigenza di tutelare, da un lato, l'unità della famiglia, e dall'altro, il vincolo parentale riguarda persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici invece assente nella convivenza "*more uxorio*"»²⁰⁴.

Ancora maggiori appaiono le discriminazioni riscontrabili a livello di legge ordinaria. Per averne una piccola idea, si pensi alla farraginosità delle procedure di acquisizione della cittadinanza - così come disciplinate dalla l. n. 91/1992 - che è stata diffusamente rilevata, così come è stato evidenziato l'anacronismo della legge del 1992, che è stata impostata ancora prevalentemente sul criterio dello *ius sanguinis* - criterio funzionale alla tutela dell'italiano emigrato - in una fase in cui l'Italia già non era più uno stabile esportatore di manodopera²⁰⁵. Infatti, i minori nati in Italia avranno automaticamente la cittadinanza solo se uno dei genitori è cittadino; se, invece, entrambi i genitori sono stranieri, il figlio diviene cittadino se dichiara di voler acquistare la cittadinanza italiana entro un anno dal raggiungimento della maggiore età, in caso di residenza legale senza interruzioni in Italia. In caso di nascita fuori dall'Italia, la cittadinanza italiana può essergli concessa con decreto del Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'interno se risiede legalmente da almeno dieci anni nel territorio della Repubblica : nell'esame della domanda, il Ministro dell'interno gode di un ampio margine di discrezionalità.

Infine, sempre nell'ottica della tutela del minore in ragione del suo peculiare *status*, vanno citate talune disposizioni contenute nel t.u.imm. Oltre al già richiamato art. 19, sul principio del *non refoulement* e sull'inespellibilità del minore - sebbene vada

²⁰⁴ Corte Cost., 20 luglio 2000, n. 313, in *Riv. dir. internaz.*, 2000, p. 1147 ss. Tuttavia, da ultimo, con sent. n. 202 del 18 luglio 2013, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 19 luglio, la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo «l'art. 5, co. 5, del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che "ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare" o al "familiare ricongiunto", e non anche allo straniero "che abbia legami familiari nel territorio dello Stato". L'impossibilità di annoverare tra i beneficiari di tale tutela rafforzata tutti coloro che vivono in Italia con una famiglia, indipendentemente dal tipo di permesso di soggiorno di cui dispongono, con l'esclusione dal campo di applicazione della tutela rafforzata di cui all'art. 5, co. 5, del d.lg. citato, di coloro che, pur avendone i requisiti, non hanno esercitato il loro diritto al ricongiungimento familiare, determina una irragionevole disparità di trattamento di situazioni consimili, con una illegittima compromissione di diritti fondamentali legati alla tutela della famiglia e dei minori, in violazione sia degli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost., sia dell'art. 8 della CEDU come applicato dalla Corte di Strasburgo, integrante il parametro di cui all'art. 117, primo co., Cost.».

²⁰⁵ M. MC BRITTON – C. SERINO, *Immigrati di seconda generazione: dimensioni psico-sociali e aspetti normativi*, in *Minorigiustizia*, 2011, 1, p. 69.

rammentato che è comunque ammesso il suo respingimento - vanno considerati gli artt. 35 co. 3 e 38 t.u.imm., che sembrano garantire agli stranieri, anche non regolarmente soggiornanti, assistenza sanitaria e servizio scolastico.

L'art. 38 prevede, in particolare, che i minori stranieri presenti sul territorio siano soggetti all'obbligo scolastico e che ad essi si applichino tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica²⁰⁶. L'art. 35, invece, stabilisce che ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, anche non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, siano comunque assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali (solo, sic!), ancorché continuative, per malattia ed infortunio e che ad essi siano estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva. Sono, in particolare garantiti: a) la tutela sociale della gravidanza e della maternità, a parità di trattamento con le cittadine italiane, ai sensi della L. 29 luglio 1975, n. 405, e della L. 22 maggio 1978, n. 194, e del decreto 6 marzo 1995 del Ministro della sanità, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 87 del 13 aprile 1995, a parità di trattamento con i cittadini italiani; b) la tutela della salute del minore in esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176. E, tuttavia, quanto all'art. 35, va ricordato che con il cd.

²⁰⁶ Questa disposizione, a sua volta, ha posto taluni problemi. Essa era stata richiamata dai giudici remittenti nell'ambito della censura di costituzionalità, per contrasto con l'art. 24 Cost., dell'art. 10 *bis* t.u.imm. La censura riguardava la violazione dell'art. 24 co. 2 Cost., giacché, «lo straniero irregolarmente presente sul territorio dello Stato che intenda adempiere l'obbligo scolastico cui sono soggetti i figli minori (art. 38 del d.lgs. n. 286 del 1998) - obbligo presidiato da sanzione penale (art. 731 del codice penale) - pur non dovendo esibire ai fini dell'iscrizione dei figli a scuola alcun documento attestante la regolarità del suo soggiorno (art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998), finirebbe inevitabilmente per autodenunciarsi, sia per la facilità con la quale la sua condizione di irregolarità può emergere nel corso dell'attività didattica, sia per la sussistenza di un obbligo di denuncia di tale condizione da parte del personale scolastico che rivesta le qualifiche di cui agli artt. 361 e 362 c. p.». Ebbene, la Corte ha affermato che tale censura fosse manifestamente inammissibile, non sussistendo in capo a chi commette un reato l'obbligo di autodenunciarsi, né potendo configurarsi come autodenuncia la mera permanenza sul territorio dello Stato; in tal caso, «la lesione costituzionale denunciata non deriverebbe, una volta ancora, dalla norma incriminatrice recata dall'art. 10-bis del d.lgs. n. 286 del 1998, ma, semmai, secondo la prospettazione del rimettente, dal difettoso coordinamento di talune disposizioni "collaterali" (artt. 6,35 e 38 del d.lgs. n. 286 del 1998): più in particolare, dalla mancata previsione, nel citato art. 38, di una esenzione dall'obbligo di segnalazione all'autorità del migrante irregolare da parte del personale scolastico, analoga a quella sancita dall'art. 35, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998 con riferimento al personale sanitario». Cfr. Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, in *Giur. cost.*, 2010, 4, p. 3030 ss.

Pacchetto sicurezza 2009, l. n. 94/2009, si era provato ad introdurre l'obbligo di presentazione del permesso di soggiorno presso i presidi ospedalieri per accedere alle cure sanitarie, ed il conseguente obbligo di referto dei medici – vista la contestuale introduzione del reato di immigrazione clandestina - ; tentativo, fortunatamente, sventato²⁰⁷.

3. Il minore straniero autore di reati

Altra prospettiva da esaminare è quella del minore straniero autore di reati. Va, anzitutto, detto che, secondo i dati del 44° rapporto Censis, circa il 36,9 % dei detenuti è straniero²⁰⁸, ed il rapporto è abbastanza omogeneo anche rispetto agli istituti minorili : si riscontra, infatti, che il 38,8% dei minori detenuti è straniero²⁰⁹. E, tuttavia, è stato giustamente rilevato che «la delinquenza che conduce in istituto penale i minori stranieri è relativamente meno grave di quella dei minori italiani» e che «i procedimenti a carico dei minori stranieri si concludono con provvedimenti spesso più severi e penalizzanti rispetto a quelli adottati nei confronti degli italiani»²¹⁰. Insomma, anche per i minori, sembra valere il fenomeno di iperrappresentazione carceraria già appurato per gli adulti, e dovuto, tra l'altro, all'eterogeneità dei termini a confronto, ossia la popolazione autoctona e quella immigrata, posto che in quest'ultima sono maggiormente presenti quelle fasce (per età e per sesso) più rappresentate nelle

²⁰⁷ L' emendamento all'art. 45 del d.d.l. stabiliva che fosse soppresso il comma 5 dell'articolo 35 del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, che recitava: «L'accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero non in regola con le norme sul soggiorno non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano». Qualora un tale emendamento fosse stato approvato, si sarebbero calpestati i più elementari diritti umani, che sicuramente sono antecedenti e prevalenti rispetto a quelli di cittadinanza. La nostra Costituzione, infatti, all'art. 32 Cost. tutela il diritto alla salute riconoscendolo “come fondamentale diritto dell'individuo”. La stessa Corte costituzionale, con sent. n. 252/2001(in *Giur. cost.*, 2001, p. 4), ha identificato il diritto alla salute come un diritto fondamentale della persona, che deve essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato. Ciò anche in ragione del dato per cui la salute *ex art. 32 Cost.* è stata reputata un diritto dell'individuo, ma anche un interesse della collettività, in quanto la “marginalizzazione sanitaria” dei cittadini stranieri potrebbe anche comportare rischi per la salute collettiva.

²⁰⁸ CENSIS, *44° Rapporto sulla situazione sociale del Paese*, 2010, Roma, p. 627.

²⁰⁹ 44° Rapporto CENSIS, cit., p. 666.

²¹⁰ T. BANDINI, U. GATTI, B. GUALCO, D. MALFATTI, M. I. MARUGO, A. VERDE, *Criminologia . Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Milano, 2003, p. 272.

rilevazioni dei comportamenti criminali²¹¹; dall'oggetto stesso delle statistiche, spesso limitato ai reati denunciati e, quindi, orientato a fotografare i fenomeni più visibili (ma non necessariamente più pericolosi); dall'espansione conosciuta dai reati propri, non solo in senso tecnico, dello straniero²¹² e dai reati artificiali, provocati da una politica proibizionistica, che partendo dagli autori fa emergere i fatti penalmente rilevanti²¹³. Ancora, influiscono sui dati statistici le prassi delle agenzie di controllo, tendenti a criminalizzare maggiormente le persone provenienti dagli strati sociali inferiori ed estranee al tessuto sociale, nonché la maggiore disponibilità alla denuncia da parte della vittima²¹⁴. E' stato ulteriormente rilevato che le condanne degli stranieri divengono più velocemente definitive a causa di una minore praticabilità del diritto di difesa²¹⁵; da ciò discenderebbero anche più alti tassi di incarcerazione ed una maggiore durata media della detenzione²¹⁶ etc.

Ma veniamo alle disposizioni che interessano i minori autori di reati.

Sul piano internazionale, va rammentato il Patto internazionale sui diritti civili e

²¹¹ Secondo i dati riportati nel 44° Rapporto CENSIS, cit., p. 665 s., al 31 dicembre 2009, su 64.791 detenuti il 95, 8% era di sesso maschile, ed il 4, 2% femminile. Inoltre, il 45, 1 % ha meno di 34 anni ed il 75, 6 % ha al massimo 44 anni.

²¹² A. CAPUTO, *I migranti e lo sguardo dei giuristi*, in *Quest. giust.*, 2011, 3-4, p. 276 s.

²¹³ In proposito, è interessante l'analisi di A. CAPUTO, *Il processo degli immigrati: dati e orientamenti a confronto*, in *Quest. giust.*, 2006, 2, p. 289, ove si segnala che - posto il peso enorme dei reati collegati all'espulsione - questo sia minore nelle regioni meridionali; probabilmente perché in queste regioni vi sarebbe una minore domanda di controllo sociale e maggiore attenzione verso fenomeni criminali più rilevanti.

²¹⁴ Così, J. MANSEL, *Criminalità come tratto distintivo dei discendenti dei lavoratori stranieri?*, in *Dei delitti e delle pene*, 86, 3, p. 549. L'Autore, che svolge un'analisi in riferimento agli stranieri, italiani e turchi, in Germania, rileva che gli stranieri sono gravati meno dei tedeschi, fatta eccezione per quei delitti in cui la vittima ha un contatto immediato con il reo (reati contro l'autodeterminazione sessuale, rapina ed estorsione); dato probabilmente addebitabile al fatto che gli agenti, essendo stranieri, sono più frequentemente denunciati dalla vittima. In proposito, v. pure T. BANDINI, U. GATTI, B. GUALCO, D. MALFATTI, M. I. MARUGO, A. VERDE, *Criminologia*, cit., p. 264 ss.

²¹⁵ T. BANDINI, U. GATTI, B. GUALCO, D. MALFATTI, M. I. MARUGO, A. VERDE, *Criminologia*, cit., p. 267 s. : «Da tali ricerche risulta, in primo luogo, che gli immigrati vengono difesi poco e male da parte degli avvocati e non sono adeguatamente assistiti da parte degli interpreti. Tale maggiore "debolezza" degli immigrati sul piano processuale comporta per loro anche una minore possibilità di prolungare il processo attraverso il ricorso in Appello o in Cassazione e, conseguentemente, una minore probabilità di usufruire di amnistie o di essere prosciolti per prescrizione del reato. Anche il fatto di aver subito la custodia cautelare aumenta la probabilità di essere condannati» in quanto «tale decisione influenza il giudizio in modo negativo per l'imputato».

²¹⁶ Cfr. il contributo, ancora attuale, di D. PADOVAN, *L'immigrato, lo straniero, il carcere : il nuovo razzismo nelle cittadelle occidentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 93, 1, p. 154. Analogamente, A. BEVERE, *Il diritto penale del nemico nelle aule di giustizia*, in *Crit. dir.*, 2008, 3-4, p. 232 s.

politici che, all'art. 6, prevede che una sentenza capitale non può essere pronunciata per delitti commessi dai minori di 18 anni e non può essere eseguita nei confronti di donne incinte; ancora, all'art. 10, stabilisce che gli imputati minorenni devono essere separati dagli adulti e il loro caso deve esser giudicato il più rapidamente possibile, e che, quanto al regime penitenziario, comunque finalizzato al ravvedimento ed alla riabilitazione sociale, i rei minorenni devono essere separati dagli adulti e deve esser loro accordato un trattamento adatto alla loro età e al loro stato giuridico; all'art. 14, relativo alla pubblicità delle udienze e delle sentenze, ed alla indipendenza e imparzialità dei giudici, è statuito che il processo può svolgersi totalmente o parzialmente a porte chiuse, sia per motivi di moralità, di ordine pubblico o di sicurezza nazionale in una società democratica, sia quando lo esiga l'interesse della vita privata delle parti in causa, sia, nella misura ritenuta strettamente necessaria dal tribunale, quando per circostanze particolari la pubblicità nuocerebbe agli interessi della giustizia; tuttavia, qualsiasi sentenza pronunciata in un giudizio penale o civile dovrà essere resa pubblica, salvo che l'interesse di minori esiga il contrario, ovvero che il processo verta su controversie matrimoniali o sulla tutela dei figli.

Numerose affermazioni di principio, circa la questione del minore autore di reati, sono rintracciabili nella giurisprudenza della Corte EDU. Anzitutto, va detto che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali non protegge in modo diretto, bensì indirettamente o *par ricochet*, i diritti che riguardano l'ingresso, il soggiorno, il diritto d'asilo, i profili dell'espulsione e dell'estradizione²¹⁷. Si tratta di una protezione "**par ricochet**", perché lo straniero, il migrante, non è tutelato in quanto tale: tutelati sono i diritti relativi ad ogni persona, quali il diritto alla vita, il divieto di trattamenti disumani e degradanti, il diritto alla vita privata e familiare. Va inoltre aggiunto che la CEDU è singolarmente "ipertestuale", in quanto va letta alla luce della giurisprudenza della Corte di

²¹⁷ B. NASCIMBENE, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, in AA.VV., *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, cit. , p. 33.

Strasburgo, che è una giurisprudenza del caso concreto²¹⁸ e dell'effettività, più che dell'organicità astratta del sistema²¹⁹.

Così come emerso relativamente all'esame dell'art. 3 CEDU, è evidente che la giurisprudenza della Corte europea, pur prevedendo che il minore possa essere espulso e detenuto in centri espulsivi, cerca di limitare queste ipotesi all'*extrema ratio*.

La stessa tensione è rinvenibile nell'interpretazione data ad altre disposizioni che andremo ad esaminare, ovvero gli artt. 5 e 8 CEDU. L'art. 5 § 1 CEDU prevede che ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza, e stabilisce altresì che nessuno possa essere privato della libertà salvo in casi tassativamente previsti : tra quest'ultimi, alla lettera f), rientra il caso dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di penetrare irregolarmente nel territorio, o contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione²²⁰. Tra i criteri in base ai quali è giudicata la legittimità della detenzione, vi è quello della proporzione rispetto allo scopo. Ebbene, si è ripetutamente affermato che la privazione della libertà personale del ricorrente non sia da ritenersi legittima, quando le autorità nazionali non avevano

²¹⁸ Va ricordato, tuttavia, che proprio di recente Cass. Pen., Sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, in *CED Cass. pen.*, 2012, ha affermato che «la giurisprudenza della Corte EDU, originariamente finalizzata alla soluzione di specifiche controversie relative a casi concreti, si è caratterizzata nel tempo “per una evoluzione improntata alla valorizzazione di una funzione para-costituzionale di tutela dell'interesse generale al rispetto del diritto oggettivo”. Sempre più frequentemente, infatti, le sentenze della Corte, nel rilevare la contrarietà alla CEDU di situazioni interne di portata generale, danno indicazioni allo Stato responsabile sui rimedi da adottare per rimuovere la rilevata disfunzione sistemica nel proprio ordinamento interno. La tecnica delle cd. “sentenze pilota”, affidata - dapprima - alla prassi in difetto di una esplicita base normativa, è stata recentemente formalizzata nel regolamento di procedura della Corte, emendato a tale scopo nel febbraio 2011 e in vigore, come modificato, dal 1 aprile 2011. L'effettività dell'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo è stata, inoltre, accresciuta sensibilmente, sul piano internazionale, dall'entrata in vigore, nel giugno 2010, del Protocollo n. 14 alla CEDU, il quale, modificando l'art. 46 della Convenzione, ha introdotto una procedura di infrazione, che “giurisdizionalizza il meccanismo di supervisione sull'attuazione delle sentenze della Corte”, meccanismo certamente attivabile anche in caso di mancato rispetto di “sentenza pilota”. La necessità degli ordinamenti interni di assicurare, anche a prescindere da un intervento del giudice europeo sul caso concreto, il rispetto degli obblighi convenzionali, così come già individuati dalla Corte EDU, di porre fine a persistenti violazioni degli stessi e di prevenire nuove violazioni pone certamente delicati problemi giuridici sulla tenuta di situazioni già definite con sentenze passate in giudicato, ma in palese contrasto con i diritti fondamentali tutelati convenzionalmente (...)».

²¹⁹ Così, V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i nuovi “vincoli” per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANES, V. ZAGREBELSKY, Milano, 2011, p. 7, ove è altresì messa in luce la natura prevalentemente giurisprudenziale del diritto CEDU.

²²⁰ Per un'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, relativamente all'art. 5 CEDU, nel periodo 2008 - 2010, cfr. L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008 - 2010 : il diritto alla libertà personale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2011, p. 255 ss.

tenuto in alcuna considerazione la possibilità di sottoporre un minore ad una misura meno afflittiva rispetto alla privazione della sua libertà personale²²¹.

Simile impostazione si è seguita in relazione all'art. 8, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, rispetto al quale non può esservi ingerenza della pubblica autorità, se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, sia necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del Paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui²²².

Di tutta evidenza, l'espulsione dello straniero, ed in particolare del minore straniero con familiari in Italia, rappresenterebbe una misura in contrasto con tale disposizione.

In proposito, va sottolineato che il requisito della necessità è stato ancorato, dalla Corte EDU, a vari parametri, quali la gravità dell'illecito commesso, il tempo passato dalla stessa e la condotta tenuta nel frattempo dal soggetto, la durata della permanenza dello straniero nel Paese ospitante, la presenza di legami nel Paese d'origine, la situazione familiare e la possibilità per lo stesso di rimanere in contatto con i propri affetti, nonché lo stato e l'età dei figli.²²³ Nel tempo, comunque, la stessa Corte ha giustificato in diverse occasioni l'espulsione, nonostante la sussistenza di legami familiari o sociali, in caso di commissione di reati di natura violenta²²⁴, con ciò dimostrando una progressiva maggiore incidenza del parametro della gravità dei reati commessi rispetto al mantenimento dell'unità familiare: tuttavia, nel caso di autore

²²¹ C. eur. dir. uomo, sez. I, 5 aprile 2011, *Rahimi c. Grecia*, ric. n. 8687/08.

²²² Per un'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, relativamente all'art. 8 Cedu, nel periodo 2008 – 2010, cfr. L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008 – 2010 : gli altri diritti di libertà*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2011, p. 289 ss.

²²³ C. eur. dir. uomo, sez. IV, 15 febbraio 2011, *Geleri c. Romania*, ric. n. 33118/56; C. eur. dir. uomo, sez. III, 24 maggio 2011, *Abou Amer c. Romania*, ric. n. 14521/03; C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 20 settembre 2011, *A.A. c. Regno Unito*, ric. n. 8000/08.

²²⁴ C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 15 novembre 2012, ric. n. 52873/09, *Shala c. Svizzera*; C. eur. dir. uomo, sez. V, 25 marzo 2010, *Mutlag c. Germania*, ric. n. 40601/05; C. eur. dir. uomo, sez. IV, 8 gennaio 2009, *Joseph Grant c. Regno Unito*, ric. n. 10606/07; meno recentemente, C. eur. dir. uomo, sez. III, 30 novembre 1999, *Baghli c. Francia*, ric. n. 34374/97; C. eur. dir. uomo, 19 febbraio 1998, *Dalia c. Francia*, ric. n. 26102/95. Per simili conclusioni, ma in relazione al reato di spaccio, C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 15 novembre 2012, ric. n. 38005/07, *Kissiwa Sofi c. Svizzera*, nonché C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 10 aprile 2012, ric. n. 60286/09, *Balogun c. Regno Unito*.

minorenne, anche qualora si tratti di reati di natura violenta, l'espulsione deve essere disposta solo in casi eccezionali e quale *extrema ratio*²²⁵.

Infine, venendo all'ordinamento nazionale, è necessario capire se il minore possa essere giudicato autore delle numerose ipotesi proprie di reato contenute nel t.u.imm., posto che ovviamente può essere autore di reati comuni.

Va anticipato che l'opinione che chi scrive accoglie non è affatto pacifica nella giurisprudenza - la quale ritiene pacificamente che taluni di quei reati possano essere realizzati da minori -, ma, aderendo alla più sensibile dottrina, pare potersi escludere l'applicabilità di gran parte di tali fattispecie proprie ai minori migranti.

In primo luogo, l'art. 10 *bis* t.u.imm. non dovrebbe essere applicabile ai minori : ciò in virtù del principio del superiore interesse del minore sancito da numerose disposizioni che, oltre ad affermare l'inviolabilità dei suoi diritti fondamentali, ne stabiliscono il divieto di espulsione ed il diritto ad un permesso di soggiorno speciale (tra gli altri, gli artt. 19, 31 co. 3, 35, 38 d. lgs. 286 / 1998; 28 d.p.r. n. 394/1999)²²⁶.

Ancora, benché la giurisprudenza abbia ritenuto applicabile l'aggravante della clandestinità - dichiarata incostituzionale con sent. n. 249/2010 Corte Cost.²²⁷ - anche ai minorenni²²⁸, pare condivisibile l'opinione di chi ha affermato che «l'irragionevolezza dell'aumento di pena a carico del minore clandestino emerge infine dalla considerazione che, per lo meno per quanto riguarda il minore non accompagnato, il rilascio del permesso di soggiorno – cui il minore ha diritto per il solo fatto della minore età – è effettuato dalle questure su segnalazione del Comitato per i minori. Dunque, l'effettivo possesso del documento abilitativo, da cui discende la

²²⁵ C. eur. dir. uomo, grande camera, 3 giugno 2008, *Maslov c. Austria*, ric. n. 1683/03.

²²⁶ Sulla questione, diffusamente, A. DELLA BELLA, *Il minore straniero e il reato di immigrazione clandestina*, in *Il Corriere del Merito*, 2010, 4, p. 424 ss.

²²⁷ Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 249, in *Cass. pen.*, 2010, 11, p. 3744.

²²⁸ Cass. Pen., sez. I, 28 gennaio 2008, n. 17305, in *CED Cass. pen.*, 2008, secondo cui «il pur esatto rilievo che trattandosi di stranieri minorenni, nei loro confronti sussisterebbe un divieto di immediata espulsione, non esclude, evidentemente, il carattere illegale della permanenza degli stessi nel territorio dello Stato al momento della consumazione del reato, elemento questo pure necessario ai fini della configurabilità del reato contestato. E del resto, l'esistenza di una diversità sul piano ontologico tra condizione illegale dello straniero, che rileva in questa sede, e divieto (temporaneo) di espulsione, la si percepisce con immediatezza ove si consideri che lo straniero minorenne, illegalmente presente sul territorio dello Stato, in difetto di fatti sopravvenuti, al momento del raggiungimento della maggiore età e della conseguente scadenza del permesso di soggiorno rilasciatogli in forza di tale *status*, è tenuto a lasciare il territorio dello Stato».

regolarizzazione del minore, oltre che essere più o meno casuale, viene a dipendere in larga misura dalla solerzia con cui si muovono gli organi amministrativi competenti»; tale irragionevolezza era ancor più inaccettabile in considerazione del fatto che l'intero sistema di giustizia minorile è improntato alla funzione rieducativa della pena, ed all'eliminazione di automatismi sanzionatori²²⁹.

Inoltre, il divieto di espulsione dei soggetti minorenni esclude *in nuce* la possibilità che questi realizzino i reati connessi all'espulsione. Anzi, incidentalmente, va detto che il minore assume un ruolo importante in rapporto alla possibilità, per i familiari, di commissione del reato di cui all' art. 13 co. 13 e 13 *bis*, ove è prevista la tradizionale condotta di reingresso nel territorio dello Stato. Infatti, ai sensi dell'art. 31 co. 3 t.u.imm., il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto della sua età e delle sue condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del testo unico.

Infine, quanto al reato di mancata esibizione di documenti²³⁰, il giustificato motivo quale clausola di tipicità escludente l'integrazione della fattispecie è stato rinvenuto, a titolo esemplificativo, in caso di soggetto minorenne²³¹.

4. Il minore quale vittima particolarmente vulnerabile di reati

Anche la tematica del minore vittima di reati è particolarmente complessa. Infatti, ci sarebbe da interrogarsi attentamente – sebbene non sia questa la sede - sulla valenza

²²⁹ A. DELLA BELLA, *L'aggravante della clandestinità e il diritto di soggiorno del minore straniero*, in *Cass. pen.*, 12, 2008, p. 4792 ss. In proposito, si veda altresì l'interessante lavoro di C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012.

²³⁰ Se ne riporta il testo per comodità del lettore : «Lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato è punito con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda fino ad euro 2.000».

²³¹ M. CALDERANI, *Il reato di mancata esibizione del documento di identificazione*, in L. DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, pp. 29-30.

dommatica del consenso del minore vittima di reati e sul ruolo da attribuire alla sua autodeterminazione.

Ad ogni modo, va, anzitutto, osservato che sussistono numerose disposizioni non specificamente aventi tra i loro elementi costitutivi il riferimento ai minori oppure ai minori migranti, ma che nei fatti risultano per lo più avere loro come protagonisti : alludo a quelli che sono i delitti contro la personalità individuale, ed in particolar modo la tratta, la riduzione in schiavitù e servitù, la pornografia reale e virtuale, l'accattonaggio, l'adescamento, previsti nel nostro ordinamento, e contemplati nelle direttive nn. 2011/36/UE e 2011/92/UE.

Sussistono, però, anche disposizioni che specificamente tutelano il minore migrante quale soggetto passivo.

In proposito, va ricordata la direttiva n. 2009/52/CE, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, secondo il cui art. 9 «gli Stati membri garantiscono che la violazione del divieto di cui all'articolo 3, se intenzionale, costituisca reato in ciascuno dei seguenti casi, come previsto dalla legislazione nazionale: a) la violazione prosegue oppure è reiterata in modo persistente; b) la violazione riguarda l'impiego simultaneo di un numero significativo di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; c) la violazione è accompagnata da condizioni lavorative di particolare sfruttamento; d) la violazione è commessa da un datore di lavoro che, pur non essendo accusato o condannato per un reato di cui alla decisione quadro 2002/629/GAI, ricorre al lavoro o ai servizi di un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno è irregolare nella consapevolezza che lo stesso è vittima della tratta di esseri umani; e) la violazione riguarda l'assunzione illegale di un minore. Gli Stati membri provvedono affinché siano perseguibili penalmente l'istigazione, il favoreggiamento e la complicità a commettere intenzionalmente gli atti di cui all'articolo 1». Il nostro legislatore, con il d.lgs. n. 109/2012, *di attuazione della* direttiva 2009/52/CE, *ha* introdotto una nuova circostanza aggravante ad effetto speciale del delitto di cui all'art. 22 co. 12 t.u. imm. Il nuovo co. 12 **bis** stabilisce un aumento da un terzo alla metà delle pene previste al co. 12 quando: «1) i lavoratori

occupati sono in numero superiore a tre; 2) i lavoratori occupati sono minori non in età lavorativa; 3) i lavoratori occupati sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma dell'art. 603 **bis** del codice penale». Complessivamente, la disposizione del t.u.imm. pare attualmente prevedere un trattamento sanzionatorio più severo di quello previsto dalla direttiva. Infatti, la norma interna non subordina la punibilità del datore di lavoro ad alcuna delle condizioni indicate dall'art. 9 della direttiva ed eleva ad elementi circostanziali molte delle situazioni che la direttiva individuava come presupposti alternativi dell'obbligo di incriminazione, in quanto la circostanza di cui al n. 1 richiama la lett. a) dell'art. 9 dir. che fa riferimento ad “numero significativo” di soggetti impiegati, quella di cui al n. 2 riprende la lett. e) relativa all'occupazione di minorenni, la n. 3 richiama la lett. c) sulle condizioni lavorative di particolare sfruttamento. Nella disciplina europea, «per violazioni “normali” vengono invece ritenute sufficienti sanzioni non penali. Qui si può scorgere un (consapevole?) segno di attenzione per il principio di proporzione con riferimento all'impiego del diritto penale e quindi per il rispetto del principio di *ultima ratio*»²³². Consapevolezza che il legislatore interno, in questo caso, non ha dimostrato. Ancora, il minore migrante riemerge, come vittima particolarmente vulnerabile, all'art. 12 t.u.imm., sul favoreggiamento dell'ingresso illegale²³³, che prevede un'aggravante al comma 3 *ter* secondo cui la pena detentiva è aumentata da un terzo alla metà e si applica la multa di 25.000 euro per ogni persona se i fatti di cui ai commi 1 e 3: a) sono commessi al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento; b) sono commessi al fine di trarne profitto, anche indiretto.

La tutela del minore vittima di reati appare altresì preminente rispetto ai diritti del rifugiato autore di reati. Infatti, ai sensi dell'art. 21 d. lgs. n. 25/2008, relativo alle

²³² EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 3, p. 1268.

²³³ Il comma 1 dell'art. 12 t.u.imm. dispone che «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona».

norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato, «è disposto il trattenimento, nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, (cd. CARA), del richiedente: *a*) che si trova nelle condizioni previste dall'articolo 1, paragrafo F, della Convenzione di Ginevra; *b*) che è stato condannato in Italia per uno dei delitti indicati dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale, ovvero per reati inerenti agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati, o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite; *c*) che è destinatario di un provvedimento di espulsione o di respingimento».

5. Considerazioni critiche

Tanto premesso, vanno messe in luce talune criticità che attengono sia alla tipologia di garanzie riconosciute ai minori migranti che all'effettività della loro applicazione.

Infatti, il sistema di tutele internazionali pare assai poco efficace, giacché affidato ai tradizionali meccanismi arbitrari di risoluzione delle controversie, con conseguente *deficit* di effettiva protezione dei diritti del migrante (e dell'uomo in generale)²³⁴.

Analogamente, il diritto U.E. non è di aiuto nella costruzione di un sistema effettivo ed integrale di garanzie, avendo cura di tutelare principalmente solo i soggetti (extracomunitari) che hanno i requisiti lavorativi ed economici per permanere nel territorio degli Stati membri. Il diritto formalizza le scelte della politica, che però a sua volta sembra essere soppiantata dalla razionalità tecnica della legge di mercato europea. Ed a questi interessi vengono piegati i diritti degli stranieri, componenti di un ciclo di produzione in cui tutto si modifica e cambia continuamente, anche gli uomini : «Colui che lavora, da soggetto di diritti è tornato ad incarnare unicamente la figura, mortificante, di uno dei fattori della produzione, tanto per intenderci alla stregua di un

²³⁴ P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, 1, p. 26 s.

macchinario o di una merce»²³⁵. E, in questo ciclo, il residuo è costituito da “rifiuti umani”, da quelle vite di scarto che animano la società liquida di Bauman²³⁶.

Anche per quanto attiene alle pronunce della Corte EDU, sebbene essa abbia comunque avuto modo di affermare principi di rilievo, e benché sia previsto che solo come *extrema ratio* i diritti dei minori possano soccombere nel bilanciamento con le esigenze repressive, emerge come la garanzia dei diritti fondamentali si arresti dinanzi alle scelte di politica nazionale relative al contrasto dell'immigrazione clandestina e, in generale, alla prevenzione del crimine ed alle sue modalità d'attuazione.

Anche la Costituzione - sia perché l'Italia è sempre stata Paese di emigrazione, sia per la prospettiva statualista di cui è sostanzialmente impregnata la Carta - non fornisce risposte sempre soddisfacenti, legando alla cittadinanza l'estensione piena - e non solo relativa a *standards* minimi di tutela - di taluni diritti civili, sociali e politici; quantunque la Consulta abbia ritenuto non preclusivo il riferimento ai ‘cittadini’ rispetto al riconoscimento di tutele allargate per tutte le persone presenti sul territorio, sebbene solo relativamente ai diritti inviolabili, molto spesso anche questi ultimi vengono tutelati in misura assai più circoscritta di quanto avviene in rapporto ai cittadini.

La critica alla disciplina penalistica in materia di immigrazione, prevista con legge ordinaria, infine, non può che essere netta, soprattutto in ragione della sostanziale assenza, in quasi tutte le fattispecie, di un effettivo ed afferrabile bene giuridico da tutelare. Si pensi che la stessa Consulta, con sent. n. 22/2007, nel dare un giudizio complessivo su tale normativa, ha affermato che «il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, anche per interventi legislativi successivi a pronunce di questa Corte, presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con

²³⁵ S. MOCCIA, *I rifiuti sociali nella discarica penale*, in *il Manifesto*, 20 Dicembre 2011.

²³⁶ Z. BAUMAN, *Vite di scarto*, Roma-Bari, 2005, *passim*; ID., *Vita liquida*, Roma- Bari, 2006, *passim*; nonché, sul tema della liquidità del lavoro, altresì, *Modernità liquida*, Roma- Bari, 2003, p. 172 ss.

i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa»²³⁷.

I reati previsti, infatti, presentano caratteristiche che pongono fortemente in dubbio la legittimità dell'inflizione della pena.

I reati di *status* (aggravante della clandestinità, reato di immigrazione clandestina) sono quelli più emblematici dell'attuale svolta verso un diritto penale d'autore, o nel caso di specie di un 'diritto penale d'autore per discriminazione di cittadinanza o per provenienza geopolitica', dove la ragion d'essere della punibilità (o di una risposta sanzionatoria aggravata) non consiste nel fatto commesso, ma, appunto, nel tipo d'autore, o perché manca il fatto, sostituito da un soggetto 'antigiuridico', oppure perché il fatto c'è, ma è sintomo di un giudizio sull'autore²³⁸. Può dirsi che si è passati dai primi segni di insofferenza del legislatore per un diritto penale del fatto - con l'introduzione del delitto di cui all'art. 14 co. 5 *ter* t.u. -, alla punizione di presunzioni di pericolosità con l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11 *bis* c.p., ad un diritto penale d'autore - operante già sul piano delle scelte di criminalizzazione, e non solo del trattamento sanzionatorio - con l'introduzione del reato di clandestinità di cui all'art. 10 *bis* t.u.²³⁹

Ancora, i reati connessi all'espulsione si rivelano tutte fattispecie di mera disobbedienza, ove è la stessa condizione di clandestino ad essere criminalizzata: si pensi al reato di inosservanza dell'ordine del questore, ove la qualità personale appare il fondamento del precetto la cui violazione integra l'illecito, ciò che giustifica l'ordine stesso prima della sua inosservanza²⁴⁰.

Nei reati commessi da terzi, infine, molte volte lo straniero appare mero oggetto materiale piuttosto che titolare di beni giuridici e quindi vittima del reato (si pensi alle fattispecie di locazione o cessione di immobile a persone sprovviste di regolari titoli di soggiorno o a quelle di assunzione di lavoratori irregolari). Anzi, assai spesso sembra

²³⁷ Corte Cost., 2 febbraio 2007, n. 22, in *Giur. cost.*, 2007, 1, p. 177.

²³⁸ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 1, 2009, p. 119.

²³⁹ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo Statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, in *Pol. dir.*, 2 giugno 2011, p. 239 ss.

²⁴⁰ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 121.

proprio questa impostazione proibizionistica ad essere corresponsabile della messa in pericolo dell'incolumità fisica dei migranti²⁴¹.

Emerge così che tutte le principali incriminazioni del t.u. - sia quelle in cui il migrante è autore, che quelle in cui è la presunta vittima - sono volte a tutelare la *ratio* del controllo statale dei flussi migratori, e dunque attengono ad interessi statuali di sicurezza, controllo ed ordine pubblico e non all'effettiva protezione dei diritti dei migranti o dei cittadini.

E, a fronte di tali criticità, non si può che cercare una risposta politica.

Lo hanno dimostrato il *self restraint* della Consulta nel giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 10 bis t.u.imm.²⁴², salvato rifacendosi al solito *leit motiv* della discrezionalità del legislatore, e della Corte di giustizia – interessata alla sola effettività del sistema delle espulsioni – che ha salvato la stessa fattispecie in quanto una norma come quella di cui all'art. 10 bis t.u. non rallenta né ostacola la procedura amministrativa di rimpatrio, come del resto emerge dal comma 5 della disposizione, il quale prevede che il giudice pronunci sentenza di non luogo a procedere allorché durante il procedimento abbia notizia dell'avvenuta espulsione dello straniero²⁴³.

Valentina Maisto

Dottore di ricerca in Diritto penale italiano,
comparato ed internazionale presso l'Università degli Studi di Milano.

²⁴¹ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 106; A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., p. 239.

²⁴² Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, cit., p. 3030 ss.

²⁴³ Corte di giustizia UE, sez. I, 6 dicembre 2012, causa C-430/11, in *Diritto & Giustizia*, 2012, 11 dicembre.

Dott. Davide Emilio Sarno

**Limiti all'ammissibilità della sospensione del processo e messa alla prova
dell'imputato nel procedimento minorile.**

Nell'ambito del procedimento minorile, nel capo III del D.P.R. n. 448/1988, recante "Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni", nella parte dedicata alla definizione anticipata del procedimento e del giudizio in dibattimento, si inserisce l'istituto della sospensione del processo e della messa alla prova del minorenne (art. 28).

Con tale provvedimento il minorenne viene affidato 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 e, conseguentemente, vengono impartite prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato.

In realtà, la portata, meglio ancora l'efficacia della messa in prova è strettamente legata alla "sospensione del processo", la quale viene disposta dal giudice allorché lo stesso ritenga di dover valutare la personalità del minorenne all'esito della prova. Ciò avviene sulla base di un progetto di intervento elaborato dai servizi, ai sensi dell'art. 27 disp. att. al D.P.R. n. 448/1988, approvato con il D.Lgs. n. 272/1989, che nello specifico prevede le modalità di coinvolgimento del minorenne, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita, gli impegni specifici che il minorenne assume, le modalità di partecipazione al progetto degli operatori della giustizia e dell'ente locale nonché le modalità di attuazione eventualmente dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa.

Il documento, quindi, viene preparato dai servizi minorili in base ad una scelta autonoma e precede la decisione del giudice relativa alla sospensione del processo.

In alcuni casi, ciò può avvenire dopo che siano intercorsi contatti con il pubblico ministero, che si è espresso favorevolmente, ma talvolta, e forse nella maggioranza dei casi, allorché, nel seguire il minorenne, si ritenga che la situazione possa essere

migliorata da un provvedimento di questo tipo, oppure perché si hanno avuto segnalazioni da parte dei servizi locali su sostegni in corso, che, pertanto, possono essere valutati ai fini della messa alla prova.

Altre volte, invece, questi presupposti mancano e all'udienza i servizi non sono presenti con il progetto. Ciò nonostante, il giudice può ritenere opportuno disporre la messa alla prova senza il loro preventivo consenso. In tal caso essi vengono coinvolti per la predisposizione del progetto, relativo ai tempi ed alle modalità della prova, il quale, com'è noto, dovrebbe tener sempre presente la realtà personale ed ambientale del minore. È quindi compito dei servizi accertare sia la capacità o meno del ragazzo ad adattarsi a un certo tipo di impegni, sia le possibilità concrete offerte dal territorio per l'attuazione di questi ultimi. Inoltre i servizi devono valutare se le prescrizioni previste sono realmente utili all'adolescente, al fine di elaborare il fatto da lui compiuto quale reale ravvedimento.

In dottrina si è discusso molto se per la concessione del beneficio della sospensione del processo sia necessario che l'imputato confessi di aver commesso il reato di cui è accusato. Da una parte, infatti, ammettere la propria responsabilità è indice di una personalità disposta a riconoscere i propri errori e a rimettersi in discussione di fronte alla possibilità di fruire di una misura dalla valenza rieducativo-premiale. Dall'altra, invece, si esclude la necessità della confessione in quanto tale obbligo si traduce in una pretesa troppo grande per il soggetto che si debba dichiarare colpevole, anche in presenza di acquisizioni probatorie non univoche, per essere messo alla prova, per poi magari scoprire che il Tribunale non ha alcuna intenzione di sospendere il processo e che, addirittura, lo condanna ad una pena, in ipotesi anche molto grave, fondando il suo convincimento proprio sull'avvenuta confessione²⁴⁴.

Per attuare la misura, spesso i giudici non ritengono indispensabile la confessione dell'imputato, la quale spesso è ostacolata non tanto dal proprio convincimento personale quanto dalle pressioni dei familiari, ma è sufficiente il solo consenso del ragazzo a sottoporsi alla prova, poiché, comunque, quando il tribunale dispone

²⁴⁴ . F. Mazza Galanti, I. Patrone, «La messa in prova nel procedimento penale minorile» in *Rassegna italiana di criminologia*, n. 4 1993, pp. 162-163.

l'istituto, ciò avviene perché esistono prove univoche e consistenti riguardo alla colpevolezza del minore. È dunque importante che il giudice, peraltro adempiendo a un dovere che gli deriva dalla legge, in base all'articolo 1 del D.P.R. n. 448/1988, 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.

Se per la concessione della sospensione del processo esistono dei casi tassativamente previsti dal comma 1 dell'art. 28 del D.P.R. n. 448/1988, per un periodo massimo che non superiore a tre anni, invece non vi sono limiti circa la concessione della messa in prova. In realtà il legislatore si è chiesto se dovesse essere previsto un limite massimo di gravità del reato, al di sopra del quale non consentirne l'applicazione, ed ha deciso che tale limite non andasse predeterminato.

Questa scelta evidenzia l'aderenza alle teorie della Scuola positiva, che nel sostituire al diritto penale del fatto proprio della teoria classica (basato sull'esclusiva e fredda considerazione del fatto nella sua immobile tipicità) un diritto penale dell'autore, in concreto sposta la propria attenzione dal fatto al soggetto e considera il delinquente nella sua globale personalità bio-psichica. Già il legislatore del R.D.L. n.1404/1934, che ha istituito i Tribunali per i minorenni quale organo specializzato, aveva iniziato ad attuare un diritto penale misto, del fatto e dell'autore, il quale, pur restando ancorato al principio garantista del fatto come base imprescindibile di ogni sanzione penale, tiene conto anche della imprescindibile esigenza di valutare la personalità del reo, al fine di determinare il tipo, la quantità e la durata delle conseguenze penali applicabili.

Tuttavia mai, prima dell'emanazione del D.P.R. n. 448 del 1988, gli assunti della Scuola positiva avevano trovato una così piena realizzazione: il legislatore, prevedendo la possibilità di applicare la misura della messa alla prova anche nei confronti dei minori autori dei reati più gravi, quali l'omicidio, ha scelto di adeguare la sanzione alla personalità dell'autore dell'illecito, prescindendo dalla specifica configurazione di quest'ultimo. Quando il giudice minorile dispone la sospensione del processo per messa alla prova valuta non l'evento criminoso, o presunto tale, ma il carattere del minore.

La messa alla prova, dunque, sposta l'ambito di intervento dal versante giudiziario a quello educativo, l'oggetto del giudizio dal fatto alla persona, il tempo del giudizio dal passato remoto al presente e al futuro.

Questa scelta è ritenuta giusta da tutti i giudici che sono chiamati ad esprimersi, in quanto dal punto di vista psicologico l'istituto si basa sul fatto che i minori sono in un'età evolutiva e quindi quello che fanno ha un significato diverso da quello che avrebbe per un adulto, soprattutto in termini di possibilità di cambiamento.

Pertanto, si ritiene opportuno che l'opportunità di disporre l'istituto sia svincolata da criteri rigidi, come quelli rappresentati dalla tipologia del reato commesso, e legata, invece, a criteri dinamici, come la personalità dell'adolescente.

Il legislatore non ha posto neppure un limite verso il basso per l'applicazione della misura, quindi la sospensione potrebbe essere stabilita anche di fronte a reati molto modesti. In linea di principio dunque la messa alla prova coprirebbe tutti i reati che non siano da considerare socialmente irrilevanti. In alcuni casi, tuttavia, si cerca di non applicare l'istituto indiscriminatamente, in quanto esso prevede impegni specifici per il minore ed interventi sociali sul medesimo ed, eventualmente, sulla sua famiglia, nonché un controllo da parte dei servizi.

La prova, dunque, è sicuramente più pesante che non un perdono giudiziale od una multa. Allora è giusto non aver previsto limiti massimi o minimi legati alla gravità dei reati per cui si procede, perchè l'utilizzabilità della messa alla prova non dipende tanto dalla gravità del fatto compiuto quanto dalla personalità del ragazzo e dalla sua determinazione al cambiamento. Ma ciò non vuol dire che per tutti i reati la cui commissione non denota di per sé un comportamento complessivo deviante, l'istituto della messa alla prova sia opportuno.

Queste considerazioni possono trovare un'obiezione, in quanto con la scelta di tale rito si privilegia il ragazzo più deviante, che, attraverso la riuscita della prova, ottiene l'estinzione del reato e potrà quindi in futuro godere del perdono giudiziale, rispetto a quello meno deviante, che, una volta ottenuto il perdono giudiziale, non potrà più godere di tale beneficio.

In dottrina c'è chi sostiene che la legge deve trattare in modo diseguale situazioni diverse, per cui proprio individuando uno spazio specifico e differenziato, che riguarda la messa alla prova, rispetto a quello interessato dal perdono giudiziale, si ottiene un intervento giudiziario che non viola il principio di uguaglianza²⁴⁵.

Ad un ragazzo che, pienamente integrato nel mondo sociale, commette un reato episodico, non gli deve essere chiesto di cambiare vita, è sufficiente ricordargli che ha sbagliato e che non lo deve fare più. Se quello stesso reato è commesso da un adolescente, il cui stile di vita è la causa di quel comportamento, gli deve essere chiesto di cambiare vita e deve essergli data la possibilità di farlo. Se ci riesce, deve essere premiato per il difficile compito che ha saputo portare a termine.

Il giudice, quindi, deve disporre la messa alla prova prendendo in considerazione la personalità dell'adolescente, caso per caso.

Il compito piuttosto arduo dei giudici è quello di comprendere come ogni ragazzo reagirà alle decisioni prese dal tribunale: per alcuni adolescenti, anche per il particolare tessuto sociale e geografico in cui vivono, il perdono giudiziale è una *routine*, una specie di farsa che dimenticano velocemente. In questi casi è importante adottare il provvedimento di messa alla prova, invece, per responsabilizzare gli adolescenti sottoponendoli, nello stesso tempo, ad un controllo.

Ai fini della concessione della cosiddetta "messa alla prova" dell'imputato minorenni, che può essere adottata nel corso dell'udienza preliminare o nel dibattimento, il giudice deve rivolgere la sua indagine alla ricerca di elementi che gli consentono di valutare se sia adeguato il ricorso a detto istituto al fine della rieducazione e del positivo reinserimento nella società dello stesso minore, elementi da individuarsi nel tipo di reato commesso, nelle modalità di attuazione di esso, nei motivi che hanno spinto a compiere il crimine, nei precedenti penali del reo, nella sua personalità, nel suo carattere e in quanto altro di utile per il raggiungimento di tale giudizio.

L'ammissione alla messa alla prova dell'imputato previa sospensione del processo è subordinata al vaglio discrezionale del giudice di merito, come più volte sostenuto

²⁴⁵ P. Dusi, «Le risposte possibili al reato minorile», in *Minori e giustizia*, n. 3 1993, pp.14-16.

dalla Cassazione²⁴⁶, circa la possibilità di rieducazione e di inserimento del soggetto nella vita sociale ed è espressione di un giudizio prognostico, insindacabile in sede di legittimità se sorretto da adeguata motivazione e condotto sulla scorta di molteplici indicatori, inerenti sia al reato commesso sia alla personalità del reo, da lui manifestati anche in epoca successiva al fatto incriminato. La sua finalità è quella di permettere la rapida fuoriuscita dell'imputato minore dal processo penale e il reinserimento del soggetto nella vita sociale sulla base di una prognosi favorevole di crescita ed evoluzione della personalità verso l'adozione di modelli socialmente adeguati. Difatti, con questa scelta lo Stato rinuncia a definire il procedimento in corso a carico del minore e a perseguire la pronuncia della sentenza di condanna a fronte dell'impegno a seguire un percorso di recupero, sostenuto dall'attività di trattamento e dagli interventi di assistenza dei servizi sociali.

In termini pratici, la durata della prova viene stabilita volta per volta dai giudici, tenendo conto anche della relazione dei servizi minorili. Il periodo viene determinato considerando, oltre che la gravità del reato, le esigenze del ragazzo e il modo in cui egli e la sua famiglia vivono il fatto penale. La prova non deve essere comunque una sofferenza per il minore, perchè altrimenti egli la considera una vendetta per il reato di cui è imputato ed essa perde ogni valenza educativa.

La durata dunque deve essere proporzionata soprattutto alla personalità dell'adolescente. Può accadere che il tribunale intuisca che un ragazzo ha possibilità di recupero, ma ha un carattere poco costante, in tal caso fissa un periodo breve, per incoraggiarlo.

In altri casi i giudici ricorrono ad alcuni espedienti che la loro consolidata esperienza ha dimostrato efficaci: per esempio, nel periodo precedente a quello estivo, anche di fronte a fatti poco gravi, il periodo di prova viene stabilito per un arco di tempo che permetta al minore di essere controllato per tutta l'estate, stagione in cui egli, avendo più tempo libero per la chiusura di scuole, ha anche più occasioni per delinquere.

Durante il periodo di prova il progetto può essere sottoposto a modifiche, innanzitutto perché in esso c'è un tasso di aleatorietà che deriva dalla stessa condizione di

²⁴⁶ *Ex multis* Cass. Pen. Sez. I, n. 13370 del 05-03-2013, Cass. Pen. Sez. I, n. 7781 del 23-02-2006.

evolutività del minore. Le caratteristiche dell'età adolescenziale sono quelle della mutevolezza, dell'instabilità, della relatività degli interessi. Da esse deriva una prima causa di variazione del progetto.

Di solito il ragazzo non chiede mai che le prescrizioni contenute nel progetto siano cambiate, perchè egli, se accetta di sottoporsi alla prova, prende sul serio il proprio impegno. Devono quindi essere gli operatori minorili a controllare con cura l'atteggiamento del ragazzo, per capire se la misura disposta è effettivamente utile per il suo recupero, o se sono necessarie delle modifiche comunque adeguate ai cambiamenti che caratterizzano la vita del ragazzo. Altri motivi che portano ad una variazione del progetto derivano da fatti contingenti, per esempio una possibilità di lavoro per il minore, la quale, successivamente, viene a mancare.

Infine può accadere che i soggetti che dovrebbero aiutare il minore durante la prova si dimostrino inadeguati nel loro compito: devono dunque essere cercati altri referenti grazie ai quali risocializzare l'adolescente. Questo fatto si verifica meno raramente di quanto si potrebbe credere, in quanto i ragazzi devianti spesso commettono dei reati proprio perché non hanno mai avuto dei validi modelli di riferimento.

L'attenzione dei servizi minorili deve essere rivolta all'elaborazione di un programma realmente individualizzato e specifico per l'adolescente, seguendo per lo più le inclinazioni e le esigenze del minorenne, vero protagonista della vicenda, offrendogli le migliori risorse da cui poter attingere per un rapido recupero e un reale ravvedimento per ciò che è accaduto. Se non vi sono genitori dotati di una certa autorevolezza, possono essere individuati parenti che debbano seguire il minore, sotto la costante attenzione offerta dagli operatori minorili, i quali devono essere estremamente comprensivi ed elastici nel valutare il comportamento del minorenne, rendendo più frequenti gli incontri nei momenti di crisi e ricercando sempre nuove soluzioni per risolvere i problemi che essi incontrano nel corso di un cammino che, per loro, è estremamente arduo.

La valutazione della prova è fatta dallo stesso collegio che ha disposto la sospensione del processo e si fonda su una relazione conclusiva che i servizi devono presentare sul comportamento del minore e sull'evoluzione della sua personalità. Gli unici

riferimenti oggettivi di cui il collegio si può avvalere sono quelli legislativi alle “gravi e ripetute trasgressioni”, la cui interpretazione è affidata completamente alla sensibilità di ciascun membro del tribunale per i minorenni.

L’adempimento delle prescrizioni contenute nel progetto è un utile strumento di valutazione, ma non riveste un’importanza essenziale. Occorre infatti innanzitutto ricordare che le modalità e gli obiettivi della misura devono essere adeguati alle capacità personali dell’adolescente, per cui l’esito della prova deve essere valutato valorizzando l’impegno da lui effettivamente dimostrato, indipendentemente dalla corretta esecuzione di tutti i compiti prescritti dal tribunale. Ad esempio, è possibile che un ragazzo sottoposto ad una prova della durata di un anno, durante tale periodo abbia sempre lavorato, ma non sia andato agli incontri fissati con gli membri dei servizi sociali, a causa del suo carattere introverso. In tal caso, a quest’inottemperanza del programma non deve essere dato un eccessivo peso, il tribunale, piuttosto, deve giudicare i minori per il loro atteggiamento complessivo e deve adeguarsi alla loro personalità, non deve, invece, cercare di modificare il loro carattere.

Così come non dovrebbe impedire l’esito positivo della prova la commissione di un atto illecito nel corso di essa, in quanto alcuni comportamenti, pur avendo rilevanza penale, costituiscono incidenti di percorso in cui gli adolescenti possono facilmente incorrere, più per inesperienza che per scelte realmente devianti, ad esempio nel caso di guida senza patente, per aver guidato con il foglio rosa scaduto.

Anche eventuali manifestazioni di insofferenza del minorenne, in presenza di un buon andamento della prova, non devono mai tendere alla revoca della sospensione, ma piuttosto devono essere l’occasione per un richiamo da parte del giudice.

L’eventualità di qualche inottemperanza è connaturale in un processo di crescita che non può non ammettere momenti di debolezza. Se ciò che rileva davvero è l’evoluzione della personalità del minore, la messa alla prova deve essere costruita pensando ad una prestazione di impegno piuttosto che esclusivamente di risultato. Attraverso essa il ragazzo deve soprattutto imparare ad utilizzare di propria iniziativa, al di là di quanto previsto dal progetto che lo riguarda, modalità di rapportarsi, di comportarsi, di compiere delle scelte, consoni al nuovo modello che si sta costruendo.

L'intervento educativo quindi non deve verificare soltanto le questioni più concrete e formali, ma deve tener conto ed essere volto a modificare aspetti meno verificabili, eppure più sostanziali, della vita individuale e sociale dell'adolescente.

Talvolta può essere opportuno applicare la misura al ragazzo che è già stato sottoposto ad essa e, successivamente alla sua conclusione con esito positivo, ha commesso un nuovo reato. In tal caso non devono neanche essere aggravate le prescrizioni contenute nel progetto, ma ci deve essere un maggiore impegno ed una maggiore attenzione da parte del giudice e dei servizi. Se il ragazzo compie un nuovo reato dopo la conclusione del periodo di prova, infatti, vuol dire che è stato abbandonato, che non è stato sufficientemente aiutato. Invece, il rapporto che è nato con i servizi sociali dovrebbe continuare e se ciò non avviene la misura diventa un contratto, in cui il tribunale rinuncia a punire ed il ragazzo a delinquere, ma solo per il periodo limitato della prova.

Davide Emilio Sarno

Ispettore della Guardia di Finanza
in servizio al Comando Generale del Corpo

I PROVVEDIMENTI

N.516 /2012/139 R.G.A.C.

**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. Chiara Tunini	Giudice onorario
dott. David Daris	Giudice onorario

- decidendo sul ricorso presentato in data 10-10-2012 dalla sig.ra **M, ricorrente** con l'avv. XX del Foro di Gorizia, per la richiesta di modifica delle condizioni di visita e la decadenza della potestà genitoriale del padre sul **figlio minore F**, nato a ... il (... 2008), riconosciuto fin dalla nascita da entrambi i genitori;

- avuta la costituzione dell'altro genitore naturale, sig. **P, resistente** con l'avv. YY del foro di Gorizia, che ha diversamente concluso sulle medesime questioni;

- comunicato il ricorso al PMM per il suo intervento;

- preso atto che i suddetti genitori hanno risolto la loro convivenza;

- che, all'esito dell'audizione personale della ricorrente e del resistente per delega affidata al Tribunale per i minorenni di Venezia, dato il luogo di detenzione carceraria (...) e dell'istruttoria documentale, la ricorrente ha così concluso:

1) *revocare, a modifica del provvedimento del T.M. di Trieste d.d. 14-9-2011, il diritto di visita del padre, P e dei di lui familiari sul minore F;*

2) *disporre l'affidamento esclusivo del minore F ed ogni provvedimento che si rendesse opportuno a tutela del minore;*

3) *dichiarare la decadenza della potestà genitoriale di P sul minore F;*

4) *adottare ogni altro provvedimento ritenuto opportuno a tutela del minore F;*

mentre il resistente ha così concluso:

1) *rigettare il ricorso e confermare integralmente il contenuto del provvedimento del T.M. di Trieste d.d. 14-9-2011;*

2) *adottare ogni ulteriore opportuno provvedimento volto a rendere effettivo il diritto di visita tra il padre P ed il proprio figlio F;*

3) *condannare - art.709 ter. 2° comma, c.p.c. - M, genitore inadempiente, al risarcimento dei danni nei confronti del padre, nella misura che sarà ritenuta di giustizia, nonché ammonire la stessa e/o condannare la stessa al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria;*

il Pubblico ministero ha così concluso:

voler, in via principale nel merito, accogliere il ricorso introduttivo del presente giudizio, formulato dalla madre e volto ad ottenere la declaratoria di decadenza del padre dalla potestà sul figlio e l'inibizione dei loro contatti alla luce dei comportamenti paterni ivi descritti, che risultano ampiamente provati per tabulas dalla documentazione allegata e rispetto ai quali le giustificazioni addotte dall'interessato (e, cioè, di fatto, l'asserita disperazione per la mancanza del figlio e

l'impossibilità di vederlo) si ritengono insufficienti ad escludere il pregiudizio che si assume derivante al predetto minore dalla frequentazione del padre ovvero, in via subordinata istruttoria, di volere disporre, se del caso, anche a mezzo c. t. u., la valutazione dell' 'idoneità del padre a rapportarsi al figlio e delle modalità maggiormente idonee al riguardo, così come la valutazione dell'eventuale pregiudizio derivante al padre, rispettivamente, dal mantenimento ovvero dall' 'interruzione dei contatti con il padre.

Osserva il Collegio:

1) in merito alla prima richiesta della ricorrente, è pacifico che il decreto del T.M. di data 14-9-2011 in punto visite padre/figlio in forma protetta, sia stato disatteso e mai messo in pratica, in quanto la madre si trasferì con il figlio e il proprio padre (*id est* il nonno materno del bambino), ad Avola; anche i continui spostamenti delle sedi detentive del padre a Gorizia, Pordenone, Padova, Treviso ed infine a ..., non hanno certo contribuito a favorire una frequentazione costante e continua tra quest'ultimo ed il figlio F, come prevista nel citato decreto. Il Collegio ritiene che l'Amministrazione penitenziaria debba farsi carico in questo caso e, in generale, nel governo delle dislocazioni dei detenuti e dei custoditi, di garantire quanto più possibile (salva ogni eventuale contraria disposizione dell'Autorità giudiziaria) l'effettività della frequentazione tra genitori detenuti e figli minori, effettività che attiene al rispetto dei diritti personali e inalienabili di entrambi.

Al di là delle reciproche responsabilità genitoriali, è ovvio che il fatto oggettivo dell'ulteriore trascorrere del tempo renderà sempre più difficile per il sig. P recuperare il suo rapporto col figlio, rapporto che il convenuto sembra desiderare più di ogni altra cosa, come si evince dalle dichiarazioni rese in carcere in data 2-4-2013, nel corso della sua audizione, e che rischia di cadere nell'oblio.

Peraltro è preferibile che sia lo stesso minore, che dovrà essere emotivamente sostenuto dai Servizi Sociali, a crearsi nel tempo un proprio giudizio sul padre, fondato sulla conoscenza diretta di ogni elemento, piuttosto che derivato da eventuali silenzi e/o da racconti più o meno orientati da parte di terzi. Un tanto non potrà realizzarsi senza che sia recuperata la possibilità, a partire da subito, perlomeno di un contatto padre-figlio ad esempio mediante un'iniziale approccio epistolare o in altra forma protetta, compatibile con lo stato di detenzione e con l'interesse del bambino (di soli 5 anni) a non essere esposto all'improvviso e senza preparazione al diretto contatto con l'ambientazione carceraria. Si può pensare, sempre a titolo di esempio, a propedeutici contatti via webcam o videotelefono, presenziati dal personale di custodia e/o sociale. Successivamente, ma entro tempi contenuti, il bambino potrà essere accompagnato ad incontrare il padre, come già accade per altre migliaia di bambini, in tutto il mondo, quando hanno un genitore in stato di detenzione.

Del pari, il bambino, in assenza di specifiche controindicazioni vagliate ed eventualmente esplicitate dall'Autorità giudiziaria, ha diritto a instaurare e mantenere i suoi contatti e i suoi rapporti con i parenti paterni.

2) In punto affidamento e decadenza, non v'è chi non veda come le due domande siano poste in ordine ridondante, essendo la richiesta "declaratoria" (*rectius*: pronuncia) di decadenza più ampia e dunque assorbente quella di affidamento esclusivo. In virtù del potere giudiziale di interpretazione della domanda, le due istanze possono tutt'al più intendersi come proposte in ordine inverso e gradato: decadenza o, in subordine, affidamento esclusivo. Gli è che l'affidamento esclusivo

alla madre è già stato a suo tempo sancito dal decreto di cui ora si insta modifica. Residua dunque, a quanto pare, la sola domanda di decadenza del padre dalla potestà. Va solo avvertito che, anche in caso di pronuncia decadenziale non ne sortirebbe alcuna automatica inibizione dei rapporti (né degli incontri) padre-figlio, atteso il perpetuo *favor* normativo alla ricostruzione della diade (ciascun) genitore-figlio, evincibile dal combinato disposto delle norme che garantiscono al figlio il diritto alla bigenitorialità e al genitore, sia pur decaduto, quello a chiedere la propria “riabilitazione” genitoriale (artt. 30 e 31 cost.; 155, co. I e 332, cod. civ.). Trattasi di diritti in entrambi i casi afferenti ai diritti della persona (*ergo* imprescrittibili), ecco perché si è parlato di “perpetuo *favor* normativo”.

Quanto al merito della domanda di decadenza, si osserva la pacificità del fatto che i contatti padre-figlio si siano interrotti per volontà unilaterale della madre che, trasferitasi ad Avola, ha troncato ogni visita in carcere, propria e del figlio, al padre del bambino.

Occorre ora sondare la legittimità di tale unilaterale decisione materna, posto che se ne sostengono le ragioni scriminanti collegate ad esigenze di tutela per la madre e per lo stesso minore (lettere minatorie indirizzate alla madre, tentativo di evasione, mancato contributo da parte paterna al mantenimento del figlio).

L'uomo, sentito personalmente tramite il giudice delegato di Venezia (v. premessa), ha dichiarato che le sue lettere di minaccia alla madre erano motivate dalla sua volontà di vedere il figlio e di avere sue notizie (ormai mancantigli da due anni e mezzo) e che il suo stesso tentativo di evasione (dal carcere di ... ove si trovò detenuto per un periodo) fu motivato dalla (dichiarata) intenzione di andare a costituirsi presso altro carcere il più vicino possibile ad Avola, così da avvicinarsi al luogo di vita del figlio nella speranza che questo facilitasse la ripresa delle visite del bambino.

In effetti, lungi dal giustificare alcunchè, il Collegio trova conferma del movente di quelle minacce, proprio nel tenore di quelle lettere, in atti. Il fatto, altrettanto pacifico, che il resistente abbia cessato di contribuire economicamente al mantenimento del figlio, non può ritenersi a lui imputabile, atteso il suo stato di detenzione. Nulla può invece dirsi in ordine alla verità del dichiarato movente della tentata evasione, mancando argomenti probatori concludenti.

Il Collegio prende però atto della ferma intenzione dell'uomo di volersi occupare di suo figlio, pur manifestata con modalità illecite, unita al fatto che anteriormente alla reclusione egli effettivamente e pacificamente se ne occupò. Pertanto, la richiesta pronuncia di decadenza va rigettata.

Il Collegio ritiene che la riserva di esercizio della potestà in capo alla madre, già statuita col precedente decreto di affidamento esclusivo del figlio a lei, costituisca efficiente e sufficiente salvaguardia del minore dal rischio di pregiudizio derivante da un padre che manifesta il suo indubbio attaccamento con forme così inappropriate.

Tale inadeguatezza, pur tenendo conto della esasperazione derivante dalla condizione di cattività carceraria, ci induce, tuttavia a comminare anche nei suoi confronti l'ammonizione di cui al dispositivo.

3) Va disposto, in favore del minore, il suo affidamento al servizio sociale per attività di sostegno nel guidarne la ripresa dei contatti col padre (v. punto 1) e per controllo dell'adempimento materno al di lei dovere facilitativo di un tanto, con onere del detto Servizio di segnalazione alla Procura minorenni competente di ogni condotta genitoriale lesiva dei diritti del minore. Nessuna specie faccia la sovrapposizione

lessicale dei due affidamenti, ch  si tratta di mera coincidenza di lemmi, ma non di concetti: quello esclusivo alla madre concerne l'esercizio della sua potest ; quello al Servizio sociale –ai limitati fini sopra delineati- attiene alla (modesta) limitazione autoritativa che questo Tribunale (quale provvedimento conveniente ex combinato disposto degli artt. 333 cod. civ. nella denominazione tradizionale derivata dall'art. 25 R. D. n. 1404/1934) commina alla genitrice la quale, al di fuori di tale limitazione, rimane libera nel determinarsi nelle sue scelte di potest .

Il collegio non ritiene di adottare provvedimenti ulteriori a tutela del minore, poich  egli risulta essere un bambino allegro, sereno, estroverso, autonomo, intraprendente e positivamente inserito a scuola, (v. profilo e descrizione del percorso scolastico documentato il 30-5-2012 dalla Direzione Didattica Statale ... - doc. 4 parte attrice). Tuttavia il padre, non foss'altro per gioire di tale positiva condizione, aveva ed ha diritto di esser tenuto regolarmente al corrente della vita di suo figlio da parte della madre, la quale dovr  osservare, a scampo delle sanzioni -anche pecuniarie- di cui all'art. 709 ter, n. 4 cpc, le prescrizioni cogenti di cui al dispositivo.

4) Quanto a quelle (prescrizioni cogenti) impartite col decreto di data 14-9-2011 da lei gi  violate in ordine alla unilaterale e, per quanto s'  gi  detto, ingiustificata completa interruzione dei contatti padre-figlio (tanto pi  che erano state disposte visite protette), va accolta la domanda risarcitoria di cui al punto 3) delle conclusioni del resistente.

Ritiene infatti il Collegio che:

- il diritto del sig. P a poter continuare a svolgere un suo ruolo paterno si fonda, nonostante il suo stato di attuale detenzione, sul suo diritto alla genitorialit , di cui all'art. 30, co I, Cost.²⁴⁷ ;
- che tale diritto sia stato violato dalla madre per decisione unilaterale non giustificata, posto che ella, prima di determinare tale interruzione, avrebbe dovuto rivolgersi al giudice, sottoponendogli le sue ragioni;
- che il conseguente danno non patrimoniale del genitore vada risarcito secondo determinazione equitativa (artt. 2056 e 1226 cod. civ.).

Prendendo a base di tale valutazione equitativa²⁴⁸ il *range* sanzionatorio di cui al n. 4 dell'art. 709 cit, il Collegio ritiene che esso, in considerazione del lungo tempo gi  trascorso (oltre 2 anni e mezzo) di "congelamento" dei diritti genitoriali paterni, il danno debba trovare un ristoro pari al massimo di quel *range* (  5.000,00), da intendersi in moneta attuale. La somma, che potrebbe apparire fin troppo contenuta, sembra invece equa se si tiene conto sia del fatto che lo stato di detenzione avrebbe

²⁴⁷ Cass. Sez. U, n. 26972/2008 (Il danno non patrimoniale, quando ricorrano le ipotesi espressamente previste dalla legge, o sia stato leso in modo grave un diritto della persona tutelato dalla Costituzione,   risarcibile sia quando derivi da un fatto illecito, sia quando scaturisca da un inadempimento contrattuale) e varie succ. conformi.

²⁴⁸ Cass. Sez. 3, 8213/2013 (Qualora proceda alla liquidazione del danno in via equitativa, il giudice di merito, affin  la sua decisione non presenti i connotati della arbitrariet , deve indicare i criteri seguiti per determinare l'entit  del risarcimento, risultando il suo potere discrezionale sottratto a qualsiasi sindacato in sede di legittimit  solo allorch  si dia conto che sono stati considerati i dati di fatto acquisiti al processo come fattori costitutivi dell'ammontare dei danni liquidati).

comunque giocato un suo proprio ruolo nell'affievolimento dei contatti padre-figlio, sia della opinata reversibilità dell'attuale cesura.

Ove, viceversa, dovessero malauguratamente verificarsi -quale fatto nuovo- ulteriori ingiustificate condotte interdittive od ostruzionistiche materne che rendessero impossibile la ricostruzione di quel rapporto, si potrebbe configurare un danno nuovo e maggiore (consistente nella irreversibilità del distacco del figlio dal padre), il cui risarcimento andrebbe equitativamente quantificato *ex novo*, verosimilmente sui parametri assimilabili a quelli comunemente utilizzati per il risarcimento di un genitore dal danno derivante dalla perdita da morte del figlio.

5) In ordine alla domanda sanzionatoria (pure proposta dal resistente al suo punto 3, ma rientrante nei poteri officiosi del giudice), allo stato il Collegio ritiene sufficiente contenere il proprio intervento, soprassedendo, per questa occasione, alla possibilità di aggiungere alla suddetta pronuncia risarcitoria anche quella sanzionatoria amministrativa di cui alla norma da ultimo citata.

Costituisce preciso orientamento di questo Tribunale il confidare nell'effetto self-executing che la pronuncia risarcitoria testè pronunciata e, in generale, in quello propiziato dall'opportuna applicazione dall'art. 709 ter cpc, quale mezzo indiretto per indurre le parti alla fattiva attuazione del provvedimento, senza ricorso a mezzi coercitivi diretti, spesso inattuabili, specie nei confronti di minorenni.

Spese di lite compensate per $\frac{1}{4}$; il resto a carico della ricorrente, maggior soccombente, come da dispositivo.

Stante l'oggetto della decisione, riguardante diritti esistenziali di persona minore, al presente decreto si conferisce immediata esecutività.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, ogni altra istanza disattesa, con efficacia immediatamente esecutiva, così provvede:

rigetta il ricorso e, salvo quanto infra statuito, conferma il provvedimento del T.M. di Trieste, d.d. 14-9-2011;

- 1) affida il minore F al sostegno e al controllo del Servizio sociale di Avola, ai sensi di motivazione;
- 2) dispone l'immediata ripresa dei contatti padre-figlio e la successiva ripresa delle visite del figlio al padre, secondo quanto espresso in motivazione;
- 3) prescrive, alla sig.ra M, sotto l'eventuale comminatoria delle sanzioni di cui all'art. 709 ter, n. 4, cpc per il caso di inadempimento:
 - di prendere immediato contatto con il Servizio sociale di Avola e con l'istituto di pena presso il quale il sig. P si trova al fine di concordare le modalità di graduale ripresa dei contatti padre-figlio;
 - di rendere dettagliate informazioni al sig. P, con cadenza almeno mensile, di tutte le notizie riguardanti il loro figlio F e in tempo reale quelle attinenti ad eventuali stati patologici di rilievo;

- di fornire immediatamente recapito telefonico al quale il sig. P possa riferirsi per necessità attinenti al figlio F;

4) ammonisce ai sensi dell'art. 709 ter, n. 1), il sig. P a non ripetere alcuna condotta minatoria o violenta nei riguardi della sig.ra M o di altri parenti, affini od operatori sociali a scanzo, quantomeno, delle sanzioni amministrative di cui al n. 4) della norma citata

5) condanna la sig.ra M a pagare al sig. P la somma di €5.000,00 per il tiolo e la causale risarcitoria di cui in motivazione, oltre agli interessi legali dalla data del presente provvedimento, al saldo.

6) compensa le spese di lite fra le parti nella misura di $\frac{1}{4}$ e condanna la sig.ra M a rifondere al sig. P i rimanenti $\frac{3}{4}$ delle stesse che, per l'intero, ai sensi del DM 20-07-2012 n 140, si liquidano nella complessiva somma di €4.000,00 (1.200,00 studio, 600,00 introduttiva, 1.200,00 istruttoria, 1.000,00 decisoria), oltre a spese generali (ex art. 13, co. 10 L. n. 247/12 e Cass. 9315 del 17/04/2013).

Si comunichi ai fax 0481/419425 e 0481/281799 al PMM e al G.T. di Trieste 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 21 agosto 2013.

Il Presidente, estensore
(dott. Paolo Sceusa)

L'anno 2013 il giorno 13 del mese di giugno
La Corte d'Appello di Napoli, Sez. Minorenni,
composta dai Signori Magistrati:

- 1) dr. Alessandro Cocchiara Presidente rel.
- 2) dr. Massimo Sensale Consigliere
- 3) dr. Geremia Casburi Consigliere
- 4) dr. Antonio Vincenzo Orefice Componente Priv.
- 5) dr. Maria Gloria Glejeses Componente Priv.

con l'intervento del Pubblico Ministero in persona
del Sostituto Procuratore Generale dr. Alessandro
Piccirillo e con l'assistenza dell'Assist. Giud.
Domenico Donini

ha emesso in Camera di Consiglio, ai sensi degli
artt. 127 c.p.p. e 14 L. n.69/05, la seguente

ORDINANZA

Nel procedimento di esecuzione di mandato di
arresto europeo nei confronti di

attualmente in custodia cautelare in carcere per
questa causa, difeso di fiducia dall'avv. Sergio
Cola del foro di Nola

FATTO E DIRITTO

Rilevato che in data 5.6.2013,
era tratto in stato di arresto ad
iniziativa dei carabinieri della stazione di Terzigno
all'esito delle ricerche espletate in esecuzione di
una segnalazione del Ministero dell'Interno circa
l'emissione di un M.A.E. emesso dal Tribunale di
Lovech, Bulgaria in data 19.11.2009 e veniva
posto tempestivamente a disposizione del
Presidente della Corte di Appello in pari data nel
rispetto del termine previsto dall'art. 13 L. cit.;

rilevato che, in data 7.6.2013, si procedeva
all'audizione, previo avviso al difensore e, alla
presenza del medesimo, l'arrestato dichiarava di
essere a conoscenza della pendenza giudiziaria in
patria in quanto imputato del reato di furto
aggravato e di prestare il consenso alla consegna,
in quanto intendeva "pagare il debito con la
giustizia" per poi ritornare da libero cittadino in
Italia, sicché era disposta la convalida dell'arresto
ed applicata la misura della custodia in carcere nei
confronti del prevenuto, nonché fissata la odierna
udienza per la decisione, comunicata allo stesso
che rinunziava ai
termini e al difensore presente;



rilevato che, secondo il mandato di arresto europeo in atti, la Corte Distrettuale di Lovech (Bulgaria) ha ordinato la cattura del predetto arrestato, imputato del delitto di furto continuato con scasso (artt. 624 2 625 c.p.), commesso, in concorso con altri complici tra il 15.1.2006 e il 17.1.2006, nella città di Lovech e il paese di Vladiya, di TV, PC, cibo, sigarette alcool drinks, di proprietà di

;

ritenuto, dunque, che ricorre la causa di doppia punibilità prevista dall'art. 7 L. n. 69/05 considerato che le condotte in contestazione sono incriminate anche nella nostra Repubblica ai sensi degli artt. 624, 625 c.p., che prevedono la pena massima edittali pari a 6 anni di reclusione, mentre in Bulgaria è prevista la pena massima di 3 anni di reclusione;

ritenuto che sussistono le condizioni per accogliere o meno la richiesta di esecuzione del mandato d'arresto europeo, su consenso dell'interessato, ove dagli atti trasmessi attraverso il sistema di informazione Schengen (Sis) insieme alla documentazione Si.re.ne., risulti l'esistenza di un provvedimento restrittivo della libertà personale per il reato di furto (cfr. Corte d'appello Bologna, 21/06/2005, Guillemin);

ritenuto, infatti, che in tema di mandato d'arresto europeo, il requisito della motivazione del provvedimento cautelare in base al quale il mandato è stato emesso non può essere parametrato alla nozione ricavabile dalla tradizione giuridica italiana, che richiede l'esposizione logico-argomentativa del significato e delle implicazioni del materiale probatorio, dovendosi ritenere sufficiente che l'autorità giudiziaria emittente abbia dato "ragione" del provvedimento adottato, il che può realizzarsi anche attraverso la puntuale allegazione delle evidenze fattuali a carico della persona di cui si richiede la consegna;

ritenuto, inoltre, che l'omessa allegazione al mandato d'arresto Europeo della relazione sui fatti addebitati alla persona di cui è richiesta la consegna, secondo la previsione della L. n. 69 del 2005, art. 6, comma 4, lett. a), non costituisce causa ostativa alla decisione di consegna, sempre

nella specie nessuno dei predetti "indici" è stato provato e tanto meno allegato;
ritenuto che, invece, sussiste la causa ostativa di cui all'art. 18 lett. i L. n.69/05, che impone alla Corte di rifiutare la consegna: "se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo era minore di anni 14 al momento della commissione del reato, ovvero se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo era minore di anni 18 quando il reato per cui si procede e' punito con una pena inferiore nel massimo a nove anni";
rilevato che, per quanto innanzi detto, il reato per il quale si procede nei confronti di
è punito dal codice penale bulgaro con una pena massima di tre anni di reclusione (v. apposito riquadro nel m.a.e. emesso dall'autorità bulgara), sicché non può accogliersi la richiesta di consegna nonostante il consenso prestato dall'arrestato;

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Napoli, Sezione per i Minorenni,

visti l'art. 127 c.p.p. e gli artt.14 e 18 lett. i) L. n.69/05, in esecuzione del mandato di arresto europeo emesso dalla Corte Distrettuale di Lovech in data 19.11.2009, rifiuta la consegna di

, alle competenti Autorità dello Stato della Bulgaria e revoca la misura cautelare della custodia in carcere, disponendo l'immediata scarcerazione del medesimo se non detenuto per altra causa. Si comunichi l'ordinanza, a mezzo telefax, al Ministero della Giustizia.

Napoli, 13.6.2013.

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI
SEZIONE MINORENNI

Il Presidente est.

Letto e
deponitato
all'udienza
del 13.6.2013



L'Assistente Giudiziaro
Domenico

Domenico