

# DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

*Rivista Giuridica Trimestrale*



**2/3** 2014 • ANNO II  
aprile | novembre

EDITORI

Mario Covelli, Aldo Cimmino

DIRETTORE RESPONSABILE

Clelia Iasevoli

DIRETTORE SCIENTIFICO

Giuseppe Riccio

COMITATO SCIENTIFICO

Claudio do Prado Amaral (San Paolo),  
Raul Cervini (Montevideo),  
Javier De Luca (Buenos Aires),  
Maria José Jimenez Diaz (Granada),  
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Porto Alegre),  
Sergio Moccia (Napoli),  
Vincenzo Ruggiero (Londra),  
Klaus Volk (Monaco di Baviera)

COMITATO DI DIREZIONE

Pasquale Andria, Antonio Baldassarre,  
Teresa Bene, Antonio Bonajuto, Aldo Cafiero,  
Beniamino Calabrese, Antonio Cavaliere,  
Melita Cavallo, Domenico Ciruzzi,  
Alessandro Cocchiara, Claudio De Angelis,  
Agostino De Caro, Patrizia Esposito,  
Alfonso Furgiuele, Roberto Gentile,  
Fausto Izzo, Alessandro Jazzetti,  
Carlo Longobardo, Alarico Mariani Marini,  
Mariano Menna, Ugo Pastore,  
Vincenzo Pezzella, Alessandro Piccirillo,  
Egle Pilla, Maria Francesca Pricoco,  
Maria Vittoria Randazzo, Sandra Recchione,  
Nicola Russo, Rossella Salvati, Paolo Sceusa,  
Gustavo Sergio, Antonino Sessa,  
Gemma Tuccillo, Mario Zevola

COMITATO DI REDAZIONE

Mario Afeltra, Piero Avallone, Paola Brunese,  
Geremia Casaburi, Gianfederico Cecanese,  
Anna Maria Covelli, Mariangela Covelli,  
Annamaria D'Andrea, Maria de Luzenberger,  
Marco de Martino, Fabiana Falato,  
Arturo Frojo, Carlo Gentile, Mario Griffo,  
Vania Maffeo, Silvio Mancini,  
Valentina Masarone, Mena Minafra, Barbara  
Nacar, Antonio Nappi,  
Gennaro Demetrio Paipais, Antonio Pagliano,  
Maurizio Pierantoni, Mariagiovanna Riccio,  
Ornella Riccio, Daniela Savy, Massimo Sensale,  
Adele Viciglione

COMITATO DI REVISIONE

Claudia Cesari, Carlo Fiorio, Glauco Giostra,  
Elio Lo Monte, Luca Marafioti,  
Oliviero Mazza, Paolo Patrono, Mauro Ronco,  
Giancarlo Scalese, Francesco Schiaffo,  
Vania Patanè

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Giuseppe Liguori

## DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

*DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE è una rivista trimestrale pubblicata in Napoli. Si propone lo scopo di trattare rilevanti questioni di diritto sostanziale e di diritto processuale penale, nonché di giustizia minorile, in una prospettiva teorica e pratica, sia de lege lata sia de lege ferenda. L'accesso alla rivista è gratuito.*

Rivista fondata da Mario Covelli

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, al n. 9 del 05 marzo 2012

ANNO 2014, CODICE ISSN 2280-4323

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

Sede legale: Via Bernardo Cavallino 6, 80128 Napoli

[www.dirittoegiustiziaminorile.it](http://www.dirittoegiustiziaminorile.it) | [info@dirittoegiustiziaminorile.it](mailto:info@dirittoegiustiziaminorile.it)

# INDICE

## L'EDITORIALE

GIUSEPPE RICCIO	07
-----------------	----

## L'OPINIONE

<b>Vite da scarto</b> SERGIO MOCCIA	12
--	----

<b>Dal “dibattito interiore” al dibattito</b> MARIANO MENNA	19
--	----

## GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

	<b>Diritti della persona e sostegno dei servizi sociali: come conciliare l'effettività della tutela giurisdizionale e quella della protezione</b>	31
	GIACOMO DI GENNARO	
DIRITTO SOSTANZIALE	<b>Inciampi nella socializzazione. Minorenni e controllo sociale</b>	36
	MASSIMO CORSALE	
	<b>Società multiculturale e diritti delle donne. Le mutilazioni genitali femminili: da pratiche consuetudinarie ad ipotesi di reato</b>	49
	CLAUDIA SANTORO	
DIRITTO PROCESSUALE	<b>L'accelerazione del processo penale. Un'analisi dei diritti fondamentali</b>	71
	RICARDO JACOBSEN GLOECKNER	
	<b>Sul rapporto tra evidenza della prova e giudizio immediato custodiale: il principio di diritto “espresso ma non esplicito” delle Sezioni unite</b>	84
	NICOLA RUSSO	

# INDICE

	<b>L'inosservanza dei termini finali nel giudizio immediato: aporie interpretative</b>	93
	CLELIA IASEVOLI	
	<b>La riqualificazione del fatto e il principio di correlazione necessaria tra l'imputazione e la sentenza</b>	107
	GIANFEDERICO CECANESE	
	<b>Una giuria elettiva di esperti per favorire il controllo logico - formale del giudice di legittimità</b>	114
	FRANCESCO BOCCHINO	
GIUSTIZIA MINORILE	<b>Aspetti fondamentali del diritto infrattivo giovanile brasiliano</b>	133
	CLAUDIO DO PRADO AMARAL	
	<b>Il diritto penale dei minori nell'esperienza giuridica argentina</b>	147
	ARIEL PELLEGRINO E JAVIER DE LUCA	
	<b>La consulenza criminologica nel processo penale minorile: il fondamento valoriale di una deroga</b>	165
	ANTONINO SESSA	

## GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

DIRITTO SOSTANZIALE	<b>La fattispecie di peculato ed il sequestro preventivo</b>	180
	ALESSANDRA MADDALENA	
DIRITTO PROCESSUALE	<b>Immunità parlamentare e processo penale</b>	194
	ANTONIO BALDASSARRE	
GIUSTIZIA MINORILE	<b>In tema di negazione della concessione del perdono giudiziale</b>	213
	PAOLA BRUNESE	

# INDICE

## ESPERIENZE

DIRITTO PROCESSUALE	<b>La messa alla prova per i maggiorenni: prime riflessioni critiche</b> MARIO COVELLI	224
GIUSTIZIA MINORILE	<b>La pedagogia, valore aggiunto nella lotta alla criminalità</b> EMANUELE ESPOSITO	234
	<b>Sicurezza per i giovani</b> GIANLUCA GUIDA	241

## NOTE A SENTENZA

GIUSTIZIA MINORILE	<b>Le implicazioni processuali del diritto all'educazione all'attenzione delle Sezioni unite</b> LUDOVICA MARTINS	250
-----------------------	--	-----

## L'EDITORIALE

GIUSEPPE RICCIO

**ABSTRACT**

*The article offers some considerations inspired by the volume "Servizi socio sanitari e Giustizia. Protezione e cura dei soggetti deboli e tutela dei diritti della persona" written by Giovanni Camerini Battista and Gustavo Sergio.*

*In particular, the paper deals with some issues related to juvenile justice and, more specifically, the legal question concerning the paternalistic and lenient philosophy which is at its basis and is capable to alter the rationale of minors' rights in criminal trials.*

Una recente pubblicazione<sup>1</sup> ha suscitato una accorta riflessione sui problemi inerenti alla presenza dei servizi socio-sanitari nel mondo della giustizia (*rectius*: della giurisdizione); un ricco dibattito ha visto confrontarsi esperienze di differenti settori rivolte, ciascuna, a cogliere negli scritti di quella ricerca pregi e difetti dell'attuale assetto organizzativo dei servizi e dei loro poteri nella tutela dei diritti del minore; un dibattito nel quale, finalmente, l'hanno fatto da padrone non i profili giuridici e le problematiche connesse al Tribunale per i minori, ma gli aspetti sociologici (= sociali) e psicologici che quei servizi curano anche quali "ausiliari" del giudice.

Alla mia incompetenza in materia sopperiscono gli articoli di Giacomo di Gennaro e di Massimo Corsale, con l'opportuna aggiunta di qualche chiosa, che rappresenta l'ideale sintesi della ricerca degli autori Camerini e Sergio.

Ma la lettura di quel libro, ricco di informazioni e di progetti, di commenti sulle patologie del sistema e sulle sue auspicabili fisiologie, non mi ha lasciato indifferente; quegli scritti, anzi, da diverse parti penetrano nel cuore del problema, che ancora una volta si avviluppa intorno al quesito circa la migliore organizzazione della giurisdizione per la tutela dei soggetti deboli, che di quella vicenda sono i protagonisti, nell'un senso o nell'altro, autore o vittima di un avvenimento in qualche modo prodotto dalle odierne dinamiche sociali.

Non è il ritorno alle vecchie sponde "perdoniste" della responsabilità comune del delitto del singolo; è, all'opposto, la presa d'atto di una carenza di sensibilità collettiva rispetto alle delicate vicende della tutela dei soggetti deboli, sia sul terreno precauzionale e preventivo, sia sul territorio più strettamente repressivo; inerzie e ritardi, nella sostanza, condizionano le azioni di quanti sono chiamati a responsabilità istituzionali.

In fondo, già Bobbio, nel 1984, allora come ora, diceva che il problema del diritto non è il riconoscimento dei diritti, quanto la loro tutela, la loro effettività.

Se parte da questo punto di vista, il processualpenalista non può non considerare la persistenza di problematiche inerenti al processo minorile, che nel volume sembrano sotto traccia e che, invece, emergono nella loro dimensione operativa.

---

1. "Servizi socio sanitari e Giustizia. Protezione e cura dei soggetti deboli e tutela dei diritti della persona", a cura di G.B. CAMERINI - G. SERGIO

Una prima criticità risiede nel rapporto tra *welfare* e giustizia, rapporto che, dal mio punto di vista, e non solo, risiede nell' art. 3 della Costituzione, spesso richiamato per sottolineare come nella materia dei minori acquistano pregnante significato progettuale i doveri di solidarietà, forse dettati — letteralmente e politicamente — in Costituzione, proprio per la tutela dei soggetti deboli: categoria dai mille contorni in questo territorio di frontiera, che va ben oltre la classica distinzione tra minore vittima e minore imputato, perché ingloba, anche, la pluralità di “diversi”, di molteplici nazionalità.

La seconda criticità che le approfondite argomentazioni degli autori suggeriscono riguarda l'agenda della giustizia.

Strano; in questo Paese in cui la crisi della giurisdizione è di rilevante impatto con la crisi economica; strano, dicevo, che in questo Paese l'agenda-Giustizia è dettata dall'Europa; è essa che vi ricorda l'irraggiungibile fine educativo di un sistema penale carcerocentrico ed i bisogni di offrire dignità anche ai carcerati.

Purtroppo la risposta messa in piedi dallo stato si riduce ad interventi di decarcerizzazione, interventi che creano problemi non solo sul terreno della prevenzione generale, perché acuiti dai progetti di “messa alla prova” per i maggiorenni, che, per non dire altro (non è la sede adatta, questa), aggravano compiti e responsabilità di una già collassata organizzazione dei servizi sociali.

Come, poi, questi progetti possano risultare congeniali ai principi di legalità e di “beneficità” è tutto da dimostrare.

La terza criticità è tutta interna alla giurisdizione minorile, che conserva filosofia paternalistica e clemenziale, alterando il senso del valore dei diritti dei minori nel processo penale.

Nella lettura ho trovato un punto inquietante nell'impressione secondo cui non mi appare definitivamente chiarito il rapporto tra il processo penale minorile e diritti procedurali e situazioni soggettive protette, dal momento che sembra prevalere l'attenzione alla persona del minore, meno al fatto; e, questa, è opportuna cauta denuncia che si percepisce in alcune letture.

L'equivoco ha genesi normativa ed intellettuale; forse la giurisdizione per i minori non ha assimilato il rapporto tra l'art. 1 e l'art. 9 della legge sui minori; molto probabilmente l'accademia non è riuscita a convincere la magistratura che “complementarità” significa riconoscimento di diritti, situazioni, poteri, strutture e discipline del processo “comune”, che, quindi, le attribuisce potere di giudicare, previo accertamento del fatto, oltre ogni ragionevole dubbio; ed è questa la premessa delle forme di fuoriuscita del minore dal processo; è la responsabilità del minore la legittimazione di forme “clemenziali”, non la personalità del minore.

Di questa interrelazione tra complementarità ed interpretazione è importante esempio l'ultima sentenza in materia di abbreviato chiesto dopo il decreto di giudizio immediato.

La consapevolezza dell'importanza del giudizio collegiale in merito ai bisogni del minore-imputato ha reso inapplicabile il rinvio all'articolo 458 c.p.p.; qui la specialità ordinamentale ha prevalso sulla interpretazione letterale, molto opportunamente, superando così vizi normativi e lacune legislative.

Ultima considerazione riguarda il difficile equilibrio degli interessi delle parti rispetto a forme di aggressione tra minori, non ultimi i problemi connessi alla violenza sessuale; ma qui si entra in un tema di vaste dimensioni, rispetto al quale la “mediazione” è solo uno dei possibili strumenti, a condizione della volontaria accettazione delle parti al progetto conciliativo.

Il tema è delicato e conflittuale; molto probabilmente la partecipazione alle “alternative alla giurisdizione” deve essere di differente natura e di diversa struttura, per favorire accordo e consenso oltre i limiti funzionali della giurisdizione penale; qui la politica, non io, innesta il tema del “Tribunale della famiglia”, che reputo forma non aderente ad una visione conciliativa delle delicate vicende a cui mi riferisco. Ma, forse, sto andando molto oltre i sogni possibili.

## L'OPINIONE

**ABSTRACT**

*The article, highlighting how the State, exposed to the influences of neoliberal policies that have their origins in globalisation, has lost its capacity to protect individual rights and has been obligated to find other forms of self-legitimacy, illustrates how such a new legitimacy has been connected with choices of criminalisation aiming to offer "social safety".*

*The paper investigates the paradox that has consequently emerged, which consists in the fact that negating the safety of the rights of underdogs - refugees, immigrants, temporary employees - such new state legitimacy is designed to offer protection against the same individuals at whom the basic safety has been neglected.*

## Vite da scarto

SERGIO MOCCIA

Il 'mercato' ha soppiantato la politica ed ha imposto una sorta di razionalità 'tecnica', oggettiva, che pare non ammettere contraddizioni.

Un'imposizione 'tecnica' di ridurre drasticamente, nel privato e nel pubblico, il numero degli occupati per non meglio precisate finalità di ordine economico, è in realtà una opzione politica ben precisa, secondo cui i diritti dell'uomo valgono poco o nulla.

A ben vedere, all'interno del ciclo produttivo 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 macchinario o di una merce.

Ed è strano che queste opzioni incivili vengano decise da un soggetto inafferrabile, il mercato, di cui si conoscono le pretese, peraltro vincolanti, ma non se ne conoscono né obblighi, né responsabilità.

Eppure non è di facile comprensione come mai uno Stato, qual è quello italiano, che basa la propria ricchezza sul lavoro – essendo privo di risorse naturali – possa divenire 'più ricco', diminuendo il lavoro: si tratta di quello stesso Stato che proprio al lavoro ed al suo fondamentale pregio ha dedicato il primo articolo della Costituzione ancora vigente.

Ecco, invece gli ordini, indiscutibili, di derivazione sovranazionale che impongono la libertà di licenziamento da parte dell'impresa, in attesa di un miglioramento delle cose, cioè una fantomatica ripresa del mercato che vorrebbe rimettere a posto la situazione e, dunque, far riesperire le assunzioni: tutto ciò senza fare i conti con le svariate decine di milioni di disoccupati europei e nordamericani della cui sopravvivenza – nelle more delle 'ripresa' – il mercato, evidentemente, non si da cura.

E questo già dovrebbe favorire qualche dubbio sull'efficacia della cura e, soprattutto, sulle reali cause della malattia.

Si tratterebbe, in realtà, soltanto un ultimo colpo assestato a categorie di soggetti già resi deboli, pauperizzati dall'imposizione di modelli di vita sempre più impossibili da sostenere.

A costoro si aggiungano i giovani precari, i pensionati sociali, insieme agli innocenti, ed a coloro che a quarant'anni e più, perdono il posto di lavoro, condannati all'emarginazione, per non parlare del lacerante, variegato cosmo dell'immigrazione: vite da scarto, rifiuti umani.

Questo è l'assetto che configura uno sfrenato libero mercato, modello dominante la società postmoderna globalizzata: luogo di produzione di rifiuti e di esseri umani di scarto, di coloro cioè che mal si adattano al modello di quel tipo di società.

La costruzione di un nuovo ordine, che sostituisca quello esistente, produce inevitabilmente materiale di risulta, da smaltire ed eventualmente da riconvertire.

Quando il progetto si riferisce alle comunità umane, allora il materiale di scarto, la cui produzione segue parallelamente la costruzione del nuovo ordine sociale, è l'insieme dei 'rifiuti umani' – le *wasted lives* di Bauman – costituito da quegli individui che non si adattano alla forma progettata o non si lasciano adattare: si tratta di residui superflui, da marginalizzare ed eventualmente smaltire attraverso le carceri, la cui funzione riabilitativa è ormai inconsistente.

Alla base di questo vortice che stritola le esistenze di tanti esseri umani si ritrova una spicciola, 'debole' filosofia 'mercantilistica' che parte dal dato della massima esaltazione del consumo.

In realtà, gli oggetti non sono più costruiti per durare a lungo, in questo stadio 'avanzato' dell'economia di mercato tutto concorre a spingerci a sostituire il vecchio con il nuovo, sempre più rapidamente, perché è il nuovo che promette maggiore soddisfazione ed appagamento – che deve essere strettamente momentaneo – dei nostri desideri.

Il consumismo produce in abbondanza, assieme a tante merci, tanti rifiuti. Il rifiuto è una presenza sterminata, ma preferiamo non pensarci e rimuoverne la consapevolezza; esso è dunque conaturato al nostro modo di vivere.

Il dramma è che l'idea di rifiuto è ormai spostata dagli oggetti all'uomo, ad un tipo particolare di uomo che è divenuto un rifiuto, un vinto dell'età tecnologica.

E la prima categoria di scorie umane è tutta occidentale, sono i giovani degli anni Settanta, quella generazione che viene espulsa da un mercato che è ormai concentrato sulla riduzione dei posti di lavoro piuttosto che sul loro incremento.

Sono gli esuberanti i rappresentanti di quelle professionalità che, nella società dei consumatori, vengono corrose e gettate via perché obsolete ed antieconomiche.

Ma va anche peggio per gli 'scarti degli scarti', cioè per coloro che provengono da realtà ancor più difficili della nostra, gli esuberanti del terzo mondo che divengono prima fuggitivi dai loro Paesi e senza alcun sostegno da parte delle istituzioni degli Stati in cui riescono ad approdare, tra difficoltà sovente disumane.

Essi incarnano senza alcuna mediazione, direttamente, la figura di rifiuti di ancor minor pregio, senza alcuna funzione utile da svolgere nella terra del loro arrivo, destinati alle discariche dei ghetti e dei campi profughi.

Le probabilità che costoro vengano riciclati in membri legittimi e riconosciuti dalla società, sono infinitamente remote.

Il welfare per questi esseri umani non esiste.

Ed è drammatico che in occidente si pensi che la stessa idea di sviluppo sostenibile sia uno strumento da utilizzare tutt'al più per correggere gli effetti di una politica/economia scellerata e non per intervenire radicalmente, sulle cause.

Dunque, un succedersi vertiginoso di desideri che non fanno a tempo ad essere soddisfatti e già vengono sostituiti da nuovi desideri; a tutto ciò si collega la follia del consumo a credito, l'incapacità di attendere e rimandare le esperienze.

Ed in questa direzione va vista l'inquietante svalutazione del concetto di bellezza a favore della possibile, continua mutabilità, anche fisica, che ha messo in circolazione un numero sempre crescente di 'zombie' – specialmente donne, ma non mancano gli uomini - ormai dalle fattezze di plastica.

Così si spiega anche la gestione dei rapporti umani come se fossero dei prodotti da consumare: in fondo pare che gli individui finiscano per ritrovare la loro identità non nelle collettività di appartenenza, ma negli stili di consumo.

Il lato oscuro di questa inestinguibile sete di novità è rappresentato dal 'vecchio' che deve essere eliminato: i rifiuti, ed il loro scarto, sono il simbolo di questa accelerazione dei tempi e rappresentano ciò che a tutti i costi si vuole rimuovere fino a dimenticarsene.

Ma il concetto di 'rifiuti', purtroppo, viene applicato anche agli esseri umani, perché il tipo di organizzazione sociale odierna considera proprio in questo modo gli uomini che non possono più essere impiegati nell'ambito produttivo.

Ovviamente, per ambito produttivo, va inteso anche il consumo, perché l'essere umano di maggior pregio è quello che può consumare e, quindi, far girare la ruota della produzione; chi non è in grado di consumare rappresenta una passività, irritante e costosa: da scartare.

Il mercato, quindi, ha finito con il generare vulnerabilità ed insicurezza che, solitamente, vengono ribattezzate e rivendute con la vernice scintillante della "flessibilità"; ma l'invito ad essere 'flessibili' corrisponde ad un invito implicito ad attrezzarsi per affrontare un'insicurezza sempre più accentuata: lo spostare all'improvviso chi lavora, da un luogo ad un altro, da un tipo di incarico ad un altro, non ha altro esito che produrre ansietà, perdita del senso della propria professionalità e dunque caduta dell'autostima, panico e depressione.

E tutto ciò finisce per toccare sentimenti e rapporti interpersonali – e questo è il vero e proprio aborto etico della globalizzazione – dominati dalla paura incontenibile della solitudine dal rischio di venir rottamati da partner ed amici; e ciò impone di evitare qualsiasi ipotesi di sofferenza o di messa in gioco di se stessi, come prescrive un'epoca nella quale nessuno appare più disposto a patire o provare passioni forti ed autentiche.

La verità è che il panorama globale fa emergere uno scenario inquietante, al cui interno lo Stato non è più in grado di garantire diritti di sicurezza economica, lavorativa, esistenziale di una parte cospicua dei suoi cittadini.

E l'effetto immediato è la diffusione di panico e depressione, individuabili come taluni dei malesseri più diffusi, specialmente tra i giovani, fra le cui cause evidenti vi sono proprio l'incertezza lavorativa e la conseguente precarietà esistenziale che costringe a progettazioni a brevissimo termine, diciamo pure senza futuro.

Tra le prerogative 'classiche' della sovranità, moneta (economia), esercito, potere punitivo, è rimasta in piedi solo quest'ultima ed è proprio facendo riferimento al potere punitivo che, tanto scompostamente, l'istituzione statale cerca oggi di legittimarsi nei confronti dei consociati: gli individui, così, smettono di essere oggetto di attenzione da parte dello Stato sociale e lo divengono per lo Stato penale, assecondando ed accelerando in tal modo la metamorfosi della cultura dell'uomo quale soggetto di diritti nell'anticultura dell'individuo rifiutabile.

Ma quando lo Stato perde la capacità di difendere i diritti dei singoli, cioè la protezione delle persone, costretto dall'affermarsi, nell'ordine della globalizzazione, di sfrenate politiche neoliberiste, esso deve cercare altre forme di auto-legittimazione.

E il paradosso consiste nel fatto che attraverso la negazione della sicurezza dei diritti agli scarti umani – precari, immigrati, rifugiati – lo Stato si costruisce una nuova legittimazione tramite un altro tipo di sicurezza, penale, che è proprio quella da garantire contro coloro ai quali la sicurezza esistenziale è stata negata.

Di qui la famigerata 'questione sicurezza' che fa leva sulla suggestione mediatica di paure indotte o ingrandite smisuratamente sui pericoli delle attività potenzialmente destabilizzanti di chi ha perso tutto o niente ha mai avuto.

Ecco allora la trasformazione da Stato sociale a Stato penale, che ha tra i suoi obiettivi primari proprio la criminalizzazione degli scarti della società.

In sintesi, lo Stato ha rinunciato alle sue funzioni sociali ed economiche, e ha scelto la politica della sicurezza come fulcro di una strategia mirante a recuperare l'autorità perduta e l'impronta protettiva agli occhi dei cittadini.

Ha, inoltre, consentito a progettare e creare nuovi luoghi sicuri – ulteriori rispetto al carcere – per lo smaltimento dei rifiuti umani (banlieu, nuovi ghetti, campi per immigrati) attrezzandosi anche a Stato caserma; dunque, uno Stato che protegge gli interessi dei grandi gruppi industriali e intensifica la militarizzazione e la repressione sul fronte interno.

Tutto ciò testimonia la crisi di legittimazione dello Stato, che ha finito per perdere il carattere inclusivo che contraddistingueva la natura dello Stato sociale, in favore di un ritorno graduale alla priorità dell'elemento della tutela dell'incolumità personale e del patrimonio attraverso il controllo penale.

La ricerca di legittimazione da parte dello Stato di fronte all'incertezza prodotta dai processi di globalizzazione - che incentivano esponenzialmente la precarietà, e la conseguente vulnerabilità, sociale da un lato, e le variabili di rischio che minacciano la sicurezza personale degli individui, dall'altro - passa attraverso la produzione sociale e mediatica di cause diverse da quelle che sono le fonti reali del disagio e determinano la mutazione nello Stato penale.

La più o meno malcelata consapevolezza dell'impotenza degli Stati di fronte alle forze della globalizzazione muove l'apparato statale a cercare, ed eventualmente a costruire, variabili in qualche modo proponibili.

Pertanto, il controllo, l'asservimento e la repressione degli immigrati in quanto tali, ovvero dei rifiuti umani del Sud del mondo che riescano ad intrufolarsi - spesso a rischio della stessa vita - nelle strette maglie delle frontiere del Nord, sono oggi alcuni degli elementi sui quali lo Stato costruisce la propria forma di legittimazione.

L'internamento dei migranti e, soprattutto, dei richiedenti asilo, insieme alla creazione di ghetti urbani dove trovano posto i cittadini in esubero che sono già 'dentro' e gli altri rifiuti umani che vengono da 'fuori', oltre alle galere ormai stracolme dell'una e dell'altra tipologia di 'scarti', sono soltanto la parte più visibile di questi processi attraverso cui si declina la natura escludente ed esclusiva dello Stato nell'epoca della globalizzazione.

Diversamente dal caso delle minacce generate dalla mancata difesa della sopravvivenza delle persone, la portata dei pericoli predatori per la proprietà e la incolumità individuale viene pubblicizzata enfaticamente e dipinta con le tinte più fosche, cosicché il mancato materializzarsi delle minacce possa essere salutato come un evento straordinario, frutto della vigilanza, dell'efficienza e, perché no, della buona volontà degli organi dello Stato.

Che fare? Rimettere in discussione tutte le precondizioni politiche, sociali ed economiche che hanno caratterizzato ogni fase della postmodernità, con progettazioni a lungo periodo che, ponendo come fine dell'azione politica la promozione e la difesa dei diritti fondamentali di tutti gli esseri umani, tengano conto con lungimiranza delle conseguenze nel tempo delle soluzioni adottate.

Tutto il contrario di quel che caratterizza il discorso politico oggi dominante, il quale non è in grado di produrre che pseudo-soluzioni discriminatorie, di natura emergenziale e provvisoria, espressioni di una politica dal fiato corto, destinata a modellarsi e a limitare la propria sfera d'azione sui tempi brevi, aprendo a scenari inquietanti.

E poco importa se nel rapidissimo consumo di ogni cosa vengano gettati degli esseri umani: tutto ciò che ostacola la corsa incessante la crescita economica costituisce un ostacolo da rimuovere obbligatoriamente, ma credo che gli esseri umani ai quali si negano i diritti primari possano per breve tempo risultare acquiescenti: è facile prevedere che alla violenza delle istituzioni si possa rispondere con altra violenza.

Così è per i popoli del Terzo mondo, la riserva di manodopera a basso costo, oltre che la discarica di rifiuti tossici di Europa ed America; così è per i 'perdenti interni' al Primo mondo, poveri o affetti dalle malattie di depressione e di panico oggi dilagante.

Così per i migranti, i sans papiers, i richiedenti asilo, i rifugiati e i profughi di guerra, catastrofi ecologiche e tragedie umanitarie.

Così è per i lavoratori in esubero rispetto alla logica selvaggia del mercato neoliberista, che flessibilizza, delocalizza, espelle, cancella attività produttive con una facilità estrema, in omaggio al dogma della liberissima circolazione dei capitali nonché della loro accumulazione nelle mani di un sempre minor numero di soggetti.

Credo proprio che sia giunto il momento di un radicale cambiamento di mezzi e scopi dell'azione politica.

MARIANO MENNA

**ABSTRACT**

*Every human being, in the cognitive approach, is influenced by his/her personal experiences. If human beings were able to avoid influences, there would be no need – except for inner debate – for discussions with external interlocutors in order reach an objective knowledge.*

*According to the positivistic postulation, given the object as well as the theory, the result of the knowledge is always univocal. The Rocco procedural criminal code shared positivistic elements: in the investigative phase the proof was based on the fact in its clearness, not on the plurality of the possible approaches to the crime.*

*On the contrary, according to the antipositivistic postulation, given the object as well as the inferential theory, the cognitive result depends on the personal use of the theory which is applied concretely.*

*The new procedural criminal code has clearly adopted an antipositivistic approach so that, according to the author, it appears opportune to utilise an elective jury made of experts every time there is a doubt about the innocence or guilt of the defendant, or it is not possible to obtain the insurmountable evidence of defendant's innocence or guilt.*

## Dal “dibattito interiore” al dibattimento

MARIANO MENNA

Sul tema l'analisi può muoversi in due direzioni. La prima è quella di ordine psicologico e su questo piano, partendo dall'idea dell'equilibrio a cui tende ogni persona, si potrebbe affermare, per esempio, che nell'approccio cognitivo ad un fatto ciascuno di noi ha la tendenza ad economizzare il suo sforzo.

Se riceve uno stimolo dall'esterno, anche al fine di dover conoscere qualcosa, l'individuo o cerca di non tener conto dello stimolo, oppure reagisce allo stesso per opporvisi e solo allora si innesca un movimento che turba l'equilibrio iniziale dell'accennato soggetto.

Di qui la legge psicologica dell'inerzia e l'idea che il soggetto cosciente, se unilateralmente stabilisce il suo approccio all'oggetto conosciuto, tende a scotomizzare, a partire da una visione parziale, perché più economica della realtà da interpretare, per poi allargarla a mano a mano a seconda delle circostanze e delle necessità.

In tal modo si rischia di non essere obiettivi.

In psicologia si afferma pure che ciascuno di noi è influenzabile dal proprio vissuto ed il meccanismo del transfert è un'altra possibile forma di condizionamento anche all'approccio cognitivo ai fatti per cui bisogna reagire per “tenere a bada” questo vissuto.

Anche questa è una ragione psicologica per non essere obiettivi. Sennonché, queste considerazioni – certo parziali e non esaustive circa le possibili forme di condizionamento della conoscenza - stabiliscono ciò che tendenzialmente può verificarsi ma a cui si può reagire al fine di stabilire una relazione obiettiva – anche se non universalmente inconfutabile - con il fatto.

Non credo che in psicologia si ritengano inesistenti soggetti che proprio perché divengano coscienti delle forme di condizionamento a cui si è accennato non possano sottrarsi all'influenza della legge dell'inerzia o non siano in grado di controllare gli atteggiamenti influenzati in ipotesi dal proprio vissuto.

Reputo, allora, che si possa affermare che se si divenga autocritici e consci di cosa in concreto possa condizionarci, si possa diventare obiettivi – anche se depositari pur sempre di una verità relativa - nell'approccio alla realtà.

Questo significa che rimanendo fermi all'opportunità di limitarsi ad escludere i condizionamenti di tipo psicologico, si potrebbe fare a meno, se non del dibattito interiore, almeno del contraddittorio con un interlocutore esterno.

Non è un caso che in psicologia, per esempio, si ammette che possa redigersi una perizia di tipo appunto psicologico sulla testimonianza per vagliare la credibilità del deponente ed applicando delle acquisizioni ovvero delle leggi scientifiche si sarebbe in grado di svelare quali siano state in concreto le forme di condizionamento palesatesi in ordine all'ipotetica deposizione in modo da fornire una chiave di interpretazione della stessa e da recuperare un prodotto obiettivo di conoscenza, sia pure in negativo – ovvero negando l'attendibilità delle dichiarazioni – proprio perché ci si ritiene in grado di comprendere i fattori che abbiano potuto contrapporsi all'obiettività del deponente.

In tal modo, evidentemente con un'analisi che si potrebbe definire di solo laboratorio si può fare a meno di un concreto scambio di idee su ciò che abbia detto l'ipotetico teste ed applicando delle acquisizioni scientifiche all'interpretazione della deposizione si potrebbe essere relativamente sicuri dell'attendibilità o meno dell'acquisizione di dichiarazioni senza contraddittorio.

Non voglio dire che le acquisizioni scientifiche abbiano l'ambizione di fondare la verità assoluta, bensì che dal punto di vista scientifico ed anche in prospettiva psicologica non c'è differenza tra la soggettività inevitabile della conoscenza espressa da un soggetto che unilateralmente conosca sapendo reagire ai condizionamenti che proprio la scienza psicologica individua e più soggetti che si scambino idee e non è detto che per ciò solo – a parità di fonti di acquisizione – rendano più attendibile il risultato del loro conoscere.

Così ragionando ci si attesta su una concezione positivista della conoscenza. Senonché, l'analisi, a questo punto, si può spingere anche in un'altra direzione che va oltre il dato scientifico ed investe la concezione filosofica che si possa avere dell'approccio conoscitivo per capire se si possa andare oltre il tipo di garanzia che offre il metodo scientifico positivista.

In proposito, bisogna pensare come sia entrato in crisi in epoca postmoderna l'idolatria dell'oggetto del conoscere che si imponga in maniera evidente, sia pure partendo da proposizioni protocollari semplici sulle quali inevitabilmente debba regnare l'accordo tra i soggetti conoscenti e rispetto alle quali, tuttavia, in ottica positivista esista la possibilità di affermare un metodo rigoroso e certo di conoscenza che una volta si diceva verificazionista mentre oggi si ritiene più coerentemente falsificazionista.

Per i neopositivisti, rispetto all'oggetto da conoscere può avere spazio la relatività della teoria accreditatasi presso la comunità scientifica – che si ritiene sempre falsificabile – ma sul presupposto del non mutamento dell'accennata teoria non può trovare ingresso la relatività della conoscenza che si mutui dall'interazione tra soggetto ed oggetto e che dipenda dall'incidenza continua e pervasiva del punto di vista soggettivo sulla conoscenza di un determinato dato.

Per i positivisti, in altri termini, posto l'oggetto e posta la teoria il risultato della conoscenza è sempre univoco.

Viceversa, per gli antipositivisti, posto un determinato oggetto che sia in ipotesi la premessa di un ragionamento e posta una teoria generalmente accettata che si supponga come regola inferenziale da applicare alla premessa per giungere ad una determinata conclusione, non è sempre unico il risultato conoscitivo perché tutto dipende dal personalistico uso che della teoria fa l'individuo nel caso concreto.

Quindi, più che applicare staticamente una legge preventivamente accettata rispetto ad un determinato oggetto di conoscenza, per gli antipositivisti la teoria si forma mentre la si applica in relazione alle mille sfaccettature che l'oggetto conosciuto di volta in volta può assumere in ragione della continua incidenza critica del punto di vista soggettivo.

Lasciando il terreno positivistico e neopositivistico si entra così nel regno dell'ermeneutica, in relazione alla quale come per i neopositivisti non è più importante il sapere in sé, bensì l'utilizzazione del sapere che si realizza, ma rispetto alla quale la conoscenza può assumere addirittura un andamento pragmatico-formale.

In siffatta prospettiva, spostando il ragionamento dalla sostanza dell'oggetto conosciuto all'uso linguistico della conoscenza che si opera, l'impiego del linguaggio non diventa un mezzo per conoscere in astratto un dato e per attribuirgli un significato che, quindi, non muterebbe proprio perché sarebbe frutto di un utilizzo astratto della unica teoria connessa alla semantica del dato, bensì diventa azione, attività pragmatica nell'ambito della quale il significato del dato e, quindi, la teoria espressa semanticamente usando il linguaggio dipende dal fine dell'azione a cui si correla l'impiego linguistico.

Peraltro, il carattere pragmatico dell'uso del linguaggio si correla a quello formale perché è dal tipo di utilizzo del linguaggio, ovvero dalle categorie linguistiche che applichiamo all'impiego del sapere in funzione pragmatica che esce condizionato e legittimato il risultato dell'azione che si compie usando la conoscenza e che è a sua volta capace di condizionare internamente la conoscenza e la teoria utilizzata.

A quest'ultimo proposito, io conosco dei dati e seguo un determinato metodo scientifico o recte teoretico sempre per un determinato scopo operativo ed in questo modo l'attribuzione di significato all'uso linguistico delle conoscenze, delle emozioni o delle aspettative sociali che tratto dipende dal fine della mia azione che così reagisce e modifica dal di dentro la sostanza della teoria che applico semanticamente. Così facendo, però, e questo è l'altro passaggio fondamentale della concezione ermeneutica o recte pragmatico-formale, devo pure interagire con altri soggetti perché la formazione della nuova conoscenza o meglio l'elaborazione delle nuove unità semantiche da applicare rispetto all'azione che devo compiere – anche solo di tipo informativo – è intrinseca al comportamento che devo tenere e rispetto a questo, di regola, mi devo aspettare la reazione dell'ambiente in cui l'atteggiamento si realizza, ovvero, in ambito sociale la risposta di altri individui.

Di qui il carattere intersoggettivo della concezione pragmatico-formale della conoscenza o meglio dell'uso linguistico delle conoscenze che è figlia dell'ermeneutica in quanto l'incidenza del punto di vista soggettivo sull'elaborazione della semantica del dato va sempre inquadrata nella complessità e, quindi, nel contesto ampio di tutti i punti di vista teoretici – etico, estetico e cognitivo - che si accompagnano al mio impiego del linguaggio, per cui non si può mai parcellizzare e ridurre all'evidenza cognitiva l'azione linguistica del soggetto che conosce o meglio utilizzando e formando di volta in volta le conoscenze agisce.

Se l'approccio conoscitivo è di tipo intersoggettivo perché collegato ad azioni comunicative e nel gioco di azioni e reazioni assume pure andamento procedimentale, si capisce come anche in relazione al processo penale il confronto concreto con altri soggetti possa servire ad introdurre garanzie non tanto contro i condizionamenti psicologici e sociologici (che pure per la dottrina sono al fondo della contrapposizione tra unilateralità e dialetticità della conoscenza giudiziale e rispetto ai quali potrebbe essere utile una semplice analisi scientifica sulle accennate forme di influenza onde reagire alla medesima con un sano esercizio del libero arbitrio), bensì per elaborare in forma esplicitamente cooperativa la conoscenza sul presupposto che sia proprio la dimensione intersoggettiva l'ambito sempre implicito di ogni utilizzazione di sapere.

A questo punto bisogna menzionare che per taluno la legittimazione procedimentale ed intersoggettiva della conoscenza prescinde dall'esistenza di interessi ed è riferibile a tutta una comunità ideale, per altri, invece, lo stesso tipo di raggiungimento di un risultato conoscitivo legittimato dipende da un sistema di interessi di riferimento. In entrambe le ottiche l'organizzazione sociale che favorisce gli accennati processi conoscitivi è quella democratica basata sul consenso, anche se su base consensuale bisogna comunque procedere razionalmente ovvero argomentativamente per fondare i risultati conoscitivi.

La concezione intersoggettiva e procedimentale dell'elaborazione, recte dell'utilizzo attraverso cui si elabora pure la conoscenza ha l'ambizione di inserire in un contesto più complesso l'approccio che comunemente definiamo scientifico perché è conscia della possibilità di relativizzare in ogni momento qualitativamente e quantitativamente l'applicazione di una teoria scientifica, che non ha senso se slegata da un contesto concreto e casistico di soggettiva applicazione in cui opera non solo l'adeguamento ma la stessa possibilità di cambiare ovvero di contestare qualitativamente il contenuto della teoria usata quando solo si cambi angolo visuale di approccio al problema conoscitivo che la sottende.

Per tornare al tema della relazione, il “dibattito interiore” che servirebbe a combattere i condizionamenti psicologici si pone sul livello del tradizionale approccio scientifico al problema della conoscenza e si pone, perciò, se accettiamo la concezione pragmatico-formale dell'uso del sapere, su un gradino che è più in basso, collocato quasi in una parentesi, rispetto alla più alta esigenza di legittimazione della conoscenza.

Questa, se anche implicitamente è sempre intersoggettiva, è bene che lo divenga anche in modo esplicito superando ogni azione conoscitiva unilaterale o recte solo apparentemente unilaterale perché sempre intrinsecamente collegata con una dimensione intersoggettiva anche a prescindere dall'esistenza di un "dibattito interiore" volto a reagire all'ipoteca della legge psicologica dell'inerzia ed all'influenza del proprio vissuto.

I problemi a questo punto in relazione al processo potrebbero diventare due. Sul piano dell'esplicitazione dell'interlocuzione, ci si potrebbe chiedere con chi e con quanti soggetti creare il dialogo e se, poi, si deve stabilizzare l'esito del procedimento conoscitivo in una decisione di un soggetto che debba scegliere in caso di contrasto di vedute derivanti dal gioco delle azioni e reazioni comunicative, ci si può domandare come debba tale individuo comportarsi se anche la sua azione conoscitiva non possa in ipotesi sottrarsi alle legge del necessario confronto o recte, da un lato, della relatività dell'approccio conoscitivo, dall'altro lato, della elaborazione intersoggettiva della conoscenza.

Per comprendere in concreto cosa ciò significhi in relazione al nostro ordinamento processuale penale, si può muovere dall'analisi del passaggio dal vecchio sistema del codice Rocco al nuovo innanzi tutto per affermare che l'affermazione della dialettica si pone in una dimensione che supera anche la garanzia dell'approccio scientifico al fatto, nell'ottica che si è delineata, e, poi, per comprendere come possa in ipotesi migliorarsi il metodo di conoscenza giudiziale allo scopo di non tradire il postulato dell'elaborazione cooperativa della conoscenza.

Il vecchio codice aveva una chiara impronta positivista. Basti considerare che per quel sistema l'accertamento del fatto in fase istruttoria puntava sull'evidenza dell'oggetto e non sulla pluralità delle prospettive d'approccio all'episodio imputato.

Il riscontro dell'addebito era unilaterale prima del dibattimento perché si reputava che conoscendo il fatto nell'ottica dell'accusa automaticamente si dimostrasse perché non era affermabile una versione contraria in chiave difensiva. Siffatto modo di procedere – chiaramente sostenuto in dottrina – postulava il credo positivista nella scienza e nell'idea secondo cui posta una determinata premessa ed applicando alla medesima una certa teoria della conoscenza, il risultato gnoseologico avrebbe dovuto essere sempre univoco, non giocando alcun ruolo rispetto alla formazione della teoria ed alla posizione della premessa l'incidenza del punto di vista soggettivo.

Di qui i corollari in relazione al passaggio dall'istruzione al dibattimento ed all'affermazione dell'immediatezza.

Quest'ultima attraverso il sistema delle letture non era tutelata pienamente perché il prodotto conoscitivo dell'istruzione si riteneva genuino ovvero controllabile sindacando solo l'applicazione delle massime d'esperienza (il che equivale a dire l'attuazione delle acquisizioni della scienza e dell'esperienza);

e ciò in sede valutativa, non acquisitiva. Se un senso aveva ancora l'immediatezza, esso era quello di favorire semplicemente la migliore tecnica di ascolto della rilevazione dei dati semantici da parte del giudice in funzione della decisione solipsistica che egli doveva adottare e non in ragione della necessità di potenziare la dialettica dei punti di vista.

Lo scenario è cambiato oggi con il nuovo codice anche se la concezione dialettica della conoscenza non è stata portata alle sue estreme conseguenze.

Si afferma l'idea della relatività della conoscenza anche rispetto all'elaborazione dei contenuti di una teoria conoscitiva nel momento della sua applicazione nel processo perché si ritiene finalmente possibile – come affermano i fautori della concezione pragmatico-formale dell'approccio gnoseologico - contestare non solo quantitativamente l'applicabilità di una regola inferenziale ad un determinato caso, differenziando l'estensione del valore di una teoria conoscitiva rispetto alla multiforme serie di casi in cui la stessa debba essere applicata (per cui diventa essenziale la discutibilità della premessa fattuale di ogni ragionamento), ma porre in crisi anche qualitativamente il rapporto che nell'ambito di una teoria precostituita venga ad affermarsi tra il dato della premessa ed il criterio inferenziale della teoria scientifica astratta, in pratica cambiando il parametro del ragionamento ipotetico.

In merito, basti riflettere sulla circostanza secondo cui rispetto allo stesso fatto nel nuovo sistema – e non nel vecchio – si accenna alla possibilità di proporre prove a carico e prove a discarico e sull'altra circostanza per la quale gli argomenti probatori che a siffatte iniziative si ricolleghino non cambino necessariamente nel dato della premessa, potendosi semplicemente mutare l'affermazione ovvero la semantica che in relazione all'elemento di partenza si voglia sostenere.

Questo significa che in dipendenza del diverso punto di vista, in relazione al medesimo fatto le parti sono legittimate a proporre l'applicazione di regole inferenziali e, quindi, di teorie conoscitive differenti; il che può dipendere sia da un problema dell'estensione dell'ambito di operatività dell'accennata teoria, sia da una questione di qualità ovvero di validità intrinseca di quest'ultima rispetto al caso da trattare.

La cosa interessante, poi, è che la messa in discussione avviene non in astratto, ma maneggiando il linguaggio – anche quello comune – nel contesto specifico di una serie di azioni linguistiche (al di fuori delle quali il pensiero non ha rilievo) e che a seconda di come si indirizzano arrivano a porre in crisi i postulati generali della conoscenza o recte la legittimazione degli stessi postulati.

Questo significa, pure, che, proprio come ritengono i fautori della concezione pragmatico-formale della conoscenza, la scienza, se non è sostenuta da azioni linguistiche concrete, perde la sua validità e la sua legittimazione. Il processo penale per come oggi è regolato ne è una riprova.

Ma procedendo oltre nell'analisi bisogna chiedersi se la dialettica – come si è visto apprezzabile innanzi tutto dal punto linguistico e, quindi, della forma e solo indirettamente della sostanza della conoscenza – si affermi nel nostro processo con coerenza.

In proposito, sia nell'ottica di quanti ritengono che dovrebbero cooperare per la formazione delle conoscenze, che prima o poi ognuno potrebbe utilizzare, tutti i membri di una comunità ideale, a prescindere dalla ricorrenza di un sistema di interessi di riferimento, sia nella prospettiva di quanti affermano esattamente il contrario, si può sostenere che per la rilevanza pubblica del processo penale esiste anche un interesse generale alla corretta formazione dell'approccio conoscitivo nell'ambito della suindicata procedura.

Questo significa che se vogliamo rispettare pienamente il postulato dell'elaborazione intersoggettiva della conoscenza, anche di quella giudiziale, la dialettica con l'imputato sarà sicuramente essenziale per contribuire a porre i dati di partenza dei ragionamenti, soprattutto di quelli ignoti alla pubblica accusa, ma non è sufficiente a legittimare i risultati delle azioni linguistiche del processo in cui si traduce il processo conoscitivo giudiziale. Cosa fare allora?

Proprio perché non si può coinvolgere tutta la comunità in ciascun procedimento conoscitivo – quel che non renderebbe nemmeno sicuramente razionale (per il carattere fluttuante delle opinioni) il prodotto delle azioni linguistiche dal momento che la base di consenso dei risultati della conoscenza non deve mai disgiungersi dall'aggancio a legittimazioni argomentative, pena alla lunga il deflettersi dello stesso consenso generalizzato – bisogna anche a questo proposito economizzare e razionalizzare gli sforzi tentando di non mortificare la sostanza della legittimazione da assicurare alla conoscenza giudiziale ed essendo coscienti in ogni caso che l'organizzazione del procedimento di convalida che qui si immagina non potrebbe mai produrre i risultati sperati in termini ideali ma solo esprimere l'affermazione di una tendenza peraltro in concreto sostenibile.

In proposito, innanzi tutto se si volesse allargare l'interlocuzione a proposito di momenti conoscitivi giudiziali a tutta una comunità di riferimento, non lo si potrebbe fare se non stabilendo un rapporto con rappresentanti della generalità dei consociati che per di più per la sottolineata necessità di non sganciare mai il meccanismo di legittimazione dall'innesco di processi argomentativi dovrebbero essere degli esperti nell'ambito di un soggetto che per comodità potremmo chiamare "giuria".

Inoltre, nei casi di evidenza intesa come incontestabilità – sia pure non stabilita in astratto ma riferita in concreto allo scopo delle azioni linguistiche del processo quali sono dettate anche dalle aspettative sociali tradottesì nelle leggi regolatrici della vicenda giudiziaria – diventa non necessaria l'interlocuzione con i rappresentanti della comunità di riferimento.

Perciò, ho proposto un sistema di conoscenza giudiziale che in una prima direzione si muova sui binari tradizionali del processo penale per quanto riguarda i casi in cui i risultati delle azioni linguistiche della vicenda giudiziaria possano stabilizzarsi in termini di incontestabilità, anche quando siffatta situazione sia riannodabile al dubbio insormontabile sull'accaduto da accertare, ed in una seconda direzione abbia la possibilità di innestare nel processo il ricorso ad una "giuria" elettiva di esperti in riferimento a tutti i casi in cui ci si attesti in zone grigie della conoscenza - che potremmo definire di "quasi evidenza" - per dire che allorché esse ricorrono si è disorientati e non si sa se decretare o meno l'esistenza di un dubbio insormontabile o per converso il raggiungimento di una prova positiva incontestabile di innocenza o colpevolezza.

L'altro problema è come concepire il comportamento linguistico di chi come il giudice non deve sacrificare il carattere intersoggettivo e dialettico dell'elaborazione della conoscenza giudiziale eppure deve alla fine scegliere tra opposte versioni dell'accaduto per consentire all'azione linguistica finale rappresentata dalla sentenza di svolgere la sua funzione performativa e come tale rispondente ad un fine pragmatico che non si riassume in un prodotto astratto di conoscenza.

In proposito, bisogna subito sottolineare come il valore della terzietà del giudice risponda perfettamente ad una concezione democraticamente cooperativa della conoscenza.

Anzi, proprio perché anche in base all'aspettativa sociale tradottasi nell'attuale regolamentazione del processo penale, quest'ultimo non può che essere di parti in quanto la verità giudiziale è figlia non di una misura oggettiva della conoscenza, bensì delle azioni linguistiche e dei diversi punti di vista delle parti, è necessario che la terzietà sia intesa in modo più rigoroso anche nella prassi giudiziaria.

Il che significa, per esempio, che se le parti, a differenza che nel sistema del 1930, attraverso la caratterizzazione a carico ed a discarico delle prove che chiedono introducono nel processo non solo dati ma anche proposte valutative ovvero argomenti, le regole inferenziali denominate non in modo del tutto coerente alla concezione antipositivistica della conoscenza come massime d'esperienza vengono formate dal contraddittorio e non solipsisticamente dal giudice.

Questi, se non è d'accordo con le proposte valutative avanzate dai contendenti non può che scendere anch'egli sul piano della dialettica intersoggettiva per proporre di diverse e far sì che non mentalisticamente, ma argomentativamente e, cioè, nel contraddittorio dell'acquisizione probatoria e della discussione escano confermate le nuove "massime d'esperienza" o in mancanza si dichiarino l'insormontabilità del dubbio.

Se, in quest'ottica, l'organo giudicante, per non mortificare il carattere intersoggettivo del procedimento conoscitivo giudiziale, deve rispettare non solo i dati ma anche i risultati della azioni linguistiche prodotte dal contraddittorio, bisogna asserire, a proposito del comportamento da tenere da parte del giudice al fine di legittimare gnoseologicamente la sentenza, che o si riconosce che i poteri probatori d'ufficio del giudice, facendo scendere il medesimo sul piano della dialettica, lo rendano allora un soggetto attivo e, quindi, una parte, per cui solo se la sentenza registrerà deduttivamente i risultati incontestabili del contraddittorio si potrà dire che nel decidere il giudice non venga pregiudicato dalle precedenti eventuali parzialità di comportamento e la sentenza sarà legittimata dal punto di vista gnoseologico perché non sarà frutto di una distinta e non precriticata operazione potestativa del giudice, oppure sempre nel rispetto del carattere deduttivo della decisione dai frutti della dialettica di parte – pena il ritorno ad una situazione di ingerenza potestativa che postula la fiducia positivista all'autoreferenzialità della scienza – si dovrà dire che siano quanto meno inutili i poteri ufficiosi in materia probatoria così come oggi li concepiamo agganciandoli ad un impegno ricostruttivo e non ad un mero atteggiamento di proposta rispettosa del dialogo tra le parti o di sviluppo di conclusioni conoscitive in termini di consequenzialità necessaria rispetto ai risultati dell'acquisizione voluta dai contendenti.

Infatti, se a sviluppare fino all'incontestabilità eventuale le conoscenze giudiziali sul piano del rispetto della loro intersoggettività e, quindi, anche del punto di vista della difesa (che sia però argomentabile sul piano razionale e non meramente strumentale ed evidentemente infondato) vi è un altro organo che istituzionalmente non dovrebbe assumere atteggiamenti strumentali come il pubblico ministero, all'organo giudicante non rimane che tirare le somme di quanto non solo a livello di dati, ma anche di valutazioni hanno voluto le parti.

Dando allora il peso argomentativo che merita anche al punto di vista della difesa, senza sostituire mentalisticamente in nome di un'operazione induttivo-probabilistica ed in questo senso ancorata ad una concezione autoreferenziale della scienza, le “massime d'esperienza” favorite razionalmente e non strumentalmente dall'imputato, il giudice per rispettare la relatività dei punti di vista e, quindi, l'intersoggettività della conoscenza, qualora anche l'accusato proponga delle valutazioni che riesca ad argomentare logicamente – anche se contrastano con il punto di vista dell'accusa – per cui fonderebbero una verità giudiziale diversa, non deve stabilire la maggiore o minore plausibilità delle proiezioni dell'accusa e della difesa e deve decretare l'esistenza del dubbio con le conseguenze che le aspettative sociali tradottesi in legge determinano.

Solo se non si riesca nemmeno a stabilire - per la carenza del sussidio di chiare azioni linguistiche realizzatesi nel corso del procedimento giudiziario - se sia raggiunta la prova non contestabile della colpevolezza o dell'innocenza o per converso il dubbio, nella ottica che propongo, bisognerebbe lasciare il posto alla decisione dei risultati conoscitivi a cui prestare il consenso generalizzato operata dai rappresentanti della comunità ideale di riferimento in un'ipotetica giuria di esperti.

Questo vale sia per la cognizione dei fatti dal punto di vista naturalistico, sia per l'argomentazione e, quindi, la prova delle aspettative sociali che in caso di non evidenza del dettato legislativo bisogna agganciare alle formule normative.

## GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

GIACOMO DI GENNARO

**ABSTRACT**

*With the introduction of the law 328/2000 the welfare system in Italy is changing the landscape of quality of health services and welfare. This is, however, “leopard patchy” and for the effectiveness of the institutional territory action that is different between contexts, both the contribution and the combination of services that takes place between public, private and non-profit organizations. This is also reflected in the relationship between health and social services and justice, in which unfolds the protection and care of the weak and the protection of individual rights. The work discussed here provides food for thought on this relationship and the need to distinguish the judicial protection of individual rights (especially of children) by the actions of care and protection to which social services are for law and carers protagonists.*

## **Diritti della persona e sostegno dei servizi sociali: come conciliare l'effettività della tutela giurisdizionale e quella della protezione**

GIACOMO DI GENNARO

A quattordici anni dall'introduzione della legge 328 del 2000 il welfare italiano è profondamente cambiato, non solo perché il processo di esternalizzazione dei servizi socio-sanitari è avvenuto in forme rimarcate in tutto il Paese, ma perché il rendimento di molti dei servizi esternalizzati ha reso ancora più differenziato i risultati a livello regionale e locale, contribuendo a generare performance istituzionali diverse che si riverberano sia sul senso della tutela dei soggetti deboli che sull'effettività della stessa.

Le aree regionali ove più consolidate sono le tradizioni e le organizzazioni dei sistemi di solidarietà sociale, dell'associazionismo e delle politiche family friendly, del radicamento delle "formazioni sociali intermedie" (es. Lombardia), sono anche quelle nelle quali l'assetto organizzativo dei servizi socio-sanitari connessi alla sfera della giustizia minorile si dispiega su e incrocia un ventaglio di best practies sinergicamente affermatesi lungo l'asse della cooperazione tra ambito del no-profit e ambito istituzionale.

Queste esperienze ci danno conto del modo in cui è affrontato il tema della tutela giurisdizionale dei diritti del minore e del modo in cui questa tutela si sposa con l'intervento assistenziale.

Una recente pubblicazione discussa da un partèrre di giuristi, avvocati, sociologi e psicologi presso il Corso di Laurea Magistrale in Servizio Sociale e Politiche Sociali, incardinato nel Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università napoletana federiciana, ha affrontato proprio il tema del soddisfacimento effettivo dei diritti della persona: nello specifico del minore e dei genitori.

Il quadro della problematicità, ovviamente molto chiara agli autori, è come rendere effettiva questa tutela contemporaneamente rispettando il principio di legalità (sostanziale e non formale) e l'agire dei servizi sociali il cui ruolo è proteggere e curare i soggetti deboli. In altri termini, come garantire che non si faccia confusione tra il piano della tutela giurisdizionale dei diritti e quello delle azioni di cura e protezione, onde evitare che si realizzi una commistione tra l'azione di sostegno propria del servizio e quella di controllo del rispetto delle decisioni giudiziarie.

Considerazioni che superano il modello del "paternalismo giuridico", proprio della prassi tradizionale dell'autorità giudiziaria, spingerebbero ad identificare nel giusto processo il luogo ove viene soddisfatta la tutela giurisdizionale dei diritti del minore (e dei genitori).

Così come analoghe riflessività (acritiche?) fanno coincidere le azioni di cura e protezione con il ruolo dei servizi sociosanitari, perché animati dal principio di beneficienza e legittimati ad intervenire nei casi di prevenzione e sostegno dei soggetti che si trovano in situazioni di disagio personale e familiare, o addirittura di rischio e pericolo (ivi compreso il soccorso immediato ex art. 403 c.c.).

Aspetti, questi, che trovano fondamento se si presuppone che l'utente sia coinvolto in una virtuosità relazionale che contempla il consenso informato e l'attivo suo coinvolgimento e la sua partecipazione al percorso trattamentale proposto dai servizi.

E' sufficiente questa impostazione o questo modello operativo perché siano assicurati effettivamente i diritti umani e al contempo garantite le funzioni specifiche dei servizi? E' evidente al lettore che vi sono questioni molto delicate inerenti sia gli interventi dell'autorità giudiziaria sia degli operatori psicosociali.

Gli Autori, su questo, manifestano compiuta consapevolezza, tant'è che gli interrogativi prospettati (pp. 21-22) non bypassano la portata e le criticità della questione: a) qual'è il livello a partire dal quale gli interventi protettivi da parte dei servizi sociali possono giustificare la compressione-limitazione dell'autonoma determinazione del rappresentante del minore da proteggere, assistere, curare al punto da rendere legittima anche una interferenza nella vita familiare? b) come conciliare la funzione di sostegno, all'interno di una relazione d'aiuto nel rispetto del consenso informato, con quella di controllo? c) a quali criteri scientifici o a quali "cassette degli attrezzi" ricorrere per formulare in modo fondato attendibili previsioni sul danno futuro che un bambino può subire allorquando cresce in un determinato ambiente familiare? d) la valutazione contrastante degli esperti quando ha rilevanza forense come utilizzarla? e) come utilizzare i pareri degli operatori dei servizi al fine processuale al di fuori del contraddittorio? f) infine, ma non meno rilevante, come è possibile procedere all'ascolto del minore tenendo in debito conto la sua opinione e rispettando contemporaneamente i suoi diritti relazionali e i diritti-doveri dei genitori?

Lo sviluppo tematico di queste criticità caratterizza in realtà il contenuto delle pagine susseguenti articolando la riflessione in sezioni diverse (quattro) ognuna delle quali dedicata, in un apprezzabile scenario teorico ed epistemologico, allo stato dei rapporti tra agenzie sociali e giudiziarie (pp. 11-64); al ruolo dell'operatore del diritto e della giustizia oggi più di ieri specializzato nel diritto delle persone e delle relazioni familiari, ancorché nell'attività preventiva e riparativa propria dei conflitti relazionali (pp. 68-102); alla trasformazione dei servizi sociali e all'innesto in essi di figure professionali che provenendo da ambiti formativi disciplinari diversi (psicologi, psichiatri, neuropsichiatri infantili, sociologi) interagiscono con l'organizzazione ordinamentale minorile intervenendo nei procedimenti minorili in molti modi (pp. 105-143);

fino all'esame, in un contesto territoriale Veneto, dell'organizzazione dei servizi e del lavoro di rete che si sviluppa tra attori differenti (enti locali, servizi socio-sanitari, scuola, autorità giudiziaria, no-profit, volontariato, privato sociale, ecc.) al fine di valutarne l'efficacia operativa in termini di protezione dei minori dal rischio psicosociale (pp. 147-233).

Un'appendice finale (pp. 249-282) focalizzata sul fenomeno dell'allontanamento e del collocamento dei minori fuori dall'ambiente familiare (forma di protezione satisfattiva del diritto di crescere in famiglia sancito dalla legge 219 del 2012 art. 315-bis c.c.) chiude il volume offrendo in questa parte dati conoscitivi e strumenti di indirizzo giuridico così come emersi dalla normativa nazionale e internazionale sviluppatasi proprio in materia di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti relazionali di adulti, bambini e bambine, adolescenti.

Il filo rosso che lega i diversi contributi è rappresentato dalla tesi di fondo che gli Autori riprendono più volte e con convinzione, quasi fosse una *one best way* che consente di tessere le diverse pagine: non è possibile assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti umani senza che siano rispettati i caratteri specifici delle due funzioni prima indicate, ovvero quella giurisdizionale e quella di cura e protezione.

E' proprio il differenziarsi delle forme di "fare famiglia", di filiazione e di convivenza che segnano le società contemporanee ad invocare in misura maggiore l'espletamento in modo specifico e distinto delle due funzioni indicate.

Così come proprio i profondi cambiamenti nelle procedure del welfare e l'offerta dei servizi da parte delle istituzioni locali nonché dell'organizzazione del lavoro sociale richiedono che l'azione dell'autorità pubblica e di quella dei magistrati sia ridefinita nelle sue modalità di agire e nel modo in cui tali ruoli siano espletati.

Da qui, allora, per gli autori la necessità di andare oltre le "buone prassi" e rilanciare una robusta visione delle funzioni di tutela sociale della famiglia (ma occorrerebbe dire delle famiglie) e del minore. Una visione che affermi (in un punto di equilibrio) pari dignità e irriducibile autonomia a ciascuna delle tre sfere o dimensioni implicate: i diritti delle persone, la funzione di assistenza, la funzione giurisdizionale.

Diventa allora inevitabile una domanda: è pensabile dentro l'attuale modello organizzativo dei tribunali minorili e dell'esercizio dell'autorità e funzione giurisdizionale la ricerca di questo punto di equilibrio?

Ci si può ancora attendere una simile risposta da un luogo istituzionale come sono oggi i tribunali minorili che adempiono a funzioni di tutela civile e penale minorile?

Oppure ne viene di conseguenza che sia giunto il momento di affrontare, con tutte le conseguenze che ciò comporta sul piano della formazione, specializzazione e reclutamento, in una ottica diversa la questione presupponendo che si possa andare verso la formazione del tribunale della famiglia come il luogo ove meglio sia governabile e monitorabile l'interazione delle diverse professionalità e funzioni sin qui descritte? Inoltre, non può non farsi una riflessione di fondo: la norma legislativa deve precedere i fatti sociali, assecondarli o indirizzarne il corso?

Ovvero, come si può implementare una equilibrata funzione giurisdizionale di fronte ad un soggetto sociale (la famiglia) che tende, nelle società moderne avanzate, a differenziarsi in forme sociali che oltretutto travalicano la stessa immaginazione sociologica allorquando i caratteri specifici di alcune di esse rendono difficile persino individuare chi rappresenta e protegge davvero gli interessi del minore?

E in uno scenario in cui è ancora forte la fragilità della posizione professionale degli assistenti sociali in relazione ad altre figure professionali (psicologi, psichiatri, magistrati), come si possono conciliare le esigenze di cura e protezione dei minori con quelle dei genitori se quest'ultimi contrabbandando la funzione di sostegno dei servizi sociali con quella di controllo finiscono per sottrarsi a quella che interpretano come interferenza?

Ancora: se risulta sempre più legittimo nella nostra cultura contemporanea difendere i diritti soggettivi delle persone, fino a che punto essi restano prioritari di fronte a diritti che maturano aggregati sociali (per es. la stessa famiglia) la cui rilevanza eccede (per compiti, funzioni, *social support*, disposizioni, ecc) le pur comprensibili ragioni che fondano molti diritti soggettivi ma che in quanti tali appartengono solo alle persone prese nella loro individualità e non all'esito di sviluppo delle loro azioni e loro scelte?

E' indubbio che la lettura del lavoro curato da Camerini e Sergio aiuta a sgombrare il campo da molte delle ambiguità e confusioni che ricadono su questo terreno delicato del rapporto tra servizi sociosanitari e giustizia.

Un terreno nel quale gli elementi di sfondo maturano particolarmente nelle condizioni di valutazione e gestione dei casi singoli, dove l'operatività dei servizi sociali esprime quella funzione professionale spesso principale che qualifica e rende indispensabile il lavoro svolto dall'assistente sociale.

Tuttavia, è proprio il tema della tutela giurisdizionale dei diritti, delle azioni di cura e protezione che richiede nel nostro Paese di non procrastinare indefinitamente il tema del "luogo" più adatto per rendere efficaci ed effettivi sia il riconoscimento dei diritti che il soddisfacimento della protezione.

MASSIMO CORSALE

**ABSTRACT**

*The article, starting from the observation that the collapse of the patriarchal family in the 1960s and 1970s has led to a decisive state intervention aimed to regulate family relationships, offers an in-depth analysis of the notion of child's best interests, which has been repeatedly and solemnly formulated both at national and international level.*

*In particular, the paper focuses on the recent efforts made by the European Court of Human Rights in order to formalise the principle of the best interest of the child. Indeed, the Court has interpreted such a principle as obliging the respect for the minors' right to express their opinion and be genuinely heard in all matters according to their age and level of development, whilst at the same time attempting to balance the interests of all family members.*

## **Inciampi nella socializzazione. Minorenni e controllo sociale**

MASSIMO CORSALE

SOMMARIO: 1. Premessa: il quadro – 2. “Interesse del minore” e “ragione artificiale”: il ruolo dell’identità – 3. Diritti relazionali e controllo sociale

1. I pregiudizi ideologici che hanno provocato un lungo ostracismo nei confronti di Talcott Parsons sono fortunatamente in gran parte caduti (per merito principalmente di Jeffrey Alexander), ma una sua citazione senza polemica può apparire ancora oggi alquanto polverosa; e l’altra parte dobbiamo pur lasciare che i classici svolgano la loro funzione.

Ebbene, nel suo sistema sociale (1951) Parsons affida al diritto la funzione (che egli chiama “integrazione”) di prevenire e risolvere conflitti, e agli apparati di socializzazione (che egli colloca nella funzione di “latenza”) quella di promuovere l’interiorizzazione dei valori che rendono possibile la coesione sociale da parte di tutti i singoli membri, con particolare riferimento alle nuove generazioni.

Il sistema sociale nel suo insieme non può reggersi senza l’uno o senza l’altro, e i due si sorreggono a vicenda: si tratta a mio parere di un’intuizione non da poco, che nei millenni di riflessione occidentale sui rapporti fra diritto, morale e costume non era emersa così limpidamente. Mi è sempre sembrato interessante che la funzione di latenza sia stata da lui chiamata con un nome che rimanda a una certa sotterranità, al non apparire in piena evidenza.

Perché è vero che i processi di interiorizzazione dei valori avvengono per lo più inconsapevolmente, sia da parte di coloro che li ricevono (i quali spesso si accorgono solo a distanza di tempo di averli interiorizzati), che da parte di coloro che li trasmettono (i quali ben raramente riescono a capire quale traccia abbia lasciato il loro messaggio).

Ma nonostante tutto i messaggi tracce ne lasciano. Solo che ognuno di noi (e quindi anche i ragazzi) ne riceviamo una quantità incalcolabile e dalle fonti più disparate: in un mondo fisicamente e, ancor più, mediaticamente globalizzato ne siamo sommersi.

Per tutti è molto difficile distinguere, classificare e valutare con discernimento le fonti, e quindi l’affidabilità di questi messaggi; ma per i ragazzi è un’impresa disperata, e quindi spesso neanche tentata, anche perché le agenzie di socializzazione più istituzionalizzate, famiglia e scuola, generalmente non fanno molto per insegnar loro questa difficile operazione (ma del resto sono anch’esse in difficoltà nel farla).

Teniamo presente che dietro ogni messaggio c'è una proposta corrispondente a un modello di comportamento: mangiare una pizza, iscriversi all'università, marinare la scuola, fumare uno spinello, "provarci" con una ragazza, progettare un viaggio più o meno avventuroso, progettare una rapina, e così via.

Il mondo di oggi ne propone una varietà infinitamente maggiore di quella del mondo di un secolo fa, e per di più le presenta come materialmente assai più realizzabili a causa del progresso tecnologico e della crescente elasticità delle istituzioni del controllo sociale.

"Controllo sociale" è un'altra espressione minata, troppo spesso identificata con la pura repressione liberticida.

Mentre invece si tratta di un processo imprescindibile e onnipresente in ogni tipo di società, perché costituisce la garanzia (alquanto elastica, peraltro) che le aspettative legittimamente formulate dai membri, e funzionali rispetto al mantenimento della necessaria coesione sociale, non vengano disattese.

Il controllo sociale funziona sempre, in qualunque tipo di società.

Quello verticale, formale, esercitato da apposite agenzie (re, caste sacerdotali, giudici, polizie, apparati penitenziari, boia, superiori gerarchici ecc.) non è il solo né a ben guardare il più efficace.

Esso funziona in maniera casuale e inadeguata se non è fiancheggiato dal controllo orizzontale, quello dei pari: i familiari, i vicini di casa, i compagni e colleghi, gli amici, i concittadini.

Ne costituisce una riprova il fatto che i regimi totalitari, non fidandosi della spontaneità dei meccanismi di controllo orizzontali, hanno bisogno di reti capillari di delatori.

Ma cos'è che guida questi controllori dal basso? Parsons ci dice che sono i valori condivisi, ma qui io propongo di discostarsi da lui per due motivi, uno attinente ai valori e l'altro alla loro condivisione.

"Valori" è a mio avviso espressione tanto diffusa e utilizzata, quanto fuorviante: in realtà essi sono solo dei criteri di giudizio, del tutto generici.

Prendiamone uno, ad esempio quello di "giustizia": innanzitutto, il suo impiego può dar luogo tanto a giudizi positivi che negativi, e anche in questo secondo caso noi staremmo pur sempre facendo riferimento al concetto di giustizia.

Ma soprattutto dobbiamo tener presente che non è mai la giustizia in generale a guidare i comportamenti, bensì un certo modello di comportamento considerato giusto all'interno di una cultura storicamente determinata.

Quindi invece di parlare di valori sarebbe meglio parlare di "modelli culturali". E quanto alla loro condivisione, non se ne può parlare in termini generici (che rischierebbero di pretendere di valere dovunque e sempre), bensì appunto con riferimento a una certa collettività storicamente determinata, portatrice della cultura di cui sopra.

Ogni cultura ha il suo patrimonio di modelli culturali, che sono condivisi in quanto appresi e (almeno parzialmente) interiorizzati da ciascuno dei suoi membri fin dalla loro più tenera età, nel corso del processo di socializzazione (vedi: “latenza”), e in tal modo vengono a costituire la cultura individuale di ciascuno di essi. Quelli interiorizzati diventano addirittura motivazioni all’agire (Weber 1921, ma anche Corsale 2010).

Il patrimonio di modelli culturali è soggetto ad evolversi nel corso della storia, più o meno velocemente e disordinatamente.

Ma in ogni caso è ad esso che fanno riferimento sia le norme di legge che quelle sociali, e soprattutto la loro interpretazione, sia da parte dei cittadini comuni che degli operatori del diritto.

E’ chiaro dunque, a questo punto, che la funzione integrativa del diritto si realizza proprio facendo leva sulla latenza (nel senso parsonsiano del termine): non ne può prescindere.

Come possono articolarsi dunque le diverse funzioni delle varie istituzioni sociali facenti capo rispettivamente all’una o all’altro? E più in particolare, quelle della magistratura e degli apparati vari di servizi sociali alla persona?

A questa tematica è dedicato il recente denso volume collettivo curato da Camerini e Sergio (2013). E da esso prendono spunto le considerazioni che seguono.

2. Negli ultimi decenni una serie di convenzioni internazionali, cui l’Italia ha aderito conformandovi poi la sua legislazione, hanno ripetutamente e solennemente affermato che sia i provvedimenti giurisdizionali che quelli amministrativi riguardanti soggetti minorenni dovessero essere ispirati al principio della prevalenza dell’interesse del minore rispetto a qualunque altro criterio.

Interesse del minore: un’espressione che a tutta prima rimanda al senso comune, a qualcosa di perfettamente comprensibile con la “ragione naturale”, quella dell’uomo della strada.

Ma se essa deve entrare a far parte degli strumenti di lavoro del giurista deve diventare qualcos’altro: un concetto proprio di quella che l’antico giurista inglese Edward Coke chiamava “ragione artificiale” (che egli attribuiva precipuamente ai giuristi), ossia deve essere formalizzato. Giacché il formalismo giuridico, lungi dall’essere inutile ritualismo, è la strada obbligata per canalizzare i (peraltro inevitabili) conflitti.

Sembrerà paradossale che un sociologo si schieri così apertamente a favore del formalismo giuridico.

Ma vorrei dare qui un piccolo saggio di come la formalizzazione dei concetti non debba passare necessariamente per il punto di vista interno al diritto (Hart 1961), ma possa essere praticata anche a partire da un punto di vista esterno quale quello sociologico.

E per fare questo partirei da una domanda: come mai l'interesse del minore diventa un tema centrale del discorso sul diritto di famiglia e dei minori solo a partire dalla seconda metà del XX secolo?

La mia risposta, parafrasando Foucault, è che a partire da allora abbiamo assistito in Occidente a una radicalizzazione senza precedenti della biopolitica, con particolare riferimento alla famiglia.

E' opinione diffusa che fino a metà del XX secolo, all'incirca, la famiglia sia stata un'isola lambita dal diritto: una specie di piccolo regno affidato alla potestà del capo-famiglia. Se guardiamo alla minuziosa ricostruzione "genealogica" (in senso foucaultiano) fatta da Donzelot (1979) della storia della famiglia, in particolare di quella francese, in età moderna, abbiamo una clamorosa conferma dell'interesse che legislatori e pubblicisti hanno mostrato verso la famiglia, considerandola però nella sua interezza, come nucleo ruotante attorno al capo-famiglia.

Nell'interesse della collettività era importante che essa producesse figli docili e sani.

Ma in realtà durante tutta l'età moderna, dalla Riforma protestante alla prima guerra mondiale, il modello di riferimento per la famiglia è stato quello cristiano-borghese, elaborato originariamente dai calvinisti ma sostanzialmente ripreso da tutte le confessioni cristiane: il modello della chiesa domestica, e indirettamente quello della famiglia come ordinamento giuridico.

La biopolitica quindi investiva il nucleo dall'esterno, ma non penetrava al suo interno.

Dopo la prima guerra mondiale (e in Italia soprattutto dopo la seconda) l'avvento dei consumi di massa ha eroso la famiglia cristiano-borghese (quella che i nostri padri costituenti avevano in fondo ancora in mente quando formulavano gli artt.29-31 della costituzione).

Il nuovo modello è quello descritto da Parsons in *Famiglia e socializzazione* a metà degli anni '50 (Parsons, Bales 1955): il padre ha la funzione "strumentale" (quella del breadwinner) e la madre quella "espressiva".

Il padre è dunque ancora essenziale per la sopravvivenza della famiglia, ma non ne è più il punto di riferimento ideale, non è più il garante della formazione del Super-Ego nei nuovi membri (come Freud ancora immaginava): non insegna più il principio della realtà né quello delle norme.

D'altra parte la funzione espressiva della madre, quella di attutire l'impatto dei nuovi membri con la dura realtà, le garantisce un rapporto privilegiato con i figli (quello che ancora oggi viene dato per scontato nella pratica giudiziaria praticamente in tutto l'occidente).

Non siamo ancora alla frantumazione del nucleo familiare, ma se ne sono poste le premesse. Nel crepuscolo della modernità, con gli anni '60 e '70 abbiamo invece il tracollo della famiglia patriarcale: Mitscherlich (1963) preconizza una società senza padre.

L'avvento dei moderni anti-concezionali e quello contemporaneo della società dei servizi (al posto di quella del macchinismo industriale), e successivamente quello della telematica e della robotica, azzerano da un lato il principale atout maschile (la maggiore forza fisica) e dall'altro la principale debolezza femminile (il ricatto delle maternità indesiderate): che per millenni avevano sorretto la società patriarcale.

Si dissolve la famiglia come ordinamento, e subentra la famiglia come arena dove si scontrano e si negoziano interessi in conflitto.

A questo punto la collettività è chiamata a intervenire con la sua regolazione: biopolitica come intervento dentro la famiglia.

Se nella nuova famiglia ci sono interessi in conflitto, e se con l'abolizione della patria potestà viene meno il risolutore dei conflitti, allora il diritto della collettività si sente in dovere di regolare i rapporti intra-familiari tutelando in particolare l'interesse dei componenti considerati più deboli, e quindi innanzitutto i minori.

Ma che cos'è, a questo punto, l'interesse?

Il concetto di interesse, a lungo demonizzato come contrario alla carità cristiana, in età moderna ottiene una nuova legittimazione grazie allo "spirito del capitalismo" identificato da Weber nell'ascesi mondana, e successivamente riconosciuto da Mandeville come "pubblica virtù" pur conservando la natura di "vizio privato". In realtà nel '700 esso viene visto come passione depotenziata (Hirschman 1977).

Fin dall'antichità in effetti la passione era stata demonizzata: dapprima, in epoca classica, in quanto ostacolo alla padronanza di sé, e successivamente, nel medioevo, in quanto spinta al peccato.

Ma una volta depotenziata a livello di interesse, essa diventa non solo accettabile, ma addirittura meccanismo di coesione sociale e di arricchimento delle nazioni. Adamo Smith non a caso attribuisce il merito del suo pranzo non alla benevolenza bensì all'interesse del fornaio, del macellaio e del birraio.

E questo meccanismo è all'origine di quella "ricchezza delle nazioni" da lui preconizzata.

Nella teoria e nella pratica del diritto l'interesse entra più avanti, nel tardo '800, con l'*Interessenjurisprudenz*: con Heck, il quale a sua volta si ricollega a Jhering e al suo "scopo nel diritto".

Jhering e Heck in effetti intendevano contrapporsi al formalismo preesistente della *Begriffsjurisprudenz*: il concetto di interesse nasce quindi, nel diritto, in funzione anti-formalistica, ma (non tanto paradossalmente) nel discorso sui minori oggi esso ritorna in funzione normalizzatrice, come strumento della biopolitica, e quindi ha bisogno di essere formalizzato.

Perché? Innanzitutto perché deve essere utilizzato in sede giurisdizionale: e se non si vuole che il giudice diventi un operatore sociale surrettizio, privo delle relative competenze professionali, abdicando peraltro alla sua imprescindibile funzione di garanzia dei diritti e della terzietà (come opportunamente sostiene a spada tratta Sergio, anche nel libro da cui abbiamo tratto spunto), occorre che gli strumenti a sua disposizione siano formalizzati.

E' evidente d'altronde il livello di vaghezza e di ambiguità di questo concetto.

Chi può ragionevolmente affermare che the best interest di un certo ragazzo sia essere affidato al padre piuttosto che alla madre, essere avviato a un certo tipo di formazione piuttosto che a un altro, frequentare certi ambienti piuttosto che altri, consentirgli o meno un determinato tipo di vacanze, e via dicendo.

E d'altra parte, quello che oggi potrebbe apparire più vantaggioso non è detto che in prospettiva continui a esserlo.

Né del resto si risolverebbe adeguatamente il problema affidandosi alle preferenze espresse dal ragazzo stesso (se in età di farlo), perché non è detto che la sua scelta sarebbe la più saggia.

E tanto meno sarebbe opportuno affidarsi all'opinione della madre (come pare che ancora oggi avvenga in alcuni paesi della pur avanzatissima Europa occidentale: Pocar, Ronfani 1997) giacché la sua pretesa qualità di migliore interprete dell'interesse del minore sembra essere un discutibile lascito della famiglia parsonsiana, in un'età come la nostra in cui vengono sbandierati ogni giorno discorsi sopra una (sempre più problematica, peraltro) eguaglianza: a cominciare da quella tra i sessi, per finire a quella tra generazioni, e in cui le donne considerano una loro irrinunciabile conquista non essere più incatenate al destino della maternità.

Di recente la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha compiuto uno sforzo sulla strada della formalizzazione del concetto di interesse del minore, proponendo di intenderlo come rispetto del punto di vista, delle idee, aspirazioni, desideri dell'interessato all'interno di una logica di bilanciamento degli interessi dei componenti del nucleo.

Questo discorso sembrerebbe riportarci a quello della *Interessenjurisprudenz*: il quale peraltro si proponeva come anti-formalistico rispetto al formalismo preesistente, mentre, rispetto all'arbitrarietà preesistente oggi l'invito della Corte europea si presenta come un impulso alla formalizzazione.

Il paradosso è solo apparente. In effetti quando i modelli culturali condivisi (vedi: latenza) cambiano, gli orientamenti già dominanti tra i giuristi appaiono (inutilmente) formalistici, mentre si rivendica la necessità di adeguarsi alle aspettative del corpo sociale, e quindi vengono avanzate come anti-formalistiche le proposte volte a far sì che il diritto possa nuovamente essere vissuto dai destinatari come *ars boni et aequi*, secondo l'antico brocardo.

Ma naturalmente anche le nuove proposte non possono sfuggire al destino della necessaria formalizzazione.

A me sembra a questo punto di poter dare, a partire dalla mia prospettiva di sociologia fenomenologica, un piccolo ulteriore contributo a questo processo di formalizzazione, che finora non mi appare pervenuto a un livello soddisfacente per il giurista, ma nemmeno per l'operatore sociale o sanitario coinvolto nella casistica.

Innanzitutto mi permetto di contestare l'opportunità di insistere, nel nostro caso, sul termine "interesse".

Esso ha una valenza irrimediabilmente soggettivistica (come del resto la passione, di cui abbiamo visto essere un derivato).

Tale valenza dà luogo ad ambiguità insormontabili, malgrado il patetico sforzo di chi ha coniato il termine "best interest", in cui il "best" pretenderebbe di superare la soggettività dell' "interest".

Insomma, dobbiamo attenerci a quello che l'interessato, e nessun altro, considera il suo interesse, o invece dobbiamo tener conto che si tratta di un bambino o di un adolescente, che il mondo degli adulti (genitori, magistrati e operatori sociali e sanitari) ha il dovere, il compito socialmente e quotidianamente ribadito di guidare verso le scelte per lui(lei) più appropriate?

A mio parere l'ambiguità si ridurrebbe se usassimo il termine "bene": tutti, sia i ragazzi che gli adulti, vogliamo il bene del minore.

Ma d'altra parte nessuno (né gli uni né gli altri) ha la palla di vetro, e quindi ci si deve astenere dall'immaginare questo bene in prospettiva.

Ma esiste un bene considerato tale da tutti, assolutamente attuale, ma anche foriero di decisivi benefici in prospettiva: l'identità.

Sappiamo bene che nella nostra epoca (da alcuni considerata di Basso Impero: ma anche se così fosse, suggerirei di toglierne la connotazione negativa, in quanto del tutto ideologica) la furia demistificatoria si è esercitata massicciamente anche sul concetto di identità.

C'è stato chi lo ha accusato di aver offerto una giustificazione ai conflitti identitari più sanguinosi, di natura etnica o religiosa (Remotti 2010): ma noi qui non parliamo di identità collettive, tema che lasciamo impregiudicato.

C'è stato chi ha messo in evidenza una frammentazione dell'identità individuale dovuta alla molteplicità e diversificazione degli ambienti e dei contesti in cui essa si esplica: privato-familiare, professionale, politico, religioso, sociale o altro (Elster et al 1991; Demetrio, Fabbri, Gherardi 1994): ma noi qui proprio da questo fenomeno partiamo per riaffermare l'importanza dell'identità.

E' certamente vero che il mondo moderno, con l'articolazione crescente delle istituzioni sociali attraverso cui ogni individuo deve transitare nella sua vita, provoca fenomeni complessi: Weber (1919) aveva parlato a questo proposito di *Entzuebung*, di disincantamento del mondo, mentre Berger (1974) di *Homeless Mind*.

Ma ambedue avevano continuato a far riferimento a un tipo di esperienza vissuta da ciascun attore individuale, non alla frammentazione di quest'ultimo.

Ma noi oggi parliamo non dell'identità come realtà ontica, data una volta per tutte. Già David Hume a suo tempo ne aveva negato l'esistenza, ma più recentemente Lévi-Strauss (1983) pur confermandone l'inesistenza ne ha sottolineato, tuttavia, la necessità.

E noi oggi ne parliamo come di un work in progress, di una costruzione e ricostruzione continua: si comincia con l'identificazione dell'infante con i membri del suo contesto abituale immediato (famiglia o altro), per poi passare nella pre-adolescenza all'identificazione col gruppo dei pari, e in successione a riconoscersi come membri, di volta in volta, dei differenti contesti con cui si entra in contatto: scuola di appartenenza, associazione giovanile, confessione religiosa, tifoseria, organizzazione politica, gang giovanile ecc.

Questo tipo di esperienza viene chiamato "identità per idem": lungi dal dar luogo a una frantumazione dell'identità, il riconoscersi membro di ciascuno di quei contesti conferisce materia, sostanza alla propria individualità.

La quale tende a sentirsi tanto più forte quanto più numerose e radicali sono le identificazioni con i vari contesti.

E' da questo processo che finisce per emergere l'esigenza di affermarsi come un essere unico e irripetibile, un ipse, in quanto sintesi specifica delle diverse identità per idem.

Quello che permette a ciascun individuo di passare dall'uno all'altro contesto di esperienza senza perdere la percezione di un'identità unificante è la memoria.

Ecco perché lo smemorato di Collegno era un individuo senza identità, mentre l'uomo comune si sforza quotidianamente di ricostruire la propria ricordando a se stesso e agli altri il proprio passato: un passato reinterpretato, ricucito rimuovendone delle parti e mettendone in evidenza altre, sì da rendere inattendibili le autobiografie come racconto storico, ma estremamente importanti invece come documenti dell'identità attuale dei loro autori.

Dovrebbe essere chiaro a questo punto che percepirsi come dotato di un'identità forte è una condizione imprescindibile per l'autostima e quindi per una presenza attiva e consapevole nel mondo.

Questo non garantisce nulla circa la direzione che quest'attività potrebbe prendere: si può avere un'identità fortissima ed essere tanto un capo-bastone della camorra quanto piuttosto un eroico combattente contro quest'ultima.

La forza dell'identità deriva dalla percezione da parte del soggetto interessato, confermata da quella dei suoi interlocutori abituali, del ruolo significativo che l'interessato svolge all'interno di uno, o di più d'uno, dei contesti identitari cui partecipa.

Il concetto di identità è decisivo per comprendere fenomeni come il bullismo e le violenze domestiche, e quindi in ultima analisi per realizzare una tutela effettiva e non arbitraria dell'interesse del minore, sia in sede giurisdizionale che nell'ambito dei servizi.

Il rapporto tra bullo e vittima è in fondo quello tra un attore dotato di forte autostima e che vuole affermare in maniera straripante, davanti a un pubblico di testimoni, la sua identità di sopraffattore, e un altro attore la cui autostima e quindi la cui identità rischia di essere fatta a pezzi.

Così come la violenza domestica è tale quando i comportamenti aggressivi vengono vissuti dalla vittima come lesivi della propria identità.

Basti pensare che i metodi educativi in uso nelle migliori famiglie e nei collegi aristocratici di un tempo sarebbero oggi oggetto di severe sanzioni penali: giustamente, perché oggi sarebbero vissuti come lesivi dell'identità dell'educando, mentre allora non lo erano.

Analogamente nelle culture popolari tradizionali le punizioni corporali inflitte dai mariti alle mogli per gelosia erano spesso vissute da queste ultime come testimonianze di amore e quindi rafforzamenti della propria identità.

Mentre oggi questo non avviene più perché il modello culturale dell'amore sentimentale non implica più la gelosia, almeno nella cultura della maggior parte della collettività.

Il criterio della tutela dell'identità del minore potrebbe quindi, a mio parere, guidare opportunamente le decisioni giurisdizionali, ma anche per altro verso le pratiche dei servizi, quando opportunamente si intenda perseguire l'interesse del minore.

3. Dunque l'identità, anche se sempre precariamente in fieri, o forse proprio per questo, è per ognuno di noi il bene più importante.

Quando ci rendiamo presentabili prima di uscire al mattino, stiamo cercando di tutelare la nostra identità attraverso la nostra immagine estetica.

Quando perseguiamo un successo professionale, o un'affermazione sociale, o una performance seduttiva, vogliamo rafforzare la nostra identità.

Quando ci scontriamo con qualcuno, sia nella sfera privata che in quella sociale, è la nostra identità a essere in questione.

Ma come abbiamo visto, il suo processo di formazione si svolge tutto attraverso relazioni con altri: genitori, parenti e amici, compagni, aggregazioni sociali, istituzioni. Sembra ovvio pertanto che se l'identità va tutelata come bene fondamentale anche le relazioni vadano tutelate.

E ciò vale in particolare per le persone in formazione. E qui entrano in campo i cosiddetti diritti relazionali.

Personalmente ho forti resistenze ad aggiungermi al coro dei sostenitori ( e degli inventori) di diritti che negli ultimi decenni hanno monopolizzato il dibattito di politica del diritto.

Trovo singolare che mentre si guarda con sospetto al concetto di diritto soggettivo, troppo legato alla *Begriffsjurisprudenz* e all'individualismo proprietario borghese, dall'altro lato si moltiplicano dei diritti che non sono né soggettivi né oggettivi e che assomigliano molto ai vetusti diritti naturali.

Penso per esempio al diritto al lavoro, alla casa, alla salute, allo studio, e oggi alle relazioni (quali? E perché solo quelle?), fino al ...diritto di avere diritti.

Ma forse, a ben guardare non è tanto strano, se si pensa che uno dei megatrend più riconoscibili in atto è quello alla disarticolazione (rottamazione?) dello stato moderno e al ritorno a forme di aggregazione socio-politico-giuridica di tipo pre-moderno. Non possiamo che prenderne atto.

In pratica però, la moltiplicazione dei diritti sembra contraddire la funzione precipua del diritto, giacché rischia di alimentare, anziché prevenire i conflitti. Ma tant'è! Anche questo faceva parte dell'esperienza giuridica pre-moderna.

Ma tornando ai diritti relazionali, sarà il caso di mettere preventivamente in chiaro cosa intendiamo per relazione. In generale, una relazione è uno scambio non occasionale di messaggi.

Uno scambio occasionale dà luogo a un rapporto; e i sociologi distinguono tra rapporti primari e secondari. Questi ultimi sono quelli caratterizzati da un'aspettativa di prestazione (per esempio, una visita medica) cui corrisponderà una controprestazione (pagamento del prezzo).

A questo punto il rapporto si conclude senza dar luogo automaticamente a una relazione, anche se nulla vieta che si riproduca in seguito. Nei rapporti primari invece non sono rilevanti la capacità di prestazione e di controprestazione, giacché gli attori entrano in rapporto per quello che sono, per la loro rispettiva identità più o meno definita (ma abbiamo visto che le identità sono sempre tutte in formazione).

Questi ultimi rapporti, quindi, nella misura in cui sono coltivati danno luogo a relazioni.

Una relazione è significativa quando i messaggi scambiati sono rilevanti per la vita complessiva dei membri coinvolti, e quindi per la costruzione della loro identità.

Un esempio chiarificatore può venire dall'esperienza del rapporto insegnante-alunno: un insegnante che entra in classe e coscienziosamente insegna i contenuti della sua disciplina, e quindi, dopo essersi accertato del livello di apprendimento degli alunni, se ne va, non ha istituito una relazione, bensì solo un rapporto professionale.

Uno invece che nella didattica mette in gioco la sua identità, il suo vissuto, il suo sistema di modelli culturali, costringe anche l'alunno a confrontarsi con la propria identità, e fa sì che i due attori si rapportino reciprocamente "faccia a faccia", istituendo una relazione (nella fattispecie, educativa).

La relazione non si istituisce solo con altri, ma anche con se stessi: è quest'ultima quella in cui le esperienze vissute vengono elaborate, confrontate con i propri modelli culturali e memorizzate in maniera da arricchire sia il proprio patrimonio di informazioni che quello di modelli culturali.

E' questo il momento che Goffman (1959) ha chiamato del "camerino": quello in cui l'attore si ritira dal proscenio per rifarsi metaforicamente il trucco e prepararsi a una nuova apparizione in scena.

E privare una persona delle sue relazioni più significative e del suo camerino equivale a devastare la sua identità:

il processo è stato studiato in modo definitivo dallo stesso Goffman in “Asylums” (1961) e da Hannah Arendt nelle “Origini del totalitarismo” (1951). Mentre l’insistenza sull’importanza di saper restare presso di sé (*bei sich bleiben*) ci rimanda agli insegnamenti di Martin Lutero.

“Chi sono io veramente?” E’ la domanda cui, di fatto, ci si può solo illudere di sfuggire: e molti adulti (è una mia personale esperienza) incorrono in quest’illusione, o meglio, in questo auto-inganno.

Ma una domanda a cui certamente non cercano di sfuggire i minorenni, assai meno disposti a ingannarsi. E la risposta cercano di dargliela attraverso le relazioni: da queste infatti gli vengono tutte le informazioni sul mondo e su come rapportarvisi, gli vengono suggeriti i modelli culturali.

Se il bambino costruisce insieme la sua identità, la sua immagine di sé, passando attraverso l’immagine del mondo che emerge dal suo vissuto.

E se l’una e l’altra immagine sono mediate dall’identificazione con le persone che compongono il suo contesto socio-affettivo, allora sottrarlo può apparire mostruoso

Ma noi sappiamo pure che successivamente, nell’adolescenza, per lui diventano centrali le relazioni col gruppo dei pari: sicché dovrebbe essere mostruoso anche sottrarlo a quest’ultimo.

Ma se quest’ultimo, o addirittura anche la famiglia stessa, sono di cattiva qualità, che dobbiamo fare? Se i modelli culturali suggeriti al ragazzo provengono da “cattivi compagni” o addirittura da una famiglia deviante, dobbiamo lasciare che si inceppi il meccanismo del controllo sociale? O dobbiamo violare i diritti relazionali del nostro ragazzo?

Il problema a questo punto il problema non è tanto che vuol dire “cattiva qualità” e chi stabilisce che sia cattiva. Sia gli operatori del diritto infatti, che quelli dei servizi sono tenuti a condividere (e nella schiacciante maggioranza dei casi di fatto condividono) i modelli culturali che stanno alla base dell’ordinamento giuridico e della convivenza collettiva.

E questo permette di stabilire abbastanza univocamente, anche se in maniera storicamente relativa, quali siano i cattivi insegnamenti.

Il problema diventa allora se, in nome di eventuale futuro pericolo di attacco al controllo sociale, sia lecito al giudice, ma anche all’operatore sociale, attaccare oggi l’identità del nostro ragazzo.

In altri termini, il problema diventa se in nome dell’ideologia della prevenzione (che comporterebbe allontanare il ragazzo dal suo attuale “mondo vitale” considerato pericoloso) sia lecito al giudice minorile (ma anche a quello per adulti) e all’assistente sociale arrecare un pregiudizio attuale all’identità del ragazzo.

Il pregiudizio potrebbe derivargli infatti dall’interrompere le sue relazioni significative (genitori, altri parenti, gruppo dei pari), con pericolo di disorientamento e di riduzione dell’autostima, con conseguente maggiore difficoltà a scegliere con consapevolezza la propria strada nella vita.

E' evidente che qui si contrappongono due visioni radicalmente contrapposte dei rapporti tra singolo e collettività. Da un lato sta quella, oggi più diffusa, che potrebbe definirsi paternalistica, o come credo sarebbe meglio chiamarla, maternalistica: per cui gli apparati di controllo sociale formale-verticale cercano di indurre forzosamente i cittadini considerati a rischio a imboccare la "retta via".

Dall'altro lato sta invece quella che chiama i cittadini ad assumersi la responsabilità del loro destino facendo leva su un'identità forte che sappia affrontare virilmente se del caso anche la repressione penale, ma contemporaneamente offrendogli una prospettiva credibile di vita ispirata ai modelli culturali condivisi dalla grande maggioranza della collettività.

Si dirà che questa strategia non è realistica se si cerca di applicarla in un contesto di grande disgregazione sociale e di marginalità diffusa.

Ma l'immediata risposta a questa obiezione è che l'altra strategia, quella maternalistica, in un contesto dello stesso genere ha infinitamente meno probabilità di conseguire risultati: come dimostra l'esperienza quotidiana di tutti gli addetti ai lavori.

D'altro canto bisogna tener conto che dietro l'ideologia maternalistica sopravvive *l'arrière-pensée* tipica del mondo moderno, che presuppone l'onnipotenza di chi rappresenta il potere.

Alludo all'idea prometeica per cui gli esseri umani in società, grazie al sapere, alla tecnologia e a leggi adeguate, possono e debbono risolvere qualunque problema: se non oggi, certamente in prospettiva.

Nella nostra età post-moderna invece dobbiamo assumere consapevolezza dei nostri limiti e dell'ineluttabile ruolo della fortuna nella distribuzione delle opportunità ai diversi individui.

Oggi parliamo di età secolare per alludere soprattutto al venir meno, sia a livello macro- che micro-sociale, della condivisione dei modelli, tranne forse quelli di pluralismo e tolleranza.

Nella società secolarizzata, pluralista e tollerante, in realtà non c'è modo di risolvere i problemi, a cominciare da quello di cui ci siamo occupati finora, in modo univoco e soddisfacente.

Dobbiamo dunque rinunciare sia alla giustizia che alla certezza, ossia a un trattamento uguale per tutti e condiviso?

In realtà il progresso anziché avvicinare ha allontanato queste mete: esso ci ha portato grande velocità del mutamento sociale, delegittimazione progressiva di tutte le gerarchie di valori tradizionali, globalizzazione e multiculturalismo.

Per quanto riguarda il nostro problema, i bambini e i ragazzi possono solo affidarsi alla fortuna: che la scelta fatta per il loro best interest alla lunga si riveli effettivamente la migliore.

Ma in fondo ci possiamo consolare pensando che questo vale per tutti i ragazzi, anche per quelli che non incappano nel circuito della giustizia e dei servizi.

CLAUDIA SANTORO

**ABSTRACT**

*Highlighting migrants cultural differences through the recognition of special "group rights", as the supporters of multiculturalism claim to do, often contrasts with the norm of gender equality which is recognized in Western States - at least formally. Indeed, it is not uncommon for cultures and religions which inspire minority groups to be rigidly patriarchal and discriminatory against women, who are victims of a series of cultural practices.*

*These practices, legitimated or merely tolerated in many of the countries which the migrants come from, amount to a crime in our legal system.*

*A clear example is the practice of female genital mutilation which, among the culturally motivated crimes with women as its victims – especially teenagers and children – is the one that has most animated the debate about multiculturalism in recent years.*

# **Società multiculturale e diritti delle donne. Le mutilazioni genitali femminili: da pratiche consuetudinarie a ipotesi di reato**

CLAUDIA SANTORO

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Femminismo vs multiculturalismo. La tesi di Susan Moller Okin e il Third World Feminism – 3. Le mutilazioni genitali femminili: origini e motivi delle pratiche – 4. La lotta alle mutilazioni. Dichiarazioni internazionali, provvedimenti europei e divieti nazionali – 5. La normativa italiana. Incongruenze dommatiche e carenze politico-criminali – 6. Rilievi conclusivi.

1. Il consistente incremento dei flussi migratori che recentemente ha coinvolto l'Italia ha determinato l'insediamento sul territorio nazionale di numerose comunità di migranti – ognuna con la propria cultura e le proprie tradizioni – desiderose di integrarsi e, al contempo, di preservare l'originaria identità<sup>1</sup>.

Al pari di quanto già avvenuto in altri Stati occidentali – si pensi agli Stati Uniti e al Canada, oppure, volendo restare nei confini europei, alla Francia e all'Inghilterra – l'immigrazione ha costretto anche il nostro Paese a confrontarsi con il fenomeno del pluralismo culturale e con il problema della convivenza tra culture.

Se, fino a pochi decenni fa, era normale attendersi che le minoranze immigrate si assimilassero alle culture degli Stati di accoglienza, oggi quest'aspettativa inizia ad essere considerata oppressiva nei confronti dei migranti e molti Paesi occidentali stanno cercando di dar vita a politiche nuove, in grado di rispondere più adeguatamente ai bisogni di affermazione identitaria manifestati dai nuovi arrivati.

Tali politiche, ispirate al “multiculturalismo”, hanno come scopo ultimo quello di valorizzare, dal punto di vista del diritto, le differenze culturali, attraverso il riconoscimento di speciali prerogative di gruppo alle comunità etniche minoritarie.

Tra le misure a cui i migranti aspirano quelle più diffuse riguardano la possibilità di fruire di un'istruzione che consenta loro di valorizzare la propria cultura, lingua o religione, per evitare che esse si estinguano o vengano dimenticate.

Un discorso a parte merita la considerazione, in termini giuridici, in ordine ai reati commessi sotto l'influsso della cultura d'origine: si tratta dei c.d. reati culturalmente motivati, cioè comportamenti considerati illeciti dall'ordinamento di accoglienza, ma approvati, tollerati, o addirittura imposti dalle norme culturali del gruppo etnico cui l'autore appartiene.

---

1. E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di A. BERNARDI, Ferrara, 2006, p.121.

2. C. GALLI, *Introduzione*, in AA.VV., *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, a cura di C. GALLI, Bologna, 2006, p.18.

Si pone cioè la questione della possibilità di beneficiare di un trattamento giuridico differente da quello normalmente accordato ai membri della società ospitante per la realizzazione dei medesimi fatti delittuosi<sup>3</sup>.

È soprattutto in relazione a quest'ultima rivendicazione che la discussione intorno al multiculturalismo diventa complessa ed articolata, generando un ampio dibattito, e non solo giuspenalistico, coinvolgendo anche l'opinione pubblica.

La predisposizione di politiche multiculturali in ambito penale, infatti, si traduce nel riconoscimento e nell'approvazione di pratiche spesso lesive dei diritti fondamentali della persona, che negli ordinamenti occidentali sono generalmente punite.

Pensiamo alla violenza sessuale a danno della propria moglie, ai matrimoni precoci e/o combinati, ai maltrattamenti in famiglia o alle mutilazioni genitali femminili: si tratta di consuetudini che in molti dei Paesi da cui i migranti provengono sono profondamente radicate o perlopiù considerate lecite, in quanto fondate su precise norme culturali che si tramandano da generazioni e che sono ritenute più vincolanti della stessa legge positiva.

Com'è noto, queste sono pratiche ed usanze che nel nostro contesto ordinamentale configurano delle ipotesi di reato.

Di fronte a tali tipologie di illecito, il problema è stabilire fino a che punto il sistema penale può ritrarsi per consentire alle nuove comunità la libera esplicazione della propria identità culturale, se è giusto che si ritragga o se non debba, piuttosto, reagire con maggiore forza per debellare le pratiche più "terribili" o, ancora, se esso sia lo strumento di tutela più efficace.

La questione si complica ulteriormente non appena ci si rende conto che le istanze delle minoranze spesso collidono anche con la norma dell'uguaglianza di genere che, almeno formalmente, è valorizzata negli ordinamenti liberal-solidaristici.

Non è raro, infatti, che le culture e le religioni a cui si ispirano i gruppi di minoranza siano rigidamente patriarcali e considerino le donne come esseri inferiori, subordinate per atavica tradizione all'autorità maschile, che consente di limitarne la libertà di autodeterminazione.

È su questo punto della discussione che il modello multiculturale si scontra con le aspirazioni di emancipazione femminile ormai fortemente radicate nelle società occidentali, frutto di una risalente lotta di civiltà.

---

3. In argomento, cfr. innanzitutto le seguenti trattazioni monografiche: F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano, 2010; A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010; A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, Pisa, 2010; C. GRANDI, *Fattore culturale e responsabilità penale*, Milano, 2008; A. MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignorantia legis e coscienza dell'offesa*, Roma, 2012.

In questo lavoro cercheremo di analizzare brevemente le prospettive di entrambi i movimenti – multiculturalismo e femminismo – in ordine al problema della tutela delle differenze e di evidenziare come, per addivenire ad una soluzione soddisfacente, sia indispensabile sgombrare il campo da ogni preconcetto che possa indurci a preferire acriticamente l'una o l'altra posizione teorica e di quanto sia necessaria un'interazione tra i due diversi ordini di idee.

Ci soffermeremo, poi, sulla pratica delle mutilazioni genitali femminili: essa fra i reati di matrice culturale che vedono le donne – principalmente adolescenti e bambine – come vittime, è quella che più ha animato la discussione sul multiculturalismo negli ultimi anni.

Com'è stato opportunamente sottolineato, «nelle società polietniche contemporanee questa consuetudine rappresenta uno dei casi più complessi di pluralismo normativo, forse il più complesso, al confronto con il quale si verificano le difficoltà dei modelli di convivenza multiculturale<sup>4</sup>».

2. Femminismo e multiculturalismo sono apparsi per lungo tempo alleati<sup>5</sup>, ma alla fine degli anni Novanta del secolo scorso, la filosofa politica Susan Moller Okin<sup>6</sup> coglie per prima la tensione tra i due movimenti<sup>7</sup>, accusando il multiculturalismo di non considerare adeguatamente le differenze di genere presenti all'interno dei gruppi che chiedono il riconoscimento giuridico della propria diversità culturale.

«La maggior parte delle culture è attraversata da pratiche e ideologie che hanno a che fare con il genere»<sup>8</sup> (...) «supponiamo che una cultura appoggi e favorisca in vari modi il controllo degli uomini sulle donne (magari in maniera informale, nella sfera privata della vita domestica).

Supponiamo inoltre che ci siano disparità di potere piuttosto evidenti tra i sessi, e che, di conseguenza, siano i membri più potenti – cioè gli uomini – a occupare generalmente una posizione in grado di determinare le convinzioni, le pratiche e gli interessi del gruppo.

In queste condizioni i diritti di gruppo sono potenzialmente – e, in molti casi, di fatto – antifemministi»<sup>9</sup>.

---

4. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, 2001, p. 79.

5. A. FACCHI, *op. loc. cit.*, p. 132.

6. S. M. OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?*, in AA. VV., *Diritti delle donne e multiculturalismo*, ed. italiana a cura di A. BESUSSI e A. FACCHI, Milano, 2007, p. 3 ss.

7. Per femminismo OKIN intende la convinzione che le donne non dovrebbero essere svantaggiate a causa del loro sesso, che andrebbe riconosciuta loro la stessa dignità degli uomini e dovrebbero avere la stessa opportunità degli uomini di vivere una vita gratificante e liberamente scelta. S. M. OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?*, *cit.*, p. 5.

8. S. M. OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?*, *cit.*, p.6.

9. S. M. OKIN, *op. loc. cit.*, p.7.

E' I fautori dei diritti di gruppo per le minoranze trascurano, secondo Okin, il fatto che la maggior parte delle culture che richiedono protezione discriminano le donne, oppure sono fondate su religioni monoteiste che collocano la donna in una posizione di subordinazione rispetto all'uomo<sup>10</sup>.

Tali culture e religioni hanno elaborato rituali, usanze matrimoniali e pratiche culturali che mirano a porre le donne sotto il controllo degli uomini.

Le comunità che praticano alcune delle più discusse usanze di questo tipo – clitoridectomia, poligamia, matrimoni in età infantile o altre forme di matrimoni imposti – le difendono esplicitamente proprio perché necessarie a controllare le donne, e ammettono senza troppe riserve che simili consuetudini continuano ad esistere su insistente richiesta degli uomini.

In un'intervista rilasciata al *New York Times* nel 1996, ad esempio, alcuni cittadini di Costa d'Avorio e Togo hanno spiegato che la clitoridectomia "contribuisce a garantire la verginità delle ragazze prima del matrimonio e la fedeltà in seguito, riducendo il sesso ad un obbligo coniugale"<sup>11</sup>.

In Egitto, dove un tribunale ha stravolto il senso della legge che vietava l'asportazione del clitoride, i difensori di tale pratica hanno affermato che "tiene a freno l'appetito sessuale delle ragazze e aumenta le loro possibilità di trovare marito"<sup>12</sup>.

Tutte le culture del pianeta hanno un passato patriarcale, ma alcune, specialmente quelle liberali dell'Occidente, grazie soprattutto ai movimenti femministi che si sono battuti per l'eliminazione delle discriminazioni di genere, se ne sono allontanate più di altre.

Memori delle lunghe lotte per l'affermazione dei loro diritti, le femministe occidentali, attraverso la voce di Okin, si chiedono per quale ragione una donna appartenente ad una cultura fortemente sessista quando arriva in Europa o negli Stati Uniti dovrebbe essere meno protetta dalla violenza maschile di quanto lo siano le altre donne; tale considerazione, a parer loro, basterebbe per negare qualsiasi legittimazione ai diritti di gruppo e quindi alle politiche multiculturali.

---

10. Prendiamo, per esempio, i miti fondativi dell'antichità greca e romana, dell'ebraismo, del cristianesimo e dell'Islam: abbondano i tentativi di giustificare il controllo e la subordinazione delle donne. Queste ultime, infatti, ci vengono rappresentate come persone eccessivamente emotive, maligne o sessualmente pericolose. Pensiamo ad Atena, nata dalla testa di Zeus, a Romolo e Remo, allevati senza una madre umana. O ad Adamo, creato da Dio di sesso maschile, che successivamente (almeno secondo una delle versioni bibliche più accreditate) ha generato Eva da una parte di Adamo. Prendiamo poi la storia di Abramo, un punto di svolta cruciale nell'evoluzione del monoteismo. Dio ordina ad Abramo di sacrificare suo figlio. Abramo si prepara a fare esattamente ciò che Dio gli chiede, senza nemmeno informare, né tanto meno interpellare la madre di Isacco, Sara. Così, S. M. OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?*, cit., p. 9.

11. *New York Times*, 5 ottobre 1996.

12. *New York Times*, 26 giugno 1997.

La circostanza che le rivendicazioni delle comunità di minoranza riguardano principalmente il genere, prosegue Okin, emerge anche nei processi penali.

Pensiamo alle “difese culturali”<sup>13</sup> frequentemente invocate dagli imputati nei processi penali per alleggerire la propria posizione: risulta molto frequente il ricorso all’argomento secondo cui, nel gruppo culturale di appartenenza, le donne non sono esseri umani dello stesso valore degli uomini, quanto piuttosto soggetti subordinati, il cui principale compito è quello di servire gli uomini nella sfera sessuale e domestica. Gli esempi più emblematici si rinvengono nelle cause penali americane, dove le difese culturali hanno avuto successo in tre tipi di casi: 1) sequestro e stupro commessi da uomini delle tribù hmong (Laos), i quali hanno sostenuto che i loro comportamenti sono giustificati dalla pratica culturale del “matrimonio per rapimento”<sup>14</sup>; 2) uxoricidio commesso da immigrati asiatici o mediorientali le cui mogli hanno commesso adulterio<sup>15</sup>;

---

13. Okin si riferisce all’istituto anglosassone delle *cultural defenses* (esimenti culturali), in virtù delle quali la commissione di taluni illeciti penali, se “culturalmente motivata”, può portare, a seconda dei casi, all’esclusione o alla diminuzione della responsabilità penale. Attraverso la *cultural defense* l’illecito viene giudicato alla luce della particolare condizione culturale del soggetto attivo, che in taluni casi può escludere la presenza dell’elemento soggettivo necessario ai fini della configurazione del reato o può suggerire l’attenuazione delle sanzioni che a quest’ultimo dovrebbero di regola conseguire. Più frequentemente la *defense* opera in funzione di mera mitigazione della pena (*mitigating defense*) anziché alla stregua di una vera e propria esimente, come dimostra la derubricazione di molti omicidi di primo grado in omicidi di secondo grado nei casi in cui la commissione del fatto è stata favorita dalle particolari regole della minoranza etnica cui l’autore apparteneva. Per un’analisi critica dell’istituto, C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, Pisa, 2010, p.103 ss.; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano, 2010, p.262 ss.; L. MONTICELLI, *Le “cultural defenses” (esimenti culturali) e i reati “culturalmente orientati”*. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale, in *Ind. pen.* 2003, 535 ss.; P. GILOTTA, *Multiculturalismo e diritto penale nell’esperienza canadese e statunitense. Spunti per una riflessione sul tema della cultural defense*, in AA.VV., *Cultura, culture e diritto penale*. Atti del convegno svoltosi a Bologna il 12 dicembre 2011, a cura di L. STORTONI - S. TORDINI CAGLI, Bologna, 2012, p. 45 ss.

14. Il riferimento è al caso *People v. Moua*, No. 315972-0 (*Fresno Country 1985*). Nel 1985, un rifugiato laotiano di 21 anni viene imputato di sequestro di persona e violenza sessuale a danno della fidanzata, anch’ella di origine laotiana, per aver realizzato una forma di “matrimonio per rapimento”, tipico della loro tradizione. Il giovane rapisce la ragazza con l’aiuto di due amici e la porta nell’abitazione di un suo cugino, dove la costringe ad avere un rapporto sessuale. Secondo un’antica tradizione hmong questo è il rito che consente agli uomini di attuare questo tipo di matrimonio, che viene considerato una fuga d’amore. Il rituale è molto preciso: il rapimento deve essere preceduto da un corteggiamento autorizzato dalla famiglia della ragazza; il giorno del matrimonio l’uomo deve condurre la promessa sposa nella sua casa e lì consumare le nozze. La tradizione hmong richiede che la donna opponga una falsa resistenza, che si rifiuti con la parola e con i fatti, dimostrando così la propria verginità. Nonostante le ritrosie della sua donna, però, l’uomo non deve desistere, perché deve apparire forte e virile. Terminato il cerimoniale, la donna non potrà più unirsi in matrimonio ad un altro membro della comunità di appartenenza. Nel caso di specie le cose vanno diversamente: la ragazza di Moua oppone una resistenza autentica e lo denuncia. Al processo il giovane si difende invocando la sua buona fede: era convinto che tutto si fosse svolto secondo i dettami della propria tradizione culturale. La versione di Moua viene accettata dalla Corte, che riduce l’imputazione da *rape* a *false imprisonment* ricorrendo alla disciplina dell’errore di fatto. L’imputato viene condannato alla pena detentiva di 120 giorni e alla pena pecuniaria di 1000 dollari, di cui 900 versati alla vittima a titolo di risarcimento. La vicenda è approfonditamente commentata da C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p.84.

15. Okin si riferisce al caso *People v. Chen*, No 87-7774 (*Sup. Ct. N. Y. Country, Dec. 2, 1998*). Nel settembre 1987 Dong Lu Chen, un cinese immigrato a New York da poco più di un anno, uccide a martellate la moglie, dopo che questa gli confessa di avere una relazione extraconiugale. Viene ritenuto colpevole di omicidio di secondo grado e non di omicidio volontario: i giudici accolgono i rilevi difensivi fondati sulla cultura d’origine dell’imputato. Il caso *Chen* è diffusamente analizzato da C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 81.

3) madri giapponesi che hanno ucciso i propri figli e hanno poi tentato il suicidio: esse hanno affermato che, a causa del loro retroterra culturale, la vergogna per l'infedeltà del marito le ha spinte a tale gesto, culturalmente approvato<sup>16</sup>.

In questi casi, la testimonianza dei periti sul retroterra culturale degli imputati ha portato alla caduta dei capi d'accusa o a significative riduzioni della pena.

Negli esempi riportati gli imputati non sono sempre uomini, né le vittime sempre donne. Ad esempio, nel caso 3) le difese culturali hanno operato a favore di un'immigrata giapponese – derubricazione da omicidio di primo grado a omicidio di secondo grado – che aveva annegato i figli e tentato lei stessa di annegarsi per rimediare al disonore che il tradimento del marito aveva arrecato alla sua famiglia.

Ma, a bene vedere, anche questa vicenda veicola lo stesso messaggio culturale delle altre: le donne sono subordinate agli uomini, dovendo sobbarcarsi anche la responsabilità e la vergogna per ogni deviazione dalla monogamia: indipendentemente da chi porti la colpa dell'infedeltà, è comunque la moglie a subirne le conseguenze<sup>17</sup>.

Nonostante attraverso questi casi Okin fornisca la prova tangibile dell'esistenza di alcune pratiche culturali volte a controllare le donne, nessuno dei più autorevoli difensori dei diritti multiculturali di gruppo ha affrontato le problematiche relazioni tra genere e cultura, o i punti di frizione tra femminismo e multiculturalismo.

Da questo punto di vista, l'analisi del filosofo canadese Will Kymlicka – uno dei maggiori teorici del multiculturalismo – è emblematica<sup>18</sup>.

Benché l'Autore riservi diritti speciali e privilegi soltanto a quelle minoranze che garantiscono ai propri membri i diritti fondamentali, senza discriminare in base al sesso, alla razza o alle preferenze sessuali, tuttavia egli trascura il dato secondo cui gli squilibri e le disuguaglianze interne, pur se formalmente vietate, restano confinate nella sfera privata e domestica.

L'esempio paradigmatico a supporto di questa tesi ce lo fornisce la stessa Okin: si tratta di un episodio accaduto negli Stati Uniti.

---

16. La vicenda è riportata sempre in C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 79. Si tratta del noto caso *People v. Kimura, Case No A-091133 (Cal. Sup. Ct. 1985)*. L'Autrice mette in evidenza come in quest'occasione è stata fondamentale la petizione siglata da 25.000 giapponesi residenti negli Stati Uniti, i quali hanno chiesto un trattamento sanzionatorio più mite per l'imputata. La petizione esordisce sottolineando come "la cultura giapponese abbia tradizionalmente mantenuto un grande rispetto per l'autorità e per la legge americana (...) com'è dimostrato dalla basse percentuale di reati commessi dai suoi membri" (...) Il comportamento di Fumiko Kimura è "il risultato di profondi problemi mentali ed emozionali, aggravati dallo stress familiare e dall'isolamento sociale" (...) "le radici della sua cultura giapponese hanno diretto il suo problematico comportamento". Anche in questo caso l'imputazione è ridotta da *murder a involuntary manslaughter*.

17. S. M. OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?*, cit., p. 16.

18. Dato il fatto della diversità culturale, l'idea di Kymlicka è che sia possibile coniugare i principi di libertà individuale, democrazia e giustizia sociale, con le rivendicazioni multiculturali dell'appartenenza di gruppo. I tradizionali diritti umani ed individuali, sostiene il filosofo canadese, si sono dimostrati insufficienti nella tutela delle minoranze; infatti, essi non danno risposte a molte delle loro richieste, quindi è necessario riconoscere, accanto a questi, anche altri diritti che conferiscano rilevanza all'appartenenza ad un gruppo specifico. Per un maggiore approfondimento delle tesi di Will Kymlicka, si rinvia a W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995, trad. it. a cura di G. Gasperoni, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999.

Due immigrati iracheni fanno sposare le proprie figlie minorenni a uomini molto più grandi, ma una delle due scappa insieme al suo ragazzo ventenne e il padre è costretto a chiedere aiuto alla polizia per ritrovarla<sup>19</sup>.

In questo caso è palese che se il genitore non si fosse rivolto alla polizia per ritrovare la figlia, la situazione delle bambine probabilmente non sarebbe mai balzata all'attenzione delle istituzioni pubbliche.

Ragion per cui la previsione di 'statuti speciali' per talune minoranze culturali potrebbe violare la dignità delle donne appartenenti a quei gruppi, poiché in insana-ibile contrasto con le pretese universalistiche di rispetto della civiltà post illuministica occidentale. Se l'istituzione di 'diritti di gruppo' deve avere come fine ultimo la promozione del benessere dei componenti di queste comunità, non è giustificato presumere che «i sedicenti leader dei gruppi (immancabilmente costituiti perlopiù dai maschi e più anziani) rappresentino gli interessi dei loro membri»<sup>20</sup>.

Quindi, intanto potranno essere concessi diritti speciali alle minoranze, secondo Okin, se le donne saranno pienamente ed equamente rappresentate nelle negoziazioni sui "diritti di gruppo".

Seppur per certi aspetti condivisibile – soprattutto la proposta di coinvolgere le donne nel dibattito pubblico in ordine alla concessione di diritti speciali alle minoranze – la posizione di Okin a tratti sembra troppo estremista, poiché guarda le compagini minoritarie soltanto attraverso la lente della cultura occidentale e questo modo di ragionare può portare a giudicare oppressiva e discriminatoria anche una norma o una pratica sociale che i soggetti interessati non vivono come tale. Non sempre, infatti, le donne che ne sono destinatarie la considerano una forma di oppressione o di discriminazione sessuale<sup>21</sup>.

In numerose occasioni, ad esempio, le donne musulmane hanno mostrato irritazione verso l'atteggiamento paternalista che caratterizza spesso la cultura occidentale, facendo notare come la diffusione dell'immagine stereotipata della donna islamica oppressa da una religione che le impone, ad esempio, di portare il velo o di rimanere illibata fino al giorno delle nozze, dimostri superficialità e pregiudizi. In altri termini, «esse chiedono che non gli venga imposto di scegliere tra essere una donna che conosce e che lotta per i propri diritti ed essere una musulmana praticante»<sup>22</sup>.

Nei Paesi islamici i movimenti femministi non sono sempre in contrapposizione con la religione: esistono delle associazioni femministe che mirano a modificare le condizioni delle donne muovendosi all'interno delle istituzioni islamiche e proponendo una reinterpretazione dei testi sacri<sup>23</sup>.

---

19. *New York Times*, 2 dicembre 1996.

20. S. M. OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?*, cit., p. 22.

21. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 136.

22. A. FACCHI, *op. loc. cit.*, p. 137.

23. F. MERNISSI, *The Veil and the Male Elite: a Feminist interpretation of women's Human Rights in Islam*, Addison-Wesley Pub, 1991.

E' A criticare il femminismo "ottuso" dell'Occidente è intervenuto anche il movimento femminista sorto nei paesi cosiddetti in via di sviluppo, il *Third World Feminism*<sup>24</sup>, per il quale le priorità sono altre.

Più che combattere la disuguaglianza di genere, esso lotta contro l'oppressione economica e sociale, mira a difendere le tradizioni culturali della varie comunità contro l'imperialismo culturale occidentale, compreso quello femminista<sup>25</sup>, ed evidenzia la necessità di prendere atto della pluralità di fattori che, oltre al genere, influenzano la vita delle donne e ne sollecitano l'impegno su campi distinti, anche se interdipendenti: sessismo, razzismo, post-colonialismo, povertà, globalizzazione e nazionalismo<sup>26</sup>.

L'intento, dunque, è di liberarsi da facili generalizzazioni sul genere e sull'esperienza femminile e considerare attentamente le differenti posizioni socio-culturali da cui le donne partono e che possono diversificarne sensibilmente le battaglie<sup>27</sup>.

Se il femminismo occidentale rimprovera al multiculturalismo di offuscare o vanificare la sua lotta contro la disuguaglianza di genere, il multiculturalismo e il *Third World Feminism* parimenti rimproverano il femminismo dell'Occidente di essere indifferente ai problemi relativi alla differenza culturale.

Una visione dei diritti femminili filtrata soltanto attraverso il metro di giudizio della cultura occidentale, infatti, può spesso contrastare con le richieste delle donne immigrate e perfino tradursi in un peggioramento concreto della loro vita.

È quanto si è verificato, ad esempio, negli Stati occidentali che hanno incriminato le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili.

Come avremo modo di spiegare nel corso della trattazione, la criminalizzazione anziché sortire l'effetto di ridurre il fenomeno, al contrario, ne ha favorito la clandestinità, con ulteriori incidenze negative sulle vittime, come dimostra la circostanza che nei Paesi che si sono dotati di norme ad hoc per contrastare le pratiche il numero dei casi finiti nelle aule giudiziarie è pressoché pari a zero.

---

24. Per un approfondimento sul tema, AA.VV., *Third World Women and Politics of Feminism*, a cura di C. T. MOHANTY - A. RUSSO - L. TORRES, Indiana University Press, Bloomington, 1991.

25. A. FACCHI, *op. loc. cit.*, p. 136.

26. E. OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, Roma, 2006, p. 170.

27. Il confronto tra l'universalizzazione dei diritti delle donne sostenuta dal femminismo omologante dell'Occidente e la pretesa avanzata da molte esponenti femministe asiatiche e africane di adattarli alle situazioni concrete, salvaguardando le proprie tradizioni, è stato, peraltro, anche al centro del dibattito nella Conferenza mondiale sulle donne tenutasi a Pechino nel 1995. Sul punto, L. A. OBIORA, *Feminism, Globalization, and Culture: After Beijing*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1997, 4, 354-406.

3. Con l'espressione "mutilazioni genitali femminili" ci si riferisce ad un insieme di antiche pratiche diffuse in molti Paesi africani ed asiatici che, secondo l'Organizzazione mondiale della sanità, consistono nella rimozione totale o parziale dei genitali femminili esterni<sup>28</sup>.

Gli interventi vengono solitamente distinti in quattro tipi: 1) l'escissione del prepuzio, con o senza escissione parziale o totale del clitoride (circoncisione); 2) l'escissione del prepuzio e del clitoride con escissione totale o parziale delle piccole labbra (che è la pratica più comune); 3) l'escissione totale o parziale dei genitali esterni con cucitura e restringimento dell'introito vaginale, ridotto a pochi millimetri (infibulazione o circoncisione faraonica), che è la forma più cruenta e grave; 4) le mutilazioni genitali femminili non rientranti nei precedenti tipi e consistenti nella puntura, trafittura o incisione del clitoride e/o delle piccole labbra; nella cauterizzazione per ustione del clitoride o dei tessuti circostanti, nella raschiatura dell'orifizio vaginale (tagli ad anguria) o del taglio della vagina; nell'introduzione di sostanze corrosive nella vagina per causare sanguinamento.

Generalmente gli interventi vengono effettuati senza anestesia, in condizioni igieniche precarie, con strumenti chirurgici rudimentali<sup>30</sup> e da donne specializzate addette a queste operazioni, che godono di un particolare status all'interno della comunità. Dalle testimonianze e dalle documentazioni raccolte, si evince che gli interventi possono provocare profonde sofferenze fisiche e psichiche, sia a breve che a lungo termine: emorragie, infezioni alle vie urinarie, incontinenza, infezioni pelviche, incapacità di completare il rapporto sessuale, formazioni di cisti e calcoli, ansia, depressione, frigidità, psicosi<sup>31</sup>. Si tratta di effetti devastanti, anche se, pare, solo *possibili*.

A seconda delle popolazioni l'escissione viene effettuata in differenti momenti della vita – che vanno da pochi giorni dalla nascita, fino all'adolescenza, ma più frequentemente tra i tre e gli otto anni – e a ciascuno di essi corrisponde un diverso significato della pratica.

L'infibulazione è molto meno diffusa dell'escissione: viene praticata in Somalia, in parte dell'Etiopia e del Sudan e in poche zone del Ciad, dell'Egitto e di Gibuti.

---

28. Numerosi giuristi che si sono occupati del fenomeno hanno sottolineato come il termine "mutilazioni" non è propriamente corretto, perché da un lato riassume interventi ablatori tra loro diversi per entità e intensità; dall'altro reca in sé già un'implicita ed arrogante condanna, inibendo qualsiasi confronto con le comunità che le eseguono. Preferiscono, perciò, adottare l'espressione più neutra di "escissione femminile". Per tutti, E. OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, cit., p.160; A. FACCHI, *L'escissione: un caso giudiziario*, in *Soc. dir.*, 1992, 112; ID., *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 78.

29. La classificazione è stata effettuata dall'Organizzazione mondiale della sanità ed è reperibile sul sito internet [www.who.it](http://www.who.it)

30. C. DE MAGLIE, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 38.

31. Sul punto, per tutti, LA MONACA – AUSANIA – SCASSELATI SFORZOLINI, *Le mutilazioni genitali femminili. Aspetti socio-antropologici, giuridici e medico-legali e contributo casistico*, in *Riv. it. dir. med. leg.*, 2004, 649 ss.

E' L'escissione, nelle sue varie forme, invece, è praticata nei territori restanti di questi paesi e in altri dell'Africa centrale, compresi il Sahara e la foresta equatoriale, in quelli della parte meridionale della penisola arabica e in Indonesia, Malesia e Sri Lanka, per un totale di almeno 28 Paesi.

Il numero di donne e di bambine escisse è stimato in 135 milioni e ogni anno nel mondo le bambine e le ragazze che rischiano di subire l'escissione sono circa 2 milioni (6.000 al giorno)<sup>32</sup>.

Le mutilazioni genitali femminili, contrariamente a quanto si ritiene, non hanno fondamento nella religione islamica, anzi, sono antecedenti all'Islam e la maggior parte dei musulmani non le pratica.

Tuttavia, nel corso dei secoli questa consuetudine ha acquisito una dimensione religiosa e le popolazioni di fede islamica che le effettuano adducano come motivo la religione.

Il Corano non parla delle escissioni rituali, esistono solo alcuni hadith (detti attribuiti al Profeta) che vi fanno cenno.

In uno di essi si racconta che Maometto, vedendo effettuare uno degli interventi ablatori, abbia detto alla donna che lo praticava: «Quando incidi non esagerare, così facendo il suo viso sarà splendente e il marito sarà estasiato».

L'escissione viene praticata anche da cattolici, protestanti, animisti, copti e falasha (ebrei etiopi) nei vari Paesi interessati<sup>33</sup>. Le motivazioni che stanno alla base delle pratiche sono le più svariate<sup>34</sup>.

Nel caso dell'infibulazione, vi è l'intento di controllare la sessualità femminile, cioè preservare la verginità e la fedeltà matrimoniale: nelle comunità in cui viene effettuata è profondamente radicata la convinzione che essa riduca il desiderio sessuale. Nel caso degli altri tipi di escissione la questione è più complessa: non sempre si tratta di strumenti volti alla riduzione del desiderio o del piacere femminile, anzi, ad essi si ricollegano significati simbolici totalmente opposti.

Dalle indagini svolte da Amnesty International risulta che frequentemente l'escissione segna il passaggio dall'infanzia alla pubertà, rimarcando la specificità femminile della giovane a cui viene praticata.

Il momento dell'intervento è un momento centrale nella crescita della bambina e generalmente è accompagnato da cerimonie e festeggiamenti rituali. In molte popolazioni è assai diffusa la credenza che l'individuo non circonciso – spesso le comunità che praticano l'escissione effettuano anche la circoncisione maschile – non sia né maschio né femmina<sup>35</sup>;

---

32. I dati sono stati forniti da Amnesty International e sono reperibili sul sito [www.amnesty.it](http://www.amnesty.it)

33. Vedi ancora [www.amnesty.it](http://www.amnesty.it)

34. Sui vari significati della pratica, A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., pp.80-84; ID., *Immigrati, diritti e conflitti. Saggi sul pluralismo normativo*, Bologna, 1999, p. 43 ss.; L. BELLUCCI, *Immigrazione, escissione e diritto in Francia*, in *Soc. dir.*, 2006, 185 ss.

35. Sul punto, M. GRIAULE, *Dio d'acqua*, Milano, 1968, p. 185 ss.

E' il clitoride è considerato un organo maschile, che impedisce la piena realizzazione dell'identità femminile, per cui «l'indifferenziazione originaria della natura va superata attraverso l'intervento della cultura<sup>36</sup>». In altri contesti sociali, invece, l'escissione è praticata per motivi igienici o estetici: si ritiene che i genitali femminili siano "sporchi" oppure che possano continuare a crescere fino a pendere tra le gambe se il clitoride non viene reciso.

Alcuni gruppi credono addirittura che il contatto del clitoride con il pene di un uomo ne possa causare la morte; altri che se il clitoride toccasse la testa del neonato durante il parto, esso morirebbe. Non rari, infine, sono i casi in cui l'escissione è praticata per identificare i membri della comunità, svolgendo la funzione di stabilire chi ne fa parte e di preservare l'identità culturale del gruppo.

Tutte le ragioni sottese alle varie forme di mutilazione dimostrano come la pressione sociale affinché esse vengano rispettate sia notevole, tanto da «amplificarne la deferenza soggettiva ben al di là della tradizionale vita comunitaria<sup>37</sup>»; la volontà di perpetrare le pratiche è difatti comprovata dalla diffusione dell'escissione anche tra le donne immigrate che, sebbene lontane dalla comunità di provenienza, continuano ad avvertire il peso della sanzione sociale che conseguirebbe alla mancata sottoposizione delle loro figlie all'intervento.

Alla stretta sociale, però, non sempre si accompagna un atteggiamento di passiva accettazione da parte delle donne, anzi, spesso esse mostrano una chiara e consapevole volontà di conformarsi alla tradizione. Negli ultimi anni, infatti, molte femministe africane si sono mostrate quanto mai ostili verso le strategie poste in essere dai Paesi occidentali per combattere le mutilazioni, rimproverandoli di ricorrere esclusivamente all'ausilio dello strumento penale e definendo gli interventi eccessivamente eurocentrici e paternalistici<sup>38</sup>.

In un'inchiesta condotta in Francia nel 1989-90, delle quaranta immigrate dell'etnia Soninkè intervistate, ben tredici hanno risposto che la pratica dell'escissione va effettuata perché questa è la tradizione e che non se la sentono di assumersi la responsabilità che le figlie non si sposino<sup>39</sup>.

4. L'impegno internazionale volto a sradicare le mutilazioni genitali femminili ha una lunga storia, ma è solo in questo secolo, grazie anche alla crescente pressione delle organizzazioni femminili africane, che l'attenzione verso il fenomeno è nettamente cresciuta. La Commissione sui Diritti Umani delle Nazioni Unite sollevò il problema delle mutilazioni genitali femminili nel 1952 e la questione fu a lungo oggetto di studi e dibattiti.

---

36. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 83.

37. E. OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, cit., p. 164.

38. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 84.

39. A. FACCHI, *op. loc. cit.*, p. 85.

Finalmente, nel 1984 l'ONU creò a Dakar un "Comitato interafricano sulle pratiche tradizionali pregiudizievoli per la salute delle donne e dei bambini" (IAC). L'obiettivo principale del Comitato era dar vita a campagne di sensibilizzazione e formazione per attivisti locali, levatrici e membri autorevoli delle comunità autoctone. La Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, all'art. 24, impose agli Stati membri di adottare "misure effettive ed appropriate ad abolire i costumi che sono pericolosi per la salute del bambino".

A partire dagli anni '90, le mutilazioni genitali femminili sono state riconosciute dalla comunità internazionale come una grave violazione dei diritti delle donne e delle bambine. Nella Dichiarazione sulla violenza contro le donne del 1993, esse vennero dichiarate una forma di violenza nei confronti della donna e nel 1994 la collaborazione tra le agenzie dell'ONU e le ONG (Organizzazioni non governative) portò al varo di un Piano di azione per eliminare le pratiche tradizionali pregiudizievoli per la salute delle donne e delle bambine.

Questa intenzione venne poi riaffermata con la Conferenza di Pechino nel 1995. Nel settembre 1997 lo IAC tenne un convegno per giuristi nella sede dell'Organizzazione per l'Unità Africana (OUA) ad Addis Abeba e venne firmata la Carta di Addis Abeba, un documento che chiede a tutti i governi africani di adoperarsi per sradicare (o drasticamente ridurre) le mutilazioni genitali femminili entro il 2005.

È stato tuttavia il Protocollo della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (c.d. Protocollo di Maputo) del 2003 a prevedere la più esplicita richiesta agli Stati di proibire pratiche dannose nei confronti delle donne<sup>40</sup>.

All'art. 5, infatti, le mutilazioni genitali femminili vengono espressamente condannate come violazione dei diritti umani, impegnando gli Stati che hanno ratificato il Protocollo alla previsione di sanzioni penali<sup>41</sup>.

A livello europeo, oltre alle Raccomandazioni del Consiglio d'Europa n.1371/1998 concernente i "Maltrattamenti inflitti ai fanciulli" e n. 1450/2000, relativa alla "Violenza contro le donne in Europa", decisiva è stata la Risoluzione del Parlamento europeo n. 2035/2001, con la quale si è chiesto agli Stati membri di "considerare qualunque forma di mutilazione genitale femminile come un reato autonomo, indipendentemente dal fatto che la donna interessata abbia prestato qualunque forma di consenso (...)".

---

40. Sul punto, G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia e (limiti) di una legge*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, a cura di BERNARDI-PASTORE-PUGIOTTO, Milano, 2008, p. 215.

41. Per una rassegna più approfondita delle più importanti iniziative internazionali, F. BASILE, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 683 ss.

Nel solco di questi provvedimenti, in diversi Paesi occidentali sono state emanate norme penali ad hoc per contrastare le pratiche. Negli Stati Uniti nel 1995 è stata adottata la “*Federal Prohibition of Female Genital Mutilation*”; in Canada dal 1997 il codice penale, all’art. 268, comma 3, specifica che “l’ *aggravated assault*”, punibile con la reclusione fino a quattordici anni, include anche escissione, infibulazione o mutilazione degli organi genitali femminili, eccetto quando si tratti di interventi compiuti da medici per la salute fisica della persona; in Svezia una legge del 1°luglio 1982 prevede per le pratiche di mutilazione genitale femminile la pena di due anni di reclusione, commutabile in ammenda in presenza di attenuanti e elevabile fino a dieci anni nel caso in cui l’intervento abbia causato pericolo per la vita, lesioni gravi, malattie; in Gran Bretagna il “*Prohibition of Female Circumcision Act*” del 16 luglio 1985 (sostituito nel 2003 con il “*Prohibition of Female Genital Mutilation Act*”) prevede fino a un massimo di cinque anni di reclusione per gli autori di un’escissione e specifica che il carattere rituale o consuetudinario non costituisce una giustificazione.

Questa legge, però, sembra rimasta praticamente inapplicata: nessuno è mai stato perseguito per il reato di escissione<sup>42</sup>.

In Francia, invece, si è scelto di non emanare una norma ad hoc, ma di ricondurre l’escissione ad una fattispecie già esistente nel codice penale (art. 222, commi 9 e 10), corrispondente alle lesioni gravi o gravissime del sistema penale italiano. Alla base di tale scelta legislativa vi è la volontà di rispettare e garantire il principio di eguaglianza formale: la legge è applicabile a tutti, indipendentemente dall’origine etnica<sup>43</sup>.

La Francia è, peraltro, l’unico Paese in cui gli interventi rituali sui genitali femminili sono stati sistematicamente perseguiti, anche se la pena è stata sempre condizionalmente sospesa<sup>44</sup>.

5. Anche l’Italia, al pari di Stati Uniti, Canada, Gran Bretagna e Svezia, ha scelto la strada dell’introduzione di norme penali ad hoc per contrastare le mutilazioni genitali femminili, inserendo con la l. del 9 gennaio 2006, n. 7 due nuovi articoli nel codice penale, gli artt. 583-bis e 583-ter.

L’art. 583-bis c.p. prevede due distinte ipotesi di reato. Al primo comma si rende punibile con la reclusione da quattro a dodici anni: “chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili.

---

42. A. GUINÉ – F. MORENO FUENTES, *Engendering Redistribution, Recognition, and Representation: The Case of Female Genital Mutilation (FGM) in the United Kingdom and France*, in *Politics & Society*, 35, 477-519.

43. L. WEIL-CURIEL, *Female Genital Mutilation in France: A Crime Punishable by Law*, in S. PERRY - C. SCHENCK (eds.) *Eye to Eye. Women Practicing Development across Cultures*, London, 2001, 190-197.

44. Sui processi penali per escissione celebrati in Francia, A. FACCHI, *L’escissione: un caso giudiziario*, cit., 111-119

Come pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili si intendono la clitoridectomia, l'escissione e l'infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo".

Al secondo comma si prevede la reclusione da tre a sette anni per "chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, provoca, al fine di menomare le funzioni sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente".

I beni giuridici tutelati sono l'incolumità individuale e la dignità della donna e, nel caso di minori, anche il diritto ad uno sviluppo armonioso della propria personalità. Per la configurabilità di entrambe le ipotesi delittuose si richiede l'"assenza di esigenze terapeutiche".

Queste ultime ricorrono allorché la mutilazione o la lesione degli organi genitali sia praticata per salvaguardare l'integrità fisica della donna, quindi per prevenire una malattia o il suo peggioramento, o per consentirne la guarigione.

Tale previsione, com'è stato autorevolmente sostenuto, potrebbe involontariamente paralizzare l'applicabilità della fattispecie, anche se in casi, per la verità, abbastanza rari: infatti, talvolta, il ricorso all'escissione viene motivato proprio da supposte ragioni terapeutiche, reputate inesistenti dalla scienza ufficiale, ma sussistenti in base alle credenze diffuse nel contesto culturale di riferimento<sup>45</sup>.

In questi casi, se risulta pacificamente configurabile la fattispecie oggettiva, non altrettanto può dirsi di quella soggettiva: visto che l'autore del fatto, pur se erroneamente, postula l'esistenza delle esigenze terapeutiche, l'accertamento della presenza del dolo darà spesso luogo ad un esito negativo.

Al comma 2 della norma compare il riferimento al "fine di menomare le funzioni sessuali". In tale espressione, autorevole dottrina<sup>46</sup> ha ravvisato un'ipotesi di dolo specifico, anch'essa in grado di inibire l'applicazione della norma.

Infatti, il fine della menomazione delle funzioni sessuali è assolutamente eventuale e nella maggior parte dei casi è assente, o su di esso prevalgono altre finalità, prime fra tutte quelle legate alla motivazione culturale<sup>47</sup>.

L'assenza del dolo specifico è stata, peraltro, la motivazione sulla base della quale la Corte d'Appello di Venezia ha assolto gli imputati dell'unico caso giudiziario in cui si è discusso dell'applicazione dell'art. 583-bis c.p.<sup>48</sup>.

---

45. G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per uno studio giuspenalistico*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, a cura di BERNARDI-PASTORE-PUGIOTTO, Milano, 2008, p. 187.

46. G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per uno studio giuspenalistico*, cit., p. 187.

47. C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 41.

48. Per un'approfondita analisi della sentenza, F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583-bis c.p.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

Se la descrizione delle condotte punibili solleva numerose perplessità, parimenti discutibile è il rigore del regime sanzionatorio.

La pena detentiva prevista per le ipotesi criminose del primo comma va da quattro a dodici anni, ma il terzo comma, prevedendo un'aggravante pressoché automatica – che comporta un aumento di pena di un terzo secco – allorché il fatto venga commesso a danno di un minore, fa schizzare la sanzione a sedici anni di reclusione.

Si tratta di pene paragonabili a quelle dell'omicidio preterintenzionale o della rapina a mano armata e che addirittura oltrepassano i limiti edittali della violenza sessuale o dell'associazione a delinquere, tanto per fare qualche esempio<sup>49</sup>.

Se non fosse stata emanata la novella, la maggior parte dei casi previsti nel primo comma avrebbe trovato la sua disciplina nell'ambito applicativo delle lesioni gravi ex art. 583 c.p., punite con la reclusione da tre a sette anni.

Solo in qualche rara ipotesi avrebbero potuto configurarsi le lesioni gravissime, la cui pena va effettivamente da sei a dodici anni di reclusione.

Va rilevato, tuttavia, che la nostra giurisprudenza tratta sistematicamente le lesioni gravi e gravissime non come fattispecie autonome di reato, ma come mere circostanze aggravanti delle lesioni previste all'art. 582 c.p., con la conseguenza, tutt'altro che trascurabile, che, in virtù dell'art. 69 c.p., esse sono 'bilanciabili' con eventuali attenuanti ravvisate dal giudice.

Anche se tale prassi giurisprudenziale è alquanto discutibile – sia per ragioni dommatiche, sia per le evidenti e pericolose conseguenze che produce – non possono non considerarsi i suoi effetti concreti: è ben possibile che la presenza delle attenuanti generiche, e/o l'applicazione di una delle circostanze attenuanti previste all'art. 62 c.p., bilanci l'aggravante della malattia insanabile o della perdita di un organo e conduca all'irrogazione della pena prevista per le lesioni lievi (fino a tre anni), mentre questo non potrà accadere nel caso delle mutilazioni genitali femminili, dal momento che è innegabile che tale fattispecie abbia carattere autonomo rispetto a quella di lesioni<sup>50</sup>.

Analoghe osservazioni possono essere svolte anche in ordine alle sanzioni previste per le ipotesi del secondo comma: si tratta di pene notevolmente superiori a quelle previste dalle disposizioni ordinarie in materia di lesioni. Vale la pena evidenziare l'inutilità della disposizione sul piano strettamente sistematico.

L'art. 583-bis c.p., infatti, non colma una lacuna legislativa: l'art. 583 c.p., contemplando il reato di lesioni gravi e gravissime, in assenza della riforma legislativa, già includeva nel suo spettro applicativo le condotte di mutilazione genitale femminile.

---

49. G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per uno studio giuspenalistico*, cit., p. 189.

50. G. FORNASARI, *op. loc. ult. cit.*

L'art. 583-ter c.p. completa il quadro sanzionatorio prevedendo oltre all'interdizione professionale da tre a dieci anni per il medico che esegua l'operazione – il cui minimo edittale risulta notevolmente superiore rispetto all'interdizione professionale prevista dall'art. 30 c.p. –, la comunicazione immediata dell'eventuale sentenza di condanna all'Ordine professionale, nonché la responsabilità amministrativa da reato dell'ente nel quale viene realizzato l'intervento.

La legge 1 ottobre 2012, n.172, di ratifica della Convenzione di Lanzarote, prevede inoltre che la condanna per il reato di cui all'art. 583-bis c.p. comporta, qualora il fatto sia commesso dal genitore, la decadenza dall'esercizio della potestà genitoriale. Per le bambine sottoposte alla pratica dell'escissione, però, vedere la propria famiglia disgregarsi può spesso tradursi in un danno anche più grave da quello derivante da una lesione dei propri genitali.

Non dimentichiamo 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.

La volontà di ottemperare ad un obbligo della tradizione non basta per ritenere i genitori inadeguati ad occuparsi dei propri figli. È quanto emerso, del resto, anche in un procedimento antecedente all'emanazione della legge n. 7/2006 presso il Tribunale per i Minorenni del Piemonte, avente ad oggetto un caso di escissione praticata su una bambina nigeriana nata in Italia, portata in Nigeria dai genitori e lì operata: la vicenda si è conclusa con un provvedimento che ha lasciato la bambina ai genitori, che sono apparsi al giudice del tutto adatti ad allevarla.

L'apparato sanzionatorio della l. n. 7 del 2006 così come appena delineato ne svela il carattere eminentemente repressivo. La circostanza, poi, che ad oggi, a distanza di più di otto anni dalla sua emanazione, abbiamo un solo caso giudiziario in cui si è discusso dell'applicazione dell'art. 583-bis c.p. – peraltro conclusosi con una pronuncia assolutoria – ne mostra anche la sostanziale ineffettività.

L'Italia, proprio come già accaduto in Gran Bretagna, ha finito per criminalizzare senza perseguire, impiegando lo strumento penale esclusivamente allo scopo di lanciare un simbolico messaggio di condanna alle comunità immigrate, riaffermando con l'ausilio della minaccia penale la superiorità dell'ideologia e dei valori dell'ordinamento di accoglienza<sup>53</sup>.

---

51. La legge n. 172/2012 ha inserito un nuovo comma all'art. 583-bis c.p., che così recita: “La condanna ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per il reato di cui al presente articolo comporta, qualora il fatto sia commesso dal genitore o dal tutore, rispettivamente:

1) la decadenza dall'esercizio della potestà del genitore;

2) l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno”.

52. Per un commento al provvedimento del Tribunale, M. BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multi-etnica e multiculturali: maltrattamenti ed infanzia abusata in «dimensione domestica»*, in *Dir., immigrazione, cittadinanza*, 2006, 1, 19 ss.

53. A. GUAZZAROTTI, *Giudici e Islam. La soluzione giurisprudenziale dei conflitti culturali*, in *St. iuris*, 2002, 876.

Le mutilazioni genitali femminili rappresentano una pratica culturale fortemente radicata, simbolo di un'identità culturale che molte comunità vogliono gelosamente conservare, per cui è difficile credere che la minaccia della sanzione penale possa svolgere nei loro confronti una funzione precettiva, anzi, al contrario, la previsione di conseguenze sanzionatorie così severe può solo favorire un loro allontanamento dalle istituzioni pubbliche e incrementare la clandestinità delle pratiche, con ulteriori incidenze negative sulle bambine e sulle donne coinvolte.

La pratica dell'escissione costituisce un classico esempio di reato culturalmente motivato in rapporto al quale la paura della sanzione che può derivare dalla comunità in caso di mancata ottemperanza ad un obbligo della tradizione è più forte del timore di subire una condanna penale, quindi la strada della criminalizzazione non sembra certamente la più adeguata per arginare il fenomeno.

Se i potenti vincoli della tradizione impediscono alla pena di esplicare la sua funzione vincolante, allo stesso modo la previsione ex art. 583-bis c.p. di sanzioni così elevate e decisamente superiori rispetto a quelle ordinariamente previste per il delitto di lesioni vanifica anche la funzione di prevenzione generale positiva: pene esemplari per gli autori delle mutilazioni non generano l'effetto di aggregare consensi intorno alle norme dell'ordinamento, al contrario, accresceranno il senso di ribellione nei confronti di una società che non accetta la diversità come valore da tutelare, ma la percepisce, anzi, come un male da debellare.

Notevoli perplessità emergono anche in ordine alla funzione specialpreventiva della pena: la mancata considerazione da parte dell'ordinamento italiano del condizionamento culturale che spinge alcune comunità a praticare gli interventi sulle proprie bambine frustra anche lo scopo rieducativo-risocializzante della sanzione penale, in quanto gli autori possono percepire questa come un obbligo di accoglimento di regole non loro e non avvertite come connotate da valore.

Il circolo vizioso che la norma penale è in grado di innescare in simili casi è evidente e ben conosciuto: l'incriminazione non è in grado di contenere quantitativamente il fenomeno, ma ne impone necessariamente la clandestinità; l'iperselettività<sup>55</sup> della norma privilegia (negativamente) i soggetti socialmente svantaggiati (nel caso di specie, gli autori culturalmente diversi, ovvero i migranti che vivono a cavallo tra due culture e due ordinamenti giuridici); e questi ultimi, 'doppiamente tenuti' alla clandestinità – perché il comportamento è in astratto criminalizzato e perché sono più elevate le chances per loro di essere criminalizzati dal sistema penale –, sono obbligati per il loro status a servirsi del tipo di clandestinità che uccide (il tavolo della 'mammana' anziché un ospedale o una clinica attrezzati).

---

54. Sulle funzioni della pena e sulla pena come integrazione sociale, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, pp. 39-64 e pp. 83-116.

55. Sulla selettività del potere punitivo, cfr. per tutti, A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 445; E. R. ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 339 ss.

È l'incriminazione stessa, dunque, che, volta a tutelare l'integrità fisica delle donne e delle bambine, minaccia, per la sua ineffettività, la loro salute<sup>56</sup>.

La normativa italiana in punto di mutilazioni genitali femminili testimonia la propensione del nostro legislatore per un sistema penale di chiara impronta assimilazionista, teso a non attribuire alcuna rilevanza al fattore culturale, anzi, quest'ultimo è assunto ad elemento in grado di determinare un inasprimento della sanzione. Tale circostanza ha indotto parte della dottrina a qualificare il nostro sistema penale come assimilazionista-discriminatorio<sup>57</sup>: sembra che il legislatore muova dal presupposto che la cultura occidentale sia superiore rispetto alle altre, aggettivate a priori come barbare e rozze, fondate su superstizioni e rituali incivili. «Dietro questa scelta iperpunitiva si intravede una grossolana contrapposizione: quella tra "scienza" e "cultura". La prima sarebbe l'(ovvia) prerogativa delle società occidentali, la seconda sarebbe il connotato identificante quelle africane, o meglio, musulmane»<sup>58</sup>.

In conclusione, se appare certamente condivisibile la preoccupazione di tutelare i soggetti vulnerabili delle comunità di minoranza da pratiche che causano sofferenze fisiche e psichiche, la soluzione adottata dal nostro ordinamento non può certamente essere approvata.

La scelta di adottare leggi penali ad hoc per far fronte al fenomeno dei reati culturalmente motivati reca con sé il rischio che le comunità minoritarie coinvolte le percepiscano come una sorta di condanna tout court della propria cultura, con l'unico risultato di assicurare la sola collettività di accoglienza e, al contempo, marcare una distanza tra un "noi", che condanna, e un "loro", da condannare<sup>59</sup>.

Nel caso delle mutilazioni genitali femminili sarebbe stato preferibile, in ossequio al principio di sussidiarietà del diritto penale, predisporre degli interventi multidirezionali e coordinati e ricorrere alla criminalizzazione esplicita delle pratiche solo nel caso in cui questi si fossero rivelati inefficaci.

Potevano allestirsi campagne informative e di sensibilizzazione, consultazioni mediche e consulenze psicologiche, iniziative tutte previste dal testo della l. n. 7/2006, ma mai realizzatesi nel concreto.

Da considerare era anche la proposta avanzata agli inizi del 2004 dal ginecologo somalo Omar Abdulcadir dell'ospedale fiorentino di Careggi di legittimare, in un'ottica di "riduzione del danno", una forma lieve e simbolica di mutilazione, consistente in una puntura di spillo sul clitoride delle bambine, con la fuoriuscita di poche goccioline di sangue, senza ripercussioni fisiche.

---

56. C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 474.

57. C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 47.

58. C. DE MAGLIE, *op. loc. cit.*, p. 48.

59. T. PITCH, *Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili*, in *Quest. giust.*, 2001, 509.

L'iniziativa, però, non ha raccolto consensi da parte di chi vedeva nell'ospedalizzazione della pratica un modo per perpetrare il controllo della sessualità femminile e veicolare un'immagine delle donne come essere inferiori.

Infine, prima di procedere all'introduzione di norme così marcatamente repressive nei confronti di alcune comunità immigrate si poteva coinvolgere nel dibattito parlamentare che ha preceduto l'approvazione del testo legislativo, i rappresentanti di tali comunità, le associazioni di donne immigrate impegnate nella lotta alle mutilazioni genitali, ovvero ascoltare anche il punto di vista di quelle favorevoli alle pratiche per cercare di cogliere e superare le loro difficoltà e le loro resistenze<sup>60</sup>.

6. Intorno alle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili si condensano una serie di questioni spinose che mettono seriamente in crisi gli ordinamenti giuridici liberal-solidaristici. Rispetto ad altri "dilemmi multiculturali", l'escissione presenta delle caratteristiche del tutto peculiari: altri temi sensibili come, ad esempio, la presenza di simboli religiosi in luoghi pubblici, pur essendo estremamente problematici, non ledono direttamente l'integrità fisica e psichica delle donne/bambine.

La circostanza che il diritto penale è capace, per la sua intrinseca natura, di incidere con le sue sanzioni sulla vita e sulla libertà di coloro che sono costretti a subirle, ci aiuta a comprendere maggiormente il perché le mutilazioni genitali femminili si trovino al centro del dibattito sul multiculturalismo.

È proprio intorno alla pratica dell'escissione che il diritto penale mostra tutta la sua forza e, al contempo, le sue deficienze e le sue debolezze. Infatti, da solo, non è in grado di risolvere il problema della tutela dei diritti dei soggetti vulnerabili delle comunità etniche di minoranza, i quali, se da un lato rivendicano nei confronti delle società di accoglienza tutela e protezione, dall'altro chiedono di poter continuare a vivere secondo i dettami della tradizione, senza essere costretti a scegliere tra le due alternative.

Ciò che le difficoltà insite nella predisposizione di politiche multiculturaliste non devono spingere a fare è adottare la semplicistica soluzione dell'aut-aut, in base alla quale di fronte alla volontà dei gruppi di minoranza di preservare la propria identità culturale o si opta per misure di riconoscimento politico-normativo o si privilegia la garanzia dei diritti individuali di donne e minori; la consapevolezza degli effetti involutivi che possono derivare dall'accoglimento di istanze comunitarie deve piuttosto spingere a trovare congegni istituzionali in grado di conciliare le opposte esigenze.

---

60. A. FACCHI, *Politiche del diritto, mutilazioni genitali femminili e teorie femministe: alcune osservazioni*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, vol. VI, n. 4, 2004, 21.

Nell'ottica di una convivenza "multiculturale" sarebbe opportuno evitare improvvise contrapposizioni di principi e imposizioni di regole che potrebbero essere percepite come ingiuste sopraffazioni eurocentriche e non costringere i soggetti vulnerabili a scelte drastiche tra l'appartenenza al gruppo e la tutela dello Stato<sup>61</sup>.

Più che lo strumento penale per bilanciare il diritto all'identità culturale con gli altri diritti fondamentali, dovrebbero predisporre strumenti giuridici diversi e capaci di tutelare sia coloro che optano per il dissenso e la separazione dalla propria comunità di origine<sup>62</sup> – anche i migranti devono essere posti nella condizione di poter scegliere o anche solo immaginare una vita diversa ed alternativa rispetto a quella prospettata dalla tradizione – sia coloro che mostrino una consapevole volontà di adeguamento alle norme comunitarie.

Nel primo caso, come qualcuno ha suggerito, potrebbe riconoscersi alle donne che intendono sottrarre se stesse o le loro figlie minori al rischio di mutilazione, lo *status* di rifugiate<sup>63</sup>; nella seconda ipotesi, invece, si dovrebbe offrire alle donne migranti la possibilità di poter ottemperare alla norma culturale senza temere condanne penali.

Calandoci nella realtà dell'ordinamento italiano, nel caso del delitto di cui all'art.583-bis c.p., quando alle mutilazioni – almeno a quelle lievi previste dal secondo comma della norma – si sottopongano soggetti adulti, capaci di prestare un valido e libero consenso all'intervento, potrebbe ritenersi applicabile la scriminante del consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p.

Nei casi in cui ad essere sottoposti all'intervento siano soggetti minori, probabilmente sarebbe eccessivo pretendere che il diritto penale non intervenga.

Tuttavia, poiché il principio di sussidiarietà non impone soltanto che lo strumento penale venga attivato come *extrema ratio*, ma anche che tra le varie forme di intervento vengano scelte quelle meno invasive della libertà individuale<sup>64</sup>, sarebbe auspicabile che gli organi giudicanti facessero maggiormente ricorso ad istituti quali la sospensione condizionale della pena, la liberazione condizionale, l'affidamento in prova o le sanzioni sostitutive, che potrebbero avere l'effetto di evitare agli autori culturalmente diversi – nella maggior parte dei casi i genitori delle bambine – le conseguenze stigmatizzanti del carcere e il distacco dalle proprie figlie e dalla comunità.

---

61. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 142.

62. A. FACCHI, *op. loc. ult. cit.*

63. In merito a questa possibilità, diffusamente, G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia e (limiti) di una legge*, cit., p. 220.

64. S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, in AA.VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2002, p. 134.

Certo, si tratta di soluzioni che, unitamente a quelle già indicate in precedenza – dialogo con le comunità di minoranza, ospedalizzazione delle forme lievi di mutilazione, interventi multiagenziali – non sono di grande impatto mediatico, ma nel medio e lungo periodo si tratta degli unici accorgimenti idonei a produrre qualche risultato «senza passare attraverso lacerazioni umane e sociali assolutamente non necessarie<sup>65</sup>».

---

65. G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per uno studio giuspenalistico*, cit., p. 202.

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER

**ABSTRACT**

*Is it possible nowadays to affirm that criminal justice systems are culturally different? Are the continental criminal justice systems structurally antithetical to the adversarial ones in the today's scenario?*

*According to Bachelard, the above-mentioned issues are, prima facie, serious epistemological obstacles. Indeed, through the globalisation of criminal justice, a sort of commistion of procedural categories has happened.*

*Therefore, it must be taken into account that domestic justice systems receive strong impulses at international level so that it should be possible - according to Frankfort scholars - to identify a "symbolic criminal law."*

## L'accelerazione del processo penale: un'analisi dei diritti fondamentali

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER

SOMMARIO: 1. Introduzione al problema – 2. Legislazione d'emergenza – 3. L'eccessiva sommarizzazione della cognizione e l'abuso delle misure cautelari: note sulla deformazione del convincimento giudiziale – 4. Conclusioni

1. Nel contesto attuale sarebbe possibile parlare di sistemi processuali penali culturalmente distinti? Sarebbero i sistemi continentali e *adversarial system categories* epistemologicamente polarizzate nello scenario di procedura penale contemporaneo? Questi problemi sorgono, *prima facie*, alla luce del pensiero di Bachelard, come veri "ostacoli epistemologici"<sup>1</sup>.

Una sorta di commistione delle categorie processuali si è verificato attraverso un processo di globalizzazione della procedura penale. L'operatività dei sistemi di giustizia penale, pertanto, non è più limitata alle pratiche punitive "tradizionali", ma riceve, anche sul piano Internazionale, impulsi centripeti, capace di creare nuove istanze indirizzate al sistema di giustizia penale.

Nel campo del diritto penale, in particolare, secondo la tesi sostenuta dalla scuola di Francoforte sarebbe possibile parlare di avvento di un diritto penale simbolico<sup>2</sup>. La strutturazione del diritto penale attraverso funzioni politico-criminale estratti della pena è già stato, per lungo tempo, esposto da Roxin nel suo famoso libretto<sup>3</sup> *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*.

---

1. BACHELARD G. *La Formation de L'Esprit Scientifique*: contribution à une psychanalyse de la connaissance objective. 5 ed. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1967.

2. Circa il diritto penale simbolico: DONINI M.; PAPA M. *Diritto Penale del Nemico*: un dibattito Internazionale. Milano: Giuffrè, 2007. CURI U.; PALOMBARINI G. *Diritto Penale Minimo*. Roma: Donzelli Editore, 2002. HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. In *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995. p. 22-36. HASSEMER, Winfried. Perspectivas del Derecho Penal futuro. In *Revista Penal*, vol. 1, Huelva-Salamanca: Castilla-La Mancha, 1998. p. 37-41. SGUBBI, Filippo. *El Delito Como Riesgo Social*: investigación sobre las opciones em la asignación de la ilegalidad penal. Buenos Aires: Depalma, 1998. PRITWITZ C. "O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito Penal do Inimigo", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n° 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, março-abril de 2004. SILVA S. Jesús-María. *Expansión del Derecho penal*. 2ª ed., Madrid: Civitas, 2001. PAVARINI M. *Castigar al Enemigo*: criminalidade, exclusión e inseguridad. Quito: Flacso, 2009.

3. ROXIN C. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Sul campo processuale penale non è diverso, anche questo rapporto tra procedimento penale e politica criminale è stato molto meno esplorato rispetto al campo del diritto penale. Sarebbe possibile, quindi, parlare di una prospettiva funzionalizzata della procedura penale con riferimento alla sociologia *estrutural-funzionale* di Niklas Luhmann?<sup>4</sup>

E, essendo la risposta positiva, quali caratteristiche ha questo processo penale funzionalizzato?

Certamente, la giurisdizione come centro del sistema giuridico, come dichiarato da Luhmann<sup>5</sup>, richiede un processo penale che sarebbe responsabile di garantire l'identità normativa della società<sup>6</sup>.

Questa assunzione di funzioni, non dichiarate, opera la destrutturazione degli archetipi accusatori.

Fondamentalmente, la risposta al problema è che la prima tendenza di questo processo penale funzionalista è l'accelerazione e alterazione della programmazione procedurale.

Il fenomeno dell'accelerazione non è esclusivo del campo procedurale: costituisce un'accelerazione dello stesso tempo giuridico<sup>7</sup>.

Tuttavia, il processo esplica una funzione strumentale, così come diceva Leone<sup>8</sup>. E, in questo modo, le prime conseguenze dell'accelerazione del tempo giuridico ricadono sul processo, soprattutto penale.

L'accelerazione del processo penale conduce a tre scenari: nessuno di essi promettente. Il primo è l'uso della legislazione d'emergenza.

---

4. LUHMANN N. *Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale*. Milano: Giuffrè, 1995.

5. Por consiguiente, la organización de la jurisdicción sería aquel sistema parcial (subsistema) en el que el sistema del derecho tiene su centro. Sólo aquí se puede utilizar la particularidad de los sistemas de organización: decidir acerca de la inclusión (o exclusión) de los miembros, con el fin de producir compromisos especiales en los jueces. La toma de posesión de una magistratura significa que el juez se subordina a restricciones de comportamiento que no son vigentes para cualquier persona: producción de reglas jurídicas ateniéndose a los estándares metodológicos y de contenido vigentes. Sólo por medio de la organización se garantiza la universalidad de la competencia deber decidir/poder decidir sobre todas las cuestiones jurídicas. Todos los demás campos de trabajo (no judiciales) del sistema del derecho pertenecen a la periferia. LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México D.C: Herder, 2005. p. 229.

6. JAKOBS G. *Sociedad, Norma, Persona: en una teoría de un derecho penal funcional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

7. GÉRARD P. OST, François; KERCHOVE M. *L'accélération du Temps Juridique*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2001.

8. "Il diritto processuale in genere ha carattere strumentale nel senso di costituire il mezzo per fa osservare il diritto sostanziale, lo strumento per l'applicazione delle norme di diritto sostanziale. La strumentalità del diritto processuale penale ha, in più, un rilievo particolare, perchè si ricollega al principio di essenzialità o di indefettibilità del processo penale (nulla poena sine iudicio); l'applicazione della pena è infatti sottratta sia allo Stato che al privato che volesse spontaneamente sottoporsi; il processo penale interviene quando, a seguito di (asserito) inadempimento del precetto, occorre procedere alla applicazione della sanzione". LEONE G. *Manuale di Procedura Penale*. 2 ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1962. p. 03.

Il secondo, una sommarizzazione acuta della fase istruttoria, alzando la soglia delle probabilità di errore giudiziario. Infine, l'abuso delle misure cautelari processuali penali, che sono nella maggior parte equivalenti alla limitazione della libertà o del patrimonio dell'imputato, nasce dalla necessità di una decisione in grado di “stabilizzare le aspettative normative della società”.

2. Le cosiddette leggi di emergenza sono strumenti comunemente utilizzati per la risoluzione di certe situazioni che rivendicano una risposta rapida del sistema di giustizia penale.

Infatti, come rilevare Zaffaroni, il sistema criminale, per eleggere nuovi bersagli, crea gli elementi stessi per la costruzione di uno scenario di crisi<sup>9</sup>.

C'è una tenue, tuttavia, costante linea di continuità tra i nuclei punitivi del sistema inquisitoriale della modernità (e anche della tarda modernità).

Infatti, si potrebbe parlare di una cultura processuale penale dell'emergenza, che è stabilita dal proprio stato di eccezione<sup>10</sup>.

Questa cultura inquisitoria, equivalente alla modulazione del processo penale ad un regime d'eccezione permanente porta le condizioni necessarie per l'emersione della leggi di emergenza<sup>11</sup>.

È necessario registrarsi, troppo, che questo fenomeno non è proprio della cultura giuridica denominata continentale (il sistema *adversarial* inoltre ammette un'impostazione che colpisce direttamente i diritti fondamentali dell'imputato).

Essendo oggetto di costanti riforme, tali leggi convergono per l'estensione dei poteri ex officio dei magistrati; ai fini di un'economia della confessione (allineato al pensiero identificato da Foucault<sup>12</sup>), che si concentra sulla “delazione collaborativa” (pentitismo) come nucleo della prova processuale penale.

Da qui la riduzione dei diritti fondamentali dell'imputato a favore di una “lotta contro la criminalità organizzata” equivalente alla militarizzazione del diritto penale<sup>13</sup>.

---

9. ZAFFARONI E., *Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2004..

10. AGAMBEN G., *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2002; AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

11. CHOUKR F. H., *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lúmen JURIS, 2002; RICCIO G., *Politica Penale Dell'Emergenza e Costituzione*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 1982; MOCCIA S., *La Perenne Emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiana, 2000.; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2004. GLOECKNER R. J., *Risco e Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: Jus Podium, 2008.

12. FOUCAULT M., *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

13. “Hace no mucho tiempo (tan mal parece a irla al derecho Penal) se propuso civilizar mediante la aplicación de los principios del bellum justum al cada vez más importante derecho Penal de combate (militarisierten Kriminalrecht) – desenmascarado en primer lugar por Jakobs como derecho Penal del Enemigo, y después propagado abiertamente como tal”. PRITTWITZ C., ¿Guerra en Tiempos de Paz? Fundamento y Límite de la Distinción Entre Derecho Penal y Guerra. In *Revista Penal*. n° 14. Barcelona, 2004. p. 181.

2. Da qui la trasformazione del processo penale in uno strumento di garanzia della sicurezza pubblica, che dovrebbe essere oggetto di politiche o programmi di sicurezza pubblica e non della procedura penale.

Da qui l'emersione di un diritto penale del rischio a livello di diritto sostanziale, con la rispettiva trasformazione del processo penale in strumento di politica criminale attuariale<sup>14</sup> e governamentalità<sup>15</sup>.

Da qui la modifica strutturale del sistema accusatorio attraverso una logica deforme<sup>16</sup>, responsabile per l'elusione delle garanzie procedurali, soprattutto con la gamma illimitata del *plea bargaining*<sup>17</sup>.

Da qui il privilegio concesso alla "verità sostanziale", che in definitiva porta come destinazione privilegiata la politica di restrizione della prova illegale e la non operatività di nullità, sia pure previste<sup>18</sup>, trasformando il processo penale in un'entità amorfa. Infine, da qui la creazione di istituti responsabili da un controllo criminale post-punitivo<sup>19</sup>.

Un'analisi delle linee guida di funzionamento di questa legislazione d'eccezione consente di verificare, nel modo più semplice, la caratterizzazione dei diritti fondamentali e della strumentalità del processo come un ostacolo.

La forma procedurale tende ad apparire come un fastidio, non di rado al principio d'efficienza, connotato del pensiero economico, che internamente, nell'ambito del processo, eleverà il principio di economia processuale (insieme con il *pas de nullité sans grief*) nella molla di propulsione della nuova epistemologia procedurale in tempi di crisi.

---

14. SIMON J.

15. FOUCAULT M., *Segurança, Território, População*. São Paulo: Martins Fontes, 2008; SIMON J. *Governing Through Crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. New York: University of Oxford Press, 2007. GIORGI A., *A Miséria Governada Através do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

16. "La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mas esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti': che indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi. Sappiamo su quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili); usandoli orienta l'esito dove vuole). Nelle cause milanesi de peste manufacta, giugno-luglio 1630, vediamo come giudici nient'affatto disonesti, anzi inclini a inconsueto garantismo, fabbrichino delitto e delinquenti: l'inquisito risponde docilmente; l'inquisitore gli scova in testa i fantasmi che vi ha proiettato". CORDERO F., *Guida alla Procedura Penale*: Torino: UTET, 1986. p. 51-52.

17. Cfr. KAGAN R. A., *Adversarial Legalism: the American way of law*. Ambridge: Harvard University Press, 2001; PRADO, Geraldo. *Elementos Para Uma Análise Crítica da Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

"Il principio di legalità processuale esplica il ruolo servente all'inviolabilità, che si traduce nella predeterminazione dei presupposti della restrizioni sia quanto all'anche al quomodo, circoscrivendo i casi nella misura strettamente necessaria al fine ed evidenziando, in tal modo, la prevalenza dei diritti fondamentali rispetto all'interesse dell'accertamento del fatto". IASEVOLI C., *La nullità nel sistema processuale penale*. Padova: CEDAM, 2008. p. 33.

18. WACQUANT L., *Punir os Pobres: a onda punitiva*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Ciò Tutti questi tratti e caratteristiche del processo penale possono essere descritti e sintetizzati con un'espressione di Foucault "*meccanismi liberogeni*", cioè, dispositivi che promettono più libertà, ma che alla fine sono limitazioni e restrizioni.

L'elevazione del diritto alla sicurezza come un diritto fondamentale per essere promosso dallo stato (erroneamente attraverso il diritto e procedura penale) nell'intento di creare artificialmente, attraverso questa classificazione, le condizioni per una ponderazione dei principi (diritto alla libertà dell'imputato versus il diritto fondamentale della società alla sicurezza), il cui risultato è anticipato, rappresenta molto chiaramente il funzionamento di un meccanismo liberogeno.

Per presentare un altro esempio, la trasformazione del processo penale in uno strumento di politica vittimologica, che scorre nella frequenza del populismo punitivo<sup>20</sup> rappresenta, ancora una volta, espressione di questi meccanismi liberogeni.

Che cosa può essere verificata in modo condivisibile è la funzionalizzazione della procedura penale.

Non è più il diritto penale, per fare la tesi de Jakobs, che dovrebbe essere il responsabile della stabilizzazione delle aspettative sociali.

Attraverso l'accelerazione procedurale (elemento presente direttamente o indirettamente in tutto le caratteristiche verificate nelle leggi di emergenza) la procedura penale finisce con l'assumere una funzione radicale di produzione di catarsi sociale<sup>21</sup>. L'uso di una risposta rapida e, a quanto pare, efficace dell'apparato punitivo si presenta come la controprestazione necessaria dello Stato a fronte della criminalità. Questa tendenza alla funzionalizzazione della procedura penale porterà un'altra conseguenza, questa volta prelevata da vettori di politica criminale.

Questa tendenza alla funzionalizzazione della procedura penale porterà un'altra conseguenza, questa volta prelevata da vettori di politica criminale.

Roxin, nell'opera citata, ha sostenuto la possibilità secondo cui qualsiasi teoria generale del reato può subire interferenze di politica criminale, avendo come perno centrale le funzioni svolte dalla pena.

Applicando per analogia questa considerazione al piano del procedimento penale, la funzionalizzazione del processo penale passa necessariamente per l'interpretazione di ciascuna categoria di procedura penale attraverso le funzioni della pena.

---

20. "Ao centre de nos interrogations se trouve le moment décisif où se forge certe radicalité, le populisme penal. Loin d'être l'apanage des partis extremes, il caractérise tout discours qui apele à punir au nom des victimes bafouées et contre des institutions disqualifiées. Il naît de la reencontre d'une pathologie de la représentation et d'une pathologie de l'accusation: réduite à une communituté d'émotions, la société démocratique <<surréagit>> aux agressions réelles ou supposées, au risque de basculer dans une escalade de la violence et de la contreviolence". SALAS D., *La Volonté du Punir: essai sur le populisme penal*. Paris: Fayard, 2010. p. 14.

21. "L'ordigno penalistico pubblico, dunque, nasce dalle catarsi collettive". CORDERO F., *Criminalia: nascita dei sistemi penali*. Bari: Laterza, 1999. p.13.

Applicando per analogia questa considerazione al piano del procedimento penale, la funzionalizzazione del processo penale passa necessariamente per l'interpretazione di ciascuna categoria di procedura penale attraverso le funzioni della pena.

E questo vale chiaramente in termini di espansione delle misure cautelari e dell'amorfismo procedurale, che concepisce la forma procedurale come un'ingiustificabile, eccessiva anacronistica reminiscenza illuministica sulle risorse e azioni costituzionale come indebiti ritardi procedurali, in attesa della prova per un portico procedurale precostituito (abuso di intercettazioni telefoniche, dichiarazioni del "pentito", *verbi gratia*).

3. La teoria della decisione penale non è un ramo diversificato della decisione umana. La decisione giuridica deve essere affrontata da vettori stessi che guidano la teoria di decisione insieme con i problemi che portano a decisioni "bloccate" o "cieche", soggetti a distorsioni cognitive.

Da qui una breve analisi della bias di conferma o *confirmation bias*. Questa tendenza della decisione confermativa può essere definita come una scorciatoia cognitiva o euristica che semplifica certe funzioni inferenziali<sup>22</sup>.

Questa scorciatoia (*short cut*) conduce a decisioni più povere dal fatto che le informazioni per l'analisi dello giudice non sono valutate nella sua complessità.

Questo processo si verifica perché esistono determinate credenze inerenti a ciascun soggetto<sup>23</sup>, generanti la tendenza ad interpretare il set informativo secondo il quadro di preferenze<sup>24</sup> o precomprensione, essendo, pertanto, ogni decisione, inevitabilmente parziale.

Carlson e Russo<sup>25</sup> hanno puntato alla ricerca che i giurati, negli Stati Uniti, tendono ad interpretare le informazioni in conformità con le loro impressioni preliminari e non oggettivamente, come dovrebbe essere nella procedura penale.

La spiegazione più comune per questo tipo di processo è che l'esposizione a informazioni, che contraddicono le credenze o atteggiamenti di qualcuno, produce l'inconsistenza cognitiva che, a sua volta, conduce a sentimenti di avversione e dissonanza<sup>26</sup>.

---

22. FRIEDRICH J., Primary error detection and minimization (PEDMIN) strategies in social cognition: A reinterpretation of confirmation bias phenomena. In *Psychological Review*. n 100, 1993. p. 319; MACCOUN, R. J. Biases in the interpretation and use of research results. In *Annual Review of Psychology*. n.100, 1998. p. 298-319.

23. WASON P. C., On the failure to eliminate hypotheses in a conceptual task. In *Quarterly Journal of Experimental Psychology*. n 12, 1960. p. 129-140.

24. KORIAT A., LICHTENSTEIN S.; FISCHHOFF B. REASONS for confidence. In *Journal of Experimental Psychology: Human Learning & Memory*. n 6, 1980. p. 107-118.

25. CARLSON K. A. RUSSO J. E., Biased Interpretation of Information of Evidence by Mock Jurors. In *Journal of Experimental Psychology Applied*. n. 07, 2001. p. 91-103.

26. FESTINGER LEON., Cognitive Dissonance. In *Scientific American*. v. 207. n. 4, 1962. p.93-102.

L'esposizione di una persona alle informazioni, che si adattano alle credenze e comportamenti preferiti, genera una sorta di comportamento, che evita la sensazione di avversione causati da informazioni inconsistenti e, allo stesso tempo, trova supporto per i loro atteggiamenti, scelte e comportamenti<sup>27</sup>.

Questo è un campo fertile per la teoria delle dissonanze cognitive, esplorata da Festinger in diversi studi. In sostanza, la teoria della dissonanza cognitiva riguarda relazioni tra oggetti e preferenze nel quadro di esperienza accumulata dall'interprete. Un evento che conferma l'ipotesi e, che è parte in questo modo del set delle aspettative dell'interprete, produce un sentimento di consonanza.

Quando qualcuno, per esempio, tocca con la mano il fuoco e nota che la mano si brucia, c'è una relazione di consonanza tra l'interprete e quella situazione.

Tuttavia, quando, per esempio, qualcuno tocca con la mano il fuoco e nota che non si brucia la mano, c'è una situazione di dissonanza, generando malessere intenso: l'evento frattura la serie di esperienze accumulate dal soggetto che presuppone un evento diverso.

C'è poi un rapporto dissonante. La dissonanza cognitiva causerà le azioni del soggetto per ridurre questo sentimento di avversione.

Il soggetto può modificarne il comportamento, al fine di conciliare il rapporto di opposizione o, così, ignora quel fatto nell'intento di salvaguardare la coerenza interna del sistema di esperienze. Entrambe le azioni costituiscono riduzioni di dissonanza. Ciò che può essere osservato chiaramente è che la controparte della procedura di consonanza è la tendenza ad evitare tali informazioni, che negano le credenze e che servono come supporto per le alternative a quelli ipotesi.

Nella teoria delle decisioni c'è la tendenza del soggetto a valutare gli aspetti positivi della decisione a scapito dei loro aspetti negativi o anche a scapito dei suoi aspetti positivi della decisione ipoteticamente alternativa. Quando, ad esempio, un adulto è stato di fronte a un'alternativa (*verbi gratia*, scegliere tra due auto, entrambe volute dal soggetto), dopo la decisione il soggetto tenderà a sottolineare gli aspetti positivi dell'automobile privilegiata e diminuirà i vantaggi dell'automobile esclusa. Qui siamo di fronte ad un processo decisionale semplice.

In qualsiasi processo penale, non esistono alternative semplici, ma decisioni sequenziali, cioè, le decisioni del giudice non solo prendono in considerazione il quadro decisionale presente, ma tengono conto anche delle passate decisioni, con la creazione di un quadro decisionale complesso.

Naturalmente, le decisioni sopravvenute avranno come condizione irrevocabile la prima decisione importante (procedurale).

---

27. GALDI SILVIA; GAWRONSKI B.; ARCURI L.; FRIESE M., Selective Exposure in Decided and Undecided Individuals: differential relations to automatic associations and conscious beliefs. In *Personality and Social Psychology Bulletin*. n. 38. London: SAGE, 2012. p. 560.

La ricerca di cause di riduzione della dissonanza produce il processo decisionale in modo coerente con tale decisione prima.

Si installa, per intenderci, un processo di manutenzione della consonanza delle seguenti decisioni, prendendo come riferimento la prima decisione.

La riduzione della dissonanza si verifica quando le decisioni successive mantengono una linea di continuità che sottende la prima decisione.

Per il processo penale abbiamo conseguenze non solo complesse, ma soprattutto drastiche.

Il *confirmation bias* si presenta sotto forma di due meccanismi: a) in primo luogo, nella scelta delle informazioni ritenute pertinenti (quella che conferma la credenza) e b) un'interpretazione precostituita delle informazioni disponibili<sup>28</sup>.

Prendendo come parametro questi processi cognitivi il primo punto considerato fragile nei procedimenti penali si trova nell'esistenza di un'indagine preliminare unilaterale priva del contraddittorio.

L'unilateralità e la selettività dell'inchiesta preliminare pone inevitabilmente il giudice in contatto con una versione molto meno complessa di fatti da esaminare che richiedono, non rare volte, decisioni giudiziarie che serviranno come il fondamento di tutti gli altri.

Prendendo come parametro questi processi cognitivi il primo punto considerato fragile nei procedimenti penali si trova nell'esistenza di un'indagine preliminare unilaterale priva del contraddittorio.

L'unilateralità e la selettività dell'inchiesta preliminare pone inevitabilmente il giudice in contatto con una versione molto meno complessa di fatti da esaminare che richiedono, non rare volte, decisioni giudiziarie che serviranno come il fondamento di tutti gli altri.

Questo è il problema sollevato dalle decisioni della tutela provvisoria processuale penale. Anche qui, l'effetto tunnel vision troverà nelle indagini preliminari, come dimostrato da numerosi studi, la fase procedurale più suscettibile della fioritura.

Oltre l'unilateralità delle informazioni in questa fase procedurale, anche sotto un altro aspetto, si intravede la prospettiva di una decisione in conformità con il materiale cognitivo che riposa nelle indagini preliminari, con la creazione di un secondo livello di rinforzo della decisione.

Naturalmente, la possibilità di ridurre la tendenza di conformazione riposa nell'udienza del giudice, sempre governata dal contraddittorio.

Una questione che è direttamente collegata con il *confirmation bias* è la tendenza, anche nelle decisioni giuridiche, alla ricerca di relazioni causali relative alla prova.

---

28. ASK, KARL; GRANHAG P. Motivational Sources of Confirmation Bias in Criminal Investigations: the need for cognitive closure. In *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*. N. 03, 2005. p. 45.

Sostengono Ask e Granhag<sup>29</sup> che i giurati di fronte ad un complesso di prove, tendono ad inserirle in strutture coerenti di memoria sotto il profilo della storia causale, piuttosto che considerare le prove in forma frammentaria.

In altre parole, la frammentarietà di ogni elemento di prova è disprezzata, sul piano della rilevanza, nel momento decisionale: l'insieme di innumerevoli "parzialità", che garantisce, come sostiene la giurisprudenza brasiliana, che "una serie di indizi può servire come elemento di condanna".

Naturalmente, ogni indizio considerato singolarmente non ha capacità di generare una condanna. Questo è perché la loro fragilità è evidente.

Tuttavia, quando il giudice rivolta il set o la "totalità" delle indizi, crea un set in cui la presenza di più elementi allevia il divario isolato da ogni elemento di convinzione. Dunque, la dissonanza cognitiva generata dalla precarietà e la frammentarietà di ogni modalità di prova sono ridotti da un'analisi globale della prova processuale. Ciò ha determinato in Brasile l'alto tasso di condanne, sulla base di un quadro probatorio arido. Attraverso alcune ricerche, è stato accertato che per i magistrati il momento critico del processo decisionale è la costruzione della situation awareness corrispondente per la ricreazione interna e soggettiva dello scenario su cui deve poggiare la decisione.

Questo processo è quello di interpretare e combinare le informazioni partendo dall'ambiente per capire cosa sta succedendo e perché.

Numerosi errori decisionali si presentano derivanti dalla povertà di questa costruzione<sup>30</sup>.

Ancora una volta, la riduzione della dissonanza colpisce direttamente la complessa analisi delle prove, valutata nella sua interezza, diventa più facile dare un giudizio di condanna.

Con la selezione dei mezzi di prova che devono essere presi in conto al momento di decidere c'è il ritrovamento di una "decomplessificazione" della situazione giuridica, che richiede decisione essendo più facile, così, trovare elementi consonanti.

Per quanto riguarda la selettività delle informazioni da raccogliere c'è una tendenza a preferire determinati mezzi di conferma dell'ipotesi con cui si lavora a scapito dei mezzi che potrebbero escludere tale ipotesi<sup>31</sup>.

È qui che sorge dall'indagine preliminare, un primato dei mezzi confermativi dell'ipotesi con cui si lavora a scapito degli elementi che potrebbero segnalare corsi alternativi per l'indagine.

---

29. ASK, KARL; GRANHAG P. Motivational Sources of Confirmation Bias in Criminal Investigations: the need for cognitive closure. In *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*. N. 03, 2005. p. 44.

30. ASK, KARL; GRANHAG P. Motivational Sources of Confirmation Bias in Criminal Investigations: the need for cognitive closure. In *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*. N. 03, 2005. p. 45.

31. KLAYMAN J., & HA, Y. W. Confirmation, disconfirmation, and information in hypothesis testing. In *Psychological Review*. n. 94, 1987. p. 211-228.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, l'interpretazione selettiva delle informazioni disponibili - che è indiscutibile in studi sulla decisione e cognizione attraverso innumerevoli testi - si verifica il fenomeno per cui informazione ambigue vengono interpretate come conferma delle proprie convinzioni.

In realtà si verificherà la situazione in cui la stessa prova (ambigua) sarà disprezzata per servire come un meccanismo di esonero delle ipotesi o addirittura di una nuova ipotesi<sup>32</sup>.

All'interno di questo panorama rivela ciò che è chiamato *need for cognitive closure*, che designa il desiderio di una scorciatoia per una decisione su una questione particolare evitando ambiguità e confusione.

Secondo Kruglanski una persona con un forte bisogno di "chiusura cognitiva" giudicherà secondo prove inconcludenti e dimostrerà rigidità di pensiero e riluttanza a prendere in considerazione diversi punti di vista<sup>34</sup>.

Restando fermi su questi aspetti circa la tendenza della decisione confermativa, connessa alla dissonanza cognitiva e alla chiusura cognitiva, si trovano facilmente gli argomenti per confutare il sistema inquisitorio, seduti soprattutto per la pratica di numerosi atti dalla stessa persona (agglomerazione quantistica di potere), così come la naturale tendenza a produrre blocchi cognitivi.

Basta ricordare Cordero<sup>36</sup> per il quale il sistema inquisitorio converte il processo criminale in un solipsistico monologo psicoscopico, con la conseguente cecità o schermatura per scenari alternativi<sup>37</sup>.

Come si può rilevare attraverso qualsiasi lettura attenta, il modello inquisitorio tende ad aumentare e rafforzare la tendenza alla chiusura cognitiva del giudice, producendo - per la mancanza di opposte tesi - atti procedurali consonanti.

Naturalmente, il sistema accusatorio ha la funzione di ridurre o minimizzare questa fenditura cognitiva. Hernandez e Preston<sup>38</sup> sostengono che la confirmation bias è collegata con quella che è stato caratterizzato da scioltezza, cioè, una procedura con nessun grande sconvolgimento, in cui predomina la unidirezionalità (test di verifica delle ipotesi accusatoria).

---

32. ASK, KARL; GRANHAG P. Motivational Sources of Confirmation Bias in Criminal Investigations: the need for cognitive closure. In *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*. N. 03, 2005. p. 46.

WEBSTER D. M., & KRUGLANSKI A. W. Individual differences in need for cognitive closure. *Journal of Personality and Social Psychology*. n. 67, 1994. p 1049-1062.

KRUGLANSKI A. W. Lay epistemics and human knowledge: cognitive and motivational bases. New York: Plenum Press, 1989.

SCHUNEMANN B. La Reforma del Proceso Penal. Madrid: Dykinson, 2005. p. 30.

36. CORDERO F. Guida Alla Procedura Penale. Torino: UTET, 1986.

37. RASSIN E. Blindness to Alternative Scenarios in Evidence Evaluation. In *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*. n. 07, 2010. p. 153-163.

38. HERNANDEZ I.; PRESTON J. L. Disfluency Disrupts the Confirmation Bias. In *Journal of Experimental Social Psychology*. v. 49, 2013. p. 178.

Alcuni esperimenti con disfluenza indicano che in questo modo le informazioni sono meglio analizzate. Ad esempio, attraverso alcuni test è stato dimostrato che alcuni studenti avevano conseguito un risultato migliore in ordine a questioni formulate in una lingua diversa, perché si era unito un elemento privo di influenza.

La disfluenza è un'interruzione del flusso normale, del progresso graduale e lineare di un procedimento. Come puoi pensare di un processo penale senza influenza? Il sistema adversarial è, almeno teoricamente, come un processo senza influenza per eccellenza.

Il primato del contraddittorio in un ambito di agonismo procedurale permette incessante scambio di versioni e atti procedurali. Una procedura penale con fasi bene determinate (con la necessaria esistenza di strumenti di garanzia della disfluenza, come, ad esempio, l'impossibilità di traslare degli elementi della indagine preliminare al processo<sup>39</sup>) e limitata può anche contribuire alla riduzione della influenza procedurale.

Secondo Nickerson, alcuni test effettuati nell'ambito di procedimenti giudiziari dimostrano che quanto più tardi c'è la formazione del convincimento giudiziale, più ampiamente la prova viene valutata.

Così, secondo il modello americano, i giurati sono avvertiti che non devono fare qualsiasi sorta di verdetto finché tutte le prove raccolte non sono presentate dinanzi alla corte.

Ancora una volta, entra in gioco la questione della disfluenza procedurale: la garanzia del procedimento contraddittorio permette che le versioni contrastate delimitano tutto l'ambiente entro il quale la decisione dovrebbe essere presa e non l'unico frammento che si deposita l'impressione iniziale del giudice.

È necessario registrare, inoltre, che non sempre la tendenza di conferma è direttamente collegata ad una credenza del giudice al fine di determinare la falsità/veridicità dell'evento. Appare anche, nel tentativo di nascondere errori<sup>40</sup>. Secondo Rubin e Brockner se il giudice non riesce ad ignorare determinate informazioni che deviano la decisione, diventa più difficile la correzione dell'errore attraverso il riesame di tale decisione<sup>41</sup>. Il giudice nel decidere seleziona le informazioni come un modo per ridurre o evitare le preoccupazioni che potrebbero essere sbagliate<sup>42</sup>.

Così, il processo decisionale non è circoscritto ad un nucleo dell'esposizione selettiva delle informazioni (Festinger), ma deve anche essere esaminato nel contesto delle decisioni giudiziarie, all'interno di una sequenza.

---

39. Nel caso di processo penale brasiliano

40. NICKERSON R. Confirmation Bias: an ubiquitous phenomenon in many guises. In *Review of General Psychology*. v. 2. n. 2, 1998. p. 193. p. 203.

41. BROCKNER J.; RUBIN J. Z. *Entrapment in Escalating Conflicts – a social psychological analysis*. New York: Springer, 1985.

42. SCHERER A. M.; WINDSCHITL P. D.; SMITH, ANDREW R. Hope to be Right: biased information seeking following arbitrary and informed predictions. In *Journal of Experimental Social Psychology*. n. 49, 2012. p. 107.

Quanto maggiore la necessità di decisioni sequenziale, più difficile è l'inversione di un determinato panorama processuale. Così ancora l'insistenza con la disfluenza procedurale e con le fasi procedurali ben definite, debitamente garantite, contro sovrapposizioni di una fase all'altra.

Un elemento, che merita maggiore attenzione e approfondimento della ricerca, deriva dalle conclusioni di Ask, Rebelius e Granhag<sup>43</sup> ed è il fatto che i partecipanti hanno maggiore convinzione sulle prove incriminanti, rispetto alle prove di esonero dell'imputato, ciò conferma la giustezza della tesi secondo cui il tempo del primo contatto con gli elementi procedurali e l'eventuale necessità di decisione producono relazioni cognitive di dissonanza o consonanza.

Prestando attenzione al sistema processuale penale brasiliano e, in particolare, all'istituto di prevenzione, diventa facile concludere che è esso accentua la perturbazione cognitiva. E poi, non sarebbe difficile concludere, insieme a Findley e Scott<sup>44</sup>, che l'intero processo conduce alla visione incriminante dell'imputato.

---

43. ASK, K. REBELIUS A.; GRANHAG P. A. The "Elasticity" of Evidence: a moderator of investigation bias. In *Applied Cognitive Psychology*. n. 2, 2008. p. 43-63.

44. FINDLEY K. A.; SCOTT M.S. The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases. In *Wisconsin Law Review*. n. 2, 2006. p. 291-397.

NICOLA RUSSO

**ABSTRACT**

*The obviousness of the evidence has to be weighed also in the case of the immediate trial provided by the art. 453, coma 1bis, of the criminal procedure code.*

## **Sul rapporto tra evidenza della prova e giudizio immediato custodiale: il principio di diritto “espresso ma non esplicito” delle Sezioni unite**

NICOLA RUSSO

SOMMARIO: 1. 1. Il tema. – 2. La sintesi della precedente posizione maggioritaria. – 3. Brevi notazioni critiche all’orientamento esposto e la decisione delle Sezioni Unite del 2014. – 4. Conclusioni.

1. Questa mia breve riflessione non si pone l’obiettivo di commentare la questione risolta alla stregua del principio di diritto esplicitamente affermato dalla Cassazione nella sua più autorevole compagine. Esso è affidato alle competenti cure di altro ben più “attrezzato” Autore.

Il “cono di luce” delle mie parole è, invece, più modestamente rivolto ad attirare l’attenzione su un altro paragrafo delle sentenze, in cui la Corte ha espresso il suo pensiero sulla questione sintetizzata nelle due massime riportate in nota<sup>1</sup>.

Il tema è quello dell’autonomia o meno del giudizio immediato cd. custodiale dal requisito dell’evidenza della prova, presupposto sostanziale incontestato del giudizio immediato ordinario. Sembrava, quella ora enunciata, una questione ormai definitivamente risolta in virtù di una convergenza consolidata tra l’opinione di una parte della Dottrina<sup>2</sup> e quella di una parte significativa della giurisprudenza della Cassazione<sup>3</sup>.

---

1. “Poiché la misura limitativa della libertà personale è finalizzata a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto, esula dalla sua struttura e dalla sua funzione la valutazione circa l’utilità del dibattimento. Di conseguenza, l’applicazione di una misura cautelare, pur se già sottoposta al vaglio del tribunale del riesame, implicando unicamente una probabilità di colpevolezza, non esclude di per sé il vaglio preventivo circa la sostenibilità dell’accusa in dibattimento”.

«Poiché la misura limitativa della libertà personale è finalizzata a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto, esula dalla sua struttura e dalla sua funzione la valutazione circa l’utilità del dibattimento. Di conseguenza, l’applicazione di una misura cautelare, pur se già sottoposta al vaglio del tribunale del riesame, implicando unicamente una probabilità di colpevolezza, non esclude di per sé il vaglio preventivo circa la sostenibilità dell’accusa in dibattimento. [...]»

Nel c.d. giudizio immediato custodiale l’adozione della misura cautelare, sia pure seguita dalla definizione della procedura di riesame (o, comunque, dal decorso dei termini per richiederla) non esaurisce il doveroso apprezzamento dell’evidenza probatoria, intesa come sostenibilità dell’accusa in giudizio e come inutilità della celebrazione dell’udienza preliminare. Tale apprezzamento va effettuato dopo l’esame di tutti gli atti delle investigazioni compiute e dopo avere offerto alla persona incolpata l’opportunità di interlocuzione – resa possibile dall’avviso a rendere interrogatorio e dalla indicazione dei fatti da cui risulta l’evidenza probatoria – nel rispetto dei termini indicati dall’art. 453, comma 1-bis, cod. proc. pen., funzionali a garantire la speditezza del processo, tenuto conto anche dello stato di privazione della libertà in cui versa l'imputato».

Cass. pen., sez. un., 14 ottobre 2014, n. 42979, <http://www.giustizia.it>

2. TONINI P., Considerazioni sul giudizio immediato custodiale, in *Diritto penale e processo*, 2010, 12, p. 1393 e ss.; Maffeo V., Giudizio immediato custodiale ed evidenza della prova: La posizione della Corte di Cassazione, in *Diritto penale e processo*, 2010, 5, p. 557 e ss.

3. Cass., sez. II, 1 luglio 2009 n. 38727; Cass., sez. I, 9 dicembre 2009, n. 2321; Cass., sez. VI, 20 gennaio 2011 n. 7912; Cass., sez. III, 7 luglio 2011 n. 41078.

2. L'orientamento seguito da questo maggioritario raggruppamento si era manifestato ab origine nella sentenza n. 38727 del 2009 con cui la Cassazione aveva affermato che «il giudizio immediato di cui all'art. 453, comma 1bis c.p.p., come introdotto dal d.l. 23 maggio 2008 n. 92, convertito con modifiche nella legge 24 luglio 2008 n. 125, è ipotesi autonoma alla quale non si applicano i presupposti di quella di cui al comma 1 del medesimo articolo, tra i quali l'evidenza della prova».

Alla base di questa soluzione si richiamava (espandendone, a ben vedere, l'ambito d'inferenza) la statuizione, contenuta nella sentenza n. 71 del 1996, con cui la Corte costituzionale aveva dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 309 e 310 cod. proc. pen. -così come costantemente interpretati- per contrasto con gli artt. 3 e 24 della Costituzione, nella parte in cui non consentivano di valutare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza nell'ipotesi in cui fosse stato emesso il decreto che dispone il giudizio a norma dell'art. 429 dello stesso codice.

Al riguardo, la Consulta aveva fatto rilevare che «la soluzione del quesito non può fondarsi su una concezione rigorosa ed astratta della autonomia del provvedimento incidentale di libertà rispetto a quello di merito, giacché ciò condurrebbe alla paradossale conseguenza di ritenere possibile la rivalutazione del presupposto dei gravi indizi di colpevolezza in qualsiasi momento del processo e, dunque, anche dopo l'eventuale intervento di una sentenza di condanna, in aperta antinomia con la coerenza stessa del sistema, che certo non tollera il concorso di due pronunce giurisdizionali sul tema della "colpevolezza", l'una incidentale e di tipo prognostico e l'altra fondata sul pieno merito e come tale suscettibile di passaggio in giudicato.

Il punto di equilibrio deve dunque rinvenirsi nel rispetto del principio di assorbimento, nel senso che soltanto ove intervenga una decisione che in ogni caso contenga in sé una valutazione del merito di tale incisività da assorbire l'apprezzamento dei gravi indizi di colpevolezza, potrà dirsi ragionevolmente precluso il riesame di tale punto da parte del giudice chiamato a pronunciarsi in sede di impugnative proposte avverso i provvedimenti *de libertate*».

Da quest'affermazione la Cassazione aveva tratto argomento per sostenere che se «la disposta citazione dell'imputato a giudizio immediato, ai sensi dell'art. 453 c.p.p., comma 1, non può in alcun modo pregiudicare la diversa ed autonoma valutazione che il giudice *de libertate* sia chiamato ad operare circa la sussistenza o meno dei "gravi indizi di colpevolezza", richiesti dall'art. 273 c.p.p. per l'applicazione ed il mantenimento delle misure cautelari personali (Sez. IV, 13 giugno 2003, n. 31205, Meliani, rv. 225735), è (invece: ndr.) del tutto razionale che il legislatore disponga, al contrario, che la valutazione del giudice *de libertate* sia sufficiente per l'instaurazione del giudizio immediato.».

Inoltre, sempre nella richiamata sentenza n. 38727 del 2009, s'invocava a sostegno della propria tesi l'affermazione delle Sezioni Unite, contenuta nella sentenza n. 36267 del 30 maggio 2006, secondo cui «il giusto processo cautelare è l'epilogo di un cammino che, attraverso varie tappe segnate da interventi del legislatore, di questa Suprema Corte e del Giudice delle leggi, ha visto progressivamente sfumare le tradizionali differenze evidenziate tra decisione cautelare e giudizio di merito, con riferimento alla valutazione degli elementi conoscitivi posti a disposizione del giudice, e ricercare una tendenziale omologazione dei corrispondenti parametri - guida»; tanto che con riferimento ai provvedimenti che comprimono diritti di rilievo costituzionale, qual è quello della libertà, «v'è una chiara spinta all'omologazione dei parametri di valutazione e di utilizzabilità del materiale conoscitivo oggetto delle decisioni del giudice della cautela e di quello del merito»».

Sulla scorta di questi “ritenuti” avalli, la Corte giungeva così alla conclusione che «non vi è ragione, pertanto, per attribuire all'“evidenza della prova” un significato più garantista rispetto a quello espresso dal giudizio cautelare».

Su questa considerazione di fondo si erano, poi, sedimentate le riflessioni adesive di vari Autori, pur segnalandosi nell'Accademia anche posizioni critiche<sup>4</sup>.

3. La posizione espressa dalla sentenza n. 38727 del 2009 fondava, a ben vedere, su presupposti giurisprudenziali costruiti per sorreggere principi di tipo diverso. La sentenza della Corte Costituzionale, come esposto, aveva riguardo alla inferenza del giudizio di merito sulla rivalutazione dei gravi indizi di colpevolezza.

In quella pronuncia altro non si affermava se non il principio secondo cui l'emissione del decreto che dispone il giudizio (provvedimento, peraltro, fisiologicamente privo di motivazione) non può costituire la dead-line dell'apprezzamento dei gravi indizi, non potendosi ritenere assorbito il vaglio cautelare in quella pronuncia di meritevolezza del giudizio dibattimentale.

Su altro versante, la pronuncia delle Sezioni Unite del 2006 aveva la finalità di ancorare il giudizio sulla “tenuta” della chiamata in reità ed in correatà in sede cautelare ad un grado di affidabilità e specificità (i cd. riscontri individualizzanti) omologabile a quello richiesto in sede di cognizione piena, in ragione dell'estensione della regola dell'art. 192, commi terzo e quarto ai criteri fissati nell'art. 273, comma primo *bis*, cod. proc. pen., introdotto dall'art. 11 L. n. 63 del 2001.

Dunque, da queste due decisioni – ad opinione di chi scrive – non era possibile trarre l'ulteriore corollario secondo cui la «sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, passata al vaglio del contraddittorio, sia sufficiente di per sé, a fondare la obbligatoria richiesta di giudizio immediato».

---

4. Si segnalano, in particolare: LORUSSO S., Il giudizio immediato (apparentemente) obbligatorio e la nuova ipotesi riservata all'imputato *in vinculis*, in AA .VV., Le nuove norme sulla sicurezza pubblica, a cura di Lorusso S, Padova, 2008, p. 151; SPAGNOLO P., L'art. 453 comma 1 bis c.p.p.: una nuova ipotesi di giudizio immediato?, in *Giur. It.*, 2009, 12, 2786.

In altri termini, «la spinta all'omologazione dei parametri di valutazione e di utilizzabilità del materiale conoscitivo oggetto delle decisioni del giudice della cautela e di quello del merito», sostenuta dalle Sezioni Unite del 2006, aveva esclusivamente il senso di un richiamo all'arricchimento contenutistico degli standards dimostrativi richiesti per l'emissione di un provvedimento limitativo della libertà personale, in modo da renderli sempre più assimilabili a quel grado di pregnanza connotante la prova dibattimentale della colpevolezza.

Da tale monito ermeneutico non era, invece, metodologicamente corretto trarre una conseguenza logica ulteriore, qual è quella di considerare posti su livelli crescenti di una medesima scala di senso "l'evidenza della prova" della richiesta di giudizio immediato ed i "gravi indizi di colpevolezza" del provvedimento *de libertate*.

Non può non cogliersi, invero, la profonda differenza dell'orizzonte di giudizio che l'una e l'altra nozione sono dirette a qualificare ed a rendere possibile. La valutazione cui è chiamato il giudice della domanda cautelare e quella rimessa al destinatario della richiesta di giudizio immediato appartengono a due categorie distinte, e ciò non può non incidere sul significato dei reciproci presupposti, collocati su piani di contenuto autonomi.

Valga qui il richiamo ad un principio ermeneutico fondamentale (e solo in apparenza scontato) espresso dalla Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 185 dell'8/6/2001. Esso fu reso nell'ambito della definizione della permanente natura processuale del giudizio espresso in sede di udienza preliminare, anche a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 479 del 1999<sup>5</sup>. In quell'occasione la Consulta sottolineò che «ad una richiesta in rito non può non corrispondere, in capo al giudice una decisione di uguale natura, proprio perché anch'essa calibrata sulla prognosi di non superfluità del sollecitato passaggio alla fase dibattimentale».

Quest'osservazione è assolutamente fondamentale per cogliere la differenza di senso esistente tra la nozione di "gravi indizi di colpevolezza" ed "evidenza della prova".

In altri termini, è mia opinione che non si possa mettere a confronto questi due concetti senza tener conto della differente dimensione del giudizio in cui ciascuno di essi viene in rilievo.

La richiesta di giudizio immediato (custodiale od ordinario) è –come quella di rinvio a giudizio– una richiesta in rito. La domanda cautelare, per tutta evidenza, non lo è. A ciascuna di esse corrisponde "in capo al giudice" un'onere di decisione di natura necessariamente equivalente.

---

5. Il nucleo essenziale di detta pronuncia è nel passaggio secondo cui «deve sottolinearsi come le pur significative e rilevanti modifiche che la legge n. 479 del 1999 ha apportato alla disciplina della udienza preliminare, pur avendo contribuito a ridefinire, in termini di maggior pregnanza, la struttura, la dinamica ed i contenuti decisori di quella fase, non ne hanno tuttavia mutato le connotazioni eminentemente processuali che ne contraddistinguono l'essenza».

Sulla base di queste considerazioni può ora compiersi brevemente l'esame della sentenza delle Sezioni Unite n. 16 del 2014 per la parte d'interesse.

Va, innanzitutto, evidenziato che la questione in commento non viene liquidata dalla Suprema Corte nello spazio di un obiter dictum, bensì viene inquadrata nelle premesse sistematiche di analisi dell'istituto. Dunque, l'affermazione ha il senso e la portata di vera e propria premessa di diritto.

Inoltre, Le Sezioni Unite danno atto dell'esistenza sull'argomento di un orientamento contrario di parte della giurisprudenza di legittimità ed esprimono apertamente la loro adesione alla diversa opinione interpretativa sintetizzata nelle massime riportate in apertura al presente articolo.

Non si giunge, ovviamente, fino al punto di cristallizzare questa posizione in un esplicito principio di diritto perché non era questo l'argomento che aveva giustificato l'ordinanza di rimessione, ma la sostanza del dictum ha la forza tipica del precedente nomofilattico.

L'incipit della Corte è chiaro e serve a spazzare subito dal campo di speculazione un argomento spesso utilizzato dalla Dottrina che ha sostenuto l'autonomia del giudizio immediato custodiale.

La similitudine tra questo rito ed il giudizio direttissimo si esaurisce nella «maggiore celerità nel passaggio alla fase dibattimentale che avviene senza la preventiva celebrazione dell'udienza preliminare».

Tuttavia, precisa subito il Collegio, «al contrario di quanto previsto per il giudizio direttissimo, in cui l'accesso alla fase dibattimentale avviene senza alcun previo controllo giurisdizionale, nel rito immediato richiesto dal pubblico ministero l'instaurazione del dibattimento avviene solo all'esito della verifica operata dal giudice per le indagini preliminari circa la sussistenza dei relativi presupposti processuali».

Solo nel rito direttissimo la fase del giudizio s'instaura senza il preventivo vaglio sulla "non superfluità" del dibattimento, cioè in assenza di una esplicita statuzione del decidente sul punto.

Si tratta di una scelta legislativa precisa e circoscritta e non sarebbe corretto ritenere assorbito nel provvedimento di convalida dell'arresto questo tipo di valutazione. Infatti, il giudizio direttissimo può instaurarsi anche in caso di mancata convalida dell'atto precautelare, quando vi sia il consenso dell'imputato e del pubblico ministero<sup>6</sup>.

Dunque, in questa seconda ipotesi il passaggio alla fase dibattimentale avviene in contrasto con la valutazione compiuta dal giudice sull'atto limitativo della libertà personale, a dimostrazione del fatto che il provvedimento di convalida non tiene luogo dell'autorizzazione giudiziaria di accesso alla fase di cognizione piena.

---

6. A ciò si aggiunga, poi, l'ipotesi di rito instaurato a seguito di confessione dell'arrestato.

E non vale in tal caso l'obiezione secondo cui anche il giudizio immediato può instaurarsi sulla semplice base della richiesta dell'imputato (art. 453 comma 3 c.p.p.). Qui la scelta prescinde dallo status libertatis e da qualsiasi valutazione su di essa compiuta precedentemente dal giudice, il quale comunque è tenuto ad una pronuncia di *vocatio ad iudicium* (vincolata solo dal rispetto di presupposti di ammissibilità formali) ai sensi dell'art. 419 comma 6 del codice di rito<sup>7</sup>.

Proseguendo nella disamina della motivazione, va osservato che le Sezioni Unite danno atto della struttura polimorfica del giudizio immediato conseguente «all'ampliamento dell'originaria previsione normativa, costituente l'archetipo, mediante l'aggiunta del c.d. rito immediato custodiale che con il primo condivide l'assenza dell'udienza preliminare, in coerenza con le peculiari esigenze di speditezza e di risparmio di risorse processuali che contraddistinguono questo giudizio alternativo».

A ciò soggiungono, però, che in entrambi i casi «dal punto di vista oggettivo, i vari presupposti del rito sono riconducibili o alla tutela dell'obbligo dell'azione penale e della correlativa necessaria completezza delle indagini oppure al piano delle garanzie difensive».

Peraltro, le Sezioni Unite non si sottraggono al compito di evidenziare le diversità strutturali tra giudizio immediato ordinario e quello cd. custodiale.

Infatti, esse precisano che «il giudizio immediato tipico si caratterizza per lo stretto collegamento tra *notitia criminis*, indagini e giudizio.

Infatti, il termine per la sua richiesta decorre dall'iscrizione della notizia di reato (anche non soggettivizzata) e si ricollega al presupposto probatorio del rito, traducendosi in una sorta di presunzione legale di non evidenza probatoria nei casi in cui le indagini si protraggano oltre i tre mesi.

Nel giudizio immediato c.d. custodiale il legislatore delinea un preciso nesso tra stato detentivo della persona disposto in ordine al delitto per il quale è stato iscritto il procedimento e profili probatori, integrati dalla definizione della procedura di riesame o, comunque, dal decorso dei termini per proporla».

Quindi, dando atto di questa distinzione di struttura, la Corte passa a ribadire, sulla scorta anche delle precedenti statuizioni di legittimità, il significato della nozione di "evidenza probatoria" ed il ruolo di questo presupposto nella struttura del rito.

Scrivono, infatti, le Sezioni Unite che «essa qualifica l'indagine condotta dal pubblico ministero e riguarda tutti gli atti delle indagini preliminari e non soltanto le prove utilizzabili in dibattimento, che potrebbero non essere affatto acquisite.

---

7. Discorso simile può farsi per la richiesta di giudizio immediato in sede di opposizione a decreto penale di condanna (art. 461, comma 3, cod. proc. pen.) con l'ulteriore precisazione che qui il decreto è emesso sulla sola scorta dell'atto di opposizione non accompagnato dall'opzione per altri riti alternativi.

L'evidenza probatoria si traduce in una prognosi sulla sostenibilità in giudizio dell'accusa e deve essere tale da consentire di escludere che il contraddittorio fra le parti possa indurre il giudice dell'udienza preliminare a pronunciare una sentenza di non luogo a procedere<sup>8</sup>.

La sussistenza di elementi di tale pregnanza da escludere la necessità di sottoposizione alla verifica dell'udienza preliminare spiega il fondamento logico-sistemico del giudizio immediato che prevede il passaggio alla fase dibattimentale senza la preventiva celebrazione della suddetta udienza.

Il presupposto probatorio sin qui delineato si riflette inevitabilmente sugli altri due, cui è subordinata l'instaurazione del rito in questione.

La formulazione del giudizio di evidenza della prova è possibile soltanto in presenza di una compiuta contestazione alla persona sottoposta alle indagini degli elementi di accusa raccolti nei suoi confronti, idonea a consentire il pieno esercizio del diritto di difesa mediante l'illustrazione delle proprie discolpe».

A questa struttura non è estraneo il giudizio immediato custodiale perché, come precisano subito le Sezioni Unite, il consolidamento del quadro indiziario in sede cautelare può costituire “solo un tassello” della più ampia categoria dell'evidenza della prova.

Le Sezioni Unite, con questa affermazione ribaltano del tutto il rapporto – finora sostenuto con convincimento maggioritario – di assorbimento tra “gravi indizi di colpevolezza” ed “evidenza probatoria”.

Sconfessano in radice l'asserzione secondo cui i primi rappresentino un quid pluris dal punto di vista dimostrativo, così da rendere irrilevante la verifica circa la sussistenza della seconda. Eppure questo orientamento sembrava diffusamente condiviso.

Ma, in fondo, (e l'osservazione non ha il pregio della novità, risalendo addirittura ad Erodoto) “chi lo dice che i più hanno sempre ragione?”

Non si deve, però, nel plauso alla pronuncia delle Sezioni Unite correre nemmeno il rischio opposto, che è quello di considerare l'evidenza probatoria una categoria assorbente la gravità indiziaria.

Infatti, sono proprio le Sezioni Unite a richiamare l'attenzione sul fatto che si tratta di categorie differenti, strumentali al compimento di giudizi di diversa natura.

---

8. Cfr. Cass. sez. un. 22 del 06/12/1991, dep. 1992, Di Stefano. Rv. 19247-9; Corte cost., ordd. nn. 276 del 1995 e 182 del 1992.

L'evidenza probatoria deve essere «intesa come substrato probatorio idoneo, in presenza di indagini complete e concludenti, a rendere superflua la celebrazione dell'udienza preliminare, ad escludere che il contraddittorio fra le parti in tale sede possa portare ad una sentenza di non luogo a procedere e, infine, a consentire il passaggio alla fase dibattimentale.

Il giudizio di gravità indiziaria è, infatti, una prognosi di qualificata probabilità di colpevolezza allo stato degli atti e *rebus sic stantibus*, basato sugli elementi selezionati e presentati al giudice dal pubblico ministero, funzionali all'adozione della misura cautelare, e su di un materiale fluido, perché non sottoposto ancora a tutte le necessarie verifiche.

Poiché la misura limitativa della libertà personale è finalizzata a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto, esula dalla sua struttura e dalla sua funzione la valutazione circa l'utilità del dibattimento».

4. Sulla scorta di questa precisa rideterminazione degli istituti coinvolti, le Sezioni Unite pervengono ai due “dispositivi” espressi nelle massime estratte.

In essi esprimono il dovere del giudice di procedere, anche dopo la definizione della procedura di riesame (od il decorso del termine per attivarla), al vaglio dell'evidenza della prova, sganciando il momento della valutazione cautelare da quello del giudizio di meritevolezza del dibattimento, la cui sovrapposizione rischia di portare inconsapevolmente -ma pericolosamente- ad una progressiva assuefazione dell'accertamento della colpevolezza sugli esiti del giudizio cautelare di gravità indiziaria.

Il monito delle Sezioni Unite vale anche far rammentare che il giusto processo non è senza dubbio quello opacizzato dal decorso del tempo (con incalcolabili ricadute nei casi di privazione della libertà personale) ma non è nemmeno quello reso vuoto dall'eccessivo dinamismo, in cui ci si accontenta di “mezze verità”.

La presunzione di non colpevolezza non è principio recessivo nel giudizio immediato custodiale, bensì immanente anche in esso e la rapidità deve essere funzionale solo ad una riduzione dei tempi di sottrazione preventiva della libertà ma non può tradursi in uno strumento che finisca per legittimare una verifica meno garantita della sostenibilità dell'accusa in giudizio.

La tutela del “diritto al non processo” si realizza, anche nei casi di richiesta di giudizio immediato atipico, attraverso un attento esame delle condizioni sostanziali che giustificano l'inutilità dell'udienza preliminare.

Il recupero, consacrato dalle Sezioni Unite, di questo momento valutativo apre la strada alla legittimità di provvedimenti di rigetto della richiesta tutte le volte in cui il giudice per le indagini preliminari ritenga i gravi indizi di colpevolezza da soli non sufficienti a sostanziare la valutazione sull'evidenza della prova.

CLELIA IASEVOLI

**ABSTRACT**

*System has not foreseen a penalty for prerequisite and formal condition violation for the legal exercise of penal law in the alternative form of commitment for trial. The analysis aims to identify a solution for the violation of the terms within by the PM has to submit the commitment for immediate trial.*

## L'inosservanza dei termini finali nel giudizio immediato: aporie interpretative

CLELIA IASEVOLI

SOMMARIO: 1. 1. Il termine come condizione di forma dell'atto processuale. – 2. L'irrituale domanda di giudizio immediato. – 3. L'orientamento delle Sezioni unite. – 4. La violazione del termine a comparire di trenta giorni ex art. 456 comma 3 c.p.p.

1. Ricordo che un autorevole studioso definiva il formalismo un'evasione, o meglio il rigetto della responsabilità del giudizio sulla norma, ma osservava anche che «non c'è formalismo di legislatore che valga se il giudice non è formalista, perché è il giudice che fa la norma assai più di quanto la norma non faccia il giudice»<sup>1</sup>.

Di questo assunto costituisce una pregnante esemplificazione la decisione delle Sezioni unite<sup>2</sup> che, nell'attribuire risalto all'inosservanza dei termini finali del giudizio immediato 'ordinario' e 'custodiale', precisa che essa sia rilevabile dal solo giudice per le indagini preliminari, ponendo in tal modo problemi sia in ordine al rispetto delle regole di competenza funzionale che di quelle relative al trattamento del vizio.

Non vi è dubbio che il versante implicato sia quello del *quomodo* dell'azione penale, che risente del concetto di forma sintetizzato nell'art. 405 c.p.p., dei suoi contenuti di garanzia ed eguaglianza, nonché di accelerazione del ritmo della successione degli atti.

Il legislatore, «nei casi previsti nei titoli II, III, IV e V del libro VI ovvero con richiesta di rinvio a giudizio», indica, a fronte della sussistenza di taluni presupposti e condizioni, percorsi particolari tra quelli possibili, ritenuti maggiormente funzionali alle esigenze dell'accertamento<sup>3</sup>;

---

1. S. SATTA, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, 145.

2. Cass., sez. un., 14 ottobre 2014, n. 42979, <http://www.giustizia.it>.

3. L'elencazione, però, non può considerarsi tassativa, perché la ricognizione codicistica, e non solo, presenta altre ipotesi di esercizio dell'azione penale. Ci riferiamo all'art. 409 comma 5 c.p.p., all'art. 550 c.p.p., all'art. 20 d.lgs. 2000, n. 274, all'art. 21 d.lgs. 2000, n. 274, tutti casi che si aggiungono a questa classificazione in virtù di un dato di indubbia rilevanza: la previsione del requisito dell'imputazione all'interno della struttura dell'atto, cioè nel paradigma legale di riferimento. Per non dire della specificazione contenuta nell'art. 60 c.p.p. in ordine agli atti dai quali deriva l'assunzione della qualità di imputato, tra cui è annoverato espressamente l'art. 447 comma 1 c.p.p.

ma questo insieme legislativo costituisce anche il perimetro del controllo del giudice sull'osservanza della legge da parte del pubblico ministero nelle opzioni inerenti all'azione.

La predeterminazione della forma è una scelta di valore: l'inosservanza si traduce nella violazione del valore medesimo<sup>4</sup>, anche se l'ordinamento non identifica il rimedio sanzionatorio, comunque condizionato dalla causa di difformità dell'atto dallo schema legale.

Su questo terreno, la Cassazione affronta due quesiti emersi dalla prassi: a) la tardività della richiesta di giudizio immediato *ex art. 453 commi 1 e 1 bis c.p.p.*; b) la prosecuzione delle indagini oltre i limiti temporali e la conseguente proposizione della domanda dopo la decorrenza del termine.

La prima violazione era stata ricostruita come mera irregolarità, riguardando la sola domanda<sup>5</sup>.

La tesi si basava sulla negazione del carattere perentorio del termine per la richiesta, mancando un'espressa previsione in tal senso (art. 173 c.p.p.).

Sebbene l'orientamento non fosse condivisibile per le ragioni che si diranno, va posto in evidenza che esso già escludeva la riconducibilità della violazione all'ipotesi di nullità di cui agli artt. 178 comma 1 lett. b) c.p.p., ritenendo che la tardività dell'istanza non incidesse sull'iniziativa del pubblico ministero.

In particolare, la locuzione «entro novanta giorni dall'iscrizione della notizia di reato nel registro previsto dall'articolo 335» (art. 454 comma 1 c.p.p.) era ritenuta ordinatoria per la presentazione della richiesta e tassativa sul piano del completamento delle indagini<sup>6</sup>.

Parimenti la giurisprudenza<sup>7</sup> ricadeva nello stesso errore in ordine alla qualificazione del termine di 180 giorni di cui all'art. 453 comma 1-bis c.p.p., interpretando l'espressione «e comunque entro centottanta giorni dall'esecuzione della misura» come limite ordinatorio, con riferimento alla richiesta del rito, e limite tassativo per le indagini.

---

4. M. NOBILI, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: "Voi invocate le forme perché non avete i principi"?*, in *Crit. del dir.*, 1994, 67. Sul distinguo forma e formalismo sia consentito il rinvio al nostro *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 133 e ss.

5. In particolare, Cass., sez. V, 21 gennaio 1998, n. 1245, Rv. 210027.

6. Con riferimento al giudizio immediato ordinario, Cass., sez. I, 10 aprile 2001, n. 24617, <http://www.giustizia.it>; Cass., sez. I, 27 maggio 2004, n. 26305, <http://www.giustizia.it>; Cass., sez. III, 26 settembre 1995, n. 273, <http://www.giustizia.it>. In relazione al giudizio immediato custodiale, Cass., sez. VI, 20 ottobre 2009 n. 41 038, Rv. 244858; Cass., sez. I, 26 ottobre 2010, n. 45079, *C.E.D. Cass.* n. 249006.

7. Cfr. Cass., sez. III, 7 luglio 2011, n. 41078, <http://www.giustizia.it>; Cass., sez. I, 9 dicembre 2009, n. 2321, Rv. 246036; Cass., sez. VI, 1 dicembre 2009, n. 47348, Rv. 245490

L'impostazione consentiva di affermare la validità della domanda proposta in violazione del termine prescritto, facendo salve le negligenze dell'organo dell'accusa.

Ma le cose, in realtà, stanno diversamente. Tale distinguo non si rinviene nell'art. 454 c.p.p., né nell'art. 453 comma 1-bis c.p.p.: entrambe le disposizioni prevedono condizioni di ammissibilità della richiesta, trattandosi di termini finali dagli evidenti contenuti perentori, attestati ulteriormente dall'uso della preposizione «entro».

Alla decorrenza di tali scansioni temporali consegue la consumazione del potere, sia pure in assenza dell'espressione 'a pena di decadenza'<sup>8</sup>.

L'asserzione è confermata implicitamente dal principio di diritto delle Sezioni unite<sup>9</sup>, secondo cui «l'inosservanza dei termini di novanta e centottanta giorni, previsti rispettivamente per la richiesta di giudizio immediato ordinario e per quello cautelare è rilevabile da parte del giudice per le indagini preliminari, attenendo ai presupposti del rito».

A parte l'equivocità sotto il profilo dommatico – non priva di conseguenze – circa la classificazione del termine come presupposto e non come condizione formale, occorre verificare, sul piano sistematico, fino a che punto sia sostenibile e coerente l'interpretazione della Cassazione, alla quale va riconosciuto il merito di aver rotto il silenzio su un tema dai molteplici risvolti sanzionatori e dalle ricadute significative sulla durata ragionevole del processo.

Ebbene, nel caso di specie il modulo differenziato di esercizio dell'azione penale privilegia strutturalmente la concentrazione e la celerità del dibattimento, 'saltando' l'udienza preliminare con evidenti riflessi sul diritto di difesa dell'indagato<sup>10</sup>.

---

8. Cass., sez. V, 21 gennaio 1998, n. 1245, *C.E.D. Cass.* n. 210027. In quest'ottica si era già espressa parte della dottrina: A. DE CARO, *Il giudizio direttissimo*, Napoli, 1996, 192; G. DEAN, *Sul rispetto del termine per l'instaurazione del giudizio immediato*, in *Giur. it.*, 1992, II, 525; P.P. RIVELLO, *Il giudizio immediato*, 1993, Padova, 182; A. MARANDOLA, *Violazione del termine di 90 giorni per il rito immediato e nullità del decreto di rinvio a giudizio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, n. 8, 1008.

9. Cass., sez. un., 14 ottobre 2014, n. 42979, <http://www.giustizia.it>.

10. Cfr. Cass., sez. I, 9 dicembre 2009, n. 2321, <http://www.giustizia.it>. «Giova solo precisare che se il codice accusatorio e garantista oggi vigente, in epoca di giusto processo, fosse letto ed applicato nel senso di lasciare, invece, al p. m. l'attribuzione di sacche di arbitrio incontrollabile...ne risulterebbe scardinato il sistema processuale penale nella sua interezza, che è deve rimanere vincolato sempre e in ogni caso al rispetto delle regole». Così A. GAITO, *Presupposti del giudizio immediato e processo equo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, n. 5, 525.

Non mi soffermo sul presupposto della prova evidente<sup>11</sup> (art. 453 comma 1 c.p.p.); qui sarà sufficiente richiamare l'attenzione sul dato che essa giustifica la contrazione dello spazio difensivo nell'ottica della superfluità del confronto dialettico sull'an dell'azione, essendo gli elementi di prova idonei a sostenere l'accusa in giudizio ed essendo gli stessi sottoposti al controllo cartolare del giudice per le indagini preliminari.

Sicché tale presupposto è da intendersi non nel senso di definibilità del processo allo stato degli atti, ma di prevedibile mancanza di elementi, che possano condurre alla pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere<sup>12</sup>.

Allo stesso modo l'innesto del comma 1 *bis* nel contesto dell'art. 453 c.p.p., sebbene non preveda il ricorrere dell'evidenza probatoria, non si allontana dalle ipotesi di idoneità legislativamente qualificata, poiché lo status cautelare presuppone che l'interessato sia stato interrogato, o, comunque, sia stato posto nella condizione di esserlo e che a suo carico siano stati raccolti gravi indizi di colpevolezza<sup>13</sup>.

Rispetto a queste situazioni, le Sezioni unite<sup>14</sup> hanno precisato che l'organo titolare dell'azione penale abbia «uno specifico e indilazionabile obbligo giuridico di assumere le proprie determinazioni nei limiti cronologici stabiliti dalla legge, obbligo, che deve essere adempiuto senza alcuna soluzione di continuità rispetto al momento in cui sorgono i relativi presupposti».

Il che significa che nell'ipotesi di accertamenti complessi, insuscettibili di esaurirsi entro i limiti temporali prescritti dagli artt. 454 comma 1 e 453 comma 1 *bis* c.p.p., il pubblico ministero deve esercitare l'azione penale nel modo ordinario, cioè, con la richiesta di rinvio a giudizio.

Tuttavia, va subito chiarito che il termine è una condizione di forma dell'atto processuale e non un suo presupposto; le conseguenze dell'inosservanza sono sempre commisurate sotto l'aspetto di validità o invalidità dell'atto compiuto in maniera difforme dalla tipicità del modello, ponendosi la disposizione temporale come elemento formale dell'atto, la cui violazione ne determina l'invalidità.

---

12. Cass., sez. III, 2 marzo 2001 n. 15833, Cornejo Pedroza, *C.E.D. Cass.* n. 218674; in senso analogo, Cass., sez. III, 7 dicembre 2007 n. 579, *C.E.D. Cass.* n. 238582.

13. In senso critico, vi è chi afferma che «esiste, poi, una sostanziale differenziazione tra gravi indizi di colpevolezza ed evidenza probatoria dovuta innanzitutto alla siderale diversità tra valutazioni cautelari e valutazioni di merito. Ed anche se la scelta sulle modalità di esercizio dell'azione non può dirsi fondata strettamente su valutazioni del merito della regiudicanda, nessuna equiparazione tra gravi indizi di colpevolezza ed evidenza probatoria può essere consentita. Ma se si sacrifica l'evidenza probatoria e, con essa, il principio dell'adeguatezza processuale, è legittimo chiedersi su quali basi razionali fonda la scelta legislativa di saltare l'udienza preliminare. Ancor più eccentrica sembra la scelta di subordinare, in questa ipotesi, l'udienza preliminare – con la sua funzione di garanzia – ad una valutazione esclusiva del pubblico ministero – la sussistenza di un grave pregiudizio per le indagini: cioè discrezionalità piena – di difficile verifica e, soprattutto, del tutto avulsa dal contesto ontologico che legittima il controllo sul corretto esercizio dell'azione». A. DE CARO, *Controlli sulla ricorrenza dei presupposti*, in AA. VV., *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, cit., 250 e ss.

14. Cass., sez. un., 14 ottobre 2014, n. 42979, <http://www.giustizia.it>.

Ciò impone di rivedere i confini dell'ambito operativo della regola secondo cui «i termini si considerano stabiliti a pena di decadenza soltanto nei casi previsti» ex art. 173 comma 1 c.p.p., da essa sicuramente esulano i termini finali, la cui funzione va oltre il singolo atto, identificando la relazione tra più atti di una medesima sequenza.

La relazione è oggetto di un autonomo *iter* volto ad impedire il tardivo inserimento di un atto nella successione teleologica.

Essi vanno considerati perentori, anche in assenza di un'esplicita statuizione in tal senso. In sintesi, la disposizione di cui all'art. 173 comma 1 c.p.p. si riferisce a tutti i termini, diversi da quelli finali.

Dunque, l'espressione 'termine processuale' non può essere ridotta alla contrapposizione tra termine perentorio e termine ordinatorio<sup>15</sup>; se si supera la contrapposizione, si scopre che vi sono confini temporali che devono essere osservati per lo scopo che perseguono e per la funzione che assolvono.

Da qui l'ulteriore corollario che la decadenza<sup>16</sup> non consegua soltanto ad un'espressa dichiarazione di perentorietà, essendovi norme che implicitamente precludono il compimento dell'atto, dopo la scadenza delle scansioni temporali (es. artt. 453 comma 1 *bis* e 454 comma 1 c.p.p.) e se ciò concerne una domanda, la violazione è causa di inammissibilità della stessa.

Altro discorso va fatto per i termini dilatori, la loro funzione è quella di ritardare il corso del procedimento mediante l'indicazione del tempo che deve trascorrere prima che possa compiersi un determinato atto; si vuole, cioè, impedire il compimento dell'atto successivo della sequenza, prima che sia trascorso un certo periodo di tempo: la loro violazione non produce decadenza.

Non è così per i termini a comparire che, essendo annoverabili nella categoria dei termini finali, qualora non siano osservati producono la decadenza, anche se non esplicitamente prevista.

In definitiva, l'ordinamento, ponendo a carico di una parte l'onere di compiere un'attività nel rispetto di limiti temporali a carattere finale, costruisce un meccanismo volto ad evitare sia il ritardo del ritmo del *procedere* sia lo stato di pendenza del processo, attraverso la consunzione del potere di compiere l'atto alla scadenza del termine.

Il carattere perentorio è intrinseco alla strutturazione normativa; non a caso in essa si rinviene l'uso di preposizioni come 'entro' o 'almeno'.

---

15. G. UBERTIS, *Termini*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio-O. Dominioni, II, Milano, 1989, 229; C. E. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983, *passim*.

16. C. MASSA, VOCE *Decadenza*, in *Enc. for.*, III, Milano, 1958, 31; R. MANCINELLI, voce *Decadenza* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 793; M. LEONE, *Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*, Napoli, 1974; L. FULCI, voce *Decadenza*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988; S. SAU, voce *Decadenza*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1992, 549.

D'altra parte, la ricognizione codicistica rivela che il legislatore non è 'generoso' nella definizione della natura del termine.

Ciò contribuisce a rafforzare la convinzione che il promovimento del giudizio immediato, oltre i termini prescritti, confluisca nell'inammissibilità del rito ed abbia come epilogo naturale il provvedimento di restituzione degli atti al pubblico ministero.

La riflessione vale per ogni altro termine prescritto per l'accesso ad un modulo differenziato.

Il trattamento processuale del vizio con tale rimedio sanzionatorio è connesso alla disponibilità del *quomodo* di esercizio del potere, attraverso il quale si introduce una situazione che, realizzando una deviazione dalle modalità prescritte, produce l'effetto preclusivo proprio della sanzione.

2. Va posto nel debito risalto il fatto che la patologia si riverbera necessariamente sulla forma di esercizio dell'azione penale, dal momento che il giudice ha il dovere di verificare prima il corretto esercizio della stessa e, poi, il contenuto della domanda di giudizio presentata dal pubblico ministero.

Non è un caso che dai contenuti normativi di cui all'art. 455 c.p.p. e dalla lettura sistematica degli artt. 453 e 454 c.p.p. si evinca la centralità della funzione del giudice per le indagini preliminari nello sviluppo della sequenza procedimentale.

Con la richiesta il pubblico ministero esercita l'azione penale, il giudice in caso di esito positivo del controllo espletato emette, entro 5 giorni, il decreto che dispone il giudizio; se, invece, la verifica dei presupposti e delle condizioni del rito abbia un epilogo negativo, il giudice rigetta la richiesta, ordinando la trasmissione degli atti al pubblico ministero.

La connessione tra l'espressione rigetta e il potere-dovere di trasmissione degli atti coinvolge l'aspetto sostanziale dell'istanza, cioè, l'evidenza probatoria, ma non esclude, bensì assorbe, il controllo degli altri requisiti: qui la forma assume un'accezione estesa al contenuto dell'atto, esaltando il valore di garanzia della legalità processuale.

Inoltre, l'art. 455 comma 1-*bis* c.p.p. circoscrive ulteriormente il potere di sindacato del giudice per le indagini preliminari, che deve accogliere la richiesta per il reato per il quale l'indagato si trovi in stato di detenzione sulla base di un'ordinanza definitiva, a meno che, nel periodo compreso tra la richiesta e la decisione giurisdizionale, l'ordinanza non sia stata revocata o annullata per insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e, soltanto in questo caso, si giustifica il rigetto dell'istanza<sup>17</sup>.

---

17. Cfr. Cass., sez. II, 22 maggio 2009, n. 38727, Rv. 244804.

Dunque, l'ambito di valutazione affidato al giudice per le indagini preliminari non attiene soltanto ai profili di ammissibilità formale, ma è ampio e penetrante, in quanto riguarda la verifica della sussistenza di tutti i presupposti e le condizioni del modulo differenziato.

In questo contesto prevale la peculiarità del *modus agendi*, la cui valutazione negativa non può che comportare la predisposizione dell'ordinanza di trasmissione degli atti al pubblico ministero, affinché modifichi il tipo di domanda o la presenti validamente, se è ancora possibile.

Va aggiunto altresì che il provvedimento di restituzione degli atti al pubblico ministero non è incompatibile con il principio di obbligatorietà (art. 112 Cost.) e con la regola sancita all'art. 50 comma 3 c.p.p., in virtù della ragione secondo cui la situazione invalidante inerente alla determinazione unilaterale dell'organo dell'accusa, non superando il controllo giurisdizionale di legalità, rinvia un epilogo naturale nel quale gli atti ritornano al titolare dell'azione, che può procedere secondo le norme processuali.

La difformità della domanda dal paradigma giuridico non investe l'imputazione, cioè, non travolge l'azione, inferendo in via esclusiva sul *quomodo*. Vero è che la regola dell'irretrattabilità implica la predeterminazione dei casi di sospensione o di interruzione, riferendosi il divieto ad un'azione validamente esercitata; sicché fuoriesce dal suo ambito operativo ogni situazione di invalido promovimento della stessa implicante il versante delle modalità, normativamente orientato da criteri legislativi.

Sul piano strutturale vi è uno sdoppiamento tra atto e contenuto, poiché il difetto dei prescritti elementi costitutivi impedisce l'espletamento della funzione: l'atto non è più idoneo a raggiungere lo scopo per il quale è stato posto in essere<sup>18</sup>.

Da qui l'idea aderente alla sequenza potere-atto-scopo dell'inammissibilità come sanzione preclusiva della funzione dell'atto a contenuto tipico, ontologicamente connessa alle componenti dello stesso, cioè alla forma, ai termini, alla relazione con il soggetto nella sua proiezione soggettiva, sia di legittimazione che di interesse, al potere ed all'oggetto.

La difformità tra schema legale e domanda elide la legittima aspettativa di un provvedimento di merito<sup>19</sup>.

Questo sforzo speculativo ha senso se si condivide la premessa di metodo, secondo cui non è corretto limitare i confini di attività della sanzione alle ipotesi espressamente individuate con la locuzione 'a pena di inammissibilità'.

---

18. L'idea dell'inammissibilità come sanzione preclusiva della funzione dell'atto a contenuto tipico è di G. RICCIO, *Contributo allo studio dell'inammissibilità nel processo penale*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, II, Milano, 1984, 147.

19. R. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, 2008, 43 ss.; EADEM, *L'inammissibilità*, in *Soggetti e atti*, II, a cura di G. Dean, *Trattato di Procedura penale*, I, diretto da G. Spangher, Torino, 2008, Torino, 2008, 424.

Non è la locuzione a delineare i limiti operativi, ma piuttosto la possibilità di ricondurre – in assenza di un'esplicita previsione normativa – l'atto propulsivo al modello logico: atto inammissibile-declaratoria di inammissibilità.

Se, quindi, l'effetto connesso alla difformità dell'atto si sostanzia nella preclusione all'esame del merito, oggetto della domanda, si perviene alla conclusione che esso è la conseguenza di tutte le eterogenee cause d'inammissibilità<sup>20</sup>. Questa volta il sistema non è tassativo, bensì a cause tipiche.

Se si considera l'inammissibilità come la specie di invalidità che colpisce gli atti di parte, rivolti a promuovere un'attività dell'organo giurisdizionale, è evidente la relazione tra questa e la decadenza, che, rappresentando l'estinzione del potere e non l'invalidità dell'atto, esula non solo dall'ambito sanzionatorio, ma anche dal fenomeno delle sanatorie.

Attraverso una mera attività di ricognizione si rinvencono disposizioni che, pur omettendo di puntualizzare la natura del termine, definiscono il vizio afferente all'atto posto in essere dopo la sua scadenza.

Sicché l'errore nel promovimento dell'azione, sotto il profilo temporale, si traduce nella difformità dell'atto dal modello legale: a ciò consegue l'inefficacia dello stesso in rapporto alla funzione, negando l'esercizio del potere cognitivo del giudice.

Alla stregua di tali rilievi il vizio dell'irrituale instaurazione del giudizio immediato non può che essere ricostruito come causa di inammissibilità; ritenendo determinante che l'effetto della preclusione non attiene all'*an* della domanda, bensì alla forma prescelta dell'azione e, quindi, al *quomodo*. Il fondamento razionale della sanzione in questo caso è nella logica, prima che nel diritto, perciò, si ricava per via interna all'ordinamento, a prescindere dalla specifica comminatoria.

3. I giudici di legittimità, per certi versi, confermano l'impostazione, riportando la tardività della richiesta del pubblico ministero all'interno del procedimento per l'ammissione del giudizio immediato, affermando che essa «non impedisce l'esercizio del diritto di difesa, ma incide soltanto sull'ammissibilità del rito, la cui valutazione è però riservata in via esclusiva al giudice per le indagini preliminari.

D'altronde è la decisione di quest'ultimo e non la richiesta tardiva del pubblico ministero, che priva l'imputato dell'udienza preliminare».

La tesi, opportunamente, si allontana dall'orientamento che distingueva le attività d'indagine coesenziali ai fini dell'evidenza della prova rispetto alle altre ad essa estranee, oppure differenziava il profilo attinente allo svolgimento delle indagini sottostante a limiti cronologici perentori, dal termine meramente ordinatorio della presentazione della richiesta.

---

20. G. RICCIO, *Contributo allo studio dell'inammissibilità nel processo penale*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, cit., 1338.

In particolare, secondo la Corte<sup>21</sup> «l'ordinamento processuale prevede un correttivo interno al sistema rispetto a possibili 'patologie', laddove affida al giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta di giudizio immediato, il controllo circa la sussistenza dei presupposti per il passaggio alla fase dibattimentale senza la previa celebrazione dell'udienza preliminare».

Ma non sfugge l'errore di aver trascurato il dato fondamentale che tale controllo non si svolge nelle forme del contraddittorio camerale (art. 127 c.p.p.), non evocabile nemmeno in relazione alle forme introduttive di questo tipo di rito in ragione delle sue peculiari connotazioni e della sua *ratio* giustificativa, essendo gli argomenti difensivi prospettabili soltanto in sede d'interrogatorio o mediante memorie presentate ai sensi dell'art. 121 c.p.p.

Ne discende l'eccessiva contrazione dello 'spazio' per contestare la fondatezza dell'accusa e la sussistenza dei presupposti e delle condizioni formali per l'eventuale instaurazione del rito.

Da qui l'opinabilità della conclusione alla quale pervengono le Sezioni unite, secondo cui il decreto che dispone il giudizio immediato (sia esso tipico che c.d. custodiale) chiude una fase di carattere endoprocessuale assolutamente priva di conseguenze rilevanti ai fini dell'eventuale condanna dell'imputato.

A mio avviso, l'emanazione del decreto non 'sana' l'inosservanza della condizione formale dei termini finali, che 'ferisce' la posizione dell'imputato, così come l'omissione del presupposto dell'evidenza della prova o dell'interrogatorio.

E se in relazione a queste ultime due ipotesi – trattandosi di presupposti del rito – si configura una nullità originaria, rilevabile dal giudice del dibattimento, ai sensi degli artt. 178 comma 1 lett. c) c.p.p. e 180 c.p.p.: nel caso di violazione dei termini finali la nullità del decreto è derivata dall'inammissibilità della domanda del pubblico ministero, che incide sull'intervento dell'imputato per un duplice ordine di ragioni, e cioè l'illegittima chiamata in giudizio e l'illegittima protrazione della contrazione dell'ambito difensivo.

Alla luce di tali rilievi non mi sento di condividere il principio di diritto secondo cui la decisione con la quale il giudice per le indagini preliminari disponga il giudizio immediato non possa essere oggetto di ulteriore sindacato da parte del giudice del dibattimento<sup>22</sup>.

---

21. Cass., sez. un., 14 ottobre 2014, n. 42979, <http://www.giustizia.it>.

22. In tal senso già, Cass., sez. III, 28 marzo 2013, n. 31728, Rv. 2546733; Cass., sez. IV, 27 giugno 2007, n. 39597, <http://www.giustizia.it>; Cass., sez. I, 14 aprile 2004, n. 23927, <http://www.giustizia.it>; Cass., sez. I, 10 aprile 2001, n. 24617, <http://www.giustizia.it>; Cass., sez. I, 14 luglio 2000, n. 9553, <http://www.giustizia.it>; Cass., sez. V, 21 gennaio 1998, n. 1245, <http://www.giustizia.it>.

Secondo quest'interpretazione, l'interesse dell'imputato o del suo difensore a far valere il vizio verrebbe meno con l'emanazione del decreto, sulla base del mero rilievo che il dibattimento garantirebbe pienamente i diritti delle parti.

In buona sostanza, la Corte ha 'scritto' il regime della sanzione di inammissibilità con l'introduzione di uno sbarramento che va ad incidere sulla competenza funzionale del giudice del dibattimento, privandolo del potere di rilevare il vizio. Se fosse così, l'emanazione del provvedimento del giudice per le indagini preliminari estinguerebbe i poteri di deducibilità e/o rilevabilità dell'inosservanza in un'ottica antiformalistica: se l'invalidità del *quomodo* non fosse rilevata immediatamente, maturerebbe la preclusione per la fase successiva.

Trattandosi di una vera e propria 'creazione' giurisprudenziale, sganciata dal tessuto assiologico e normativo, essa necessitava di rafforzate argomentazioni sul piano logico-sistematico e non di una motivazione tautologica che ha negato la regressione alla fase precedente sulla base del generico richiamo dei principi dell'ordinamento processuale, delle esigenze di razionalità e di celerità.

Le Sezioni unite hanno 'creato' il trattamento del vizio e contestualmente i confini della sua rilevanza in ragione del prevalente interesse dell'imputato alla celebrazione del giudizio in un tempo ragionevole.

L'assunto costituisce una manifestazione peculiare della teoria del pregiudizio effettivo, *escamotage* ermeneutico volto a restringere l'ambito applicativo delle sanzioni processuali.

L'orientamento delle Sezioni unite pecca per eccesso di generalizzazioni e limita irragionevolmente la competenza funzionale del giudice del dibattimento, offrendo il fianco a quelle posizioni dottrinali<sup>23</sup>, che propendono per la ricostruzione della patologia come causa di nullità assoluta, *ex art. 178 lett. b) c.p.p.*

Per la verità, mi sembra eccessiva l'insanabilità di un difetto di forma, come l'inosservanza del termine, con la conseguenza della rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

La prospettiva esegetica appare inadeguata anche rispetto alla locuzione «iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione», che chiaramente rinvia alla legittimazione e, quindi, alla posizione soggettiva dell'organo dell'accusa.

Se questi sono i dati normativi, non è possibile sostenere che nei confini definatori dell'iniziativa confluiscono anche le patologie afferenti al *quomodo* dell'azione, implicanti una relazione complessiva tra tipizzazione delle modalità di accesso alla giurisdizione penale e l'atto concretamente posto in essere.

Appare maggiormente aderente ai tratti connotativi del caso di specie il modello logico dell'inammissibilità, che non confligge con l'indisponibilità dell'interesse in gioco ed è congeniale alle forme di esercizio dell'azione.

---

23. Anche per altri aspetti connessi al tema P. SECHI, *Nullità assolute e durata ragionevole dei processi: prassi applicative e riflessioni de iure condendo*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2009, 250 e ss.

L'atteggiamento eccessivamente prudente delle Sezioni unite evita l'inquadramento dommatico del vizio, pur facendo riferimento alle condizioni di ammissibilità del rito, affermazione che implica il suo contrario cioè l'inammissibilità dello stesso.

La mancanza di solidità del percorso interpretativo è tale da non scardinare l'orientamento minoritario, che ammette il sindacato del giudice del dibattimento sul decreto di giudizio immediato disposto dal giudice per le indagini preliminari, talvolta, ritenendo non abnorme l'ordinanza del primo giudice che ne dichiara la nullità per insussistenza dei presupposti del rito<sup>24</sup>, talaltra, riconducendo a tale ambito questioni concernenti l'utilizzazione degli atti<sup>25</sup>.

D'altra parte, la discrezionalità del pubblico ministero è normativamente orientata dalla tipicità dello schema che, se non osservata, si traduce nella violazione dei diritti delle parti ad intervenire attraverso le forme proprie del modulo, determinando una situazione patologica riconducibile alla nullità di cui agli artt. 178 lett c) c.p.p., alla quale segue il regime previsto dall'art. 180 c.p.p., che è anche regola di attribuzione funzionale al giudice del dibattimento del potere di rilevare il vizio.

4. In questo delicato contesto si inserisce un'altra questione su cui si soffermano le Sezioni unite: l'omesso rispetto del termine a comparire di trenta giorni, di cui all'art. 456 comma 3 c.p.p.

Più specificamente, la Corte distingue il piano dei requisiti di validità del decreto di giudizio immediato da quello riguardante la procedura di notifica, affermando che l'inosservanza del disposto di cui all'art. 456 comma 3 c.p.p. incide sulla regolare celebrazione del dibattimento, senza riflettersi né sulla validità dell'atto propulsivo del giudizio, rispondente al modello legale, né sulla decorrenza del termine per l'accesso al rito alternativo, la cui eventuale instaurazione precede la celebrazione del dibattimento, considerato che l'art. 457 c.p.p. prescrive la trasmissione del decreto insieme con il fascicolo, formato ex art. 431 c.p.p., soltanto dopo il decorso dei termini previsti dall'art. 458 comma 1 c.p.p.

Vero è che le notificazioni hanno la funzione di portare a conoscenza delle parti, atti processuali che svolgono un ruolo decisivo nello sviluppo del processo e, se esse sono disciplinate dal legislatore con la previsione di paradigmi differenti per la riferita funzione conoscitiva, ciascun paradigma è caratterizzato da formalità serventi all'effettiva conoscenza dell'atto.

---

24. Cass., sez. VI, 31 gennaio 2003, n. 8878, <http://www.giustizia.it>.

25. Cass., sez. III, 16 aprile 2013, n. 41777 I, <http://www.giustizia.it>; Cass., sez. III, 11 luglio 2007, n. 41867, Rv. 238021, <http://www.giustizia.it>; Cass., sez. I, 4 luglio 2003, n. 32722, Rv. 226179.

Pertanto, può risultare indifferente l'eventuale violazione delle regole previste per la notificazione dell'atto, soltanto se il destinatario non abbia interesse all'osservanza della disposizione violata, avendo l'atto raggiunto lo scopo a cui è preordinato.

Esclusa l'omessa citazione, tutte le altre imperfezioni che presuppongono l'esistenza dell'atto – oggetto della notificazione – sono causa di nullità sanabile *ex art. 184 comma 1 c.p.p.* e sottoposte alle regole di deducibilità di cui all'art. 182 c.p.p.

Ma ciò non significa che i vizi nella procedura di notificazione, ad esempio, del decreto di giudizio immediato non incidano sulla sua validità come atto propulsivo della progressione del procedimento da una fase all'altra, anzi essi ne inficiano la funzione strumentale alla regolare celebrazione del dibattimento, determinando una nullità generale a regime intermedio.

Ne costituisce un'esemplificazione l'omessa tempestiva notifica al difensore dell'imputato del decreto di giudizio immediato entro il termine previsto dal comma 3 dell'art. 456 c.p.p.; la disposizione sancisce che «il decreto è comunicato al pubblico ministero e notificato all'imputato e alla persona offesa almeno trenta giorni prima della data fissata per il giudizio».

Si tratta di un altro termine finale, la cui inosservanza è causa di nullità a regime intermedio del decreto *ex art.178 lett. c) c.p.p.*, dal momento che esso è funzionale a consentire alle parti sia la costituzione in giudizio sia l'adeguata predisposizione delle iniziative difensive.

Il nucleo essenziale del decreto che dispone il giudizio, quanto a destinatari e a contenuti, è costruito sul paradigma giuridico delineato dall'art. 429 commi 1 e 2 c.p.p., il cui richiamo esplicito non ha il significato di circoscrivere la rilevanza dei vizi del provvedimento alle sole situazioni in cui l'imputato non sia identificato in modo certo o alla mancanza o all'insufficiente indicazioni dei requisiti previsti dalle lettere c) e f) dell'art. 429 comma 1 c.p.p., con esclusione dei profili attinenti alla ritualità della notificazione<sup>26</sup>.

L'omesso rispetto del termine finale comporta la nullità del decreto di giudizio immediato, riverberandosi negativamente sulla *vocatio in iudicium*.

Si tratta di un vizio, che non è rinvenibile nelle situazioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 429 c.p.p., richiamate dall'art. 456 comma 1 c.p.p., perché esse fanno riferimento ai destinatari e ai contenuti del provvedimento con la prescrizione *ex ante* della nullità relativa soltanto per alcune patologie, lasciando le altre alla valutazione *ex post* effettuata dal giudice, quanto alla loro riconducibilità alle ipotesi di nullità di ordine generale.

---

26. Cass., sez. I, 13 gennaio 2009, n. 6124, Rv. 243226; Cass., sez. I, 19 febbraio 2002, n. 8887, Rv. 221041; Cass., sez. I, 22 dicembre 1997, n. 7408, Rv. 209470.

La nullità comminata in forma specifica sintetizza le ragioni della responsabilità delle parti nel ripristino della legalità all'interno della successione teleologica degli atti; ragioni che implicano l'indipendenza del percorso operativo del rimedio contenuto negli artt. 177, 179, 181 c.p.p.

Peraltro, può accadere che la parte ritenga strategicamente più conveniente la prosecuzione del processo senza interruzioni piuttosto che l'arresto o la regressione dello stesso; per cui la manifestazione di volontà del soggetto può avere ad oggetto, in via alternativa, la produzione degli effetti, consentendone la realizzazione, oppure l'esercizio della facoltà di impedirli.

Non è un caso che, se l'imputato chiedi il giudizio abbreviato entro quindici giorni dalla notificazione del decreto di giudizio immediato, sana il vizio originario della notificazione in virtù della manifestazione dispositiva che incide sul rito e coinvolge gli effetti della situazione giuridica verificatasi, risolvendosi indirettamente, nell'accettazione tacita dell'invalidità dell'atto.

Ma questa non è una tendenza antiformalistica 'creativa' delle regole del processo, bensì l'operare di meccanismi di sanatoria previsti dagli artt. 183 e 184 c.p.p., che si risolvono nell'attribuzione del potere di integrare la fattispecie a quei soggetti il cui interesse potrebbe essere pregiudicato dall'invalidità dell'atto.

GIANFEDERICO CECANESE

**ABSTRACT**

*The relationships between criminal trial and criminological examination have always been troubled, as it is demonstrated by the skepticism with which jurists look at the capacity of social sciences to answer to the questions posed by legal sciences. However, the criminological examination has to contribute, within the juvenile criminal proceedings, to the constitutional requirements for social integration. Therefore, in such a context also the study of the genesis of criminology as well as the dynamic of it represent essential elements to better understand the position of underage defendants.*

## **La riqualificazione del fatto e il principio di correlazione necessaria tra l'imputazione e la sentenza**

GIANFEDERICO CECANESE

SOMMARIO: 1. La premessa – 2. La decisione – 3. Le prerogative sottese all'art. 521 c.p.p.

1. Nel nostro ordinamento la qualificazione giuridica del fatto costituisce una prerogativa esclusiva del giudice, in virtù del tradizionale principio *iura novit curia*. In tal senso, il potere del giudice di definire correttamente il fatto, sul quale è chiamato a pronunciarsi, è connaturale all'esercizio della giurisdizione, la quale non tollera limitazioni in ordine all'inquadramento giuridico dei fatti descritti nell'imputazione e oggetto di accertamento dibattimentale, fermo restando il controllo sulla motivazione della corretta applicazione della legge penale<sup>1</sup>.

Invero, la vicenda processuale penale è costruita intorno al fatto, inteso come accadimento storico, tanto da ritenersi che in tema di contestazione dell'accusa si debba avere riguardo più che all'enunciazione delle norme legislative, alla specificazione dello stesso<sup>2</sup>.

2. La nostra riflessione si origina da una recente pronuncia della Corte di cassazione<sup>3</sup>, che scandisce i poteri del giudice proprio in relazione al principio della correlazione necessaria tra l'imputazione e la sentenza, allorché egli proceda ad una differente qualificazione giuridica del fatto<sup>4</sup>.

In tema di obbligo di correlazione tra accusa contestata nell'imputazione e sentenza, invero, il giudice può dare al fatto una diversa qualificazione giuridica rispetto a quella scelta dal pubblico ministero e cristallizzata nell'imputazione, solo a condizione che il fatto storico addebitato rimanga identico in riferimento alla condotta, all'evento e all'elemento psicologico<sup>5</sup>.

---

1. In tema di rapporto tra correlazione e sentenza, v., A. DI TULLIO, Quando il principio della correlazione tra accusa e sentenza può ritenersi osservato, in *DPP*, 2012, 76.

2. In argomento si veda G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 153.

3. Cass., sez. II, 17 settembre 2014, n. 380490, <http://www.giustizia.it>. La Corte precisa che « in tema di obbligo di correlazione tra sentenza ed accusa contestata, il giudice può dare al fatto una diversa qualificazione giuridica solo a condizione che il fatto storico addebitato rimanga identico, in riferimento al triplice elemento della condotta, dell'evento e dell'elemento psicologico dell'autore.

Non si ha violazione di tale principio quando l'imputato, attraverso l'iter del processo, si sia trovato nella condizione concreta di difendersi in ordine al fatto ritenuto in sentenza».

4. Sui profili connessi alla nozione di fatto sostanziale e fatto processuale, cfr., C. PAPAGNO, La nozione funzionale del fatto processuale e l'effettività del diritto di difesa, in *DPP*, 2012, 2009, 79.

5. Al riguardo, Cass. sez. III, 18/3/2008, Sensini, in CED n. 239873

Ovviamente, l'obbligo de quo non potrà ritenersi violato da una qualsiasi modifica dell'accusa originaria<sup>6</sup>, ma è necessario che con essa non si pregiudichi, in concreto, il diritto di difesa dell'imputato<sup>7</sup>: la nozione strutturale di "fatto" contenuta nell'art. 521 c.p.p., va congiunta con quella funzionale, fondata sull'esigenza di reprimere solo le effettive lesioni del diritto di difesa, posto che il principio di cui si discute (oggetto di un potere del pubblico ministero) e decisione giurisdizionale (oggetto del potere del giudice) risponde all'esigenza di evitare che l'imputato sia condannato per un fatto, inteso come episodio della vita umana, rispetto al quale non abbia potuto difendersi<sup>8</sup>.

In altre parole, la diversa qualifica giuridica del fatto è possibile a condizione che la modifica del *nomen juris* non comporti il riferimento ad una fattispecie strutturalmente non omogenea all'episodio concreto oggetto del processo<sup>9</sup>: di conseguenza, nel momento della decisione di diritto, al giudice è preclusa la possibilità di trasformare i termini del giudizio di fatto<sup>10</sup>.

Dunque, il vigore di tale principio è tale da arrestarsi là dove il giudice abbia posto a fondamento della propria decisione la sussistenza di un fatto penalmente rilevante completamente diverso ed eterogeneo rispetto a quello descritto nell'imputazione, con la radicale immutazione della stessa nei suoi elementi essenziali, dovendo inevitabilmente, ritenersi sussistente la violazione de qua quando nei fatti - rispettivamente descritti e ritenuti - non sia possibile individuare un nucleo comune: pertanto, essi si pongono, tra loro, non in rapporto di continenza, bensì di eterogeneità.

Durante la vigenza del codice Rocco non era prevista una figura tipica di atto con cui si promuoveva l'azione penale, per cui si identificavano come tali tutti quelli che avessero recato la prima enunciazione dell'imputazione<sup>13</sup>: ciò valeva anche per quegli atti che non annoveravano, nel loro contenuto tipico, tale elemento, ma nei quali l'enunciazione dell'imputazione rappresentava un dato occasionale e sovrabbondante rispetto al loro significato legale.

---

6. Cass. sez. I, 28/3/2008 Cassano, in CED n. 239903, secondo cui in tema di correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza, il fatto di cui agli artt. 521 e 522 c.p.p. va definito come l'accadimento di ordine naturale dalle cui connotazioni e circostanze soggettive ed oggettive, geografiche e temporali, poste in correlazione fra loro, vengono tratti gli elementi caratterizzanti la sua qualificazione giuridica, sicchè la violazione del principio postula una modificazione - nei suoi elementi essenziali - del fatto, inteso come episodio della vita umana, originariamente contestato

7. Cfr., Cass. sez. II, 10/12/2007, Zappaia, in CED n. 239320; Id., S.U, 19/6/1996, De Francesco, in CED n. 205619.

8. Cass. sez. I, 18/6/2013, Cavallo, in CED n. 257015; Id., sez. IV, 9/3/2007, Colombo, in CED n. 236099.

9. In tema, cfr. G. GARUTI, *Il giudizio ordinario*, in *Procedura penale*, Torino, 2010, 613.

10. Sulla necessità di tenere concettualmente distinti i due giudizi, nonostante le reciproche interferenze, T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 291.

11. In questi termini, Cass. sez. IV, 1/4/2014, PIZZO, n. 15044.

12. Cass. sez. VI, 7/1/2009, Conti, in CED n. 242368; Id., sez. III, 21/9/2007, Marino, in CED n. 237517.

13. AMOS PIGNATELLI, *voce Decreto che dispone il giudizio*, in *DDP*, Torino, 1992, II, 533.

Il sistema si caratterizzava per il fatto di cristallizzare l'accusa sulla quale doveva decidere il giudice, sin dalla fase dell'istruzione (sommatoria o formale): di conseguenza, qualora nel dibattimento l'addebito risultava diverso da come ipotizzato, il rito regrediva alla fase anteriore al giudizio che doveva essere instaurato nuovamente ridefinendone l'oggetto<sup>14</sup>.

I redattori del nuovo codice, invece, non si sono fermati all'enunciazione del principio della corrispondenza tra esercizio dell'azione penale e formulazione dell'imputazione, ma hanno proceduto ad una tipizzazione degli atti di accusa la cui peculiarità è costituita dalla possibilità di essere modificati: richiesta di rinvio a giudizio, decreto di citazione (citazione diretta) a giudizio e atto di introduzione di un procedimento speciale<sup>15</sup>.

Quindi, l'attuale modello implica imputazioni fluide nel corso del dibattimento, sensibili a quanto rivelano le prove, poiché da queste scaturisce l'autentico contenuto.

Per questo è importante che l'accusa sia consolidata poiché, se è vero che il giudice è libero di definirla in *jure* (art. 521 comma 1 c.p.p.), è altrettanto vero che gli è preclusa la possibilità di decidere su fatti non contestati formalmente<sup>16</sup>.

Non a caso, laddove ritenga che quelli emersi divergono da quelli descritti nell'imputazione o addebitati in itinere, deve restituire gli atti al pubblico ministero a pena di nullità (art. 521 comma 2 c.p.p.)<sup>17</sup>.

Ecco perché oggi, diversamente da ieri, il principio di correlazione non riguarda solo il rapporto tra l'accusa formalizzata nell'imputazione e la sentenza, ma coinvolge anche l'addebito che si delinea al termine dell'istruzione dibattimentale e la sentenza stessa<sup>18</sup>.

---

14. O. DOMINIONI, Fatto diverso, trasmissione degli atti al pubblico ministero e nuova contestazione istruttoria, in CPMA, 1978, 1150.

15. Diffusamente, P. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, 328.

16. Per un approfondimento cfr., L. MARINI, *sub Art. 521 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, diretto da M. CHIAVARIO, Torino, 1990, V, 475.

17. Si tratta di un principio condiviso dalla giurisprudenza secondo cui in tema di contestazione del fatto, mentre la imputazione dello stesso deve essere contestata all'imputato a pena di nullità, la erronea qualificazione giuridica deve, invece, sempre essere corretta dal giudice che è tenuto a dare al fatto contestato l'esatta definizione giuridica in virtù dell'art. 521 comma 2 c.p.p. per il giudice di primo grado e per l'art. 597 c.p.p. per il giudizio di appello. Cfr. Cass. sez. I, 3/1271997 Fazzio-li, in CED n. 209165.

18. V. PERCHINUNNO, *La fase del giudizio*, in M. PISANI, A. MOLARI, V. PERCHINUNNO, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, *Manuale di procedura penale*, Bologna, 2006, 463.

3. La norma, contenuta nell'art. 521 c.p.p., contempla una regola di sistema e, per questa ragione, è stata collocata nel "capo" dedicato alle "nuove contestazioni" per testimoniare l'intima connessione tra fatto e prova che, nella sostanza, si traduce nella relazione tra contestazione e poteri decisorii del giudice: di conseguenza, ogni violazione non può che comportare la nullità della sentenza (art. 522 c.p.p.).

Dunque, la *ratio* sottesa alla norma va, necessariamente, individuata nel diritto di difesa e nel contraddittorio sull'accusa, poiché l'imputato non può essere giudicato e condannato per fatti rispetto ai quali non sia stato messo in condizioni di esercitare il diritto di difesa.

In definitiva, il potere del giudice di attribuire al fatto una diversa qualifica giuridica, deve essere esercitato nel rispetto rigoroso delle esigenze del pieno contraddittorio: ciò in applicazione del principio del "giusto processo", che esclude un potere decisorio di tale tipo qualora tra il fatto-reato contestato e quello, che il giudice ritiene di individuare sub specie *iuris* alla luce delle emergenze processuali, vi sia un rapporto di piena e irriducibile diversità, senza una matrice di condotta unitaria.

Per questo motivo, l'indagine volta ad accertare la violazione del principio non può esaurirsi nel mero confronto puramente letterale tra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'iter del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione.

Si tratta di un'opzione la cui *ratio* è volta ad evitare che una nuova e diversa qualificazione giuridica possa essere esercitata "a sorpresa" atteso che la linea difensiva ben può diversamente atteggiarsi (quanto alle opzioni strategiche) e modularsi (sul piano tattico) in rapporto alla differente qualificazione giuridica della condotta, rispetto alla quale, oltre tutto, le emergenze processuali assumono, a loro volta, diversa e nuova rilevanza<sup>26</sup>.

19. La dottrina ha messo in risalto che sono proprio le vicende ontologicamente connesse all'imputazione a segnare il confine del potere decisorio del giudice. In tal senso G. RICCIO, *La procedura penale tra storia e politica*, Nepoli, 2010, 293.

20. In dottrina, V. BRUNI, *Il contraddittorio sulle questioni inerenti alla riqualificazione del fatto*, in *CP*, 2011, 1834.

21. Cass. sez. VI, 5/5/2004, Derin, in *CED* n. 229021.

22. Secondo G. BIONDI, *Piccoli passi della Corte di Cassazione verso una nuova disciplina della modifica della qualificazione giuridica del fatto*, in *CP*, 2012, 608, è, invero, causa di nullità generale, a regime intermedio, per violazione del diritto di difesa la riqualificazione dell'imputazione operata in sentenza senza il previo contraddittorio, per quanto sia più favorevole all'imputato.

23. In tal senso, Cass. Sez. III, 12/4/2005, Amoroso, in *CED* n. 231829.

24. Al riguardo, Cass. Sez. VI, 26/1/2009, Milo, in *CED* n. 242683.

25. La *vexata questio* è stata risolta dall'intervento delle Sezioni Unite le quali hanno statuito il principio secondo il quale in tema di correlazione tra imputazione contestata e sentenza, per aversi mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, in modo che si configuri un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa. In questi termini Cass. S. U., 13/10/2010, Milo, in *CED* n. 248051.

26. Secondo Cass, sez. I, 11/5/2011, Vecchio, in *CED* n. 250275, è causa di nullità generale a regime intermedio, per violazione del diritto di difesa, la riqualificazione dell'imputazione operata in sentenza senza il previo contraddittorio, per quanto sia più favorevole per l'imputato.

L'argomento è stato scandagliato anche dalla Corte costituzionale la quale ha messo in rilievo che le "valutazioni dell'imputato vengono a dipendere, anzitutto, dalla concreta impostazione data al processo dal pubblico ministero"<sup>27</sup> considerato che condizione "primaria per l'esercizio del diritto di difesa è che l'imputato abbia ben chiari i termini dell'accusa mossa nei suoi confronti"<sup>28</sup>: solo in questo modo egli è messo nelle condizioni di esercitare appieno il diritto di difesa.

Il tema è stato approfondito dalla Corte di Strasburgo<sup>29</sup>, i cui giudici hanno proposto una rivisitazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza (per non porlo in contrasto con il diritto dell'imputato ad un processo equo secondo l'art. 6 CEDU), sottolineando che l'art. 6 § 3 riconosce all'imputato il diritto di essere informato non solo del motivo dell'accusa, ossia dei fatti materiali che gli vengono contestati e sui quali la stessa si basa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti<sup>30</sup>.

In sostanza, l'accento è stato posto sulla necessità di un contraddittorio tra le parti, anche nel momento (tipicamente giurisdizionale) della riconduzione del fatto processuale alla fattispecie giuridica, ponendo così dei limiti al potere del giudice di disporre d'ufficio la riqualificazione giuridica ritenuta più corretta<sup>31</sup>.

Vero è che, la necessità di far osservare le decisioni comunitarie anche in ambito nazionale, ha trovato conferma alla luce di un costante orientamento giurisprudenziale secondo cui la regola di sistema, espressa dalla Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, inerente alla garanzia del contraddittorio, va osservata sulla base dell'art. 117 comma 1 cost., essendo pienamente conforme al principio statuito dall'art. 111 comma 2 cost., che investe non soltanto la formazione della prova, ma anche ogni questione che attiene alla valutazione giuridica del fatto commesso: di conseguenza, si impone al giudice una interpretazione dell'art. 521 comma 1 c.p.p. adeguata al *decisum* del giudice europeo<sup>32</sup>.

---

27. Corte costituzionale, sentenza 26 ottobre 2012 n. 237, in *G.U.* 31/12/2012.

28. Corte costituzionale, sentenza 14 dicembre 2009, n. 333, in *CED* n. 34189.

29. Corte e.d.u., 11/1272007, Drassich c. Italia, in *CP*, 2008, 1646.

30. In proposito si veda, anche, L. DE MATTEIS, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e diritto di difesa*, in *CP*, 2006, 3832.

31. Sul valore delle norme CEDU, cfr. E. LUPO, *La vincolatività delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'uomo per il giudice interno e la svolta recente della cassazione civile e penale*, in *CP*, 2007, 2247; S. MARCOLINI, *All'incrocio tra costituzione e Cedu: il rango delle norme della Convenzione e l'efficiacia interna delle sentenze di Strasburgo*, in *CP*, 2007, 2492; V. PEDRI, *Il valore e la posizione delle norme Cedu nell'ordinamento interno*, in *CP*, 2008, 2296.

32. Secondo Cass. Sez. VI, 18/9/2009 Carcano, in *CED* n. 244974, nel giudizio di legittimità, il diritto del ricorrente a essere informato in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico deve ritenersi soddisfatto, quando l'eventualità di una diversa qualificazione giuridica del fatto operata dal giudice "ex officio" sia stata rappresentata al difensore dell'imputato con un atto del Collegio, in modo che la parte abbia potuto beneficiare di un congruo termine per apprestare la propria difesa.

Ovviamente, tali principi trovano diretta applicazione anche in caso di giudizio dinanzi alla Corte di appello, la quale può procedere alla riqualificazione giuridica del fatto<sup>33</sup> nel rispetto del principio del giusto processo previsto dall'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, anche senza disporre una rinnovazione totale o parziale dell'istruttoria dibattimentale.

Duplici è la condizione: la prevedibilità della ridefinizione dell'accusa inizialmente formulata e la possibilità che il condannato possa far valere le proprie ragioni in merito alla nuova definizione giuridica del fatto, senza che essa comporti una modifica “*in peius*” del trattamento sanzionatorio con riverberi sul computo della prescrizione<sup>34</sup>.

---

33. L'osservanza del diritto al contraddittorio in ordine alla natura e alla qualificazione giuridica del fatto contestato all'imputato, sancito dall'art. 6 CEDU comma 1 e 3 lett. *a)* e *b)* e dall'art. 111 comma 3 Cost., è assicurato anche quando il giudice di appello provveda alla riqualificazione del fatto direttamente in sentenza, senza preventiva interlocuzione sul punto, in quanto l'imputato può, comunque, pienamente esercitare il diritto di difesa proponendo ricorso per cassazione ex art. 606 comma 1 lett. *b)* c.p.p. trattandosi di questione di diritto la cui trattazione non incontra limiti nel giudizio di legittimità. QUATTROCCOLO, *Un auspicabile assestamento in tema di riqualificazione del fatto in sentenza*, in *CP*, 2013, 2362.

34. Cass. Sez. VI, 13/2/2013, Sema, in *CED* n. 254720.

FRANCESCO BOCCHINO

**ABSTRACT**

*An organism designed to be auxiliary to the judge like an elective jury made of experts may make it possible that, also in relation to the circumstances listed in Art. 606 b), c) and d) of the Italian code of criminal procedural, the judge keeps a merely logical-formal control and is relieved from an indiscriminate use of jurisdiction.*

## **Una giuria elettiva di esperti per favorire il controllo logico - formale del giudice di legittimità**

FRANCESCO BOCCHINO

SOMMARIO: 1. Referenti assiologici quali limiti dell'applicazione delle strutture ontiche nel giudizio di legittimità – 2. Non evidenza della “rilevanza probatoria” dei valori extragiuridici determinanti le scelte del legislatore ed arbitrario potestativo nel giudizio di legittimità – 3. Giurie elettive di esperti nei giudizi di legittimità quale ente idoneo ad individuare le istanze valoriali prevalenti nella società caratterizzanti le fattispecie da disciplinare normativamente – 4. Terzietà ed imparzialità quali referenti assiologici delle determinazioni della giuria e del giudice – 5. Anticipazione dell'operare entegiuria in momenti processuali precedenti al giudizio di legittimità quale garanzia di salvaguardia dell'ordine costituito

1. Il Sindacato di legittimità, operato ai sensi e per gli effetti dell'art. 606 lett. b) e c) c.p.p. dalla Corte di cassazione sull'applicazione ed interpretazione della legge penale sostanziale e processuale, in ipotesi limite travalica le proiezioni del controllo logico-formale per divenire ontologicamente giudizio sul fatto.

Valutazione effettuabile, sia in ordine alle regole inferenziali portanti il giudizio di sussunzione della fattispecie materiale, caduta nel fuoco del processo, nell'ipotesi astratta che ne disciplina l'ambito precettivo di divieto, sia in riferimento all'osservanza e conformità della fattispecie procedimentale concreta agli archetipi processuali che, nella loro dicotomica dimensione strutturale/funzionale, ne dovrebbero governare i criteri e i coefficienti epistemologici.

Il tutto secondo massime di esperienza e leggi di copertura adoperabili nella ricerca ed accertamento della verità processuale, quale altamente probabile e logica verosimile verifica della verità reale.

La tesi si attesta sull'analisi della norma penale sostanziale e processuale, assiologicamente intesa, quale rapporto di condizionalità tra un fatto condizionante (quali: il fatto storicamente ed empiricamente definito – la scansione processuale del divenire procedimentale) e un fatto condizionato (quali il fatto tipizzato come illecito con il suo portato di offesa – la fattispecie processuale strutturata e teleologicamente orientata all'accertamento della verità sulle modalità di accadimento di quanto cristallizzato nell'ipotesi d'accusa ed alla difesa dei consociati)<sup>1</sup>.

---

1. A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997, pp. 5 ss. Lo stesso Autore tocca questo tema, in particolare, laddove analizza il concetto di “efficacia giuridica” quale essenza assiologica del diritto (*Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 1992, parte I, pp. 267 ss. ).

Tutto, laddove il fatto condizionato stesso esprima un valore dell'agire umano, la cui definizione è demandata interamente al ministero dell'interpretazione giudiziale, nonostante tale valore risulti cangiante per il continuo mutare del campo di esistenza delle istanze sociali/valoriali rappresentative delle monadi, prassiologicamente concepite, io/altro – individuale/sociale - potere/legge.

Parametri di riscontro e verifica degli evidenziati assunti si attestano, tra le altre situazioni, sulle ipotesi concettuali: a) dell' "Antigiuridicità speciale" quale tipizzazione espressa del rapporto di contraddizione tra il fatto tipico e il sistema positivo; b) della rilevanza del bene giuridico secondo le latitudini assiologiche limite della c.d. "Concezione realistica del reato"; c) dell'aporia generata, nella dimensione della risoluzione assiologica del "Vuoto dei fini", dall'antitesi tra le due prescrizioni costituzionalmente presidiate dagli artt. 13 e 27, comma 2, Cost.: quali, da un lato, la possibilità di limitare la libertà personale nel rispetto della riserva di legge e giurisdizionale, nonché, dal lato opposto, la presunzione probatoria e di trattamento processuale riconosciuta all'inquisito medesimo secondo le proiezioni della "non considerazione di colpevolezza sino alla condanna definitiva".

Ipotesi concettuali che fondano il proprio nucleo di senso giuridico su variabili influenzate dagli interessi reali e storici che governano le istanze, le pretese e gli indirizzi del vivere sociale.

Ed invero, i concetti valvola dell'antigiuridicità "espressa" e "speciale" con riferimento alle configurazioni di illecito penale nella cui tipizzazione il legislatore utilizza fattispecie valoriali, quali "arbitrariamente", "indebitamente", "ingiustificatamente", "senza giusta causa", che di per sé esprimono il rapporto di contraddizione tra il fatto tipico e l'ordinamento giuridico positivamente dato, conferiscono all'interpretazione giudiziale il compito di etero - integrarne il contenuto concreto ed i termini del disvalore fattuale<sup>2</sup>.

Termine di disvalore, in quanto, concettualizzabile unicamente con la contestualizzazione delle evidenziate clausole di illiceità speciale in determinato tempo e luogo di continua e mutevole verifica.

Per l'effetto, clausole di illiceità speciale suscettibili di influenza da parte di tutte quelle stesse istanze socio-valoriali che governano il tessuto spazio-temporale nel quale dette clausole si attestano.

---

2. F. ANTOLISEI analizza il concetto di illiceità speciale quale clausola elastica di sistema integrante la coscienza dell'antigiuridicità (Manuale di diritto penale, Torino, 1991, parte generale, XII ed., pp. 312 e ss.).

Significativo, si manifesta, per l'indagine in corso di sviluppo, il principio della necessaria offensività del fatto materialmente commesso, in astratto riconducibile al precetto di divieto penalmente sanzionato<sup>3</sup>.

Principio in forza del quale affinché una condotta abbia rilevanza penale, quest'ultima deve essere connotata da un'attitudine lesiva tale da pregiudicare o porre in pericolo un bene giuridico di rango costituzionale o quanto meno non incompatibile con la Costituzione, tutelato da una norma di parte speciale.

Ed invero se il penalmente sanzionabile si attesta sul divenire di illecito, quale ente antiggiuridico, secondo la tipizzazione triadica (condotta, rapporto di causalità ed evento), tale tipicità nella sua dimensione obiettiva non può che esigere la rilevanza penale, quale effettiva idoneità offensiva del bene giuridicamente tutelato, dell'"evento" in concreto realizzato.

Disvalore di "evento" che, così, verifica e concretizza il rapporto di contraddizione tra il fatto realizzato e l'ordinamento penalmente tutelato.

La mera aderenza del fatto alla norma di per sé non integra il reato, essendo necessario che la condotta sia effettivamente offensiva dell'interesse giuridicamente protetto dal precetto di divieto, la cui violazione risulti socialmente riprovevole e lesiva (cd. Concezione realistica del reato).

Il reato, in sintesi, non può che essere un "fatto tipico offensivo" in tutti i suoi elementi strutturanti.

Canone costituzionalizzato nel nostro ordinamento per opera dell'interpretazione sistematica degli artt. 13, 25 e 27 Cost., concependo tali referenti costituzionali, secondo il loro portato letterale, la punibilità del "fatto" e non delle mere inosservanze; distinguendo tra pene e misure di sicurezza, le prime dirette a colpire fatti offensivi, le seconde la mera pericolosità del soggetto; nonché consentendo il sacrificio della libertà, connesso alla pena, solo in presenza della necessità di tutela di un concreto interesse di pari rango costituzionale.

Principio il cui precipitato sistematico trova cittadinanza nel paradigma ontologico - giuridico dell'art. 49 co. 2 cod. pen. (c.d. reato impossibile) sanzionante unicamente la fattispecie umana connotata dall'inidoneità offensiva dell'azione realizzata e dall'effettiva esistenza dell'oggetto della medesima.

L'ordinamento positivamente concepito, in definitiva, impedisce di ritenere integrato l'ipotesi criminosa e di applicare, conseguentemente, una sanzione penale, laddove manchi l'offensività di quanto in sintesi realizzato.

---

3. C. FIORE E S. FIORE, disaminano la teoria della cd. "Concezione realistica del reato" soffermandosi sulle ulteriori cause di esclusione della tipicità in merito al reato <<impossibile>> ed al concetto di azione <<socialmente adeguata>> (Diritto penale, Parte generale, Torino, 2010 III ed. pp. 281 ss.).

Orbene il bene giuridico, inteso come interesse – valore e dunque punto di riferimento storico e reale, deve necessariamente essere percepito, dalla cultura diffusa del contemporaneo sociale, quale garanzia di conservazione della compagine sociale e pertanto meritevole di tutela.

Valutazione di non semplice definizione storico - empirica in relazione a quei beni che sono suscettibili di comprensione o esclusione nel socialmente adeguato a seconda di quanto assiologicamente formulabile in merito alle azioni che li concretizzano.

La connessa complessità valoriale, sottesa alla norma applicabile nel giudizio sul fatto che potrebbe costituire reato, è generante possibile e probabile esercizio postestativo di giurisdizione non facilmente controllabile e governabile.

Su altro fronte, anche nella latitudine propria del diritto processuale penale si manifesta il campo di esistenza del giudizio valoriale sugli interessi primi di rango costituzionale, quali coordinate di riferimento e di sviluppo della coesistenza umana nel suo divenire di essenza e sopravvivenza.

Ciò secondo le direttrici degli aspetti ontici delle regole proprie di rito e dei referenti assiologico – sistematici primi, quali i principi di “inviolabilità della libertà personale” e della “non considerazione di colpevolezza”.

Si consideri, in tema di misure cautelari, come la loro ontologica essenza giuridica, in punto di struttura e funzione, nel restringere limitare ed inibire qualsiasi forma di libertà individuale (dagli obblighi/divieti di dimora fino all'estrema custodia inframuraria), cada in logica contraddizione con le garanzie costituzionali della “non considerazione di colpevolezza”; presunzione, quest'ultima, configurantesi quale regola di giudizio e di trattamento sanzionatorio.

Antinomia determinante aporie superabili solo con valutazioni d'essenza, in ordine all'art. 27 comma 2 Cost., tese a riempire di contenuti e senso giuridico il “vuoto dei fini” riannodabile all'art. 13 della Carta Costituzionale<sup>4</sup>.

Ed invero, a determinate condizioni, l'ordinamento processuale penale, costituzionalmente e convenzionalmente orientato, accetta e contempla, precedentemente alla formazione del giudicato di colpevolezza, limitazioni e restrizioni della libertà personale, derogando all'assunto dell'inviolabilità della stessa.

Deroga verificantesi laddove, ripudiando qualunque funzione afflittiva/retributiva della custodia in carcere o di ogni altra misura cautelare personale, il sistema

---

4. In dottrina per tutti G. RICCIO E G. SPANGHER: *La Procedura Penale*, Napoli 2002, passim. In giurisprudenza sul “vuoto dei fini” e sul rapporto tra gli artt. 13 e 27 Cost. di recente C. Cost. 25.05.2010 n. 265 in [www.iusexplorer.dejure.it](http://www.iusexplorer.dejure.it); ed inoltre sul tema dei limiti di proporzionale applicazione delle misure cautelari personali, cfr. SS.UU. 31.03.2011 n. 16085 ric. Khalil, in rivista telematica [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), in cui si afferma: “Può, dunque, conclusivamente affermarsi che il principio di proporzionalità, al pari di quello di adeguatezza di cui all'art. 275, comma 2, cod. proc. pen., opera come parametro di commisurazione delle misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, tanto al momento della scelta e della adozione del provvedimento coercitivo, che per tutta la durata dello stesso, imponendo una costante verifica della perdurante idoneità di quella specifica misura a fronteggiare le esigenze che concretamente permangono o residuino, secondo il principio della minor compressione possibile della libertà personale”.

processualmente definito prescrive la legittimità costituzionale dell'ambito di operatività della restrizione cautelare stessa orientandolo funzionalmente alla soddisfazione di esigenze connesse alla tutela del processo, e per il processo, concernenti il suo regolare svolgimento, e verticalizzandolo verso l'accertamento della verità dell'ipotesi d'accusa.

Tesi d'accusa equivalente alla massima offesa del patrimonio giuridico statale, quale insieme intercludente tutti i beni penalmente tutelabili, e comportante la massima caduta etica della umana essenza, la restrizione della stessa in vincoli.

Cautele processuali finalizzate, teleologicamente indirizzate, ai sensi delle prescrizioni dell'art. 274 co. 1 lett. a) e b) c.p.p., a garantire la disponibilità dell'inquisito alla realizzazione di attività istruttorie necessitanti la sua fisica presenza, ad impedire inquinamenti ed alterazioni probatorie, nonché ad osteggiare il pericolo di fuga dell'accusato dall'eseguitività dell'eventuale inflizione di condanna.

Tutto con riserva di compatibilità costituzionale in ordine alle prescrizioni dell'art. 274 lett. c) c.p.p., ossia ai fini di tutela della collettività, laddove la "non considerazione di colpevolezza", o convenzionalmente intesa presunzione di innocenza, per un reato nei cui confronti non sia intervenuta condanna definitiva, ancorché in costanza di ipotizzata prognosi di colpevolezza allo stato degli atti, dovrebbe impedire la formazione di giudizi di pericolosità, concernenti la reiterazione di futuri reati, fondantesi su valutazioni giudiziali non ancora cristallizzatesi in quanto oggetto del processo in cui si richiede la cautela<sup>5</sup>.

In sintesi la condizione di soddisfazione delle esigenze cautelari, assiologicamente intese (quali: a) garanzia dell'accertamento della verità processuale in assenza di inquinamento probatorio; b) possibilità concreta di realizzazione degli scopi del giudizio e della pena che ne deriverebbe; c) con beneficio di dubbio sulla legittimità costituzionale, difesa sociale da possibile illecite reiterazioni), ponendosi quale bilanciamento di interessi di pari rango costituzionale, risolve e sintetizza l'aporia in considerazione.

Bilanciamento di interessi che - cristallizzandosi nella parte motivazionale, ex art. 292 co. 2 lett. c) e c-bis) c.p.p., del giudizio cautelare allo "stato degli atti" sulla necessità, adeguatezza e proporzionalità anche rispetto alla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza che sono a base dell'imposta misura restrittiva - non può che fondarsi sulle istanze definitive dei valori concorrenti, come gravi/pesi assiologici, nell'integrazione del medesimo.

Istanze valoriali di non semplice valutazione laddove si ingeneri il conflitto assiologico tra il socialmente dovuto e l'individualmente consentito.

---

5. In dottrina, sulla precipua scansione delle esigenze cautelari nella loro dinamica interpretazione, per tutti, G. UBERTIS, che analizza il concetto di presunzione di innocenza in relazione ai diritti fondamentali caratterizzanti il processo penale (Sistema di procedura penale, I, Principi generali Torino, 2004, pp. 161 ss.).

Valutazione assiologica che, quale elemento etero-integrante la motivazione fondante il giudizio circa l'applicazione della restrizione cautelare, si manifesta condizione processualmente necessitata, a pena di ingenerare cause di nullità ex art. 292 comma 2 c.p.p., deducibili come violazioni di legge mediante ricorso di legittimità ex art. 606 lett. c) c.p.p.

Il tutto quale manifestazione del “giusto processo”, contestualizzato come valore reale, storico, collettivo, diffuso, costituzionalmente presidiato, ed inteso come attuazione dell'imperativo primo della sociale sopravvivenza.

2. L'Antigiuridicità speciale, la dimensione realistica del reato, il concetto del “Vuoto dei fini”, in ultimo l'opportunità sulla concedibilità dei benefici penitenziari e le relative valutazioni sulla pericolosità sociale del proposto, costituiscono esempi di referenti assiologici che travalicano il controllo logico-formale formulabile in sede di legittimità, quando rifugge dai coefficienti epistemologici della attività deduttiva e del procedimento di sintesi a priori di kantiana memoria.

Invero le esposte fattispecie risultano idonee ad ingenerare dubbio iperbolico laddove non risultano con evidenza le “risultanze probatorie” circa le definizioni categoriali e le cristallizzazioni normative inerenti il loro portato valoriale.

Il giudizio di diritto, nell'ipotesi in cui verta su concetti elastici connotanti l'antigiuridicità speciale o l'effettiva elevazione di un interesse al grado del giuridicamente e penalmente rilevante o le istanze di difesa sociale determinanti la violazione del bene primo della libertà personale, rischia di travalicare la dimensione del controllo operante in sede di legittimità<sup>7</sup>.

Tutto laddove si oltrepassi, nell'attività deduttiva, il perimetro inferenziale consistente nella verifica del rapporto di diretta derivazione causale tra conclusioni e premesse; nonché si prescindano, nell'operazione della sintesi aprioristica, dalla interclusione di dette conclusioni negli assiomi che ne costituiscono le logiche premesse.

---

6. M. MENNA, Il prototipo di giudizio e di motivazione fondato sulla razionalità monologica (art. 292, comma 2. lett c) e c-bis), c.p.p., in idem Studi sul giudizio penale, Torino, 2009, pp. 233 ss.

7. Sulle aporie generabili nel corso del controllo logico-formale dei vizi di motivazione in sede di legittimità ed, in particolare, sulla realizzazione di una riforma in senso economico del sindacato di legittimità del vizio di motivazione (incentrata su un contraddittorio anche solo cartolare in capo non più ad un organo centralizzato come la Corte di cassazione, bensì a Corti d'appello diverse da quelle in ipotesi espressive della pronuncia impugnata) che passi per il ripristino in ultima istanza di un controllo esclusivamente logico-formale dei risultati del giudizio di fatto e di quello di diritto si vedano le conclusioni di M. MENNA in Il Controllo logico-formale del vizio di motivazione in sede di legittimità in *Dir. pen. e processo* 2012, pp.797/805.

Ed invero, nei casi in cui non si adoperino, quali regole inferenziali, i coefficienti epistemologici dell'attività deduttiva e del procedimento di sintesi a priori di kantiana memoria, l'oggetto del controllo di legittimità non si attesta sulla valutazione dell'inosservanza, intesa quale mancata applicazione, della legge, o l'erronea applicazione, quale inesatta interpretazione, della legge medesima ex art. 606 lett. b) e c) c.p.p. (8)

In detta ipotesi, difatti, l'iperbole del giudizio supera l'orbita dell'aderenza della fattispecie processuale al tipo legale codicisticamente preteso.

Ne derivano giudizi di fatto risultanti dall'interpretazione di quelle istanze valoriali che delineano l'aspetto assiologico del comando giuridico, ossia i valori extragiuridici determinati la scelta legislativa sulla normativizzazione del precetto penale in considerazione.

Il sindacato di legittimità, in definitiva, laddove si attesti su aspetti valoriali di incerta preformulazione e delineazione assiologica, non analizzati secondo lo schema di funzionamento del controllo logico/formale ovvero come predefinizione certa della scelta normativa, da controllo di diritto tramuta in arbitraria giurisprudenza "creativa".

Giudizio che, di contro, nel comportare la chiusura del circolo ermeneutico, nell'atto terminale che lo conclude, deve attestarsi su aspetti valoriali di indubbia acquisizione e dimostrazione secondo le direttrici della copertura di leggi scientifiche anche di rango statistico o massime di comune esperienza, a pena di ingenerare l'evidenziato ambito potestativo e sfociare nel meramente discrezionale.

Valutazione giudiziale che, per assurgere all'apprezzabile rango della certezza giuridica, avulsa dalla stadio dell'opinabilità, dovrebbe dunque verticalizzare secondo diritto tutti gli estremi che ne sintetizzano i presupposti, come i referenti assiologici delle fattispecie penali sostanziali e processuali prese in considerazione, connotanti il portato motivazionale della valutazione stessa.

Ed invero se detti termini assiologici, come tutti gli elementi che compongono l'archetipo del fatto tipico di matrice penale, trovano riconoscimento nell'aprioristica e predefinita cristallizzazione delle istanze sociali che ne definiscono il campo di esistenza, la definizione del "Processo" stessa non può che attestarsi quale logica deduzione o sintesi di tale predefinita analisi valoriale.

Nella prassi giudiziale, però, sussistono troppo spesso ipotesi di dubbio iperbolico sul senso da attribuire ai termini valoriali, quali beni di interesse giuridico integranti l'illiceità speciale, determinanti la riconducibilità di una determinata condotta al disvalore giuridicamente sanzionabile e perimetranti i limiti dell'inviolabilità della libertà personale.

---

8. Sul tema di siffatte doglianze di legittimità, AA.VV. *Procedura Penale*, Torino 2012 passim. Sempre in dottrina sui motivi di ricorso in cassazione e cognizione del giudice di ultima istanza G. CONSO E V. GREVI, *Compendio di Procedura Penale*, Padova, 2008, pp. 895 ss.

Tutto atteso il continuo mutare delle variabili costituenti le polarizzazioni della monade istanze sociali – potere - legge, che integrano il nucleo di senso dei suddetti beni giuridici, per il perpetuo divenire delle dinamiche sociali sottoposte a spinte e contropunte anche di natura extra ordinamentale.

Si consideri, a titolo di esempio, l'influsso e l'incidenza del diritto comunitario sull'ordinamento nazionale positivamente dato in tema di adempimento della normativa europea da parte dello Stato italiano.

Influsso comportante giudizi di compatibilità e adottabilità della normativa nazionale con quella internazionale e comunitaria.

Si evidenziano le recenti istanze sollevate dallo stesso giudice di legittimità davanti alla Corte di Giustizia UE in ordine alle questioni pregiudiziali, ex art. 267 T.F.U.E., relative alla compatibilità della disciplina ex d.l. n. 16/2012 e della conseguente disciplina sanzionatoria ex art. 4 l. n. 401/1989 in tema di divieto di scommesse con gli artt. 49 e 56 T.F.U.E., disciplinanti la libera circolazione di beni e servizi nell'ambito comunitario.

Nello specifico, la prescrizione normativa dettata dall'articolo 4, commi 1 e 4, Legge n. 401/89 nel prevedere e punire l'attività organizzata per l'accettazione, raccolta e/o prenotazione, anche per via telefonica e telematica, di scommesse sportive nazionali o estere tramite internet, in assenza di concessioni, autorizzazioni o licenza, ai sensi dell'art. 88 del r.d. 773/1931(TULPS), si collocherebbe in aperta contraddizione con i principi comunitari della libertà di stabilimento (art. 43 del Trattato Ce) e della libera prestazione di servizi all'interno dell'Unione europea (art. 49 medesima convenzione internazionale).

Invero, la fattispecie di cui all'art. 4 legge 401/89, nel sanzionare penalmente solo la condotta di quei soggetti che intraprendono le attività enumerate nella stessa pur non essendo muniti della concessione prevista a norma dell'art. 88 TULPS, configurante pertanto condizione esimente dell'ipotesi incriminatrice medesima, si porrebbe quale evidente forma di restrizione e limitazione delle libertà di matrice comunitaria richiamate, che non trova ragion d'essere, ai sensi dell'art. 46 trattato Ce, in finalità di ordine pubblico idonee a giustificarla<sup>9</sup>.

Il dubbio iperbolico in detti casi merita verticalizzazione secondo operazioni gnoseologiche ed indagini diverse dalla mera interpretazione del tenore letterale della norma in questione.

Le indagini vertenti su referenti di portata valoriale, prendendo in considerazione le istanze e le forze sociali e comunitarie, devono riempire di senso giuridico le vuote formulazioni normative.

---

9. Sul punto cfr. Cass. pen. III 16.05.2012 n. 18767 e Cass. pen., III, ord. 5.2.2014, ric. Tomassi, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*

La risoluzione del dubbio iperbolico, in sintesi, dovrebbe determinare un accertamento processuale, sulla verità della contestazione in atti o sulla positiva verosimiglianza alla medesima, cristallizzando le menzionate pretese valoriali nel loro prassiologico divenire.

Accertamento che, fondantesi sull'effettiva interpretazione di tutte le istanze valoriali/sociali, quali forme di cultura diffusa del contemporaneo, travalichi la misura della attività deduttiva o di sintesi a priori, ed etero integri il fatto processuale in sede di legittimità con elementi metagiuridici.

L'operazione ermeneutica di presa in considerazione di tutte le pretese sociali, valoriali e comunitarie, stabilite come governanti il nucleo di senso delle sottolineate clausole elastiche, superando il dubbio sull'esistenza e ontologica definizione delle istanze sociali medesime, le può cristallizzare e predefinire.

Predefinizione e cristallizzazione che, di guisa, consenta il controllo logico-formale operabile in sede di legittimità, secondo parametri infrastrutturati, ed impedisce la creazione di ambiti potestativi decisionali di arbitraria natura.

Ed invero, le ipotesi di etero-integrazione delle norme penali sostanziali e processuali con gli evidenziati elementi metagiuridici offrono alle procedure ermeneutiche dell'interpretazione giudiziale la risoluzione di lacune normative che possono essere compiute di senso giuridico unicamente con l'esegesi dei dati presenti nella società.

Dati che, sottoposti in sede processuale alle valutazioni del giudicante unicamente secondo modulazioni giuridiche, necessariamente si sottopongono ad interpretazioni fallibili in quanto prive di effettiva verifica valore delle dinamiche sociali.

In definitiva il fatto storico–materiale, nel corso del giudizio di sussunzione in una fattispecie normativa generale ed astratta, meriterebbe, nei casi di non evidenza dei portati assiologici che ne definiscono il campo di esistenza, analisi approfondita di empirica verifica delle connotazioni valoriali che sono realmente prevalenti nella società.

3. Nei casi di non evidenza sulle risultanze probatorie circa il nucleo di senso della norma penale (quali gli esposti esempi in ordine: al bene giuridico compromesso, ai precisi contorni dei perimetri di restrizione personale che la norma stessa può imporre, alla definizione di alcuni concetti valvola) il processo penale ergonomicamente inteso, nel senso di interazione tra le varie posizioni soggettive processuali e la macchina processo penale stessa, si connota per aspetti epistemologici generanti zone grigie che ostano al fine ultimo del pieno accertamento della verità sull'effettiva verifica dell'ipotesi di accusa in atti.

Occorrerebbe sottoporre le ipotesi di dubbio sulla delimitazione del campo di esistenza della norma penale, nelle sue proiezioni assiologiche quali istanze valoriali e bisogni storicamente ed empiricamente pretesi dal consorzio sociale, ad un ente euristicamente capace di esaminarle<sup>10</sup>.

Ente scientifico verticalizzante i flussi delle esigenze sociali, che consenta l'effettiva attuazione, quando il gioco delle prevalenze degli interessi sociali reali e storici non appaia chiaramente, delle norme scritte sul piano della prova delle connotazioni valoriali che siano realmente prevalenti nella società a cui rinvino i concetti normativi medesimi.

Ente composito rappresentato da una giuria elettivamente nominata, quindi voluta dalla società, e scientifica, capace di comprendere le istanze della società medesima, che affianchi il giudice di legittimità nell'esercizio del suo ministero interpretativo.

Giuria che, secondo le direzioni dell'interpretazione teleologica, impedisca che l'operazione ermeneutica devii dalla ricerca del senso giuridico della realtà secondo gli scopi perseguiti dalla norma per divenire mera discrezionalità quale applicazione solipsistica del foro interno del giudicante.

In tesi il giudice di ultima istanza dovrebbe demandare le questioni di incerta definizione, in ordine ai beni giuridici di elastica natura, cangianti con il divenire delle epoche storiche ed il mutare dell'ambito potestativo dello Stato e dei limiti di sovranità territoriale in relazione all'istanze comunitarie (beni quali il buon costume, l'ordine pubblico, la libertà personale, ecc.) al predetto ente scientifico.

Ente inteso quale giudice dell'esegesi del valore dell'agire umano che ha determinato l'emanazione di un determinato imperativo giuridico.

Si rifletta, sul punto ed a titolo di esempio: a) sulla fluidità del concetto di oscenità di un atto, quale forma di lesione all'interesse sociale alla salvaguardia del buon costume; e b) sull'idoneità effettiva del medesimo atto in ordine alle proprie capacità offensive in termine di percezione da parte di terzi e di azioni integranti lo stesso, atto che da osceno diviene socialmente adeguato con il variare dei costumi sociali<sup>11</sup>.

---

10. In ordine alle proposte de iure condendo sull'individuazione di criteri attraverso i quali conoscere i valori prevalenti nella società, a cui si debba rinviare nella 'concretizzazione' dei principi scritti quando le indicazioni valoriali non siano desumibili con certezza dai testi precettivi" M. MENNA, Giurie elettive di esperti per favorire un dialogo 'non creativo' tra le Corti. in *Dir. pen. e processo* 2012 pp. 5- 12.

11. In giurisprudenza, sull'incidenza del pensare e sentire dell'intera comunità nazionale sul concetto di comune sentimento del pudore, Cass. pen., III, 29.11.85, n. 11696, in [www.iusexplorer.dejure.it](http://www.iusexplorer.dejure.it)

L'organo di giuria è indispensabile nelle proiezioni del giudizio di legittimità per colmare le lacune normative, perché consente di rifuggire da soluzioni solipsistiche ed arbitrarie, tramite l'esatta definizione dei concetti extra-giuridici etero-integranti le norme oggetto del sindacato di diritto.

L'incertezza sul risultato probatorio, in ordine agli evidenziati referenti assiologici, o quanto meno la non manifesta esistenza degli stessi, attesta l'esigenza di una entità euristicamente indirizzata, con responsabilità politica, legittimata su base elettiva; tutto a pena di pregiudicare il requisito della terzietà e imparzialità del organo giudicante.

Terzietà ed imparzialità, quali confini limite inibenti la rielaborazioni formulabili nel foro interno del giudicante, caratterizzanti le richiamate attività deduttive e di sintesi aprioristica, e preservabili solo laddove il giudice stesso rifugga da apodittiche prevenzioni di concetto avvalendosi di esperti componenti l'organo giuria in considerazione.

Tutto secondo le coordinate concettuali del giusto processo; giusto processo costituzionalmente richiesto, ai sensi dell'art. 111 Cost., convenzionalmente imposto per effetto della clausola d'interposizione, ex art. 117 co. 1 Cost., realizzabile anche per il tramite di esegesi su elementi meta-giuridici integranti i dubbi portati valori delle norme oggetto di interpretazione giudiziale.

L'operazione ermeneutica in questione è adottabile da parte di un organo che muti la dimensione triadica del processo penale (composta da parti, contro parti e giudicante terzo ed imparziale) e la indirizzi verso le latitudini di una quarta proiezione sempre terza ed imparziale ma in grado di operare semanticamente non sulle norme quale formale testo di legge ma sulle istanze che il testo di legge stesso genera in seno alla società e dalle quali è stato generato.

L'ipotizzata giuria di esperti elettivamente nominati, conoscitori delle massime di comune esperienza socialmente sentite, nei casi di non evidenza (caratterizzanti il dubbio iperbolico) della rilevanza probatoria sui nuclei di senso valoriale del caso in esame risulta in grado di indirizzare le massime di esperienza stesse in regole che statisticamente apprezzate, secondo l'inferenziale dell'alto grado di probabilità logica, costituiscano leggi di copertura processualmente adottabili.

Ente scientifico che dunque, operando secondo attente applicazioni ermeneutiche, risolve le zone grigie del dubbio iperbolico e rende il piano della verità processuale coincidente con quello della verità reale<sup>12</sup>.

---

12. Sull'esigenza dell'introduzione della organo di mediazione tra processo ed istanze sociali, M. MENNA, in particolare si interroga sul perché di giurie elettive di esperti che affianchino – nei casi di non evidenza delle dinamiche sociali - i giudici al fine di individuare le indicazioni valoriali prevalenti nella società che connotino i fatti cui applicare le norme (Giurie elettive di esperti per favorire un dialogo non creativo tra le Corti in *Dir. pen. e processo* 2012 pp. 5 – 12)

4. Siffatta giuria scientifica, nonostante rappresenti espressione delle istanze valoriali prevalenti nel tessuto sociale, nell'affiancare l'operato del giudice, non perde il connotato primo della terzietà ed imparzialità, laddove, a norma dell'art. 101 Cost., amministri (unitamente al giudice stesso) la giustizia in nome del popolo.

Ciò allorché, nel corso dell'esegesi giudiziaria, la disamina dei termini valoriali, svolta da detto organo di giuria, intervenga unicamente per la risoluzione dei casi concreti di non evidente definizione in ordine alla prova su questioni inerenti il nucleo di senso delle norme in analisi.

L'operare di tale ente scientifico, invero, nella sua dimensione euristica, si manifesta quale momento decisionale di massima espressione di terzietà ed imparzialità.

Lo schema di funzionamento del processo positivamente concepito, difatti, non viene alterato, nella sua ontologica predeterminazione normativa circa le regole di rito da seguire, dall'intervento dell'ipotizzato organo.

Di contro, le modulazioni procedimentali di siffatta giuria rientrano a pieno titolo nel paradigma strutturale e funzionale del "giusto processo" ex art. 111 Cost., laddove il giudice (organo terzo ed imparziale per dettato costituzionale), acquisito il dato processuale circa l'esistenza del dubbio iperbolico su concetti valoriali, ne dimanda la risoluzione pre-formulando appositi quesiti e indirizzi nonché circoscrivendo l'ambito stesso dell'oggetto della prova da assumere.

Dunque in siffatta ipotesi, il giudice, nell'assegnare la risoluzione di dubbi esulanti l'applicazione logico-formale di norme di diritto, evidenzia temi di prova che, pur potendo provenire dalle parti processualmente coinvolte, si pongono e si risolvono in misura equidistante dalle tesi sostenute dalle parti stesse, anche se in sintonia con il più ampio programma politico sottostante all'azione dei membri della ipotetica giuria che, come si dirà appresso, è espressione, allo stesso modo delle norme, di una sintesi e non di una visione politica unilaterale e parziale.

Il giudice di legittimità, in tesi, impartisce, inoltre, norme quadro esse stesse informate ai referenti della terzietà ed imparzialità, nonché esercita un controllo a posteriori sull'ottemperanza della giuria al portato precettivo di dette norme quadro e sull'esito epistemico raggiunto dalla giuria medesima<sup>13</sup>.

Ulteriormente, si consideri come il procedere della giuria in astratto rispetti l'archetipo processuale, quale tipo legale assiologicamente inteso, laddove le scelte di tale organo scientifico si informino ai principi portanti il giudizio di sussunzione dell'ipotesi concreta nel precetto di divieto contemplato per legge.

---

13. Sul concetto di norme impartite dal giudice si richiama la teoria del provvedimento del giudice quale norma individuale e concreta secondo la classificazione delle norme giuridiche proposta in N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, pp. 145 ss.

La premessa maggiore (fattispecie generale ed astratta) del sillogismo giudiziario fondante tale giudizio di sussunzione, invero, si attesta su di una operazione di astrazione giuridica analoga alle analisi valoriali formulate dall'organo giuria in relazione al caso concreto sottoposto al suo esame.

Astrazione che, quale fenomeno di massimizzazione e cristallizzazione di verità sociali in norme giuridiche, difatti attribuisce rilevanza a determinati interessi (reali, storici, comunitari, transazionali, interstatali) ritenendoli idonei a determinare mutamenti nella sfera della sistematicità giuridica<sup>14</sup>.

Detti interessi, nella funzione di risoluzione del caso concreto, in presenza di dubbio iperbolico sulla tipizzazione assiologicamente intesa dei fatti da provare, vengono presi scientificamente in considerazione dall'ipotizzato organo-giuria.

Organo composto da esperti capaci di leggere gli accennati interessi, quali atti di impulso delle dinamiche sociali, secondo spiegazioni razionali di sistema.

Pertanto organo fondantesi sul consenso popolare, secondo la logica delle aspettative dei gruppi di maggioranza nel rispetto (costituzionalmente orientato) di quelli di minoranza, per esercitare la funzione giurisdizionale in nome del popolo medesimo.

La ipotizzata giuria scientifica consente l'intervento di garanzia del rispetto delle esigenze sociali, rappresentate processualmente su base politico/elettiva; intervento convergente, nel momento processuale di sintesi di sussunzione normativa, con l'esercizio della ineludibile funzione giudiziaria secondo i parametri del "giusto processo".

L'organo giuria scientifica e l'organo giudice ex art. 101 Cost. partecipano secondo le stesse coordinate assiologiche, con ambiti di indagine e strumenti gnoseologici diversi, al medesimo fine dell'accertamento della verità sulla verifica dell'ipotesi di accusa.

Il giudice di legittimità, in sintesi, esercita il controllo logico-formale sulle statuizioni sottopostegli in ultima istanza di giudizio, dopo che l'ente-giuria abbia etero-integrato le lacune caratterizzanti, nel caso concreto e in presenza del dubbio iperbolico sulla evidenza probatoria, l'oggetto di tale sindacato logico formale.

---

14. Interessi, in sintesi, che, rappresentando le esigenze dei molti nel rispetto reciproco di quelle dei gruppi minoritari, giuridicamente si cristallizzano per garantire il comando primo, nella genesi del tipo legale, della necessaria umana sopravvivenza. In tema di dogmatica giuridica sulla genesi dei tipi legali, A FALZEA, Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica. L'Autore si sofferma sulla tematica anche nella sua monografia sul Sistema normativo ed analitica delle norme, Milano, 1999, pp. 5 e ss.

Di guisa che laddove le determinazioni dell'organo-giuria in esame siano supportate da motivazione razionale attestabile in forza di massime di comune esperienza e leggi generali di copertura (così come la motivazione ex artt. 546 e 292 c.p.p.), dette determinazioni dovrebbero ritenersi osservanti di tutti i principi costituzionalmente informanti il "giusto" processo penale<sup>15</sup>.

In definitiva, l'organo giuria polarizzerebbe il proprio campo di esistenza su due estremi e momenti di indispensabile, diverso valore.

Un momento statico-costitutivo, di tale "ente", attestantesi su base elettiva, laddove la giuria stessa, quale interprete delle istanze caratterizzanti il comune concepire della comunità tutta considerata, non può che rappresentare politicamente dette istanze e dalle stesse essere, secondo consenso popolare, generata.

Un altro estremo dinamico-decisionale, di natura giurisdizionale e di supporto al giudice, caratterizzato dall'esercizio della funzione di analisi ermeneutica dei valori esistenziali integranti e conferenti senso giuridico alle norme sostanziali e processuali applicabili nel procedimento penale.

Il tutto secondo i referenti epistemologici delle massime di comune esperienza e leggi di copertura che la giuria stessa analizza, riesamina, integra ed innova secondo le inferenze scientifiche connotanti il suo portato e patrimonio conoscitivo/cognitivo.

La garanzia della formulazione (mediante i sopra evidenziati referenti) di un preciso giudizio di sussunzione, quale limite/spartiacque tra il lecito consentito e l'illecito vietato, secondo la logica della stretta tipicità del diritto penale, si presenta, in ultima analisi, come manifestazione della terzietà ed imparzialità della giuria scientifica.

Laddove il processo stesso consenta l'intervento di un ente-giuria, capace di definirne con margini di certezza giuridica tutti i contorni valoriali della sintesi di sussunzione del fatto concreto nel tipo contemplato dal precetto di divieto, si garantiranno tutti i diritti di matrice costituzionale, ex artt. 3, 13, 24, 27, 111 Cost., posti a diretto presidio dell'inquisito ed a salvaguardia dell'ordine costituito.

La funzione ultima di orientamento sociale, svolta dal diritto penale processuale/sostanziale, secondo il rispetto di interessi comuni quali derivate di situazioni soggettive di vantaggio e nei limiti del penalmente vietato, con l'introduzione dell'ente-giuria scientifica, trova piena attuazione nel continuo divenire del sistema giuridico positivamente dato.

Il tutto secondo la proiezione della genesi del tipo legale quale convergenza del tipo ontico – deontico – assiologico; laddove per tipo assiologico si intenda una scelta di valore quale punto di riferimento dell'umano agire.

---

15. In merito alla motivazione, quale necessario requisito integrante, a pena di nullità, la parte motivazionale della sentenza penale, P. TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, Milano, 2007, pp. 594 ss

5. Ragioni di economia processuale esigerebbero, però, l'operare dell'ente giuria in fasi - stati - gradi inferiori alla sede del giudizio di legittimità secondo le scansioni procedurali dell'attività inferenziale nelle forme dell'ammissione, assunzione, valutazione probatoria e decisione anche in diritto.

Assunto comprovabile con ragionamento a contrario partendo da motivi di legittimità e discendendo a ritroso nei primordi del giudizio di merito sul fatto.

Si consideri, sul punto, l'archetipo dell'impugnabile ai sensi della lettera d) dell'art. 606 c.p.p., prescrivente la possibilità di esperire ricorso per cassazione nell'ipotesi di mancata assunzione di una prova contraria decisiva quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale, quale ipotesi di intervento dell'ente giuria scientifica nel procedimento di formazione della prova in contraddittorio tra le parti.

Ed invero, laddove la prova verta sull'esistenza di elementi di fatto esimenti la responsabilità penale per inoffensività della condotta tenuta dal giudicabile, la regola inferenziale adottabile necessita di interventi epistemologici nella direzione della ricerca degli interessi prevalenti nella società escludenti la percezione d'offesa da parte della società stessa.

Medesime esigenze si manifestano in ordine alle valutazioni politiche, sociali ed assiologiche circa la delimitazione degli schemi di funzionamento delle misure cautelari quali mezzo di soddisfazione di esigenze processuali comportanti l'inevitabile restrizione della libertà personale.

Altrettante istanze valoriali connotano la scelta giuridica in merito ai principi informativi dei benefici penitenziari, le modifiche di favore dei medesimi, quali l'ampliamento dei giorni di concessione della liberazione anticipata; scelta giuridica che con il suo portato di premialità comporta inevitabilmente costi e benefici per la collettività tutta considerata.

L'aspetto significativo e significativo di tali realtà processuali comporta la scelta valoriale di assegnare valutazioni assiologiche e semantiche, mediante precise regole inferenziali, nell'atto prodromico al momento in cui la scelta del contraddittorio, quale primo referente costituzionale, si compie.

In tesi si tratta del momento diacronico della valutazione sull'ammissibilità, circa la rilevanza - pertinenza - non contrarietà alle legge, dei mezzi di prova articolati a richiesta delle parti processuali<sup>16</sup>.

Atto primo necessitante l'intervento della scienza conoscitiva a definire tutti quegli elementi metagiuridici costituenti le istanze valoriali che influenzano l'esito della decisione nei termini relativi ai concetti valvola dei beni di interesse legislativo; elementi extra-giuridici connotanti gli archetipi sostanziali/processuali che partecipano nel processo e per il processo.

---

16. Sul diritto alla prova e sui criteri di ammissione della stessa, G. CONSO E V. GREVI, *Compendio di Procedura Penale*, cit., pp.310 ss

L'accennato momento dell'ammissione probatoria, contrassegnando il tempo primo del punto di convincimento del giudice, influenza tutte le proiezioni processuali, a partire da quelle ex artt. 493 - 495 c.p.p., secondo le coordinate concettuali ontologico/giuridiche delle regole di rito ed assiologico/inferenziali dei principi primi che informano il processo penale.

Le stesse proiezioni processuali progrediscono fino al momento della valutazione probatoria contrassegnata dal principio del libero convincimento dell'organo giudicante, consacrato dall'art. 192 c.p.p.<sup>17</sup>

Siffatto giudizio di valutazione compete non esclusivamente al giudice, laddove operato secondo dicotomica metodologia strutturata su diversi momenti di valore epistemico.

Ed invero, i referenti deontologico-giuridici, ex artt. 192, 530, 533 c.p.p., secondo cui "il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati" e "il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio", letti in combinato disposto offrono una interpretazione teleologico/sistematica attestante la necessità dell'intervento del sapere scientifico nel processo penale.

Laddove il divieto, imposto a norma dell'art. 192 c.p.p. (di formulare meri giudizi apodittici basantesi su rinvii materiali a risultati ottenuti tramite delegazione a portati cognitivo-scientifici esterni al processo medesimo), trova limite di applicazione nella misura in cui il sapere scientifico stesso, in via strumentale ed integrativa delle conoscenze giudiziali, assuma assoluta rilevanza<sup>18</sup>.

Tale assoluta rilevanza (manifestantesi nelle forme della necessità e funzionale imprescindibilità dell'intervento del sapere scientifico ai fini della decisione) si integra laddove la decisione giudiziale medesima, ai sensi degli artt. 530 e 533 c.p.p., nell'adempiere al dovere istituzionale, dell'oltrepassare la soglia del ragionevole dubbio, debba configurarsi priva di lacune conoscitive<sup>19</sup>.

---

17. Sulla disamina del parametro valutativo del "libero convincimento", P. GIANNITI, *La valutazione della prova penale*, Torino, 2005, pp. 95 ss.

18. In ordine alla necessità di un contributo gnoseologico del sapere scientifico ai fini del decidere giudiziale la Cassazione afferma che "In tema di giudizio, la valutazione delle prove acquisite compete in via esclusiva al giudice, il quale la esercita secondo il principio del libero convincimento e con divieto di delegarla al sapere scientifico esterno, il quale ha esclusivamente valenza strumentale ed integrativa delle conoscenze giudiziali e può assumere rilevanza solo ove il giudice ne apprezzi l'assoluta necessità ovvero la funzionale imprescindibilità ai fini della decisione" (Cass. pen. III, 21.11.2007 n. 42984, in [www.iusexplorer.dejure.it](http://www.iusexplorer.dejure.it)).

19. Sulla definizione dell'ambito di ricerca gnoseologica del circolo ermeneutico operato dall'organo giudicante in sede penale, V. GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, Milano 2008, pp. 433 ss. L'Autore si sofferma, in siffatto manuale, sulla regola di giudizio dell' "oltre ogni ragionevole dubbio" quale bagaglio indispensabile per ogni stato democratico.

Ebbene siffatte lacune conoscitive si colmano, nella dimensione del verificabile assiologico, unicamente con l'intervento di un etero - integrante sapere scientifico; sapere verticalmente organizzato e proiettato nella struttura del processo penale con l'introduzione dell'evidenziato ente-giuria scientifica.

Ora, ciò si riverbera nella valutazione di decisività della prova non assunta di cui all'art. 606 lett. d) c.p.p.; decisività che, come è stato sostenuto in dottrina<sup>20</sup> si apprezza rispetto al momento della prospettazione probatoria di parte, e , quindi, dell'ammissione richiesta, e non della possibilità di ribaltare la decisione di merito già emessa.

Con l'ausilio dell'ipotetica giuria scientifica anche il controllo del Supremo Collegio sulla censura ex art. 606 lett. d) c.p.p. può tradursi in un sindacato di tipo esclusivamente logico-formale secondo la dinamica già spiegata in relazione all'art. 606 lett. b) e c) c.p.p.

Se si volesse fare a meno della giuria rispetto all'individuazione del sapere scientifico etero-integrante in sede di ammissione probatoria, peraltro, non resterebbe che riconoscere il diritto alla prova contraria e quindi la corrispondente censurabilità ex art. 606 lett. d) c.p.p. in tutti i casi di incertezza sull'utilità della prova e, cioè, anche quando sussista il dubbio iperbolico sulle connotazioni scientifico-assiologiche che caratterizzano il momento dell'ammissione probatoria.

Il processo penale si configura in questo modo non quale mero procedimento, bensì come diritto inteso nel senso di insieme di norme, integrate pure da valori extragiuridici, costituenti rapporto di condizionalità tra il fatto condizionante, ovvero l'esercizio dell'azione penale, ed il fatto condizionato, ossia la decisione giudiziale nella direzione dell'accertamento della verità in ordine all'empirica verifica dell'ipotesi di accusa.

L'accertamento processuale penale, quindi, risulta connotato da valori primi tipizzati normativamente, quali l'inviolabilità della libertà personale e la non considerazione di colpevolezza sino alla condanna definitiva, e da scelte ultime che nel corso del processo ed all'esito del medesimo, sono rilevanti per adottare decisioni concrete e condivise anche attraverso l'uso di sapere scientifico-assiologico e valori comportamentali etero-integranti le regole scritte e le situazioni dell'accertamento.

---

20. M. MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, passim

Questi sono, in ultima analisi, espressione del cambiamento sociale che il fatto (esito) decisione giudiziale stesso, nel suo costante ed uniforme ripetersi, a sua volta condiziona ed influenza.

Come afferma Autorevole dottrina, i membri dell'evidenziato organo decisionale dovrebbero essere scelti tra esperti delle leggi della conoscenza sul divenire delle menzionate istanze valoriali, nonché delle prescrizioni governanti le ricadute di tali leggi nel processo penale stesso, capaci di dare lettura ai fenomeni della realtà empirica da interpretare<sup>21</sup>.

La giuria, in sintesi, deve essere capace di creare nuove regole, nell'alveo più generale delle coordinate ordinamentali, per le ipotesi non risolvibili secondo canoni inferenziali preformulati.

L'esercizio della funzione giurisdizionale, di guisa, richiederebbe il rinvio a siffatta giuria di tutte le questioni assiologiche da dirimere di dubbia definizione. Rinvio che dovrebbe verificarsi in relazione a tutte le affermazioni, anche preliminari ed intermedie dei procedimenti probatori, necessitanti di analisi in punto di definizione del loro nucleo di senso valoriale.

Il tutto quale espressione del "giusto processo" come fenomeno di verticalizzazione della progressione curvilinea delle leggi naturali, secondo, non solo un formalismo normativo imperniato su se stesso o procedure in esito informate dal mero solipsismo giudiziale o ancora applicazioni normative uniformi che contraddicono ad istanze sociali spesso mutevoli, bensì criteri ed interessi reali – storici – comunitari che convergano in quell'attività costituzionalmente presidiata che la collettività, culturalmente intesa, definisce "giustizia".

---

21. Sulla risoluzione del dubbio iperbolico mediante l'introduzione di un organo - "giuria scientifica ed elettiva" M. MENNA, Studi sul giudizio penale, Torino, 2009.

In particolare, l'Autore, nell'ambito della raccolta di studi sull'argomento, si sofferma sulla tematica relativa ai "Principi e logica di un giudizio di fatto" ed al "La prova tra processo, scienza e verità. Quale rapporto giudice-accertamento", (Studi sul giudizio penale, Torino, 2009. pp. 1 ss e 189 ss.).

CLAUDIO DO PRADO AMARAL

**ABSTRACT**

*The analysis aims to identify principles and rules characterizing the juvenile sorting in Brazil*

# **Aspetti fondamentali del diritto infrattivo giovanile brasiliano**

CLAUDIO DO PRADO AMARAL

SOMMARIO: 1. 1. Introduzione. – 2. L'evoluzione storica. – 3. Principi reggenti dell'ordinamento giuridico infantile e giovanile. – 4. Lo Statuto del Bambino e dell'Adolescente (E.C.A.). – 5. Atto infrattivo, principi di opportunità e disponibilità. – 6. Il locus e la natura della cosiddetta “delinquenza giovanile” in Brasile. – 7. Le caratteristiche del diritto infrattivo giovanile. – 7.1. Le caratteristiche delle misure socio-educative con privazione di libertà. – 8. Misure socio-educative e giustizia riparativa. – 9. Conclusioni.

1. Il Brasile dispone di norme che offrono trattamento giuridico avanzato alla questione della deviazione comportamentale degli adolescenti.

La Costituzione Federale, lo Statuto del Bambino e dell'Adolescente (Estatuto da Criança e do Adolescente, E.C.A.) e la Legge del Sinase (Sistema Nazionale di Trattamento Socio-educativo)<sup>1</sup> formano la tela normativa che conferisce regolamento giuridico differenziato a ciò che si chiama per convenzione “diritto penale minorile”. Vedremo più avanti che questa denominazione non è adeguata per il Brasile, e che non si tratta di una sottocategoria del diritto penale.

La Costituzione Federale, nel suo articolo 228 stabilisce che «sono penalmente non imputabili i minori di diciotto anni, soggetti alle norme della legislazione speciale».

L'E.C.A. si autoafferma come legge che «dispone la tutela della protezione integrale di bambini e di adolescenti».

E la Legge del Sinase “istituisce il Sistema Nazionale di Trattamento Socio-educativo” (Sinase) e regola l'esecuzione delle misure socioeducative destinate agli adolescenti che commettano atti infrattivi”.

Un rapido colpo d'occhio a questi dispositivi rivela l'esistenza di una rete di norme protettive a favore degli adolescenti che praticano atti descritti come crimini dalla legge penale. L'evoluzione storica mostra il percorso che ha permesso di arrivare a questo punto.

---

1. Legge n. 8.069/90 e Legge n. 12.594/12.

2. Quando il Brasile fu scoperto erano in vigore in Portogallo le Ordinanze Alfonsine, create sotto forte influenza del diritto romano e canonico. Alcuni dispositivi erano simili al contenuto delle *Partidas de Castilla*<sup>2</sup>.

La reclusione non veniva praticamente applicata, dato che le pene infamanti e quella di morte erano le più usate<sup>3</sup>.

Il principio della legalità non era stato sanzionato, non si menzionava il diritto alla difesa e la sistematicità di queste norme era difettosa, visto che mancava una parte generale, essendovi soltanto una parte speciale di contenuto casistico<sup>4</sup>.

Dopo le Ordinanze Alfonsine vennero le Ordinanze Manueline, la Compilazione di D. Duarte Nunes Leão e le Ordinanze Filippine.

Queste norme non fecero molto più che aggiornare, in momenti successivi, la raccolta alfonsina<sup>5</sup>.

Sono degne di nota le Ordinanze Filippine, dato che rappresentarono il diritto osservato dal Brasile-Colonia per oltre due secoli, nonostante la loro originalità rispetto alle precedenti fosse minima<sup>6</sup>. Il Libro V delle Ordinanze Filippine trattava del sistema penale di quei tempi.

Il titolo CXXXV del Libro V disponeva con riguardo al «quando i minori fossero puniti per il delitti commessi». Dopo i venti anni d'età, l'autore di un delitto poteva ricevere la «pena totale».

Nel caso in cui l'autore del fatto avesse tra i 17 e i 20 anni, la sua pena poteva essere diminuita, a seconda dell'arbitrio del giudice, basato sulla modalità di esecuzione del crimine, sulle circostanze del fatto e sul grado di «malizia» del minore. Per i minori di 17 anni, era proibita la pena di morte, essendo la pena da ridursi.

In questa fase dell'esistenza del Brasile, i minorenni erano considerati giuridicamente quasi alla stregua degli adulti, e insieme ad essi erano posti nelle carceri, in totale promiscuità.

Il Codice Criminale del 1830, basato sulle dottrine di utilità e scuola di Jeremy Bentham, portò un importante progresso giuridico, sebbene si mantenessero in vigore le pene di morte, quelle crudeli e quelle perpetue<sup>7</sup>.

Ciononostante, questo Codice fu considerato liberale, per il fatto di stabilire una fine progressiva alla confusione tra diritto e morale, vietando inoltre la pena di morte per i delitti politici.

---

2. ROCHA, M. A. Coelho da. *Ensaio sobre o governo e a legislação de Portugal, para servir de instrução ao estudo do direito pátrio*. 3ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1851. p. 118.

3. PINHO, RUY REBELLO. *História do direito penal brasileiro; período colonial*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1973. p. 101.

4. CERNICCHIARO LUIZ VICENTE. *Estrutura do direito penal*. 2ª ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p. 37-38.

5. COSTA Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 279.

6. COSTA Mário Júlio de Almeida. Op. cit., p. 291.

7. COSTA Álvaro Mayrink da. *Direito penal; parte geral*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Vol. 1. p. 277.

Il Codice esentava da pene i minori di 14 anni, affermando che non potevano essere considerati come criminali.

Nel caso in cui venisse dimostrato che i minori di tale età, autori di delitto, “fossero capaci di distinguere” dovevano essere detenuti nelle case di correzione per il tempo che sembrasse necessario al giudice, fino a quando il minore non avesse compiuto 17 anni.

Per quelli d'età compresa tra i 14 e i 17 anni, il giudice poteva imporre le “pene di complicità”, che corrispondevano a quelle del tentativo.

In Brasile, già in quel periodo, non si rispettavano i diritti degli adolescenti, giacché questi “istituti di correzione” non furono mai costruiti. Di conseguenza, i minori erano messi in prigioni comuni, insieme agli adulti<sup>8</sup>.

Nel 1890, venne promulgato in nuovo codice penale, già sotto forte influenza illuminista. I minori di 9 anni non potevano essere considerati criminali, essendo assolutamente inimputabili.

Quelli d'età tra i 9 e i 14 anni che avessero discernimento rispondevano per i crimini. In tale caso, erano detenuti in stabilimenti disciplinari industriali per il tempo che sembrasse necessario al giudice, a patto che la detenzione non oltrepassasse i 17 anni d'età.

Così come per gli istituti di correzione, di questi stabilimenti non fu fatto altro che progetti.

Nel 1923 nacque il primo Tribunale dei Minori del Brasile, sebbene senza l'osservanza del dovuto processo legale.

Era una istituzione che formalizzava il controllo sociale e mescolava assistenzialismo e ideale di giustizia.

Il dibattito sulla questione delinquenziale giovanile prendeva forma. Si crearono, dunque, i presupposti per la nascita della prima legislazione tematica, rivolta esclusivamente ai minori. Venne, quindi, promulgato nel 1927 il Codice dei Minori<sup>9</sup>, conosciuto come “Codice Mello Mattos”, in onore al giudice della sezione dei minori che ebbe partecipazione attiva nella sua elaborazione.

Secondo il suddetto codice, erano considerati minori in situazione irregolare tutti quelli abbandonati o delinquenti sotto i diciotto anni, e tra questi non esisteva distinzione quanto ai provvedimenti applicabili. Erano considerati entrambi in situazione irregolare.

Nel periodo in cui il codice era in vigore, fu stabilita la dottrina del “minore in situazione irregolare”, con chiari connotati di politica tutelare.

---

8. SCHECAIRA Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo, RT, 2008, p. 30.

9. Decreto Federal nº 17.943, de 12 de outubro de 1927.

La scelta politica tutelare delineata dal Codice Mello Mattos permetteva abusi di tutti i tipi. Le peggiori aggressioni e violazioni ai diritti dell'infanzia e della gioventù furono perpetuate più in nome della tutela e dell'amore che della repressione ai delitti<sup>10</sup>.

L'età penale minima era di 14 anni. Sotto questa età, non vi era nessun tipo di implicazione penale, mentre i giovani tra i 14 e i 18 anni d'età che commettessero delitti rispondevano in un processo penale speciale e, in caso di condanna, non potevano essere mandati in una prigione comune. Questa proibizione, tuttavia, non era rispettata.

Il Codice Penale del 1940 disponeva che “i minori di anni diciotto sono penalmente irresponsabili, essendo soggetti alle norme stabilite nella legislazione speciale”.

Ci furono progressi all'affermazione esplicita della sottomissione dei minori a una legislazione speciale che, tuttavia, fu ancora il Codice Mello Mattos fino al 1979, quando venne introdotta una nuova legislazione.

Fu, dunque, promulgato il Codice dei Minori del 1979, che manteneva la politica tutelare e non abbandonava, al contempo, la dottrina della situazione irregolare. Si trattava di una legislazione ideata all'epoca di un Brasile militarizzato, che scorgeva bambini e adolescenti come oggetti di diritto, e non come soggetti. Il giudice dei minori godeva di poteri ampi e discrezionali.

Con l'avvento del cosiddetto periodo di redemocratizzazione, negli anni 80, e del contesto internazionale che promuoveva i diritti di bambini e adolescenti, nacquero le condizioni ideali affinché la Costituzione Federale del 1988 prendesse le distanze dalla dottrina della situazione irregolare e dalla politica tutelare.

3. Il periodo che inizia con la Costituzione Federale è denominato “di garanzia”<sup>11</sup>.

Nella tipologia dei principi, ci interessano quelli denominati principi-garanzie, i quali istituiscono garanzie ai cittadini in modo diretto e immediato, vincolando il legislatore<sup>12</sup>.

I principi-garanzie rivolti al tema dell'infanzia e della gioventù, incorporati all'ordinamento giuridico brasiliano, sono tre: a) protezione integrale; b) miglior interesse; c) priorità assoluta nelle politiche pubbliche.

Queste norme orientano tutte le azioni, siano esse esecutive, legislative o giudiziali.

Le radici più prossime del principio della protezione integrale si trovano nella Convenzione sui Diritti del Bambino, approvata dalla ONU il 20 novembre 1989.

---

10. SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Op., cit., p. 37

11. Ivi, p. 43

12. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional: e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1165-1167.

La Costituzione Federale del 1988 mise in atto questa dottrina, affermandola come obbligo vincolativo di tutti.

L'art. 227 prescrive, quindi, che “ è un dovere della famiglia, della società e dello Stato garantire ai bambini e agli adolescenti, con priorità assoluta, il diritto alla vita, alla salute, all'alimentazione, all'educazione, al divertimento, alla professionalizzazione, alla cultura, alla dignità, al rispetto, alla libertà e alla convivenza familiare e comunitaria, oltre a metterli al riparo da qualsiasi tipo di negligenza, discriminazione, sfruttamento, violenza, crudeltà e oppressione.”

Protezione e tutela devono essere distinte. La protezione presuppone un essere umano protetto da altri, questi ultimi più forti al fine di proteggere il primo.

La tutela, invece, prevede la sovrapposizione di un individuo all'altro, in un rapporto in cui il più forte si appropria degli interessi del più debole, in una vera e propria sostituzione di interessi.

La applicazione del principio di protezione integrale prevede solidarietà sociale incoraggiata dallo Stato. Il concetto tutelare di interessi, al contrario, disprezza la libertà e l'autonomia.

Il principio del miglior interesse non viene menzionato in modo esplicito nelle norme giuridiche brasiliane. È, tuttavia, inequivocabile che provenga dal principio di protezione integrale.

L'implicazione più importante del principio del miglior interesse è che bambini e adolescenti diventino soggetti di diritto.

Se fossero oggetto di diritto, non potrebbero avere interesse ad essere protetti. La seconda implicazione di maggior rilievo è che le decisioni prese per la protezione di tali interessi dovranno essere il prodotto di un dialogo che cerchi il miglior modo di proteggerli.

Non esiste una definizione precisa e consumata di ciò che significa “miglior interesse del minore”<sup>13</sup>.

Quel che però possiamo dire è che si tratta di una direttrice ermeneutica, tracciata in ragione della maggior vulnerabilità di bambini e adolescenti e della loro immaturità per poter gestire le loro proprie vite, in modo tale da imporre ai tre poteri che adottino politiche che, in modo comprovato, garantiscano a questi individui lo sviluppo delle potenzialità delle loro rispettive personalità in condizioni di interagire socialmente con senso cittadino.

---

10. SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Op., cit., p. 37

11. Ivi, p. 43

12. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional: e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1165-1167.

13. HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. *El interés del menor*. Madrid: Dykinson, 2007. p. 101.

Il principio della priorità assoluta, a sua volta, è affermato espressamente nell'art.227 anzidetto, che mette in primo piano le azioni, i processi e i procedimenti che riguardano direttamente o indirettamente bambini e adolescenti, ordinando alle autorità che rendano effettive politiche pubbliche rivolte alla loro protezione integrale con priorità su tutte le altre.

4. Nei primi anni 90, nasce l'E.C.A. come prodotto legislativo che obbediva alle direttive tracciate dalla Dichiarazione dei Diritti del Bambino, Regole Minime delle Nazioni Unite per l'Amministrazione della Giustizia Giovanile (note come Regole di Beijing), Direttive delle Nazioni Unite per l'amministrazione della Giustizia Giovanile (Direttive di Riad), Convenzione sui Diritti dell'Infanzia così come dalla Costituzione Federale brasiliana del 1988.

L'E.C.A. taglia i ponti con la dottrina della situazione irregolare. Dal 1990, gli adolescenti, che hanno infranto la legge, hanno cominciato ad esser considerati soggetti di diritto, mettendo da parte, oltretutto, l'espressione "minorenne".

Si afferma con questo Statuto, inoltre, la dottrina della "protezione integrale" di bambini e adolescenti.

A partire dalla sua promulgazione, gli adolescenti tra i 12 e i 18 anni non commettono crimini né delitti, e si "atti infrattivi", che sono la pratica di atti illeciti descritti dalla legge penale come crimine.

Questi giovani hanno cominciato ad essere denominati "adolescenti in conflitto con la legge" o "adolescenti autori di atti infrattivi".

La conseguenza per la pratica di un atto di questo tipo è l'applicazione di misure dette "socio-educative".

Non si applicano punizioni, quindi. Le misure socio-educative sono: avvertenza; obbligo di riparazione dei danni; prestazione di servizi alla comunità; libertà assistita; inserimento in regime di semi-libertà; internamento in istituzioni educative.

La pratica di atti infrattivi, inoltre, autorizza il giudice ad applicare "misure specifiche di protezione", in modo isolato o cumulativamente ad altri provvedimenti socio-educativi; quelle che possono essere applicate come derivati dall'atto infrattivo sono: affidamento ai genitori o responsabili, tramite dichiarazione di responsabilità, orientamento, appoggio e accompagnamento temporaneo; iscrizione e frequenza obbligatorie a istituzioni ufficiali di istruzione elementare; inclusione in programmi comunitari o ufficiali di ausilio alla famiglia, al bambino e all'adolescente; richiesta di trattamento medico, psicologico o psichiatrico, in regime ospedaliero o ambulatoriale e inclusione in programmi ufficiali o comunitari di ausilio, orientamento e trattamento di alcolisti e tossicodipendenti.

L'applicazione di ognuna di queste misure potrà essere realizzata unicamente dopo l'osservazione del dovuto processo, con garanzia di contraddittorio e ampia difesa, oltre ad altre garanzie processuali già molto salde, come la conoscenza piena e formale dell'attribuzione dell'atto infrattivo, tramite citazione o mezzo equivalente;

uguaglianza nel rapporto processuale, potendo confrontarsi con vittime e testimoni e presentare tutte le prove necessarie alla sua difesa; difesa tecnica con avvocato; assistenza giudiziaria gratuita e totale ai bisognosi, nelle forme di legge; diritto ad essere ascoltato direttamente dalle autorità competenti, ecc.

Si assicurano, inoltre, altre garanzie processuali specifiche per l'adolescente, come per esempio il diritto a sollecitare la presenza dei genitori o responsabili in qualsiasi fase del procedimento.

5. Nel processo infrattivo vige il principio della opportunità, a scapito del principio dell'obbligatorietà.

La pratica di un atto infrazionale, perciò, non implica necessariamente l'applicazione di provvedimenti socio-educativi o protettivi.

Prima dell'inizio del processo giudiziario per la determinazione dell'atto infrattivo, il pubblico ministero potrà concedere la remissione, come forma di esclusione dal processo, in accordo alle circostanze e alle conseguenze del fatto, al contesto sociale, così come alla personalità dell'adolescente e la sua partecipazione maggiore o minore all'atto.

In questo caso, il giudice potrà omologare la remissione o meno, e nel caso in cui discordi dalla concessione, rimetterà il processo al Procuratore Generale di Giustizia per un nuovo esame di quest'ultima decisione.

La remissione non prevede il riconoscimento o l'attestazione della responsabilità, e non prevale per effetto di antecedenti, potendo includere eventualmente l'applicazione di una ognuna delle misure socio-educative previste dalla legge, eccezion fatta per la messa in semilibertà e l'internamento.

Pertanto, la remissione può essere concessa in concorso ai provvedimenti socioeducativi di avvertimento, obbligo di riparare ai danni, prestazione di servizi alla comunità e libertà assistita.

La possibilità di questo accumulo è motivo di discussione: da una parte, si dice che è impossibile, visto che rimettere significa perdonare.

E si afferma, oltretutto, che non si potrebbero applicare provvedimenti socioeducativi senza l'osservanza del dovuto processo.

Dall'altra parte, esistono opinioni che permetterebbero questa cumulazione per il fatto di non trattarsi di provvedimenti penali, ma socio-educativi.

E alcuni intendono come possibile l'applicazione della remissione insieme al provvedimento socioeducativo, a patto che avvenga con il consenso dell'adolescente e del suo rappresentante legale.

È chiaro, però, che il mancato compimento dei provvedimenti socioeducativi applicati accumulativamente alla remissione non potrà trarre con sé l'applicazione del cosiddetto "internamento-sanzione", che è il provvedimento privativo di libertà applicato in caso di mancato compimento del provvedimento socio-educativo applicato su sentenza di merito in processo giudiziale regolare.

Anche dopo l'inizio del processo giudiziale di determinazione dell'atto infrattivo (ossia, essendovi già una richiesta formale del promotore di giustizia per l'applicazione di misure socio-educative), potrà avvenire la remissione, la quale potrà essere concessa direttamente dal giudice, situazione che significherà la sospensione o estinzione del processo.

6. Successivamente al processo giudiziale regolare per la determinazione dell'atto infrattivo, in caso di fondatezza della richiesta, la sua conseguenza è l'applicazione di misure socio-educative, il cui contenuto e natura possono essere facilmente estratti dall'interpretazione sistematica delle leggi che reggono il tema.

La Legge del Sinase fornisce le spiegazioni necessarie nel suo art.1°, paragrafo 2°, clausole dalla I alla III.

Questa regola dice che le misure socio-educative hanno come obiettivi: a) la responsabilizzazione dell'adolescente riguardo alle conseguenze lesive dell'atto infrattivo, incentivandone la riparazione ove possibile; b) l'integrazione sociale dell'adolescente e la garanzia dei suoi diritti individuali e sociali, tramite compimento del suo piano individuale di trattamento, e c) la riprova della condotta infrattiva, rendendo effettive le disposizioni della sentenza come parametri massimi di privazione di libertà o restrizione dei diritti, osservando i limiti previsti dalla legge.

Non è difficile, quindi, arrivare alla conclusione che le misure socio-educative sono di natura educativa. Educazione per vivere in società con civiltà.

Ma sono provvedimenti, al contempo, di natura sanzionatrice. Da qui la sua natura educativa-sanzionatrice.

A dispetto della loro natura che è anche sanzionatrice, non si confondono con punizioni, e in quest'aspetto la legge non lascia spazio a dubbi, visto che afferma tassativamente che il primo fine dei provvedimenti socioeducativi è la "responsabilizzazione" dell'adolescente per i propri atti. È da notarsi che la legge non usa il termine "incolpare" l'adolescente, ma "responsabilizzarlo".

In Brasile, si perde molto tempo su discussioni accademiche in cerca di politiche pubbliche e decisioni giudiziarie favorevoli a una interpretazione che dia toni penali alla giustizia giovanile.

Si insegue ancora l'obiettivo di delineare una giustizia penale giovanile, come se fosse una specialità attenuata del diritto penale, o un sottosistema penale.

È un equivoco insistere sul fatto che esista un diritto penale giovanile in Brasile. L'orientamento normativo è fin troppo chiaro perché si continui insistendo su questa linea.

Questa insistenza è più frutto della politica criminale orientata alla massimizzazione del diritto penale, che un legittimo dibattito sulla logica normativa messa in opera.

Dire che esiste diritto penale per gli adolescenti è un comportamento che cerca di dare una risposta al sentimento pubblico di insicurezza e ai misfatti violenti mostrati dai mass-media che coinvolgono adolescenti.

Insistere su questo dibattito – oltre alla perdita di tempo e di opportunità – vuol dire seguire il cammino che va in senso contrario agli orientamenti ben fondati della dottrina, secondo cui la cosiddetta “delinquenza giovanile” chiede che la reazione sociale non sia di castigo, ma piuttosto di integrazione educativa<sup>14</sup>.

Le norme giuridiche brasiliane si sostanziano in regole per un diritto infrazionale giovanile, dalla natura non penale, ma educativa-sanzionatrice, nonostante sia di maggior intensità.

Non si discute il fatto che esistano innumerevoli minorenni che commettono atti infrattivi, con discernimento effettivo sul loro stesso comportamento e che potrebbero venire severamente incolpati, ovvero potrebbero essere considerati penalmente imputabili.

Ma, per quanto sia criticabile la scelta del legislatore, questa è la realtà brasiliana, a fronte della quale non resta che lavorare nel miglior modo possibile dall'interno del diritto delineato per infrattività giovanile e con gli strumenti rispettivamente messi a disposizione, che sono, oltretutto, molto buoni e di provata efficienza.

Qualsiasi fosse stata la scelta legislativa, ci sarebbero certamente stati *deficit* e insoddisfazioni sociali e giuridiche.

Le norme che reggono la cosiddetta “delinquenza giovanile” finiscono sempre col creare insoddisfazioni di qualche tipo.

Tuttavia, vi è sempre una scelta politica da farsi, al fine di standardizzare il rispettivo segmento giuridico<sup>15</sup>.

E nel caso del Brasile, sembra piuttosto chiaro che la scelta del legislatore sia stata fatta in conformità alla Costituzione Federale, agli orientamenti e alle normative internazionali che reggono la materia.

L'inserimento del diritto infrattivo al margine del sistema penale è prodotto genuino della differenziazione della società post-moderna, che diventa sempre più complessa, costruendo nuovi sistemi giuridici per nuovi gruppi di situazioni e, a sua volta, aumentando la sua propria complessità.

È il paradosso della differenziazione funzionale. Per poter sopperire a nuove funzioni, progressivamente più complesse, la società si divide in sottosistemi, diventando al tempo stesso più complessa<sup>16</sup>.

---

14. COLOMER Ester Giménez-Salinas i Colomer. La justicia juvenil en España: un modelo diferente. In: LÓPEZ, María Teresa Martín. *La responsabilidad penal de menores*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2001, Colección ESTUDIOS, n° 74. p. 38.

15. LUHMANN Niklas. *Introducción a la Teoría de Sistemas*. Mexico: Universidad Iberoamericana, Anthropos, 1996. p. 142: “La estandarización es una estrategia de decisión que, por lo que puede observarse, tiene sus peligros desde el momento en que puede inducir a un engaño de formato potencializado ya que puede dar lugar a que unos se provechen de que los demás se orienten por la estandarización y se atengan a ciertas reglas del juego, mientras otros utilicen esa forma de juego de decisión para sus propios fines”.

16. LUHMANN Niklas. *Sociologia do direito I*. Traduzido por Gustavo Bayer da obra *Rechtssoziologie I*, Rowohlt Taschenbuch Verlag GmbH, Reinbek bei Hamburg, 1972. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, série Biblioteca Tempo Universitário, n° 75. p. 225: “A diferenciação funcional cria sistemas sociais parciais para resolução de problemas sociais específicos”.

Il momento vissuto dall'essere umano nell'adolescenza è unico. Non è più un bambino e non è ancora un adulto. Le sue decisioni sono prese spesso in situazioni di conflitto. È un individuo ancora in formazione, in termini biologici e psichici. Nella vita di un giovane, si vive la polarizzazione degli estremi: tutto può essere molto intenso o eccessivamente noioso.

È giusto che il regolamento giuridico su questo particolare momento della vita sia altrettanto speciale. In altre parole, il diritto che si propone di disciplinare gli insidati, confliggenti e sorprendenti rapporti che si stabiliscono tra il giovane e la società è un ramo particolare del diritto, che deve essere speciale come questa fase della vita di una persona. Da qui proviene la specializzazione che questo ramo giuridico deve avere.

Non a caso, la Costituzione Federale afferma che la legislazione che regge questo campo della vita è appunto “speciale”.

Non è questo il momento per provare a descrivere quali sarebbero i programmi e i codici che reggono il citato sistema speciale; è però già possibile delinearne le principali caratteristiche.

7. Oltre all'obbligatorietà del dovuto processo già menzionato, l'arbitrio del giudice è anche limitato dai principi di legalità, di anteriorità, di tassatività, frammentarietà e sussidiarietà.

Nonostante siano questi principi propri del diritto penale, la loro applicazione al diritto speciale infrazionale avviene perché il provvedimento socioeducativo viene applicato in modo forzato, dispensando il consenso dell'adolescente e dei suoi genitori o responsabili a rispetto del tipo di misura e del suo contenuto (che dev'essere, ovviamente, democratico e di diritto).

Oltretutto, l'applicazione di qualsiasi provvedimento del giudice all'adolescente “terrà in considerazione la sua capacità di compierla, le circostanze e la gravità dell'infrazione”.

7.1 Le misure socio-educative che comportano privazione della libertà sono due: semi-libertà e internamento. La prima è un tipo di transizione verso l'ambiente aperto. L'adolescente passa buona parte del suo tempo fuori dall'istituzione educativa.

Pertanto, frequenta scuola, corsi e attività sportive e culturali. Alla fine delle sue attività esterne, vi fa ritorno, visto che deve passare la notte nell'istituzione. Nei fine settimana, può riunirsi con la famiglia al di fuori della struttura.

L'internamento è il provvedimento socio-educativo che implica la totale privazione della libertà, ed esplicitamente caratterizzata dalla legge come provvedimento “soggetto ai principi di brevità, eccezionalità e rispetto alla condizione peculiare della persona in fase di sviluppo”.

L'E.C.A. permette l'applicazione dell'internamento unicamente in tre casi: 1) trattandosi di atto infrattivo commesso tramite grave minaccia o violenza a persone; 2) reiterazione nel compimento di altre infrazioni gravi e 3) per mancato compimento reiterato e ingiustificabile del provvedimento precedentemente esposto.

Si discute la possibilità di applicazione dell'internamento in caso di traffico di droga, poiché nonostante sia un atto infrattivo commesso senza violenza o minacce gravi ad altre persone, si tratta di una condotta che il diritto brasiliano equipara a "crimine efferato".

Nonostante il Tribunale Superiore di Giustizia abbia effettuato un chiarimento, per via della sintesi 492 nel senso che "l'atto infrattivo analogo al traffico di droga, di per sé, non porta obbligatoriamente all'imposizione della misura socio-educativa di internamento dell'adolescente", molti tribunali statali divergono da questa orientamento e applicano l'internamento come conseguenza automatica per l'atto infrattivo equiparato al traffico di droga.

Allo stesso modo, non è chiaro cosa si intenda per "infrazioni gravi", la cui reiterazione autorizza l'internamento.

Ed in ordine a ciò che è inteso come "reiterazione", i tribunali esigono, come minimo, tre condotte successive.

Infine, nella terza ipotesi in cui si permette l'applicazione dell'internamento, non vi sono propriamente provvedimenti socio-educativi, ma piuttosto una sanzione proveniente dal mancato compimento di quest'ultima.

È per questo che questa forma di internamento è denominata internamento-sanzione e la sua durata massima è di tre mesi.

La natura non penale del diritto infrattivo è, ancora una volta, rinforzata dinanzi al modo in cui l'internamento deve essere eseguito.

Come disposto dall'E.C.A., tale provvedimento verrà eseguito in un "ente di trattamento", che deve essere "esclusivo per adolescenti, in luogo diverso da quello destinato al rifugio, e obbedita la rigorosa separazione per criteri d'età, costituzione fisica e gravità dell'infrazione"(art.123).

L'internamento, decretato o mantenuto dalle autorità giudiziarie, non potrà essere compiuto in istituzione carceraria. (art.122, paragrafo 2°).

L' E.C.A. assicura anche che "in nessuna ipotesi verrà applicato l'internamento, essendoci altro provvedimento adeguato".

Una volta applicata la misura di internamento, questa non ha un periodo determinato, visto che la sua manutenzione deve essere rivalutata tramite decisione giudiziaria fondata ogni sei mesi al massimo.

In nessun caso questo periodo massimo sarà oltre i tre anni, quando l'adolescente dovrà essere rimesso in libertà, in regime di semi-libertà o di libertà assistita. E, in ogni caso, la liberazione sarà obbligatoria all'età di ventun anni.

7.2 Il primo provvedimento socio-educativo previsto dall'E.C.A. è l'avvertenza, che consiste nell'ammonizione verbale.

Il secondo è designato per la riparazione del danno, e viene applicato soltanto agli atti infrattivi con riflessi patrimoniali.

La legge ne prevede tre specie: restituzione dell'oggetto, risarcimento del danno e compensazione del danno causato alla vittima.

Esiste una clausola di apertura, prevista dalla legge, per i casi di manifesta impossibilità di riparazione del danno.

Quando questo succede, "il provvedimento potrà essere sostituito da un altro adeguato".

La terza misura socioeducativa in ambiente aperto prevista dall'E.C.A. è la prestazione di servizi alla comunità.

Consiste nella realizzazione di mansioni gratuite di interesse generale, presso enti assistenziali, ospitali, scuole e stabilimenti analoghi, così come in programmi comunitari o governativi.

Le mansioni verranno attribuite a seconda delle capacità dell'adolescente, e dovranno essere svolte durante la giornata massima di otto ore settimanali, il sabato, la domenica e nei giorni festivi o in giorni feriali, in modo tale da non compromettere la frequenza scolastica o la giornata normale di lavoro.

La prestazione di servizi alla comunità non potrà essere effettuata per un periodo oltre i sei mesi.

La libertà assistita è il provvedimento socioeducativo che gode di maggior prestigio, a causa delle sue possibilità, ampiezza e flessibilità, insieme alle realtà sociali dell'adolescente autore dell'atto infrattivo<sup>17</sup>.

Questa misura deve essere applicata in tutti i casi in cui si dimostri la più adeguata al proposito di accompagnare, sostenere e orientare l'adolescente.

Il giudice designerà una persona adeguata all'accompagnamento del caso, quest'ultima segnalata da ente o programma di trattamento. La durata minima è sei mesi, con possibilità di proroga, revoca o sostituzione per altro provvedimento in qualsiasi momento.

Tra le altre finalità si ricordano quelle di: a) promuovere socialmente l'adolescente e la sua famiglia, offrendogli orientamento e inserendoli, se necessario, in programmi ufficiali o comunitari di ausilio e assistenza sociale; b) supervisionare la frequenza e il profitto scolastico dell'adolescente, promuovendone anche l'iscrizione scolastica; c) spronare l'adolescente alla professionalizzazione e all'inserimento nel mercato di lavoro.

---

17. MAIOR, Olympio Sotto. Comentários ao art 112 do E.C.A. In: CURY, Munir (coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2103. p. 560.

8. La caratteristica comune e più importante dei provvedimenti socioeducativi è la flessibilità della loro esecuzione. L'ordinamento giuridico non solo permette, ma privilegia il ricorso alla giustizia riparativa e alla diversione o comunque alla degiurisdizionalizzazione del conflitto.

L'E.C.A. già segnalava in che senso avrebbero dovuto adoperarsi gli espedienti di composizione, mediazione e pacificazione. Tuttavia, è stato con la Legge del Sinase che questa direttrice è stata affermata con veemenza.

Il primo obiettivo enunciato dalla Legge del Sinase per le misure socio-educative è quello di responsabilizzare l'adolescente, essendo che il contenuto di questa responsabilizzazione deve essere l'incentivo alla riparazione del danno. (art.1°, paragrafo 2°, clausola I).

La degiurisdizionalizzazione, l'autocomposizione dei conflitti e il ricorso alle pratiche riparative sono stati espressamente dati in consegna come principi reggenti dell'esecuzione dei provvedimenti socio-educativi ed entrano in funzione immediatamente dopo il principio di legalità.

La Legge del Sinase, nell'enunciare i tre primi principi reggenti delle misure socio-educative, sancisce: “art.35. L'esecuzione dei provvedimenti socio-educativi si reggerà sui seguenti principi: I – legalità, non potendo l'adolescente ricevere trattamento più gravoso di quello dato all'adulto;

II – eccezionalità dell'intervento giudiziale e dell'imposizione di misure, favorendo mezzi di autocomposizione di conflitti; III – priorità a pratiche o provvedimenti che siano restaurative e, quando possibile, rispondano alle necessità delle vittime; (...)”.

9. L'ordinamento giuridico nel campo infrattivo giovanile va molto al di là della capacità della società e dello stato di accompagnarlo. Buona parte delle attuali pratiche istituzionali non corrisponde al contenuto delle norme del diritto infrattivo. In larga scala, persistono azioni che lo considerano equivalente al diritto penale giovanile.

Le tre sfere di potere dello stato non devono più proseguire con una politica che sembra non stare da un lato né dall'altro, trattando l'adolescente a volte come soggetto ad un sistema penale giovanile ed altre al sistema infrattivo.

Una delle possibili spiegazioni per questa realtà sarebbe il fatto che, da quando il Brasile non è più una colonia portoghese, innumerevoli e successivi sono stati i momenti di agitazione politica, essendo l'ultimo quello della dittatura che si è concluso solo negli anni 80. La conquista della democrazia brasiliana è ancora un fatto recente.

Questa spiegazione ha senso, se ricordiamo che fino agli anni 80 la cultura giuridica brasiliana fece richiamo alle sue forze nella costruzione di fondamenta politico-liberali, come la tendenza inevitabile alla privatizzazione dei conflitti di qualsiasi genere, a scapito dell'orientamento delle forze perché la democrazia si consolidasse.

A. F. PELLEGRINO E J. A. DE LUCA

**ABSTRACT**

*In the Argentine legal system Juvenile Justice is disciplined by the Criminal Juvenile Regime Act 22.278. It must be criticised, among other things, also because it gives the judge wide powers to intervene in the minor's life after the criminal trial if the minor has been abandoned.*

*In truth, there is an urgent demand for amending the Argentine Juvenile Justice system, in order to satisfy various needs ranging from the requests of the Inter-American Commission controlling the OEA (Organización de los Estados Americanos) to the requirements for the revision of the legislation also in relation to life imprisonment and the minimum age of criminal responsibility.*

## **Il diritto penale dei minori nell'esperienza giuridica argentina**

ARIEL F. PELLEGRINO E JAVIER A. DE LUCA

SOMMARIO: 1. Particolarità del diritto penale dei minori in Argentina – 1.a). Alcune critiche – 1.b). Il controllo internazionale – 1.c). La legge argentina N° 26.061 – 2. Prigione Perpetua per i minori; 3. Altri problemi e direttive del diritto internazionale – 4. Altri casi della Corte Interamericana de DDHH in relazione ai processi dei minori e le obbligazioni degli Stati nella cui disposizione essi si trovano – 5. Le discussioni attuali. La pretesa di abbassare l'età di imputabilità – 6. Conclusioni.

1. L'ambito del diritto interno argentino è disciplinato dal Regime Penale dei minori (legge 22.278) che indica i limiti di età punitivi per raggiungere l'imputabilità. Ivi si stabilisce che non è punibile il minore che non abbia compiuto 16 anni di età. Nemmeno lo è colui che non abbia compiuto 18 anni rispetto ai delitti perseguibili a querela, o a quelli puniti con pena privativa della libertà che non ecceda i due anni, o di quelli puniti con la pena della multa o dell'inibilitazione.

Coloro che hanno tra i 16 e i 18 anni di età, sono soggetti ad un processo speciale e, in caso che sia accertata la loro responsabilità, al compimento della maggiore età si valuterà la possibilità di appicar oro o meno una pena privativa della libertà.

In Argentina i processi penali a cui sono sottoposti i minori si svolgono innanzi ad un foro specializzato costituito da giudici dei minori, incaricati della fase di investigazione e istruzione dei processi, e i tribunali orali dei minori, che giudicano gli imputati in giudizio orale e pubblico.

Nei casi di delitti che sono puniti con pena che non sia reclusiva o con pena reclusiva minore ai 3 anni, il giudizio si celebra in istanza unica innanzi al giudice dei minori. Se la pena prevista è maggiore, il giudizio è un giudizio orale attraverso un tribunale composto da tre giudici tecnici. Si chiarisce che il giudice che istruisce nella fase investigativa non può intervenire nel giudizio orale perché ciò violerebbe il principio di imparzialità del giudicante<sup>2</sup>.

Nelle istanze superiori di revisione in ambito federale interviene la Camera Federale di Cassazione penale che esamina le questioni di fatto, di prova e di diritto<sup>3</sup> e, in ultima istanza, la Corte Suprema di Giustizia della Nazione.

---

1. Confr. Corte Suprema di Giustizia della Nazione, caso "Llerena", pubblicato in Fallos: 328:1491.

2. In Argentina, a partire dalla sentenza della Corte Suprema nel caso "Casal", il ricorso per cassazione ha perso la sua naturalezza originale e ora è ampio, per soddisfare il diritto costituzionale alla revisione della sentenza di condanna. Vedi Fallos: 328:3399.

Parallellamente a questi processi penali viene elaborato un espediente tutelare (disposizione provvisoria), nel quale il minore è assistito da medici e psicologi. Attraverso esso si segue in modo permanente il minore che sarà registrato e questo registro sarà utilizzato dai giudici al momento del giudizio. E' previsto che sul minore si praticino studi della sua personalità e delle condizioni familiari e ambientali, con l'obiettivo di determinare il modo in cui si sta sviluppando e valutare l'esito del trattamento.

Una prima critica al sistema. Il disegno legale in virtù del quale innanzi al medesimo giudice si svolge la causa penale e l'espediente tutelare è stato considerato qualcosa di positivo al momento della sua creazione, perchè si pensava che i magistrati avrebbero così avuto la possibilità di osservare l'evoluzione del minore fino al momento di pronunciare la sentenza.

Questo è lo spirito del regime tutelare.

Però questo sistema ha tratto con sé altri problemi di fatto e di diritto.

Per esempio, in attuazione di ciò che concerne l'ambito tutelare, accadeva di frequente che il minore ammetteva la sua partecipazione al delitto, per esempio, nei colloqui con lo psicologo, e il professionista lasciava collocata questa confessione 'extragidiziale' in questo espediente tutelare.

Il giudice si formava così pregiudizi che erano impossibili da contrabbattere, e si mischiavano gli aspetti riferiti all'imputazione e alla colpevolezza per il fatto, con altri prori della evoluzione personale del minore durante il tempo successivo al delitto a lui imputato. Ancor più in quanto questa confessione non poteva essere usata come prova contro di lui nel giudizio, l'imparzialità del giudice già si vedeva compromessa, contaminata.

Proseguiamo, anche la legge presenta altre criticità. Per esempio, quando emerge dall'espediente tutelare che il minore si trova in situazione di abbandono, mancanza di assistenza, in pericolo materiale o morale, o presenta problemi di condotta, il giudice ha la potestà di "porlo definitivamente", dopo aver ascoltato i genitori, tutori o custodi. Questa disposizione permanente, è stata molto criticata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, già in quanto attribuisce al giudice penale una signoria assoluta sulla persona del minore, che vede così ridotti i suoi diritti e le possibilità di controllo sulla sua vita.

Una volta concluso il processo orale, nel caso sia dichiarata la responsabilità penale per il fatto oggetto del processo, e dopo che il minore abbia compiuto i 18 anni, al giudice si aprono varie strade: 1) decretare la sua assoluzione, 2) imporre una pena ridotta, 3) imporre la pena prevista per questo delitto senza diminuzione alcuna. Sebbene queste variabili siano soggette ai risultati che seguono al trattamento tutelare prima riferito, la legge dà al tribunale giudicante la possibilità di scegliere il valore di ciascuna di esse quando le sue conclusioni siano state discordanti.

Sebbene i minori per tale loro condizione siano titolari di diritti speciali, per ciò che concerne l'inflizione delle pene si devono rispettare due premesse: la loro concreta necessità (come unica risposta possibile) e la misura di colpevolezza per l'illecito, Quest'ultima, a sua volta, incontra una seconda limitazione, ed è che i minori non hanno lo stesso grado di maturazione emozionale degli adulti e, pertanto, la loro colpevolezza è più ristretta.

Il meccanismo di riduzione della pena previsto nella legge (art. 4 della legge 22.278), consente al giudice di applicare la pena stabilita per il fatto nella forma prevista per il tentativo nel caso degli adulti (art. 44 del Codice Penale). Ossia, la misura della pena è diminuita da un terzo alla metà.

Esiste una discussione nella giurisprudenza riguardo a quale sarà la misura della pena quando il fatto attribuito ad un minore sia stato realizzato nella forma del tentativo.

Ossia se si dia luogo ad una doppia riduzione. La maggioranza della dottrina e la giurisprudenza credono che sia possibile procedere alla doppia riduzione.

Le differenze si riscontrano in coloro che sostengono che la diminuzione legale dell'articolo 4 della legge 22.278 non è discrezionale per il giudice dei minori, bensì obbligatoria, specialmente nei casi in cui il trattamento tutelare ebbe esito positivo.

E' nostra opinione che sia così, e che si debba in questi casi applicare una doppia (o perfino tripla) diminuzione nella misura della colpevolezza, per essere minore, per aver avuto esito positivo il trattamento tutelare e perchè il delitto non è stato consumato.

Un'opinione minoritaria afferma che questa diminuzione non è proibita però nemmeno imposta dalla legge in modo imperativo per tutti i casi, sebbene si tratti di un potere o facoltà dei giudici dei minori che possono esercitarla o meno<sup>3</sup>.

Questo ampio grado di discrezionalità che la legge concede ai giudici in merito ai minori soggetti alla loro giurisdizione costituisce una manifestazione del "sistema tutelare repressivo"<sup>4</sup> che considera il minore come soggetto passivo di misure di protezione e non come soggetto pieno di diritti.

Una delle differenze con il trattamento dei maggiorenni, è che ai minori non possono essere applicate le disposizioni relative alla recidiva (aggravamento dell'esecuzione delle pene in caso di reiterazione di delitti).

L'esecuzione di pene private della libertà e le internazioni preventive dovranno essere eseguite in istituti speciali ed è proibire far alloggiare i minori negli stessi luoghi destinati ai maggiori di età.

---

3. Camera Federale di Cassazione Penale, Sala IV, "T.L.E. s/ricorso di cassazione", causa 7899, Reg 11345, 02/03/09.

4. Opinione Consultiva OC-17/2002 de 28 di agosto del 2002, sollecitata dalla Commissione Interamericana dei Diritti Umani.

1.a. Le amplissime facoltà che la legge argentina assegna al giudice per disporre dei minori durante il processo o, perfino, dopo di esso in casi di abbandono o pericolo sono state molto criticate. L'UNICEF<sup>5</sup> elaborò un documento nel quale segnalò che il regime della legge 22.278 “assegna un alto grado di discrezionalità al giudice, che può disporre misure restrittive della libertà dell'adolescente che non sono previamente determinate nella loro estensione temporale né nella loro modalità di esecuzione.

Si contrasta in questo modo con il principio di legalità, che pone limiti molto precisi e chiari allo Stato nell'intervenire sui cittadini”. Che “le misure tutelari sono divenute misure di sicurezza e, nella pratica, di sanzione, come succede per esempio con la privazione della libertad. Ciononostante, mentre le si suppone ‘di protezione’, le misure non sono regolate né vanno incontro ad altra limitazione se non al criterio del magistrato per il caso.

Questa situazione è potenzialmente lesiva del principio di proporzionalità, che stabilisce che deve esistere una certa correlazione tra il fatto imputato e la sanzione applicabile”.

La conclusione è che la disposizione si configura come modello paternalista, tutelare, assistenziale o della situazione irregolare (nei casi permanenti), senza considerare i postulati della cosiddetta ‘Protezione Integrale’, che è stata recepita dalla Costituzione Nazionale Argentina nel suo art. 75 inc. 22 con l'incorporazione della “Convenzione sui Diritti del Bambino”, come legge fondamentale del paese.

Non deve trascurarsi che la giustizia dei minori ha una finalità reintegratoria o di restituzione del minore al contesto familiare o suo sostituto, e che essa deve operare nel minor tempo possibile.

Ebbene, quando un minore è scagionato o assolto perché non imputabile (minore di anni 16) la legge consente al giudice penale (quello che è intervenuto nell'investigazione del fatto per il quale il minore fu sottoposto a giudizio) le facoltà per continuare a “tutelarlo” nei casi di condotta gravemente inappropriata che, in alcuni casi, implica l'estensione dell' “internazione” fino alla maggiore età.

Se il minore è stato assolto dal processo penale perché non imputabile, ci chiediamo che senso abbia che continui ad essere tutelato da un giudice penale.

La situazione dei minori che si trovano detenuti in queste circostanze e quando per ragioni di pericolosità per essi o per terzi non sono scarcerati, dovrebbero essere posti a disposizione di giudici non penale affinché, assieme ai consigli specializzati di ogni giurisdizione, decidano e controllino l'internazione o la condizione esterna del minore. Il giudice penale, dopo aver dichiarato la sua non imputabilità, ha perduto la competenza per continuare ad intervenire.

---

5. UNICEF. Segreteria Nazionale dell'Infanzia, Adolescenza e Famiglia. “Adolescenti nel sistema penale, situazione attuale e proposta per un processo di trasformazione”, 1° edizione, settembre del 2008 in [http://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes\\_en\\_el\\_sistema\\_penal.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes_en_el_sistema_penal.pdf)

Se i minori non possono essere sottoposti alle medesime misure cautelari dei maggiorenni –carcerazione preventiva– sono però soggetti ad altre come la cosiddetta “internazione”, la quale è, senza eufemismi, la sottoposizione ad una vera e propria privazione della libertà, uguale a quella che si impone ai maggiorenni.

Non deve dimenticarsi che all’incarcerazione consegue la stigmatizzazione del minore in tenera età. La sua separazione dal seno familiare e dall’ambito nel quale si va formando (famiglia, scuola, relazioni con i suoi coetanei) può portar con sé conseguenze contrarie a quelle che si voleva perseguire attraverso l’internazione.

Per questo motivo, il giudice deve fare uso di questa opzione estrema solo in casi nei quali sia assolutamente necessario e quando non sussista altra meno gravosa alternativa. In tutte le misure che si adottano sempre dovrà aversi come punto di riferimento l’interesse superiore del minore (art. 3 della CIDN), inteso questo come “la massima soddisfazione, integrale e simultanea dei diritti e delle garanzie riconosciute dalla legge”<sup>6</sup>.

La Commissione Interamericana dei Diritti Umani (CIDH) è un organismo autonomo della Organizzazione degli Stati Americani (OEA) che ha come funzione principale la promozione dell’osservanza e della difesa dei diritti umani. A tal fine, osserva la situazione generale dei diritti umani negli Stati Membri e pubblica informative specifiche inerenti alla situazione esistente riguardo ad essi. Le ispezioni sono condotte in loco y le loro conclusioni sono pubblicate e presentate innanzi al Consiglio Permanente ed all’Assemblea Generale della OEA. Recentemente (24/04/2014) è stata realizzata un’ispezione nello stato di New York, EEUU<sup>7</sup>, che costituisce uno degli stati di questo paese che esclude gli adolescenti di età tra i sedici ed i diciotto anni dal sistema penale giovanile e li giudica come gli adulti.

Prossimamente si conoscerà il risultato di questa ispezione e monitoraggio, però è stata anticipata un’ informativa di stampa in base alla quale si starebbe lavorando al fine di modificare questa situazione che equipara come adulti i minori di anni diciotto<sup>8</sup>. I minori sono titolari di tutti i diritti assegnati ai maggiorenni dalla legge, dalla Costituzione Nazionale e dai Patti Internazionali incorporati, con l’aggiunta dei diritti speciali inerenti alla loro minore età. E’ ragionevole che i minori beneficino di una maggior protezione da parte della legge rispetto agli adulti, in quanto essi sono soggetti in formazione ed hanno un alto grado di vulnerabilità.

Riguardo a ciò, possono vedersi le conclusioni del parere consultivo “Condizione Giuridica e Diritti Umani del Minore”, sollecitato dalla Comisión della Corte Interamericana dei Diritti Umani. Lì è sostenuto che “i minori possiedono i diritti che spettano a tutti gli esseri umani –minori e adulti- ed hanno inoltre speciali diritti derivanti dalla loro condizione, ai quali corrispondono doveri specifici della famiglia, della società e dello Stato”<sup>9</sup>.

---

7. Stati Uniti integra la CIDH però la giurisdizione non è soggetta alla Corte Interamericana de DDHH

8. Comunicato stampa 44/14 de la CIDH (consultabile su <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/044.asp>)

9. Vedi OC-17/02, CIDH, 28/8/2002, paragrafo 54

1.c. Nell'anno 2005, è stata emanata la "Legge di Protezione integrale dei Diritti di Bambine, Bambini e Adolescenti" che ha condotto a numerose modifiche riguardo agli antichi lineamenti della "legge del patronato" (legge 10.903).

Gli aspetti più significativi della nuova legge sono, per esempio, che il minore non è più considerato un soggetto incapace che deve essere soggetto alla tutela dello Stato quando manchi una famiglia che lo accudisca; che ora deve essere considerato come soggetto di diritto e non come mero oggetto di essi; si stabiliscono misure di protezione e risposta statale differenziata per ciascuna situazione del minore e in aderenza alla sua realtà (a seconda dell'età, delle necessità insoddisfatte, appoggio e sostegno familiare, eccetera); si stabilisce l'obbligo di ascoltare il minore e che la sua opinione sia tenuta in conto. Ora, ha diritto di interloquire riguardo alla sua situazione o alle misure che si adottano sulla sua persona.

Questa legge evidenzia che l'ambito naturale del minore è nel seno della sua famiglia e obbliga lo stato ad assistere la famiglia nei casi in cui essa non possa svolgere il ruolo di sostegno necessario per il suo sviluppo.

In tal modo, lo Stato non è l'unico responsabile del minore, bensì è il garante che la famiglia del minore si assuma la responsabilità di assicurare che il minore goda dei pieni diritti e delle garanzie riconosciute.

Il minore cessa di essere un oggetto di tutela giudiziale per divenire un soggetto di pieno diritto. Si prova a passare da un sistema di stretto controllo del giudice penale ad un sistema di accompagnamento tecnico/amministrativo (equipe interdisciplinare) per assisterlo nella sua crescita ed educazione.

Al giudice resta riservata la sola facoltà di controllare le decisioni amministrative prese da questi organismi.

In tal modo, la protezione "primaria" dei diritti del minore spetta agli organi amministrativi e residua ai giudici la sola funzione di ristabilire i diritti quando essi sono stati violati.

Nonostante la piena vigenza di questa legge ed il tempo trascorso dalla sua emanazione, ancora non si è adeguato il sistema ai principi da essa stabiliti, in quanto nei casi di minori tutelati, essi continuano ad essere sottoposti a giudizio e le distinte giurisdizioni (le pronunce) ancora sono in dubbio riguardo all'attivazione degli organismi necessari per la sua attuazione.

In questo senso, riteniamo che la già vecchia legge penale dei minori (22.278) non dovrebbe essere interpretata in forma isolata, bensì unitamente alla nuova legge di protezione integrale (26.061) e unitamente all'intero complesso normativo vigente, come parte di una interpretazione sistematica e progressiva, in modo da far conciliare la Costituzione Nazionale e i trattati internazionali che disciplinano la materia.<sup>10</sup>

---

10. CSJN Fallos: 331:2691.

2. a). Dal punto di vista della legge.

Non esiste legislazione di diritto interno che non limiti l'applicazione di una pena detentiva perpetua per i minori di 18 anni di età. Senza dubbio, la Convenzione sui Diritti del Bambino impedisce agli Stati Membri di imporre ai minori la "pena capitale" e quella detentiva perpetua senza possibilità di scarcerazione (intesa come ottenimento della libertà prima della totale espiazione della pena).

Nel caso argentino la detenzione perpetua, aldilà della sua terminologia, ammette la libertà condizionale a 35 anni dalla condanna (art. 13 del Codice Penale) e la restrizione prevista nell'articolo 14 del Codice Penale per i recidivi –a prescindere dai limiti costituzionali che possano esser posti alla recidiva- non è applicabile ai minori.

Per questi motivi, più altri relativi alle modalità morigerate di compimento della pena privativa della libertà (libertà per finalità lavorative, provvisorie, semi-libertà, etc.), inizialmente si ritenne che la detenzione perpetua per i minori non violasse i termini della Convenzione dei Diritti del Bambino. Questa interpretazione mutò con il caso "Maldonado" della Corte Suprema di Giustizia della Nazione e più recentemente dalla Corte Interamericana del DDHH nel caso "Mendoza".

2. b). Caso "Maldonado" della Corte Suprema di Giustizia della Nazione. La Corte Suprema di Giustizia Argentina nel 2005 affrontò il tema della possibilità di imporre una pena detentiva perpetua ai minori nel caso "Maldonado"<sup>11</sup>.

Ivi statui che "nel segno di un diritto penale compatibile con la Costituzione e con il suo concetto di persona, non è possibile eludere la limitazione imposta alla pena dalla colpevolezza per il fatto, e nel caso particolare della colpevolezza di un minore, la riduzione [che ne] deriva dalla considerazione della sua immaturità emozionale o affettiva universalmente riconosciuta come prodotto necessario della sua fase vitale evolutiva, così come l'innammissibilità del richiamo alla colpevolezza di autore, risultando essa assolutamente incompatibile con la nostra Legge Fondamentale.

In tali condizioni, non resta altra soluzione che riconoscere che la reazione punitiva statale deve essere inferiore a quella che seguirebbe, in eguali circostanze, rispetto ad un adulto".

In questo precedente se statui anche che "le pene assolute, quali la detenzione perpetua, si caratterizzano, giustamente, per il non ammettere aggravanti o attenuanti di alcuna natura.

Questo significa, che il legislatore dichiara, de iure, che ogni discopla risulta irrilevante: sono fatti tanto gravi da non ammettere attenuante alcuna. Nei casi di piena colpevolezza per il fatto, questo ricorso legislativo risulta, in via di principio, ammissibile.

---

11. Fallos: 328:4343, "Maldonado", già citato.

Senza dubbio, quando si tratta di fatti commessi dai minori, la situazione è differente, poiché, nel caso che il tribunale decida di applicare effettivamente una pena, deve anche decidere riguardo all'applicabilità della misura del tentativo. In conseguenza, non è più sufficiente la mera enunciazione di tipicità della condotta per stabilire quale pena sia applicabile.

Un fatto non è uguale ad un altro, ma è bensì necessario graduare l'illecito e la corrispondente colpevolezza<sup>12</sup>.

Come può osservarsi, la Corte non si impegna a decalcare il divieto costituzionale di imporre una pena detentiva perpetua ai minori di età, come aveva sollecitato il difensore dell'imputato (ricorrente), anche se le premesse del caso lasciano un margine molto limitato affinché i tribunali possano applicarla anche nei casi di delitti gravissimi.

Questa situazione avrà un'importante accelerazione dopo la condanna internazionale inflitta all'Argentina da parte della Corte Interamericana dei Diritti Umani.

2.c). Caso "Mendoza e altri contro Argentina" della Corte Interamericana dei Diritti Umani.

Il caso "Mendoza" della Corte Interamericana dei Diritti Umani<sup>13</sup> costituisce un punto di svolta del diritto penale dei minori in Argentina, poiché il tribunale internazionale ha chiarito che la imposizione di una pena detentiva o di reclusione perpetua ai minori di diciotto anni è inconciliabile con i rigidi principi del diritto internazionale.

A differenza del caso "Maldonado" anteriormente esaminato, qui il tribunale internazionale stabilisce direttamente un divieto. Esso è stato deciso nello statuire il contrasto con i principi dei trattati internazionali, e deve tenersi presente che in Argentina, la Convenzione Americana dei Diritti Umani *Derechos Humanos* è dotata di forza costituzionale e che le sentenze della Corte Interamericana sono cogenti.

La Corte Interamericana ha posto in evidenza le carenze della legislazione argentina dei minorenni, e indicò le riforme processuali e sostanziali che avrebbero dovuto porsi in essere.

Le principali coordinate del caso si basano sui principi sanciti dalla Convenzione Americana dei Diritti Umani ed in vari strumenti internazionali: la Convenzione sui Diritti del Bambino, le Regole di Beijing, le Regole minime dell'ONU sulle misure non privative della libertà ("Regole di Tokio") e le direttrici dell'ONU per la prevenzione della delinquenza giovanile ("Regole Reglas di Riad").

---

12. Fallos: 328:4343, già citato, considerando 14.

13. Corte Interamericana dei Diritti Umani, sentenza del 14/5/2013.

La Corte Interamericana ha riconosciuto che nei casi di condanne perpetue, il diritto interno argentino prevede la possibilità di ottenere la libertà prima della sua completa espiazione (libertà condizionale), nonostante il termine minimo di 20 anni che si prevedeva in esso, al fine di ottenere questo beneficio<sup>14</sup>, contrasta con i principi di riduzione della detenzione e del fine risocializzante che deve governare tutta la legislazione penale dei minori.

Secondo le parole della Corte Interamericana —“*la prisión y reclusión perpetua de niños son incompatibles con el artículo 7.3 de la Convención Americana, pues no son sanciones excepcionales, no implican la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permiten la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad a los niños*”<sup>15</sup>.

Qui di seguito si evidenziano i punti dispositivi rilevanti della sentenza (al di fuori dell'ordine stabilito) e le sue considerazioni:

Che “Lo Stato dovrà assicurare che non si torni ad imporre la pena della prigione o reclusione perpetua a C. A. M., C. D. N., e L. M. M., né a nessun'altra persona per delitti commessi essendo minori di età”<sup>16</sup>.

La Corte non si limita al caso particolare ed intima allo Stato Argentino che questa situazione non torni a ripetersi per alcun adolescente in futuro.

L'articolo 17.1.a) delle “Regole Minime delle Nazioni Unite per l'Amministrazione della Giustizia dei Minori” (Regole di Beijing) indica che la: “risposta che si dà al delitto sia sempre proporzionata, non solo alle circostanze ed alla gravità del delitto, ma anche alle circostanze e necessità del minore, così come alle necessità della società”.

Dunque, la risposta penale al minore che commette un delitto deve essere di *ultima ratio* e di massima prevista (art. 37, b) della Convenzione Internazionale dei Diritti del Bambino), e oltre all'entità dell'illecito commesso, sempre dovranno tenersi in conto le circostanze e necessità del minore e della società.

Però nel caso di quest'ultima non come vittima del delitto, bensì come obbligata alla sua rieducazione, il che implica che le pene privative della libertà la cui durata sia indeterminata non possano essere applicate ai minori, poiché la loro colpevolezza è sempre ridotta.

---

14. Si riferisce alla redazione anteriore al 2004, perché attualmente vige il testo della legge ley 25.892 che, come abbiamo detto dianzi, stabilisce che il termine per ottenere la libertà condizionale quando la pena è la reclusione o la prigione perpetua, è di 35 anni di prigione (art. 14 del Codice Penale).

15. Paragrafo 163.

16. Conclusione 21.

Il Comitato dei Diritti del Bambino, che è un organismo controllare delle Nazioni Unite per l'attuazione da parte degli Stati Membri della Convenzione sui Diritti del Bambino (art. 25) e la vigilanza sulle misure che implicano la privazione della libertà dei minori, ha sostenuto che in tutti i casi la possibilità della messa in libertà non deve essere solo teorica bensì realista e, in tutti i casi, soggetta ad un esame periodico.

Qui si allude al fatto che se il giudice considera inappropriato estendere una misura cautelare a caro di un minore, è obbligato a disporre la sua immediata messa in libertà, aldilà dei termini legali posti dal diritto interno *más allá de los plazos legales establecidos por el derecho interno*.<sup>18</sup>

Per questo, quando si adotta una decisione di incarcerazione, l'autorità dovrà indicare espressamente le circostanze concrete della causa che consentano di presumere, fondatamente, che persista il pericolo di fuga o enunciare le esigenze probatorie che occorra soddisfare e l'impossibilità di ottenere ciò con l'adolescente imputato in libertà.<sup>19</sup>

Ossia, la previsione dovrà essere certa, concreta e provabile e non solo enunciata con clausole di stile.

3. Nella medesima sentenza è statuito che l'“Argentina dovrà garantire che le persone che attualmente stanno scontando pene per delitti commessi mentre erano minori di età possano ottenere una revisione delle stesse che si adegui agli standard enunciati in questa Sentenza”.

Nel diritto interno, le cause previste per la revisione delle sentenze definitive, passate in autorità di cosa giudicata, sono molto limitate.

E' solo possibile nei casi di legge successiva più favorevole, nuove prove che segnalino l'innocenza del condannato, quando la sentenza si sia fondata su prove false, o nel caso che si provi successivamente che il giudice abbia travalicato le proprie prerogative nel pronunciar sentenza.

Come può osservarsi, la giurisprudenza successiva più favorevole non consente la revisione dei casi decisi, neanche ove il maggior favore derivi da un pronunciamento della Corte Suprema di Giustizia della Nazione<sup>20</sup>.

3.a Si obbliga lo Stato Argentino ad adeguare il suo ordinamento agli standard internazionali anteriormente segnalati in materia di giustizia penale dei minori, e designare ed implementare politiche pubbliche aventi obiettivi chiari e calendarizzarle, così come l'assegnazione di adeguati presupposti, per la prevenzione della delinquenza giovanile, attraverso programmi e servizi efficaci che favoriscano lo sviluppo integrale di bambini, bambine ed adolescenti<sup>21</sup>.

---

18. Vedi l'informativa su “Giustizia Giovanile e Diritti Umani nelle Americhe” elaborato dal Fondo delle Nazioni Unite per l'Infanzia (UNICEF) e l'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti Umani (OACNUDH). OEA/SER.L/V/II, Doc. 78. 13/07/2011 (Vedi il testo in [www.cidh.org](http://www.cidh.org)).

19. Informativa su “Giustizia Giovanile e Diritti Umani nelle Americhe” già citato, par. 301.

20. Fallos: 313:612.

21. Conclusione 20.

La Corte Interamericana indica che ciò deve essere fatto entro un termine ragionevole, che non è cronologicamente specificato, però stabilisce che entro un anno lo Stato dovrà informare circa i progressi compiuti<sup>22</sup>.

Si tratta non solo di una riforma di adeguamento legale in tema di minori bensì anche della implementazione di un programma integrale di politiche pubbliche riferite alla problematica e la necessità di un impegno del stato che investa risorse per la sua esecuzione.

3.b). Altra critica al diritto interno argentino è di carattere processuale. Si tratta della direttiva di adeguare il processo penale ai parametri della Convenzione Americana sui Diritti Umani con l'obiettivo di assicurare il diritto ai ricorsi ad un tribunale superiore<sup>23</sup>. In questo, è stata fatta una positiva allusione ai fondamenti dati dalla Corte Suprema argentina nel caso "Casal" già citato, che consente la revisione integrale delle sentenze, non solo per le questioni di diritto, ma anche per quelle di fatto e di prova, però censura il ritardo dello Stato nella riforma legale del ricorso di casazione che soddisfi questa revisione.

3.c). Si obbliga lo Stato a implementare corsi e programmi sui principi e le norme di protezione dei diritti umani e dell'infanzia, includendo quelli inerenti alla protezione dell'integrità personale ed alla prevenzione della tortura, come parte della formazione generale e continua del principio personalistico<sup>24</sup>.

E' stato provato nel corso del giudizio celebrato in Argentina che le lesioni sofferte dai minori Mendoza e Núñez durante la loro detenzione non furono trattate con la diligenza corrispondente alla gravità del caso.

E' stato detto che essi furono curati dai medici in quanto presentavano ematomi plurimi sulle piante dei piedi. Si rammentò che secondo il "Protocollo di Istanbul"<sup>25</sup> la "falange" è una forma di tortura che consiste nella reiterazione di colpi sulle piante dei piedi e mani mediante l'uso di un manganello, un pezzo di tuo, o arma simile. Si conclude quindi che per la naturalezza ed ubicazione che presentavano le lesioni, queste erano state prodotte con questa pratica aberrante.

Al riguardo, sentenziò la Corte che sebbene non sussistevano elementi sufficienti per determinare il fine o proposito dei colpi che ricevettero i giovani, e la convenuta (l'Argentina) non aveva prodotto prove sufficienti mediante un'esaustiva investigazione (era stato invece solo riferito che erano stati prodotti all'esito di una "contesa" nell'istituto), lo Stato Argentino doveva rispondere per la responsabilità oggettiva che incombe su ogni Stato in relazione alle persone che si trovano detenute sotto la sua giurisdizione<sup>26</sup>.

---

22. Conclusione 27.

23. Conclusione 22.

24. Conclusione 23.

25. Cfr. "Manuale per la investigazione e documentazione efficace della tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti. ONU, l'Ufficio dell'Alto Commissario (OHCHR. Serie di capacitazione professionale N° 8. Revista 1, Nazioni Unite, New York e Ginevra, 2004.

26. Par. 210.

Si è statuito che sempre quando una persona nel momento in cui viene privata della libertà in uno stato di salute “normale” e successivamente presenta malattie, spetta allo Stato fornire una spiegazione soddisfacente e convincente<sup>27</sup> di questa situazione e fornire la documentazione inerente alla sua responsabilità, mediante elementi probatori adeguati.

E' stato sostenuto che lo Stato deve assumere la posizione di garante delle persone sottoposte alla sua custodia, e questo deve essere fatto con maggior cura ed attenzione quando si tratta di minori di età. Questa condizione di garante del rispetto del diritto all'integrità personale obbliga gli Stati a prevenire situazioni che possano condurre, per azione od omissione, a malattie<sup>28</sup>. Nel suo pronunciamento la Corte Interamericana è stato fatto anche riferimento alla morte di uno dei minori che fu trovato impiccato in una cella dell'Istituto Penitenziario di Mendoza.

Il tribunal ha indicato che quando si tratta della morte di una persona che è detenuta, lo Stato responsabile ha l'obbligo di iniziare di ufficio e senza ritardo una investigazione seria, imparziale ed effettiva attraverso tutte le misure legali disponibili per la determinazione della verità, e l'investigazione ed accertamento e punizione di tutti i responsabili, specialmente quando siano o possano essere coinvolti agenti statali<sup>29</sup>, molto più quando si tratta di minori. Nel caso la Corte responsabilizzò lo Stato per la sua omissione nell'adottare tutti i mezzi per investigare.

Espressamente si è statuito che “il dovere di investigare è un'obbligazione di mezzi e non di risultato (...) e deve esser assunta dallo Stato come un dovere giuridico proprio e non come una semplice formalità previamente destinata ad esser infruttuosa, o come una mera gestione di interessi particolari che dipenda dall'iniziativa processuale delle vittime o suoi familiari o dall'apporto privato di elementi probatorie”<sup>30</sup>.

4. Con rispetto ai minori privati della libertà, già abbiamo visto che lo Stato si trova in una posizione speciale di garante, ogni volta che le autorità penitenziarie esercitino un forte controllo o dominio sulle persone che si trovano sottoposte alla sua custodia.

In questo modo, si produce una relazione ed interazione speciale di soggezione tra la persona privata della libertà e lo Stato, caratterizzata dalla particolare intensità con la quale lo Stato può regolare i suoi diritti e obbligazioni e per le circostanze proprie del carcere, nel quale al recluso si impedisce di soddisfare per conto proprio una serie di necessità basiche che sono essenziali per lo sviluppo di una vita degna<sup>31</sup>.

---

27. Par. 203.

28. Nello stesso senso, caso della CIDH, “Bambini di strada” Villagrán Morales contro Guatemala, rta: 19/11/1999.

29. Par. 217 e caso “Velásquez Rodríguez contro Honduras”. Par. 177, e caso “Vera Vera de Santo Domingo vs. Ecuador”, par. 87.

30. Par. 218.

31. CIDH, caso “Istituto di Rieducazione del Minore contro Paraguay”, 2/09/2004.

Sebbene lo Stato abbia il diritto e l'obbligazione di garantire la sua sicurezza e mantenere l'ordine pubblico, il suo potere non è illimitato, poiché ha il dovere, in ogni momento, di applicare procedimenti conformi a diritto e rispettosi dei diritti fondamentali, a qualsiasi individuo che si trovi soggetto alla sua giurisdizione<sup>32</sup>.

L'adozione di misure speciali per la protezione del minore spetta tanto allo Stato come alla famiglia, la comunità e la società alla quale egli appartiene<sup>33</sup>.

I minori di età e le persone incapaci devono godere di un reale accesso alla giustizia ed essere beneficiari di un debito processo legale in condizioni di uguaglianza con le quali si affrontano questi svantaggi.

Per conseguire i suoi obiettivi, il processo deve riconoscere e risolvere i fattori di reale disuguaglianza obbliga ad adottare misure di compensazione che contribuiscano a ridurre o eliminare gli ostacoli e le carenze che impediscano o riducano la difesa efficace dei propri interessi<sup>34</sup>.

L'articolo 12 della Convenzione sui Diritti del Bambino non solo stabilisce il diritto di ogni adolescente di esprimere la sua opinione liberamente in tutti gli aspetti che lo riguardano, ma quell'articolo abbraccia anche il susseguente diritto a che queste opinioni vengano tenute adeguatamente in conto, in funzione dell'età e della maturità del minore.

Non è sufficiente ascoltare il minore, le sue opinioni devono essere prese seriamente in considerazione, il che richiede che le opinioni del minore siano valute mediante un esame caso per caso<sup>35</sup>.

Per stabilire che sia stata compiuta una violazione dei diritti consacrati nella Convenzione non occorre determinare, come nel diritto penale interno, la colpevolezza dei suoi autori, o l'intenzionalità e nemmeno occorre identificare individualmente gli agenti ai quali si attribuiscono i fatti violatori.

E' sufficiente la dimostrazione del fatto che vi sia stato appoggio o tolleranza del potere pubblico nella violazione dei diritti riconosciuti nella Convenzione<sup>36</sup>.

Se gli Stati posseggono elementi per ritenere che i "bambini di strada" sono a rischio per fattori che possano indurli a commettere atti illeciti, o dispongono di elementi per concludere che essi li hanno commessi, in casi concreti, devono adottare le misure di prevenzione del delitto e della recidiva.

---

32. Caso "Juan Humberto Sánchez contro Honduras", par. 111, e Caso Vera e altri Contro Ecuador, par. 88.

33. "Condizione Giuridica e Diritti Umani del Bambino". Opinione Consultiva OC 17/02, 28/8/2002 e Caso "Furlan e Familiari contro Argentina", par. 125

34. Cfr. Il Diritto all'Informazione sull'Assistenza Consolare nel segno delle garanzie del Dovuto Processo Legale. Opinione Consultiva OC-16/99 del 1 di ottobre del 1999. Serie A No. 16, par. 119; Opinione Consultiva OC-18/03, par. 121, e Caso Vélez Looz Contro . Panamá, párr. 152 e Caso "Furlan e Familiari contro Argentina", par. 268.

35. Caso "Atala Riffo e Niñas contro Chile", pr. 200, e Comitato dei Diritti del Bambino, Osservazione Generale No. 12, parr. 28 e 29.

36. Caso della CIDH, "Bambini di strada, Villagrán Morales contro Guatemala", par. 75 rta: 19/11/1999 e caso "Paniagua Morales e altri", supra nota 13, par. 91.

Quando l'apparato statale deve intervenire prima delle infrazioni commesse dai minori di età, deve produrre i maggiori sforzi per garantire la riabilitazione degli stessi, al fine di "permettere ad essi che svolgano un ruolo costruttivo e produttivo nella società"<sup>37</sup>.

5. Una delle questioni di moda in questi giorni (non nei fori specializzanti né in quelli scientifici, bensì principalmente nei mezzi di comunicazione) è quella dell'età minime di imputabilità e della sua possibile riduzione a 14 o persino 12 anni. Questa discussione ha un impatto sull'opinione pubblica, principalmente, allorché accadono vicende nelle quali sono coinvolti minori in delitti gravi, che sono amplificati dai mezzi di comunicazione. Per esempio, in una stessa giornata, la stessa notizia, viene diramata oltre cento volte dal medesimo canale di notizie ed è replicata in tutti i telegiornali

Si crede che il problema sarebbe risolto con il semplice fatto di abbassare l'età di imputabilità, perché in questo modo si eviterebbe il coinvolgimento degli adolescenti in questi fatti violenti e gravi. Color che sostengono questa tesi sostengono che il vecchio regime penale dei minori è entrato in vigore molti anni addietro (1980) e che "gli adolescenti di oggi" non sono uguali a quelli di 34 anni addietro, allorché non era solito imbattersi in casi di questo tipo.

Vi sono anche posizioni intermedie che sostengono l'abbassamento dell'età di imputabilità per i delitti gravi (omicidi, lesioni, abusi, etc.) e propongono di mantenere l'attuale limite di età per gli altri delitti.

In verità il problema dei minori in conflitto con la legge penale non si risolve mediante l'abbassamento dell'età di imputabilità, perché ciò avrebbe come unica conseguenza l'incarcerazione di un maggior numero di persone (questi nuovi minori), nelle stesse condizione in cui sono tutti gli altri internati in tutti gli istituti e le prigioni. E' come mettere un secchio per raccogliere l'acqua che fuoriesce da una fonte, senza aggiustare la falla.

Ogni volta si avranno più minori detenuti per aver infranto la legge penale e, come tutti i giorni si incorporano nuovi minori della stessa fascia d'età, e quelli sono stati precedentemente detenuti per un certo tempo recupereranno la libertà e probabilmente torneranno a delinquere, il numero dei "clienti del sistema" continuerà ad ampliarsi.

Si tratta di una proposta simbolica, che fa credere all'opinione pubblica che si sta facendo qualcosa per il problema per il semplice fatto di portar via dalle strade per un certo tempo l'autore di un fatto più o meno grave, e che inoltre, approfondisce la selettività del sistema punitivo, che solo prende nelle sue maglie coloro che offrono meno resistenza.

---

37. Caso della CIDH, "Niños de la Calle, Villagrán Morales contro Guatemala", par. 197 rta: 19/11/1999.

Una parte della dottrina si basa su ragioni utilitaristiche. Sostiene che in funzione di come stanno le cose, è preferibile che intervenga la giustizia penale perché, mediante essa, vengono incorporati tutti i diritti e le garanzie riconosciuti agli imputati maggiori di età, il che oggi giorno non accade con i minori in conflitto con la legge penale che si trovano in una situazione giuridica indefinita (un “limbo” giuridico) senza poter esercitare pienamente i loro diritti.

Noi in ogni modo siamo scettici che ciò occorra in tal caso, perché la realtà ha dimostrato il contrario ogni volta che è stato ampliato l’ambito di punibilità ad un settore o gruppo di persone.

L’articolo 37.b. della Convenzione dei diritti del Bambino dispone che la detenzione dei bambini debba essere una misura di ultima istanza e per il periodo più breve possibile.

Esso si fonda sul fatto che l’incarcerazione di una persona in tenera età è una questione molto delicata, poiché questa vicenda certamente ne influenzerà tutta la vita.

Nel già citato “Mendoza contro Argentina” la Corte Interamericana dei Diritti Umani condannò il paese per aver applicato pene perpetue a minorenni, ma ci ha anche intimato di adeguare la legislazione giovanile agli standard internazionali e di ideare ed implementare politiche pubbliche con finalità chiare e calendarizzate, per la prevenzione (non la repressione) della delinquenza giovanile attraverso programmi e servizi efficaci che favoriscano lo sviluppo integrale di bambini, bambine e adolescenti.

Questo significa che il problema va affrontato dal lato opposto.

Lo Stato non deve orientare tutti i suoi sforzi al fine di reprimere i delitti commessi dai minori ma produrre questi sforzi prima che il delitto sia commesso.

Ciò va messo in atto con politiche orientate a dotare i minore (specialmente i più vulnerabili) degli strumenti necessari (formazione professionale, scolarizzazione, pratica sportiva, etc.) per evitare che incorrano nel delitto.

Non può tacersi che la giustizia dei minori deve avere una finalità reintegratoria o di restituzione del minore al sostegno della famiglia o di suo sostitutivo.

Di certo contrariamente a quanto si suole dire nei mezzi di comunicazione, in caso di delitti gravissimi, come per esempio gli omicidi, i minori di certo non sono coloro che più frequentemente li commettono.

L’Istituto di Investigazioni della Corte Suprema pubblica dal 2010 informa riguardo ai casi di omicidi dolosi nella Città Autonoma di Buenos Aires e il Gran Buenos Aires (che appartiene alla provincia di Buenos Aires, costituita da un cordone di vari chilometri di larghezza che sta attorno alla città capitale federale della Repubblica Argentina).

---

37. Caso della CIDH, “Niños de la Calle, Villagrán Morales contro Guatemala”, par. 197 rta: 19/11/1999.

Sebbene queste informative non includono la totalità delle statistiche del paese, costituisce una buona esemplificazione di ciò che succede in lungo e largo nel territorio argentino, dato che in queste località vivono quasi 14 milioni di persone, che equivalgono a un terzo della popolazione totale.

Nell'ultima informativa (anno 2012) si rivela che del totale di tutti gli omicidi dolosi commessi nel paese, quelli perpetrati da minori di anni 16 (non imputabilità), nella Città di Buenos Aires è dell'1 % (2 casi) e del 2 % (26 casi) nel Gran Buenos Aires. Stando all'informativa nulla fa supporre che questa percentuale varia sostanzialmente se la si proietta sul 46% di non identificati della Città e 33% nel Gran Buenos Aires.

Infine, conclude, "i tre anni di investigazione, dimostrano chiaramente che l'insistenza mediatica nel sostenere che la soluzione alla violenza omicida dipenda dalla punizione dei minori di 16 anni, risulta chiaramente smentita"<sup>38</sup>.

6. Sul piano legislativo è necessaria una riforma del regime penale dei minori (legge 22.278) che lo armonizzi con la legge di protezione integrale (26.601), per terminare con la discrezionalità giudiziale dei minori di 16 anni che si trovano coinvolti in fatti in conflitto con la legge penale (per i maggiorenni imputabili sono delitti). Questa legge dovrà stabilire serie limitazioni alla restrizione della libertà per questi minori, qualunque sia il nome con il quale la si denomini.

Stabilire la proibizione legale di imporre ai minori aventi tra sedici e diciotto anni di età una pena detentiva perpetua, indipendentemente dalla gravità del fatto commesso.

Adeguare la legge al fine di assicurare l'attuazione dei diritti e delle garanzie ai minori che si trovano coinvolti nei processi penali, stabilendo un sistema di responsabilità giovanile che tenga conto della capacità di sviluppo individuale di ogni adolescente soggetto a processo.

Stabilire l'obbligazione per i giudici di ridurre per due volte la scala penale dei delitti tentati commessi dai minori.

Instaurare un sistema di sostituzione di pene privative della libertà di pene privative della libertà con un altro di orientamento e sostegno in un piano di condotta in libertà, concentrando tutti gli sforzi verso la riabilitazione del minore reo ed il suo reinserimento nel seno familiare e scolastico. Mantenere l'età di 16 anni come limite di imputabilità dei delitti penali.

Articolare con gli stati autonomi (province) un sistema di coordinamento tra gli organi amministrativi e giudiziali per attuare i principi della legge di protezione integrale (26.061).

---

38. Informativa 2012 dell'Istituto di Investigazioni della CSJN sugli Omicidi Dolosi, pagina 8 (in <http://www.csjn.gov.ar/investigaciones/2012/caba/caba2012.pdf> e in <http://www.csjn.gov.ar/investigaciones/2012/conurbano/conurbano2012.pdf>).

Lo Stato dovrà fare il maggior sforzo per orientare le risorse economiche con l'obiettivo di prevenire che i minori incorrano in situazioni di conflitto, attuando politiche sociali concrete per dotare di strumenti i settori più vulnerabili e con meno opportunità.

Rendere ben chiaro che, in accordo con l'ultimo punto del lavoro empirico presentato dalla Corte Suprema, i minori di certo non sono il gruppo che commette più omicidi dolosi come invece suppone la gran parte della popolazione.

Le sfide sono importanti e complesse, dato che le cose non si risolvono solo con il dettato delle leggi, bensì anche con politiche attive di prevenzione ed educazione, rafforzate con riferimento ai più svantaggiati.

Solo così e non con repressine selettiva, otterremo che gli adolescenti di oggi siano gli uomini e donne che costruiranno il domani.<sup>39</sup>

---

39. Traduzione a cura di Antonio Nappi, ricercatore confermato di diritto penale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II.

ANTONINO SESSA

**ABSTRACT**

*The relationships between criminal trial and criminological examination have always been troubled, as it is demonstrated by the skepticism with which jurists look at the capacity of social sciences to answer to the questions posed by legal sciences. However, the criminological examination has to contribute, within the juvenile criminal proceedings, to the constitutional requirements for social integration. Therefore, in such a context also the study of the genesis of criminology as well as the dynamic of it represent essential elements to better understand the position of underage defendants.*

# La consulenza criminologica nel processo penale minorile: il fondamento valoriale di una deroga

ANTONINO SESSA

SOMMARIO: 1. Il processo penale comune e la sua impermeabilità alla perizia criminologica.- 2. Le deroghe alla regola di cui all'art. 220 c.p.p. - 3. La consulenza criminologica e la personalità del minore nella fisiologia del processo penale minorile: il diritto all'educazione alle origini della 'deformalizzazione' delle regole di rito - 4. Il retroterra empirico della personalità del minore-autore di (un fatto di) reato: la criminogenesi e la criminodinamica. - 5. Il contributo della consulenza criminologica alla (non)sanzione penale minorile: tra passato e futuro.

1. I rapporti tra processo penale e perizia criminologica vivono da sempre una stagione travagliata, del resto non immune dalla tradizionale e problematica attesa con cui il giurista guarda alla capacità delle scienze empirico-sociali di rispondere agli interrogativi posti dalle scienze giuridiche<sup>1</sup>.

Rispetto ad un tale scenario, ed in particolare nella ulteriore presa d'atto del necessario recupero di una sostanziale collaborazione interdisciplinare tra sistema penale e criminologia, non appaia fuori luogo sottolineare, del resto, come gli stessi rapporti tra diritto penale e diritto processuale penale - anche a seguito di una lenta evoluzione che conferisce a tale ultima scienza una consolidata autonomia<sup>2</sup> - vivono, a loro volta, una sempre più marcata stagione di crisi.

Infatti, il quadro empirico-sociale che fa da cornice alla affermazione della giustizia penale, enfatizzando le generali aspettative di punizione fondate su percezioni soggettive di insicurezza indotte da un forte apparato massmediale<sup>3</sup>, porta, da un lato, ad uno svuotamento dei principi fondamentali, in primis quello di presunzione di non colpevolezza, e, dall'altro, alla legittimazione di quelle discutibili forme sostanzialmente sanzionatorie ed anticipate di tutela le quali, rispetto a quella penale, finiscono per trovare la loro sede più appropriata nella fase iniziale dell'iter di accertamento di un fatto penalmente rilevante:

---

1. Sul punto cfr. per tutti le suggestive pagine di VINCIGUERRA, *Principi di criminologia*, Padova, 2004, p. 118 ss.; FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2000, passim; PONTI, *Compendio di criminologia*, Milano 1999, p. 641 ss.

2. Al processo penale come luogo di affermazione di garanzie, in quanto definitivamente sottratto a discutibili funzioni sanzionatorie di carattere generalpreventivo ed in cui la verità giudiziaria non ceda alla violenza del potere guarda su tutti Nobili, *L'immoralità necessaria*, Bologna 2009, passim; per uno sguardo d'insieme cfr. Aa. Vv., *Unità del sapere giuridico tra diritto e processo penale*, Milano 2005, passim.

3. Sugli effetti degenerativi del 'potere di agenda' su di una politica criminale efficientista cfr. le acute osservazioni di SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, 2008, passim; SCHIAFFO, *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Crit. dir.* 2010, 127 ss.; AA. VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. DONINI-M. PAVARINI, Bologna, 2011, passim e spec. p. 155 ss.; CERETTI - CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, 2013, passim.

si pensi alla ormai invalsa pratica del “deposito degli atti in edicola” e alla sovraesposizione dei provvedimenti cautelari.<sup>4</sup>

In un tale contesto sistematico, allora, non risulta difficile comprendere come tanto la frantumazione del sistema sanzionatorio quanto la processualizzazione sanzionatoria del diritto penale<sup>5</sup> hanno finito ben presto per alimentare i fattori più evidenti di quello scarso coordinamento tra scienze empiriche e dato normativo che sembra trovare, appunto, proprio nella stessa crisi del rapporto tra diritto e processo penale il suo punto di maggiore frizione, soprattutto sulla base di una formulazione di precetti penali che non rispecchiano una fenomenologia empiricamente verificabile, e quindi provabile in giudizio.<sup>6</sup>

Ed è proprio di fronte alla presa d'atto di una tale deriva normativa che è la stessa costruzione di un sistema penale complessivo, così come emergente dalla Carta fondamentale, ad imporre, invece, di risolvere il problema della identificazione delle basi empirico-criminologiche dei fatti di reato con uno stretto collegamento ai mezzi probatori a disposizione del giudice per l'accertamento di tutti i requisiti necessari alla integrazione dell'illecito penale e alla sua effettiva punibilità,<sup>7</sup> laddove la sopraffazione, anche da ultimo confermata nella prassi, del momento fattuale-ontologico con quello di diritto<sup>8</sup> finisce per condizionare il tema più generale della prova, recuperando ad essa, anche da parte del giurista più restio, indispensabili momenti di valorizzazione empirica finalizzati di assicurare una chiara vitalità al diritto penale oggettivo sottoposto a verifica, in modo da rifuggire ogni possibile strumentale assolutizzazione del giudizio giuridico attraverso pur affidabili massime di esperienza.<sup>9</sup>

4. Per riprendere le illuminanti osservazioni di MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997, p. 152 ss.

5. Sul punto cfr. per tutti DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano 1998, passim.

6. Guarda alla provabilità del fatto come requisito imprescindibile della effettiva realizzazione di istanze razionali di una legalità penale orientata alla attuazione integrale del complesso dei principi fondamentali MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, passim, e spec. p. 123 ss.; nella manualistica cfr. per tutti MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2009, pp. 49 ss. e 54 s.

7. Le origini di un tale assunto sono rinvenibili nelle condivisibili affermazioni di MAIELLO, *Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato. In margine al VII Congresso dell'Unione delle Camere Penali*, in *Crit. dir.* 1998, 285 ss.; nella dottrina tedesca cfr. VOLK, *Wahreit und materielles Recht im Strafprozeß*, Konstanz 1980, passim.

8. Si pensi alla tormentata vicenda del c.d. ‘concorso esterno’ in associazione di tipo mafioso, per una compiuta sintesi del dibattito su fondamento e limiti della tipizzazione giurisprudenziale cfr. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli 2003, passim; VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino 2003, passim; AA. VV., *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, a cura di L. PICOTTI- G. FORNASARI- F. VIGANÒ – A. MELCHIONDA, Padova 2005, passim; AA. VV., *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di G. FIANDACA e C. VISCONTI, Torino 2010, passim.; più in generale, sul tema dei rapporti tra ontologismo e normativismo cfr. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica* (1968), trad. it. a cura di G. CARLIZZI, Napoli 2007, passim; SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo. Derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale*, Napoli 2012, passim.

9. Si tratterebbe di una auspicabile rivisitazione dei rapporti di supremazia tra “nomofilachia dei casi” e “nomofilachia delle norme”, cfr. da ultimo le stringenti considerazioni di F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 118.

In tale contesto, allora, è facile comprendere come lo stesso codice di rito, nel precisare l'oggetto della prova – fondato ex art. 187 c.p.p. su fatti –, sia chiamato a definire normativamente il tema di fondo del processo, tanto da determinare così espressamente il presupposto della decisione giudiziale, da rinvenire rispettivamente nella affermazione o negazione della responsabilità, delle sue conseguenze sanzionatorie e di quelle riferibili alla punibilità dell'imputato.

Pertanto, se è vero che il tema della prova si compone di fatti principali e secondari, a seconda della loro enunciazione nel capo di imputazione, è anche vero che la verifica del tema di cui sopra deve avvenire attraverso prove dirette e indirette a seconda che abbia ad oggetto elementi della fattispecie giudiziale ovvero quelle circostanze indizianti da cui è possibile inferire il fatto contestato.

Dunque, solo alla stregua di una tale affidabile ricostruzione del tema di prova, è possibile evidenziare così la multiformità dei profili fattuali con cui l'operatore di diritto viene a confrontarsi per tutto il corso del processo, laddove è la stessa necessità per le parti di abbandonare il dato normativo che le porta ad avventurarsi nel mondo dell'imperscrutabile empiria e, ai fini dell'acquisizione e della necessaria comprensione di dati e valutazioni, ad avvalersi inevitabilmente dell'ausilio di saperi esterni al diritto, in assenza dei quali il giudice si troverebbe nella impossibilità di procedere ad una decisione.<sup>10</sup>

Su tali basi sistematiche, allora, è destinato a muoversi il particolarissimo istituto della perizia che, disciplinato dall'art. 220 ss. del codice di rito comune, si colloca all'interno di norme che definiscono il grado di accettazione processuale del contributo tecnico caratterizzato da uno scibile non giuridico e, quindi, prevalentemente empirico che, di volta in volta, potrà assumere le vesti del criminologo o dello scienziato per discipline ad esso vicine come psicologia, medicina legale e psichiatria, in modo da consentire una apertura alle 'scienze ausiliarie' del diritto penale<sup>11</sup> che, rimuovendo la tradizionale sfiducia verso le stesse, consenta di mettere in comunicazione con la sfera empirica quelle sottigliezze che si muovono e sottendono alla crosta normativa.

Il ruolo assegnato alla perizia sulla personalità dell'autore nel processo penale, così, risente evidentemente della competenza assegnata al giurista nel decidere sui limiti di ingresso del sapere scientifico nella applicazione del diritto penale, e ciò proprio attraverso la mediazione di norme di rito che conferiscono al giudice la valutazione del risultato peritale in ossequio all'esercizio del suo libero convincimento.

---

10. Cfr. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 178 ss., nella manualistica cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2012, p. 781 ss. e spec. p. 786

11. Le origini di una tale revisione metodologica sono da rinvenire in MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Milano 1978, passim.

Infatti, proprio dall'analisi della norma, l'art. 220 c.p.p., che più specificamente disciplina i limiti della ammissibilità della perizia come mezzo di prova, è possibile verificare come il ricorso alle discipline empiriche e al loro contributo alla chiarificazione dell'oggetto della prova è qualificato dal codice di rito comune con un limitato distacco.

Ed è soltanto facendo tesoro dell'assunto di cui immediatamente sopra che, diversamente dal codice del 1930, all'art. 314, così come riformato dalla legge n.517 del 1955, il nuovo codice di procedura penale del 1988 ha superato decisamente l'impostazione originaria del ricorso alla perizia come facoltà del giudice di disporla, imponendola come obbligatoria una volta verificata in via discrezionale la necessità del ricorso ad essa.

Ma anche rispetto ad una tale discrezionalità 'indotta', il vigente art. 220 c.p.p. sembra veicolare il percorso di verifica senza lasciare all'operatore del diritto ulteriori margini di manovra e, seppur nella speculazione dottrinarica sulla interpretazione delle novità della disciplina attuale della perizia, appare innegabile una chiara spinta alla definizione legislativa dei confini entro cui avvalersi dell'ausilio, oltre che tecnico anche scientifico, della competenza peritale.

Rispetto ad una tale disciplina, allora, e volendo concludere sul punto, la normale diffidenza verso la indagine peritale, del resto confermata proprio nell'art. 220 comma 2 c.p.p., non solo si pone a fondamento nel processo penale comune di uno strumento cui ricorrere in via complementare, ma, sulla base delle limitate aperture di cui al comma 1 della stessa norma qui sopra richiamata, viene ricondotto a quanto possa risultare 'personalisticamente' utile solo ai fini dell'esecuzione della pena e della misura di sicurezza, dimostrando così una chiara adesione all'affermarsi di una tendenza molto diffusa in dottrina che, contraddicendo il passato, si orienta alla generale impermeabilità del processo penale alla perizia criminologica, proprio perché fondata sulla dubbia scientificità di un tale tipo di indagine che, allontanandosi dalla oggettivizzazione dei criteri fattuali, investe lo studio della personalità e della eventuale pericolosità del soggetto variamente motivata<sup>12</sup>.

2. E', dunque, di fronte alla generale diffidenza ed alla espressa inammissibilità della perizia criminologica nel processo penale comune che si costruiscono le stesse eccezioni di cui all'art. 220 c.p.p., le quali, in linea con le esigenze di un diritto penale del fatto, lasciano aperta una possibilità di tale indagine sicuramente non ai fini dell'accertamento della responsabilità penale, quanto piuttosto esclusivamente nella fase della concreta applicazione della sanzione più grave.

---

12. Cfr. CORDERO, *op.ult.cit.*, ivi

Qui, lo studio della personalità dell'autore, unitamente al contributo di particolari discipline empiriche, può rivelarsi utile e allo stesso tempo indotto anche dalla valorizzazione della struttura bifasica del processo penale in cui alla verifica cognitiva si aggiunge quella esecutiva per la quale diventa determinante la individuazione del concreto trattamento punitivo, che esige un chiaro recupero del ruolo dello scienziato empirico, anche attraverso una funzione a lui assegnata esplicitamente dalle norme previste dall'ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento di esecuzione (artt. 1-13-80 ord. pen.; 1-27-120 del reg. penit.; 678 c.p.p.), dalle quali emerge chiara la necessità di una osservazione scientifica ai fini della individualizzazione della risposta sanzionatoria da adottare.

Ma se nel processo penale comune, non ostante una ulteriore apertura, ex art. 391 bis, alla consulenza criminologica nell'ambito delle indagini difensive garantite dal giusto processo di cui all'art. 111 Cost.<sup>13</sup>, l'art. 220 c.p.p. continua a costituire una 'eccezione limitante' allo strumento peritale che, sul terreno delle necessità individualizzanti ai fini dell'esecuzione ovvero della adozione di una misura di sicurezza, mira ad escludere indagini sulla personalità e sulle qualità psichiche dell'imputato indipendenti da cause patologiche, è nel processo penale minorile che, diversamente, si impone l'eccezione 'fondante' del ricorso allo strumento della consulenza criminologica in ossequio al principio educativo dominante e posto alla base di quel diritto alla 'non sanzione' che, nel rispetto dei principi fondamentali, deve animare il vasto campo della giustizia penale minorile nel suo insieme<sup>14</sup>.

Infatti, l'apertura nella composizione del Tribunale per i minorenni, sin dal r.d. n.1404 del 1934, alla contestuale presenza di due magistrati e di due cittadini, un uomo e una donna, benemeriti dell'assistenza sociale e scelti tra cultori di scienze empiriche tra cui l'antropologia criminale, non solo concretizza una vistosa eccezione alla generale chiusura processuale a competenze extragiuridiche, ma con l'art. 9 del d.p.r. 448/88, sostitutivo dell'art. 11 dello stesso r.d. del 1934, si è voluto superare la diffidenza del processo penale comune verso le indagini sulla personalità, favorendo, nel rito minorile, un recupero di elementi circa le condizioni e le risorse personali ai fini dell'accertamento dell'imputabilità e del grado della responsabilità del minore, sentendo anche il parere di esperti e senza nessuna formalità<sup>15</sup>.

Nell'ambito di una tale indagine, allora, normativamente necessaria anche per la verifica delle condizioni di accesso a riti alternativi – si pensi al giudizio direttissimo -, l'abbandono di ogni riferimento a precedenti personali, ex art. 11 del r.d. n.1404 del 1934, anche per spingere sulla verifica di condizioni personali attuali, ex art. 9 del d.p.r.

---

13. Per gli opportuni approfondimenti cfr. AA. VV., *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di A.A. DALIA – M. FERRAIOLI, Milano 2002, passim.

14. Sul punto, esaurientemente IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli 2012, passim e spec. p. 42 ss.; LARIZZA, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, Milano 2005, p. 509 ss.

15. Per tutti cfr. GIOSTRA, *Il processo penale minorile*, Milano 2009, p. 97 ss.

del 1988, sembra fondare un accertamento di responsabilità ispirato non più a schemi presuntivi, ma a criteri di tipo prognostico nell'ambito di una ampia discrezionalità entro cui il giudice deve orientare la sua attività funzionalizzandola al principio educativo dominante nel sistema penale minorile<sup>16</sup>.

La differenziazione processuale in ambito minorile rispetto a quella del processo penale comune, allora, è destinata a trovare il suo riferimento razionale nella peculiare condizione di un soggetto che, in ossequio a principi normativo-superiori, gode di una tutela rafforzata (ex art. 31 comma 2 cost.)<sup>17</sup>, il minore, il quale, qualificato anche da una personalità in fieri, sembra richiedere un sistema di giustizia penale caratterizzato da meccanismi, anche riparativi i quali, attraverso procedimenti legittimati da esigenze educative impongono ora una vera e propria fuga dalla sanzione<sup>18</sup>, ora una vera e propria fuga dallo stesso processo<sup>19</sup>.

Proprio in considerazione di quanto sopra affermato, dunque, risulta facile comprendere come il processo penale minorile è fondamentalmente processo penale della personalità oltre che del fatto e, pertanto, non deve meravigliare l'osservazione secondo cui quello che costituisce una eccezione nel processo comune diventa regola illuminante della giustizia penale minorile, in cui il processo come affermazione di regole di garanzia non è, a maggior ragione, strutturato contro il minore, ma per il minore, ed in ossequio ad un tale postulato, quindi, la perizia criminologica, come mezzo di prova, si incentra su quelle valutazioni della personalità del minore maturate nel rispetto delle forme così come disciplinate dall'art. 9 del DPR 448/88<sup>20</sup>.

3. La fisionomia del processo penale minorile ruota, quindi, intorno alla posizione in esso riservata al minorenne imputato ovvero indagato, rispetto al quale il coinvolgimento diretto nella attività processuale e la conoscenza della sua personalità ne costituiscono le linee

---

16. Cfr. LARIZZA, *Evoluzione del diritto penale minorile*, in E.P.FABRIS – A. PRESUTTI, *Diritto e procedura penale minorile*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. V, Milano 2011, p. 179 ss.

17. Cfr. LARIZZA, *Evoluzione del diritto penale minorile*, cit., p. 195 ss.

18. Si pensi alla mediazione penale minorile, al perdono giudiziale, alla messa alla prova, alla irrilevanza penale del fatto; per una compiuta panoramica di tali istituti cfr. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano 2003, *passim*; MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, 1, Napoli, 2005, p. 35 ss.

19. E' il caso che si concretizza nel ricorso ad una necessaria anticipazione del dibattimento all'udienza preliminare che, diversamente dal rito comune, si svolge davanti ad un giudice collegiale e composito, un giudice togato e due onorari, in considerazione di una possibile conclusione del giudizio non solo per il proscioglimento, ma anche per la dichiarazione di una responsabilità, quando porti ad una pena diversa da quella detentiva, per la quale ed in via residuale è riservata sempre la sede dibattimentale, per maggiori approfondimenti cfr. PANSINI, *Udienza preliminare*, in E.P.FABRIS – A. PRESUTTI, *Diritto e procedura penale minorile*, cit., p. 629 ss.

20. Si tratta di quei postulati che impongono nella evoluzione di una 'politica criminale per i minori' la articolazione differenziata di un sistema penale complessivo di giustizia penale minorile, sul punto ci sia consentito rinviare al nostro *Sicurezza dei minori e violenza massmediale: le ragioni della politica criminale*, in AA. VV., *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, filosofia e diritto*, a cura di E.R. ZAFFARONI – M. CATERINI, Padova 2014, p. 201 ss.

portanti secondo l'art. 1 comma 2 e l'art.9 del DPR 448/88, laddove l'impiego dello strumento processuale, nel rispetto dei suoi fini istituzionali, viene modulato in relazione alla specificità della condizione minorile, contenendone gli effetti pregiudizievoli in riferimento al suo impatto con il sistema di giustizia penale<sup>21</sup>.

Il diritto ad essere informato sugli sviluppi e sull'accertamento legato alle vicende giudiziarie, anche quelle alle quali resta estraneo, fanno del minore non un oggetto di tutela, ma un soggetto titolare di diritti<sup>22</sup>, per cui l'esigenza di circoscrivere gli effetti negativi del processo sullo stesso minore, propiziandone la sua responsabilizzazione, trovano il loro fondamento anche negli accertamenti sulla sua personalità, così come prescritti dall'art. 9 del DPR 448/88, per una norma quest'ultima che, ispiratrice del processo penale minorile e derogatoria delle preclusioni previste per il processo penale comune (art. 220 c.p.p.), pur conservando tratti di ambiguità, è destinata a rendere sempre più esplicita la sua proiezione finalisticamente valorativa ed il suo ambito di operatività<sup>23</sup>.

Per quanto attiene, dunque, i soggetti abilitati e destinatari degli accertamenti di cui all'art. 9 qui in esame, è il dato letterale che, rispetto ai primi, e con il riferimento espresso al giudice e al pubblico ministero, non solo sembra escludere chiaramente la polizia giudiziaria, ma, per i secondi, con il richiamo al semplice minorenni quale soggetto suo destinatario, finisce per non impedire che, accanto agli infraquattordicenni, si possa ricomprendere anche il minore che non abbia compiuto gli anni diciotto al momento del fatto, essendo indifferente che tale soglia sia stata raggiunta o superata nelle more del processo. La definizione di oggetto e finalità dell'accertamento di cui all'art. 9 del DPR 448/88, inoltre, sembra imporre anche una acquisizione di strumenti di indagine che consentono una approfondita conoscenza della personalità del minore, tale da favorire un giudizio prognostico individualizzante sul suo comportamento futuro, ben oltre i suoi precedenti personali e familiari, così come prima "presuntivamente" esatti dall'art. 11 del r.d. 1034/1934, e fino a ricomprendervi le condizioni in cui il minore si trovi al momento del giudizio, senza escludere le risorse in atto e disponibili in seguito<sup>24</sup>.

---

21. Anche al fine di ovviare per il minore ai rischi di effetti stigmatizzanti legati anche a noti problemi di vittimizzazione secondaria indotti da esigenze di tutela del minore non solo *nel* processo, ma soprattutto *dal* processo cfr. LARIZZA, *I principi costituzionali della giustizia penale minorile*, in AA. VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, a cura di A. PENNISI, Milano, 2012, p. 108 ss.; ID., *Evoluzione del diritto penale minorile*, cit., p. 197 ss.; FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 83 s.

22. Così come chiaramente emerge dalla Carte internazionali cfr. LARIZZA, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, cit., p. 103 ss.

23. Cfr. GIOSTRA, *op.ult.cit.*, ivi

24. Cfr. GIOSTRA, *op.ult.cit.*, ivi

La stessa pluralità di finalità (accertamento dell'imputabilità, rilevanza sociale del fatto e grado di responsabilità), così come enunciate dall'art.9 del dpr 448/888, poi, non sempre si rivela di agile decifrazione, caratterizzandosi per una oscillante valutazione che, alla base, pone tanto una lettura psico-giuridica degli stessi elementi quanto una lettura più strettamente giuridica che passa dalla capacità di intendere e di volere, alla capacità di incidere sulla commisurazione della pena, alla intensità dell'elemento soggettivo e alla capacità a delinquere, per cui la stessa valutazione della personalità del minore assurge a fondamento dell'attività dell'organo procedente nella individuazione di adeguate misure penali e processuali di rilevanza sostanziale<sup>25</sup>.

La doverosità degli accertamenti di cui all'art. 9 di cui stiamo trattando, pertanto, pur nella discrasia tra dottrina e giurisprudenza, sembra basarsi, nel suo insieme, anche sulla limitata discrezionalità della autorità giudiziaria nella scelta degli strumenti di indagine nonché sulle acquisizioni di esperti e professionisti di cui al comma 2 della stessa norma, e il mancato ossequio al vincolo di legge, se non porta a nullità assoluta ex art. 178 c.p.p., si traduce in un difetto di motivazione in grado di inficiare la validità delle decisioni adottate ex art. 125 c.p.p., a conferma di una nullità a regime intermedio e non certo insanabile ex art.179 c.p.p.<sup>26</sup>.

In verità, è proprio la finalizzazione degli accertamenti così come sopra esaminati a rivelare la loro funzionalità alla individuazione della risposta più appropriata alle connotazioni personali evidenziate dal minore nella commissione di un fatto penalmente rilevante. Rispetto ad un tale assunto, infatti, non è senza rilievo sottolineare qui come l'assenza di indicazioni contrarie nell'art. 9 comma 1 qui oggetto di studio, oltre a non escludere il ricorso a prove atipiche, lascia aperta la porta anche al ricorso ad attività di accertamento indiretto, consentendo ai soggetti preposti di avvalersi della collaborazione di servizi minorili tra le cui competenze vengono ricompresi anche gli accertamenti sulla personalità richiesti dal fondamentale art. 9.

Ed è la stessa necessità di una esegesi correttiva di tali accertamenti che, in particolare per quelli richiesti dal comma 2 della norma di cui appena sopra e con riferimento a due soli canali privilegiati di indagine - la assunzione di informazioni da persone che hanno avuto contatti con il minore ed il parere di esperti, senza alcun riferimento ad una disciplina di tali pratiche né ad alcune formalità -, impone una revisione applicativa per evitare profili di illegittimità costituzionale in tali operazioni, derivanti dal possibile contrasto con il diritto di difesa ex art. 24 della Carta costituzionale.

---

25. Così LARIZZA, *Il diritto penale dei minori*, cit., p. 189 ss.

26. Per una chiara visione del dibattito sul punto cfr. GIAMBRUNO, *Il processo penale minorile*, Padova 2003, pp. 47-58.

In verità, è proprio la finalizzazione degli accertamenti così come sopra esaminati a rivelare la loro funzionalità alla individuazione della risposta più appropriata alle connotazioni personali evidenziate dal minore nella commissione di un fatto penalmente rilevante. Rispetto ad un tale assunto, infatti, non è senza rilievo sottolineare qui come l'assenza di indicazioni contrarie nell'art. 9 comma 1 qui oggetto di studio, oltre a non escludere il ricorso a prove atipiche, lascia aperta la porta anche al ricorso ad attività di accertamento indiretto, consentendo ai soggetti preposti di avvalersi della collaborazione di servizi minorili tra le cui competenze vengono ricompresi anche gli accertamenti sulla personalità richiesti dal fondamentale art. 9.

Ed è la stessa necessità di una esegesi correttiva di tali accertamenti che, in particolare per quelli richiesti dal comma 2 della norma di cui appena sopra e con riferimento a due soli canali privilegiati di indagine - la assunzione di informazioni da persone che hanno avuto contatti con il minore ed il parere di esperti, senza alcun riferimento ad una disciplina di tali pratiche né ad alcune formalità -, impone una revisione applicativa per evitare profili di illegittimità costituzionale in tali operazioni, derivanti dal possibile contrasto con il diritto di difesa ex art. 24 della Carta costituzionale. Infatti, ed a tal fine, va precisato che gli accertamenti sopra richiamati e finalizzati alla formazione della prova devono avvenire nel rispetto del diritto di difesa dell'imputato, secondo un assunto che troverebbe conferma anche nel raffronto con il vecchio art. 11 del r.d. n.1404 del 1934, ove la legittimità ad operare in deroga alle ordinarie regole probatorie era prevista in termini di assolutezza, mentre con il nuovo art. 9 del d.p.r. 448/88 il riferimento a formalità che possono anche essere omesse lascia prevedere una specifica deroga affidata al caso concreto e all'interprete in situazioni che possono prescindere o osservare il rispetto di formalità nel quadro della disciplina costituzionale<sup>27</sup>.

Pertanto, mentre al procedimento di assunzione di informazioni sulla personalità del minore, assimilabile all'omologo istituto di cui all'art. 362 c.p.p. e alla prova testimoniale ex art 194 c.p.p., si estende l'intero apparato degli obblighi e dei limiti in capo alla persona sentita, nonché le garanzie difensive di pertinenza dell'imputato con un inevitabile irrigidimento che non deve far pensare ad uno svuotamento della previsione normativa, tesa al recupero di effettività nel riallacciarsi alla legittimazione a fare ricorso alle modalità semplificate proprie dei servizi minorili (ex art. 6), è in riferimento al parere degli esperti, pure richiesto dall'art. 9 comma 2 del dpr 448/88, che occorre rilevare come per quanto attiene ad accertamenti tecnici irripetibili diventa necessario il ricorso all'art. 360 c.p.p., e alle garanzie ivi previste, incluso il ricorso all'incidente probatorio, e se la medesima assunzione viene disposta informalmente in fase dibattimentale si impone alla difesa il diritto di interloquire con domande all'esperto, chiamato alla produzione delle risultanze della consulenza tecnica disposta, salvo sempre il diritto di richiedere una vera e proprio perizia.

---

27. Cfr. GIAMBRUNO, *Il processo penale minorile*, cit., p. 44 ss.

Accanto ad una accentuazione della garanzie difensive nel processo penale minorile, allora, non appaia senza rilievo sottolineare qui come, e sempre in ossequio al fondamentale principio educativo, le indagini sulla personalità del minore non sono limitatamente demandate a tecnici ex art. 9 comma 2 del dpr 448/88, ma accanto ai mezzi ordinari di accertamento si può aggiungere il ricorso a persone che conoscono bene il minore (insegnanti) ovvero tecnici che procedono senza formalità, per una ampiezza e libertà di criteri consentiti all'Autorità Giudiziaria, anche secondo la legittimazione della Consulta, nel rispetto di una funzione emendativa della pena e secondo una verifica affidata al caso concreto in quanto ossequioso di un teleologismo processuale aperto alla 'deformalizzazione' quando questa giova alla semplicità e alla economicità del rito, così come auspicato dalle norme fondamentali per la giustizia penale minorile<sup>28</sup>.

E, in tale contesto, non deve meravigliare come per le Convenzioni Onu del 1989 e di Strasburgo del 1996, rispettivamente volte a garantire i diritti dell'infanzia e del fanciullo, sia intervenuta ratifica con la legge 176/1991 e con la legge 77/2003, mentre per le 'Regole di Pechino', ossia la Convenzione Onu del 1985, volta a consacrare le regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile, si attende ancora una sua ratifica: forse, e non è un caso, ci si uniforma ai diritti sostanziali, lasciando aperta la via alla più ampia "deformalizzazione deformalizzata" delle regole processuali di diritto interno<sup>29</sup>.

4. Volendo riprendere il filo del nostro ragionamento, allora, rispetto al processo penale comune, il processo penale minorile, proprio in virtù del principio educativo che lo informa, non relega l'indagine sulla personalità, come nel caso dell'art. 133 c.p., all'esito dell'accertamento processuale comune che, cognitivamente, afferma la responsabilità per un illecito penale<sup>30</sup>, ma la anticipa, ex art. 9 dpr 448/88, avvalendosi, in funzione prognostico-individualizzante, di una criminogenesi e di una criminodinamica che costituiscono il fondamentale retroterra personalistico di un fatto che, ben oltre ogni verifica della eventuale imputabilità del soggetto agente, sono da recuperare proprio in ragione della particolarità del suo autore e del teleologismo che ne anima la strategia di recupero, sin dalla fase processuale.

---

28. Cfr. GIAMBRUNO, *Il processo penale minorile*, cit., p. 46 ss.; più in generale sulla presa d'atto di una incapacità della giustizia penale minorile alla ricomposizione sistematica tra deformalizzazione valorativa di diritto processuale e formalizzazione avalutativa di diritto sostanziale cfr. per tutti le illuminanti pagine di HASSEMER, *Perché punire è necessario* (2009), trad.it. a cura di D. SICILIANO, Bologna 2012, p. 252 ss.

29. Offre una completa panoramica sulle sollecitazioni degli organismi internazionali a riformare la giustizia penale minorile LARIZZA, *Il diritto penale dei minori*, cit., p. 103 ss.

30. L'assunto trova ancora il suo fondamento nella limpida ricostruzione sistematica di DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova 1979, passim

Deformalizzazione del rito e formalizzazione costituzionalmente valorativa del diritto sostanziale, allora, vanno così opportunamente recuperati all'interno anche di quella (non) *sanzione penale minorile* nella quale tanto il fondamento quanto il trattamento differenziato dell'autore del (fatto di) reato giungano ad imporre una necessaria rivisitazione della stessa fase esecutiva fino a riconoscere ed a promuovere la elaborazione di un autonomo ordinamento penitenziario minorile<sup>31</sup>.

In un tale contesto sistematico, allora, la stessa criminogenesi è destinata a trovare il suo spazio fisiologico in quanto è chiamata ad occuparsi dei fattori più importanti che nello studio della personalità del delinquente minorenni consentono di ricostruire le origini e i motivi delle carriere criminali, nonché di analizzare la dinamica del reato. Si tratta di approfondire gli aspetti biologici, psico-sociali, ambientali, familiari, istituzionali, scolastici, lavorativi, nonché quelli da ultimo legati a flussi migratori che consentono in ragione della ricostruzione della eziopatogenesi della devianza criminale di pervenire ad alcune sintetiche e condivisibili conclusioni:

a) che la criminogenesi va analizzata con metodo polidimensionale; b) che tra le cause di devianza criminale prevalgono di gran lunga quelle ambientali, incidenti fortemente sulla sfera psico-fisica dell'individuo; c) che esistono fattori esterni oggettivamente negativi che danno luogo a comportamenti antisociali e criminali, ai quali associare una reattività specifica individuale da riferire ad una minoranza di soggetti esposta a tali fattori.

Pur di fronte alla decisiva stimolazione proveniente dall'esterno, anche al fine di evitare soluzioni integraliste che deresponsabilizzano del tutto l'individuo, come struttura passiva incapace di autocontrollo, non va trascurata l'incidenza criminogenetica sulla devianza della capacità decisionale e di scelta che investe il soggetto sano di mente, tale da non escludere comportamenti illegittimi anche in condizioni sociali favorevoli che possono essere strumentalizzate; d) che, tuttavia, il principio della capacità autonoma di scelta non è integralmente applicabile al soggetto in età evolutiva il quale, subendo quanto gli accade intorno, non è in grado da solo di superare adeguatamente le carenze personali e ambientali nell'ambito di una società avanzata e sempre più complessa, caratterizzata da eccessive esigenze e da forti stimoli. Del resto, se si considera la condotta antisociale e criminale dei soggetti in età evolutiva, come conseguenza di un disordine o di una mancata integrazione nella collettività di riferimento, si perviene ad un concetto complesso di "malattia sociale" che, influenzando gli stessi presupposti del giudizio di maturità/imaturità del minore<sup>32</sup>, è da studiare e analizzare con metodologia adeguata<sup>33</sup>.

---

31. Sembra ancora apprezzabile qui il richiamo a LARIZZA, *I principi costituzionali della giustizia penale minorile*, cit., p. 105, ss.; SCIVOLETTO, *Sistema penale e minori*, Roma 2001, p. 104 ss.; cfr. anche da ultimo il nostro *Sicurezza dei minori e violenza massmediale*, cit., p. 205 ss.

32. Sul punto cfr. da ultimo ENNA, *L'imputabilità*, in AA.VV., *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C.FIORE – S. MOCCIA – A. CAVALIERE, Napoli 2009, p. 99 ss. anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

33. Cfr. INTRONA, *Lineamenti di criminologia minorile*, Padova 1979, p. 22 ss.

Accanto all'analisi dei profili criminogenetici, attraverso i quali si indagano gli aspetti individuali e sociali che hanno determinato la scelta delittuosa, la consulenza criminologica, tesa a elaborare un profilo di personalità non tanto psicologica quanto piuttosto 'propriamente' criminologica, si arricchisce necessariamente di un ulteriore fattore, quello della criminodinamica, vale a dire dell'analisi dei meccanismi interiori che hanno condotto all'azione delittuosa.

Dunque, accanto alla risposta criminogenetica sul *perché* è avvenuto un determinato delitto, vale a dire lo sviluppo di una appropriata valutazione delle varie interrelazioni (psicosociali, istituzionali, ambientali etc.) che hanno portato all'agire criminoso, la parte diagnostica dell'indagine criminologica si completa spostando la propria attenzione su quella valutazione criminodinamica che incentra la propria attenzione sul *come* è stato compiuto il fatto di reato, intendendo con ciò non la modalità concreta della sua realizzazione, ma il processo psicologico e motivazionale che ha condotto alla realizzazione del progetto criminoso, valorizzando aspetti che a loro volta illuminano la terza fase dell'indagine criminologica nel processo penale minorile, vale a dire quella finalizzata alla valutazione della pericolosità sociale del particolare soggetto agente qui in esame, e quindi delle peculiari proiezioni prognostiche riferibili a future sue modalità comportamentali<sup>34</sup>.

5. Alla luce di quanto sopra evidenziato, dunque, anche la consulenza criminologica è normativamente chiamata a concorrere, all'interno di un processo penale minorile teleologicamente deformalizzato, alla realizzazione di quelle esigenze costituzionali di integrazione sociale che, proprio perché ispirate da schemi prognostico-individualizzanti, si pongono alla base di quella (non) sanzione penale minorile, così come legittimata da principi normativo-superiori<sup>35</sup>.

In un tale contesto sistematico, allora, anche la criminogenesi e la criminodinamica finiscono per costituire le componenti determinanti di quella parte diagnostica di un fondamentale colloquio criminologico che, articolandosi in fasi – presentazione, raccolta di dati biografici, approfondimento del reato e valutazione prognostica sul soggetto - si propone di giungere a delle conclusioni che, lontano da possibili errori di valutazione riconducibili proprio alla fase conclusiva dello stesso, mirano, attraverso anche la reiterazione dei contatti e la fissazione dei contenuti, al rispetto di esigenze di personalizzazione di una reazione statutale normativamente (ri)adeguata sulle sollecitazioni provenienti dal caso concreto.

---

34.Cfr. GIANNITI, *Criminalistica*, Milano 2011, passim; PALERMO-MASTRONARDI, *Il profilo criminologico*, Milano 2005, passim; STRANO, *L'analisi dell'azione criminale*, in AA. VV., *Manuale di criminologia clinica*, a cura di M. STRANO, Firenze 2003, p. 113 ss.

35. Cfr. SESSA, *Sicurezza dei minori e violenza massmediale*, cit., p. 205 s.

Solo così quest'ultimo, infatti, necessariamente scomposto nei suoi elementi criminologici, crimonogenetici e crimonodinamici<sup>36</sup>, potrà assurgere a punto di riferimento, anche particolare, di quella 'politica criminale per i minori' che, in ossequio a parametri costituzionali di eguaglianza sostanziale (art. 3 comma 2 Cost.), si imporrà come 'differenziata' ed ossequiosa di esigenze di non desocializzazione da riferire a soggetti destinatari di un fondamentale diritto all'educazione da articolare all'interno di istanze non irrazionali di difesa sociale<sup>37</sup>. Breve: nel sistema complessivo di giustizia penale minorile anche una compiuta analisi dei fattori criminologici di un fatto di reato è destinata a concorrere razionalmente ad affrontare il problema del controllo penale della devianza in un settore in cui le manifestazioni della antisocialità e della delinquenza di soggetti da educare, ancor prima che da rieducare, si muovono sulla base di due fondamentali direttrici nelle quali si sviluppa l'analisi di un evidente fenomeno composito come quello qui oggetto di riflessione.

Infatti, lontano da interventi settoriali, è solo il ricorso a strategie 'differenziate' di politica criminale, unitamente ad opzioni tendenti ad assicurare un controllo integrato di fatti criminosi qualitativamente e non più quantitativamente allarmanti<sup>38</sup>, che si rivelerà in grado di garantire, nel rispetto dei principi fondamentali, quelle condizioni di effettività<sup>39</sup> funzionali, da un lato, alla riduzione di aggressioni all'ordinamento e, dall'altro, alla ricostruzione di una dignità come diritto di avere diritti<sup>40</sup> in soggetti, i minori, che, a tutela rafforzata (ex art. 31 comma 2 Cost.), vedranno solo così assicurato lo sviluppo della propria personalità accompagnata da una realtà socio-istituzionale sempre più consapevole e capace di proiettarsi nel futuro in base a quello che è doverosamente chiamata a fare, nel presente, per le giovani generazioni.

---

36. Famiglia atomizzata per mancanza di dialogo, crisi d'autorità per mancanza di punti di riferimento condivisi, accentuazione del vuoto di sé come predisposizione alla delusione e ad uscire fuori di sé (eccessi di alcoolismo e droghe) con possibile enfattizzazione di deliri sentimentali propedeutici alla neutralizzazione di se stessi e degli altri attraverso la realizzazione del delitto come prova di fedeltà estrema alla condivisione dei propositi altrui; per una suggestiva sintesi tra stati emotivi semplici e complessi cfr. per tutti da ultimo FORNARI, *Follia transitoria. Il problema dell'irresistibile impulso e del raptus omicida*, Milano 2014, passim e spec. p. 105 ss.

37. Sul tema cfr. la rigorosa e lucida ricostruzione di MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2013, 1093 ss.; ID., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, passim e spec. p. 83 ss.; nella dottrina straniera cfr. per tutti ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Paris 1983, passim; ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin - New York, 1973, p. 1 ss.

38. L'affermazione trova il suo fondamento nei dati statistici rinvenibili in MORO, *Manuale di diritto minorile*, a cura di L. FADIGA, Bologna 2008, p. 496 ss.; più in generale, sul tema del ricorso a strategie multiagenziali di controllo di fatti criminosi cfr. per tutti BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1998, 5 ss.; ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale* (1989), trad. it. di G. Seminara, Napoli 1994, passim; per la dottrina tedesca cfr. LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt am Main 1995, passim

39. Sul punto cfr. esaustivamente PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 433 ss.; anche ID., *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011, passim; CAVALIERE, *Effettività e criminalità organizzata*, in AA. VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1999, 291 ss.

40. Secondo quella magistrale intuizione che, imponendo l'autodeterminazione delle persone alla legge "naturale del mercato", porti ad accompagnare alla stagione della rivoluzione dell'eguaglianza, mai completamente attuata, quella della rivoluzione della dignità, cfr. le limpide ricostruzioni di H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1951), Torino, 2004, passim; RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2013, passim.

## GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

ALESSANDRA MADDALENA

N. 23304/14 Reg. Procura della Repubblica Napoli  
N. 1354-1355/14 R.I.M.C. Reali

**TRIBUNALE DI NAPOLI**  
OTTAVA SEZIONE DISTRETTUALE DEL RIESAME  
COLLEGIO F

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio nelle persone dei Magistrati:  
dott. Francesco TODISCO   Presidente  
dott.ssa Alessandra MADDALENA   Giudice est.  
dott.ssa Sabrina CALABRESE   Giudice

decidendo in ordine all'istanza di riesame proposta nell'interesse della società R. P. s.r.l., avverso il decreto di sequestro preventivo emesso dal Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Napoli in data 7 agosto 2014;  
esaminati gli atti del procedimento trasmessi dall'Ufficio della Procura della Repubblica in sede in data 29 settembre 2014;  
a scioglimento della riserva formulata all'udienza camerale del 6 ottobre 2014

**RITENUTO IN FATTO**

Con decreto del 30 giugno 2014, il Giudice per le indagini Preliminari del Tribunale di Napoli, in accoglimento della richiesta principale del PM<sup>1</sup>, disponeva, ai sensi dell'art. 321, commi 1 e 2 bis, c.p.p., il sequestro preventivo, finalizzato alla confisca obbligatoria "diretta", della somma di euro 26.208.839,93 (oggetto dell'illecita appropriazione contestata all'indagato *...ommissis*<sup>2</sup>), accreditata presso il conto corrente "dedicato" intestato alla R.G. s.p.a., acceso presso l'istituto bancario "M.P.S."

La Guardia di Finanza, delegata dal PM per l'esecuzione, accertava che la somma oggetto del sequestro, accantonata, nel minor importo di euro 24.792.073,75, sul conto corrente "dedicato" *ommissis*...intestato alla R.G. Spa, era stata dapprima trasferita su un altro conto corrente, sempre intestato alla R.G., ma non più dedicato (*ommissis*...), e successivamente era stata bonificata (insieme ad altro denaro) su un conto intestato alla R.P. srl, della quale la R.G. Spa è una società partecipata.

---

<sup>1</sup> "sequestro preventivo ai sensi dell'art. 321, co. 1 c.p.p., della somma di euro 26.208.839,93 accreditata presso il conto corrente -da individuare- intestato alla R.G. Spa acceso presso l'istituto bancario "M.P.S."

in subordine:

<sup>2</sup> "sequestro preventivo dall'art. 321, comma 2 e 2 bis, c.p.p., fino alla concorrenza di euro 26.208.839,93 -dei beni di proprietà dell'indagato con priorità dei depositi bancari in conto corrente e, in caso di loro insufficienza ai fini cautelari, dei beni immobili o beni mobili registrati intestati alla stessa e, in ulteriore subordine, ai familiari conviventi".

<sup>2</sup> delitto previsto e punito dagli artt.81 cpv., 314 c.p., perché, in esecuzione del medesimo disegno criminoso, in tempi diversi, nella qualità di rappresentante legale della R.G. Spa, società titolare di concessione amministrativa, e dunque, quale incaricato di pubblico servizio, avendo la disponibilità di somme di denaro (euro 26.208.839,93) di proprietà del Comune di Napoli derivanti dalla vendita di cespiti immobiliari comunali, se ne appropriava mediante versamento su di un conto corrente bancario intestato alla R.G. s.p.a., nonostante la diffida alla restituzione avanzata dall'ente comunale.

In Napoli dall'ottobre 2012 fino ad aprile 2013

Con provvedimento dell'11 luglio 2014, il G.I.P. del Tribunale di Napoli, ancora una volta in accoglimento della richiesta principale del PM<sup>3</sup>, disponeva, ai sensi dell'art. 321, commi 1 e 2 bis, c.p.p., il sequestro preventivo, sempre finalizzato alla confisca obbligatoria "diretta", della somma di euro **24.792.073,75** accreditata presso il ...omissis 3926.59 intestato alla R. P. srl.

Il 30 luglio 2014, il Tribunale del Riesame (sezione feriale) dichiarava l'inefficacia, "a far data dal 2/8/2014", del decreto di sequestro preventivo dell'11 luglio 2014 (per motivi formali) ed in pari data il PM disponeva il sequestro d'urgenza della somma di euro **24.792.073,75** accreditata presso il conto corrente della R. P. srl "essendovi il pericolo che il denaro possa essere altrimenti distratto".

In data 7 agosto 2014, il GIP del Tribunale di Napoli, rispondendo anche alle "obiezioni" difensive racchiuse in una memoria presentata nell'interesse dell'indagato ...omissis, convalidava il sequestro disposto in via di urgenza dal PM ("Giustificato appare, dunque, il provvedimento adottato dal PM, e motivato, quanto all'urgenza, dalla necessità di evitare che altri "balletti" tra i conti potessero cancellare la tracciabilità del denaro ed escluderne dunque la sequestrabilità in quanto profitto del reato") e, contestualmente, risottoponeva a vincolo reale diretto la somma accreditata presso il conto corrente intestato alla R. P. srl.

Avverso tale provvedimento proponeva istanza di riesame, a titolo di "terzo interessato", ...omissis, nella qualità di Legale Rappresentante della società R.P. srl.

All'udienza camerale del 6 ottobre 2014, il Pubblico Ministero chiedeva la conferma del provvedimento cautelare.

Il difensore del ricorrente – regolarmente costituito e munito di procura speciale per conto della società R.P. srl.- insisteva per l'accoglimento dell'istanza, illustrando i motivi di gravame enucleati nella memoria già depositata, al cui tenore faceva integrale rinvio.

Il Tribunale, acquisita la produzione documentale veicolata dalle parti, decideva come da dispositivo di ordinanza allegato.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

La richiesta di riesame è infondata e s'impone, pertanto, la conferma dell'impugnato decreto.

##### 1.Censure relative alla convalida del sequestro preventivo emesso in via d'urgenza dal PM.

In premessa, occorre evidenziare l'improponibilità del motivo di riesame (punto V della memoria: "La convalida del sequestro d'urgenza del P.M. ed il periculum in mora") in cui la Difesa ha evidenziato l'assoluta mancanza della situazione d'urgenza che giustificasse il provvedimento del PM di sequestro delle somme accreditate presso il conto corrente della R.P. srl e la successiva convalida da parte del Gip, sottolineando, in particolare, come la consistenza patrimoniale e la capacità imprenditoriale della "R.G." (documentata dai bilanci di esercizio 2012-2013) scongiurassero qualsiasi pericolo di non poter "eseguire proficuamente un sequestro ai suoi danni".

Sul punto, è sufficiente richiamare il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità, dal quale non v'è motivo di discostarsi in questa sede, secondo cui il decreto di sequestro preventivo emesso in via d'urgenza

<sup>3</sup> sequestro preventivo ai sensi dell'art. 321, co. 1 c.p.p., della somma di euro 24.792.073,75 accreditata presso il conto corrente n. intestato alla R.P. srl, acceso presso l'Istituto bancario "MPS"

in subordine:

<sup>4</sup>sequestro preventivo dall'art. 321, comma 2 e 2 bis, c.p.p., delle somme oggetto di illecita appropriazione a far data dal 28/11/2012 all'aprile 2013, da quantificarsi a cura della G.d.F., delegata all'esecuzione, del conto corrente n. intestato alla R.P. Srl, acceso presso l'Istituto bancario "MPS"

dal PM, ai sensi dell'art. 321, comma terzo bis, c.p.p., non è impugnabile in quanto si tratta di un provvedimento avente carattere puramente provvisorio e non ricompreso nell'elencazione di cui all'art. 322 bis c.p.p.. Ed anche l'ordinanza con la quale il giudice convalida il sequestro preventivo disposto in via d'urgenza dal PM è inoppugnabile (cfr., tra le altre, Cass., sez. III, n. 5770 del 17.2.2014). Dunque, una volta che il Giudice delle indagini preliminari abbia ritenuto sussistere gli estremi per l'emissione del decreto di sequestro preventivo, ogni questione relativa alla convalida del sequestro disposto in via d'urgenza risulta priva di attualità e il tribunale del riesame può essere investito esclusivamente del controllo sul decreto di sequestro emesso dallo stesso Giudice delle indagini preliminari, unico provvedimento che a quel punto legittima l'apprensione cautelare (Cass. sez. III, sentenza n. 11671 del 2011).

Ad ogni modo, per rispondere brevemente alle osservazioni della Difesa, non si comprende come la solidità finanziaria della "R.G." avrebbe potuto incidere sulla valutazione di sussistenza del *periculum in mora*: ciò che si voleva (e si doveva) scongiurare era la definitiva dispersione del frutto diretto del reato di peculato, opportunamente rintracciato dagli inquirenti nel patrimonio di un soggetto giuridico "collegato" a quello direttamente coinvolto nell'addebito di peculato.

E' pacifico, infatti, che allorché sia possibile il sequestro finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato compiuto dagli organi della persona giuridica stessa, in capo a costoro o a persona (compresa quella giuridica) non estranea al reato, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente è, per ciò stesso, precluso (cfr. Cass., Sez. un., 5 marzo 2014, c.c. 30 gennaio 2014).

In ogni caso, nella fattispecie in esame, non sarebbe mai stato possibile apprendere per equivalente le ulteriori, cospicue disponibilità finanziarie della R.G., con conseguente, assoluta irrilevanza, ai fini della valutazione del *periculum*, della situazione economico-patrimoniale di tale società: utilizzando il ragionamento fatto dalla giurisprudenza di legittimità in relazione alle ipotesi di violazioni finanziarie (cfr. cit. Cass. S.U., 30.1.2014 n. 10561; Cass., Sez. III, 28 febbraio 2013 n. 9576; Cass. Sez. III, 4 luglio 2012 n. 25774; Cass. Sez. III, 29 agosto 2012 n. 33371; Cass. Sez. VI, 1 dicembre 2010 n. 42703), il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente ex articolo 19, secondo comma, d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 non può essere disposto su beni appartenenti alla persona giuridica anche ove si proceda per condotte di peculato commesse dal suo legale rappresentante, poiché gli articoli 24 ss. d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 non includono tale reato – così come le violazioni finanziarie ed a parte l'ipotesi del peculato commesso da membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 322 bis c.p.)- tra le fattispecie criminose in grado di giustificare il suddetto provvedimento, tranne nel caso (certamente non riferibile alla struttura societaria di R.G., la cui piena autonomia rispetto alla persona dell'indagato è indiscussa) in cui la società sia un "*apparato fittizio*" utilizzato dal reo per commettere gli illeciti, così che ogni cosa intestata alla società sia invece immediatamente riconducibile alla disponibilità dell'autore del reato. Il superamento dell'alterità della soggettività giuridica riconosciuta all'ente rispetto alle persone fisiche che agiscono per esso e nell'interesse di esso non può infatti non derivare - a parte l'ipotesi in cui già di per sé l'alterità non sussista, costituendo un'apparenza occultante il reo, che si avvale della persona giuridica allo stesso modo in cui potrebbe avvalersi di una persona fisica come prestanome (fattispecie simulatorie in cui non vi è compresenza di più soggettività, bensì traslocamento dell'unica in una maschera, un "guscio vuoto") - da una fonte di legislazione primaria, che allo stato è identificabile nel d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, il quale non comprende il peculato tra le fattispecie criminose idonee a giustificare la cautela in questione.

## 2. Configurabilità del reato di peculato.

L'accusa mossa all'indagato ...omissis è di essersi appropriato, nella qualità di rappresentante legale p.t. della R.G. Spa (società affidataria dei servizi di gestione degli inventari, di gestione tecnico-amministrativa dei beni patrimoniali e di supporto alle iniziative comunali di valorizzazione dei beni stessi), e dunque in qualità di incaricato di pubblico servizio, delle somme di denaro di proprietà del Comune di Napoli derivanti dalla vendita di cespiti immobiliari comunali.

In premessa, occorre ricordare che, per il sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p., anche funzionale alla confisca 322 ter c.p., non si è mai dubitato della necessità che debba sussistere il *fumus delicti*, in considerazione del fatto che si tratta di una misura cautelare (reale) e come tale funzionale ad assicurare che il provvedimento finale, che si vuole anticipare, venga effettivamente adottato.

Ed invero, in questo ambito, presupposto della misura è proprio il riferimento ad un reato, la cui commissione può solo giustificare l'emanazione del sequestro.

Tuttavia, a differenza di quanto avviene per le misure cautelari personali, dove espressamente si prevede che la loro emissione è subordinata alla presenza di un *fumus* costituito dai gravi indizi di colpevolezza, nulla si dice per le misure cautelari reali. Ciò ha dato luogo ad alcune questioni interpretative ed applicative originate proprio dalla mancanza di specifiche indicazioni legislative al riguardo.

Fino ad epoca recente, la Cassazione (e, seppure in termini più sfumati, la Corte costituzionale) ha interpretato il requisito di merito del sequestro preventivo (art. 321 co. 1 c.p.p.) in modo tale da restringerle, in termini molto significativi, il sindacato in sede di riesame (art. 324 c.p.p.). Si è, infatti, ritenuto sufficiente il c.d. *fumus commissi delicti*, inteso come "astratta possibilità di sussumere il fatto attribuito ad un soggetto in una determinata ipotesi di reato". Possibilità – ed è questo l'aspetto più rilevante – da valutare unicamente in base alla prospettazione fatta dal pubblico ministero, senza alcuna possibilità di verificare la corrispondenza della contestazione astratta con le concrete risultanze processuali.

In particolare, le Sezioni unite hanno avuto modo di chiarire che "le condizioni generali per l'applicabilità delle misure cautelari personali, indicate nell'articolo 273 c.p.p., non sono estensibili, per la loro peculiarità, alle misure cautelari reali" per cui ai fini della verifica della legittimità del sequestro "è preclusa ogni valutazione sulla sussistenza degli indizi di colpevolezza e sulla gravità degli stessi" (Sez. un., 25 marzo 1993, n. 4, Gifuni). In questo senso, è stato sostenuto che "il controllo del giudice non può investire la concreta fondatezza di un'accusa, ma deve limitarsi all'astratta possibilità di sussumere il fatto attribuito ad un soggetto in una determinata ipotesi di reato".

In applicazione dei principi stabiliti dalle Sezioni unite si è detto che, nell'assumere il provvedimento cautelare, il giudice deve accertare, sia pur sommariamente, senza addentrarsi in questioni proprie del giudizio di cognizione, che il fatto rientri nella fattispecie criminosa che forma oggetto dell'imputazione (Sez. 6, 21 dicembre 1994, n. 5006, Gallo).

In un'altra decisione, in tema di sequestro probatorio, le Sezioni unite hanno evidenziato che "l'accertamento della sussistenza del *fumus commissi delicti* va compiuto sotto il profilo della congruità degli elementi rappresentati, che non possono essere censurati in punto di fatto per apprezzarne la coincidenza con le reali risultanze processuali, ma che vanno valutati così come esposti, al fine di verificare se essi consentono di sussumere l'ipotesi formulata in quella tipica", con la conseguenza che il giudice è tenuto ad esaminare "l'integralità dei presupposti che legittimano il sequestro", senza per questo svolgere un processo nel processo (Sez. un., 20 novembre 1996, n. 23, Bassi).

Un'inversione di tendenza si è registrata con l'ordinanza n. 153/2007 della Corte costituzionale e alcune pronunce giurisprudenziali ad essa successive che hanno evidenziato la necessità per il giudice di valutare il *fumus* in concreto, cioè verificando "in modo puntuale e coerente gli elementi in base ai quali il giudice ritenga esistente in concreto il reato configurato e la conseguente possibilità di sussumere questa fattispecie in quella astratta" (Sez. un., 29 gennaio 2003, n. 12878, PM in proc. Innocenti; Sez. 3, 27 gennaio 2000, n. 414, Cavagnoli; Sez. 3, 1 luglio 1996, n. 2863, Chiatellino; Sez. 3, 29 novembre 1996, n. 4112, Carli).

Da ultimo, alcuni recenti arresti giurisprudenziali hanno confermato che la strada per un definitivo ripensamento della tesi delle Sezioni unite è ormai inesorabilmente tracciata (tra le altre, v. Cass. 15448 del

14.3.2012; Cass. n. 28221 del 5.4.2011 secondo cui "il tribunale del riesame, per espletare il ruolo di garanzia dei diritti costituzionali che la legge gli demanda, non può avere riguardo solo alla astratta configurabilità del reato, ma deve prendere in considerazione e valutare, in modo puntuale e coerente, tutte le risultanze processuali, e quindi non solo gli elementi probatori offerti dalla pubblica accusa, ma anche le confutazioni e gli elementi offerti dagli indagati che possano avere influenza sulla configurabilità e sulla sussistenza del *fumus del reato contestato*").

Si è ulteriormente chiarito, però, che, pur dovendosi definitivamente abbandonare le tesi dirette a svalutare il requisito del *fumus*, equiparandolo all'esistenza di una "notizia di reato", deve affermarsi l'esigenza di "un riconoscimento della necessità di individuare uno dei presupposti del sequestro preventivo nella "serietà" degli indizi di reato, escludendo anche la tesi estrema che richiederebbe la presenza dei gravi indizi di colpevolezza, che stabilisce una parificazione con l'articolo 273 c.p.p., di cui non vi è traccia nel sistema delle misure cautelari reali" (In questi termini v. Cass. Sez. VI, sent. n. 45591 del 12 novembre 2013).

Nel caso di specie, non vi è dubbio sulla "serietà" degli indizi del reato di cui all'art. 314 c.p., peraltro neppure contestati nei motivi scritti posti a fondamento del gravame (sostanzialmente dedicati alle problematiche del *periculum in mora* e della "tracciabilità" delle somme costituenti profitto del reato).

Per la ricostruzione dei fatti si trascrive di seguito la parte di interesse del decreto di sequestro preventivo del 30 giugno 2014, sostanzialmente richiamata nel provvedimento oggi impugnato:

...omissis...

Così ricostruita la vicenda, ritiene il Tribunale che siano senz'altro ravvisabili idonei elementi per ritenere configurabile la condotta di cui all'art. 314 c.p.

Sulla base della normativa vigente (art. 314 c.p. come novellato nel 1990), gli elementi costitutivi che strutturano la fattispecie del peculato sono rappresentati in sequenza: 1) dalla qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio del soggetto agente (ciò che connota il peculato come un reato proprio); 2) dal possesso da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio del denaro o altra cosa mobile "altrui" e dalla possibilità per il soggetto agente di compiere atti dispositivi sull'altrui denaro o cosa mobile derivante da ragioni connesse all'ufficio o al servizio pubblici da lui svolti; 3) da atti di appropriazione di tale denaro o altra cosa mobile.

I descritti elementi costitutivi dell'illecita condotta di peculato sono tutti ravvisabili nella vicenda fattuale in esame.

### 2.1 Qualifica di incaricato di pubblico servizio.

Come detto, l'art. 314 cod. pen. disciplina una tipica ipotesi di reato proprio funzionale che richiede nell'agente la qualità soggettiva di pubblico ufficiale o (come viene in rilievo nel caso di specie) di incaricato di pubblico servizio.

Ebbene, non può che condividersi la valutazione operata dal PM e dall'Ufficio Gip (sia nel decreto del 30 giugno 2014 che in quello oggi impugnato) in ordine alla qualifica di "incaricato di pubblico servizio" attribuibile all'indagato ...omissis, in quanto rappresentante legale della R.G. Spa

Questa figura è tautologicamente definita dall'art. 358 cod. pen. come corrispondente a chi, a qualunque titolo, presta un pubblico servizio, per tale intendendosi un'attività disciplinata da norme di diritto pubblico ma priva dei connotati autoritativi tipici della pubblica funzione e, per altro verso, non risolvendosi nello svolgimento di mere mansioni d'ordine o di natura materiale.

In altre parole, quindi, l'art. 358 definisce l'area del pubblico servizio come quella compresa all'interno di una duplice linea di demarcazione rappresentata, verso l'alto, dall'assenza di poteri autoritativi e certificativi, e verso il basso dallo svolgimento di compiti che non siano meramente d'ordine o manuali.

Occorre allora chiedersi se l'attività appaltata dal Comune alla società R.G. Spa possa considerarsi disciplinata da norme di diritto pubblico.

Senza addentrarci troppo nella *vexata quaestio* di quali siano i tratti distintivi delle norme di rango pubblicistico basterà affermare, seguendo la tesi più convincente, che sono tali quelle che attengono alla disciplina di interessi pubblici ed al loro perseguimento, senza che rilevi - in accoglimento della teoria cosiddetta "oggettiva" dell'attività pubblica - la veste giuridica del soggetto preposto al suo svolgimento (ente pubblico/società di diritto privato/singolo).

Ad integrazione di tale generale nozione, la giurisprudenza ha poi elaborato una serie di indici sintomatici che appaiono di ausilio nell'accertamento della natura pubblicistica dell'attività, quali il rango degli enti che eventualmente concorrono alla costituzione del soggetto gestore e l'eventuale ricorrenza di poteri di indirizzo e controllo da parte di tali enti.

Ebbene, alla luce delle considerazioni che precedono, può dirsi che la società R.G. Spa svolgesse un pubblico servizio anche in relazione alla specifica attività di "supporto" consistente nell'attività di "assistenza alla vendita di parte del suo patrimonio immobiliare".

In effetti, è evidente - per la natura pubblica degli interessi perseguiti, per il rilievo collettivo dei beni coinvolti, per la presenza di poteri di controllo e indirizzo dell'ente territoriale- la natura di pubblico servizio dell'attività svolta dalla società oggi in considerazione, in quanto concretantesi in un'attività economica soggetta ad una particolare disciplina, contenuta in norme di diritto pubblico (art. 7, co. 2 lett. f d.lgs 157/95, espressamente richiamato dal contratto di appalto) ed in atti autoritativi (delibera di G.C. n. 3014 del 26.9.2005 e successiva determina dirigenziale) e strettamente funzionale alle finalità pubbliche dell'ente esponenziale, che, infatti, ne determinava i programmi e i controlli e provvedeva al suo indirizzo ed al suo coordinamento.

Sul punto merita di essere interamente ripreso l'ampio ragionamento svolto dal G.I.P. nel provvedimento cautelare impugnato, nel quale del tutto condivisibilmente si è rilevato:

*"La Difesa ha molto insistito, invece, sul carattere di natura non concessoria dell'appalto per la gestione del patrimonio immobiliare del Comune di Napoli, nell'ambito del quale è stato affidato alla R.G. anche il servizio di dismissione del patrimonio.*

*Ha affermato infatti che la R.G. non era munita dei poteri autorizzativi tipici dell'Amministrazione Concedente" ma svolgeva solo un servizio affidatogli sotto la direzione ed il controllo del Comune di Napoli. Cita in proposito la sentenza della Corte di Cassazione, III sezione civile del 21.9.2012 che esclude tale carattere concessorio, in quanto il rapporto tra il Comune di Napoli e la R.G. sarebbe costruito in modo differente da quanto avviene nella concessione di pubblici servizi, in cui un'impresa è chiamata dalla p.a. a fare ciò che la stessa amministrazione, in sua assenza, farebbe in prima persona contrattando direttamente con l'utente e facendosi dallo stesso pagare un prezzo.*

*Tali rilievi non sono idonei a scardinare il condivisibile ragionamento del PM e sono inoltre contraddetti dagli ulteriori seguenti argomenti.*

*Appare indubbio che il servizio svolto dalla R.G. avesse carattere "pubblico". Ciò emerge dal contenuto dell'affidamento in appalto del servizio del 15 dicembre del 2005, la cui "funzione" è esplicitamente individuata, non nella mera gestione economica dei beni comunali, ma nel "fine di dare piena attuazione ai programmi di politica patrimoniale dell'Amministrazione", con ciò chiarendo la natura "politica" e, dunque, "pubblica" del servizio.*

*Logico, in quanto l'assegnazione, per esempio, di alloggi di proprietà comunale risponde non tanto a criteri di profitto, ma anche (e soprattutto) a funzioni -tipicamente "comunali"- di assistenza. Tanto che -all'art. 2 della precedente convenzione, richiamata integralmente- si prevede che "rimane di esclusiva competenza dell'Amministrazione la selezione degli assegnatari e conduttori degli immobili", a ulteriore dimostrazione che, quella del patrimonio comunale, non è una gestione puramente economica, ma costituisce piuttosto uno strumento di realizzazione della "politica" dell'Amministrazione". E analoghe considerazioni valgono per i criteri con i quali si procede alla dismissione del patrimonio stesso, non improntati a mere esigenze di liquidazione.*

*D'altronde, il precedente affidamento del 16.12.1998, richiamato integralmente, prevedeva anche il censimento e l'aggiornamento dei beni del demanio stradale, non solo del patrimonio disponibile. E non vi può essere alcun dubbio circa la natura "pubblica" del censimento e dell'aggiornamento dei dati sul demanio.*

*Inoltre, conferiva poteri "pubblicistici" o, comunque, accesso a dati riservati. Si veda l'art. 11 che prevedeva la disponibilità per la R.G. "degli Organi di Vigilanza (ivi compresi i Vigili Urbani) e di tutti gli Uffici comunali*

preposti ai servizi di gestione, in particolare per quanto concerne gli accertamenti di polizia giudiziaria relativamente a singole posizioni di utenza che lo richiedessero...". Prevedeva "l'installazione presso gli uffici dell'Affidatario (entro 30 giorni dalla sottoscrizione del presente contratto) di terminali abilitati al collegamento con l'Anagrafe comunale e con il Catasto (NCTo NCEU) con il sistema informatico Comunale".

All'art. 2, inoltre, si prevedeva che l'Affidatario avrebbe dovuto istituire degli uffici periferici di informazione all'utenza e che tali uffici avrebbero potuto "essere collocati anche all'interno delle strutture circoscrizionali" e, solo ove possibile, "con personale e attrezzature dell'amministrazione comunale. Con ciò creando -anche sul piano dell'immagine data all'utenza- un'identità tra amministrazione comunale e affidatario, con l'utilizzo peraltro di strutture, personale e attrezzature dell'amministrazione comunale."

Ancora più evidente è la natura pubblicitica dell'attività di "supporto" affidata alla R.G. Spa con procura speciale del 14 febbraio 2006 (repertorio n. 10.792-Raccolta n. 4.009), tesa "alla esecuzione di tutte le attività occorrenti per la realizzazione del piano di dismissioni approvato dal Comune".

Con tale atto venivano, infatti, espressamente conferiti poteri "pubblicistici" (da esercitare "in nome e per conto del Comune di Napoli, con ogni conseguente potere di rappresentanza e firma"), prevedendosi, tra l'altro, che l'indagato ...omissis, quale amministratore delegato e legale rappresentante della R. G., provvedesse ad espletare visure, a richiedere a terzi, sia pubblici che privati, concessioni, autorizzazioni, assensi, nulla osta ed ogni altro atto a carattere permissivo, a rilevare ogni difformità dei cespiti rispetto alle risultanze documentali e procedere alla predisposizione delle necessarie variazioni catastali per la successiva firma del Comune, a compiere qualsiasi atto ricognitivo, di identificazione catastale e/o rettificazione di risultanze catastali, ad attivare e/o completare ogni occorrente procedura di condono edilizio.

Conformemente, nell'atto di transazione del 5 aprile 2012, all'art. 9, si prevedeva che la R.G. avrebbe dovuto, tra l'altro, provvedere ad effettuare le attività istruttorie inerenti le pratiche per il rilascio di volture e/o sanatorie relative ad acquirenti potenziali di alloggi del patrimonio indisponibile di edilizia residenziale pubblica, stabilendosi, a tal fine, che gli Uffici Comunali assicurassero la possibilità presso gli uffici della società appaltatrice di immediate interrogazioni dell'Anagrafe comunale e del sistema Sister dell'Agenzia del territorio.

Che si trattasse di un'attività non destinata al mero ricavo di un profitto, quanto piuttosto alla realizzazione della politica comunale, emerge in maniera ancora più evidente dal tenore della "proposta di delibera" n. 07 del 23.3.2012 del servizio demanio e patrimonio del Comune di Napoli, avente ad oggetto l'approvazione dello schema di transazione con la R.G. spa: "non può non rilevarsi che l'intero accordo, oltre alle rinunce dei giudizi, si impernia sul potenziamento dell'attività di dismissione del patrimonio immobiliare (compresi beni del patrimonio indisponibile, quali alloggi di edilizia residenziale pubblica) che, nel caso di specie, assolve alla duplice funzione di fronteggiare i crediti vantati dalla R. e di aumentare (conformemente a quanto già indicato nel programma politico dell'attuale Amministrazione) le entrate di bilancio a tutto vantaggio di una sana politica di risanamento finanziario dell'Ente".

Ed infatti, emblematicamente, all'art. 4 dell'atto di transazione, si dà atto che gli importi riscossi per la vendita del patrimonio disponibile ed indisponibile del comune "saranno ritenuti, in ossequio alla vigente normativa contabile, correlati al soddisfacimento di servizi indispensabili, quali devono intendersi quelli di cui alla presente scrittura".

Non può dubitarsi, in definitiva -per la natura pubblica degli interessi perseguiti, per il rilievo collettivo dei beni coinvolti (come visto, anche immobili di edilizia residenziale pubblica), per la presenza di poteri di controllo e indirizzo del comune (v. art. 5 dell'atto di transazione: *al fine di assicurare il più efficace risultato del piano di dismissione e, con particolare riferimento alla vendita dei beni di cui all'allegato A, le parti concordano circa l'istituzione di una cabina di regia composta da funzionari dell'amministrazione, avente compiti di indirizzo e coordinamento amministrativo interno all'amministrazione per il superamento, di concerto con la società appaltatrice, di ogni eventuale ulteriore problematica da risolvere per la più efficace attuazione del piano di dismissione immobiliare programmato*)- della natura pubblicitica dell'attività svolta dalla società oggi in considerazione.

Può, in definitiva, dirsi pienamente acquisita la natura di servizio pubblico dell'attività svolta da R.G. Spa e la qualifica di incaricato di pubblico servizio di colui (...omissis) che, all'epoca dei fatti in contestazione, ne era presidente e legale rappresentante p.t., con conseguenti poteri di amministrazione finanziaria e disponibilità giuridica delle somme di denaro riscosse dalla società per conto del Comune.

### **2.2 Altruità del denaro di cui aveva la disponibilità la R.G.spa.**

Premesso che questo Tribunale non è chiamato ad esprimere un giudizio sulla legittimità del blocco dei pagamenti deciso dal Comune, va senz'altro condivisa la valutazione operata dal PM e dall'Ufficio Gip anche in ordine alla "altruità" delle somme derivanti dall'attuazione del piano di dismissione patrimoniale concordato nell'atto di transazione.

La società affidataria aveva, infatti, solo il potere di riscuotere le somme derivanti dalla vendita degli immobili ma in nessun caso, neppure in ipotesi di inadempimento del Comune, aveva la possibilità di incamerarle.

Depono inequivocabilmente in tal senso il tenore letterale dell'art. 4 dell'accordo transattivo: *"I pagamenti delle prestazioni di cui alle lettere c) e d) saranno effettuati in misura pari agli importi materialmente incassati nell'anno 2012 e sino al 2013 dalla vendita di una parte degli immobili... l'amministrazione comunale... provvederà con cadenza mensile a corrispondere alla soc. R.G. Spa una somma pari all'importo effettivamente incassato nel mese precedente dalla vendita degli immobili... fino alla concorrenza dell'importo di cui alle lettere c) e d) dell'art. 3"*.

In definitiva, la R.G. era tenuta a versare al Comune di Napoli, alla scadenza di ogni mese, le somme derivanti dalla vendita dei cespiti immobiliari, che poi il Comune avrebbe provveduto a corrispondere alla società il mese successivo, a decremento del credito vantato da quest'ultima.

D'altra parte, l'impossibilità contabile di utilizzare le entrate da alienazioni di immobili per il pagamento di fatture inerenti corrispettivi, era stata espressamente evidenziata nel parere di regolarità contabile del Servizio di ragioneria e controllo spese del Comune in ordine alla proposta di deliberazione del 23.3.2012 dello schema di transazione (*"Non si ritiene del pari corretta contabilmente la procedura che prevede che in caso di ritardo anche di una sola volta nei pagamenti da parte del Comune superiore a giorni 10 dalle scadenze mensili programmate, la S.R.G. Spa sia autorizzata a trattenere le somme spettanti da quelle che avrà incassato o incasserà dalla vendita della dismissione, in quanto possibilità non prevista dal contratto"*).

Ne era seguita, nel testo definitivo, come da "intesa" con la R.G. Spa (v. missiva del 4.4.2012 a firma dell'allora amministratore delegato ...omissis), la soppressione della clausola cd. di salvaguardia inserita nell'art. 4 dell'originario schema transattivo, la quale, in caso di pagamenti tardivi da parte del Comune di Napoli, superiori a dieci giorni rispetto alle scadenze previste, autorizzava appunto la società a prelevare il rateo inadempito dagli incassi prodotti dalle dismissioni.

Dunque, la regolamentazione delle modalità di soddisfacimento delle reciproche pretese non contemplava meccanismi di "autotutela" neppure in caso di mancato pagamento delle rate da parte del Comune.

Nè, nel (voluto) silenzio dell'accordo transattivo, poteva aver rilievo che l'agente, trattenendo le somme incassate per conto dell'ente, avesse preteso di esercitare un suo supposto diritto, ricorrendo ad una sorta di autoliquidazione del proprio credito, trattandosi di comportamento non tollerabile a fronte del suddetto interesse della pubblica amministrazione.

Ed invero, secondo il costante insegnamento della giurisprudenza di legittimità, *"in tema di peculato si esclude il riconoscimento dell'autotutela per la realizzazione dei propri diritti, in quanto l'eventuale mancanza di danno patrimoniale conseguente all'appropriazione non esclude la sussistenza del delitto, atteso che rimane pur sempre lesa dalla condotta dell'agente l'altro interesse, diverso da quello patrimoniale, protetto dalla norma, cioè quello del buon andamento, legalità e imparzialità della pubblica amministrazione"* (Cass., Sez. VI: 31.1.2005, n. 2963; Cass. Sez. Unite, n. 38691 del 25.6.2009; Cass., Sez. VI, n. 20940 del 22.11.2011).

### **2.3 Inversione del titolo del possesso ed elemento psicologico del reato.**

In premessa, va ricordato il principio di diritto secondo cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che omette di versare ciò che ha ricevuto per conto della P.A. non è inadempiente ad un proprio debito pecuniario nei confronti della predetta, ma piuttosto è inadempiente all'obbligo di consegnare il denaro al suo legittimo proprietario (la p.a.): ne consegue che, sottraendo la *res* alla disponibilità di quest'ultima, l'agente realizza una inversione del titolo del possesso in termini *uti dominus* con una conseguente appropriazione sanzionata dall'art. 314 c.p., come figura di peculato intesa proprio come interversione del titolo del possesso e contestualmente sottrazione di detta *res* alla legittima disponibilità che su di essa esercita l'avente diritto (P.A.), con conseguente lesione dell'interesse di quest'ultimo alla destinazione pubblicistica del denaro pubblico affidato ai funzionari pubblici (vedi per tutte Sez. 6, Sentenza n. 34068 del 2013).

Orbene, è indubitabile che la R.G. spa, in persona dell'indagato ...omissis (presidente e legale rappresentante p.t. della società, come si evince anche dai mandati in calce agli atti di citazione e dalle sottoscrizioni a margine di alcune delle "comunicazioni di accantonamento", nonché amministratore delegato all'epoca della diffida del Comune, come da visura camerale storica acquisita su supporto informatico) abbia disposto *uti dominus* delle somme incamerate in attuazione del piano di dismissione del patrimonio immobiliare comunale, disconoscendo che le stesse fossero di "pertinenza" del Comune e, dunque, sottraendole alla loro destinazione istituzionale.

Nella memoria presentata al Gip nell'interesse dell'indagato ...omissis, la Difesa ha sostenuto che la società non avrebbe inteso "far sue" le somme del Comune ma avrebbe esercitato un legittimo potere di "ritenzione" in virtù dell'art. 1460 c.c.

Tuttavia, a parte la considerazione che la "facoltà" di valersi dell'*exceptio inadimpleti contractus* avrebbe al più consentito alla società di paralizzare la pretesa del Comune di vedere completato il piano di dismissione immobiliare, ma di certo non avrebbe legittimato la società a trattenere le somme incassate in nome e per conto dell'ente (dalla lettura dell'articolato dell'atto di transazione emerge chiaramente che il rapporto di "corrispettività" era tra pagamenti dei crediti da parte del Comune ed obbligo per la R. di accelerare le procedure di vendita, non tra corresponsione da parte di quest'ultima delle somme incassate per il Comune e successivi pagamenti dei crediti da parte dell'ente), ed a parte l'ulteriore considerazione che l'esercizio della predetta facoltà richiede che il credito che s'intende tutelare sia certo, liquido ed esigibile (e così non era, come emerge dalla documentazione prodotta dal Comune), in ogni caso le emergenze indiziarie rivelano chiaramente che l'intenzione della società, e per essa del suo legale rappresentante, era di incamerare, nella parte ritenuta di propria spettanza, gli incassi delle vendite immobiliari, sottraendole in via definitiva alla disponibilità dell'ente comunale.

Depone in tal senso già l'inequivoco "obiettivo" delle iniziative giudiziarie promosse dalla società nei confronti del Comune. Invero, nonostante la formula "accantonamento", ripetutamente utilizzata negli atti di citazione, ciò che si chiedeva all'autorità giudiziaria era sostanzialmente di riconoscere e, perciò, di dare "copertura legale" alle operazioni di "compensazione" (dunque, di incameramento) che la R. aveva già proceduto ad effettuare a partire dal 31 ottobre 2012 (*"la R.G. Spa ha pertanto legittimazione ed interesse a sentire: dichiarare estinto mediante l'avvenuta compensazione di cui sopra quanto dovuto... in via subordinata accertare e dichiarare che il Comune di Napoli deve alla R.G. la complessiva somma di... e, per l'effetto, sentirlo condannare al pagamento di detta somma tenuto conto in detrazione di quanto eventualmente pagato dal convenuto nel giudizio.. e di quanto ritenuto a titolo di compensazione con le somme accantonate sul conto separato appositamente costituito sul MPS"*).

La volontà di appropriazione è, peraltro, resa manifesta dall'iniziativa presa dalla società (proprio nel giorno in cui veniva informata delle operazioni di "riesame" delle liquidazioni intraprese dal Comune: v. nota del 31.10.2012) di far transitare i flussi finanziari relativi alle operazioni di dismissione immobiliare da un conto conosciuto dall'ente comunale, del quale veniva inviato un rendiconto mensile al servizio Demanio e Patrimonio del Comune (v. s.i.t. rese in data 6 maggio 2014 da ...omissis...) ad un altro conto corrente bancario i cui dati identificativi non venivano mai resi noti all'ente e quindi fuori da ogni possibilità di controllo (solo l'intervento della G.d.F. nel mese di luglio del 2014 ha consentito l'individuazione, "tardiva" per quanto si dirà, del conto "dedicato").

I successivi atti gestionali comprovano ulteriormente che la società intese attuare una definitiva intervensione del titolo del possesso delle somme ricavate dalle vendite del patrimonio comunale, comportandosi rispetto ad esse come "dominus".

Ed infatti, il 12.3.2014, il saldo del conto dedicato (euro 24.792.073,75) veniva girocontatato (come da disposizione resa il 19.2.2014 dal "procuratore" della R.G. S.p.A., omissis, che contestualmente ordinava la chiusura del conto dedicato) su un altro conto corrente acceso presso il medesimo istituto di credito ed intestato alla stessa società, ma stavolta "non dedicato" e, quindi, utilizzabile per le operazioni di gestione aziendale, vale a dire per i normali cicli di incasso e di pagamento.

Difatti, in data 23 giugno 2014, su detto conto veniva disposto un bonifico di euro 33.000.000,00 a favore della R.P. S.r.l. e di euro 3.200.000,00 a favore di ...omissis (in merito a tale operazione, M.B., direttore Amministrazione e Finanza della R.G.spa, dichiarava che era relativa a "una distribuzione di utili, accantonati in esercizi precedenti" ai soggetti sopra indicati, entrambi soci della R.G. Spa).

La condotta di personale appropriazione risulta a questo punto conclamata ed inequivoca.

...omissis

### 3.1 Possibilità di qualificare le somme sequestrate sul conto corrente intestato alla R.P. srl come profitto "originario" del reato: cd. *tracciabilità*.

E' opportuno richiamare alcune considerazioni preliminari sugli istituti della confisca diretta e di "valore" e, in particolare, sulla possibilità di sottoporre alla prima tipologia di vincolo reale le somme di denaro depositate su conti correnti bancari, anche in caso di loro "confusione" con provviste lecite.

E' pacifico che la confisca tradizionale (cd. diretta) consente di sottrarre i profitti del reato solo se è stato accertato che il bene da confiscare sia collegato da un nesso causale con lo stesso, costituisca, cioè, il diretto frutto del reato oggetto del procedimento penale, impedendo di procedere all'applicazione della confisca nell'ipotesi in cui i beni derivanti dal reato siano stati distrutti, nascosti, ceduti ad acquirenti in buona fede o comunque reimmessi nel circuito dell'economia legale, si da far perdere traccia dell'origine illecita. Tali problemi possono essere superati con l'istituto della confisca del valore equivalente del profitto illecito, che consente di confiscare beni diversi dal "provento" del reato, non richiedendo l'accertamento del "rapporto di pertinenzialità", fermo restando che la confisca per equivalente non deve rappresentare un *escamotage* per consentire all'autorità giudiziaria di sottrarsi dall'onere di accertare il profitto del reato, ma deve essere applicabile solo nell'ipotesi in cui è stato verificato il conseguimento del prezzo o del profitto (nella sua "obiettiva esistenza ed entità"), al fine di superare le difficoltà - l'oggettiva impossibilità - di acquisire nella loro originaria consistenza i beni costituenti il prezzo o il profitto del reato per cui è stata pronunciata la sentenza di condanna (Cass. 16 gennaio 2004, n. 15445; Cass., 3 luglio 2002, n. 32797, che richiede, ai fini della confisca per equivalente, il "preliminare accertamento circa l'esistenza obiettiva di un bene costituente profitto o prezzo, la cui confisca sia impedita da un fatto sopravvenuto che ne abbia determinato la perdita o il trasferimento irreuperabile"; Cass., 14 giugno 2006, n. 31988, che parla di "oggettiva impossibilità").

Intervenendo in materia, le Sezioni Unite (sent. n. 38691 del 2009, Caruso), richiamando la sentenza *Miragliotta* (Sez. un., 25 ottobre 2007, n. 10208), che ammette espressamente la confisca dei "surrogati", ha accolto una concezione più ampia di profitto, affermando che "il concetto di profitto o provento di reato legittimante la confisca...., deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa" (in tale direzione Cass., S.U., 3 luglio 1996, n. 9149; Cass., 21 ottobre 1994, n. 4114, Giacalone, in cui si ammette l'applicabilità del sequestro preventivo ex art. 321, finalizzato alla confisca ex art. 240 c.p., in relazione ai beni, siano essi di natura fungibile o infungibile, in cui è stato investito il denaro profitto del reato, come un appartamento acquistato con i proventi del reato di concussione).

Si deve allora osservare che, rappresentando il denaro un bene fungibile, è da ritenersi sicuramente superato quell'orientamento restrittivo di parte della giurisprudenza che richiedeva l'identità del bene da

confiscare con il "corpo del reato" anche in relazione a beni fungibili e che, quindi, riteneva impossibile applicare la confisca in caso di commistione tra cose lecite ed illecite (v. ad esempio Cass., 8 aprile 1983, Ferrarotto: la confisca "presuppone che il prezzo percepito abbia una individualità ben precisa e cioè che sia il denaro materialmente pagato dall'acquirente e percepito dal venditore: solo in tal modo può dirsi che si tratti del corpo del reato, quale profitto che ne viene ricavato. Non si può far ricadere il provvedimento di confisca su denaro che non sia esattamente e individualmente quello pagato, e, rispettivamente, percepito per la vendita").

Secondo i più recenti, condivisibili arresti giurisprudenziali, invece, il denaro può essere confiscato *tantundem* e non è necessaria la confisca dell'*eadem res*; come ha precisato la Suprema Corte, infatti, "l'eventuale commistione tra cose lecite ed illecite, appartenenti allo stesso genere, costituisce una forma di trasformazione dell'originario prodotto del reato in cose comunque separabili con operazioni di peso, misurazione o numerazione. Il tutto in conformità alla regola civilistica che prevede per le obbligazioni che hanno ad oggetto denaro o altre cose fungibili, l'obbligo di restituire "altrettante cose della stessa specie e qualità", regola generale applicabile anche in sede penale, in considerazione della natura patrimoniale della misura di sicurezza" (Cass., 22 settembre 1993, n. 1041, Ciarletta; Cass., 1° febbraio 1995, n. 429, Carullo, in cui si è affermato chiaramente che la fungibilità del denaro e la sua funzione di mezzo di pagamento non impone che il sequestro debba necessariamente colpire le medesime specie monetarie illegalmente percepite, bensì la somma corrispondente al loro valore nominale, ovunque sia stata rinvenuta, purché sia attribuibile all'indagato; cfr. anche Sez. VI, 25 marzo 2003 n. 23773 e Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, che hanno ribadito che il sequestro deve ritenersi ammissibile quando la somma si identifichi proprio in quella che è stata acquisita attraverso l'attività criminosa, sia ogni qual volta vi siano indizi per i quali il denaro di provenienza illecita sia stato depositato in banca ovvero investito in titoli, trattandosi di assicurare ciò che proviene dal reato e che si è cercato di occultare).

In definitiva, laddove il profitto sia rappresentato da denaro, si potrà procedere alla confisca del denaro depositato nei conti del reo senza applicare la confisca per equivalente, come ribadito anche più recentemente dalla Suprema Corte secondo cui erroneamente si esclude la configurabilità della confisca diretta, e quindi del sequestro, del denaro liquido disponibile su un conto corrente dell'imputato, dal momento che, invece, la fungibilità del bene e la confusione delle somme che ne deriva nella composizione del patrimonio, rendono superflua la ricerca della provenienza del denaro con riferimento al prezzo o al profitto del reato: "nella specie il profitto del reato è costituito in parte da numerario, cosa fungibile, sicché, sottoponendo a sequestro le relative disponibilità di conto corrente dell'imputato si è legittimamente operato in base alla prima parte e non alla seconda parte dell'art. 322-ter c.p., comma 1° (Cass., 26 novembre 2009, n. 14174, in cui si precisa che "il denaro, come cosa essenzialmente fungibile e, anzi, quale parametro di valutazione unificante rispetto a cose di diverso valore rispetto, non può qualificarsi come cosa di valore corrispondente ed esorbita pertanto dal sistema della confisca per equivalente"; Cass., 14 giugno 2007, n. 30966, Cass., 23 giugno 2006, n. 25877).

Naturalmente, l'accusa deve fornire la prova del nesso di pertinenzialità che lega, anche attraverso successivi passaggi, i beni da confiscare al reato, ma non è di ostacolo all'ablazione la circostanza che il provento diretto sia "confluito" nella disponibilità di un terzo, sempre che si tratti di soggetto che, pur non avendo veste di concorrente nel reato, neppure versi in una posizione soggettiva di affidamento incolpevole o buona fede (per tale principio, v. tra le altre, Sez. I, sentenza n. 68 del 2014).

Nel caso che ci occupa, è stata puntualmente fornita la prova del collegamento diretto tra le somme di denaro sottoposte a sequestro ed il reato di peculato in contestazione.

E', innanzitutto, dimostrato che le somme illegalmente trattenute dalla R.G. sono progressivamente confluite e, poi, sono rimaste costantemente depositate sul conto corrente "dedicato" (omissis...) dal 31.10.2012 all'8.4.2014.

La Guardia di Finanza, delegata dal P.M. per l'esecuzione del sequestro, ha, infatti, accertato, mediante l'escussione di ...omissis..., Direttore Amministrazione e Finanza della R.G., e l'acquisizione di documentazione presso la sede legale del Monte dei Paschi di Siena, che presso il predetto istituto bancario

era stato acceso il ...omissis, intestato alla R.G. Spa, ove erano confluiti gli accrediti dei proventi derivanti dalle vendite del patrimonio immobiliare del Comune di Napoli.

Si riportano, nella parte di interesse, le dichiarazioni rese alla P.G. da omissis...

*"... L'accantonamento è avvenuto sul ...omissis acceso presso il Monte dei paschi di Siena di cui vi esibisco il partitario... Vi esibisco l'elaborato del relativo conto a far data dal 31.10.2012, data di inizio del suo utilizzo mediante il versamento della somma di euro 2.783.378,18, all'8.4.2014, quando il conto corrente è stato chiuso ed il relativo saldo pari ad euro 24.792.073,75 è stato trasferito sul ...omissis acceso presso il MPS.. Si tratta degli incassi derivanti dalle vendite del patrimonio immobiliare del comune di Napoli che, prima, venivano accreditati sul ...omissis acceso sempre al MPS. Periodicamente le somme introitate venivano riversate alla Tesoreria Comunale. Nell'ottobre 2012 si creò una diatriba con l'Ente comunale... per cui si decise di accreditare le somme che prima venivano girate alla Tesoreria, su un conto corrente dedicato, il n. omissis... acceso presso il MPS..."*

Dunque, l'accantonamento delle somme incassate "per" il Comune sul conto corrente "dedicato", non si è risolto in una mera operazione di semplificazione contabile, come invece sostenuto dalla Difesa (v. pag. 7 della memoria difensiva), ma è stato *effettivo* e tale da escludere qualsiasi commistione con la restante "platea finanziaria" della società, come comprovato dall'analisi degli estratti conto acquisiti presso il MPS e come indirettamente confermato dallo stesso consulente di parte, il quale ha individuato le ragioni dell'attivazione di uno specifico conto corrente bancario nell'esigenza di "ottenere e garantire una migliore gestione organizzativa, contabile e finanziaria della società, senza rischi di commistione".

Alla data del 12.3.2014, il conto corrente "dedicato", come detto alimentato in via esclusiva dalle operazioni di "accantonamento", presentava un saldo di euro 24.792.073,75, cifra che, in pari data, è stata interamente *girocontata* sul ...omissis, acceso presso il medesimo istituto di credito ed intestato sempre alla R.G.(...omissis...).

...omissis...

Può, dunque, senz'altro ritenersi dimostrato il "passaggio" sul conto della R. P. srl della somma provento di reato: nel brevissimo lasso temporale intercorso tra la data del bonifico e quella di esecuzione del sequestro, non risultano infatti documentate disposizioni in uscita dal conto della R.P. srl, neppure in misura inferiore all'importo del bonifico.

In definitiva, l'accertata ricostruzione dei movimenti del danaro (cd. tracciabilità) da un conto all'altro, prova che la somma da sequestrare - euro ....- pari a quella accreditata sul conto corrente ...., intestato alla R.G. Spa, "dedicato" a recepire gli accrediti dei proventi derivanti dalle vendite del patrimonio immobiliare del Comune di Napoli, sia confluita, attraverso un passaggio intermedio sul conto "generico" della R.G., sul conto corrente ..... intestato alla R.P. S.r.l., rimanendo qui depositata fino alla data del sequestro.

### 3.2 Esigenze cautelari e posizione del terzo.

E' evidente che la libera disponibilità delle somme provento di reato, rendendole indisponibili alle finalità istituzionali del Comune di Napoli e consentendone la definitiva dispersione, aggravi e protragga le conseguenze del reato per cui si procede.

Sussiste, quindi, l'esigenza cautelare di cui all'art. 321, co. 1°, c.p.p.

Ma sussiste anche l'esigenza cautelare di cui all'art. 321, co. 2°, c.p.p., in relazione all'art. 322-ter, co. 1°, prima parte, c.p.

Per il delitto di peculato, è prevista, infatti, la confisca obbligatoria del profitto del reato (art. 322-ter, co. 1°, c.p.).

Pertanto, è possibile (ed è, anzi, imposto dal co. 2-bis dell'art. 321 c.p.p.) il sequestro preventivo, finalizzato alla confisca obbligatoria, delle somme oggetto di illecita appropriazione, sequestro che non richiede alcuna prognosi di pericolosità connessa alla libera disponibilità delle stesse.

Non è, poi, di ostacolo al mantenimento della misura cautelare reale la circostanza che detta somma si trovi su di un conto corrente intestato ad un soggetto giuridico diverso da quello direttamente coinvolto nell'addebito di peculato, non potendo seriamente sostenersi che la R.P. srl sia "soggetto estraneo al reato".

Sul punto, è sufficiente evidenziare che:

- la R.G. Spa è sostanzialmente controllata dalla R.P. srl, società a sua volta sostanzialmente di proprietà di R.A.;

- R.A., titolare di quasi tutto il pacchetto azionario della società che ha beneficiato dell'ultimo passaggio di denaro, è colui che:

a) in veste di "amministratore delegato" della società R. G., ha stipulato l'atto transattivo con il Comune, accettando espressamente l'esclusione dal contratto della cd. clausola di salvaguardia prevista nell'originario schema (v. missiva del 4.4.2012 a firma di R.A.);

b) nella medesima veste ha sottoscritto alcune comunicazioni di "accantonamento" inviate al Comune di Napoli (v. note del 14.12.2012, del 3.1.2013, del 5.2.2013 e del 26.2.2013, tutte a firma di R.A. in qualità di "amministratore delegato" della R.G. spa);

c) in qualità di procuratore della R.G.spa, ha disposto la chiusura del conto dedicato omissis... (accesso dall'indagato ...omissis) ed il trasferimento del saldo sul conto 2430.55 della medesima società;

d) sempre nella qualità di procuratore della R.G. spa, ha disposto il bonifico di euro ...omissis...

Le circostanze indicate, a prescindere dall'eventuale ravvisabilità di una responsabilità concorsuale in capo a R.A., sono senz'altro sufficienti ad escludere una posizione soggettiva di affidamento incolpevole o buona fede.

Deve, dunque, ritenersi legittimo il sequestro preventivo funzionale alla confisca diretta della somma di...omissis

**P.Q.M.**

Letto l'art. 324 c.p.p.,

conferma l'impugnato decreto di sequestro e condanna il ricorrente al pagamento delle spese della presente procedura incidentale.

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti e per le comunicazioni di rito.

Così deciso in Napoli, li 6 ottobre 2014

Il Giudice estensore  
**Dott.ssa Alessandra Maddalena**

Il Presidente  
**Dott. Francesco Todisco**

ANTONIO BALDASSARRE

n° 10443/2013 R.G. N.R.

n° 15860/13 R.G. Trib.



## TRIBUNALE DI NAPOLI

-1<sup>a</sup> SEZIONE PENALE-

Nelle persone dei sottoindicati Magistrati

Dott.ssa Serena Corleto	Presidente
Dott. Nicola Russo	Giudice
Dott. Antonio Baldassarre	Giudice estensore

ha emesso la seguente

### ORDINANZA

Il Tribunale,

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 26/2/2014, sentite le parti costituite, tenuto conto delle questioni preliminari proposte dalla difesa di ...omissis, cui si sono associate sia quella di ...omissis sia quella del responsabile civile Movimento politico "”, contestate dal PM e della parte civile Senato della Repubblica Italiana, esaminate le due memorie illustrative depositate dall'ufficio di Procura, nonché i documenti prodotti da quest'ultimo (come da elenco foliaro in atti) e dalla difesa dell'imputato ...omissis (consistente nel verbale dell'udienza preliminare del 27/6/2013 e nel medesimo verbale di spontanee dichiarazioni rese da ...omissis il 28/12/2012 prodotto anche dal Pubblico Ministero),

### OSSERVA

La difesa di ...omissis propone due distinte questioni preliminari, vale a dire il difetto di competenza per territorio del Tribunale di Napoli, in favore di quello di Roma e la violazione dell'art. 3 della legge 20 giugno 2003 n. 140, cui discenderebbero la nullità del decreto che dispone il giudizio e, in ogni caso, l'obbligo per il Tribunale di separare oggi la posizione dell'odierno imputato ...omissis e trasmettere copia degli atti a uno dei due rami del Parlamento, Senato della Repubblica o Camera dei Deputati, cui rispettivamente appartenevano all'epoca dei fatti per cui è processo ...omissis e ...omissis. Entrambe le eccezioni sono state già poste dalla difesa al giudice dell'udienza preliminare e vengono qui tempestivamente riproposte. Ad esse si sono associati con vari argomenti sia il difensore di ...omissis che quello del responsabile civile .

Per valutare l'una e l'altra questione, in questa fase del procedimento il Tribunale non può che riferirsi al capo di imputazione così come formulato dalla Procura, pur potendo tener conto della produzione documentale allegata dalle parti a questo scopo, poiché è proprio e solo l'atto di accusa che delimita l'ambito del processo e il campo in cui il Tribunale è chiamato a pronunciarsi.

Ricorre innanzitutto la competenza per territorio del Tribunale di Napoli, in accordo con la tesi sostenuta dalla pubblica accusa, sulla scorta delle determinazioni della Procura Generale presso la Corte di Cassazione, che era stata investita della questione ai sensi dell'art. 54 c.p.p. e l'ha risolta proprio a favore della Procura partenopea. Il Pubblico Ministero ha prodotto copia del decreto n. 176/08 R.D. del 23/7/2008, noto anche alle altre parti, che reca ampia e condivisibile disamina della questione.

A favore della competenza di questo Tribunale milita, innanzitutto, l'orientamento ormai pacifico in giurisprudenza, consacrato nella pronuncia a Sezioni Unite del 25/2/2010 n. 15208/2010, secondo cui il delitto di corruzione costituisce un reato progressivo la cui consumazione va ravvisata nel momento e nel luogo in cui si verificano, di volta in volta, la ricezione della somma o, come nel caso specificamente vagliato dalla Cassazione nella vicenda oggetto della sentenza richiamata, la sua utilizzazione di fatto o la disponibilità della stessa somma in capo al pubblico ufficiale corrotto. Dal capo di imputazione e dalla documentazione prodotta dalle parti si comprende che tale luogo sarebbe proprio Napoli, in particolare l'ufficio bancario in atti meglio specificato nel quale è attestato il conto corrente sul quale sarebbero stati accreditati i bonifici a favore dell'allora Senatore ...omissis e, in particolare, l'ultimo di essi.

Laddove si fosse in presenza di una pluralità di reati, sia pur tra loro in continuazione, come ha sostenuto la difesa, a norma dell'art. 16 c.p.p. la competenza andrebbe radicata in capo all'ufficio giudiziario nel cui territorio sia stato commesso il delitto più grave o, in caso di pari gravità, come asseritamente sarebbe accaduto nel caso in esame, al giudice competente per il primo reato, che andrebbe dunque individuato in Roma, luogo in cui sarebbe avvenuto il primo pagamento a favore di ...omissis.

Nel caso di specie, tuttavia, il capo di imputazione non configura per nulla la vicenda come una pluralità di delitti tra loro connessi, bensì come un avvenimento assolutamente unitario, pur se composto di dazioni successive e ciò tanto dal punto di vista dell'enunciazione in fatto dell'accusa, quanto da quello delle norme di legge richiamate nella rubrica, tra le quali non ricorre l'art. 81 c.p.; la rappresentazione unitaria della fattispecie contestata, del resto, non dipende in alcun modo da una svista o un'omissione del PM, poiché - quanto meno per quel che consta al collegio in questa

fase, anche sulla scorta del verbale sopra richiamato, prodotto dalle parti per consentire di valutare la questione preliminare - la vicenda per cui è processo costituisce un unico fatto composto di due attività in progressione tra loro, vale a dire l'accordo o l'accettazione della promessa, da un lato e la ricezione dell'utilità, a sua volta frazionata in plurimi pagamenti, dall'altro. Questa seconda condotta, costituita dall'effettiva dazione della retribuzione o dalla ricezione della stessa in esecuzione del cd. *pactum sceleris*, non costituisce un *post factum* penalmente irrilevante, ma è un approfondimento dell'offesa tipica, nella quale dunque va a integrarsi e connotarsi la fattispecie contestata, con tutto quel che ne consegue in tema sia di momento che di luogo di consumazione del reato (in questi termini tra le numerose si vedano Cass. sez. 6, n. 33435/2006 Battistella, Cass. sez. 6, n. 13619/2003 Lodigiani, Cass. sez. 6, n. 10851/1996 Malossini, etc.).

Né diversamente può ritenersi nel caso di specie assumendo, come propone la difesa di ...omissis, che nell'occorso vi siano stati molteplici accordi e una pluralità di dazioni tra loro separate, in grado di configurare una serie di reati distinti, ciascuno di essi completo e dotato di una propria autonomia, sia pur tra loro assunti in un disegno criminoso unitario. Gli atti offerti in comunicazione al Tribunale e, in particolare, il verbale di spontanee dichiarazioni sopra richiamato, invero, lungi dal confermare la suggestiva tesi della difesa, configurano chiaramente la vicenda per cui è processo come unitaria, frutto di un accordo unico, senza che si possano ravvisare né quella sorta di novazione del patto stesso, di cui ha parlato la difesa nel suo intervento, né una serie di accordi separati cui corrispondano singoli e autonomi pagamenti, ciascuno dei quali sinallagmaticamente connesso al rispettivo patto corruttivo.

Se questa è la ricostruzione della vicenda rappresentata nel capo di imputazione e consegnata alla cognizione del Tribunale, la stessa pare essersi integralmente completata in Napoli, presso la sede della banca Unipol, alla data del 31/3/2008, in occasione del bonifico riscosso dall'allora Senatore ...omissis, di cui il PM ha esibito la distinta e la ricevuta. Questa dunque sarebbe l'ultima parte della condotta in cui si sarebbe consumato il delitto per cui si procede; ciò radica la competenza in capo al Tribunale di Napoli e implica il rigetto della prima eccezione.

Venendo alle due questioni poste dalla difesa con riferimento alla corretta applicazione della legge 140/2003, è del tutto preliminare premettere che all'epoca dei fatti, vale a dire sino al marzo del 2008, ...omissis sedeva alla Camera dei Deputati e poteva dunque fregiarsi dello status e delle prerogative dei parlamentari; tale qualità è stata volutamente omessa dall'Ufficio di Procura nel capo di imputazione ma - benché non

sia stata in alcun modo provata nemmeno dalla difesa - la circostanza è incontestata e appartiene al notorio.

Così come ...omissis, anche l'altro originario co-imputato ...omissis, allora Senatore, poteva fregiarsi delle immunità e prerogative parlamentari.

Da ciò la difesa del primo farebbe discendere innanzitutto la nullità del decreto che dispone il giudizio, invocando a riguardo l'art. 3 della legge 140 del 20 giugno 2003. In particolare, in applicazione di tale norma la difesa di ...omissis aveva a suo tempo richiesto al GIP di provvedere, alternativamente, all'invio di copia degli atti del procedimento alla Camera competente per il successivo inoltro alla giunta per le immunità di quest'ultima, oppure, laddove avesse ritenuto direttamente applicabile al caso in esame il primo comma dell'art. 68 della Costituzione, a pronunciare egli stesso sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p., senza necessità di attendere la pronuncia del Parlamento.

Con la prima delle due odierne eccezioni, la difesa di ...omissis sostiene che, non avendo dato attuazione a nessuna delle due richieste, il GIP sarebbe incorso in una nullità insanabile, che si sarebbe tradotta nella nullità del decreto che dispone il giudizio che ha aperto il presente processo e di tutti gli atti successivi.

Diversi argomenti di ordine letterale, sistematico e logico si oppongono a tale prima deduzione.

Innanzitutto, pur prevedendo espressamente l'ipotesi in cui il giudice non condivida l'eccezione di applicabilità dell'immunità parlamentare, in nessun punto la legge del 2003 contempla una così gravosa conseguenza processuale per detta eventualità, né altrimenti allude ad alcuna patologia per gli atti del procedimento che ne seguano; la stessa norma, invece, è quanto mai analitica nell'enunciare, al comma 3 - e poi al comma 8 che lo richiama - quali sono i provvedimenti che il giudice civile o penale è tenuto ad adottare ogni qual volta l'organo parlamentare competente abbia ritenuto che ricorra un'ipotesi di immunità. Altrettanto prevede poi il comma 9 per il caso in cui l'immunità costituzionale in parola sia invocata in un procedimento amministrativo o disciplinare, con i necessari adattamenti.

Orbene, in un sistema processuale come quello italiano, in cui le nullità sono tassativamente previste dalla legge e non possono essere estese per analogia, la sanzione della nullità del decreto di rinvio a giudizio suggerita dalla difesa di ...omissis resta priva di alcun sostegno normativo e non può essere condivisa.

Del resto, anche dal punto di vista logico, la costruzione della legge n. 140 del 2003 non richiede affatto la sanzione di nullità per l'attività processuale compiuta dall'Autorità Giudiziaria senza dar corso alla richiesta di una delle parti di invio degli atti a una delle

Camere. La norma, infatti, dopo aver elencato quali sono le attività parlamentari tipiche e atipiche che devono intendersi espressione dell'immunità di cui all'art. 68 della Costituzione, prevede al comma 2 la separazione della posizione del parlamentare per il quale si sia posta in rilievo l'applicabilità dell'immunità. Di seguito, al suo terzo comma, prescrive che ogni qualvolta ritenga che i fatti su cui è chiamato a giudicare investano o comunque coinvolgano la prerogativa parlamentare, il giudice può provvedere autonomamente anche di ufficio e, comunque, in ogni stato e grado del procedimento, pronunciando una sentenza ex art. 129 c.p.p. o un decreto di archiviazione per la definizione del procedimento penale, oppure disponendo l'immediata precisazione delle conclusioni nel procedimento civile con i termini ex art. 190 c.p.c. ridotti. Questa previsione, evidentemente, attribuisce all'Autorità Giudiziaria il potere di applicare direttamente l'immunità parlamentare, senza necessità di investire la Camera di appartenenza, quando non vi siano dubbi a riguardo; ad essa segue poi, al comma 4, la disciplina per l'ipotesi in cui il giudice non ritenga di accogliere *de plano* l'eccezione, nel qual caso deve trasmettere senza ritardo copia degli atti al ramo del Parlamento cui appartiene o apparteneva il Deputato o Senatore che invochi a suo favore l'immunità. Una volta trasmessi gli atti, il procedimento resta sospeso a norma del comma 5 dell'art. 3, in attesa delle determinazioni della Camera interessata, salvo il compimento degli atti irripetibili o urgenti.

È importante notare, poi, che accanto al potere/dovere dell'AG di investire della questione una delle Camere, di cui s'è detto sin qui, il comma 7 dello stesso articolo prevede che altrettanto possa fare direttamente il parlamentare interessato, che voglia far valere l'immunità nel procedimento civile o penale che lo coinvolga. In questo caso sarà la Camera di appartenenza a chiedere al giudice di sospendere il procedimento alla stregua di quanto prevede il comma 5.

Orbene, il tratto essenziale della disciplina è che, quale che sia stata la modalità attraverso cui sia stata investita della questione, la Camera di appartenenza a norma del successivo comma 8 trasmette all'A.G. la propria deliberazione, alla quale il giudice sarà tenuto a conformarsi, pronunciando immediatamente dei provvedimenti elencati al comma 3.

In altre parole, il meccanismo qui analiticamente ripercorso previsto dalla legge 140/2003 prescrive che la valutazione sulla riconducibilità della vicenda sottoposta all'Autorità Giudiziaria nell'alveo dell'immunità parlamentare compete unicamente alla Camera di appartenenza, la quale potrà dunque opporre al giudice il veto a proseguire nel procedimento.

La norma non fa alcun cenno al rimedio successivo e ulteriore, che è quello del conflitto di attribuzioni, che è espressione dei principi generali di separazione e equilibrio tra i poteri dello Stato ed è autonomamente disciplinato dagli artt. 14 Cost. e 37 l. L. 11 marzo 1953, n. 87, che viene in soccorso solo nelle ipotesi in cui la diversa prospettiva e i profili di interesse differenti perseguiti da due organi o poteri costituzionali dello Stato abbiano condotto a una condizione di stallo. Benché nella prassi sia più frequente che il conflitto di attribuzione sia promosso dall'Autorità Giudiziaria, è pacifico che le Camere sono <<competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono, ai sensi dell'art. 37, primo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87>> e che tanto possano fare in assoluta autonomia, anche promovendo direttamente il conflitto (cfr. in termini Corte Costituzionale n. 379/1996, sui cui si tornerà anche in seguito).

Se ne conclude, in sintesi, che la legge 140 del 2003 prescrive che nei casi dubbi la valutazione della ricorrenza dei presupposti per l'immunità di cui all'art. 68 comma 1 Cost. sia compiuta dal Parlamento, ma non prevede affatto che ciò debba obbligatoriamente accadere in quei procedimenti giurisdizionali in cui tale dubbio non ricorra o, comunque, in cui l'AG consideri di poterlo risolvere *de plano*. Questo evidentemente tanto nel caso in cui il giudice ritenga direttamente che la vicenda posta al suo vaglio sia "coperta" dall'immunità parlamentare, quanto in quello in cui è palese che si sia assolutamente al di fuori delle prerogative dell'art. 68 comma 1 della Costituzione.

Si badi, ciò non vanifica il senso e l'effettività della tutela che la legge 140/2003 ha voluto accordare ai parlamentari, perché non è preclusa affatto la pronuncia della Camera di appartenenza, che ben può essere investita con i medesimi effetti anche direttamente dal parlamentare interessato, il che garantisce sempre e comunque il risultato che la norma vuole ottenere, cioè che ai sensi del comma 8 dell'art. 3 la deliberazione del Parlamento inibisca in ogni caso la prosecuzione del procedimento giudiziario che invade il campo dell'immunità costituzionale per le opinioni espresse e i voti dati.

In altre parole, la mancata previsione di una nullità, decadenza o altra forma di patologia processuale insanabile, per il caso di mancato accoglimento della richiesta di trasmissione degli atti alla Camera, non reca alcun pregiudizio al meccanismo di tutela voluto dalla legge 140/2003 e non ne mina affatto l'effettività, poiché consente in ogni caso che il Parlamento possa fare pervenire all'A.G. il proprio veto alla prosecuzione del processo, civile o penale, amministrativo o contabile che sia, o del procedimento amministrativo (per un'applicazione di quest'ultimo *genus* si veda C. Cost. sentenza

270/2002, in tema di procedimento disciplinare del CSM nei confronti di un ex magistrato divenuto Senatore).

È dunque questa la ragione per la quale non è prevista dalla legge - e non sarebbe stata in ogni caso necessaria - una sanzione così forte come quella invocata dalla difesa di ...omissis di nullità dell'attività processuale successiva.

Ne consegue che non ricorre nel caso di specie una nullità del decreto che dispone il giudizio, per il semplice fatto di non aver dato seguito il GIP alla richiesta della difesa di ...omissis, con conseguente rigetto della prima eccezione.

Nel passare al merito della richiesta, oggi ribadita innanzi al collegio, deve muoversi evidentemente da quanto s'è appena concluso con riferimento alla prima eccezione, vale a dire che non sussiste nel nostro ordinamento un obbligo per l'Autorità Giudiziaria investita della richiesta, di trasmettere necessariamente gli atti alla Camera di appartenenza del parlamentare interessato, sol che questi ne abbia fatto richiesta.

Il principio è stato di recente affermato dalla Cassazione civile a Sezioni Unite con la sentenza n. 5756 del 12/4/2012, investita di una questione per molti versi assimilabile a quelle che qui si pone, a seguito di ricorso avverso una sentenza della Corte dei Conti in un giudizio per risarcimento del danno all'immagine dello Stato a carico di numerosi soggetti, tra i quali vi era un ex Ministro della Sanità, a suo tempo anche Deputato, che era stato ritenuto responsabile dei delitti di corruzione e concussione con sentenze penali definitive.

Nel valutare la posizione di detto ex parlamentare e le censure poste nel suo interesse avverso la sentenza della Corte dei Conti, le Sezioni Unite civili hanno osservato che *<<la prerogativa dell'insindacabilità dei voti e delle opinioni dei parlamentari fissata nell'art. 68 della Costituzione [...] configura, sul piano sostanziale, una causa di esonero dalla responsabilità dell'autore delle dichiarazioni contestate, e correlativamente, si traduce sul piano formale in una preclusione per l'autorità giudiziaria a superare la delibera parlamentare che riconosca l'attinenza delle dichiarazioni stesse all'esercizio della funzione, salva restando la sola possibilità di provocare, attraverso il conflitto fra poteri, il controllo della Corte Costituzionale sulla "correttezza" di detta delibera. Ciò sta a significare che non ci si trova di fronte ad una garanzia di natura esclusivamente processuale, intesa come sottrazione assoluta alla giurisdizione, quanto invece e piuttosto a una causa personale di esclusione della responsabilità, il cui accertamento non concerne pertanto una questione di ripartizione della giurisdizione fra giudici di diversi ordini o di individuazione dei confini della medesima in relazione all'esercizio di potestà amministrative, ma una questione di limiti interni della giurisdizione ordinaria. In termini analoghi si era già espressa la Corte*

*Costituzionale con sentenza n. 265/1997 [sia pur prima dell'emanazione della legge 140/2003], escludendo che l'autorità giudiziaria, di fronte ad una questione di sindacabilità dell'opinione espressa da un parlamentare, sia carente di giurisdizione in mancanza di una previa deliberazione della Camera di appartenenza del parlamentare in ordine alla valutazione se la fattispecie concreta rientri o meno nell'ipotesi di cui all'art. 68 Cost. >>. Con ragionamento ineccepibile e informato a una lettura complessiva della materia, in sintesi, la Cassazione civile a Sezioni Unite ha specificato che, a voler diversamente ritenere, si giungerebbe a configurare nuovamente una sorta di "autorizzazione a procedere" da parte della Camera di appartenenza, in assenza della quale non potrebbe essere esercitata la funzione giurisdizionale, cosa questa che la legge 140/2003 non ha introdotto, né avrebbe potuto farlo, trattandosi di una legge ordinaria, intervenuta, per altro, proprio per disciplinare la materia dopo la modifica dell'art. 68 della Costituzione (operata con Legge costituzionale n. 3 del 29/10/1993) che quell'autorizzazione aveva eliminato.*

In altre parole, secondo la Cassazione, l'art. 3 comma 4 della L. n. 140/2003 riserva al Parlamento la valutazione relativa all'applicabilità del presidio in parola, soltanto nel presupposto che l'eccezione posta consenta di iscrivere il caso nel possibile ambito applicativo dell'art. 68 Cost., comma 1. Detta eccezione, cioè, deve consistere <<non già nella semplice allegazione della qualità di parlamentare della parte e della sussistenza di una relazione di funzionalità tra la relativa attività e i fatti di cui al procedimento pendente, ma quantomeno nella seria prospettazione che quel nesso funzionale concerna opinioni espresse e voti dati>>. Sarebbe altrimenti inosservato il principio, espresso chiaramente dalla Consulta con la sentenza n. 120/2004 e con numerose altre, anche in tema di conflitto di attribuzioni, secondo cui l'art. 3 della legge 140/2003 è finalizzato a rendere immediatamente e direttamente operativo sul piano processuale il disposto della norma costituzionale, ma non ad estenderne l'ambito applicativo, quale inequivocamente espresso dalla sua lettera e dalla sua ratio.

Le norme processuali di cui alla L. n. 140 del 2003, art. 3 – sostiene insomma la Cassazione civile – si limitano a circoscrivere entro brevi termini perentori l'esercizio delle diverse prerogative e dei differenti poteri da parte dei diretti interessati, giudice e Camera di appartenenza. <<All'interessato – hanno concluso le Sezioni Unite – del resto è data la possibilità di sottoporre la questione dell'applicabilità dell'art. 68 Cost., comma 1, direttamente alla Camera di appartenenza (L. n. 140 del 2003, art. 3, comma 7), la cui deliberazione favorevole, secondo quanto stabilito dall'ottavo comma dello stesso art. 3, vincola il giudice all'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, sicché il rispetto della prerogativa parlamentare è comunque garantito dal sistema, che

*rimette infine alla Corte Costituzionale la soluzione dell'eventuale conflitto tra poteri dello Stato>>>.*

Il che è esattamente quel che questo collegio ha già più sopra ritenuto nell'esaminare la censura mossa dalla difesa all'operato del GIP e l'eccezione di nullità posta.

Il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite civili, trasferito nel campo che qui rileva, altro non vuol dire che l'autonoma deliberazione da parte del giudice che ne sia richiesto non investe la giurisdizione e non costituisce una violazione di legge, ma è questione che è rimessa al merito della decisione.

Il quadro giurisprudenziale di riferimento deve tener conto, infine, anche dell'ormai consolidato indirizzo espresso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che in ben 4 occasioni ha condannato l'Italia per l'eccessiva estensione riconosciuta all'applicazione in concreto dell'immunità parlamentare. La Corte di Strasburgo, infatti, ha riconosciuto che l'immunità in parola ben può produrre limitazioni del diritto di accesso ai tribunali e che tali limitazioni sono compatibili con l'articolo 6 della Convenzione Europea, ma ha posto un principio di proporzione anche con gli altri diritti in campo, ritenendo non giustificata ed eccessiva l'ampiezza accordata alle esigenze di tutela di libertà del mandato elettivo. Particolarmente rilevante a riguardo è la quarta di dette condanne (IV Sezione, sentenza 6 dicembre 2005, Ielo c. Italia), poiché la stessa è intervenuta dopo che il giudice precedente aveva elevato conflitto, ma la Corte Costituzionale l'aveva risolto in senso favorevole alla Camera dei Deputati - secondo la Corte europea dei diritti erroneamente.

Così definiti, in punto di diritto e alla luce della giurisprudenza più autorevole, quali sono l'ambito di applicazione della legge 140/2003 e i suoi limiti, tornando al caso di specie e alla richiesta formulata al collegio, si noti che all'udienza preliminare del 19/7/2013 il GIP ha respinto l'istanza di trasmissione degli atti al parlamento, sull'assunto che il parlamentare che avrebbe potuto giovarsene, quanto meno in linea teorica, era solo l'ex Senatore ...omissis, che tuttavia aveva liberamente scelto di definire la propria posizione con il patteggiamento, con conseguente irrilevanza di una deliberazione preventiva da parte del Senato.

Per la porzione della vicenda che riguarda la posizione dell'allora Senatore ...omissis l'assunto è senza dubbio corretto; per contro non può essere condiviso sul punto quanto sostenuto sia dalla difesa di ...omissis sia da quella del responsabile civile Movimento, secondo cui esisterebbe un interesse generale e collettivo, prevalente anche rispetto a quello del parlamentare interessato, a ottenere una pronuncia di insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati, anche quando ciò non fosse invocato dall'interessato.

In primo luogo il dato letterale dell'art. 3 della legge 140/2003 smentisce questo argomento, perché al comma 7 riserva la facoltà di sottoporre alla Camera di appartenenza la questione dell'applicabilità dell'art. 68 della Costituzione <<direttamente a chi assume che il fatto per il quale è in corso un procedimento di responsabilità nei suoi confronti concerne i casi di cui al comma 1>>, in altre parole al solo parlamentare interessato. Laddove il senso della norma fosse stato quello suggerito dalle difese, invece, la stessa avrebbe adoperato la formula "chiunque vi abbia interesse" o altra locuzione equivalente, oppure avrebbe attribuito una facoltà concorrente al Presidente di ciascuna Camera, o alle rispettive Giunte per le autorizzazioni, o ad altro organo individuale o collettivo del consesso di appartenenza.

Per altro verso, è del tutto evidente che l'immunità costituisce una prerogativa individuale di tutela, che non vale a scriminare il fatto contestato ma serve a mettere il parlamentare al riparo dal rischio di poter essere perseguito o contestato per le modalità attraverso cui egli esercita il proprio mandato. Tale prerogativa è senza alcun dubbio rinunciabile da parte dell'interessato, che intenda sottoporsi alla giurisdizione per vedere riconosciute nel merito le proprie ragioni, il quale pertanto non potrebbe vedersi privato di tale sua facoltà da una statuizione della Camera di appartenenza che egli non abbia richiesto e non voglia (per una chiara affermazione –in un contesto differente - dell'indispensabile coerenza di tale ultimo principio si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2004, relativa invero alle sole alte cariche dello Stato, oggetto della previsione di cui all'art. 1 proprio della stessa legge 140/2003).

S'è già detto, del resto, ed è pacifico che laddove il giudice ritenga che il fatto contestato non sia perseguibile o procedibile per altra causa (ad esempio per mancanza di querela), oppure che per quel fatto si debba pervenire a una pronuncia di altri tipo favorevole al Parlamentare (ad esempio con un'assoluzione nel merito perché il fatto non sussiste o con altra formula ampia), egli ben potrà adottare i provvedimenti del caso di sua competenza senza proprio investire della questione il Parlamento e senza che nessuno possa dolersi di ciò. La norma citata, insomma, non vale a porre una petizione di principio astratta, ma mira solo ad assicurare e garantire in concreto il risultato dell'effettività della tutela per il parlamentare interessato.

Se quanto sopra vale senza dubbio per ...omissis, per quanto concerne la posizione dell'odierno imputato ...omissis sono necessarie varie considerazioni, da condurre sotto profili differenti.

Innanzitutto, movendo ancora dalla posizione relativa all'allora Senatore ...omissis, deve condividersi la tesi sostenuta dal PM, secondo cui le immunità parlamentari, del pari di ogni altra immunità, sono e non possono che essere individuali e connesse alla

funzione rivestita, senza alcuna possibilità di estenderne la portata a eventuali concorrenti o comunque ad altri soggetti che abbiano a vario titolo condiviso il loro agire o le loro opinioni, o abbiano comunque concorso nel reato.

In tal senso la giurisprudenza di Cassazione è consolidata, sia con riferimento all'estensione dell'immunità parlamentare, sia per quanto concerne altre fattispecie assimilabili.

Dal primo punto di vista, si vedano Cass. Sez. 5, Sentenza n. 13198 del 5/3/2010, a mente della quale << *l'immunità assicurata dall'art. 68 Cost. ai membri del Parlamento che esprimano opinioni nell'esercizio delle loro funzioni non si estende al direttore del giornale che non abbia impedito la pubblicazione della notizia diffamatoria coperta dalla detta immunità, la quale non integra una causa di giustificazione estensibile al concorrente ma costituisce una causa soggettiva di esclusione della punibilità della quale non può giovare il compartecipe privo della medesima garanzia*>> e le altre numerose in termini (Cass. Sez. 5, Sentenza n. 15323 del 15/02/2008, Cass. Sez. 5, Sentenza n. 43090 del 19/09/2007 e, più di recente, Cass. Sez. 5, Sentenza n. 2384 del 26/11/2010, che perviene comunque ad una soluzione assolutoria per il concorrente estraneo, anche in quel caso giornalista, ritenendo che nel suo caso il diritto di cronaca valga come causa di giustificazione di cui all'art. 51 cod. pen.

Stesso discorso vale per quanto concerne l'esimente di cui all'art. 598 c.p. (cd. immunità giudiziaria), cui ha opportunamente fatto riferimento il PM in udienza, che effettivamente è paragonabile all'immunità parlamentare in parola. Anche per essa, infatti, è pacifico sia nella giurisprudenza costituzionale sia in quella di legittimità la non estensibilità né al consulente tecnico né ad altri soggetti diversi dalle parti e i loro patrocinatori, trovando la disposizione il proprio fondamento nell'esigenza di tutelare la libertà di discussione come condizione imprescindibile del diritto di difesa (cfr. C. Cost. n. 128 del 11/11/1979, Cass. sez. 5 n. 4303 del 1/4/1976, Cass. sez. 5 n. 13791 del 4/4/2007).

Ne consegue che, pur a volere ritenere che l'immunità parlamentare fosse in astratto invocabile a favore dell'allora Senatore ...omissis con riferimento ai voti dallo stesso espressi, quantunque l'accusa assuma che gli stessi sarebbero stati oggetto del preteso *pactum sceleris* per cui si procede, in nessun modo l'immunità e i suoi benefici potrebbero essere comunicati ed estesi a coloro che con il primo avrebbero concorso, vale a dire ...omissis, che secondo l'ipotesi dell'accusa andrebbero intesi come cd. *extranei* nel reato proprio del pubblico ufficiale ...omissis.

Può dunque definitivamente accantonarsi la tesi della necessità di investire della questione il Senato della Repubblica, invocata ancora all'ultima udienza dalla difesa di ...omissis con stretto riferimento a quest'ultimo.

Per quanto concerne la posizione di ...omissis, tuttavia, si impongono altre considerazioni concernenti la condizione di parlamentare che anch'egli a suo tempo rivestiva, in particolare membro della Camera dei Deputati, come s'è detto sopra.

A parere della difesa, le attività che secondo il capo d'imputazione sarebbero state svolte da ...omissis sarebbero parimenti riconducibili nell'alveo delle opinioni espresse nell'esercizio delle sue funzioni parlamentari e dunque fatte salve dall'insindacabilità di cui all'art. 68 della Costituzione. In effetti la pubblica accusa colloca il preteso mercimonio della pubblica funzione per cui è processo nell'ambito di una *<<più ampia e deliberata strategia politica di erosione della ridotta maggioranza numerica che sosteneva l'esecutivo in carica, strategia denominata convenzionalmente "operazione libertà" e tesa ad assicurarsi il passaggio al proprio schieramento del maggior numero di senatori tra quelli che avevano votato la fiducia al predetto esecutivo >>*.

Quelle descritte, invero, sono senza dubbio attività politiche, ma non sono propriamente attività parlamentari e solo incidentalmente possono trovare un riscontro, per altro spesso solo indiretto, nelle aule parlamentari e nelle discussioni che ivi si svolgono; le stesse, infatti, non si realizzano direttamente in voti dati o opinioni espresse nell'ambito delle funzioni, voti o opinioni che, invero, costituiscono tutt'al più l'effetto o la conseguenza, mediata e eventuale, di quella differente attività mirante ora a stringere coalizioni e alleanze ora a revocare o rinegoziare le stesse, o a individuare punti di convergenza e così via. Non v'è dubbio, per altro che non esiste alcun vincolo diretto tra queste attività e i voti dati, tema quest'ultimo che, con tutta evidenza, potrà essere oggetto del presente processo nel merito.

Il primo comma dell'art. 3 della legge 140/2003, il quale reca un'elencazione delle attività parlamentari tipiche (vale a dire *<<presentazione di disegni o proposte di legge, emendamenti, ordini del giorno, mozioni e risoluzioni, per le interpellanze e le interrogazioni, per gli interventi nelle Assemblee e negli altri organi delle Camere, qualsiasi espressione di voto comunque formulata>>*) e atipiche (*<<ogni altro atto parlamentare, ogni altra attività d'ispezione, di divulgazione, di critica e di denuncia politica, connessa alla funzione di parlamentare, espletata anche fuori del Parlamento>>*) che sono esplicazione e attuazione del principio dell'immunità parlamentare dell'art. 68 della Costituzione, tra le quali certamente non rientrano quelle in esame. La Corte Costituzionale, del resto, in numerose pronunce ha affermato che attraverso legge ordinaria non è ammissibile un'integrazione dell'art. 68 della

Costituzione. La materia ha ricevuto una sistematica lettura nella sentenza n. 262/2009 della Consulta, che – chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 1 della legge 23 luglio 2008, n. 124 (Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato) - ha compiuto un'ampia rassegna ricognitiva delle precedenti pronunce della Corte sulla complessiva materia delle prerogative costituzionali (o immunità in senso lato, come sono spesso denominate) più significative, vale a dire l'art. 68 Cost., per i parlamentari, l'art. 90 Cost., per il Presidente della Repubblica, l'art. 96 Cost., per il Presidente del Consiglio dei ministri e per i ministri, specificando che al legislatore ordinario è preclusa ogni eventuale integrazione o estensione del dettato costituzionale

Per quel che qui specificamente rileva, la sentenza della Consulta ha osservato che *<< l'art. 3 della legge n. 140 del 2003, nella parte in cui costituisce attuazione del primo comma dell'art. 68 Cost., non viola la Costituzione, perché non comporta "un indebito allargamento della garanzia dell'insindacabilità apprestata dalla norma costituzionale", ma "può considerarsi di attuazione, finalizzata a rendere immediatamente e direttamente operativo sul piano processuale il disposto dell'art. 68, primo comma, della Costituzione" per un efficace e corretto funzionamento della prerogativa parlamentare, senza integrarla o estenderla.*

Orbene, come già accennato sopra, le attività che il capo di imputazione ascrive all'allora onorevole ...omissis - nell'ambito della strategia di erosione della maggioranza denominata "operazione libertà" – impregiudicata ogni valutazione sulla eventuale loro rilevanza penale, non sono e non possono essere considerate attività parlamentari, né tipiche né atipiche, in quanto non possono essere ricondotte ad alcuna delle forme di espressione delle opinioni in cui si sostanzia il mandato parlamentare.

A ben guardare quelle attività, così come ritenute dall'Accusa nell'imputazione, non costituiscono nemmeno una rappresentazione o espressione delle contrapposizioni ideologiche e di pensiero che distinguono e connotano nell'agone politico i diversi movimenti politici e partiti, che potrebbero essere ricondotte al concetto di opinione protetto dall'immunità; esse, piuttosto, costituiscono l'esplicazione delle opzioni, degli accordi, le alleanze, le convergenze e le mediazioni che ben possono condurre alla formazione di coalizioni e schieramenti mutevoli a favore o contro la maggioranza, che eventualmente si traducano poi nel voto parlamentare. Si tratta, in altre parole, di una lecita e rispettabile operazione politica, per molti versi essenziale o comunque connaturale alla dialettica democratica, che solo incidentalmente può riflettersi nelle votazioni e discussioni parlamentari, ma che non ha affatto come presupposto la qualità, lo *status* e le prerogative di parlamentari.

A titolo esplicativo di questo ragionamento, giova rammentare come nel passato e anche all'attualità si siano verificati anche illustri e celebri casi in cui la posizione di parlamentare e quella di leader politico di uno schieramento, di un partito, o una sua corrente o altro movimento, siano state del tutto disgiunte, con i secondi impegnati in prima persona e in posizione di vertice a compiere le attività di alleanza o coalizione, di rafforzamento o erosione della maggioranza etc., pur essendo al di fuori del Parlamento, pur con considerevoli ricadute nelle votazioni compiute da altri all'interno di quest'ultimo.

Va detto che la difesa si era riservata di esibire atti parlamentari ufficiali dai quali risulterebbero i discorsi, opinioni e voti dell'Onorevole ...omissis alla Camera dei Deputati proprio nel periodo in cui si sarebbero verificati i fatti per cui è processo o in quelli prossimi a esso, a riprova che questi in Parlamento si fosse adoperato per l'erosione della maggioranza o per la caduta del Governo guidato dall'Onorevole . Anche se questa produzione poi non v'è stata, il collegio naturalmente non dubita della circostanza, ma intende precisare come la stessa non sia risolutiva con riferimento ai temi della presente questione preliminare e potrà eventualmente attenere al merito del processo.

Non sfugge al Tribunale la *ratio* di tale produzione, evidentemente sottesa a quanto più volte affermato dalla Corte Costituzionale ed espressamente messo a fuoco dalla richiamata sentenza 120/2004. In tale pronuncia, infatti, la Consulta ha ribadito che anche *<<per quanto attiene alle attività non tipizzate esse si debbono tuttavia considerare "coperte" dalla garanzia di cui all'art. 68, nei casi in cui si esplicano mediante strumenti, atti e procedure, anche "innominati", ma comunque rientranti nel campo di applicazione del diritto parlamentare [...]. Ciò che rileva [...] è dunque il collegamento necessario con le "funzioni" del Parlamento, cioè l'ambito funzionale entro cui l'atto si iscrive, a prescindere dal suo contenuto comunicativo, che [...] deve essere tale da rappresentare esercizio in concreto delle funzioni proprie dei membri delle Camere, anche se attuato in forma "innominata" sul piano regolamentare>>* .

Proprio in ossequio alle indicazioni della Corte Costituzionale, ritiene il collegio che l'attività di cui s'è fin qui discusso, che – nella prospettiva della pubblica accusa – mirava a convincere dei parlamentari a passare dalla maggioranza all'opposizione e, in tal modo, far venire meno il sostegno all'esecutivo, non costituisce espressione di attività parlamentare né tipica né atipica, ma unicamente una sequela di operazioni politiche che solo incidentalmente erano compiute o dirette da un soggetto che allora rivestiva la qualità di parlamentare, ma che non per questo poteva ritenere di agire "nell'esercizio delle funzioni".

Proprio la pronuncia della Corte Costituzionale in parola, infatti, ha chiaramente enucleato il principio che l'immunità parlamentare prevista dall'art. 68 <<non può mai trasformarsi in un privilegio personale, quale sarebbe una immunità dalla giurisdizione conseguente alla mera "qualità" di parlamentare>> e ha sottolineato la <<nozione del c.d. "nesso funzionale", che solo consente di discernere le opinioni del parlamentare riconducibili alla libera manifestazione del pensiero, garantita a ogni cittadino nei limiti generali della libertà di espressione, da quelle che riguardano l'esercizio della funzione parlamentare>>.

Ciò posto, il collegio reputa opportuno sottolineare come quanto fin qui esposto, con riferimento all'attività politica che sarebbe stata a suo tempo compiuta dall'allora Onorevole ...omissis nell'ambito della cd. Operazione Libertà, non deve trarre in equivoco rispetto a quel che costituisce reale oggetto di questo processo.

In altre parole, la ricostruzione dell'operazione politica descritta ben potrà costituire questione di merito del processo, rispetto alla quale solo il dibattimento potrà far luce e su cui in questa sede è superflua ogni dissertazione.

Il tema, infatti, è stato discusso dalle parti per sostenere l'esigenza del vaglio da parte del Parlamento dell'applicabilità al caso di specie dell'immunità parlamentare, ma a ben guardare, per rimanere strettamente aderenti all'ambito del processo penale, vanno tenuti ben distinti da un lato l'operazione politica in sé, mirante a fare mancare il consenso alla coalizione che sosteneva l'esecutivo e i voti che ne siano eventualmente discesi e, dall'altro, il fatto/reato che è posto al centro dell'imputazione, vale a dire la presunta corruzione del pubblico ufficiale Senatore ...omissis, che secondo l'accusa avrebbe asservito la pubblica funzione rivestita alle richieste del corruttore esprimendo il voto nei sensi che quest'ultimo gli chiedesse. Giova qui ribadire espressamente che - come già detto più sopra - la prima (cioè l'operazione politica) costituisce solo il contesto o la cornice in cui si inserirebbe il secondo (cioè il mercimonio illecito) e che è solo di questo che può occuparsi il processo penale; il quale preteso mercimonio, così come condensato nell'imputazione, è ben lungi dal rientrare in qualsiasi nozione d'immunità parlamentare e giammai potrebbe essere ricondotto sotto la sua protezione.

Il capo d'imputazione, infatti, assegna alla valutazione del Tribunale unicamente un fatto di promessa e successivo pagamento di somme di denaro collegati in via sinallagmatica con il compimento da parte del Senatore ...omissis di attività contrarie alle sue funzioni pubbliche, vale a dire - sempre secondo l'accusa - l'asservimento della funzione legislativa non già alla valutazione di quel che il parlamentare ritiene in coscienza essere l'interesse della Nazione, in esecuzione del principio fondamentale dell'art. 67 della Costituzione, ma a una sorta di mandato o obbligo che egli avrebbe

assunto con il cd. *pactum sceleris*. Il presente processo, insomma, attiene unicamente all'accordo corruttivo illecito che si vorrebbe intercorso tra il pubblico ufficiale ...omissis, il corruttore ...omissis e l'intermediario ...omissis per l'esercizio non già libero ma oggetto di mercimonio della funzione riservata dalla Costituzione al primo.

Nel contesto descritto, in sintesi, la circostanza che il secondo – ...omissis – fosse all'epoca anch'egli parlamentare è, rispetto all'imputazione che è al centro del presente processo, un dato sostanzialmente neutro, poiché la sua posizione va ricollegata dal punto di vista penale alla norma dell'art. 321 c.p., cioè è quella del privato corruttore, esattamente come per l'intermediario ...omissis, che secondo l'accusa avrebbe concorso nell'attuazione dell'accordo illecito; ad entrambi questi ultimi – come s'è detto prima – giammai potrebbe estendersi la garanzia costituzionale accordata al primo.

Non è superfluo a questo punto soffermarsi sull'inquadramento sistematico nel diritto penale sostanziale del delitto di corruzione, che in tutte le sue varie forme e accezioni (artt. 318, 319, 319 bis, 319 ter e 320 c.p.) è un reato proprio (del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio) a concorso necessario del cd. estraneo, vale a dire il corruttore, di cui occupa poi espressamente l'art. 321 c.p. Detta ultima fattispecie, che è quella di cui sono chiamati a rispondere nel presente processo gli imputati ...omissis e Valter ...omissis, secondo una parte della giurisprudenza costituirebbe dal punto di vista sistematico addirittura un delitto autonomo rispetto a quelli che attengono alla posizione del corruttore; in ogni caso sia il primo che il secondo sono da ritenere per quanto qui rileva alla stregua di qualsiasi altro privato che sia venuto in relazione con il pubblico ufficiale corrotto.

L'inquadramento sistematico delle vicende per cui è reato, del resto, conduce anche per altro verso a ritenere nel caso di specie parimenti insussistenti i presupposti per la trasmissione degli atti alla Camera dei Deputati.

Il delitto di corruzione, infatti, in tutte le sue declinazioni (artt. 318, 319, 319 bis e 319 ter) è un reato proprio del pubblico ufficiale, commesso da questi nell'esercizio delle proprie funzioni e nel compimento di atti tipici del proprio ufficio, senza distinzioni tra i soggetti che rientrano in detta categoria e con possibilità di applicazione a tutti coloro che rivestano tale qualifica.

Orbene la nozione di pubblico ufficiale, rivista per altro dal legislatore nel 1990 con legge 26/4/1990, è consacrata nell'art. 357 c.p. e contempla tutti coloro i quali “*esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa*”.

In altri termini, il legislatore non dubita che anche chi svolga la funzione legislativa, dunque un parlamentare o un consigliere regionale, possa commettere dei delitti contro l'istituzione pubblica cui appartiene nell'esercizio delle sue funzioni tipiche e

istituzionali, senza dunque proprio porsi la possibilità che ciò collida con l'espressione del voto o le altre attività tipiche del parlamentare, coperte dall'immunità in parola. Né alcuno ha mai dubitato della costituzionalità di tali fattispecie. Ne consegue, in sintesi, che è ben ammissibile che un parlamentare commetta fatti di corruzione (o anche di concussione o di altro delitto contro la P.A.) proprio nel compimento degli atti suoi tipici direttamente connessi alla sua funzione e che di ciò il parlamentare sia chiamato a rispondere innanzi all'Autorità Giudiziaria penale, senza poter invocare come causa di non punibilità alcuna forma di immunità.

Il principio è posto molto chiaramente nella già richiamata sentenza n. 379/1996 della Corte Costituzionale, la quale contiene un espresso riferimento proprio all'ipotesi della corruzione. Detta sentenza compie una quanto mai indicativa disamina della materia del conflitto di attribuzioni tra autorità giudiziaria e potere legislativo, ponendo chiaramente e risolvendo il tema della consistenza e dei limiti delle immunità parlamentari e, simmetricamente, quello dei limiti dell'attività giudiziaria nei confronti delle Camere. Nel risolvere – a favore della prima - il conflitto di attribuzioni che in quel caso era stato sollevato dalla Camera dei Deputati avverso la Procura della Repubblica di Roma che procedeva nei confronti di due parlamentari accusati dei delitti di cui agli artt. 479 e 494 del codice penale, per quel che qui specificamente rileva, la sentenza in parola osserva che non così sarebbe stato, invece, <<ad esempio, in presenza di episodi di lesioni, minacce, furti ai danni di parlamentari, corruzione, ecc.>>. Giova sottolineare che al di là del richiamo testuale assolutamente esplicito, tra gli altri, al delitto di corruzione, citato come esempio di quelli che giammai potrebbero essere coperti dall'immunità parlamentare, è l'intera logica della sentenza n. 379 del 1996 a escludere che in un caso come quello ipotizzato, che attenga alla corruzione di un parlamentare, possa realisticamente porsi un problema di copertura da parte dell'immunità parlamentare delle condotte incriminate.

Il tema, infine, trova una sua sanzione giurisdizionale in un precedente assolutamente in termini della Corte di Cassazione, Cass. Sez. 6, Sentenza n. 21117 del 30/11/2005, sia pur relativa a un sub procedimento cautelare reale e a funzioni legislative svolte, in quel caso, non già da un parlamentare ma da un consigliere regionale. A parte queste differenze, che non sono decisive giacché - com'è noto - l'art. 122 comma 4 della Costituzione accorda ai Consiglieri Regionali la medesima immunità per *"le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni"*, è interessante notare come la sentenza della Corte di legittimità in esame espressamente censura e riforma il giudice di merito (tribunale del riesame) che aveva ritenuto che nell'esercizio di un'attività

amministrativa discrezionale, e in particolare della pubblica funzione legislativa, non potesse ipotizzarsi il mercanteggiamento della funzione e afferma che <<la speciale immunità non trova applicazione qualora il consigliere regionale [ma è evidente che medesimo ragionamento può farsi per il parlamentare] non sia perseguito dal giudice penale per avere concorso alla formazione ed all'approvazione di una legge regionale ma, come appare nell'ipotesi in esame, per comportamenti che si "assume essere stati realizzati con soggetti non partecipi di tale procedimento" al fine di predisporre le condizioni per il conseguimento di un vantaggio illecito>>.

Tirando le fila di quest'ampia disamina dell'intera materia, ritiene il Tribunale che ben può configurarsi in astratto il delitto di corruzione anche quando il pubblico ufficiale corrotto sia un parlamentare e che nessuna distinzione o eccezione può farsi discendere dalla circostanza che ci sia un parlamentare anche nell'ipotizzata veste di corruttore; in casi siffatti la materia esula del tutto dall'ampio alveo delle immunità parlamentari, così come le stesse sono state esaminate e interpretate dalla giurisprudenza costituzionale.

Ne consegue che il caso di specie, per come lo stesso è condensato nel capo di imputazione e per le specifiche posizioni oggetto di questo processo, si pone del tutto al di fuori delle ipotesi in cui vanno investite preliminarmente della questione le Camere di appartenenza dei due parlamentari coinvolti, restando del tutto impregiudicata, naturalmente, la valutazione nel merito della vicenda e le implicazioni che la stessa potrà presentare nell'istruttoria dibattimentale.

Ne discende dunque il rigetto della richiesta di trasmissione degli atti al Parlamento ai sensi dell'art. 3 l. 140/2003.

Premesso quanto sopra,

**P.Q.M.**

Rigetta l'eccezione di difetto di competenza del Tribunale di Napoli;

rigetta l'eccezione di nullità del decreto che dispone il giudizio;

rigetta la richiesta di trasmissione degli atti alla Camera dei Deputati con riferimento alla posizione di ...omissis e/o al Senato della Repubblica con riferimento alla posizione di ...omissis .

Così deciso in Napoli, il 12/3/2014

I GIUDICI

IL PRESIDENTE

PAOLA BRUNESE



**TRIBUNALE PER I MINORENNI DI NAPOLI**

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**In Nome del Popolo Italiano**

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

- |                           |                    |
|---------------------------|--------------------|
| 1) Dott.ssa Paola Brunese | Presidente Est     |
| 2) Dott. Francesco Galli  | Giudice            |
| 3) Dott G. D'Arienzo      | Componente Privato |
| 4) Dott.ssaR. Chianese    | “ “                |

Con l'intervento del P.M.M e con l'assistenza del Cancelliere sottoscritto ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**  
**NEI CONFRONTI DI**

**LIBERO Presente**

**IMPUTATO**

DEL REATO P.E P DALL'ART.61 NR 1, 582, 583 C.P PERCHÈ PER FUTILI MOTIVI, AGGREDIVA E PICCHIAVA SELVAGGIAMENTE .  
FINO A PROCURARGLI LESIONI PERSONALI GUARITE OLTRE IL QUARANTESIMO GIORNO E GIUDICATE GUARITE CON POSTUMI NEL GENNAIO 2011.  
IN MUGNANO IL 17/6/2010

**CONCLUSIONI DELLE PARTI**

PMM condanna alla pena di anni due di reclusione, sospesa;

DIFESA assoluzione perché il fatto non sussiste o per non aver commesso il fatto;

32

N126\14 SENT.  
N R.G.551\ 12  
N.1893\10 P.M.M.

UD 13.3.2014

NOTIF. ESTRATTO  
CONTUMACIALE  
IL

COMUNICATO AL  
P.G. IL

SENTENZA  
IMPUGNATA  
IL  
DA  
IL  
DA

ATTI ALLA C. APP.  
SEZ. MIN.  
IL

E' ESECUTIVA DAL

SPEDITO ESTRATTO  
ESECUTIVO AL  
P.M.M. IL

REDATTA SCHEDA  
PER CASELL.  
IL

N. C.P.

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con decreto in data 23.5.2012, il Giudice dell'udienza preliminare disponeva procedersi ad ordinario giudizio dibattimentale, in stato di libertà, nei confronti di \_\_\_\_\_, imputato del reato ascrittogli. Il PMM e la depositavano lista testi con annessa richiesta di autorizzazione alla citazione immediata per l'udienza. Il 15.11.2012, nella contumacia dell'imputato \_\_\_\_\_, non comparso sebbene ritualmente citato, rigettate le questioni preliminari, veniva aperto il dibattimento e, data lettura del capo d'imputazione, il PMM e la Difesa, procedevano alle proprie richieste in tema di prova. Si dava, successivamente, inizio - in accoglimento delle formulate richieste probatorie - alla istruttoria dibattimentale mediante l'audizione di \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ ed il processo era rinviato al 4 febbraio successivo ove venivano sentiti la persona offesa \_\_\_\_\_, si procedeva all'esame dell'imputato, previa revoca della dichiarazione di contumacia dello stesso e si iniziava l'escussione dei testi della difesa, sentendo la nonna dell'imputato \_\_\_\_\_. Il processo era rinviato al 16 maggio successivo e poi, per l'assenza dei residui testi della difesa, al 24 ottobre 2013 ove venivano sentiti \_\_\_\_\_.

Dichiarata chiusa l'istruttoria dibattimentale, il processo era rinviato alla data odierna ove, in assenza del S. Sociale ministeriale, le parti hanno formulato, all'esito della discussione, le rispettive conclusioni. Il Tribunale, ritiratosi in camera di consiglio, ha, poi, pronunciato sentenza come da dispositivo letto in udienza, riservando 45 giorni per il deposito della motivazione.

### MOTIVI DELLA DECISIONE

Non vi è alcun dubbio circa la piena responsabilità dell'imputato in ordine al reato contestatogli, aggravato dall'aver agito per futili motivi, derivati dal

---

***Tribunale Minorenni Napoli - Ufficio dibattimento penale***

risentimento nutrito nei confronti della vittima , per un reciproco scambio di offese intercorse tra le parti su facebook in data 14 giugno 2010 ed originato, in particolare, dal messaggio “ di auguri ” in occasione del compleanno dell'imputato – in data 14.6.2010 - inviatogli da \_\_\_\_\_ ( v. foglio allegato al verbale di udienza del 4.2.2013 ).

Ed invero la stessa emerge pacificamente dalla deposizione testimoniale resa dalla persona offesa – \_\_\_\_\_ - la quale ha trovato riscontro nelle testimonianze dei due soggetti che ad essa si accompagnavano al momento dei fatti, nonché nel referto medico e nella cartella clinica acquisita agli atti, che documentano lesioni gravi subite dal \_\_\_\_\_ , quali la frattura scomposta della tibia e del perone che hanno comportato il ricovero ospedaliero del \_\_\_\_\_ in data 17.6.2010 , con dimissione il 3 luglio successivo , dopo aver subito un intervento chirurgico, con postumi guariti nel mese di gennaio 2011.

Prima di passare ad un approfondito esame dei fatti , occorre tener presente che le dichiarazioni accusatorie rese dalla persona offesa – anche se costituita parte civile – da valutare con opportuna cautela e da sottoporre ad un'indagine accurata circa i profili di attendibilità oggettivi e soggettivi – possono tuttavia essere assunte anche da sole , come fonte di prova ( Cass. Pen sez IV ,9 aprile 2004 , n 16860 ).

Nel caso di specie le dichiarazioni del \_\_\_\_\_ , che non si sarebbe neanche potuto costituire parte civile per le peculiarità del processo minorile , appaiono attendibili e, verosimilmente mosse dall'unico desiderio di fare luce sui fatti.

Le stesse infatti coincidono a grandi linee con le dichiarazioni dei due soggetti che a lui si accompagnavano , \_\_\_\_\_ , testimonianze che , a differenza di quanto si dirà per i testi della difesa, non appaiono costruite , avendo dichiarato il \_\_\_\_\_ che fu il \_\_\_\_\_ ad avvicinarsi al \_\_\_\_\_ ed ad essere aggredito di fronte da questi mentre il \_\_\_\_\_ ha riferito che il \_\_\_\_\_ aggredì di spalle il \_\_\_\_\_ . Orbene, ad avviso del Collegio, tali contraddizioni non inficiano la veridicità del narrato

***Tribunale Minorenni Napoli - Ufficio dibattimento penale***

,conforme per il resto alla testimonianza della persona offesa, trovando una ragionevole giustificazione nel fatto che sono state rese ad una distanza temporale di poco più di due anni dai fatti, per cui qualche deficit nel ricordo appare normale anzi dimostra la neutralità dei testimoni rispetto ai fatti, che ,nel caso contrario, si sarebbero potuti accordare per rendere dichiarazioni del tutto sovrapponibili. A questo punto, soltanto per rendere più agevole la comprensione dei fatti, si riportano per esteso le dichiarazioni rese in dibattimento da

*...omissis...*



---

***Tribunale Minorenni Napoli - Ufficio dibattimento penale***

---

Alle stregua delle dichiarazioni della persona offesa, di quelle del [ ] e del [ ] e dello stesso imputato, come si vedrà in seguito, appare accertato che il 17 giugno 2010 il [ ] ed il [ ] si incontrarono - casualmente o in virtù di un contatto annunziato dal [ ] - , ma tale circostanza non appare di grosso rilievo per la ricostruzione del fatto .

Anche l'imputato, nell'esame reso in dibattimento, ha ammesso di aver litigato con il [ ] sostenendo, tuttavia, di essersi dati dei reciproci schiaffi, ma tale versione dei fatti non appare compatibile con le gravi lesioni subite dal [ ] in occasione dell'incontro.

Il [ ] ha infatti riferito di aver frequentato la stessa scuola del [ ] e di essersi scambiati, prima del fatto, delle reciproche offese su facebook con riferimento alle loro mamme.

Pertanto, dopo che il [ ], il giorno dei fatti, gli lanciava su facebook una sfida del seguente tenore " ci verimm stasera addu mamt" alla quale esso rispondeva con la frase " taggia schiattà a capa " ,mentre egli era intento a giocare a pallone con alcuni amici nel vialetto sotto casa, vedeva passare il [ ] in compagnia del [ ] e del [ ] e salutava soltanto tali ultimi soggetti. Il [ ] si rizzava dicendogli " a me non mi saluti figlio ? " e lo afferrava. Egli per difendersi gli mollava uno schiaffo e poi i suoi amici li separavano . Subito dopo sentiva urlare il [ ] " la gamba la gamba "ma escludeva di averlo gettato a terra. Egli pertanto si allontanava e ritornava a casa.

Quanto sostenuto dall'imputato e dalla difesa dello stesso, che ha addebitato le lesioni della vittima ad una caduta accidentale del [ ] al suolo, poco dopo l'incontro con il [ ] contrasta in modo evidente con le dichiarazioni della vittima e dei " suoi amici" ma soprattutto con la frattura scomposta della tibia e del perone della gamba sx del [ ], la quale appare



invece sicura conseguenza dei calci violenti e brevi infertigli dall'imputato e riferita dalla vittima e dai soggetti presenti al fatto.

Ma , il fatto che la tesi difensiva appaia assolutamente inverosimile, si evince paradossalmente proprio dalle dichiarazioni rese dalla nonna dell'imputato , , chiamata a testimoniare a favore del congiunto.

La teste, dopo aver rinunciato alla facoltà di non rispondere, quale congiunta dell'imputato, riferiva di essere stata avvisata da un vicino di casa che il nipote aveva litigato con un altro ragazzo e di essere scesa prontamente in strada, abitando vicino al luogo del fatto, incontrando prima il nipote che le diceva di aver litigato con un amico ma che si stava allontanando, e poi vedendo il seduto a terra che la rassicurava dicendole di non preoccuparsi perché era cascato a terra da solo e che “ era un amico ” .

Orbene, occorre osservare che, se fosse avvenuto solo uno scambio di schiaffi tra il ed il , non si comprenderebbe il motivo per il quale una vicina di casa si sarebbe presa la briga di avvisare la nonna dell'imputato, che sarebbe scesa in strada. Inoltre non appare credibile che un ragazzo con la tibia ed il perone fratturati , abbia la capacità, nell'immediatezza del fatto, di rassicurare la nonna del soggetto col quale aveva litigato poco prima, dichiarando di essere caduto da solo e che era un suo amico Tali dichiarazioni contrastano , inoltre, con la stessa versione difensiva che ha introdotto il tema dello scambio di offese intercorso tra le parti su facebook e che avrebbe originato il litigio, non apparendo possibile , appunto, che il abbia definito “ amico ” il . Neanche appare credibile che un amico, lasci a terra altro amico, caduto al suolo da solo con una gamba rotta , e si allontanano per tornare a casa. Le dichiarazioni di appaiono mendaci e per tali motivi devono essere trasmesse alla Procura della Repubblica c\o il Tribunale di Napoli.

Ugualmente mendaci appaiono le dichiarazioni rese da , altro teste della difesa, che riferiva che uscita di casa vedeva un ragazzo seduto a

terra che le diceva che **era caduto sul pallone**, e che non si era fatto niente, dichiarazione diversa da quella che il \_\_\_\_\_ avrebbe reso alla \_\_\_\_\_ alla quale non aveva parlato del pallone. Inoltre la teste riferiva che dalla propria abitazione, adiacente al luogo del fatto, aveva sentito il \_\_\_\_\_ insultare la madre del \_\_\_\_\_ definendola“ \_\_\_\_\_ ” ma che l'imputato gli aveva intimato di smetterla. A domanda del Collegio circa il modo in cui aveva capito che gli insulti provenivano dal soggetto seduto a terra mentre l'intimazione di smetterla era stata effettuata dall'imputato, pur avendo dichiarato che fuori della sua abitazione vi erano una decina di ragazzi ( v. p 6 verbale stenotipico del 24.10.2013 ) la teste forniva spiegazioni non plausibili, dichiarando di aver collegato la voce che effettuava gli insulti al \_\_\_\_\_, dopo che aveva parlato con lo stesso – dunque, quando il ragazzo aveva tibia e perone rotti - .

La stessa falsità deve ritenersi per le dichiarazioni di \_\_\_\_\_, marito della \_\_\_\_\_, che dichiarava di essersi avvicinato al \_\_\_\_\_ perché chiamato dalla moglie e di essersi offerto di accompagnarlo in ospedale. Orbene se il \_\_\_\_\_ aveva detto alla moglie che non si era fatto male, perché la donna aveva chiamato il marito affinché accompagnasse il minore in ospedale? E poi, il teste \_\_\_\_\_, pur essendo nello stesso luogo della moglie non dichiarava di aver sentito profferire degli insulti indicati dalla donna da parte di un ragazzo nei confronti di un altro ma di aver udito soltanto “ grida di bambini quando giocano ” ( v stesso verbale stenotipico p.19 ).

Diversi ancora sono gli insulti che avrebbe sentito \_\_\_\_\_, amico del \_\_\_\_\_ e teste della difesa. Quest'ultimo ha infatti dichiarato che in quattro o cinque stavano giocando a pallone con il \_\_\_\_\_ e che il pallone si allontanava per cui l'imputato cercava di recuperarlo. A lui si avvicinava il \_\_\_\_\_, in compagnia di due amici e gli diceva “ tutto bene figlio, non lo sai che io a tua mamma me la faccio ? ” Al che il \_\_\_\_\_ aveva reagito verbalmente dicendo al \_\_\_\_\_ che si faceva lui sua madre per cui il \_\_\_\_\_

aveva aggredito il \_\_\_\_\_ che a sua volta gli aveva dato uno schiaffo. Poi l'imputato veniva allontanato dagli amici ed il \_\_\_\_\_ cadeva da solo.

Diverse dichiarazioni rendeva da ultimo \_\_\_\_\_, amico del \_\_\_\_\_ e teste della difesa, il quale dichiarava che al momento dell'incontro il \_\_\_\_\_ era con un solo amico e che lo stesso cadeva al suolo facendosi male mentre gli amici del \_\_\_\_\_ stavano separando i due ragazzi a causa delle provocazioni effettuate dal \_\_\_\_\_.

Alla stregua della complessa istruttoria dibattimentale \_\_\_\_\_, appare dunque accertato che \_\_\_\_\_, così come riferito dalla parte lesa, e confermato dalla documentazione medica in atti, circa la gravità delle lesioni subite, e dai soggetti che si accompagnavano al \_\_\_\_\_ al momento del fatto, circa la dinamica dello stesso, per futili motivi l'imputato ed il \_\_\_\_\_ venivano alle mani, tuttavia mentre il \_\_\_\_\_ subiva soltanto uno schiaffo, la violenta aggressione perpetrata dallo stesso nei confronti del \_\_\_\_\_ che veniva colpito con calci e pugni di inaudita violenza \_\_\_\_\_, provocava alla vittima la frattura della tibia e del perone.

Nessun dubbio vi è, inoltre, per quanto attiene alla capacità di intendere e di volere dell'imputato al momento del fatto, evidenziata dal comportamento tenuto dal giovane, durante il processo nel corso del quale consapevole della gravità delle conseguenze della propria condotta ha reso una versione del fatto tendente a sottrarsi ad ogni responsabilità nonchè conclamato dalla chiarezza della dissocialità del fatto compiuto.

Passando alla quantificazione della pena, tenuto, quindi, conto di tutti i criteri ex art.133 c.p., stimasi equo comminare al minore la pena di anni uno e mesi sei di reclusione alla quale si perviene con la concessione della sola diminuzione della minore età equivalente alle aggravanti contestate. Non trova spazio la ipotesi di concessione delle circostanze attenuanti generiche e del perdono giudiziale non apparendo sicura una prognosi di ravvedimento del minore sia per la particolare gravità della condotta perpetrata in danno di un proprio 

coetaneo, per motivi futili ,consistiti nel punirlo per offese verbali ricevute, peraltro reciproche, alla stregua del foglio di facebook acquisito agli atti, sia in ragione del fatto che l 'imputato non ha mostrato alcun pentimento per quanto commesso, anzi rendendo dichiarazioni negatorie di ogni responsabilità . L'incensuratezza dello stesso impone tuttavia la sospensione condizionale della pena.

PQM

Visto l' art. 533 C.P.P., dichiara \_\_\_\_\_ colpevole del reato contestato e, riconosciuta la obbligatoria diminuzione della minore età ,equivalente alla aggravante contestata , condanna lo stesso alla pena di anni uno mesi sei di reclusione. Pena sospesa.

Trasmette gli atti alla Procura della Repubblica c/o il Tribunale di Napoli in relazione alle dichiarazioni rese da \_\_\_\_\_ ,

Indica gg 45 per il deposito della motivazione .

Napoli 13.3.2014

IL PRESIDENTE Est

*Dr.ssa Paola Brunese*

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO  
BUSILLO ROSA

IL COLLABORATORE DI CANCELLERIA \_\_\_\_\_

14 APR. 2014

Depositata in Cancelleria il \_\_\_\_\_

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO  
BUSILLO ROSA

## ESPERIENZE

MARIO COVELLI

**ABSTRACT**

*Probation is no longer a feature of the criminal process against minor offenders. The Italian legislature, by means of Act no. 67 of 28 April 2014, making use of the experience gained within the juvenile justice system, introduced probation also for adult offenders.*

*However, there are considerable differences between the legal tool provided by Art. 28 of Presidential Decree no. 448 of 1998 and the instrument that Act no. 67 of 2014 sets out for adults. In fact, the latter is admissible only in relation to certain offences; moreover, it could not apply in some circumstances where subjective grounds for exclusion occur.*

*These restrictions are not provided with regard to minors. Furthermore, in the event of failure to comply with some conditions of probation, the new instrument provides for the possibility of taking into account, for sentencing purposes, the period already served. Finally, Act. no. 67 does not require that the defendant admits his/her criminal liability in order to access such favourable treatment.*

*The author, analysing these statutory innovations, deals with the possible repercussions on the juvenile and military justice systems, as well as on the trial before Justices of the Peace.*

## La messa alla prova per i maggiorenni: prime riflessioni critiche

MARIO COVELLI

SOMMARIO: 1. La nuova probation: limiti oggettivi e soggettivi – 2. La *ratio* dell'istituto – 3. Il periodo ed il programma della prova – 4. Ulteriori problemi a confronto – 5. Il regime delle impugnazioni – 6. La messa alla prova nei procedimenti complementari ed in quello militare.

1. Il legislatore, con la legge 28 aprile 2014 n. 67, avvalendosi della esperienza della giustizia minorile – ancora una volta il procedimento minorile è stato adoperato come laboratorio processuale – ha introdotto la messa alla prova per i maggiorenni.

I limiti posti al nuovo istituto sono notevoli; si tratta dell'inizio di un nuovo percorso, che sarà molto lungo, durante il quale l'applicazione della probation sarà inevitabilmente ampliata dalle interpretazioni giurisprudenziali e modificata dagli interventi della Corte Costituzionale e dalle novelle legislative.

In primo luogo appare troppo limitato il numero dei reati per i quali la messa alla prova viene consentita – trattasi dei reati per i quali si procede con citazione diretta ai sensi dell'art. 550 c.p.p. - molti dei quali, peraltro, verranno depenalizzati in virtù dell'art. 2 della medesima legge istitutiva della probation, laddove nel processo minorile non esiste nessuna limitazione oggettiva, essendo possibile applicare l'art. 28 per qualunque reato, anche gravissimo (ad esempio, omicidio).

In secondo luogo vanno considerate le esclusioni soggettive. Nel processo minorile per la messa alla prova non occorre l'incensuratezza, richiesta dalla legge solo per il perdono giudiziale, per cui l'istituto può essere applicato, anche più volte, a coloro che abbiano riportato più condanne.

Analogamente l'art. 168*bis* c.p., così come introdotto dalla legge 67/2014, esclude dal beneficio solo i delinquenti abituali, professionali e per tendenza; non vengono esclusi i recidivi, i quali potranno chiedere l'applicazione dell'istituto, fatto salvo il potere del giudice di decidere sulla base dei parametri di cui all'art. 133 c.p. (art. 464*ter* comma 3 c.p.p.); tuttavia l'art. 168*bis* comma 4, dispone che la messa alla prova non può essere concessa per più di una volta.

La disposizione comporta l'esclusione della estensione della *probation* ad altri reati anteriormente commessi; al contrario, nel rito minorile l'estensione del periodo di prova, in casi di esito positivo di quella in corso, è prassi costante, e per di più vi sono minori i quali sono in prova, contemporaneamente, per reati diversi, oggetto di procedimenti diversi.

Il dettato legislativo esclude la estensione, ma di certo il beneficio potrà essere concesso nel caso di reati, tra quelli elencati nell'art. 550 c.p.p., perpetrati con una sola azione od omissione (connessione formale monosoggettiva, omogenea o eterogenea), in quanto la limitazione afferisce non al numero dei reati o all'entità della pena concretamente applicata (art. 81 comma 1 c.p.), ma solo al divieto di reiterazione del beneficio.

Analogamente ritengo che per i reati commessi in continuazione il beneficio della *probation* possa essere concesso più volte in virtù della unicità del disegno criminoso, in analogia alla decisione della Corte Costituzionale relativa alla possibilità di reiterare la concessione del perdono giudiziale ad altri reati che si legano col vincolo della continuazione a quelli per i quali è stato concesso il beneficio (Corte Cost. sent. n. 108/1973).

Mentre nel processo minorile il giudice d'ufficio può proporre l'applicazione del beneficio, essendo investito del potere-dovere di mobilitare tutte le risorse, anche normative, per il recupero del minore, nel processo ordinario l'iniziativa della richiesta è attribuita all'imputato maggiorenne.

Tuttavia non potrà essere escluso, nella prassi applicativa, che il giudice, a fronte di un imputato "vulnerabile" (giovane adulto, soggetto ultrasettantenne o persona incensurata, per il quale il reato commesso appare come un improvviso corto circuito in un modo di vita regolare) possa rinviare il processo preliminarmente, suggerendo l'applicazione dell'istituto, peraltro deflattivo, e non stigmatizzante per i prevenuti<sup>1</sup>.

2. Scopo della messa alla prova per i minorenni è la positiva evoluzione della personalità dell'imputato.

Quando in giurisprudenza venne affrontato il problema della possibilità di mettere alla prova gli imputati divenuti maggiorenni nelle more del procedimento, la Corte di Cassazione lo risolse positivamente, affermando che l'espressione "minorenne" nel testo legislativo andava intesa come minore all'epoca dei fatti (sentenza n.1405/1992).

Ancora oggi, nel caso di minori che vengono processati con notevole ritardo, e in ogni caso dopo i ventuno anni, i Tribunali minorili rigettano la richiesta di messa alla prova, ritenendo ormai definitivamente strutturata la personalità dell'imputato<sup>2</sup>; questo orientamento della giurisprudenza di merito, dopo l'approvazione della legge 67/2014, dovrà essere necessariamente rivisto.

---

1. Meglio sarebbe stato prevedere per tali soggetti la concessione del perdono giudiziale, il quale è più favorevole e vantaggioso, consente la repentina uscita dell'imputato dal circuito penale, è immediatamente estintivo ed è irrevocabile (cfr. sentenza Tribunale per i Minorenni Roma 28 febbraio 1995).

2. "Se è ben possibile sperimentare detto istituto al riguardo di giovane anagraficamente maggiorenne, ma ancora immerso nel percorso evolutivo post-adolescenziale, ciò deve escludersi al riguardo di soggetto il quale si presenti ormai strutturato e maturo" Trib. Minorenni Catania 29/3/95 in Giostra, Il processo penale minorile, Milano 2009, pag.361

È evidente che l'istituto per i minorenni ha finalità educativa, mentre per i maggiorenni la finalità dovrà essere necessariamente ri-educativa, per favorire nell'imputato la revisione critica del proprio operato e la riappropriazione dei valori ordinamentali trasgrediti.

Tuttavia la lettura delle norme approvate appare a tal fine deludente, in quanto sembra prevalere nel legislatore la preoccupazione coercitivo-trattamentale su quella della promozione positiva della personalità dell'imputato.

Il legislatore sembra in sintesi essersi ispirato alla *probation* penitenziaria, prendendo a parametro le norme di cui all'art. 47 legge 354/1975, piuttosto che quelle minorili di cui all'art. 28 del D.P.R. 448/1988.

D'altronde la stessa relazione al provvedimento legislativo insiste sul carattere sanzionatorio dell'istituto, giungendolo a definire *sanzione sostitutiva di tipo prescrittivo* e a definire la sentenza dichiarativa di estinzione del reato come *criptocondanna*. (cfr. pag. 8 della Relazione n. III/07/2014).

Tale espressione è adoperata da una minoritaria e risalente dottrina minorile, per definire le sentenze di perdono giudiziale o di irrilevanza del fatto, le quali presuppongono ontologicamente la penale responsabilità del minore (cfr. Corte Cost. sent. n. 77/1993).

Il contenuto eccessivamente afflittivo della disciplina, unitamente all'obbligo del risarcimento, sarà indubbiamente causa di scarsa applicazione dell'istituto, in quanto gli incensurati opteranno per la sospensione condizionale della pena, mentre coloro che hanno già riportato condanne non avranno interesse a richiederne l'applicazione.

La stessa relazione al provvedimento riconosce che interessati alla *probation* risulteranno solo coloro che hanno interesse a mantenere l'incensuratezza, dovendo partecipare a concorsi pubblici o dovendo tenere rapporti contrattuali con la Pubblica Amministrazione (cfr. Relazione cit. pagg. 4/5).

Il legislatore, insistendo sul carattere contenitivo più che propositivo della misura, prevede all'art. 168*bis* c.p. la possibilità di prescrizioni relative alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali e all'art. 464*ter* comma 3 c.p.p. che il giudice valuti che il domicilio indicato dall'imputato nel programma sia tale da assicurare le esigenze di tutela della persona offesa dal reato.

Il carattere impositivo di tali prescrizioni contrasta con lo spirito della *probation*: il soggetto in prova non deve avere limitazioni di libertà; ad esempio il divieto di frequentare i luoghi ove trovasi la persona offesa neutralizza per il periodo della prova il pericolo di reiterazione del reato, ma non supera le ragioni del conflitto, con conseguente pericolo di recidiva, una volta cessata l'esecuzione del programma della prova.

Il soggetto messo alla prova deve essere lasciato in piena libertà, in quanto solo tale condizione consente di verificare la reale revisione critica del proprio operato ed il grado di ravvedimento conseguito.

Il periodo di prova, non superiore ad un anno per i reati puniti con pena pecuniaria e a due anni per gli altri reati (art. 464<sup>quater</sup> comma 5 c.p.p.), appare troppo lungo a confronto con il periodo massimo di anni tre previsto per i minorenni in caso di commissione di reati puniti con la pena dell'ergastolo (art. 28 D.P.R. 448/1988).

L'onere della presentazione del programma, posto a carico dei Servizi Sociali ministeriali per i minorenni, grava sull'imputato, che deve elaborarlo di concerto con l'Ufficio Esecuzioni Penali Esterne – U.E.P.E. (art. 141<sup>ter</sup> disp. att. c.p.).

Punti essenziali del programma sono il risarcimento del danno ed il lavoro di pubblica utilità da svolgere a favore degli enti elencati all'art. 168<sup>bis</sup> c.p., che costituiscono rispettivamente riparazione per la vittima del reato e per la società civile offesa nei suoi valori ordinamentali.

Il legislatore ha richiesto che il programma coinvolga l'intero nucleo familiare e l'ambiente di vita dell'imputato (art. 464<sup>bis</sup> comma 4 lett. a) c.p.p.) e che la prestazione del lavoro di pubblica non ne pregiudichi le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute (art. 168<sup>bis</sup> comma 3 c.p.).

Tali generiche disposizioni non garantiscono l'ammissione alla probation dei soggetti vulnerabili (separati, divorziati, single, disoccupati, persone senza fissa dimora o affette da gravi patologie, donne incinte o con prole di età inferiore a 3 anni, padri di prole di età inferiore a 3 anni ove la madre manchi o sia impossibilitata ad assistere i propri figli, stranieri extracomunitari).

La magistratura minorile, per i minori provenienti da famiglie disgregate o per i minori stranieri non accompagnati, onde evitare che la prova divenisse un istituto elitario riservato ai soli abbienti, ha escogitato la soluzione del collocamento di tali categorie in comunità ai sensi dell'art. 25 R.D.L. 1404/1934, ove i minori, senza limitazioni alla libertà personale, attesa la natura amministrativa del provvedimento, sono sostenuti nel percorso di prova.

Al contrario il legislatore, per la ossessiva preoccupazione trattamentale, ha provveduto ad incaricare solo gli Uffici E.P.E., laddove il coinvolgimento dei Servizi Sociali Territoriali avrebbe potuto utilmente assicurare ai soggetti vulnerabili un sostegno psicologico ed interventi assistenziali per aiutarli nel percorso di prova, che essi difficilmente possono compiere in autonomia.

Meglio avrebbe fatto il Legislatore a prevedere a base del programma attività riparatorie a favore della persona offesa, le quali, come previsto dall'art. 35 d.lgs. 274/2000, devono risultare idonee a soddisfare le esigenze di revisione critica del proprio operato e di prevenzione della recidiva, sono esigibili sia dagli abbienti che dai non abbienti e possono essere sia di natura morale (ad es. presentazione di scuse) che concrete (ad es. compimento di attività lavorative o assistenziali gratuite a favore della vittima). L'opzione per il risarcimento monetario porrà nella pratica notevoli problemi: gli imputati non abbienti non potranno essere esclusi dal beneficio, non potendosi riservare l'applicazione dell'istituto ai soli soggetti in grado di far fronte all'onere economico del risarcimento, ma neppure dovranno sottrarsi all'obbligo riparatorio, adducendo la loro condizione di impossidenza.

Il risarcimento monetario, a mio avviso, andava previsto, in aggiunta alle attività riparatorie, per i soli soggetti abbienti, lasciando alla persona offesa il diritto di tutelare i propri interessi dinanzi al giudice civile, possibilità prevista dall' art. 1 lett. m) legge 67/2014, in caso di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto con la formula "*senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno*"<sup>3</sup>.

Il maggior problema in tema di risarcimento è costituito dalla quantificazione dell'indennizzo, che potrà essere concordato tra i difensori dell'imputato e della persona offesa.

Ancora una volta il legislatore ha perso l'occasione per valorizzare l'istituto della mediazione penale previsto nel processo penale di pace (art. 29 d.lgs. 274/2000) e nell'art. 464bis comma 4 c.p.p. che poteva rappresentare lo strumento principale per arrivare non solo alla conciliazione tra autore e vittima del reato, ma anche per concordare entità e modalità del risarcimento del danno.

Se il rifiuto o la rinuncia al risarcimento o l'irreperibilità della persona offesa non costituiscono ostacoli alla *probation*, non potendosi addebitare tali situazioni alla volontà dell'imputato, saranno di ostacolo indubbiamente una richiesta eccessiva, che potrà costringere l'imputato a rinunciare alla prova e a subire la condanna, oppure la pendenza della causa civile, iniziata per ottenere il risarcimento, la cui durata può ostacolare l'ammissione al beneficio<sup>4</sup>.

Anche lo svolgimento del lavoro di pubblica utilità incontra notevoli difficoltà nella pratica, in quanto presuppone l'adozione di un regolamento da parte del Ministro della Giustizia per disciplinare le convenzioni da stipulare tra il Ministero della Giustizia, o il Presidente del Tribunale delegato, con gli enti elencati nella legge in esame (art. 8 legge 67/2014).

4. Il problema più dibattuto nel procedimento minorile è la confessione da parte dell'imputato, che non è prevista dalle norme, che richiedono solo la sussistenza del *fumus commissi delicti* emergente in udienza preliminare o in abbreviato dagli atti ed in dibattimento dalla istruzione probatoria, ma è richiesta da alcuni tribunali minorili quale sintomo di ravvedimento<sup>5</sup>.

---

3. Opportunamente l'art. 141bis disp. att. c.p.p. dispone, onde evitare sottrazioni all'obbligo risarcitorio, che l'Ufficio E.P.E. trasmetta al giudice specifiche informazioni sulle possibilità economiche dell'imputato; inoltre anche il giudice ha il potere di richiedere informazioni sulle condizioni economiche dello stesso (art. 464bis comma 5).

4. Opportunamente l'art. 464quater comma 5 c.p.p. fa divieto di trasferimento dell'azione civile nel processo penale (art. 75 comma 3 c.p.p.) non essendo prevista la celebrazione del processo, a seguito della probation.

5. Correttamente il TpM di Genova ritiene la messa alla prova non incompatibile con la mancanza di confessione (sent. 16/12/1992); il TpM di Bologna richiede al contrario "la piena e completa confessione degli addebiti da parte dell'imputato" quale sintomo di ravvedimento (sent. 10/9/1992).

Il problema non sembra porsi per i maggiorenni, per i quali la richiesta di *probation* assume valenza analoga a quella di patteggiamento ex art. 444 c.p.p., la quale, "non implica ammissione di responsabilità né tantomeno confessione per fatti contestati, ma solamente rinuncia a difendersi e accettazione di una pena scontata in cambio delle energie e del tempo fatto risparmiare nell'interesse generale della amministrazione della giustizia"<sup>6</sup>.

Sarà il giudice in dibattimento a valutare la sussistenza delle possibilità assolutorie di cui all'art. 129 c.p.p. o, qualora la richiesta di *probation* venga presentata nella fase delle indagini preliminari, sarà il pubblico ministero a disattenderla richiedendo al G.I.P. l'archiviazione.

Nel rito minorile, a seguito della sentenza n. 125/1995 della Corte Cost., la quale dichiarò illegittimo l'art. 28 D.P.R. 448/1988 nella parte in cui disponeva che la richiesta di rito abbreviato o immediato da parte del minore imputato precludeva la richiesta di messa alla prova, è prassi costante che il minore chieda procedersi con rito abbreviato e, successivamente, faccia richiesta di messa alla prova, onde beneficiare, in caso di mancata ammissione o di fallimento della *probation*, della riduzione premiale del rito<sup>7</sup>.

Ritengo che la prassi giurisprudenziale non potrà denegare che l'imputato, alla luce della citata decisione della Corte Costituzionale in caso di rigetto della richiesta di *probation*, possa essere rimesso in termini per richiedere il rito abbreviato o l'applicazione della pena.

5. Nel rito minorile dottrina e giurisprudenza ormai concordano nel ritenere che le ordinanze ammissive di prova sono ricorribili per Cassazione da parte dell'imputato, del difensore o del pubblico ministero e che l'impugnazione sospende il procedimento, mentre le ordinanze reiettive sono impugnabili unitamente alla sentenza ai sensi dell'art. 586 c.p.p.<sup>8</sup>

L'art. 464<sup>quater</sup> comma 7 c.p.p. introduce una disciplina che darà luogo a notevoli inconvenienti, in quanto dispone che sia l'ordinanza ammissiva che quella reiettiva della *probation* sono ricorribili per Cassazione e che l'impugnazione non sospende il procedimento.

---

6. Cfr. Codice di procedura penale commentato, art. 444 c.p.p., UTET

7. "La norma appare viziata da irragionevolezza, in quanto non si comprende per quale motivo al minore, che sia stato ammesso al giudizio abbreviato, debba poi essere negato di chiedere la messa alla prova, con il connesso eventuale beneficio della sentenza dichiarativa della estinzione del reato. Non sussiste certamente, del resto, alcuna sorta di incompatibilità strutturale, ontologica, tra l'istituto di cui trattasi e il rito abbreviato, il quale si svolge secondo le norme previste per l'udienza preliminare." (Sent. Cort. Cost. n.125/1995).

8. G. Giostra op. cit. pag. 385 e ss. gg.

9. Avverso l'ordinanza che dispone la prova possono proporre ricorso per cassazione il pubblico ministero e la persona offesa per mezzo del pubblico ministero o, autonomamente, nei soli casi di omesso avviso dell'udienza o di omessa audizione; avverso l'ordinanza reiettiva può proporre ricorso l'imputato. Non può ipotizzarsi il ricorso dell'imputato avverso l'ordinanza ammissiva non esistendo, come nel rito minorile, la possibilità di ammissione alla prova d'ufficio.

In caso di ricorso avverso l'ordinanza ammissiva, il processo risulta già sospeso; pertanto l'annullamento dell'ordinanza comporterà la fissazione da parte del giudice, d'ufficio o su richiesta del pubblico ministero, dell'udienza con la convocazione delle parti per revocare l'ordinanza di sospensione del processo e procedere oltre.

In caso di annullamento dell'ordinanza reittiva, se il giudice, avuta cognizione dell'impugnazione non rinverrà prudentemente il processo a lungo, vi sarà fondato rischio che la sentenza di condanna intervenga prima della decisione della Suprema Corte. In conseguenza quale motivo di appello avverso la sentenza di condanna potrà essere allegata proprio la decisione della Cassazione.

Il ricorso per Cassazione, tuttavia, è notoriamente ammissibile solo per violazione di legge.

Ritengo pertanto che l'imputato che abbia visto rigettare la sua richiesta di prova, abbia, come nel rito minorile, il diritto di proporre appello nel merito, e che di tale diritto egli non possa essere espropriato.

La stessa relazione indica ad esempio quali motivi di impugnazione non deducibili in Cassazione, ma che possono essere fatti valere davanti al giudice di merito, i casi di giudizio prognostico negativo o di negativa valutazione del programma da parte del giudice.

Contro la sentenza di condanna emessa a seguito del rigetto della richiesta di messa alla prova, ritengo dunque che l'imputato maggiorenne possa proporre appello, secondo il principio ormai consolidato nella giurisprudenza minorile, con possibilità da parte della Corte di Appello, ove accolga la richiesta, di disporre direttamente la messa alla prova.

6. A questo punto occorre domandarsi se le disposizioni della legge 67/2014 possano trovare applicazione anche nei procedimenti dinanzi ai Tribunali per i Minorenni, al Giudice di Pace ed ai Tribunali Militari.

Nel procedimento minorile appare *ictu oculi* l'inapplicabilità dell'art. 168bis comma 1 c.p., il quale consente la messa alla prova solo per determinati reati, in quanto l'art. 28 D.P.R. 448/1988 non prevede alcuna limitazione oggettiva.

Vi sono tuttavia quattro disposizioni della legge 67/2014 che, disciplinando più favorevolmente l'istituto, possono essere applicate anche ai minorenni in virtù del rinvio al codice di procedura penale ordinario stabilito dall'art. 1 del D.P.R. 448/1988.

Il primo aspetto è la commissione di nuovo reato nel corso della prova. La magistratura minorile è eccessivamente severa in proposito, giungendo a revocare la messa alla prova anche in caso di commissione di un reato contravvenzionale quale, ad esempio, la guida senza patente.

Al contrario l'art. 168quater comma 2 c.p. prevede che la revoca per i maggiorenni possa avvenire solo in caso di commissione di nuovo reato non colposo o di reato della stessa indole, escludendo quindi i reati contravvenzionali ed i delitti colposi.

Tale disposizione dovrà trovare necessariamente applicazione anche nel campo minorile, precisando in ogni caso che il nuovo reato deve essere preso in considerazione non all'atto della iscrizione della *notitia criminis* nel registro notizie reato della Procura, ma solo se vi è richiesta di rinvio a giudizio.

Il secondo aspetto riguarda l'ordinanza di revoca della messa alla prova, che è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 464octies c.p.p., con conseguente sospensione del procedimento fino alla decisione della Suprema Corte.

Tale disposizione, non prevista nel rito minorile, dovrà trovare applicazione anche dinanzi ai Tribunali per i Minorenni.

L'aspetto più importante afferisce al fallimento della prova; ai sensi dell'art. 657bis c.p.p. il pubblico ministero, nel determinare la pena da eseguire, detrae il periodo corrispondente a quello della prova eseguita, equiparando tre giorni di prova ad un giorno di reclusione o di arresto ovvero ad euro 250 di multa o di ammenda.

Al contrario la magistratura minorile non tiene conto delle limitazioni delle libertà subite dal minore nel periodo di prova e, a seguito delle trasgressioni del programma, applica in genere una pena più severa.

L'ultimo aspetto favorevole è la possibilità data all'imputato maggiorenne di chiedere la messa alla prova nella fase delle indagini preliminari.

La disposizione potrà essere applicata anche al minore, il quale a seguito di arresto, fermo, accompagnamento, esecuzione di ordinanza cautelare o interrogatorio in stato di libertà, potrà chiedere l'ammissione al beneficio, sulla base del principio fondamentale del processo minorile, che è la rapida fuoriscita del minore dal circuito penale.

Nel processo penale di pace le disposizioni del codice di procedura penale ordinario, in virtù dell'art. 2 del d.lgs. 274/2000, trovano applicazione per quanto non previsto dal decreto stesso. Indubbiamente il processo di pace risulta compatibile con l'istituto della messa alla prova, in considerazione della finalità conciliativa del rito.

Tuttavia la disciplina del procedimento di pace risulta più favorevole, in quanto l'art. 35 prevede che l'imputato possa compiere attività riparatorie con conseguente estinzione del reato, le quali tuttavia non richiedono il consenso della persona offesa e possono essere ritenute liberamente idonee dal giudice<sup>10</sup>

---

10. "La declaratoria di estinzione del reato conseguente alle condotte riparatorie di cui all'art. 35 del d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 presuppone la positiva valutazione del giudice di merito in punto di sufficienza ed esaustività della condotta riparatoria posta in essere dall'imputato quale che sia in proposito l'opinione della parte offesa". (Cass. Pen. IV sez., 23 settembre 2008 n. 36516)

A seguito dell'abrogazione implicita di tutte le norme del codice penale militare di pace incompatibili con il nuovo codice di procedura penale, nel processo penale a carico di imputati che rivestono la qualifica soggettiva di appartenenti ai corpi militari si applicano le medesime norme del codice di rito ordinario.

Si pone nella fattispecie il problema della compatibilità della messa alla prova con lo status di militare; analogo problema emerse per le sanzioni sostitutive, inizialmente ritenute inapplicabili ai militari, in quanto prevedevano varie limitazioni (ad esempio, divieto di portare armi, obblighi di orario etc...).

Tuttavia la Corte Costituzionale con sentenza n. 284/1995 dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 53 della legge 689/1981 nella parte in cui non prevedeva l'applicabilità delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi ai reati militari e, di conseguenza, la Corte di Cassazione, al fine di porre rimedio alla disparità di trattamento derivante dalla esclusione dei reati militari, dichiarò che non sussisteva alcuna ragione di incompatibilità delle sanzioni sostitutive con lo status militare del condannato (Cfr. Cass. Pen. I Sez. 23.11.1995).

Ciò premesso, ritengo debba propendersi per l'ammissibilità della messa alla prova dell'imputato militare, allo scopo di favorirne la positiva evoluzione della condotta e del comportamento<sup>11</sup>.

---

11. In proposito va ricordato che il codice penale militare prevede come attenuante specifica la buona condotta tenuta dal militare imputato (art. 48 c.p.m.p.)

EMANUELE ESPOSITO

**ABSTRACT**

*Many interdisciplinary analyses have tried to build educational communities in order to improve the fabric of society. For instance criminology at the beginning paid pedagogical attention only to the so-called common offenders.*

*Subsequently, thanks to the adoption of an integrate approach, the increase of social complexities, and the coming of new marginalities in addition to the chronic ones, the criminological perspective has changed, embracing a pedagogical model with traits of revaluation antithetical to the correctional one. In this way it has been possible to give back people their essential role in the inclusive processes.*

## La pedagogia: valore aggiunto nel contrasto alla criminalità organizzata

EMANUELE ESPOSITO\*

SOMMARIO: 1. L'approccio ecologico nei progetti educativi per i giovani devianti – 2. L'educazione come strumento prioritario – 3. Don Milani e "I Care" – 4. Il sistema preventivo di Don Bosco

1. Costruire comunità educanti per migliorare il tessuto sociale è stato oggetto di analisi interdisciplinari che attraversano le diverse competenze.

La criminologia ad esempio in prima battuta aveva dedicato attenzione pedagogica solo ai c.d. criminali comuni. Successivamente con l'approccio integrato e l'aumento della complessità socio-situazionale e delle emergenze prodotte dalle nuove marginalità che si aggiungevano a quelle croniche, la visione criminologica si è approcciata ad un modello pedagogico di tipo rivalutativo in antitesi a quello correzionale restituendo alle persone il ruolo di protagonisti nei processi inclusivi.

Il crollo dell'approccio rieducativo e il conseguente ridimensionamento del modello lombrosiano, a cui anche la prima psicoanalisi aveva guardato con simpatia, e i conseguenti diversi parametri culturali offerti dai diversi contributi psico-sociali e pedagogici hanno introdotto il modello ecologico nei progetti educativi per i giovani devianti.

L'eco-sistema si focalizza così come punto prioritario negli interventi trattamentali e non solo, assistendo così ad un passaggio dalla teorizzazione più svariata dei comportamenti delinquenziali ad una criminologia di comunità. Si citano ad esempio i programmi di prevenzione precoce in cui la criminologia applicata interviene direttamente sull'ecosistema per evitare la nascita e il proliferare di situazioni potenzialmente pericolose sul piano sociale, intervenendo persino sull'organizzazione urbana, sull'organizzazione degli spazi fisici e architettonici dei territori, con l'obiettivo di alimentare il senso di appartenenza ad una struttura comunitaria da difendere e tutelare.

Lo sviluppo selvaggio delle aree urbane in effetti ha creato spazi cimiteriali, essenzialmente di non vita sociale e alienazione, portando gli abitanti di certi contesti geografici al totale degrado anche relazionale, facendo proliferare invece culture devianti.

Transitando tempo fa con un Magistrato antimafia in una zona di forte degrado dell'immediato hinterland napoletano, si avvertiva una sensazione palpabile in tal senso e si rifletteva proprio su come l'architettura di certi territori incidesse sul degrado e sulla devianza.

---

\* Direttore del Centro di Prima Accoglienza presso il Tribunale per i Minorenni di Napoli

Ciò ci introduce nell'annoso problema della sicurezza da anni evocato e complessizzato per l'insorgenza delle nuove emergenze sociali (nomadi, extracomunitari, neo comunitari) producendo risultati di deleteria deterrenza non cogliendo le latenze pedagogiche grazie alle quali hanno proliferato le organizzazioni criminali diventando un vero e proprio sistema funzionale nella disfunzionalità sociale.

Paradossalmente la sistemica è stato un concetto di facile adozione da parte delle organizzazioni criminali, contaminando tutto il tessuto sociale e creando una vera e propria dipendenza funzionale e vitale, ciò nonostante i programmi di prevenzione e protezione sociale.

Il concetto evocato da Falcone e Dallachiesa relativamente al fatto che la mafia non fosse solo un fenomeno circoscritto ha un valore più che mai attuale, e bisogna partire da questa consapevolezza se vogliamo affrontare il fenomeno in tutta la sua complessità.

Recentemente un Magistrato della D.D.A. di Bari, in un convegno a Napoli sul problema legalità, ha affermato che le buone prassi nella lotta contro il crimine organizzato devono essere caratterizzate dal concetto di relazione per la piena attuazione del principio stesso di legalità. Bisogna partire da questo concetto considerando l'Educazione Relazionale come prerequisito per lo sviluppo di sane prassi sociali.

La Pedagogia in tal senso svolge un ruolo fondamentale supportando le esigenze giurisdizionali, d'altronde la formazione, la cultura, la crescita, sono da sempre i nemici giurati delle organizzazioni criminali e non a caso queste come accaduto negli anni scorsi attaccano i luoghi simboli della cultura.

Forse la mafia ha più paura della cultura che del fuoco delle armi, perché la consapevolezza del dissenso anticrimine costruisce consenso e piattaforma per la costruzione di una società solidale.

L'educazione e la formazione aiutano a recuperare quegli spazi fisici e psicologici occupati abusivamente dalle organizzazioni criminali che hanno contaminato il tessuto sociale, consentendo come sostiene Nielse Christie alle comunità di riprendersi ciò di cui sono state espropriate<sup>1</sup>.

2. Continueremo questa analisi attraverso i paradigmi pedagogici di tre grandi pensatori del nostro tempo, che hanno rappresentato l'Educazione come spazio e prerequisito funzionale alla costruzione di prassi sociali utili: P. Freire, Don Lorenzo Milani, San Giovanni Bosco.

Paulo Freire è stato un importante pedagogista e teorico dell'educazione brasiliano. pedagogico alternativo.

---

1. E. ESPOSITO, *Riflessioni a margine dell'intervista a Nils CHRISTIE* di Zenone SOVILLA, in *diritto&diritti.it*, febbraio 2002

All'interno di questo saggio, i temi centrali del discorso sono umanizzazione e disumanizzazione, delle quali solo la prima è la vera vocazione dell'uomo. Nel corso della storia l'uomo ha conosciuto entrambe. La disumanizzazione, in particolare, non si verifica solo in coloro che si vedono rubare la propria umanità, ma anche in coloro che la rubano agli altri.

Freire la considera come una distorsione della vocazione storica ad essere di più. La lotta alla disumanizzazione, all'essere di meno, ha senso quando gli oppressi cercano di recuperare la loro umanità senza diventare a loro volta degli oppressori, liberando se stessi e gli altri.

Importante è in tal senso il contributo riportato integralmente da Anna Trigillo che si riporta integralmente.

Nel filmato, tratto dal programma Dialoghi con Paulo Freire, del 1989, il grande pedagogo brasiliano, intervistato da alcuni docenti italiani, espone i principi della sua pedagogia, fondata sull'esistenza, in ogni società, di una dialettica tra oppressori e oppressi.

L'educazione è sempre stata relazione, tra l'insegnante e l'alunno, mediata dall'oggetto dell'insegnamento, che deve, in qualche modo, spaventare l'alunno, scuoterlo epistemologicamente e non con autoritarismo.

Qualsiasi pratica educativa non può essere neutra, essa è necessariamente direttiva (non manipolatrice) ed è straordinariamente importante per l'educatore, la capacità di amare e di inventare ogni giorno metodi e tecniche.

La scuola pubblica, secondo Freire, deve essere messa a servizio dei bambini dei ceti popolari, ed è necessario che l'insegnante accetti amorosamente il proprio lavoro e che si convinca che non è corretto, scientificamente, considerare il bambino del popolo inferiore per intelligenza, che è falso sostenere che egli perde la capacità di conoscere, "solo perché mangia dorme male".

Tra oppressori e oppressi esiste però una grande contraddizione che spesso impedisce ai secondi di realizzare una pedagogia liberatrice. Questa contraddizione consiste nel fatto che gli oppressi ospitano in sé l'oppressore, vivono un dualismo in cui essere significa apparire e quindi somigliare all'oppressore.

Per liberarsi, gli oppressi devono innanzitutto prendere coscienza di questa contraddizione. Nella prima fase di questa scoperta quasi sempre gli oppressi, invece di cercare la liberazione nella lotta, tendono anch'essi ad essere degli oppressori, in quanto questo è il loro unico modello di umanità in cui hanno vissuto.

La loro conoscenza di se stessi come oppressi è falsata dal fatto che vivono immersi nella realtà dell'oppressore; per cui, a questo livello, riconoscersi non significa ancora lottare per superare la contraddizione.

La visione dell'uomo nuovo che essi auspicano è fortemente individualista.

Un aspetto molto importante a tal proposito è la paura della libertà che soggioga gli oppressi, e che può condurli a divenire tanto oppressori quanto rimanere legati alla situazione di partenza. In effetti, uno degli elementi fondamentali nel processo di mediazione oppressi/oppressori è la prescrizione, cioè un'imposizione di una scelta esercitata da una coscienza su un'altra; essa è perciò alienante.

Gli oppressi che hanno introiettato l'ombra dell'oppressore hanno paura della libertà perché essa, comportando l'espulsione di quell'ombra, esigerebbe che il vuoto lasciato da essa fosse colmato da altro, e cioè dalla loro autonomia, senza la quale non potrebbero mai essere liberi. Poiché la libertà non è un'elargizione, ma una conquista, essa esige un movimento di ricerca che impone la necessità di superare la situazione di oppressione.

Il superamento della contraddizione, però, non può avvenire in termini puramente idealistici; è necessario che gli uomini, riconoscendo il limite loro imposto dalla realtà di oppressione, trovino in questo stesso riconoscimento il motore della loro azione liberatrice. In sostanza, gli oppressi superano la contraddizione in cui vivono quando il riconoscersi come oppressi li impegna nella lotta per liberarsi.

Lo stesso si può affermare riguardo l'oppressore. Per esso, riconoscersi semplicemente come tale e soffrirne non è ancora essere solidali con l'oppresso.

Ciò si verifica quando il suo gesto cessa di essere paternalistico e diviene un atto d'amore, cioè quando gli oppressi non sono più per lui delle cose astratte, ma uomini concreti che subiscono un'ingiustizia.

Il superamento della contraddizione, dunque, può avvenire solo nell'oggettività, trasformando la situazione concreta che genera oppressione.

L'oggettività deve essere sempre rapportata alla soggettività, altrimenti si cade nel oggettivismo: la realtà di oppressione comporta sempre l'esistenza di coloro che opprimono e coloro che sono oppressi.

Come afferma Marx, l'oppressione reale può essere resa ancora più oppressiva se vi si aggiunge la coscienza dell'oppressione e questo è proprio un rapporto dialettico tra oggettività e soggettività.

Nella comunione tra questi due elementi è possibile una prassi autentica, vista come azione e riflessione degli uomini sul mondo, per trasformarlo.

Quindi, senza questa prassi non è possibile il superamento della contraddizione, che comporta un'identificazione tra azione e inserzione critica.

Secondo Freire, ciò che rende difficile per le masse popolari l'inserzione critica sta nel fatto che l'oppressore sa bene che questa a lui non interessa, bensì gli sta a cuore che queste masse restino immerse nella realtà oppressiva in cui si trovano e che considerano insuperabile.

La pedagogia dell'oppresso di cui parla Freire deve avere come soggetti gli oppressi che si sappiano tali in modo critico. E' dunque, una pedagogia dell'Uomo, che cerca la restaurazione della intersoggettività.

Il testo di Freire è un classico del pensiero nel campo pedagogico, sempre richiesto negli anni perché continua a suscitare tanti approfondimenti e applicazioni concrete in campo educativo. La nuova edizione, attesa dagli operatori del settore, riprende il testo originario e lo aggiorna con una prefazione sulle conseguenze pedagogiche in questi anni. La centralità del rispetto della persona è la chiave della proposta educativa di Freire, al di là del suo credo politico e del suo particolare metodo. L'educazione rimane lo strumento fondamentale che garantisce la liberazione degli uomini dalle tante forme di oppressione.

3. Fu Don Milani ad adottare il motto "I care", letteralmente mi importa, mi interessa, ho a cuore (in dichiarata contrapposizione al "Me ne frego" fascista), che sarà in seguito fatto proprio da numerose organizzazioni religiose e politiche. Questa frase scritta su un cartello all'ingresso riassume le finalità educative di una scuola orientata alla presa di coscienza civile e sociale.

In un convegno destinato ai giovani di una scuola media superiore un'autorevole Magistrato antimafia ebbe modo di affermare e a giusta ragione che non si leggeva Don Milani e molti alunni affermavano addirittura di non conoscerlo. Don Milani aveva prodotto il concetto dalla scuola dell'esclusione alla scuola della promozione, intesa come emancipazione e formazione di coscienza civile delle giovani generazioni.

4. Il Sistema Preventivo di Don Bosco è una Metodologia Pedagogica (Pedagogia), una Proposta di Evangelizzazione Giovanile (Pastorale), una esperienza Spirituale (Spiritualità). Il Sistema Preventivo è una metodologia pedagogica in quanto caratterizzata da:

- la volontà di stare tra i giovani condividendo la loro vita, guardando con simpatia il loro mondo, attenti alle loro vere esigenze e valori;
- l'accoglienza incondizionata che si fa forza promozionale e capacità instancabile di dialogo;
- il criterio preventivo che crede nella forza del bene presente in ogni giovane, anche il più bisognoso, e cerca di svilupparla mediante esperienze positive di bene;
- la centralità della ragione, fatta ragionevolezza delle richieste e delle norme, flessibilità e persuasione nelle proposte; della religione, intesa come sviluppo del senso di Dio insito in ogni persona e sforzo di evangelizzazione cristiana; della amorevolezza, che si esprime come un amore educativo che fa crescere e crea corrispondenza;
- un ambiente positivo intessuto di relazioni personali, vivificato dalla presenza amorosa e solidale, animatrice e attivante degli educatori e del protagonismo degli stessi giovani;
- con uno stile di animazione, che crede nelle risorse positive del giovane.

Quanto Il Sistema preventivo è proposta dell'incontro con i giovani là dove si trovano, valorizzando il patrimonio naturale e soprannaturale che ogni giovane ha in sé, in un ambiente educativo carico di vita e ricco di proposte; si attua attraverso un cammino educativo che privilegia gli ultimi e i più poveri; promuove lo sviluppo delle risorse positive che hanno, e propone una forma particolare di vita cristiana e di santità giovanile.

Questo progetto originale di vita cristiana si organizza attorno ad alcune esperienze di fede, scelte di valori e atteggiamenti evangelici che costituiscono la Spiritualità Giovanile Salesiana (SGS).

Il pensiero di questi tre grandi pensatori dell'Educazione rappresenta una delle più alte espressioni di una pedagogia del rinnovamento, che proprio per il suo approccio ecologico e preventivo si manifesta come prassi e prerequisito di un'azione sociale mirata a creare spazi e opportunità di socializzazione arginando i falsi miti dei sistemi criminali che oggi sempre più spesso attraggono i giovani.

Poiché la pedagogia si caratterizza come scienza umana senza limiti o confini un ruolo importante e strategico tocca agli Educatori nelle diverse espressioni rappresentative.

GIANLUCA GUIDA

**ABSTRACT**

*The question that is asked by many people - legal practitioners and lay individuals - is the following: how can we better react to the increasing number of offences and the growing citizens' requirements for security? That is to say: is criminal punishment an adequate response? Experience has shown us that sentencing produces a limited dissuasive effect and that only rarely it has also an educative outcome. On the contrary, often criminal penalties marginalise the defendant, drive him/her to crime and stick him/her in the wrongdoing as it is dramatically demonstrated by the phenomenon of second offence. Therefore is it useful to make retributive measures for minor offenders more severe?*

*The response must be negative as the long-term effects of this policy are very dangerous: it, giving the temporary illusion of greater safety, eventually feeds never-appeased feelings of revenge.*

## Sicurezza per i giovani

GIANLUCA GUIDA\*

La domanda che in molti, operatori della Giustizia e non, ci poniamo è: come possiamo rispondere al meglio all'aggravarsi della delinquenza e al bisogno di sicurezza dei cittadini? La sanzione è una risposta sufficiente?

L'esperienza ci ha insegnato che la sanzione ha un ridotto effetto dissuasivo, raramente effetto educativo; al contrario molto spesso marginalizza l'autore del reato, lo spinge alla devianza, lo fissa nella criminalità, come è drammaticamente testimoniato dal tasso di recidiva.

Si fa bene allora a rafforzare le misure retributive per i minori autori di reato? La risposta è sicuramente negativa atteso che questa politica, a lungo termine, si rivela pericolosa: dando l'illusione momentanea di una maggiore sicurezza, di fatto nutre il mai sopito sentimento di vendetta.

Partendo da queste considerazioni è possibile affrontare il tema relativo alla funzione della polizia penitenziaria e degli educatori all'interno delle strutture dell'esecuzione penale. Un tema che testimonia quella che è la contraddizione più ricorrente dell'esecuzione penale e cioè: definire in che misura fare sicurezza ed in che misura fare rieducazione.

In che termini deve prevalere l'una, in che termini deve prevalere l'altra? Possono coesistere? Entro quali limiti possono coesistere?

In qualche modo questo è il dilemma che, sin dai tempi della riforma dell'ordinamento penitenziario e quindi dall'affermazione della funzione rieducativa della pena, si è vissuto all'interno delle carceri e ancor di più negli Istituti penali minorili, dove la funzione educativa – rieducativa – trattamentale, assume una valenza ancor maggiore in quanto ci si trova di fronte ad un adolescente rispetto al quale l'obiettivo primario è sicuramente quello di non interrompere i processi educativi in atto.

È naturale che la prima domanda proposta con insistenza è: di fronte ad una criminalità minorile che desta sempre maggiore allarme sociale, che tipo di risposta si può dare per garantire le attese di protezione dei cittadini? Questa esigenza viene soddisfatta dalla perimetrazione, cioè dalla creazione di un muro alto che li separi dalla realtà esterna? Questo tipo di risultato regge ancora alla luce dei dati che il tasso di recidiva, rispetto al fenomeno della detenzione, registra? In sostanza, la carcerazione intesa con chiavi e sbarre, serve?

---

\* Direttore dell'Istituto Penale per i Minorenni di Nisida — (Napoli)

Gli orientamenti culturali che hanno ispirato talune scelte legislative o progetti di riforma hanno oscillato in Italia ed in Europa, tra due diverse concezioni dei giovani: da un lato visti come persone in crescita, bisognosi di aiuto e di guida, piuttosto che di punizione; dall'altro indicati come una delle fonti più preoccupanti di crimine e disordine sociale.

Parallelamente diversi sono stati anche gli approcci al fenomeno della criminalità minorile: in alcuni casi orientati a garantire un'attenzione estesa e condivisa alla personalità del minore, per offrirgli l'opportunità di costruire un progetto di vita positivo (vedi in questo senso istituti come la sospensione del processo o la messa alla prova ex art. 28 D.P.R. 448/88); in altri, viceversa, volti ad anticipare la soglia del controllo alla sfera di comportamenti pre-criminali, estendendo l'applicazione anche sotto i 14 anni (come in alcune proposte di legge avanzate nel corso degli ultimi anni e alcune leggi nel Regno Unito).

Su questi aspetti della tematica anche io, nel corso degli ultimi anni, ho modificato il mio approccio avvicinandomi alle teorie dell'avvocato Covelli: tradizionalmente lui si è sempre posto come l'alfiere della decarcerizzazione, io della cancerizzazione.

Mentre l'avvocato Covelli ha sempre sostenuto l'inconciliabilità tra la coercizione della pena e l'adesione volontaria che deve motivare il soggetto nei confronti di un qualsiasi progetto di recupero che lo riguarda; io ho spesso affermato che la sanzione è di per sé un momento fondamentale del percorso volto al recupero della persona.

Tuttavia alcune sue riflessioni mi hanno spinto a rivedere le mie posizioni e a ragionare in maniera diversa; con la maturità cadono i capelli ed in pari misura cambiano anche le idee.

In effetti verso quella che viene definita la delinquenza identitaria (o ubiquitaria), che è legata alla tradizionale trasgressione tipica del passaggio dall'adolescenza all'età adulta, così come verso la delinquenza patologica, legata a deficit della personalità, possiamo oggi trovarci d'accordo sulla utilità di offrire risposte flessibili, leggere, non stigmatizzanti.

Resto invece sulle mie posizioni originarie per le forme di delinquenza di esclusione, legata a gravi fattori sociali come la disoccupazione, la mancata integrazione, le migrazioni, il fallimento scolastico, l'utilizzo di sostanze stupefacenti, la mancanza di prospettiva. In questi casi, che sfociano nelle manifestazioni più estreme, che determinano i reati più gravi e la maggiore recidiva, ritengo che sia ancora necessario garantire prioritariamente il bisogno di sicurezza della società (analogamente a quanto accade in Belgio ed Inghilterra), pur senza tralasciare, nell'azione repressiva, l'adozione di principi educativi che possano favorire una "promozione" dell'autore del reato (come accade in Spagna, Francia, Svizzera).

A Nisida , in via empirica, abbiamo provato a chiedere ad alcuni ragazzi, di raccontare come erano prima di entrare in Istituto e come si sono sentiti non appena usciti dalla struttura; in qualche maniera un tentativo di fare con loro un esame del bisogno che avvertivano prevalente rispetto alle loro esigenze di crescita nel momento in cui hanno commesso il reato e come hanno percepito che l'istituzione carcere ha reagito a questo bisogno.

La risposta che è sembrata emergere dalla loro testimonianza definisce i contorni di ragazzi dalla personalità fragile, spinti a vivere di espedienti e senza punti di riferimento di valore. Ragazzi che a noi hanno chiesto una risposta di "senso".

Contestualmente si deve tenere in conto che i principi affermati dalla Corte costituzionale impongono che l'esecuzione della pena di un minore non prescinda mai da una valutazione, che sia sempre flessibile ed individualizzata, di idoneità ed opportunità; valutazione necessaria affinché l'esecuzione della pena e in genere la disciplina delle restrizioni alla libertà personale siano conformi alle esigenze costituzionali di protezione della personalità del minore (sentenze n. 46 del 1978, n. 125 del 1992).

Così anche la finalità rieducativa deve essere assolutamente preminente nell'esecuzione penale minorile (cfr. sentenze n. 168 del 1994, n. 109 e n. 403 del 1997), a maggior ragione "trattandosi talvolta di condannati per gravi delitti, e dunque a pene di non breve durata."

Partendo da questi in-put nella Giustizia Minorile, ed in particolare a Nisida, abbiamo avvertito la necessità di riattualizzare il modello operativo degli Istituti penali minorili anche al fine di uniformarci alle disposizioni contenute nel trattato costitutivo dell'Unione Europea siglato nel giugno 2004, che richiede un coordinamento dei sistemi giuridico – penali dei Paesi membri e include il riavvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori relativi al riconoscimento dei diritti della persona nella procedura penale e dei diritti delle vittime della criminalità.

Per questo motivo si è proceduto all'attivazione di una modalità operativa idonea a definire nuove prassi del controllo, rendendole più confacenti alle esigenze di responsabilizzazione e di reinserimento sociale del minore autore di reato, ponendo al centro temi quali:

- Decentramento
- De-giurisdizionalizzazione della fase esecutiva
- Specializzazione
- Riparazione del danno
- Supporto alle famiglie
- Implementazione di strumenti atti a garantire il reinserimento
- Incremento della sicurezza attivando esperienze di lavoro socialmente utile.

Si è proceduto così ad una revisione e riqualificazione del sistema organizzativo all'interno del quale, come detto, si è cercato di superare la dicotomia sicurezza/trattamento, promuovendo percorsi educativi atti a sviluppare con i giovani detenuti un senso di responsabilità funzionale allo sviluppo della consapevolezza rispetto alle proprie potenzialità e limiti, accrescendo le abilità pro sociali ed il saper essere cooperativo.

L'adozione del principio della responsabilità, come è stato già osservato nella circolare DAP del 25 novembre 2011, in materia di sorveglianza dinamica "segna un passaggio epocale nel sistema penitenziario, dove per la prima volta si fa riferimento al concetto di responsabilità: responsabilità del detenuto verso l'istituzione cui deve rispondere rispettando le regole imposte dal trattamento penitenziario, responsabilità verso le offerte rieducative che ogni Istituto definisce nel progetto pedagogico, responsabilità verso la vittima e la società."

L'approccio al nostro lavoro tende così ad ottimizzare la possibile utilità del carcere. Perché siamo ancora lontani dall'idea secondo cui la libertà, che è sì un valore assoluto, possa essere considerato lo strumento unico di educazione; ed allora anche la restrizione, il carcere, può avere una utilità, servire. Sia chiaro, non serve un carcere come vendetta sociale, esclusivamente contenitivo, che opprime e che non dia spazio alla promozione dell'individuo.

Quello che serve è un carcere che tenga centrale e prioritaria l'esigenza individuale di crescita della persona, configurandosi come un tempo ed uno spazio privilegiato.

Un istituzione nella quale si integri il mandato sociale di sicurezza, con l'esigenza di sostenere una persona che ha sicuramente sbagliato ma che ha bisogno di recuperare degli spazi dove sperimentare un'azione pro sociale.

Naturalmente non potremo essere noi ad indottrinarlo e ad imprimere in lui idee nuove, bensì dovrà essere lui a riscoprire in se, partendo dal suo background, le qualità da tirar fuori.

In questa prospettiva la nostra struttura ha superato l'accezione rieducativa che comunemente viene affermata della funzione della pena, giacché la rieducazione impone una visione i cui da una parte ci siamo noi (lo Stato): i buoni; dall'altro loro: i cattivi.

Viceversa, noi crediamo nella capacità dell'istituzioni di promuovere, nel senso fisico e ideale del termine: promuovere nel senso di far crescere muovendo dall'iniziativa individuale della persona.

È l'individuo che è capace di estrarre da sé gli strumenti e le qualità per andare oltre, ed è dalle sue capacità che si deve partire; noi dentro non possiamo infondere niente!

Quindi un carcere sì, ma che abbia un obiettivo alto: lavorare con l'individuo per la sua promozione. Come arrivare al concetto di promozione? In particolare come possiamo legittimare in questa nuova veste l'azione dell'agente di polizia penitenziaria, tradizionalmente visto come "il carceriere"?

Anche alla luce di quanto è previsto dal combinato disposto dell'art. 5 della legge 395/90 e degli artt. 24 e 42 del regolamento di servizio, si deve necessariamente arrivare a definire un modello organizzativo ed operativo che privilegia, laddove possibile, l'emancipazione da un controllo statico ad un controllo dinamico quale condizione e strumento essenziale per il progetto educativo ed in cui ciascun operatore, secondo il proprio specifico professionale, partecipa fattivamente e con senso di responsabilità al mantenimento della sicurezza e delle regole individuate nel progetto d'Istituto.

Del resto già l'articolo 2 del regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario prevede che " il mantenimento della sicurezza e del rispetto delle regole" è demandato "al personale penitenziario secondo le rispettive competenze" ; così come l'articolo 4 della stessa legge richiede che "gli interventi devono contribuire alla realizzazione di una positiva atmosfera di relazioni umane e svolgersi in una prospettiva di integrazione e collaborazione".

L'impianto di Servizio che ne discende sarà così orientato ad un approccio sistemico, dinamico e multidisciplinare, potenziando la rete intra ed interistituzionale, in cui gli interventi abbiano quale snodo centrale i processi di conoscenza dei giovani ristretti.

Sotto questo profilo la sicurezza, nel contesto detentivo minorile già tradizionalmente qualificato come sistema aperto, costituisce "la condizione" che favorisce la realizzazione del trattamento.

Quindi, la sicurezza non si identifica più con il mero controllo e pertanto non rimane più affidata unicamente alla Polizia Penitenziaria, ma si avvale dell'apporto di tutti gli altri operatori, anche esterni all'Amministrazione, i quali tutti devono perciò concorrere in maniera integrata a rafforzarla.

L'orientamento operativo sopra richiamato è avvalorato dalla Raccomandazione R (2006) 2 sulle Regole penitenziarie Europee del 2006 che, alla numero 51, recita "Le misure di sicurezza applicate nei confronti dei singoli detenuti devono corrispondere al minimo necessario per garantirne una custodia sicura.

La sicurezza fornita dalle barriere fisiche e da altri mezzi tecnici deve essere completata dalla sicurezza dinamica costituita da personale pronto a intervenire che conosce i detenuti affidati al proprio controllo".

Una volta condivisa la necessità di abbandonare l'idea che sia necessario un controllo continuo sul detenuto, salvo che nei casi di riscontrata necessità, la nuova filosofia permette il " superamento del criterio di perimetrazione della vita penitenziaria all'interno della camera di pernottamento (circolare DAP del 25 novembre 2011) .

Oggi quindi a quel “carceriere”, di cui abbiamo parlato prima, viene chiesto di essere altro: viene chiesto di non svolgere solo un compito di sorveglianza statica ma di riuscire a porsi, nell’ambito dell’esercizio della propria funzione specifica, al pari degli altri operatori, come “adulto di riferimento” in grado di interagire, conoscere, capire ed intervenire.

Perché domandare questo ad un operatore di polizia penitenziaria laddove basterebbe solo chiedergli di aprire e chiudere i cancelli?

La risposta è semplice, e l’abbiamo accennata in apertura, perché il carcere che apre e chiude i cancelli è fallito e di questo dobbiamo essere convinti, soprattutto quando l’ondata emozionale dell’opinione pubblica reclama più carcere chiuso. Resta, infatti, il problema che l’opinione pubblica non è stata educata ad accettare il valore di una giustizia diversa.

Quando il Ministro Severino ha proposto come *exit strategy* rispetto al problema del cronico sovraffollamento delle carceri la soluzione di introdurre l’istituto giuridico del *probation*, l’opinione pubblica si è spaventata, nonostante questo sia un istituto radicato in molti ordinamenti europei ed anche nel nostro da oltre trent’anni.

Allora la strada da perseguire non può essere altra che quella della specializzazione, quindi dell’innovazione che risponda ai bisogni concreti espressi dall’esperienza di devianza.

Nel definire le modalità di intervento nella fase di esecuzione penale del processo minorile, la prima esigenza deve essere quella di andare a capire quale sia l’identikit dell’autore del reato.

Ed i modi con cui andremo ad esercitare sicurezza rispetto a ciascuno di questi soggetti dovranno essere diversi; l’unico minimo comune denominatore da considerare dovrà essere rappresentato dal trovarsi di fronte a ragazzi che hanno un bisogno determinato dal loro vuoto esistenziale ... un buco.

I nostri ragazzi lo descrivono come un foro, un vuoto determinato dall’incapacità del contesto sociale, familiare e scolastico di dare contenuti alla loro esistenza, un vuoto che li porta a cercare esperienze estreme e cariche di adrenalina, e tra queste anche il reato.

Quando facciamo trattamento, come quando facciamo sicurezza, dobbiamo essere consapevoli che abbiamo ragazzi con un “buco” che li può rendere altamente feroci, ma anche altamente fragili.

Ritorniamo così a quel bisogno di risposte in termini di “valori” come nella nostra indagine empirica ci hanno chiesto i ragazzi di Nisida.

Nel garantire la società rispetto alla non reiterazione del reato e nell'assicurazione che restituiamo una persona ancor prima di un cittadino, noi dobbiamo cercare di riempire quel buco.

Ed è qui che ritorna il discorso della presenza-valore. Non è se apriamo o chiudiamo quelle celle che generiamo sicurezza sociale! È come lo facciamo che fa la differenza!

In questo modo superiamo la logica della sicurezza garantita dal "perimetro", ma soprattutto riconduciamo la sicurezza in un prospettiva pedagogica: ciascun operatore agisce la propria funzione ponendosi come presenza - valore, esercitando un'azione di presa in carico...di cura.

Gli anglosassoni hanno imparato che in termini di impresa se io voglio venderti un prodotto devo conquistare la tua fiducia.

I ragazzi che sono in carcere vogliono comprare il nostro prodotto, che è in buona sostanza la proposta di aderire alle regole dello Stato?

Quando entrano di certo no, non ne vogliono sapere.

È evidente allora che anche noi, per conquistare la loro disponibilità dobbiamo conquistare la loro fiducia e per avere la loro fiducia dobbiamo dimostrare loro che siamo in grado di prenderci carico dei loro bisogni. Questa dinamica permetterà di attivare una relazione di reciprocità che consentirà di riattivare anche con loro un patto sociale di cittadinanza.

Solo in questo modo riusciremo a rispondere in maniera moderna ed efficace alle esigenze di sicurezza e di giustizia che ci sono richieste dal legislatore.

## NOTE A SENTENZA

LUDOVICA MARTINS

**ABSTRACT**

*The article deals with the decision of the Italian Supreme Court issued on the 27th of February 2014 addressing the issue related to the identification of the judge competent to decide a "shorten" trial, chosen by a minor offender as a consequence of the notification of an "immediate" trial.*

*The Supreme Corte has coped with the question if, in these cases, the competence is - according to Art. 1 of the Presidential Decree no. 448 of 1988 - of the judge of the investigative phase (GIP) formed of one sole person, or of the judge of the preliminary trial (GUP) formed - being a specialised organism - of three people.*

*The intervention of the Supreme Court has been really opportune due to the absence of any dispositions on the point.*

*The Court has ruled that in relation to juvenile proceedings the GUP is competent to decide the "shorten" trials chosen as a consequence of the notification of "immediate" trials in consideration of its specialised nature.*

## Le implicazioni processuali del Diritto all'educazione all'attenzione delle Sezioni Unite

LUDOVICA MARTINS

*"Nel processo penale a carico di imputati minorenni la competenza per il giudizio abbreviato, sia esso instaurato nell'ambito della udienza preliminare o a seguito di decreto di giudizio immediato, spetta al giudice nella composizione collegiale prevista dall'art. 50-bis, comma 2, dell'ordinamento giudiziario"*  
**Cass. Sez. Un. , 27 febbraio 2014 (dep. 5 maggio 2014), n. 18292 — SANTACROCE, Presidente — CONTI, Relatore — B.H.A, ricorrente.**

SOMMARIO: 1. Il caso – 2. L'orientamento prevalente – 3. L'impropria assimilazione tra precostituzione e naturalità del giudice – 4. L'inversione metodologica: il diritto all'educazione e i condizionamenti strutturali.

1. La suprema Corte di Cassazione, nella sua più autorevole composizione, ha risolto il contrasto sulla competenza funzionale a celebrare il giudizio abbreviato, instaurato a seguito di decreto di giudizio immediato, nel caso di imputati minorenni.

L'innovativo principio di diritto ha statuito che *"nel processo penale a carico di imputati minorenni la competenza per il giudizio abbreviato, sia esso instaurato nell'ambito della udienza preliminare o a seguito di decreto di giudizio immediato, spetta al giudice nella composizione collegiale prevista dall'art 50-bis, comma 2, dell'ordinamento giudiziario"*<sup>1</sup>.

E' evidente la svolta giurisprudenziale, che apre il varco a nuovi spunti di riflessione sull'inderogabilità del diritto all'educazione del minore e i suoi riverberi processuali<sup>2</sup>.

Ebbene, al fine di non tradire o anticipare le conclusioni di questo lavoro, e soprattutto per dare senso logico a tutto il discorso che ci si accinge a fare, non può essere omessa la breve e concisa descrizione del caso a monte di tale evoluzione giurisprudenziale, che ha avuto come approdo la statuizione del giudice *"dei diritti"*<sup>3</sup>.

---

1. Cass.Pen SS.UU, 5 Maggio 2014 (ud. 27 Febbraio 2014)n°18292

2. In tal senso, già C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012, p. 77 e ss.

3. G. RICCIO, *"Introduzione allo studio della Cassazione"*, in *Giust. Pen.*, Luglio 2013

Senza voler entrare nel merito sostanziale del fatto contestato e senza dilungarsi inutilmente su singoli riferimenti giudiziari, è opportuno delineare le gradazioni processuali della vicenda, partendo dalla sentenza con la quale il tribunale per i minorenni di Bologna, nella composizione collegiale che viene assegnata al g.u.p. del procedimento penale a carico di minori, nel 2012 condannava l'imputato alla pena di tre anni di reclusione in sede di giudizio abbreviato incardinato su un rito immediato.

Questo provvedimento, di lì a poco, veniva annullato dalla corte d'appello di Bologna, con una sentenza che non prendeva in considerazione le doglianze nel merito, proposte dall'imputato condannato in primo grado, ma che rilevava ex officio una specifica nullità assoluta derivante dalla violazione delle regole relative alle *“condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi stabilito dalle leggi sull'ordinamento giudiziario”*<sup>4</sup>, che il giudice di secondo grado aveva ravvisato nella composizione collegiale e non monocratica dell'organo giudicante.

Relativamente a quanto brevemente esposto, c'è da sottolineare che tale decisione si mostra come una chiara espressione di una delle due distinte interpretazioni che, da tempo, si confrontano sulla questione all'attenzione delle sezioni unite.

Più specificamente, l'interpretazione alla base della sentenza di secondo grado riprende la tesi sostenuta da una consolidata giurisprudenza<sup>5</sup>, secondo cui nel caso di giudizio abbreviato a seguito di giudizio immediato – nel procedimento a carico di minorenni – la competenza è attribuita al giudice per le indagini preliminari, in virtù dell'applicazione letterale del primo comma dell'art 458 c.p.p.

Quest'esegesi sistematica costituisce il riflesso della regola della complementarietà, intesa nel senso di privilegiare un rinvio diretto alla normativa del codice di rito, così come espressamente previsto dalla prima parte del art. 1 del D.P.R 448 del 1988, mettendo in secondo piano il principio di *“adeguatezza applicativa”* che, invece, si ricava dalla seconda parte della disposizione.

Tuttavia, la tesi oggetto di un ricorso per Cassazione proposto dal procuratore generale presso la corte d'appello, il quale in modo molto sintetico, ma chiaro, denunciava la sentenza di secondo grado presso il supremo Collegio, chiedendone l'annullamento e deducendo, come unica motivazione, una vera e propria violazione di legge, nel momento in cui si veniva a negare la competenza del g.u.p (collegiale) a favore del g.i.p (monocratico) nel giudizio abbreviato, incardinato su un rito immediato nel panorama della legislazione penale minorile.

---

4. Art 178 c.p.p

5. Cass pen Sez IV, 16/08/2008 n°38481; Cass pen Sez VI, 05/02/2009 n° 14389; Cass pen Sez II, 12/07/2013 n° 44617)

Secondo questa diversa tesi, che verrà in seguito privilegiata anche dalla seconda sezione rimettente alle sezioni unite – e che risente dell'influenza di parte minoritaria della dottrina<sup>6</sup> – la giurisdizione minorile è tenuta a coniugare il chiaro rinvio alle norme del codice di procedura penale con il principio di specialità, desumibile dal primo comma dell'art 1 del D.P.R 448 del 1988, nella parte in cui enuncia testualmente che le disposizioni del testo normativo debbono essere “applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minore”.

Su questo versante appare l'incompatibilità, con il sistema processuale penale minorile, del primo comma dell'art 458 c.p.p, che prevede la competenza di un organo monocratico come il g.i.p, privo di giudici specializzati.

Sicché il contrasto interpretativo si origina da una *vacatio legis* della normativa in tema di processo minorile, che richiede la collegialità (un giudice togato e due giudici onorari specializzati) del giudice per l'udienza preliminare<sup>7</sup>, nell'osservanza del valore di sintesi del diritto all'educazione.

Da qui la conseguenza, imposta dal tessuto costituzionale, che nell'ipotesi di giudizio abbreviato, su richiesta di parte o del difensore ex art 438 c.p.p, la competenza del giudizio abbreviato spetta al g.u.p collegiale, nonostante si tratti di un giudizio abbreviato, a seguito di richiesta di rito immediato da parte del pubblico ministero.

Tuttavia, da quanto sinteticamente descritto, ci si rende perfettamente conto quale sia l'essenza della questione che le S.S U.U hanno dovuto analizzare e interpretare, ovvero se nel procedimento a carico di imputati minorenni, la competenza per il giudizio abbreviato, instaurato a seguito di giudizio immediato, spetti al giudice per le indagini preliminari (giudice monocratico) ovvero al giudice dell'udienza preliminare nella speciale composizione collegiale prevista dal R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, art. 50 *bis*, comma 2, (Ordinamento giudiziario), aggiunto dal D.P.R. 22 settembre 1988, n. 449, art. 14 (Norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni)”.

---

6. In tal senso già C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale*, cit. p. 83, in cui si afferma che «l'istituzione di questo tribunale si afferma sulla base della consapevolezza che il minore è portato al delitto da complesse carenze di personalità, dovute a fattori familiari, ambientali e sociali, la cui valutazione richiede l'attribuzione della funzione a giudici specializzati, che abbiano capacità particolari per vagliare adeguatamente lo sviluppo psico-fisico, ancora in fieri, di tale soggetto, di esprimere un giudizio che si proietta, finalisticamente, all'individuazione del trattamento rieducativo più appropriato. Tale opzione riconferma la preminenza nel processo penale dell'interesse del minore, non oggetto di una tutela eventuale, ma soggetto di diritti, e tra questi anche il diritto ad un organo giurisdizionale specializzato, composto da magistrati ed esperti in piena coerenza con il valore di sintesi del diritto all'educazione, costituzionalmente sancito e rafforzato dagli strumenti internazionali posti a tutela delle peculiarità della condizione minorile». EADEM, *La competenza a celebrare il giudizio abbreviato, instaurato a seguito di giudizio immediato e il diritto costituzionale all'educazione del minore: una recente decisione della seconda sezione della Cassazione*, in *Gazzetta forense*, febbraio 2014. In tal senso anche G. RICCIO, articolo pubblicato dopo su *diritto e giustizia minorile*, anche se giunge ad una diversa conclusione perché pur partendo dal diritto all'educazione individua come competente il giudice del dibattimento.

7. R.D. 30 gennaio 1941, n. 12. Art 50-bis comma 2 “Nell'udienza preliminare, il tribunale per i minorenni, giudica composto da un magistrato e da due giudici onorari, un uomo e una donna, dello stesso tribunale.”.

Anche se argomento complementare e necessario allo sviluppo di questa riflessione, è la problematica strettamente procedurale relativa alla nullità assoluta- rilevata in secondo grado-, ci si rende perfettamente conto che è su questo terreno che si contrappongono le due teorie. Sicuramente è già possibile desumere come tutta la questione si incentri principalmente su una profonda dialettica teorica, dai complessi risvolti applicativi, che potremmo sintetizzare con il riferimento alla complessa interazione tra il concetto di *complementarità* e quello di *specialità*<sup>8</sup>.

Ma se, da un lato, la capacità di sintesi ha sempre un valore cognitivo efficace ed immediato, dall'altro lato, non ci si può esimere, soprattutto in questo ambito, da una compiuta ed analitica descrizione delle due posizioni opposte, che si sono pacificamente desunte dal caso processuale sopra riportato, e che si sostanziano in due orientamenti giurisprudenziali e dottrinali totalmente opposti e (forse) difficilmente conciliabili.

Tutto ciò sempre tenendo ben presente che l'operazione che ci si accinge a compiere non vuole dare demerito all'una o all'altra posizione, ma semplicemente mira a cogliere quel *quid pluris* che bisogna tener presente quando ci si muove nel panorama della legislazione penale minorile!

2. L'orientamento giurisprudenziale<sup>9</sup>, prevalente, ha sempre risolto la questione dando credito ad una costruzione "*per tabulas*"<sup>10</sup> e ad un ragionamento all'insegna della rigida sistematicità. L'itinerario esegetico attraverso cui la giurisprudenza di legittimità perviene all'individuazione della competenza del giudice per le indagini preliminari e, quindi, di un organo monocratico togato, ma non specializzato, ha origine da quella che la stessa giurisprudenza definisce una lacuna legislativa.

Infatti la questione oggetto di questo lavoro - ovvero se nel giudizio abbreviato incardinato su un rito immediato la competenza a giudicare sia del giudice per le indagini preliminari oppure del giudice per l'udienza preliminare- negli ultimi anni è stata spesso sottoposta al vaglio della suprema Corte, che quindi si è trovata a lungo dinanzi a questa problematica.

Però il dato maggiormente rilevante è che la Cassazione sul punto non solo è pervenuta sempre allo stesso risultato giurisprudenziale attribuendo una piena competenza al giudice per le indagini preliminari, ma soprattutto ha sempre basato la sua interpretazione sul medesimo percorso logico-normativo, partendo dal presupposto che la mancanza di "*indicazioni specifiche*" all'interno del D.P.R. 448 del 1988 quanto al giudice competente per in giudizio abbreviato a seguito di rito immediato si rifletteva in un chiaro richiamo alle norme del procedimento ordinario.

---

8. G. RICCIO "La procedura penale tra storia e politica" Editoriale Scientifica, Napoli.

9. Cass pen Sez IV, 16/08/2008 n°38481; Cass pen Sez VI, 05/02/2009 n° 14389; Cass pen Sez II, 12/07/2013 n° 44617)

10. G. RICCIO "*Il filo rosso tra complementarità e specialità nella giurisdizione minorile*" Diritto e Giustizia Minorile, anno II n° 2 e 3- 2013

11. Cass pen Sez IV, 16/08/2008 n°3848

Secondo la Cassazione, quindi, tale lacuna normativa doveva essere risolta mediante una semplice opera di rinvio legislativo alle norme del codice di rito, in virtù della tecnica di rinvio di cui all'art 1 del D.P.R 448 agli articoli del codice di procedura penale per quanto non previsto dal D.P.R stesso<sup>12</sup>; e seguendo tale logica interpretativa, appare naturale il rinvio all'art 458 c.p.p dal quale si desume pacificamente come, nel procedimento ordinario, giudice competente per giudicare un abbreviato instaurato su rito immediato sia il giudice per le indagini preliminari..

A voler seguire tale ricostruzione un minore che abbia richiesto, esercitando un suo diritto, un giudizio abbreviato a seguito di rito immediato dovrebbe essere giudicato da un solo giudice, dal momento che secondo le norme dell'ordinamento giudiziario il giudice per le indagini preliminari nel procedimento a carico di minori è organo monocratico e, quindi, la funzione di ius dicere sarebbe priva dell'apporto dei giudici onorari specializzati sulla condizione peculiare di minori sottoposti ad un procedimento penale.

Si vuole sottolineare che la Cassazione, fino a poco tempo fa, ha trascurato le implicazioni processuali del diritto all'educazione che impongono il ricorso al principio di adeguatezza applicativa; pur consapevole del carattere "*fondamentale di tale principio*"<sup>13</sup>, la Corte, prima dell'intervento delle sezioni unite, non ha ritenuto di attribuire ad esso un'efficacia condizionante tale da determinare il mutamento della competenza funzionale del giudice in sede di abbreviato incardinato su immediato.

Si tratta, evidentemente, di un orientamento rigido e, quindi, poco sensibile ai bisogni costituzionali di tipo educativo, che riduce la portata della regola di adeguatezza applicativa nei punti di frizione con la regola della complementarità, di fronte alla quale qualsiasi deduzione deve cedere il passo.

Ricapitolando possiamo osservare come chiedendosi se il giudice per l'udienza preliminare -così come previsto per il processo a carico di minori, quindi collegiale e specializzato- sia competente, o meno, per decidere in ordine ad un giudizio abbreviato, instaurato su rito immediato, la Cassazione abbia sempre ravvisato (prima delle sezioni unite) come fondamento per la sua decisione la mancanza di una normativa specifica nel D.P.R del 1988, che definisse tale questione procedimentale e di conseguenza abbia sempre preferito rifarsi esclusivamente a quel principio di complementarità che in ogni caso 'abita' nel procedimento penale a carico di minorenni.

---

12. Art 1, comma 1 D.P.R 448 del 1998: "Nel procedimento a carico di minorenni si osservano le disposizioni del presente decreto e, per quanto da esse non previsto, quelle del codice di procedura penale. Tali disposizioni sono applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minorenne".

13. Cass pen Sez IV, 16/08/2008 n°3848

Appare chiaro che leggendo la questione dalla sola prospettiva del principio di complementarità, escludendo totalmente la componente di adeguatezza applicativa, non si può non riconoscere “vincente” la tesi che attribuisce la competenza per il giudizio abbreviato instaurato su rito immediato all'organo monocratico del giudice per le indagini preliminari.

Tuttavia, l'intento di questo lavoro non è screditare o rivestire di demerito questo -fino ad ora- consolidato orientamento giurisprudenziale, ma bensì sottolineare i punti innovativi che le sezioni unite ci hanno offerto e, in qualche modo, dare risalto al principio di legalità, cardine della nostra legislazione, che oramai deve acquisire nel panorama cognitivo collettivo nuova forza sostanziale, più che formale: il diritto è vita – diceva Salvatore Satta – ed in quanto tale (senza tradire il senso del principio di legalità) deve avere effettività!

Di questo realismo, espressione della funzionalità del principio di legalità, è manifestazione peculiare la soluzione ermeneutica individuata dalle Sezioni unite, che recepisce nel principio di diritto le sollecitazioni dottrinarie in ordine all'inderogabilità del diritto all'educazione, condizionante le strutture processuali.

3. Ma è necessario, per dare completezza all'analisi della posizione delle Sezioni unite, spostare l'attenzione su di un'altra questione, egualmente importante, relativa alla nullità assoluta che si originava nell'ambito della sentenza di secondo grado.

Più specificamente il Supremo collegio, pur riconoscendo il cuore della problematica che si è trovato a dirimere, preliminarmente decide di soffermarsi sul motivo per cui la corte d'appello annullava la sentenza di primo grado, rilevando d'ufficio una nullità assoluta, ex art 178 lett. a) e 179 c.p.p, concernente l'inosservanza delle “condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi stabilito dalle leggi di ordinamento giudiziario”<sup>14</sup>, derivante dall'incompetenza del giudice nella composizione collegiale.

Ed è proprio su questo primo punto che è possibile azzardare una critica relativa alla costruzione logica postulata dalle SS.UU.

Definire causa di nullità, prima ancora che assoluta, l'eventuale incompetenza funzionale, così come è stato espressamente dichiarato dalla Cassazione, significa riproporre un vizio ermeneutico, che confonde piani differenti sui quali si muovono, da un lato, il concetto di naturalità/imparzialità e, dall'altro, il concetto di precostituzione del giudice;

---

14. R.D 30 Gennaio 1941 n° 12

i cui contenuti, valori e natura sono diversi e i cui metodi risolutivi vivono piani del tutto inconciliabili, in quanto la competenza funzionale *si iscrive nel percorso normativo posto a tutela della naturalità/imparzialità dell'organo giurisdizionale, diversamente dalla competenza per materia e per territorio, che appartengono all'ambito della precostituzione*<sup>15</sup>.

Da quanto appena detto emergono le ragioni che impediscono l'assimilazione tra l'incompetenza per materia e l'incompetenza funzionale, e che la violazione di quest'ultima non è sanzionabile con l'istituto della nullità, ma rilevando nell'ambito della naturalità e dell'imparzialità del giudice, è suscettibile di acquiescenza o di risoluzione attraverso la "ricusazione", con la conseguenza che, pur volendo sostenere la teoria di quanti siano convinti che, nel caso di giudizio abbreviato incardinato su un rito immediato, la competenza sia del giudice per le indagini preliminari, l'eventuale vizio della sentenza di primo grado, rilevando come vizio di incompetenza funzionale, non si sarebbe dovuto rilevare d'ufficio come nullità assoluta.

Più specificamente, la competenza funzionale, da un punto di vista strutturale, è totalmente estranea al difetto di capacità richiamato dall'art 178 lett a) c.p.p; ed inoltre, partendo dal presupposto che l'incompetenza funzionale costituisce un limite all'esercizio ulteriore dell'attività giurisdizionale, l'eventuale superamento di tale limite da parte dell'organo giurisdizionale comporta addirittura un difetto di potere<sup>16</sup>! Appare logico, da quanto appena esposto, che l'eventuale vizio di incompetenza funzionale è rilevabile dal soggetto interessato solo sotto forma di abnormità-ricusazione<sup>17</sup>.

Questa premessa è necessaria ai fini una compiutezza logica e discorsiva dell'analisi della Sentenza delle Sezioni unite, ma la sua importanza viene in qualche modo messa in secondo piano dalla definizione del cuore della questione, relativa alla competenza del giudice in caso di giudizio abbreviato a seguito di rito immediato su richiesta del pubblico ministero.

La statuizione del Supremo collegio, rappresenta una fondamentale svolta legislativa in primo luogo per il cambio di tendenza rispetto alla giurisprudenza dominante e soprattutto perché finalmente accoglie con forza e convinzione importanti principi portati avanti da parte della dottrina<sup>18</sup>, ma che fino ad oggi non erano mai entrati nel panorama giurisprudenziale del giudice di legittimità!

---

15. C. IASEVOLI "La competenza a decidere il giudizio abbreviato, instaurato a seguito di giudizio immediato, e il debutto in Cassazione del diritto all'educazione del minore" *Diritto e Giustizia Minorile*, anno III n° 1-2014, ma già G. RICCIO, voce competenza funzionale; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*.

16. G. RICCIO, voce competenza funzionale, (dir. proc. pen), in *Enc. Giur. Treccani*, agg, Roma, 2003, p.7

17. C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*.

18. C. IASEVOLI "La competenza a decidere il giudizio abbreviato, instaurato a seguito di giudizio immediato, e il debutto in Cassazione del diritto all'educazione del minore" *Diritto e Giustizia Minorile*, anno III n° 1-2014, ma già G. Riccio, voce competenza funzionale; G. RICCIO "La procedura penale tra storia e politica" Editoriale Scientifica.

Come già accennato all'inizio di questo lavoro, la teorizzazione che sottende la statuizione delle Sezioni unite ( e che richiama le posizioni del procuratore generale come della seconda Sezione rimettente) parte dal presupposto che la giurisdizione minorile è connotata, oltre che da un chiaro rinvio alle norme del codice di procedura penale, anche e soprattutto, da uno specifico principio di specialità facilmente desumibile dal primo comma dell'art 1 del D.P.R 448 del 1988 nella parte in cui enuncia a chiare lettere come le disposizioni del testo normativo debbano essere “applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minore”; cosicché secondo questa costruzione teorica l'applicabilità del primo comma dell'art 458 c.p.p. risulta totalmente incompatibile con un importantissimo fondamento del sistema processuale penale minorile.

4. Così come il processo penale ordinario, anche il processo penale a carico di minori ha come obiettivo principale l'accertamento del fatto. Ma senza farsi influenzare da un atteggiamento “paternalista”, e soprattutto non consono al tema del diritto, non è negabile la forte componente che il diritto all'educazione, derivante dalla particolare condizione in via di sviluppo del minore, rivesta nel panorama della legislazione penale minorile.

Se, infatti, l'art 1 del D.P.R rinvia espressamente al codice di rito nell'ipotesi di lacune normative, è pur vero che il principio di *adeguatezza applicativa*<sup>19</sup> che chiude il primo comma dell'art 1 non può passare inosservato, cioè non può non essere preso in considerazione.

Nell'ambito di un procedimento alternativo abbreviato, ove viene definito in via anticipata il giudizio per un minorenni, che - tra l'altro- può essere positivo o negativo, è fondamentale tutelare il minore con tutte le garanzie, ma soprattutto con tutte le garanzie che vengono espressamente previste dal codice: sottolineare che “*tali disposizioni sono applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minorenni*”, vuol dire riconoscere la specialità della condizione del minore, cioè riconoscere la necessità che tutte le norme predisposte per un procedimento a carico di minori siano applicate nel pieno rispetto della sua personalità e del suo sviluppo, indirizzo che – com'è ovvio dedurre- un giudice togato, seppur specializzato, non può valutare in assenza di specifici esperti ( i giudici onorari che formano il collegio g.u.p nel procedimento a carico di minorenni) formati proprio per queste attività di indagini sulla personalità del minore!

---

19. Art 1, comma 1 del D.P.R 448 del 1988 “Nel procedimento penale a carico di minorenni si osservano le disposizioni del presente decreto e, per quanto da esse non previsto, quelle del codice di procedura penale. Tali disposizioni sono applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minorenni”.

Ed in un contesto storico di pluralismo delle fonti non si può ignorare che la Corte Europea dei diritti dell'uomo abbia affermato che è “*essenziale trattare un bambino accusato di reato con modalità che tengano pienamente in considerazione la sua età, la sua maturità e la sua capacità sul piano intellettuale ed emotivo, adottando misure atte a favorire la sua comprensione e partecipazione al processo*”<sup>20</sup>.

E' evidente che tali “modalità” e tali “misure” si sostanzino nella collegialità di un organo come il giudice per l'udienza preliminare e nella presenza al suo interno di soggetti specializzati rispetto alla condizione di minore!

Infatti, quale senso avrebbe avuto predisporre un procedimento ad hoc a carico di minorenni, se poi i principi ispiratori e a base della diversificazione degli iter procedurali non vengono osservati? La risposta è semplice: nessun senso.

Ed invero, il D.P.R. dell'88 un senso lo ha: un senso volto esclusivamente all'accertamento del fatto nell'ipotesi di un procedimento penale a carico di minorenni, con la consapevolezza di una necessaria diversificazione rispetto al procedimento ordinario, derivante dalla specializzazione del minore sul quale si deve riflettere anche una specialità dell'organo giudicante.

Se, da un lato gli articoli 26<sup>21</sup> e 27<sup>22</sup> del D.P.R. 1988 si caratterizzano per essere la decisione presa dal giudice per le indagini preliminari (che nel processo a carico di minori è organo monocratico e quindi non specializzato come il giudice per l'udienza preliminare); dall'altro lato la immediata declaratoria di non punibilità, e la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto sono provvedimenti che non hanno natura afflittiva, non riguardano decisioni nel merito e che, soprattutto, sono volte, all'anticipata fuoriuscita del minore dal procedimento penale.

Da ciò deduciamo che tali istituti rispecchiano pienamente un principio primario e ispiratore di tutto il procedimento a carico di minorenni, ovvero il diritto all'educazione.

Dall'altro lato, il giudizio abbreviato incardinato, o meno, su un rito immediato è luogo di definizione del processo e per questo richiede la composizione del collegio, contraddistinta dalla presenza di esperti che sono gli unici in grado di effettuare valutazioni interdisciplinari e di assicurare quell'effettiva specializzazione del giudice a tutela della delicata condizione del minore, ancora *in fieri*.

---

20. Corte Edu, 16 Dicembre 1999, V. c. Regno Unito, in Recueil des des arrêts et décisions, 1999- IX

21. Art 26 D.P.R., Obbligo della immediata declaratoria di non punibilità : “In ogni stato e grado del procedimento il giudice, quando accerta che l'imputato è minore degli anni 14, pronuncia, anche d'ufficio, sentenza di non luogo a procedere trattandosi di persona non imputabile”.

22. Art 27, comma 1 D.P.R. Sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: “Durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e la occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne.

L'essere pienamente in linea con la recentissima decisione delle Sezioni Unite non mira a screditare le sistematiche interpretazioni che sostengono la teoria del giudice per le indagini preliminari; ma cerca di cogliere pienamente l'essenza e la struttura che regge il procedimento penale a carico di minorenni.

Tutto deve partire dalla consapevolezza che il Diritto all'Educazione, nelle sue molteplici sfaccettature, è l'obiettivo primario che deve tessere le fila della legislazione penale in tema di minori alla luce delle regole secondo cui “*tali disposizioni sono applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minore*”.

Essa mira alla costruzione di un “*processo educativo capace di ridurre il danno prodotto dal processo sul minore, soggetto da proteggere-anche da se stesso-perché rappresenta il futuro del nostro paese*”<sup>23</sup>.

Partire da questa consapevolezza è un presupposto fondamentale per dare pieno riconoscimento al valore costituzionale del diritto all'educazione: infatti, anche se tale principio non è stato direttamente espresso dall'Assemblea Costituente tramite una norma ad hoc, esso si individua facilmente in molteplici articoli della nostra Carta.

Ecco come si perviene alla necessità che “complementarietà” e “specialità” devono convivere nel pieno riconoscimento della tutela del minore attraverso gli istituti che lo stesso codice minorile ha predisposto.

Ma non bisogna dimenticare che in tale prospettiva un ruolo primario dovrebbe essere rivestito dal legislatore, in un operazione volta alla risoluzione delle molteplici lacune legislative che darebbe finalmente concretezza applicativa al panorama della legislazione penale minorile!

---

23. G. RICCIO “*Il filo rosso tra complementarietà e specialità nella giurisdizione minorile*” Diritto e Giustizia Minorile, anno II n° 2 e 3- 2013