Diritto e Giustizia Minorile

Rivista Giuridica Trimestrale

2

2015 · ANNO III
aprile | settembre

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,
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,
Giuseppe Sassone, 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, Mario Griffo, Silvio Mancini,
Valentina Masarone, Antonio Nappi,
Maurizio Pierantoni, Ornella Riccio,
Gennaro Demetrio Paipais, 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 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 2015, CODICE ISSN 2280-4323
Inserita nell'archivio del CINECA: "DirGiusMinorile" n. E217312
Sede legale: Via Bernardo Cavallino 6, 80128 Napoli

www.dirittoegiustiziaminorile.it | info@dirittoegiustiziaminorile.it

INDICE

L'EDITORIALE

A Giovanni Conso 06
GIUSEPPE RICCIO

L'OPINIONE

Qualche riflessione sui fondamenti normativi dell'interpretazione in materia penale 9
SERGIO MOCCIA

La non punibilità per particolare tenuità del fatto e la dinamica degli accertamenti 14
MARIANO MENNA

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

DIRITTO SOSTANZIALE

Responsabilità penale dei minorenni nell'ordinamento giuridico spagnolo 21
MARÌA JOSÉ JIMÉNEZ DÌAZ

Profili di rilevanza penale del c.d. turismo procreativo tra diritto dei genitori all'autodeterminazione e tutela del minore 45
FLAVIA ACCARDO

I reati culturalmente motivati. Spunti di riflessione a partire da due recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità 57
CLAUDIA SANTORO

DIRITTO PROCESSUALE

L'indagine penale da parte del pubblico ministero nell'ordinamento brasiliano 80
GERALDO PRADO

Le indagini preliminari nel processo penale a carico di minorenni in Spagna 95
GEMMA GARCÍA ROSTÁN CALVÍN - SALVADOR TOMÁS TOMÁS

INDICE

GIUSTIZIA MINORILE

Delinquenza giovanile in Brasile e la discussione sulla riduzione della maggior età penale 141

BRUNA DE CASTRO E SILVA

GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

DIRITTO SOSTANZIALE

Sulla configurabilità dell'ipotesi di cui all'art. 629 c.p. nella forma tentata 151

RAFFAELE COPPOLA

DIRITTO PROCESSUALE

Anche lo straniero, così come il cittadino italiano, non può invocare l'errore nella disciplina degli arresti domiciliari 158

RAFFAELE COPPOLA

GIUSTIZIA MINORILE

Il diritto della madre a mantenere l'anonimato 163

PAOLO SCEUSA

NOTE A SENTENZA

Il danno da nascita indesiderata 184

MARTINA MALVAGNI

ESPERIENZE

La sospensione del procedimento con messa alla prova nella fase delle indagini preliminari al vaglio della magistratura minorile napoletana 192

ALDO CIMMINO

L'EDITORIALE

GIUSEPPE RICCIO

A Giovanni Conso

Interrompo, questa volta, la consuetudine della presentazione dei saggi che di volta in volta arricchiscono la Rivista, abitudine che ha accompagnato il suo rinnovamento editoriale.

Interrompo una consuetudine coltivata per aggiornare il bagaglio di conoscenze che ho acquisito nella lunga vita universitaria, approfittando degli studi che autorevoli autori, anche stranieri offrono al pubblico di questa raccolta, il cui impegno si appunta, non più solo sui temi della giurisdizione minorile, ma sul bisogno di offrire al crescente pubblico riflessioni nuove sulla attualità politica e giudiziaria ed approfondimenti dogmatici mai coltivati a sufficienza e che, invece, furono passione irresistibile dei Nostri Maestri.

Interrompo la consuetudine scientifica con la Rivista, che già in tempi risalenti ha visto la presentazione dei saggi di chi fu Maestro della Procedura penale, per immergermi nell'evento della *e* per *la Procedura penale, che ha segnato il recente mese di agosto: Giovanni Conso non c'è più, notizia che ha attivato la retorica della morte e della commemorazione che Gli era dovuta, ma dalla quale rifuggo per congenita incapacità di fronte al mistero della vita, soprattutto perché esso non ferisce solo me: molti hanno perduto un Maestro ed un Amico; la Procedura penale (*meglio*: il mondo della Giustizia) ha perso un esempio inimitabile di stile professionale.*

Per questa doppia componente del rapporto con Lui – rappresentato dalla prima lettera alta perché era un Maestro maiuscolo ed un Amico maiuscolo – , il lettore mi perdonerà se mi disinteresso del curriculum *dell' uomo di stato e delle istituzioni su cui ogni foglio si è impegnato e che noi, soprattutto noi del secolo breve, conosciamo bene per averlo seguito ed ammirato nel suo lungo* cursus honorum*; mi perdonerà, il lettore, se mi lascio trascinare dai ricordi, essendo motivato dal bisogno di fornire ai più giovani, che per ragioni generazionali lo hanno seguito meno o, addirittura, non hanno avuto la mia stessa fortuna, un maldestro ritratto di una Persona che seppe fare dell' insegnamento una ragione di vita, soprattutto un Mestiere nobile da trasmettere a quanti con iniziale apprensione si avvicinavano a Lui, Mentore delle migliori intelligenze del Paese,* quando "la Procedura penale era una cosa seria che bisognava prendere sul serio".

E' stato questo il più alto insegnamento di Giovanni Conso a cui teneva particolarmente e su cui insisteva senza sosta, in verità inutilmente, giacché il Suo tratto umano era la migliore dimostrazione della Sua convinzione, avvolta intorno alla tutela della dignità della Persona, che anteponeva al sapere scientifico; anzi tra loro Egli creava un rapporto di strumentale reciprocità, ponendo il sapere al servizio delle libertà, ma riconoscendo che la libertà è meglio percepita da chi cura il sapere.

Erano lezioni che il Maestro impartiva, a ciascuno ed a tutti, con tono dimesso, e con prorompente personalità; che avvertivi da lontano: non vedendolo sapevi che era lì in quel capanno di giovani, che facevano ressa per salutarlo prima di un Convegno o di una lectio*, a cui il più delle volte si andava soprattutto per ascoltare Lui; e Lui con signorile cordialità si intratteneva con tutti e con ciascuno, dispensando con inusitata modestia pillole di saggezza e stile di vita.*

È stato così anche per me.

Dopo un contatto epistolare l'appuntamento era lì a Firenze nel 1977 per il convegno su "Pretore o giudice unico". L'attesa fu lunga per il saluto. Ai piedi del monumentale scalone che accoglieva "i lavori", Giovanni Conso stringeva la mano a quanti si avvicinavano, docenti affermati o sconosciuti neofiti; e, soprattutto, a questi Egli dispensava interesse ed incoraggiamenti, attenzione e cura; al punto da leggere ogni rigo che gli veniva spedito dai giovani allievi sparsi nel Paese e in gara per reclamare quel raro privilegio, che avvertivo come permanente stimolo, nonostante la sua cortese amicizia ed un impagabile modestia lo spingessero a suggerirmi di "risparmiarlo".

Allora, lì a Firenze, non capii fino in fondo il saluto "ah, lei è Riccio"; lo compresi a fine convegno quando incuriosì l'uditorio con l'inizio della Relazione di sintesi; «ha ragione il Prof. Riccio», disse; e ciò mi ripagava della recentissima bocciatura al concorso a cui avevo partecipato in quel tempo. Saluto e riconoscimento si unirono in una lezione di vita.

Capii che era tempo delle scelte; non professionali, per carità; era il tempo dell'impegno; bisognava rompere gli indugi; era necessario vincere la pigrizia che mi avevano inculcato quanti ritenevano i Convegni mere esibizioni; dovevo tornare ai tremori del risalente convegno di Lecce, quando avvertii impotenza e limiti di fronte ai Maestri che discettavano sulla riforma del Codice di Procedura penale, sui fronti contrapposti del processo con istruzione o del processo senza istruzione.
E, pure in questa vicenda Giovanni Conso dimostrò il suo elegante tratto di Uomo singolare.

Indipendentemente dalle sue convinzioni, egli sposò il processo di avvicinamento della giustizia penale alla democrazia. Fu una stagione irripetibile per la Procedura penale in cui Egli fu eccellente protagonista, con Pisapia ed altri, soprattutto per la capacità di guidare - Lui, "chioccia" per eccellenza - le nuove generazioni dei processualisti, molti dei quali gli hanno fatto onore sul piano della scienza.

Come dimenticare un Uomo così, gentile signora Rita, compagna accorta ed apprensiva. Come dimenticare le sue lacrime all' annuncio della morte di Vittorio, suo allievo prediletto ed ora di nuovo insieme.

Come dimenticare un Uomo così, cortese compagno di viaggio in questa lunga stagione di passione per la Giustizia; come dimenticare il suo stile (forse) più del suo sapere. Come dimenticare la missione che svolse e che ora affida a noi.

Come non raccogliere l' amarezza, che avvertiva negli ultimi tempi, perché "la Procedura penale non è più una cosa seria", preoccupazione che sussurrava appena per evitare che altri potessero perdere l'entusiasmo che lo aveva animato per tutta la vita, ma che per noi, cari compagni di cammino, costituisce un inquietante allarme.

L'OPINIONE

Qualche riflessione sui fondamenti normativi dell'interpretazione in materia penale

SERGIO MOCCIA

ABSTRACT

The topic of the interpretation is connected to the one of legality, in particular in the light of the principles of certainty and completeness.

Dall'angolo visuale del diritto penale sostanziale, il tema dell'attività ermeneutica si lega strettamente a quello della legalità, in particolare sotto il profilo della determinatezza/tassatività.

L'aspirazione illuministica ad un diritto penale laico, espressione del contratto sociale e, dunque, di democrazia, si riflesse, com'è noto, pure nella ricerca di soluzioni normative tali da porre argini all'arbitrio del giudice.

Non si trattava di un'istanza puramente teorica, ma della critica ad una realtà di gravissima incertezza del diritto, dovuta alla confusione delle fonti, all'oscurità delle norme e all'imperare di una giurisprudenza creativa, nelle forme dei *crimina* e delle *poenae extraordinariae* e del ricorso casistico – slegato dai vincoli della sistematica, in assenza di una parte generale – all'*opinio doctorum*.

E le soluzioni normative venivano proiettate nella riserva di legge, nella codificazione, nella rarità delle leggi penali, nella loro chiarezza, nella verificabilità empirica delle fattispecie.

Tutto ciò doveva costituire la premessa indispensabile perché dal governo dei giudici si passasse a quello delle leggi, e, quindi, perché il potere giudiziario fosse soggetto a quello legislativo: perché il giudice fosse *bouche des lois*.

Si tratta di ideali che, attraverso percorsi complessi e plurisecolari, sono divenuti principi costituzionali del nostro ordinamento: riserva di legge, determinatezza – anche *sub specie* verificabilità empirica – e tassatività, sussidiarietà del diritto penale, soggezione dei giudici alla legge (art. 101, co. 2 Cost.). Essi esprimono ancora oggi esigenze irrinunciabili, come quelle di democrazia e di garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo, che sono sempre in pericolo quando interviene il potere punitivo. E tutti i cittadini, compresi i giudici, «hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi», come recita l'art. 54 Cost.: la distanza della prassi dai principi costituzionali non può costituire argomento per un disincantato realismo, nei fatti eversivo di quei principi, ma deve indurre – secondo l'idea di "utopia concreta" – ad un impegno costante volto al superamento dell'attuale crisi della legalità e, con essa, dell'attività ermeneutica.

Un tale superamento passa attraverso l'analisi e la critica delle ragioni della crisi della legalità.

La prima di esse è rappresentata dallo stato della legislazione penale. Un codice obsoleto, sul piano ideologico oltre che dell'adeguatezza al mutamento economico, sociale, culturale, tecnologico; oramai reso irriconoscibile da amputazioni ed innesti, prevalentemente di carattere emergenziale. Una legislazione extracodicistica alluvionale, sovente inefficace, talora draconiana – si pensi alla disciplina degli stupefacenti –, talora di privilegio per i 'reati da gentiluomini'.

Una serie di novelle – a partire da quella del 1974 – che, per sopperire alla mancata riforma, sono andate sempre più ampliando gli spazi di discrezionalità giudiziale, anche attraverso l'ampliamento delle fattispecie e la proliferazione incontrollata di circostanze, non insovente indefinite: dall'"ingente quantità" (art. 80 co. 2 t.u.) alla "lieve entità" (art. 73 co. 5 t.u.) della disciplina degli stupefacenti, ai casi di violenza sessuale di "minore gravità" (art. 609-*bis* co. 3 c.p.), ove l'indeterminatezza della circostanza è conseguenza di quella della fattispecie, imperniata sul concetto di "atti sessuali".

Il dato secondo cui ormai ci troviamo di fronte ai brandelli di un sistema penale è la prima ragione della crisi dell'attività interpretativa del giudice. Infatti, dall'inadeguatezza del codice Rocco a fronte di fenomeni criminali talora nuovi – criminalità ambientale, ad esempio – e dalla mancanza di interventi strutturali di riforma legislativa sono scaturite, da lungo tempo, perniciose tendenze verso forme di supplenza giudiziaria. Ancora, a fronte di livelli sanzionatori talora insopportabilmente repressivi o ritenuti, al contrario, inadeguati per difetto, si è assistito ad una vera e propria riscrittura giudiziale, di taglio casistico ed intuizionisticamente equitativo, delle regole della commisurazione della pena – suggellata sovente dall'autocertificazione, non sindacabile in Cassazione, secondo cui la pena irrogata è "congrua" –; tale riscrittura è stata certamente favorita da una disciplina legislativa onnicomprensiva sul piano degli indici fattuali ed ambigua sotto il profilo degli indici finalistici.

Alla crisi della legislazione ed alla crisi della politica è corrisposta, poi, negli anni dell'emergenza terroristica, di quella mafiosa e soprattutto di Tangentopoli, l'esaltazione, avallata dai mass-media, del potere giudiziario quale potere per definizione buono, ritenuto l'unico baluardo della legalità costituzionale. La grave corruzione politico-amministrativa, la pessima qualità dei prodotti legislativi e la creazione di un doppio binario della legislazione penale, tra diritto penale del nemico e, all'opposto, dell''amico', hanno contribuito a determinare atteggiamenti di superiorità del potere giudiziario, poco attenti alla soggezione del giudice alla legge ed alle stesse garanzie costituzionali del diritto penale: prima fra esse, il principio di legalità.

Anche il sindacato di legittimità costituzionale delle leggi penali e processuali penali ha subito, in talune occasioni, un'impropria espansione attraverso il richiamo al principio costituzionale, ampiamente indeterminato, della ragionevolezza: emblematiche, ad esempio, alcune pronunce in tema di 'non dispersione della prova'.

Ma il segno più evidente dell'eccessivo spazio rivendicato dalla magistratura nella stessa produzione del diritto è costituito dalla valorizzazione del cosiddetto diritto vivente. La Corte costituzionale, utilizzando tale criterio per salvare la legittimità di norme carenti sul piano della determinatezza – si veda, ad es., la sent. n. 21/1990, in materia di inosservanza di misure di prevenzione – ha finito per svuotare di contenuto il principio di determinatezza: la cui *ratio* impone al legislatore il dovere di definire con chiarezza e precisione le fattispecie per limitare la discrezionalità giudiziale e, quindi, risulta violata allorché non è il legislatore, ma la giurisprudenza a definire, con interpretazioni talvolta stabili, ma molto più spesso oscillanti, la sfera del punibile.

All'ampliamento dello spazio discrezionale del giudice ha contribuito considerevolmente, inoltre, il modo in cui è stata concepita l'europeizzazione del diritto penale.

Così, su un primo versante, quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'art. 7 è stato impropriamente accostato al principio di legalità come noto alla tradizione degli stati di diritto dell'Europa continentale:

si è, così, prospettata una riduzione del contenuto essenziale della legalità alla sola "prevedibilità ed accessibilità" del diritto penale, che, certamente, consente di ridurre ad un massimo comune denominatore le esperienze giuspenalistiche di *civil* e *common law*, ma al gravissimo costo di rinunciare ad aspetti qualificanti della legalità costituzionale, che connotano la stessa forma di stato e incidono sulla separazione dei poteri. Quando, infatti, si rinuncia alla riserva assoluta di legge, non richiesta dall'art.7 CEDU, ed alla determinatezza legale – non richiesta dall'art. 7 e non certo conseguibile attraverso l'opera della giurisprudenza, interna o della Corte EDU ! – è al fondamento contrattualistico, democratico, parlamentare della legalità che si rinuncia.

I guasti di un tale ordine di idee sono chiaramente percepibili anche nel nostro ordinamento, basti pensare alla recente sentenza delle Sezioni Unite n. 34952 del 19 aprile 2012 in tema di rapina: in essa si afferma che, se è vero che il tenore letterale della legge non consente di configurare il tentativo di rapina impropria, tuttavia l'art.7 CEDU impone di intendere la legalità nel senso di prevedibilità ed accessibilità della giurisprudenza, cosicché, esistendo un costante orientamento giurisprudenziale – ma non tanto, visto che si è dovuti giungere alle Sezioni unite – pur poco compatibile con il tenore letterale, la *ratio* del principio di legalità sarebbe rispettata e l'art. 25 co. 2 Cost non sarebbe violato.

Sull'altro versante dell'europeizzazione del diritto penale, quello del diritto dell'Unione europea, si è assistito al tentativo di ricorrere alla Corte di giustizia dell'Unione per ottenere pronunce di illegittimità comunitaria di norme penali *contra reum*, per violazione di obblighi comunitari di tutela penale – CGUE, sent. 3 maggio 2005, Berlusconi ed altri –; ancora, la Corte di giustizia, con una nota sentenza – CGUE, Grande Sezione, 13 settembre 2005, Commissione vs. Consiglio UE – ha configurato, in via giurisprudenziale, la legittimità di obblighi di tutela penale imposti mediante direttive.
Per di più, le decisioni-quadro emanate nell'ambito del terzo pilastro e, dopo il Trattato di Lisbona, alcune direttive hanno imposto l'introduzione o l'ampliamento di fattispecie penali e sono state anche richiamate in funzione interpretativa di norme penali interne; tali decisioni-quadro e direttive danno luogo sovente ad un conflitto tra l'attuazione efficace delle norme UE, che impongono un 'minimo' di tutela penale, e l'osservanza di principi costituzionali, tra cui in particolare anche il principio di offensività.

Così, ad esempio, nell'adempiere ad obblighi derivanti da convenzioni del Consiglio d'Europa e decisioni-quadro, si è ampliata la punibilità degli atti preparatori in materia di terrorismo, introducendo gli artt. 270 *quater*, arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale, e 270 *quinquies*, addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale; un altro settore problematico è quello degli abusi sessuali su minori, laddove, prima con l'introduzione della punibilità della pedopornografia virtuale, art.600 *quater*1, e più di recente con l'introduzione della fattispecie di adescamento di minorenni, art. 609 *undecies* c.p., si è ampliata la tutela penale, in contrasto con il principio di offensività, a condotte che non coinvolgono alcun minorenne in carne ed ossa – pedopornografia virtuale – o che risultano sideralmente distanti dall'effettiva offesa. Si consideri, infatti, che l'adescamento punibile si realizza qualora «allo scopo di commettere i reati di cui agli articoli 600, 600 *bis*, 600 *ter* e 600 *quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600 *quater*, 600 *quinquies*, 609 *bis*, 609 *quater*, 609 *quinquies* e 609 *octies*» si commetta «qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce posti in essere anche mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi comunicazione».

Ai fini della punibilità è, dunque, sufficiente una "lusinga" soggettivamente "volta a carpire la fiducia del minore", ancora con la finalità interiore di commettere determinati reati sessuali.

Gli obblighi di tutela penale imposti dall'Unione europea indirizzano, dunque, il giudice in senso contrario al principio di offensività e contribuiscono, con la vaghezza o l'oscurità dei precetti, ad ampliarne a dismisura il potere discrezionale – oltre al citato elemento delle lusinghe nel reato di adescamento, si pensi alla definizione di immagini virtuali di cui all'art. 600 *quater* co. 2 c.p.: «per immagini virtuali si intendono immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali».

Anche al di là delle considerazioni già svolte, in alcune pronunce – si pensi al tema dell'eutanasia – soluzioni giurisprudenziali anche sostanzialmente condivisibili sono state argomentate, anziché sulla base di dati giuridici vincolanti, richiamando esperienze normative e giurisprudenziali straniere ed addirittura convenzioni all'epoca del giudizio non ancora vincolanti per l'Italia, come la Convenzione di Oviedo.

Sul piano teorico, a legittimare la crisi della legalità ha contribuito la valorizzazione dei recenti sviluppi della teoria dell'interpretazione, che riconoscono un indubitabile momento creativo nell'attività del giudice. Ciò ha alimentato un grave equivoco: non si tratta, infatti, di negare l'esistenza di uno spazio ermeneutico, ma di circoscriverlo alla luce dei principi della nostra Costituzione e, in primo luogo, attraverso la determinatezza legale. Ma anche attraverso il vincolo del giudice ai principi costituzionali, la cui efficacia deve esplicarsi nell'opera esegetica: ciò costituisce un dato ormai acquisito per quel che concerne, ad esempio, il principio di offensività cosiddetto 'in concreto', a partire dalla sent. Corte cost. n. 333/1991, in tema di sostanze stupefacenti. Il giudice che, tra due interpretazioni possibili, sceglie quella contraria al principio di offensività, viola una regola ermeneutica fondamentale, quella di un'interpretazione teleologica costituzionalmente orientata. E lo stesso deve valere anche per gli altri principii, come ad esempio quello di personalità della responsabilità penale, evitando, in sede ermeneutica, di avallare forme occulte di responsabilità oggettiva o di posizione – come pure frequentemente si verifica, e di recente è accaduto – e così via.

L'esegesi del giudice in diritto penale, lungi dall'orientarsi al diritto vivente – il che spesso significa, purtroppo, alla tralatizia recezione di massime giurisprudenziali, elaborate in relazione a costellazioni fattuali a volte diverse – deve essere illuminata dai principi, ma anche da quel patrimonio ricchissimo di conoscenze costituito dalla dommatica e, in particolare, dalla sistematica, tradotta, in parte, in quei complessi consolidati di regole che sono le parti generali dei codici.

Talora l'attività ermeneutica giurisprudenziale sembra invece allontanarsi da esse, inseguendo pragmaticamente – il che, spesso, vuol dire arbitrariamente – la soluzione ritenuta equitativamente più adeguata al caso concreto. E così, ad esempio, in materia di concorso esterno – posto che si ritenesse applicabile quella clausola indeterminata che è l'art.110 c.p. ai reati associativi, altrettanto indeterminati e che costituiscono una deroga alle norme sul concorso – si sarebbero dovute applicare le norme in tema di concorso di persone. Invece, perfino la giurisprudenza delle Sezioni unite si è ripetutamente discostata da quelle regole, creandone, in via giurisprudenziale, di nuove e diverse. Prima si è affermato, con la sent. Cass. SS.UU. 5 ottobre 1994, Demitry, che concorrente 'esterno' fosse solo quello infungibile, indispensabile, ovvero solo chi prestasse un contributo tale da costituire una *condicio sine qua non*:

il che non corrisponde agli orientamenti dominanti in tema di concorso di persone, laddove si punisce pacificamente il contributo soltanto agevolatore. Poi, con la sent. Cass. SS.UU. 30 ottobre 2002, Carnevale, si è affermata la punibilità del concorrente esterno che compie atti idonei, adeguati ad agevolare l'associazione: arrivando, così, a configurare la punibilità eccezionale di un tentativo di concorso. Addirittura, in alcune sentenze – v. in particolare Cass., sez. I, 16 marzo 2000, Proc.gen. App. Catanzaro in c. Frasca – si è giunti ad affermare la punibilità, a titolo di concorso di persone nel reato associativo, del mero accordo, del patto di scambio politico-mafioso che non rientrasse nell'art.416 *ter* c.p.: in palese contrasto non solo con il principio di offensività, ma con la stessa disciplina del concorso: art.115 c.p.!

E gli esempi potrebbero continuare, come in tema di dolo eventuale, categoria più che controversa, di difficile legittimazione in uno stato di diritto, per il contrasto con il principio di legalità – l'art. 43 c.p. certamente contrasta con il suo riconoscimento – e con la determinatezza *sub specie* verificabilità empirica, perché non è possibile provare in un processo che l'autore abbia accettato il rischio dell'evento e non abbia piuttosto confidato nel suo non verificarsi. Ad esempio, nella nota sent. delle SS.UU. della Cassazione, n.12433 del 26 novembre 2009, in tema di ricettazione e dolo eventuale, la configurabilità della stessa viene basata sulla prima formula di Frank, quella secondo cui vi è dolo ogni volta che si possa ipotizzare che l'autore, se si fosse rappresentato con certezza l'evento, avrebbe agito ugualmente: posizione pressoché unanimemente rigettata, da tempo, dalla dottrina, perché in tal modo si fonda la sussistenza del dolo su una mera congettura. In altre sentenze il dolo eventuale viene impiegato in maniera del tutto acritica ed irriflessa, così come nei commenti di qualche studioso epigono del diritto vivente, che si preoccupa soltanto di costruire una casistica. Si assiste, così, alla 'morte' del sillogismo giudiziario: per sapere se si possa punire taluno a titolo di dolo eventuale, non occorre più interrogarsi su cosa sia il dolo eventuale!

Di fronte ad un tale stato di cose, alla dottrina penalistica spetta un compito fondamentale: quello di continuare a vivificare la cultura del diritto penale, dei suoi principi costituzionali e vincolanti, di coltivare una sistematica affidabile e di promuovere una critica inflessibile rispetto ad applicazioni legislative e giurisprudenziali foriere di gravissime cadute sul piano delle garanzie e, quel che non è meno grave, anche sul piano dell'efficienza del controllo penale.

In uno stato di diritto garanzie ed efficienza camminano di pari passo.

La non punibilità per particolare tenuità del fatto e la dinamica degli accertamenti

MARIANO MENNA

ABSTRACT

The application during the trial of the cause of immediate dismissal where the fact is particularly tenuous requires the cross-examination as prerequisite, even if only to a potential extent. In relation to the different phases of the criminal proceedings, such a link is connected to the method of ascertainment of cases in a different way.

L'introduzione della non punibilità per particolare tenuità del fatto risponde all'esigenza di tipizzare a livello di legislazione ordinaria il livello di offesa del bene giuridico che faccia scattare l'irrogazione della pena; e ciò non dimenticando che in base al principio di offensività già da tempo la giurisprudenza subordina la punizione del reo alla reale lesione o messa in pericolo dell'interesse tutelato dalla norma penale.

E' evidente, in proposito, che al fine di attuare compiutamente il valore della legalità in materia penale, con i suoi corollari di tipicità e tassatività, si deve stabilire il rapporto tra la non punibilità per particolare tenuità dell'offesa e l'inoffensività da cui fino ad oggi si è fatta dipendere l'esistenza stessa del reato.

Fino ad oggi, la vaghezza del riferimento alla tutela prioritaria del bene giuridico ha fatto sì che in un numero limitato di casi si applicasse il principio di offensività e che, comunque, lo si applicasse in maniera disparitaria per la mancanza di correlazione del trattamento penale a criteri oggettivi e tipici.

L'intervento del legislatore che, in attuazione della Legge 28 aprile 2014 n.67, con il D. Lgs. 16.3.2015 n.28 ha introdotto nel codice penale il nuovo art.131 bis c.p. ed al medesimo ha correlato una serie di modifiche in sede processuale, ha previsto che non l'inoffensività, bensì la particolare tenuità dell'offesa, senza elidere il disvalore della condotta a determinati effetti, incida sulla possibilità di irrogazione della sanzione penale escludendola.

Il discorso sul nesso tra l'art.131 *bis* c.p. ed il principio di offensività non può però prescindere dai contenuti del regime introdotto e dai riflessi di quest'ultimo sulla definizione della natura del nuovo caso di esclusione della punibilità.

In merito, bisogna sottolineare che lo stesso si atteggia a causa di non punibilità in senso stretto che lascia permanere la colpevolezza e l'antigiuridicità del fatto reato.

A conferma di ciò si colloca l'introduzione dell'art.651 *bis* c.p.p., con il quale anche a fronte del proscioglimento dibattimentale per particolare tenuità del fatto si sviluppa nel giudizio civile o amministrativo di danno l'efficacia di giudicato delle pronunzia penale quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, alla sua illiceità penale ed all'affermazione che l'imputato lo abbia commesso.

Questa situazione evidentemente presuppone l'accertamento della colpevolezza e dell'antigiuridicità del comportamento pur giudicato limitatamente offensivo.

Nella stessa direzione, la Corte costituzionale con la sentenza n.25 del 3.3.2015 ha escluso l'assimilabilità della nuova causa di non punibilità voluta con la L.67/2014 alla causa di improcedibilità dell'azione di cui all'art.34 D. Lgs. 274/2000. Quest'ultima non è ancorata ad una previsione penale di non punibilità quale il nuovo art.131 *bis* c.p.p. per cui, secondo il giudice delle leggi, nell'ordinamento del processo a maggiorenni celebrantesi dinanzi al Tribunale non sussisterebbe alcuna lacuna che impedisca il proscioglimento in corrispondenza ad una presunta mancata previsione della tenuità del fatto quale presupposto di una formula proscioglitiva di improcedibilità dell'azione simile a quella ex art.34 D. Lgs.274/2000.

A fronte di siffatto regime ci si chiede, allora, lo si ribadisce, quale rapporto sussista tra la nuova causa di non punibilità ed il principio di offensività considerando che l'inoffensività è finora sempre stata considerata come intranea alla tipicità e tale quindi da escludere il fatto reato, mentre, come si è detto, l'intervento riformatore lascia sussistere l'accertamento della colpevolezza e dell'antigiuridicità e, quindi, consente il permanere del fatto reato

In proposito, va affermato che la causa di cui all'art.131 *bis* c.p. induce a rivedere il tradizionale rapporto tra i soliti minimi edittali dal trattamento sanzionatorio ed il grado dell'offesa perché con l'intervento riformatore diventa necessario un grado dell'offesa che non può attestarsi sul livello minimo o di particolare tenuità per dar luogo a punizione con il minimo edittale.

Al di sotto del livello al quale sia possibile irrogare il minimo edittale, quindi, si potrebbe affermare, in una prima direzione, che si collochi un grado di offesa che dia luogo a qualche effetto negativo come quello riconducibile al nuovo art.651 *bis* c.p.p., mentre al di sotto dell'offesa di particolare tenuità di cui all'art.131 *bis* c.p. continuerebbe a sussistere l'inoffensività che dovrebbe escludere del tutto il reato e con esso anche tutti gli effetti negativi della condotta tra i quali quello di cui al citato art.651 *bis* c.p.p.

Venendo alle tematiche di rito connesse alla nuova forma di esclusione della punibilità, va subito annotato che essa è sempre agganciata ad un provvedimento discrezionale del giudice orientato dal contraddittorio.

Infatti nel nuovo comma 1 *bis* dell'art.411 c.p.p. si prevede che l'indagato e la persona offesa possono presentare opposizione alla richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto e se l'opposizione non è inammissibile il giudice provvede dopo aver sentito i soggetti interessati. Si stabilisce, quindi, prima una possibilità di contraddittorio cartolare e, poi, nell'ipotesi di opposizione, una dialettica eristico-argomentativa.

Allo stesso modo, nel nuovo comma 1 *bis* dell'art.469 c.p.p. si introduce un contraddittorio eristico-argomentativo perché si prescrive che la sentenza anticipata di proscioglimento per particolare tenuità del fatto debba essere preceduta dall'audizione in camera di consiglio anche della persona offesa, se compare.

Non è, poi, senza rilievo l'esame dei lavori preparatori del D. Lgs. 28/2015. Nel corso dei medesimi, infatti, era previsto l'inserimento nell'art.129 comma 1 c.p.p. della nuova causa di esclusione della punibilità. Nella versione definitiva, lo stesso innesto, invece, è caduto. Se si considera, allora, che la pronunzia immediata *ex* art.129 comma 1 c.p.p. fonda sulla mera constatazione anche di natura ufficiosa delle cause di non punibilità previste nella citata norma, diventa evidente la volontà legislativa di associare sempre la decisione sulla nuova forma di esclusione della punibilità al previo contraddittorio.

In merito, nondimeno, bisogna chiarire se e quando il contraddittorio cui si è accennato sia prodromico ad un giudizio di solo diritto o insieme di fatto e diritto.

Si può muovere dal nuovo comma 1 *bis* dell'art.469 c.p.p. per sottolineare che la pronunzia dal medesimo prevista fonda su un giudizio concreto di colpevolezza – nell'ambito del riscontro più ampio dei presupposti in fatto necessari ad operare il riscontro di tenuità del fatto - quando nel fascicolo del dibattimento che è a disposizione del giudice predibattimentale si trovino atti idonei a consentire l'accertamento del commesso reato; e ciò oltre agli altri profili fattuali relativi alla non abitualità della condotta che vanno accertati per dichiarare la nuova causa di non punibilità. In simile ipotesi, quindi, il giudizio è insieme di fatto e di diritto, anche se disgiunto – a differenza che per le formule di proscioglimento di cui al comma 1 dell'art.469 c.p.p. - dalla prognosi della necessità dell'accertamento dibattimentale delle situazioni legittimanti la decisione.

Sennonché, nel caso in cui non esistano nel fascicolo del dibattimento elementi che consentano il concreto giudizio di fatto, non si potrà accertare concretamente la commissione del reato, anche se non si potrà mai prescindere dal giudizio sugli altri elementi fattuali sulla non abitualità della condotta.

Quindi, nell'ipotesi prospettata, relativamente alla colpevolezza la verifica operata prima in contraddittorio e poi in sede deliberativa potrà vertere esclusivamente su un'ipotesi di reato, così da fondare un solo giudizio di diritto preceduto da un contraddittorio eristico-argomentativo sull'applicazione astratta della norma penale.

Nell'eventualità segnalata, il circolo ermeneutico che prima in contraddittorio e poi in sede deliberante si dovrà stabilire riguarderà non il fatto concreto e la norma penale, ma il fatto in ipotesi e la fattispecie normativa.

Il contraddittorio prodromico al giudizio di diritto assumerà come riferimento non solo la lettura e la comprensione dell'evidenza normativa, ma, nei casi di dubbio interpretativo, anche la comprensione delle prassi valutative sociali da calibrare rispetto all'interpretazione data alla norma.

Nel processo interpretativo, infatti, bisogna tener conto – tra l'altro - del pratico effetto che avrebbe l'applicazione della norma ed in ragione di ciò è necessario verificare quale ordine giuridico concreto si collegherebbe ad un'ipotesi interpretativa posta nel contraddittorio e, poi, in sede deliberativa nel suo rapporto con le concrete aspettative sociali.

Per cogliere le aspettative sociali si potrebbe pensare all'utilità del contraddittorio nel cui ambito, per esempio, si potrebbe disporre una perizia fondata sul sapere delle scienze umane – come la sociologia – utilizzando il quale si potrebbero individuare le prassi valutative prevalenti.

Sennonché, siffatto modo di procedere è precluso in relazione alla sentenza predibattimentale perché nemmeno in via prognostica è ipotizzabile il confronto con una possibile attività peritale del tipo suaccennato, dal momento che nell'ambito del nuovo comma 1 *bis* dell'art.469 c.p.p. non è prevista la valutazione della necessità di accertamenti dibattimentali al fine di verificare la sussistenza del presupposto del proscioglimento per particolare tenuità del fatto.

Peraltro, anche solo la prognosi dell'eventuale attività peritale non sarebbe sufficiente nei casi in cui la complessità delle dinamiche sociali non lasciasse cogliere l'aspettativa sociale prevalente attraverso il solo strumento della raccolta di informazioni in contraddittorio sulle prassi valutative.

Ed allora, in ragione di ciò bisognerebbe affidare il riscontro di queste ultime non più al giudice, o ad un perito, o al contraddittorio, che sono in principio strumenti di esercizio di una funzione meramente cognitiva – al di là delle supplenze che nel sistema odierno sono chiamati a svolgere in sede di applicazione delle norme rispetto al potere politico - bensì ad un organo che possa governare il giudizio non neutrale sulle prassi con la legittimazione del consenso popolare e, quindi, di natura politica; e ciò mentre il procedimento giurisdizionale è in corso ed in ausilio al giudice ed al contraddittorio a cui dovrebbe essere affidata solo l'individuazione delle evidenze delle norme precostituite e dei fatti.

Per la verità, anzi, se si ritenessero l'attività peritale ed il contraddittorio insufficienti ai fini dell'individuazione dell'aspettativa sociale prevalente in ragione della necessità di andare ad interpretare sempre – alla luce anche di dati non considerati dalla platea dei consociati – quale fosse l'accennata aspettativa – al di là delle apparenze legate alle più immediate manifestazioni di volontà delle aggregazioni sociali da cui sarebbe condizionata forse una rilevazione nella dialettica processuale delle prassi correnti –, bisognerebbe sempre affidare all'organo politico cui si è accennato il dovere di decidere - rinunciando agli ingannevoli risultati del contraddittorio interno al procedimento, anche se non alle acquisizioni di dati ed alla discussione interna all'organo deputato alla decisione - ciò che la comunità dei consociati si aspetterebbe, se disponesse di tutti i dati necessari per valutare correttamente le dinamiche sociali.

Tornando alla sentenza predibattimentale di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, se si decidesse di avere comunque fiducia nel contraddittorio anche per il giudizio di diritto, siccome, come si è detto, non si prevede la valutazione dell'utilità degli accertamenti dibattimentali e nella specie di una futura perizia sociologica per individuare le prassi valutative prevalenti che legittimino una determinata definizione di tenuità del fatto, bisogna limitarsi negli atti preliminari al dibattimento a svolgere un circolo ermeneutico tra l'ipotesi di fatto addebitata – oltre ai profili fattuali concreti sulla non abitualità della condotta - e l'art.131 *bis* c.p. che, lo si ribadisce, non è esaustivo non solo in relazione all'accertamento della colpevolezza (nell'ambito del riscontro di tutti i dati indispensabili per valutare la tenuità dell'offesa) , quando nel fascicolo del dibattimento non esistano accertamenti che consentano di effettuare in concreto quel giudizio, ma più in radice rispetto alla possibilità di svolgimento del contraddittorio sull'applicazione del diritto perché è stata bandita dal comma 1 *bis* dell'art.469 c.p.p. la prognosi della necessità del riscontro dibattimentale al fine di verificare la sussistenza di tutti i presupposti – compresi quelli in diritto riannodabili al sindacato delle prassi valutative sociali - del proscioglimento *ex* art.131 *bis* c.p.

Se si sposta l'attenzione dallo stadio predibattimentale al momento dell'archiviazione, si può evidenziare che a differenza di quanto si è detto in ordine alla sentenza *ex* art.469 c.p.p. è possibile – al fine di pronunziare l'archiviazione per particolare tenuità del fatto – operare in chiave prognostica sempre un giudizio sulla regiudicanda in fatto – sia pure solo in termini di sostenibilità dell'accusa - , oltre a quello di diritto.

Infatti, dovendo collegarsi l'applicazione dell'art.131 *bis* c.p. ad un accertamento di colpevolezza, nell'ambito dei presupposti fattuali necessari a stabilire la tenuità del fatto, è evidente che in relazione al momento archiviativo questa esigenza di riscontro può saldarsi alla valutazione della idoneità degli elementi investigativi a sostenere l'accusa in giudizio – in punto di fatto - ai sensi dell'art.125 disp. att.

Peraltro, come si è detto, anche rispetto al provvedimento in questione da assumere in sede archiviativa è previsto il presupposto del contraddittorio, sia eventualmente cartolare che eristico-argomentativo ed è importante notare che a differenza della classica opposizione all'archiviazione, per la cui ammissibilità è necessaria la proiezione verso un supplemento di indagini, in relazione all'opposizione all'archiviazione per particolare tenuità del fatto la stessa indicazione non è prevista.

Ciò però non significa che il potere di archiviare per la causa di non punibilità ipotizzata non debba confrontarsi con la dinamica degli accertamenti procedimentali. La peculiarità della situazione sta nel fatto che anche solo la prognosi dei futuri accertamenti dibattimentali e non esclusivamente di possibili attività investigative supplementari può essere decisiva per l'assunzione in un senso o nell'altro della decisione sull'opposizione all'archiviazione.

L'applicabilità della nuova causa di non punibilità in sede archiviativa è stata criticata perché dipenderebbe da una scelta discrezionale del pubblico ministero l'attuazione dell'art.131 *bis* c.p. in sede investigativa invece che processuale, con conseguente diversità di trattamento penale che, tra l'altro, solo in caso di proscioglimento dibattimentale per particolare tenuità del fatto produrrebbe l'efficacia del giudicato in sede civile o amministrativa.

In proposito, però bisogna segnalare che poiché nel nostro sistema esiste libertà del pubblico ministero nella scelta tra l'archiviazione e l'esercizio dell'azione penale – sia pure sottoposta a controllo – il problema segnalato potrebbe sotto altra forma presentarsi in ordine a qualsiasi altra fattispecie che, applicata in sede archiviativa, avrebbe una conseguenza, e, resa operativa in sede processuale, avrebbe altri effetti.

In ordine al potere di archiviare per la tenuità del fatto si è posta, ancora, la questione dell'emanabilità del provvedimento archiviativo per la causa di non punibilità in questione quando sia stata chiesta l'archiviazione per altra ragione e viceversa.

In proposito, si può sostenere che se è prevista una particolare procedura e, cioè, l'avviso anche all'indagato ed all'offeso della richiesta di archiviazione, non si può archiviare *de plano* per particolare tenuità del fatto quando l'archiviazione sia stata richiesta per altra ragione. Sembra, invece, possibile il contrario perché, considerando come in tutto il giudizio l'unico punto fermo per l'organo giudicante che provvede è il rispetto dell'oggetto della lite fissato dall'accusa e, quindi, il fatto e l'ipotesi di reato addebitata, vi è libertà di formulazione di nuove questioni per l'autorità giurisdizionale. Purché non siano state compresse le garanzie di rito, è emanabile, allora, un provvedimento che, in corrispondenza ad una diversa questione impostasi alla cognizione, muova da una ragione diversa dal motivo della previa richiesta.

Ne consegue che non comprimendosi le garanzie di alcun soggetto procedimentale, quando si chieda l'archiviazione per particolare tenuità del fatto e sia stato dato avviso all'indagato ed alla persona offesa che in ipotesi non propongano, poi, opposizione, l'organo giudicante può archiviare per altra ragione.

Ulteriore problema è quello della sopravvenienza di comportamenti che possano incidere sulla valutazione della non abitualità della condotta. Se ne può tenere conto quando siffatte evenienze siano successive alla richiesta di archiviazione? Si potrebbe dare risposta positiva al quesito perché nel nostro ordinamento esiste il principio di irretrattabilità dell'azione penale e non quello dell'irrevocabilità della richiesta di archiviazione fino alla pronunzia del giudice.

Su altro fronte, si è posto ancora il problema dell'emanabilità del proscioglimento per particolare tenuità del fatto all'esito del dibattimento come anche la questione della possibilità di pronunziare il non luogo a procedere per l'accennata causa di non punibilità in udienza preliminare; e ciò a fronte della non espressa previsione nel D. Lgs. 28/2015 di situazioni di pronunzia aventi ad oggetto l'accennata causa di non punibilità in dibattimento o in udienza preliminare.

In proposito, in primo luogo bisogna sottolineare che nell'art.530 c.p.p. si accenna al potere di assolvere anche solo per non punibilità dell'imputato. Bisogna, poi, sottolineare che non è sostenibile che un'assoluzione debba sempre riannodarsi ad un'assenza di colpevolezza perché se l'altro tipo di pronunzia previsto all'esito del dibattimento e, cioè, il non doversi procedere, è riannodato dal legislatore esclusivamente alle situazioni di estinzione del reato e di improcedibilità o improseguibilità dell'azione, non si potrebbe mai pronunziare all'esito del dibattimento alcun proscioglimento per qualsiasi causa di non punibilità in senso stretto - e non solo per quella nuova di cui all'art.131 *bis* c.p. - qualora si reputasse che alla non punibilità di cui all'art.530 c.p.p. dovesse sempre ricollegarsi un accertamento di mancanza di colpevolezza. Ora, non è possibile che il legislatore abbia inteso introdurre un siffatto regime delle pronunzie dibattimentali.

Allo stesso modo, allora, anche il parallelo riferimento dell'art.425 c.p.p. alla non punibilità per qualsiasi causa rende possibile l'emanazione della sentenza di non luogo a procedere per la particolare tenuità del fatto.

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

Responsabilità penale dei minorenni nell'ordinamento giuridico spagnolo

ABSTRACT

MARÌA JOSÉ JIMÉNEZ DÌAZ*

This paper analyzes the criminal regulation of the minor age within the Spanish order, considering specially the article 19, Criminal Code 1995, and the LO 5/2000, 12 January, on the criminal liability of minors, to which this precept refers. This study gives special attention to the changes that have affected the LO 5/2000, some of which took place before its entry into force. Next, it determines its scope (minors between 14 and 18 years) and examines the legal situation of the children who it is not apply if, when they have realized the criminal act, they have not yet 14 years old. After, it realizes a reference to the debate developed in Spain on the nature of the LO 5/2000 and it tries to justify that the liability of minors has criminal nature, as well as the measures applied to minors have criminal character. Similarly, it discusses whether the minor between the ages of 14 and 18 should be considered imputable, semi-imputable or not imputable, making another time reference to the article 19 CP and highlighting the strengths and weaknesses. The work ends with brief reflections on the guilt of children and two technical issues, particularly, the eventual mitigation of the criminal responsibility of the minor with other institutions and the accessory nature of the Criminal Code "for adults" with relation to the catalog of criminal offenses that minors can realize.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'approvazione della LO 5/2000 e le sue successive modifiche. – 3. Ambito di applicazione della LO 5/2000. – 4. La situazione giuridica dei minori di 14 anni. – 5. Natura della LO 5/2000 e delle misure che prevede. – 6. È imputabile il minore soggetto alla LO 5/2000?. – 7. Critiche positive e negative all'art. 19 del codice penale. – 8. Principio di colpevolezza e diritto penale dei giovani. – 9. Infine, due questioni tecniche.

1. Nell'ordinamento giuridico spagnolo, la minore età penale è disciplinata nel codice penale del 1995 (*Código Penal de 1995, infra* CP), attualmente vigente, e nella *LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (legge organica 5/2000, del 12 gennaio, sulla responsabilità penale dei minorenni) alla quale il codice penale rinvia (conosciuta comunemente come "Legge sul minore", *infra* LORPM). L'art. 19 c.p. prescrive nel primo paragrafo che i minori di diciott'anni non saranno responsabili penalmente ai sensi di quanto disposto in questo codice[1].

Nel suo secondo paragrafo stabilisce che quando un minore di diciott'anni commette una fattispecie di reato potrà essere considerato responsabile in conformità alla legge sulla responsabilità penale del minorenne[2] (questa legge a cui fa rinvio il secondo paragrafo dell'art. 19 non esisteva quando si approvò il codice penale nel 1995, solo successivamente si adottò la LO 5/2000, del 12 gennaio, a cui si è fatto poc'anzi riferimento).

---

*Professore Associato di Diritto penale nell'Università di Granada,

1. Testo originale in spagnolo: "Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código".

2. Testo originale in spagnolo: «Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor».

La LO 5/2000 stabilisce il suo ambito di applicazione nell'art. 1.1, indicando che si applicherà per esigere la responsabilità delle persone maggiori di quattordici anni e minori di diciotto per la commissione di fatti tipizzati come delitti o contravvenzioni nel codice penale o nelle leggi penali speciali[3].

Prima di approfondire alcune delle principali questioni concernenti l'attuale disciplina della responsabilità penale dei minorenni, è imprescindibile fare un passo indietro e analizzare due aspetti che ci possono aiutare a comprenderla: si considera opportuno occuparci, prima, del regime della minore età penale regolato nel codice penale precedente a quello del 1995 (infra ACP), precisando il periodo in cui è stato effettivamente vigente, e poi descrivere il lungo cammino percorso fino ai nostri giorni, in cui la "Legge sul minore" gode finalmente di una certa stabilità, dopo aver sofferto un elevato numero di riforme legislative, anche prima della sua entrata in vigore.

Il precedente codice penale abrogato del 1973, seguendo un criterio puramente biologico, fissava la maggiore età penale a 16 anni (presunzione iuris et de iure di non imputabilità delle persone al di sotto di tale età). La minore età era compresa in un catalogo generale di circostanze esimenti, previste nell'art. 8, in modo specifico nel suo 2º comma, ed era considerata una causa di non imputabilità in senso stretto, esattamente come l'alienazione mentale transitoria (art. 8.1) o le alterazioni nella percezione (art. 8.3). Il codice penale del 1995 ha deciso, invece, di separare la regolazione di questo istituto dal resto delle esimenti: la questione dell'età penale, come si è anticipato, è disciplinata nell'art. 19, mentre il catalogo delle esenzioni è contenuto nell'art. 20, sebbene sia l'art. 19 che l'art. 20 si trovino nello stesso capitolo, intitolato genericamente "Sulle cause che esimono dalla responsabilità penale" ("*De las causas que eximen de responsabilidad criminal*", Capitolo II, Titolo I, Libro I). La ragione di questa separazione si rinviene nel diverso trattamento che il codice penale vigente concede ai minorenni, i quali, come si è già detto, non rispondono penalmente in conformità al codice penale degli adulti, ma sono soggetti a una legge sulla responsabilità penale del minorenne, la quale quando si approvò il testo del 1995 non esisteva ancora. Sarebbe stato ragionevole che, assieme al nuovo codice penale, si fosse elaborata anche la legge sulla responsabilità penale del minorenne, affinché entrambi i testi fossero entrati in vigore contemporaneamente.

Ma non fu così. A causa dell'assoluta mancanza di una previsione legislativa, nel 1995 si approvò il codice penale; il procedimento per la "legge sul minore", invece, non aveva neppure avuto inizio. Il rinvio ex art. 19 c.p. avrebbe dovuto fare riferimento ad una legge in quel momento inesistente, che si sarebbe dovuta adottare in un futuro, che si supponeva immediato o, almeno, prossimo. Il progetto di legge organica sulla responsabilità penale dei minori fu presentato ad ottobre del 1998 (3 anni dopo il codice) ed approvato a gennaio del 2000.

A causa di questa lacuna, il legislatore del 1995 si vide obbligato ad includere nella settima disposizione finale del codice, che fissava l'entrata in vigore del nuovo dopo sei mesi dalla sua pubblicazione nel BOE (Boletín Oficial del Estado), un secondo paragrafo, il quale escludeva l'entrata in vigore in quel momento dell'art. 19, sebbene si dimenticò di fare lo stesso con l'art. 69[4], la cui vigenza, essendo

3. Testo originale in spagnolo: «*Para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales».*

4. Articolo 69: «*Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga*».

vincolata alla futura legge penale sul minore, in pratica, fu posposta[5], con le modifiche a cui nel prosieguo si farà riferimento. Inoltre, per evitare la lacuna prodotta da questo ritardo, si dovette prorogare la vigenza della normativa esistente su questa materia (disposizione derogatoria unica) e si introdusse, all'ultimo, la dodicesima disposizione transitoria, secondo la quale: «fino all'approvazione della legge sulla responsabilità penale del minorenne, nei procedimenti promossi per la commissione di un delitto o di una contravvenzione presuntivamente commessi da un minore di diciotto anni, il giudice o il tribunale competente richiederà a un'equipe di esperti al servizio del giudice dei minori, l'elaborazione di un rapporto sulla situazione psicologica, educativa e familiare del minore, così come sul contesto sociale e, in generale, su qualsiasi altra circostanza che possa aver influito sul fatto che gli si imputa»[6]. Quindi, sebbene il 25 maggio 1996 entrò in vigore l'attuale assetto normativo, si continuò ad applicare alla minore età penale quanto previsto nella previgente disciplina del 1973 fino al 13 gennaio 2001, data in cui si abrogarono tutti i precetti dell'antica normativa (quinta disposizione finale della LORPM) ed entrò finalmente in vigore sia l'art. 19 c.p. (e in teoria anche l'art. 69 c.p.) sia la LO 5/2000, del 12 gennaio, sulla responsabilità penale dei minorenni (LORMP). La legge è stata poi integrata dal regolamento, approvato con il RD 1774/2004, del 30 luglio (che iniziò a produrre effetti dopo sei mesi dalla sua pubblicazione).

2. La LORPM è stata adottata il 12 gennaio 2000 ma, come è già stato indicato, entrò in vigore solo un anno dopo la sua pubblicazione, il 13 gennaio 2001. È sorprendente che, già prima della sua entrata in vigore fosse stata modificata da due leggi approvate a dicembre del 2000: la LO 7/2000, del 22 dicembre, e la LO 9/2000, del 22 dicembre.

a) La LO 7/2000, del 22 dicembre, di modifica della legge organica 10/1995, del 23 novembre, sul codice penale, e della LO 5/2000, del 12 gennaio, sulla responsabilità penale dei minori, in relazione ai delitti di terrorismo[7], modificò gli articoli 7 e 9 della LORPM (riguardanti, rispettivamente, le misure suscettibili di essere imposte ai minori e le regole per la loro applicazione) e aggiunse al suo testo due nuove disposizioni addizionali (quarta e quinta).

---

5. Di diversa opinione SILVA SÁNCHEZ, secondo cui l'art. 69 entrò in vigore, almeno formalmente, insieme al CP (Cfr. J. M. SILVA SÁNCHEZ,El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19), El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, Bosch, Barcellona, 1997, pp. 162 e 178).
«Hasta la aprobación de la ley que regule la responsabilidad penal del menor, en los procedimientos que se sustancien por razón de un delito o falta presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, el Juez o Tribunal competente requerirá a los equipos técnicos que están al servicio de los Jueces de Menores, la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le imputa».
LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.
6. «*Hasta la aprobación de la ley que regule la responsabilidad penal del menor, en los procedimientos que se sustancien por razón de un delito o falta presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, el Juez o Tribunal competente requerirá a los equipos técnicos que están al servicio de los Jueces de Menores, la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le imputa*».
7. LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.

In relazione al contenuto di queste due disposizioni addizionali è opportuno chiarire che l'art. 69 c.p. prescrisse che avrebbero potuto essere applicate le disposizioni della legge sulla responsabilità penale del minore nei casi e con i requisiti ivi indicati alle persone maggiori di 18 anni e minori di 21 (c.d. "giovani"). La quarta disposizione addizionale (1º comma) della LO 7/2000 stabilì che l'art. 4 della LORPM (precetto che, adempiendo l'art. 69 c.p. fissava il regime delle persone maggiori di 18 anni) non sarebbe stato applicato ai maggiori di 18 anni imputati della commissione dei delitti previsti negli art. 138 (omicidi), 139 (assassini), 179 e 180 (aggressioni sessuali), 571 a 580 (terrorismo) né degli altri sanzionati con pena di prigione uguale o superiore a 15 anni. Per quanto riguarda i minori di 18 anni imputati della commissione di tali delitti, si stabiliva l'applicazione della LORPM, ma condizionandola ad una serie di specialità indicate nella quarta disposizione addizionale (2º comma). Da parte sua, la quinta disposizione addizionale stabiliva che si sarebbe dovuta realizzare la valutazione degli effetti e delle conseguenze dell'applicazione della quarta disposizione addizionale nel termine di cinque giorni dalla sua entrata in vigore.

b) In modo decisamente incomprensibile, lo stesso giorno in cui si approva la legge 7/2000, cioè il 22 dicembre, il legislatore adotta anche un'altra legge (LO 9/2000, del 22 dicembre, sulle misure urgenti per agevolare l'Amministrazione della giustizia), con cui si modifica la LO 6/1985, del 1º luglio, sul potere giudiziario[8], la quale sospende l'esecuzione della LORPM per un periodo di due anni dalla sua entrata in vigore (vale a dire, fino al 13 gennaio 2003) in relazione ai trasgressori in età compresa tra i 18 e i 21 anni, cioè coloro che si possono inserire nell'ambito di applicazione dell'art. 69 del CP e dell'art. 4 della LORMP (disposizione transitoria unica). Significa che nello stesso giorno (22 dicembre 2000, prima, pertanto, dell'entrata in vigore della LO 5/2000), con la LO 7/2000 si restringe l'ambito dell'art. 4 e con la LO 9/2000 si sospende la sua applicazione per due anni.

c) Se questo non fosse sufficiente, prima della fine di questo periodo di due anni, la LO 9/2002, del 10 dicembre, di modifica della legge organica 10/1995, del 23 novembre, sul codice penale, e del codice civile, in relazione alla sottrazione di minori[9], torna a prorogare questa sospensione fino al 1º gennaio 2007 (disposizione transitoria unica).

d) Con quelle enumerate, tuttavia, non finiscono le riforme della LORPM sul tema delle persone maggiori di 18 anni; nel 2006, infatti, se ne realizzò un'altra (LO 8/2006, del 4 dicembre, di modifica della LO 5/2000, del 12 gennaio, sulla responsabilità penale dei minorenni[10]) di maggior trascendenza rispetto a quelle anteriori, che produsse effetti definitivi.

---

8. LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores.

9. LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores.

10. LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Al riguardo, si rinvia a R. VENTAS SASTRE, *Una alternativa al proceso penal de menores versus la nueva política criminal de la LO 8/2006*, in *Cuadernos de Política Criminal*, n. 97, 2009, pp. 139 e ss.

La riforma, inoltre, è stata rilevante sotto altri e importantissimi punti di vista, dal momento che ha cambiato gran parte del suo articolato, adempiendo a quando disposto nella disposizione addizionale sesta della LORPM, che è stata introdotta dalla LO 15/2003, del 25 novembre, di modifica della LO 10/1995, del 23 novembre, sul codice penale[11]. La LO 8/2006 ha dotato, quindi, di un nuovo contenuto l'art. 4 (quello attualmente vigente)[12], il quale non ha nulla in comune con quello originario approvato nell'anno 2000 e che entrò in vigore il 5 febbraio 2007. Egualmente, si sono soppressi il 2º e il 4º comma dell'art. 1, con la conseguente conversione di quello che era il terzo comma di questo precetto nel suo nuovo secondo comma.

Questa soppressione è la logica conseguenza della precedente, se si considera che essendo stato abrogato il testo originario dell'art. 4 (sostituendolo con un altro decisamente diverso) e, quindi, la possibilità di applicare, in determinati casi, la LORPM alle persone maggiori di 18 anni e minori di 21, per coerenza avrebbero dovuto far scomparire questa previsione, così come il rinvio all'art. 4 che, come dichiarazione generale, era contenuto nell'art. 1.2[13]. Allo stesso modo, non aveva più senso sottolineare la differenza concettuale tra i termini "minori" e "giovani", dal momento che questi ultimi restavano fuori dall'ambito di applicazione della LORPM[14].

---

11. La LO 15/2003, del 25 novembre, nella seconda disposizione finale, da una parte, ha modificato l'art. 25 della LORPM, ammettendo la precedentemente proibita comparizione come accusatori particolari delle persone direttamente offese dal delitto imputato al minore, dei suoi genitori, degli eredi o dei rappresentanti legali se fossero minori d'età o incapaci; dall'altra, ha riformato l'art. 8, aggiungendo nel suo primo paragrafo la frase "o por el acusador particular" e adattando, in questo modo, il precetto all'ammissibilità dell'accusa particolare; infine, ha introdotto nella LORPM la menzionata sesta disposizione addizionale nella quale si prevedeva che, una volta valutata la sua applicazione (che per mandato della LO 7/2000 avrebbe avuto luogo dopo cinque anni dalla sua entrata in vigore, che coincideva con quella della LORPM e, pertanto, il 13 gennaio 2006), si sarebbero promosse le misure dirette a sanzionare con maggior fermezza ed efficacia i fatti costituenti reato commessi dai minori, i quali rivestissero specialità gravità, stabilendo a tal fine la possibilità di prolungare il tempo di internamento in centri in cui si rafforzassero le misure di sicurezza imposte e a partire dalla maggiore età nei centri penitenziari.

12. Articolo 4 LORPM (testo in vigore):

«El Ministerio Fiscal y el Juez de Menores velarán en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores.

De manera inmediata se les instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente.

Las víctimas y los perjudicados tendrán derecho a personarse y ser parte en el expediente que se incoe al efecto, para lo cual el secretario judicial les informará en los términos previstos en los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, instruyéndoles de su derecho a nombrar abogado o instar el nombramiento de abogado de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Asimismo, les informará de que, de no personarse en el expediente y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercitará si correspondiere.

Los que se personaren podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga.

Sin perjuicio de lo anterior, el secretario judicial deberá comunicar a las víctimas y perjudicados, se hayan o no personado, todas aquellas resoluciones que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de Menores, que puedan afectar a sus intereses.

En especial, cuando el Ministerio Fiscal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 de esta Ley, desista de la incoación del expediente deberá inmediatamente ponerlo en conocimiento de las víctimas y perjudicados haciéndoles saber su derecho a ejercitar las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil.

Del mismo modo, el secretario judicial notificará por escrito la sentencia que se dicte a las víctimas y perjudicados por la infracción penal, aunque no se hayan mostrado parte en el expediente».

13. Art. 1.2 (testo del 2000): «También se aplicará lo dispuesto en esta Ley para los menores a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, en los términos establecidos en el artículo 4 de la misma».

14. Art. 1.4 (testo del 2000): «Al efecto de designar a las personas a quienes se aplica esta Ley, en el articulado de la misma se utiliza el término menores para referirse a las que no han cumplido dieciocho años, y el de jóvenes para referirse a los mayores de dicha edad. Sin perjuicio de lo anterior, cuando esta Ley se refiera genéricamente al menor o a los menores, se entenderá que lo hace a todos los incluidos en su ámbito de aplicación».

Dall'analisi di queste tre ultime riforme, si constata che il testo originario dell'art. 4, il cui ambito è stato ristretto dalla LO 7/2000 e la cui applicazione fu sospesa temporaneamente, prima, fino al 13 gennaio del 2003 dalla LO 9/2000 e dopo fino al 1º gennaio del 2007 dalla LO 9/2002, entrò finalmente in vigore in questo momento (1º gennaio 2007) e solo fino al 4 febbraio dello stesso anno 2007 (poco più di un mese all'incirca); il 5 di questo mese e anno, infatti, si modificò completamente e assunse il testo oggi vigente stabilito nella LO 8/2006. Almeno, formalmente, pertanto, il precedente articolo 4 LORPM avrebbe dovuto essere applicabile dal 1º gennaio fino al 4 febbraio del 2007 a tutti i giovani tra i 18 e i 21 anni che avessero riunito i requisiti ivi previsti, soluzione a cui si oppose espressamente la Procura Generale dello Stato (Fiscalía General del Estado) nella sua Istruzione n. 5/2006 per essere arrivata alle seguenti conclusioni:

1) La modifica dell'art. 4 della LORPM, mediante la LO 8/2006, ne esclude l'applicazione sia ai fatti anteriori sia a quelli successivi al 1º gennaio 2007, dovendo intendersi prorogata la sospensione da questa data fino al giorno 5 febbraio in cui entrerebbe in vigore formalmente questa legge.

2) La definitiva impossibilità della norma abrogata di essere applicata non impedirebbe l'adeguato trattamento delle circostanze personali, in particolare l'immaturità dei giovani interessati, nell'ambito del diritto penale, della legislazione penitenziaria e degli strumenti internazionali applicabili.

3) L'applicazione dell'abrogato articolo 4 LORPM, sebbene occasionale, oltre ad essere contraria all'interpretazione logica, sistematica, storica e teleologica delle norme giuridiche che lo riguardano, produrrebbe effetti né previsti né desiderati dal legislatore, che, dopo averli evitati in varie occasioni, ha disposto la definitiva esclusione della norma dal nostro ordinamento giuridico. Nei limiti in cui tali effetti possano pregiudicare il corretto funzionamento della giustizia dei minori, mettendo in difficoltà o ritardando l'attenzione ai suoi veri destinatari, l'applicazione di questa norma risulterebbe in contrasto con il principio dell'interesse superiore del minorenne[15].

Dopo tutte queste riforme legislative, è evidente che il cambio definitivo apportato all'art. 4 LORPM ha escluso la possibilità che la "Legge sul minore" si applichi "ai giovani", cioè alle persone maggiori di 18 e minori di 21 anni (secondo le parole testuali delle motivazioni -Exposición de Motivos- della LO 8/2006: "si sopprime definitivamente la possibilità di applicare la legge alle persone in età compresa tra i diciotto e i ventun anni")[16]. Da tali considerazioni, si può dedurre che, da febbraio del 2007, l'art. 69 c.p. è privo di contenuto, sebbene sia opportuno sottolineare che è rimasto invariato nel codice penale dal momento che il legislatore spagnolo non si è preoccupato di abrogarlo, così come l'uso di una corretta tecnica giuridica avrebbe richiesto.

---

15. Allo stesso modo si sono pronunciati al riguardo alcuni Magistrati delle Secciones Penales dell'Audiencia Provincial de Madrid e anche il Consejo General de la Abogacía Española. Per conoscere il contenuto di tali pronunce, v.: M. R. ORNOSA FERNÁNDEZ, Derecho Penal de Menores (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre y a su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de Julio), Bosch, Barcellona, 2007, pp. 153 e 154. Difende che esistono fondati argomenti a favore dell'applicazione dell'art. 4 della LORPM in questo piccolo periodo di tempo, P. MORENILLA ALLARD, in C. GÓMEZ RIVERO (Coord.), Comentarios a la Ley Penal del Menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006), Iustel, Madrid, 2007, p. 63.

16. Testo originale in spagnolo: «…se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años».

e) L'ultima riforma che ha interessato la LORPM, su questioni di competenza, ebbe luogo a dicembre del 2012[17]. Riguardo le successive riforme della "Legge sul minore", si può concludere che è abbastanza sorprendente che una legge così recente abbia sofferto in così poco tempo tante modifiche, alcune, come si è detto, anche prima della sua entrata in vigore, ponendo in rilievo l'intrinseca complessità del problema che si cercava di risolvere con la sua approvazione. Si può affermare che il lungo periodo di vacatio legis fissato (un anno e, pertanto, il doppio di quello che ebbe lo stesso codice che è stato solo di 6 mesi) anticipava già le difficoltà connesse alla sua attuazione, a causa, tra l'altro, delle spese in termini economici e umani che avrebbe comportato[18].

3. Se ci addentriamo nel tema centrale di questo contributo, che è costituito dall'ambito di applicazione della LORPM, con il fine di determinare in modo esatto i suoi destinatari, è evidente che questa legge regola la responsabilità penale dei minori in età compresa tra i 14 e i 18 anni (art. 1.1) che hanno realizzato un atto tipizzato come delitto o contravvenzione nel codice o nelle leggi penali speciali. È importante mettere in rilievo che dal 1º luglio del 2015 le contravvenzioni sono scomparse dal codice spagnolo a seguito della riforma introdotta dalla LO 1/2015, del 30 marzo, per cui la LORPM dovrebbe essere di nuovo riformata per sopprimere eventuali riferimenti alle contravvenzioni. Tornando all'età dei soggetti vincolati alla legge, è importante osservare che sia i minori di 14 anni sia quelli in età compresa tra i 18 e i 21 sono esclusi dal suo ambito di applicazione. Questi ultimi, che secondo il quarto comma dell'art. 1, che è stato abrogato, potevano essere considerati giovani, non sono soggetti in alcun modo alla LORPM (sebbene questa fosse l'idea iniziale), come poco fa si è spiegato. Per quanto riguarda i bambini (minori di 14 anni), in virtù dell'art. 3 della legge, anche se quando realizzano un fatto tipizzato come infrazione penale non risponderanno ai sensi di quanto ivi disposto, comunque si applicheranno loro le norme sulla protezione dei minori previste nel codice civile e nelle altre disposizioni vigenti. In questi casi il pubblico ministero dovrà rimettere all'entità pubblica di protezione dei minori le testimonianze che consideri opportune per il minore, al fine di valutare la sua situazione, e questa dovrà promuovere le misure di protezione adeguate alle sue circostanze in conformità alla LO 1/1996, del 15 gennaio, sulla protezione giuridica del minore, la quale modifica parzialmente il codice civile e la legge sul processo civile[19], che il Parlamento sta attualmente riformando.

---

17. LO 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

18. Secondo LANDROVE, questa *vacatio* di un anno sembrava in un primo momento ragionevole, sempre che si fosse adoperata la diligenza necessaria per porre in essere i complessi e innovativi meccanismi di applicazione, considerando che non avrebbero potuto ridurre questo termine le modifiche legislative, statutarie, di personale, né di dotazione di infrastrutture necessarie a tale scopo. Alla fine, tuttavia, per questioni di tempo, non fu possibile disporre delle risorse umane e materiali necessarie, una volta arrivato il mese di gennaio del 2001 (G. LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho Penal de Menores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 64).

19. LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La LO 1/1996 è stata modificata in due occasioni: la prima, dalla Ley 54/2007, de 28 de diciembre, che abrogò l'art. 25 relativo all'adozione internazionale (BOE n. 312, 29 dicembre); la seconda, dalla sentenza del Tribunal Constitucional 131/2010 (BOE n. 4, 5 gennaio 2011) che dichiara incostituzionale la dodicesima disposizione finale e nulla la ventitreesima disposizione finale. Come è stato indicato, attualmente si sta approvando una modifica sostanziale della LO 1/1996, mediante due progetti di legge differenti, entrambi del 27 febbraio 2015: il progetto di legge organica sul sistema di protezione dell'infanzia e dell'adolescenza (Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la

Se consideriamo, quindi, l'età della persona nel momento in cui ha realizzato la fattispecie criminale, al fine di esigere o meno la responsabilità penale ed eventualmente di determinare la normativa applicabile ad ogni caso concreto, si possono distinguere quattro fasce d'età (sebbene, in pratica, la legge le riduca a tre):

a) Bambini (minori di 14 anni): non sono soggetti a responsabilità penale ma alle norme in materia di protezione dei minorenni previste nel codice civile e nelle altre disposizioni vigenti.

b) Minori (tra i 14 e i 18 anni): risponderanno penalmente in conformità a quanto disposto nella LORPM. La legge distingue due gruppi d'età all'interno di questa fascia (maggiori di 14 e minori di 16 anni, da una parte, e maggiori di 16 e minori di 18 anni, dall'altro) con la finalità di stabilire per ciascuno delle differenze nella durata delle misure (articolo 10). Secondo il legislatore questa distinzione sarebbe giustificata dal fatto che questi due gruppi presentano delle caratteriste particolari che richiedono, da un punto di vista scientifico e giuridico, un trattamento differenziato (punto 10 dell'Exposición de Motivos).

c) Giovani (tra i 18 e 21) e adulti (maggiori di 18 anni): responsabili penali nei termini stabiliti nel CP[20]. Quando si approvò la LO 5/2000, parte della dottrina affermò che in virtù dell'art. 19 CP la maggiore età penale era stata elevata dai 16 ai 18 anni. Tuttavia, se riflettiamo bene, si conclude giustamente il contrario, cioè che la LORPM ha abbassato l'età in cui una persona può essere considerata penalmente responsabile di due anni; se, infatti, con l'ACP (vigente in questa materia fino al 13 gennaio del 2001) i minori di 16 anni non erano considerati imputabili (presunzione iuris et de iure di non imputabilità) ed erano, pertanto, assolutamente irresponsabili dal punto di vista penale, con il citato articolo 19 e il suo rinvio alla LORPM anche il minore tra i 14 e i 16 anni è soggetto a responsabilità penale, sebbene sia differente da quella prevista per gli adulti[21]. In questo modo, malgrado sia vero che l'attuale normativa eleva di due anni (dai 16 ai 18) l'età richiesta per essere considerato responsabile penale in conformità al "codice penale degli adulti", è anche vero che è stata abbassata di due la generica soggezione alla responsabilità penale (dai 16 ai 14 anni). Fissando a 18 anni il limite minimo per essere considerato responsabile in conformità al codice penale, si equipara la maggiore età penale

---

infancia y a la adolescencia, 121/000130), che modifica gli ambiti considerati materia di legge organica per la loro capacità di incidere sui diritti fondamentali e sulle libertà pubbliche riconosciuti negli articoli 14, 15, 16, 17.1, 18.2 e 24 della Costituzione; e il progetto di legge di modifica del sistema di protezione dell'infanzia e dell'adolescenza (Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 121/000131), che riguarda il resto delle questioni

20. CARMONA SALGADO classifica le diverse età nel seguente modo: fino a 13 anni, bambini; dai 13 ai 16 anni, minori; dai 16 ai 18, giovani; e dai 18 ai 21, giovani/adulti (si riferisce ai 13 anni dal momento che il suo lavoro è del 1999, quando ancora non era stata approvata la LORPM; per cui l'autrice si servì del progetto di legge del 1998; Cfr. C., CARMONA SALGADO, Comentario al artículo 19, in Comentarios al Código Penal, Tomo II (Artículos 19 a 23), diretti da COBO DEL ROSAL, Edersa, Madrid, 1999, pp. 43 e 44). A mio avviso è preferibile la classificazione esposta nel testo principale (bambini –minori di 14 anni-; minori –tra 14 e 18 anni-; giovani –tra 18 e 21–; adulti –a partire da 18 anni–) e, pertanto, considerare come "minori" le persone in età compresa tra i 14 e i 18 anni. Questa classificazione permetterebbe, infatti, di rispettare la delimitazione realizzata dalla legge, che, al fine di regolare la "responsabilità penale dei minorenni", stabilisce il suo ambito di applicazione per le persone comprese in questa fascia cronologica.

21. Di questa opinione, I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, Actualidad Penal, nº 33, 2000, p. 705. È contrario BUENO ARÚS, secondo il quale non è stata abbassata l'età per esigere la responsabilità penale, dal momento che non è penale la responsabilità derivante dalla LORPM (F., BUENO ARÚS, in F. PANTOJA GARCÍA, (Dir.), La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: Compromisos internacionales, análisis de la

12 Cost. spagnola) e si adatta la normativa penale a quanto previsto nella Convenzione dei diritti del bambino delle Nazioni Unite, del 20 novembre 1989, secondo la quale devono essere considerati bambini i minori di 18 anni (art. 1). Con questa equiparazione che, senza dubbio, costituisce una buona soluzione per l'attuale sistema punitivo spagnolo, si superano critiche ben fondate come quella di Martínez González, che metteva in risalto l'incoerenza prodotta dal fatto che un minore di 18 e maggiore di 16 fosse incapace di stipulare un contratto o di amministrare i suoi beni o di esercitare il diritto di voto e, invece, fosse considerato in condizione di essere messo in un centro penitenziario adeguato alla personalità dei delinquenti adulti[23]. Dal momento che la nostra cornice costituzionale, attraverso il citato articolo 12, si basa su un criterio biologico-cronologico per stabilire la maggiore età degli spagnoli, questo deve risultare valido (per ragioni di sicurezza giuridica) per l'ordinamento penale[24].

4. Come è già stato indicato, nell'ordinamento giuridico spagnolo i minori di 14 anni sono esclusi dall'ambito di applicazione della LORPM, in virtù di quanto disposto nell'articolo 1.1, che lo circoscrive alle persone maggiori di tale età e ai minori di 18 anni. L'art. 3, inoltre, indica in modo chiaro che non si esigerà la responsabilità a tali soggetti in conformità alla LORPM (né a qualsiasi altra legge penale, poiché è ovvio che se non sono soggetti alla LORPM, non lo sono neppure al codice degli adulti), sebbene quando realizzino un fatto tipizzato come delitto o contravvenzione (solo delitto a partire dal 1º luglio), si applicheranno le norme in materia di protezione dei minori previste nel codice civile e nelle altre disposizioni vigenti. La completa irresponsabilità penale dei minori di 14 anni è dovuta al fatto che, con assoluta indipendenza dalla loro maturità mentale, sono considerate persone non imputabili. Per ragioni di sicurezza giuridica, il criterio cronologico si basa su una presunzione iuris et de iure che impedisce di considerarli imputabili, anche nel caso in cui il minore abbia raggiunto una certa maturità mentale. Per quanto riguarda i bambini, sorgono due questioni fondamentali:

a) Il compimento dei 14 anni si può considerare un'età appropriata per costituire il limite minimo a partire dal quale si possa esigere la responsabilità penale in conformità alla LORPM o, piuttosto, dovrebbe essere ridotto o elevato?

b) È adeguato il regime stabilito per i "bambini" trasgressori o, al contrario, è necessario sotto-

---

imputabilidad penal y respuesta penal, La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: situación actual (Cuadernos de Derecho Judicial XXV, 2005), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 310 e 311).

22. Oltre alla citata Convenzione, la normativa internazionale (precedente e successiva) di riferimento, si basa sui seguenti strumenti: la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, del 4 novembre 1950; la Dichiarazione dei diritti del bambino, del 20 novembre 1959; il Patto Internazionale per i diritti civili e politici di New York, del 16 dicembre 1966; le Regole "minime" delle Nazioni Unite per l'amministrazione della giustizia dei minori o Regole Beijing, del 29 novembre de 1985; la Raccomandazione nº (87) 20 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulle reazioni sociali dinanzi alla delinquenza giovanile, del 17 settembre 1987; le Regole delle Nazioni Unite per la protezione dei minori privati di libertà e le Direttrici delle Nazioni Unite per la prevenzione della delinquenza giovanile (Direttrici di RIAD), entrambe del 14 dicembre de 1990. Per maggiori informazioni, si rinvia, tra gli altri, a F. BUENO ARÚS, in F. PANTOJA GARCÍA, (Dir.), *La Ley de Responsabilidad Penal…*, *cit.*, pp. 285 e ss.; P. MORENILLA ALLARD, in C. GÓMEZ RIVERO, (Coord.), *Comentarios…*, *cit.*, pp. 43 e ss.; M. R., ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores…*, *cit.*. pp. 47 e ss.

23. M. I. MARTÍNEZ GONZÁLEZ, *La minoría de edad penal*, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 20, 1983, p. 401.

24. In questo senso, A. P. HALL GARCÍA, in C. GÓMEZ RIVERO, (Coord.): *Comentarios a la Ley Penal del Menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*, Iustel, Madrid, 2007, p. 76. È contrario PÉREZ MACHÍO, che difende la costruzione di un sistema misto che consideri sia il criterio cronologico dell'età che quello della capacità di comprensione della portata degli atti commessi (A. I., PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores –LO 8/2006- (Aspectos de Derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Tirant monografie 412, Valencia, 2007, pp. 52 e ss.).

sottoporlo a revisione?

a) Per quanto riguarda la prima domanda, si deve ricordare che, da una parte, la LO 4/1992, del 5 giugno, sulla competenza e sul procedimento dinanzi ai Tribunali per i minorenni[25] (rimasta in vigore fino al 13 gennaio 2001) stabiliva il limite inferiore ai 12 anni al fine di concedere competenza ai giudici dei minori per conoscere i fatti da questi commessi (art. 9.1); dall'altra, il progetto di legge organica sulla responsabilità penale dei minori presentato dal Governo spagnolo[26], approvato alla fine come LORPM, lo fissava prima a 13 anni e in un secondo momento lo ha elevato a 14, dopo le modifiche presentate dalla maggior parte dei gruppi parlamentari. Nel corso della riforma della LORPM, realizzata dalla LO 8/2006, pare che ci siano stati degli intenti falliti di riabbassare l'età minima a 12 anni[27].

Sebbene qualche settore dottrinale e, soprattutto, determinati gruppi sociali, abbiano sostenuto che il limite inferiore previsto per esigere la responsabilità penale in conformità alla LORPM dovrebbe essere abbassato al di sotto dei 14 anni o, almeno, abbiano ammesso qualche tipo di eccezione per bambini che presentino una complessa fedina penale, malgrado la loro giovane età, a nostro avviso, sembra accettabile fissare a 14 anni l'inizio della responsabilità penale del minore ai sensi della LORPM, per una ragione ben diversa da quella sostenuta dal legislatore nell'Exposición de Motivos (punto 4). Questa giustifica l'esclusione dei minori di 14 anni dall'ambito della legge "sulla base della convinzione che le infrazioni commesse dai minori al di sotto di quest'età sono in generale irrilevanti e che, negli scarsi casi in cui possano produrre un allarme sociale, sono sufficienti a dare loro una risposta adeguata gli ambiti familiari e di assistenza civile, senza necessità dell'intervento dell'apparato giudiziario punitivo dello Stato"[28]. Dai dati desunti dalla prassi si constata che la maggioranza delle infrazioni commesse dai bambini minori di 14 anni hanno poca trascendenza e che, con carattere generale, può essere sufficiente l'intervento sociale per far fronte a questa problematica, ma non sembra un fondamento adeguato per adottare una decisione di simile portata. Questa opzione politico-criminale avrebbe dovuto basarsi sulle caratteristiche soggettive del soggetto pregiudicato (i minori di 14 anni), assumendo come punto di riferimento il loro ancora scarso livello formativo o educativo. Di conseguenza, l'età di 14 anni è appropriata per fissare il limite inferiore a partire dal quale comincia la responsabilità penale del minore, se si considera che alla stessa età avrebbero già dovuto acquisire un livello di formazione scolastica elementare[29]. Con il precedente sistema educativo spagnolo, la EGB (*Educación General Básica*/Educazione Generale Elementare) si estendeva proprio ai 14 anni, età in cui si iniziavano gli studi di BUP (*Bachillerato Unificado Polivalente*).

25. LO 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.
26. Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores presentado por el Gobierno de España, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 144-1, de 03/11/1998.
27. Così sostengono F. BUENO ARÚS, in F. PANTOJA GARCÍA(Dir.), *La Ley de Responsabilidad Penal…, cit.*, p. 299; P. MORENILLA ALLARD, in C. GÓMEZ RIVERO, (Coord.), *Comentarios*…, *cit.*, p. 61.
28. In senso critico rispetto alla posizione seguita dal legislatore per giustificare l'irresponsabilità dei minori di 14 anni, A. I. PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal*…, *cit.*, p. 43. Testo originale in spagnolo: "con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado".
29. Di questa opinione, A. P. HALL GARCÍA, in C. GÓMEZ RIVERO (Coord.), *Comentarios*…, *cit.*, pp. 76 e 77. Invece, secondo MORENILLA ALLARD, «sin explicación plausible, ensanchó la horquilla de aplicación de la Ley elevando la edad de la inimputabilidad absoluta (de los doce a los catorce años)», MORENILLA ALLARD, P. in GÓMEZ RIVERO, C. (Coord.), *Comentarios*…, *cit.*, p. 54.

a) Attualmente la EP (Educación Primaria) finisce ai 12 anni, così che ai 14 il minore si trova a frequentare gli studi del 2º corso della ESO (Educación Secundaria Obligatoria).

Almeno in teoria, pertanto, tutti i bambini dovrebbero essere già scolarizzati in modo obbligatorio fino alla fine della ESO ai 15 o 16 anni, dovendosi presumere che all'età di 14 anni abbiano acquisito l'educazione elementare necessaria per possedere una certa maturità mentale.

Ad ogni modo, fissare quest'età come limite minimo per esigere la responsabilità al minore ai sensi di quanto disposto nella LORPM concede una sicurezza giuridica a cui non si deve rinunciare, sebbene, in pratica, possano esistere casi specifici in cui la mancanza reale di formazione di una persona maggiore di 14 anni consigli di utilizzare le istituzioni regolate nel codice per correggerne gli effetti[30].

b) Per quanto riguarda la seconda questione, relativa al regime stabilito per i trasgressori minori di 14 anni, come anteriormente si è indicato, sebbene realizzino un fatto tipizzato come infrazione penale, non saranno considerati responsabili in conformità alla stessa, ma si applicherà loro quanto disposto nelle norme sulla protezione dei minori previste nel codice civile e nelle altre disposizioni vigenti (art. 3 LORPM). Il pubblico ministero dovrà rimettere all'entità pubblica di protezione dei minori le testimonianze che consideri opportune per il minore, al fine di valutare la sua situazione e questa dovrà promuovere le misure di protezione adeguate alle circostanze del caso in conformità a quanto disposto nella Legge Organica 1/1996, del 15 gennaio, che, come è stato indicato in precedenza, si sta attualmente riformando.

Questa soluzione si basa, secondo quanto indica il legislatore nell'Exposición de Motivos della LORPM, sulla convinzione che le infrazioni commesse dai bambini al di sotto di tale età sono generalmente irrilevanti e che, negli scarsi casi in cui possano produrre allarme sociale, sono sufficienti per dare loro una risposta egualmente adeguata gli ambiti familiari e di assistenza civile, senza necessità dell'intervento dell'apparato giudiziario sanzionatorio dello Stato. In questo modo, sembra che, quando la LORPM esclude dal suo ambito di applicazione il soggetto non imputabile minore di 14 anni, intende lasciarlo fuori dal sistema punitivo dello Stato, vale a dire dal sistema penale (sebbene non vi sia un riferimento espresso).

Tuttavia, questa opzione presenta alcuni problemi perché, secondo Berdugo e altri, in realtà, questi bambini restano soggetti a leggi di protezione promulgate dallo Stato e dalle diverse Comunità Autonome, la cui attenta lettura offre un panorama ben distinto rispetto a quello di questa presunta irresponsabilità. In modo più specifico, ai minori in conflitto sociale le leggi autonomiche riservano praticamente le stesse misure che la LO 5/2000 prevede per le persone maggiori di 14 anni, senza che esista come contropartita lo stesso livello di garanzie nella loro adozione. Quanto affermato li porta a sostenere che in qualche modo il sistema, basato sull'istituto della tutela, sopravvive nel nostro ordinamento per i minori di quattordici anni, per i quali si è configurato come una specie di sistema sanzionatorio amministrativo privo di riconoscimento costituzionale, che viola i diritti fondamentali del minore[31].

A questo proposito, Cezón González mette in rilievo che alcune Comunità Autonome hanno incluso tra i loro mezzi di protezione misure di tipo correttivo, che contengono un rimprovero e anche un

30. Così, le alterazioni nella percezione dalla nascita all'infanzia (art. 20.3º c.p.) o l'errore sul divieto (art. 14.3 c.p.).
31. I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE e ALTRI, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Experiencia, Barcellona, 2004, pp. 335 e 336.

LORPM alle istituzioni e alle norme per la protezione dei minori di 14 anni autori di delitti costituisca una soluzione falsa o incompleta, propone l'elaborazione di un Diritto correzionale dei minori (che attualmente manca), il quale contempli in modo specifico la problematica del reato o del "pre-reato" dei minori al di sotto dei 14 anni e che offra una risposta ai problemi di squilibrio sociale o comportamentale che pregiudicano quella che è una genuina attività pubblica di protezione[32]. Bisogna vedere se la riforma in corso della LO 1/1996 riesca a dare questa risposta.

5. In Spagna alcuni autori negano che la LORPM abbia natura penale. Tra questi, ad esempio, Bueno Arús[33] sostiene che, sebbene la LORPM affermi di regolare una responsabilità di carattere *penale*, in realtà, non è così ed osserva che gli autori del disegno di legge (*Anteproyecto*) (tra i quali si trovava) accettarono di definire come *penale* un tipo di responsabilità che in realtà non lo è solo per evitare che le competenze in questa materia fossero attribuite alle Comunità Autonome invece che allo Stato, con le disfunzioni che questa attribuzione avrebbe determinato[34]. Al contrario, la Procura Generale dello Stato (in Spagna *Fiscalía General del Estado*), nella circolare 1/2000, del 18 dicembre, sui criteri di applicazione della legge organica 5/2000, del 12 gennaio sulla responsabilità penale dei minori[35], affermò espressamente la natura penale della LORPM nel seguente modo: «la forza espansiva che si deve attribuire al principio generale di retroattività favorevole che l'art. 2.2 CP del 1995 applica a tutte le leggi di natura penale – e la LORPM lo è in tutti i sensi –, la sua potenzialità di configurare, vincola l'interpretazione del 3º e 4º comma della disposizione transitoria unica e impone la necessità di una revisione sistematica di tutte le pene nella fase della loro esecuzione o quando si stiano per compiere e la loro sostituzione con misure di carattere educativo nei termini previsti dalla legge»[36].

---

32. Per evitare un vuoto di idoneità in questa zona in cui il diritto penale giovanile non è applicabile e le misure di correzione sono inadeguate al caso, questo diritto correzionale dei minori passerebbe «*a formar parte de las instituciones de protección, a virtud de medidas consistentes en imposiciones exigibles a menores infractores, a efectos de preservar una equilibrada maduración y conformación de su personalidad, cuando la intervención pública sea precisa, por la gravedad de los hechos o por rechazo por el menor de las manifestaciones educativas ordinarias –la familia y el sistema educativo*» (C. CEZÓN GONZÁLEZ, *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (Con las reformas introducidas en el articulado de las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000)*, Bosch, Barcellona, 2001, pp. 13 e 14).

33. Anche MORENILLA ALLARD considera che, sebbene il legislatore dubitò se stabilire un sistema di giustizia dei minori al di fuori del sistema punitivo e del processo penale o appoggiare la volontà repressiva di mantenere la minaccia penale per assicurare il compimento della legge penale tra i minori, alla fine preferì una risposta sanzionatrice educativa inserita in un sistema autonomo, al di fuori del sistema penale. Ciononostante, in disaccordo con la sua scelta, mantenne nella sua denominazione il concetto di responsabilità penale del minorenne, anche se in realtà sta regolando una responsabilità propria degli istituti della tutela o correttiva diversa da quella penale (P. MORENILLA ALLARD, in C. GÓMEZ RIVERO, (Coord.), *Comentarios*…, *cit.*, pp. 52 e ss.).

34. «*Terminamos por respetar el epígrafe «penal» aplicado a la responsabilidad de los menores, de acuerdo con el criterio del CP, porque, dada la curiosa configuración de nuestro «Estado de las Autonomías» (y eso que entonces aún no había empezado la era ZP) y el reparto de competencias que lleva a cabo la Constitución de 1978, si el Derecho correccional del menor no se calificaba de Derecho penal, habría que atribuirle otra naturaleza y considerarlo por ejemplo Derecho administrativo o «Asistencia social», en cuyo caso la competencia, incluso la legislativa, no habría de corresponder al Estado (art. 149.6 de la Constitución), sino a las Comunidades Autónomas (art. 148.20) y pensamos que 17 leyes reguladoras de la responsabilidad del menor hubiera sido demasiado disfuncional. De forma que dejamos intacta la denominación que apareció ya en el CP de 1995 y paciencia y barajar, y esperar –si cabe- tiempos mejores*…». Cfr. F. BUENO ARÚS, in F. PANTOJA GARCÍA (Dir.), *La Ley de Responsabilidad Penal*…, *cit.*, pp. 301 e ss. e, in particolare, p. 310. Nello stesso senso, Cfr. F. BUENO ARÚS, in S. DÍEZ RIAZA, (Coord.), *Prólogo*, *Cuestiones relevantes en la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, pp. 14 e ss.-.

35. Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

La dottrina spagnola maggioritaria difende la natura penale della LORPM con argomenti sufficientemente solidi che fanno considerare accertata questa posizione, tra i quali risulta di gran rilievo il carattere suppletivo del codice e delle leggi penali speciali rispetto a quanto non sia espressamente previsto nelle stesse, secondo quanto dispone la prima disposizione finale. Tali argomenti, inoltre, sono favoriti dalla denominazione data alla legge e dalle spiegazioni espresse nell'Exposición de Motivos, nella quale il legislatore riconosce in varie occasioni che la responsabilità del minorenne prevista ex lege è "penale". In particolare:[37]

- Si afferma che la legge è approvata per rispondere all'esigenza stabilita nell'art. 19 del codice penale vigente, approvato con legge organica 10/1995, del 23 novembre, «che fissa effettivamente la maggiore età penale a 18 anni ed esige la regolazione espressa della responsabilità penale dei minori al di sotto di tale età in una legge indipendente»[38] (punto 4).

- Nello stesso punto, poco più avanti, si precisa che «l'età limite dei 18 anni stabilita nel codice penale per riferirsi alla responsabilità penale dei minori richiede un altro limite minimo a partire dal quale si possa esigere questa responsabilità e che è fissato a quattordici anni»[39] (punto 4).

- Infine, quando si allude ai principi generali che hanno ispirato la legge, si esprime la "*natura formalmente penale*" del procedimento e delle misure applicabili ai trasgressori minorenni, anche se chiarisce che, da un punto di vista materiale, questa natura deve essere considerata "sanzionatrice-educativa" (punto 6). Sebbene, da questo punto, sembrerebbe dedursi che il legislatore avvertisse un certo timore a chiamare le cose con il suo nome, ciò non deve costituire un ostacolo per affermare la natura propriamente penale della LORPM[40] e, di conseguenza, per considerare che questa legge concretizza in Spagna quello che possiamo denominare, a tutti gli effetti, "diritto penale dei minori"[42]. Naturalmente, si tratta di un diritto penale differente e speciale rispetto a quello stabilito per gli adulti e che, pertanto, produce anche conseguenze diverse.

---

36. Testo originale in spagnolo: «*La fuerza expansiva que se ha de atribuir al principio general de retroactividad favorable que el art. 2.2 c.p. de 1995 aplica a todas las leyes de naturaleza penal -y la LORPM desde luego lo es-, su virtualidad informadora, vincula la interpretación de los apartados 3 y 4 de la Disposición Transitoria única e impone como necesidad la revisión sistemática de todas las penas en fase de ejecución o pendientes de cumplimiento y su sustitución por medidas de corte educativo en los términos previstos en la propia Ley*».

37. Il corsivo che appare risaltato di seguito è nostro.

38. Testo originale in spagnolo: «*que fija efectivamente la mayoría de edad penal en los dieciocho años y exige la regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad en una Ley independiente*».

39. Testo originale in spagnolo: «*la edad límite de dieciocho años establecida por el Código Penal para referirse a la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los catorce años*».

40. In questo senso, M. D., MACHADO RUIZ, Minoría de edad e imputabilidad penal, Actualidad Penal, Tomo 2003-I, p. 124. Affermano la natura penale della responsabilità regolata nella LORPM, tra gli altri, anche O. GARCÍA PÉREZ, La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales, Actualidad Penal, nº 32, 2000, pp. 684 e ss. e, in particolare, p. 686; M. A. CANO PAÑOS, Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el Derecho penal juvenil?, RECPC 13-13 (2011), pp. 5 e ss.

41. Così come fanno, ex multis, I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE e ALTRI: Curso…, cit., p. 335; I. CUELLO CONTRERAS, El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 965 e ss.; L. MORILLAS CUEVA, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal y Ley Penal, 2ª edic. revisada y puesta al día, S. L. Dykinson, Madrid, 2010, pp. 46 e 47 (quest'ultimo, inoltre, considera espressamente il diritto penale dei minori come uno degli ambiti del diritto penale in senso estensivo –pp. 49 e 50- e si riferisce al sistema istituito dalla LO 5/2000 come ad un "sistema di giustizia penale del minore" –p. 52-); I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, La nueva ley reguladora…, cit., p. 709 ("el Derecho Penal Juvenil es Derecho Penal, pero especialmente adaptado a los jóvenes").

Certamente, queste particolarità indussero il legislatore a definire la natura della legge come formalmente penale e materialmente sanzionatrice-educativa»[42]. Come giustamente mette in rilievo Ornosa Fernández, con questa dichiarazione, il legislatore della LORPM ha voluto indicare in modo chiaro che le sue caratteristiche e la struttura hanno carattere penale, ma la finalità è educativa[43].

Ciononostante, a volte, la legge è arrivata ad assumere un carattere così estremamente penale, che, allontanandosi dalla finalità educativa che avrebbe dovuto circondarla, ne lascia intravedere una repressiva contraria all'ideologia che la ispira[44]. Si sono introdotti, ad esempio, una serie di precetti imparentati con l'ideologia paternalista che caratterizzava l'antica legislazione propria dell'istituto della tutela, i quali, distanziandosi da criteri strettamente penali, possono arrivare a violare principi fondamentali come quello di uguaglianza, sicurezza giuridica, legalità e proporzionalità e a produrre un effetto contrario a quello che perseguono (pregiudicano il minore, quando ciò che, invece, si voleva era favorirlo)[45].

Dall'affermazione dell'indiscutibile carattere penale della LORPM, sorge anche il dubbio sulla natura delle misure previste nel suo art. 7. Di conseguenza, coloro che difendono che la LORPM non ha carattere penale, allo stesso tempo, sostengono che neppure le misure in questa riconosciute lo hanno. In questo senso, Bueno Arús ritiene che non sono pene, né misure di sicurezza, né misure cautelari di natura discutibile, né conseguenze accessorie, secondo il termine adottato dal codice del 1995, ma sono misure pedagogiche o correttive, per chiamarle in modo comprensibile senza perdersi nelle trappole del sistema[46]. Riteniamo, tuttavia, più corretta l'opinione di quegli autori che considerano che le misure della LORPM hanno natura penale, la quale costituisce l'unica posizione coerente se previamente si è affermata la natura penale della legge che le regola. In questa linea, si manifestano Berdugo e altri, secondo i quali la LO 5/2000 stabilisce un sistema processuale accusatorio dotato di tutte le garanzie del giusto processo, logica contropartita della natura penale delle sanzioni che si impongono[47].

---

42. È di questa opinione, M. R. ORNOSA FERNÁNDEZ (Dir.), *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, (Cuadernos de Derecho Judicial III, 2001), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 21.
43. M. R. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores…, cit.*, p. 118.
44. In questo senso, M. R. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores…, cit.,* pp. 118 e 119.
45. M. R. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores…, cit.,* pp. 134 e 135.
46. F. BUENO ARÚS,in F. PANTOJA GARCÍA, (Dir.), *La Ley de Responsabilidad Penal…*, *cit.*, p. 307. Secondo questo autore, «*sólo la mala fe en la defensa a ultranza de una postura doctrinal partidista y previa, sólo la asunción interesada y consciente del papel de contreras como protagonista escandaloso del gran teatro del mundo, pueden llevar a proclamar, como una consecuencia de la naturaleza de las cosas, que aquellas llamadas medidas son necesariamente penas, porque consisten en privaciones coactivas de derechos que responden a la comisión de un delito con una finalidad preventivo-especial, definición que podría servirnos tan propiamente para el concepto de pena. Sin embargo, un profesor universitario no puede ignorar que el Derecho civil, el Derecho administrativo, el Derecho internacional y otros sectores del ordenamiento –y además las normas disciplinarias informales del pater familias- están plagados de privaciones coactivas de derechos, de naturaleza disuasoria o intimidativa, que no constituyen penas, ni formal ni materialmente, por más que tengan de parecido con ellas que todas las sanciones se parecen en sus rasgos fundamentales. No se puede atribuir, por ello, alegremente al legislador un fraude de etiquetas, sin proceder a la vez fraudulentamente contra el pueblo que nos lee o que nos oye*» (F. BUENO ARÚS, in S. DÍEZ RIAZA, (Coord.), *Prólogo*, *cit.*, pp. 12 e 13).
47. I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE e ALTRI: Curso…, cit., p. 335. Nonostante l'affermazione prima citata nel testo, in un momento successivo del suo discorso sembrano difendere giustamente la tesi contraria: "los mayores de catorce años y menores de dieciocho sí son considerados responsables de los delitos que cometen (el propio sistema se denomina de responsabilidad), lo cual no impide que el legislador, en cumplimiento de la Convención de Derechos del Niño, prescinda de la imposición de penas propiamente dichas y prefiera aplicar a estos delincuentes un catálogo de medidas especialmente indicadas para ellos" (Cfr. ob. cit., p. 336).

Anche García Pérez, dopo aver affermato che molte sanzioni non sono diverse da quelle stabilite per gli adulti, sebbene si utilizzino degli eufemismi, considera le reazioni previste nella LORPM delle vere pene[48]. Parimenti Mapelli Caffarena afferma che la dottrina ha ritenuto, sin dalle origini della legge d'accordo sul fatto, che il catalogo che offre l'art. 7 sembra più un catalogo di pene che un catalogo di misure; in questo senso osserva che lo stesso criterio di classificazione, distinguendo tra misure privative di libertà e quelle che non lo sono, mette più enfasi sulla parte repressiva che su quella terapeutica[49].

A questo proposito, è opportuno anche citare, Muñoz Conde e García Arán, i quali ritengono che, sebbene nella LORPM si impieghi il nome di misure, tali sanzioni devono essere considerate dogmaticamente come pene, dal momento che non si basano sulla pericolosità del minore, ma sulla sua colpevolezza, anche se questa presenta delle caratteristiche speciali[50]. In sintesi, come indica Machado Ruiz, la natura penale del sistema di giustizia dei minori conduce inevitabilmente a considerare le conseguenze giuridiche previste per la commissione del reato come pene (giovanili). In questo modo, la finalità educativa di tali misure non è altro che quella che si attribuisce in questo ambito alle reazioni penali[52].

Anche lo stesso legislatore, quando nell'Exposición de Motivos (punto 6) si riferisce alla già menzionata «natura formalmente penale», lo fa sia in relazione al procedimento sia alle misure applicabili ai trasgressori minorenni, per cui qualsiasi dubbio dovrebbe essere eliminato. Anche lo stesso legislatore, quando nell'Exposición de Motivos (punto 6) si riferisce alla già menzionata «natura formalmente penale», lo fa sia in relazione al procedimento sia alle misure applicabili ai trasgressori minorenni, per cui qualsiasi dubbio dovrebbe essere eliminato. Per concludere, le misure riconosciute nell'art. 7 della LORPM sono sanzioni penali (come è penale la legge che le impone), sebbene la loro principale finalità educativa attribuisca loro una natura *sui generis* che le fa distinguere dalle pene previste per i delinquenti adulti. In questo modo, tuttavia, non si fa altro che riflettere in forma parallela sulla specificità della responsabilità dei minori che, anche se penale, presenta profonde differenze rispetto a quella prevista per i delinquenti maggiorenni.

6. Ancora oggi si discute se il minore soggetto alla LORPM (maggiore di 14 e minore di 18) sia imputabile, non imputabile, si trovi in una zona intermedia (imputabilità ridotta; imputabilità sui generis) o, incluso, si sottragga de facto ai principi fondamentali di questa categoria dogmatica.

---

48. O. GARCÍA PÉREZ, *La evolución del sistema*…, *cit.*, pp. 686, in particolare, p. 688.
49. B. MAPELLI CAFFARENA, *Las recientes reformas de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor*, *Actas del Symposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre Programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores*, Tomo I, Siviglia, 2008, p. 338.
50. F. MUÑOZ CONDE e M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edic., revisada y puesta al día, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 365.
51. SILVA SÁNCHEZ, nell'anno 1997 (pertanto, abbastanza prima che si approvasse la LORPM), affermava già che «*en los casos en que el sujeto pueda ser estimado responsable (y ello procede, en general, a partir de los catorce años, salvo patología específica) necesariamente habrá que recurrir a la imposición de una pena. Obviamente, una pena que ha de ser diversa de la pena convencional, normalmente aplicable al sujeto delincuente adulto. Habría de constituirse, pues, como una pena juvenil, como la que se contempla, en general, en los ordenamientos jurídicos que han elaborado un auténtico Derecho penal juvenil. Ello quiere decir que la pena juvenil debiera caracterizarse por tener una duración especial, unas normas especiales de ejecución, así como unos centros especiales para llevar a cabo dicha ejecución*» (J. M., SILVA SÁNCHEZ, *El régimen de la minoría*…, *cit.*, pp. 179 e 180).
52. M. D. MACHADO RUIZ, *Minoría de edad* …, *cit*., pp. 131 e ss.

a) Una prima posizione, secondo la quale la legge non ha natura penale, sostiene che l'imputabilità comincia a 18 anni (maggiore età penale) e che al di sotto di tale età non vi sia responsabilità penale, sebbene esista un "certo tipo" di responsabilità.

Questo argomento si basa sul fatto che, affinché ci sia responsabilità penale deve essersi prodotta un'azione tipica, antigiuridica e colpevole e che nella condotta del minore non vi è colpevolezza, non essendo questi imputabile, cioè capace di conoscere e volere liberamente, avuto riguardo a un livello di età che il legislatore stabilisce più o meno arbitrariamente, ma che garantisce un livello ragionevole di sicurezza e di certezza giuridica[53].

In sintesi, secondo questa teoria, il minore non è imputabile, come l'alienato, per cui, per definizione, non può esserci né un delitto nella sua condotta né una pena nella condanna giudiziaria, e non si tratta del fatto che i minori tra i 14 e i 18 anni soggetti alla LORPM abbiano un'imputabilità ridotta perché in questo caso la regolazione legale manterrebbe la stessa pena prevista per i delitti commessi nei casi di imputabilità piena, ma di una circostanza attenuante che obbliga a ridurla di uno o due gradi … è, pertanto, una misura restrittiva di diritti ma di natura diversa rispetto a quella della pena.

Quella dei minori è una responsabilità indipendente dall'imputabilità (responsabilità *sui generis*); di conseguenza, da un punto di vista penale, le persone soggette alle misure della "Legge sul minore" non sono imputabili[54].

b) Una seconda corrente dottrinale sostiene che bisogna considerare l'imputabilità del minore tra i 14 e i 18 anni come un'imputabilità ridotta o attenuata, giustificando così la sua esclusione dal diritto penale degli adulti e la sua soggezione a una legge penale giovanile[55]. Il principale argomento di questa tesi sostiene che l'art. 5.2 LORPM concede rilievo solo ai casi in cui il minore è totalmente privo di imputabilità, a causa della concorrenza di alcune delle cause previste nei numeri 1, 2, e 3 dell'art. 20 c.p., per cui se non si contemplano gli altri casi in cui è semi-imputabile (esimente incompleta rispetto a tali cause di non imputabilità) è perché ciò non si considera necessario, dal momento che la LORPM è diretta a persone con capacità di colpevolezza ridotta (i minorenni)[56].

---

53. F. BUENO ARÚS, in F. PANTOJA GARCÍA, (Dir.), *La Ley de Responsabilidad Penal*…, *cit.*, pp. 301 e ss.

54. F. BUENO ARÚS, in F. PANTOJA GARCÍA,(Dir.), *La Ley de Responsabilidad Penal*…, *cit.*, pp. 325 e ss. In modo simile si pronuncia PÉREZ MACHÍO, il quale ritiene che l'art. 19 c.p. riconosce l'imputabilità dei minori di 18 anni, interpretando che sono privi di capacità per comprendere il senso del mandato e delle proibizioni del diritto. Considera che il citato precetto contiene una dichiarazione assoluta di non imputabilità che si scontra con il fatto di esigere loro responsabilità penale, per molto speciale che questa sia (A.I. PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal*…, *cit.*, p. 40). Per VENTAS SASTRE, l'esclusione di imputabilità o di capacità di colpevolezza prevista nell'art. 19 dovrebbe essere interpretata come una presunzione *iuris et de iure* di assenza assoluta di responsabilità penale (R. VENTAS SASTRE, *Comentario al artículo 19*, *Comentarios al Código Penal, Tomo II (Artículos 19 a 23)*, diretti da COBO DEL ROSAL, Edersa, Madrid, 1999, p. 89).

55. Tra gli altri, O. GARCÍA PÉREZ, *La evolución del sistema*…, *cit.*, pp. 683; P. LLORIA GARCÍA, in C. GÓMEZ RIVERO, (Coord.), *Comentarios a la Ley Penal del Menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 88 e 89; M. D. MACHADO RUIZ, Minoría de edad ..., *cit*., pp. 121, 127 e ss.; I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La nueva ley reguladora*… *cit.*, pp. 710 e 716.

56. GARCÍA PÉREZ, *La evolución del sistema*…, *cit.*, pp. 683 e 684. Segue questa opinione, M.D. MACHADO RUIZ, *Minoría de edad*…, *cit.*, p. 128.

c) Un terzo settore riconosce in modo generico la piena imputabilità o capacità di colpevolezza dei minori in età compresa tra i 14 e i 18 anni[57]; nel sistema spagnolo, quindi, solo i bambini minori di 14 anni si possono considerare davvero non imputabili, dal momento che sono formalmente privi di responsabilità penale[58]. Fino a questo momento si sono esaminate tre posizioni sui minori soggetti alla LORPM, le quali difendono: la loro non imputabilità, la loro imputabilità o, come via intermedia, un'imputabilità ridotta. Tuttavia, si possono ancora menzionare altre opzioni, che non si identificano pienamente con nessuna delle precedenti:

d) Quella secondo cui il minore tra i 14 e i 18 anni è responsabile penalmente, ma non imputabile[59], la quale a sua volta si avvicina all'altra che riconosce nel minore una capacità elementare di responsabilità (di assumere le conseguenze dei propri atti), sebbene questa capacità non si potrebbe definire conforme alle categorie dogmatiche classiche, dal momento che parte dal rifiuto del paradigma classico della non imputabilità in questi casi[60].

e) Infine, è opportuno fare riferimento alla tesi secondo cui si deve riconoscere una certa imputabilità ai maggiori di 14 e minori di 18 anni, che permette di renderli capaci di una forma speciale di responsabilità penale[61]. Consideriamo che il minore tra i 14 e i 18 anni è pienamente imputabile (coincidenza con la corrente esposta nel punto c), sebbene la responsabilità penale che si esige loro acquista una forma speciale (coincidenza con l'opinione espressa nel punto e). Detto in termini più chiari, ci distanziamo dalla posizione difesa nell'ultimo punto (lettera e), secondo la quale si dovrebbe riconoscere al minore una "certa imputabilità", dal momento che – intendiamo – la sua imputabilità non è solo una "certa responsabilità" ma una piena imputabilità nel senso affermato nella posizione indicata nella lettera c.

---

57. Senza apportare ragioni a favore della sua tesi, G. LANDROVE DÍAZ, *Introducción*…, *cit.*, p. 69.
58. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. e ALTRI: *Curso*…, *cit.*, p. 336.
59. Questa posizione, sostenuta da CUELLO CONTRERAS, era già stata manifestata in forma espressa nel paragrafo denominato *Fondamento della non imputabilità del minore di diciotto anni*, in cui tratta questa questione o quando si riferisce alla minore età come causa di non imputabilità: «*La elevación de la mayoría de edad penal a los dieciocho años evidencia que, en última instancia, lo que justifica esta causa de inimputabilidad no reside en que el hombre alcance tarde la capacidad de culpabilidad, lo que sin duda es cierto, pero insuficiente para explicar la actual regulación*…» (*El Derecho Penal Español*…, *cit*, p. 969). Questo penalista, quindi, considera che il minore non è imputabile e che la giustificazione di questa situazione si trova nella necessità di una moratoria a causa dell'età (*ob. cit.*, p. 971). Nonostante quanto anteriormente affermato, intende che la LORPM, «por tratarse de Derecho penal, también es obligado a tener en cuenta el principio de culpabilidad» (*ob. cit.*, p. 970) e, di conseguenza, se la legge è penale, lo è anche la resposabilità derivante dalla sua applicazione. In un lavoro recente, tuttavia, CUELLO CONTRERAS afferma che «*en puridad, la minoría de edad penal no constituye un supuesto de inimputabilidad, ya que a los catorce años, por no decir de los dieciséis o dieciocho, el menor ya ha aprendido a diferenciar los contenidos vivenciales que habilitan para controlar la realidad. No son pues razones relacionadas con la capacidad de culpabilidad las que justifican la irresponsabilidad penal del menor conforme al c.p., sino de otra índole político-criminal*» (J. CUELLO CONTRERAS, *Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo, con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad*, in I. BENÍTEZ ORTUZAR e M. J. CRUZ BLANCA (dir.), *El Derecho Penal de Menores a debate*, Dykinson S. L., Madrid, 2010, p. 85).
60. A. GARCÍA PABLOS, *Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores*, *Menores privados de libertad* (Cuadernos de Derecho Judicial XV, 1996), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 275. Sembra manifestarsi a favore di questa tesi SILVA SÁNCHEZ, che afferma che «*ya con la fijación de la frontera de la minoría de edad penal en los dieciséis años, pero mucho más si ésta se eleva a dieciocho, lo que procede es desvincular la exención de responsabilidad criminal convencional en el caso del menor de la noción clásica de imputabilidad*» (Cfr. J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El régimen de la minoría*…, *cit.*, p. 173).
61. S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General,* 9ª ed. a cargo de V. GÓMEZ MARÍN, Reppertot, Barcelona, 2011, p. 597; F. MUÑOZ CONDE, e M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*…, *cit.*, p. 365.

Tuttavia, siamo completamente d'accordo con l'ultima affermazione, secondo cui la responsabilità penale che si esige al minore soggetto alla LORPM adotta una forma speciale o *sui generis* e, pertanto, differente da quella che si deduce dal CP per gli adulti.

Nel prosieguo di questo contributo, cercheremo di argomentare le due caratteristiche che si deducono dalla seguente affermazione: i minori tra i 14 e i 18 anni sono imputabili e sono soggetti ad una responsabilità penale particolare e configurata per loro in modo speciale; questo argomento ci permetterà di mettere in rilievo le luci e le ombre dell'art. 19 c.p.

7. La legislazione applicabile fino al 13 gennaio 2001, quando entrò in vigore la vigente normativa spagnola, fissava la maggiore età a 16 anni. Da una prospettiva strettamente biologica, si trattava di una presunzione *iuris et de iure* di non imputabilità dei minori al di sotto di questa età. La sua natura di causa di non imputabilità (nel senso più ampio di questa categoria) era avallata dalla sua inclusione nel catalogo generale delle esimenti *ex* art. art. 8.2º ACP. In modo più specifico, si enumeravano tra le altre due cause di non imputabilità contemplate nell'abrogato art. 8 l'alienazione mentale transitoria (numero 1º) e le alterazioni nella percezione (numero 3º). Come si è già messo in rilievo in precedenza, il codice vigente ha modificato radicalmente questa questione, escludendo il tema dell'età penale dall'art. 20 (vigente catalogo di esimenti della responsabilità penale) ed includendolo in un precetto specifico, l'art. 19, che senza dubbio ha un'importante ripercussione materiale[62]. Pertanto, come indica Silva Sánchez, se i numeri 1º, 2º e 3º di questo articolo 20 regolano le cause di esclusione della colpevolezza per non imputabilità ed il codice non ha incluso tra queste la minore età è perché per il codice penale «il minore di 18 anni non è un soggetto essenzialmente non imputabile, non è un soggetto "di per sé", privo di colpevolezza». Entrambi i precetti (articoli 19 e 20) appartengono allo stesso blocco (Capitolo II del Titolo I del Libro I), la cui rubrica generica s'intitola "Sulle cause che esimono dalla responsabilità penale" ("*De las causas que eximen de responsabilidad criminal*").

Entrambi i precetti (articoli 19 e 20) appartengono allo stesso blocco (Capitolo II del Titolo I del Libro I), la cui rubrica generica s'intitola "Sulle cause che esimono dalla responsabilità penale" ("*De las causas que eximen de responsabilidad criminal*").

La prima critica nei confronti del legislatore del 1995 riguarda l'inclusione dell'art. 19 nel menzionato capitolo, dal momento che questo precetto non contiene nessuna causa esimente o, almeno, non nel senso che gli è maggiormente proprio.

---

62. Afferma la trascendenza materiale dell'esclusione del contenuto dell'art. 19 dal catalogo delle esimenti dell'art. 20, C. CARMONA SALGADO, *Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero*, *Los derechos humanos (Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García)*, Università di Granada, Granada, 2001, p. 107.

63. Testo originale in spagnolo: «*el menor de 18 años no es un sujeto esencialmente inimputable, no es un sujeto «per se», exento de culpabilidad*». In corsivo nell'originale. Questo autore prosegue con la seguente osservazione: «Expresada a «contrario», la tesis central es la de que el menor de dieciocho años no es un inimputable, sino que es un sujeto *responsable* (en realidad se podría decir del mismo modo: imputable, culpable) al que, sin embargo, por razones político-criminales bastante obvias, y atendidas también sus peculiares circunstancias, se le sustrae del ámbito de las consecuencias jurídicas comunes del código penal»(J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El régimen de la minoría*…, *cit.*, pp. 159 e 160).

Titolo III ("Sulle pene"), Capitolo II ("Sull'applicazione delle pene"), Sezione 1ª ("Regole generali per l'applicazione delle pene").

Sebbene stabilisca, di sicuro, che i minori di 18 anni non rispondono penalmente in conformità a quanto disposto nel codice, ciò non suppone un'esenzione generica e assoluta dalla responsabilità penale (come succede in tutti i casi riconosciuti nell'art. 20), ma costituisce solo un semplice rinvio ad un'altra legge (che alla fine è stata la LORPM), a cui i minori restano vincolati per rispondere penalmente dei loro illeciti. In questo senso, sarebbe stato corretto, invece di inserire l'art. 19 nell'ambito del Capitolo II, includerlo in un capitolo indipendente che avrebbe potuto comprendere anche l'art. 69, il cui recepimento nella Iª Sezione del Capitolo II del Titolo III[64] non risulta opportuno, dal momento che il suo contenuto ha poco a che vedere con le regole generali di applicazione delle pene fissate nei precetti che lo accompagnano (così come si comprova nel testo originario dell'art. 4 LORPM, prima di essere stato modificato dalla LO 8/2006).

Anche se è sicuro che facendo uso dell'informazione privilegiata che ci offre il tempo, il cui trascorso ci ha confermato che l'art. 69 non si può applicare, il legislatore si sarebbe potuto risparmiare lo sforzo che a suo tempo ha richiesto il suo recepimento nel codice penale.

In conformità a quanto detto in precedenza, non si può neppure definire propriamente "un'esimente in ragione della minore età" l'istituto previsto nell'art. 19, dal momento che anche se svincola il minore di 18 anni dal codice degli adulti, in realtà esimere non lo esime per nulla, ma si limita solo a rimettere l'esigenza di responsabilità penale ad un'altra normativa.

Deve essere chiaro che la non inclusione della questione dell'età penale nel catalogo delle esimenti dell'art. 20 (il quale, invece, realizza una dichiarazione assoluta di esenzione dalla responsabilità penale nei casi indicati) implica che rispetto ai minori di 18 anni non esiste già, come un tempo, una presunzione *iuris et de iure* di non imputabilità e, pertanto, di irresponsabilità assoluta, ma solo di non responsabilità nei termini richiesti per le persone maggiori di 18 anni (adulti)[65]. Se proseguiamo nell'analisi delle critiche al codice del 1995, si è ripetutamente detto che l'art. 19 si è limitato a stabilire la non soggezione del minore di 18 anni al codice penale ed a dichiarare la sua responsabilità in conformità all'allora inesistente "Legge sul minore".

Tuttavia sarebbe stato auspicabile che:

- Il legislatore avesse specificato che il minore deve essere considerato responsabile, trattandosi, anche in questo caso, sebbene non nei termini di quella regolata nel codice degli adulti, di una responsabilità penale. È evidente che è così per le ragioni precedentemente esposte, ma sarebbe stato conveniente che il legislatore avesse evitato la discussione, semplicemente aggiungendo il termine "penale" e disponendo «potrà essere responsabile penale ai sensi» («*..podrá ser responsable penal con arreglo…*»), invece di limitarsi a dire «potrà essere responsabile ai sensi...» («*..podrá ser responsable con arreglo…*») (forse non ha realizzato una qualificazione diretta nell'art. 19 per non auto-limitarsi e poter decidere successivamente, a seconda di ciò che ritenesse più opportuno, il carattere penale o meno della normativa che in quel momento si doveva ancora sviluppare).

---

64. Titolo III ("Sulle pene"), Capitolo II ("Sull'applicazione delle pene"), Sezione 1ª ("Regole generali per l'applicazione delle pene").

65. In questo senso, si vedano: R. VENTAS SASTRE, *Comentario…*, *cit.*, p. 86 e M. D. MACHADO RUIZ, *Minoría de edad…*, *cit.*, p. 121.

- Si sarebbe anche dovuto includere in modo espresso nell'art. 19 il limite minimo in cui ha inizio la responsabilità penale *sui generis* del minore (che in conformità alla LORPM è fissato a 14 anni), il quale, a sua volta, avrebbe costituito il limite massimo per essere considerato non imputabile e, pertanto, incapace di essere dichiarato colpevole. Sebbene in un certo senso il silenzio del legislatore sia comprensibile, questo è un altro punto su cui non vi era chiarezza quando si approvò il codice penale (e, come nel caso dell'aggiunta del termine "penale" alla responsabilità, si preferì non stabilirlo, al fine di analizzare la questione durante l'elaborazione dell'ancora futura legge).

Secondo Cuello Contreras, la tecnica impiegata dal codice presenta importanti difetti, viola la sicurezza giuridica ed è caratterizzata da un'insufficiente politica criminale.

A suo avviso, tutte queste obiezioni si sarebbero evitate se il legislatore avesse deciso di includere l'età minima al di sotto della quale non è possibile nessun titolo di imputazione penale *ex* art. 20, vale a dire tra le restanti esimenti, aggiungendo allo stesso tempo un paragrafo in cui si fossero stabiliti i regimi speciali che avrebbero dovuto essere applicati a determinate fasce d'età superiori a questo minimo.

La scelta di includere la materia nell'art. 19 in modo indipendente richiedeveao maggiore precisione oltre a pretendere la fissazione della maggiore età penale tassativamente ai diciott'anni, cioè senza dare la possibilità di stabilire un regime penale, anche se molto speciale, per i minori al di sotto di tale età o anche di stabilire chiaramente che la maggiore età si raggiungesse prima, con la previsione di regimi speciali per fasce d'età al di sopra del minimo[66].

La verità è che l'art. 19 non include l'età minima al di sotto della quale non è possibile nessun titolo di imputazione penale (nel qual caso si starebbe regolando un'esimente), ma si è limitato ad escludere dal codice penale i minori di 18 anni e a rinviare alla "Legge sul minore".

Di conseguenza, risulta corretto non ricollegarlo al catalogo delle esimenti previsto dall'art. 20 (che riconosce esclusivamente i casi in cui vi è un'esenzione assoluta dalla responsabilità penale) e la sua enclave sistematica al di là di quanto stabilito. In sintesi, crediamo che, per quanto riguarda il suo contenuto, alcuni aspetti dell'art. 19 siano corretti e altri, invece, avrebbero richiesto una maggiore attenzione:

- In particolare, per quanto riguarda questi ultimi, l'art. 19 si considera insufficiente perché avrebbe dovuto indicare in modo tassativo l'età limite tra la non imputabilità del minore e l'esigenza di responsabilità penale (così come fa, ad esempio, il codice penale tedesco nel suo § 19[67]), limite che si potrebbe stabilire a 14 anni, trattandosi di un'età adeguata, come si è visto poco fa[68].

- Allo stesso modo, per la fascia d'età compresa tra i 14 e i 18 anni, la quale determina il passaggio all'età penale adulta, nel rinvio alla normativa specifica che lo regola, si sarebbe dovuto stabilire chiaramente che la responsabilità che si produce è di carattere penale.

---

66. J. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español*…, *cit.*, p. 968.
67. § 19, Incapacità del bambino di essere colpevole.
É incapace di essere colpevole chi nel momento della commissione di un fatto non ha ancora raggiunto i quattordici anni.
68. Della stessa opinione, M. D. MACHADO RUIZ, *Minoría de edad* …, *cit*., p. 127.

- Per quanto poi riguarda gli aspetti positivi, l'art. 19 segue una tecnica corretta, quando si sottrae alla regolazione generica delle cause di esenzione della responsabilità penale contenute nell'art. 20, dovendo questo precetto riconoscere in modo esclusivo i casi in cui si produce una simile esenzione assoluta. È sicuro che se si fosse stabilito espressamente nell'art. 19 il limite minimo al di sotto del quale si sarebbe prodotta la piena esenzione, questo sarebbe stato conforme al resto dei casi previsti nell'art. 20[69]; tuttavia, è anche evidente che non succede lo stesso con la previsione relativa alle persone maggiori di 14 e minori di 18, in cui si stabilisce la loro responsabilità e il cui regime risulta di obbligata inclusione in un articolo genericamente dedicato alla questione dell'età in materia penale.

Ad ogni modo, sebbene si valuti positivamente il fatto che l'art. 19 non sia relazionato al catalogo generale delle esimenti, si deve criticare che siano stati regolati insieme nello stesso capitolo, intitolato in modo generale "Sulle cause che esimono dalla responsabilità penale" ("*De las causas que eximen de responsabilidad criminal*"), nel senso *supra* indicato.

È stata una decisione adeguata anche fissare i 18 anni come età che determina il passaggio al sistema penale degli adulti, non solo ai fini dell'equiparazione che si produce, a cui si è già fatto riferimento, alla maggiore età civile e politica, e dell'adattamento alla normativa internazionale sulla materia, ma perché così si è concretizzata l'opzione politico-criminalmente più adeguata dal punto di vista sostanziale per permettere la creazione di un sistema penale giovanile basato su criteri educativi e di risocializzazione.

Come giustamente mette in rilievo Mir Puig, quando si eleva la maggiore età penale a 18 anni e si prevede una forma speciale di responsabilità penale per le persone di età inferiore e maggiori di 14, è evidente l'impossibilità di fondare l'esclusione dal codice dei minori di 18 anni su una assoluta mancanza di imputabilità[70]. Il minore in questa fascia cronologica è imputabile e, di conseguenza, deve rispondere penalmente dei suoi atti.

Si tratta, inoltre, di un'imputabilità piena e non solo ridotta, come ritengono alcuni autori[71], dal momento che in quest'ultimo caso sarebbe stato sufficiente applicare ai minori il codice degli adulti e, pertanto, le stesse pene previste per gli adulti, ma attenuandole[72].

Ciononostante, la sua responsabilità penale non deve essere pretesa in conformità ai parametri classici, ma si deve configurare come una responsabilità *sui generis,* che tenga conto delle caratteristiche speciali dei soggetti trasgressori, traducendosi finalmente nell'istituzione di un sistema di conseguenze penali conforme ai fini perseguiti, vale dire educare il minore e cercare di reinserirlo, nei limiti del possibile, nella società.

Si può affermare che il regime di responsabilità stabilito per i minori in funzione dell'età si basa su differenti ragioni, che, allo stesso tempo, giustificano il trattamento applicabile; per i minori di 14 anni (bambini), il fondamento della loro irresponsabilità penale non è altro che la loro non imputabilità;

---

69. Contro questa opinione, VENTAS SASTRE, che si lamenta, proprio del fatto che la minore età penale non figuri tra le cause esimenti dell'art. 20 ("Comentario…", *cit.*, p. 86).
70. S. MIR PUIG, *Derecho penal…, cit.,* p. 597.
71. Si veda *supra*.
72. Di questa opinione, in conformità a quanto indicato in precedenza, F. BUENO ARÚS, in F. PANTOJA GARCÍA, (Dir.), *La Ley de Responsabilidad Penal*…, *cit.*, p. 327.

per quelli maggiori di 14 e minori di 18 anni (minori), sebbene si considerino imputabili, sulla base di alcuni criteri di politica criminale, si decide di escluderli dal codice, creando un sistema penale specifico che renda possibile la loro educazione e la prevenzione/risocializzazione, i quali sarebbero impossibili se si imponessero le pene previste nel codice[73].

8. Fino a questo momento, sebbene si sia fatta allusione alla questione relativa all'imputabilità del minore soggetto alla LORPM, non si è detto nulla sulla colpevolezza in generale. A questo proposito, è opportuno osservare che, se la normativa che regola la responsabilità dei minori è, alla fine, diritto penale, questa deve essere obbligatoriamente vincolata al principio di colpevolezza, così come giustamente ha segnalato Cuello Contreras[74].

Il minore è imputabile e, in conformità al resto delle esigenze richieste dal giudizio di rimprovero, è anche colpevole.

Pertanto, le misure che si impongono ai minori che commettono reati non si fondano solo sulla loro colpevolezza, ma si basano anche su ragioni di politica criminale che consigliano di sostituire la classica pena con un intervento sanzionatorio di tipo educativo, mediante il quale si intende ottenere che il minore si metta sulla retta via, allontanandosi dal crimine[75].

Si tratta, quindi, di farli rispondere degli atti che hanno commesso, ovvero di rimproverare loro giuridicamente l'infrazione penale imposta (colpevolezza), ma mediante un sistema sanzionatorio (fondamentalmente educativo) disegnato in modo specifico per determinate persone (i minori) che, per la loro età, sono ancora "influenzabili" (si intenda nel miglior senso del termine) e presentano grandi possibilità di essere allontanati dal delitto e recuperati socialmente (prevenzione/risocializzazione).

Come ha ben segnalato Mir Puig, il diritto penale dei minori è un buon esempio della moderna politica criminale, perché, malgrado la concezione classica di stampo retributivo rendesse difficile ammettere che la realizzazione di un fatto in cui si potesse dimostrare la colpevolezza del soggetto potesse restare senza castigo, secondo l'attuale concezione politico criminale, sebbene non si possa castigare senza colpevolezza, non sempre nel caso in cui questa sia presente si deve imporre una pena, ma dovrà essere imposta solo quando sia necessaria e adeguata per prevenire delitti e proteggere la società[76].

In conclusione, per quanto riguarda i minori, le pene previste nel codice (concepite per persone adulte) non risultano adeguate alla consecuzione di tali fini (prevenzione del delitto e protezione della società) e, pertanto, neppure necessarie. Si considera, quindi, opportuno rimproverare giuridicamente il comportamento illecito posto in essere (colpevolezza), facendone derivare delle conseguenze penali distinte, specificamente disegnate in funzione dei loro destinatari (minori) e basate su parametri radicalmente differenti (educativi)[77].

---

73. In senso simile, S. MIR PUIG, *Derecho penal…, cit.,* pp. 597 e 598.
74. J. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español*…, *cit.*, p. 970.
75. Sostiene questo doppio fondamento, M. D. MACHADO RUIZ, *Minoría de edad*…, *cit.*, p. 124.
76. S. MIR PUIG, *Derecho penal…, cit.,* p. 598.
77. In questo senso afferma CUELLO CONTRERAS che «la razón por la que existe un régimen penal especial para los menores de signo educativo obedece a que… por debajo de cierta edad… el menor y el joven son más enderezables que el adulto de mayor edad, razón por la cual merece la pena apostar por la reeducación» (J. CUELLO CONTRERAS, *Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad*…, *cit.*, p. 85).

9. Per concludere questo studio, si affronteranno le due ultime questioni, che, per lo meno, dovrebbero indurci a riflettere.

a) Prima, si è definita l'imputabilità del minore tra i 14 e i 18 anni, in relazione all'esigenza di responsabilità penale, secondo quanto disposto nella LORPM, per tutti quei soggetti la cui età si colloca in questa fascia. Ma sorge il dubbio che nelle età vicine al limite dei 14 anni la maturità mentale del ragazzo o della ragazza, per sua natura, sia inferiore a quella del minore che si avvicina al limite superiore di questa fascia biologica. Sebbene questa conseguenza naturale, derivata dalla diversa età del minore trasgressore, sia stata considerata nella LORPM per stabilire differenze nella durata delle misure previste nell'art. 7 (a seconda che si tratti di soggetti maggiori di 14 e minori di 16 anni o in età compresa tra i 16 e i 18 anni *ex* art.10), aspetto che senza dubbio merita una valutazione positiva, sorge inevitabilmente la preoccupazione che si possano produrre fattispecie concrete in cui la consapevolezza dell'antigiuridicità di un determinato fatto sia presente, ad esempio, in un minore di 17 anni e non lo sia (o almeno, non in forma così chiara) in un altro che abbia solo 14.

Consideriamo, quindi, che questa differente percezione dell'illecito, derivata dal diverso grado di maturità mentale del minore trasgressore, debba essere valutata e risolta con altri strumenti giuridici che il nostro sistema penale articola al di là dell'imputabilità, in particolare, mediante l'istituto dell'errore (art. 14 c.p.), soprattutto, dell'errore sul divieto (3º comma). Questo istituto penale, applicabile al diritto penale dei minori in virtù di quanto disposto in modo espresso nella *prima disposizione finale* della LORPM (che stabilisce il carattere di norma suppletiva del codice, in relazione a quanto non sia in questa previsto in modo espresso), costituisce un criterio correttivo da utilizzare in tutti quei casi in cui l'inferiore maturità mentale del minore gli abbia impedito di avere una conoscenza adeguata del carattere illecito del suo comportamento. Se la situazione di specialità derivasse dal fatto che il minore in età compresa tra i 14 e i 18 anni presentasse una carenza formativa significativa a causa della sofferenza provocata da un'alterazione nella percezione che lo portasse a modificare gravemente la realtà giuridica, sarebbe opportuno invocare la 3ª esimente dell'art. 20 c.p. e, quindi, applicare, se necessario, in virtù di quanto disposto espressamente nell'art. 5.2 LORPM, le misure terapeutiche a cui si fa riferimento nell'art. 7.1, lettere d) ed e), della stessa.

b) L'art. 1 della LORPM stabilisce che questa legge si applicherà per esigere la responsabilità alle persone maggiori di 14 anni e minori di 18 per la commissione di fatti tipizzati come delitti o contravvenzioni nel codice penale o nelle leggi penali speciali (si ricordi che, come è già stato detto, a partire dal 1º luglio di quest'anno 2015, le contravvenzioni sono scomparse dal codice penale spagnolo, in virtù della riforma realizzata dalla LO 1/2015, del 30 marzo). Ciò significa che, in virtù dell'accessorietà della LORPM in relazione al catalogo dei delitti o delle contravvenzioni che possono essere commessi da un minorenne, questi, in principio, può essere autore di una qualsiasi delle figure di reato tipizzate nella normativa penale spagnola.

Tuttavia, l'esperienza mette in rilievo che le infrazioni dei minori si circoscrivono a determinati tipi penali (soprattutto, omicidi, lesioni, attentati alla libertà sessuale, furto, uso illegittimo di veicoli a motore, danni e delitti contro la salute pubblica) e che esistono figure di impossibile esecuzione da parte di un minore per l'incapacità dovuta alla sua minore età di occupare determinati posti (ad esempio, tutti i delitti il cui soggetto attivo deve essere un funzionario pubblico, potendosi accedere alla funzione pubblica solo dopo aver compiuto i 18 anni)[78].

Sulla base di quanto anteriormente esposto, si è proposto di delimitare una tipologia propria di minorenni al fine di evitare il ricorso al diritto penale degli adulti, la qual cosa supporrebbe l'elaborazione di un catalogo di infrazioni, che preveda le fattispecie penali che un minore possa eventualmente compiere, e, al contrario, escluda dal suo ambito tutti quei tipi che i minori siano incapaci di realizzare o, incluso, che la prassi dimostri che non entrano nel suo ambito di delinquenza.[79]

Consideriamo, tuttavia, che questa tipizzazione specifica presenterebbe più problemi di quelli che potrebbe risolvere, dal momento che, fissare un catalogo chiuso di infrazioni penali per i minori, farebbe sorgere il rischio di creare delle lacune di responsabilità dinanzi a fatti che, se nel passato non erano oggetto di esecuzione da parte dei minori, lo potrebbero essere nel futuro.

Il sistema attuale è adeguato e offre una grande sicurezza giuridica, dal momento che non lascia nessuno spazio all'impunità a seconda della classe di infrazione commessa.

E se il minore commette o meno una determinata classe di delitti o, nel caso in cui possa o meno commetterli avuto riguardo alle caratteristiche del soggetto attivo o della condotta, non c'è motivo per complicare in modo non necessario questa questione mediante l'elaborazione di una tipologia specifica per minorenni, tenuto conto che il minorenne trasgressore risponderà penalmente con tutte le garanzie, e se si prova che ha eseguito un crimine previsto in una concreta fattispecie penale o in qualche legge speciale. In realtà, poco importa che la figura di reato sia contemplata nel diritto penale dei minori; l'unica cosa rilevante è che il minorenne risponda in conformità a quanto disposto nelle regole specifiche stabilite per legge al fine di sottoporlo a un regime punitivo speciale.

78. Per un'analisi sulla natura delle infrazioni commesse dai minori, A. SERRANO MAÍLLO, *Mayoría de edad penal en el Código de 1995 y delincuencia juvenil*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 5, UNED, Madrid, 1995, pp. 775 e ss.
79. Sostiene questa tesi, A. I. PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal*…, *cit.*, pp. 25 e ss.

Profili di rilevanza penale del c.d. turismo procreativo tra diritto dei genitori all'autodeterminazione e tutela del minore.

FLAVIA ACCARDO

ABSTRACT

The procreative tourism is a phenomenon increasing exponentially because of the stark limits estabilished from the Italian law of assisted reproductive technologies for couples who have procreatives problems. Sometimes, parents claim their babies as legitimate children, even in the absence of a genetic link. The Italian court rulings are recently interested in this topic, known also by the case law of the ECHR. The question is if it's feasible a crime of altering the status or of making false statements to an officer. Waiting for a law on this point, the decisions seem strongly influenced by the sensitivity and the ethical choices of the performers. Any case, it's important to understand which is the real interest protected by the rules, for a correct reconstruction of the area of criminal law.

SOMMARIO: 1. Profili critici della legge 40 del 2004 e il fenomeno del turismo procreativo. – 2. Questioni principali emergenti nella giurisprudenza di merito. – 2.1. La sentenza Tribunale di Varese, ud. 8.10.2014, giud. Sala. – 2.2. La sentenza del Tribunale di Milano, ud. 8. aprile 2014, g.u.p. Mastrangelo. – 2.3. Sentenza Tribunale di Brescia, sez. II penale, 26 novembre 2013, Pres. ed est. Di Martino. – 2.4. Sentenza Tribunale di Milano, sez. V penale, 15 ottobre 2013, est. Cernuto. – 3. Cenni ai delitti di alterazione di stato e di false dichiarazioni a pubblico ufficiale, con particolare riguardo al bene giuridico tutelato. – 4. Osservazioni critiche.

1. La L'accesso delle coppie italiane alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è disciplinato dalla legge del 2004 n. 40 che è stata oggetto di importanti interventi della Corte costituzionale nonché della Cedu[1].

L'art. 1 di tale legge chiarisce che l'accesso a tali tecniche è volto alla soluzione dei problemi procreativi nel rispetto dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. Il ricorso a tali tecniche, in ogni caso, deve essere ispirato ai criteri di minore invasività possibile, gradualità e residualità, ovvero è consentito in assenza di altri metodi idonei a rimuovere le cause di infertilità o sterilità.

1. Per una esaustiva ricognizione della disciplina prevista dalla legge v., G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, *Parte speciale*, Volume II, Tomo primo, Bologna 2011, p. 49 e ss. V. anche E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008; F. CONSORTE, *La procreazione medicalmente assistita*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, M. PAPA a cura di, *I reati contro la persona*, I, *Reati contro la vita e l'incolumità naturale*, Torino, 2006, p. 215 ss; D. PULITANÒ a cura di, *Diritto penale, Parte speciale, Volume I, Tutela della persona, Seconda edizione*, Torino, 2014, p.104 ss.

L'art. 1 di tale legge chiarisce che l'accesso a tali tecniche è volto alla soluzione dei problemi procreativi nel rispetto dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito[2]. Il ricorso a tali tecniche, in ogni caso, deve essere ispirato ai criteri di minore invasività possibile, gradualità e residualità, ovvero è consentito in assenza di altri metodi idonei a rimuovere le cause di infertilità o sterilità[3]. Come ogni trattamento medico, è indispensabile che la coppia sia adeguatamente informata e pertanto l'art.6 della legge in commento è integralmente dedicato alle modalità di prestazione del consenso informato.

La legge prescrive tassativi requisiti soggettivi per accedere a tali tecniche. Le coppie devono essere eterosessuali e costituite da soggetti maggiorenni, coniugati o conviventi, in età potenzialmente fertile ed entrambi viventi[4]. La violazione delle norme previste dalla legge in commento integra, per lo più, illeciti amministrativi puniti con pene pecuniarie così afflittive da indurre parte della dottrina a parlare di una vera e propria «truffa delle etichette»[5]. Ne costituisce un esempio la realizzazione in una struttura sanitaria italiana di tecniche di fecondazione eterologa che, nella formulazione originaria della legge 40, comportava l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro[6]. Sul punto, nel 2014 è intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 162 dichiarando costituzionalmente illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa, perché lesivo degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost. e frutto di un irragionevole bilanciamento della libertà di autodeterminazione, della tutela della salute, del diritto all'identità genetica e dell'uguaglianza di trattamento delle coppie con problemi riproduttivi[7]. La legge n. 40, inoltre, prevede dei veri e propri illeciti penali che hanno sollevato molti dubbi in dottrina, in particolare per l'indeterminatezza del bene giuridico tutelato e per la previsione di pene sproporzionate e irragionevoli che tradiscono mere finalità simboliche[8].

---

2. È evidente che la formulazione della norma evidenzia una specifica scelta del Legislatore di considerare il concepito come soggetto meritevole di tutela. Tale affermazione contrasta con le incertezze della dottrina e della giurisprudenza sulla soggettività del nascituro e in particolar modo dell'embrione e appare anch'essa espressione di mero paternalismo giuridico.

3. Dal rigoroso rispetto di tali principi derivava l'irragionevole preclusione alle coppie fertili portatrici di gravi malattie ereditarie che, paradossalmente, potevano fare ricorso all'aborto terapeutico, ma non alla fecondazione artificiale. sul punto è di recente intervenuta la Corte cost. con sent. n. 96 del 2015, in *Diritto penale contemporaneo* 8 giugno 2015 con nota di F. VIGANÒ, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*.

4. Art. 5 legge n. 40 del 2004, requisiti soggettivi. Tali requisiti lasciano aperto il problema dell'accesso alle tecniche di fecondazione utilizzando il gamete del partner premorto. Tale divieto, però, era già previsto dal codice deontologico medico vigente prima dell'entrata in vigore della legge 40 del 2004. Sulla equiparazione delle coppie di fatto a quelle coniugate v. S. MOCCIA, *Un infelice compromesso: il Testo Unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Crit. dir.,* 1998, p. 250.

5. S. CANESTRARI, *Commento alla legge 40/2004*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, II, 416.

6. È opportuno sottolineare che, prima dell'entrata in vigore della l. n. 40 del 2004, la legge consentiva la pratica dell'eterologa solo nelle cliniche private. Le ordinanza ministeriali previgenti avevano, infatti, vietato tale pratica nell'ambito di strutture sanitarie pubbliche. La l. n. 40 del 2004 ha generalizzato tale divieto rendendolo un vero e proprio illecito amministrativo severamente sanzionato. L'art. 12 co. 8, prevedeva però una causa di non punibilità per l'uomo o la donna a cui venivano applicate le tecniche. Per ragioni di completezza si ricorda che la questione fu oggetto di quesito referendario poco dopo l'entrata in vigore della legge, senza raggiungimento del quorum elettorale necessario all'abrogazione.

7. Corte cost. 2014 n.162, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 giugno 2014.

8. A discapito dell'affermazione di voler tutelare l'embrione e la vita umana, la norma sembra maggiormente orientata da scelte fideistico moraleggianti nonché simboliche. Lo stesso divieto di surrogazione di maternità sembra non trovare altra giustificazione se non la valutazione della gravità da un punto di vista morale della violazione del ruolo esclusivo della coppia nella procreazione. Le norme sembrano maggiormente orientate a tutelare un certo modello etico di famiglia. Si afferma il privilegio dell'embrione rispetto alla vita della donna in totale contraddizione rispetto a quanto affermato dalla legge sull'aborto in ricezione del mutamento delle *Kulturnormen*. Sul sospetto paternalismo penale, E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27

Il divieto di maternità surrogata, ancora vigente, punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 euro a un milione di euro chiunque realizza, la commercializzazione di gameti o la surrogazione di maternità. Tali condotte sono irragionevolmente equiparate dal punto di vista sanzionatorio, a condotte meramente preparatorie come l'organizzazione o la pubblicizzazione, in qualsiasi forma, delle tecniche suddette.

Ai fini che qui interessano, si ricorda, ancora, che l'art. 3 della l. 40 del 2004, nell'ambito delle misure di tutela dell'embrione, dispone il divieto di sperimentazione e ricerca sugli embrioni umani con eccezione delle sperimentazioni a favore del nascituro, nonché un divieto generale di qualsiasi tipo di selezione genetica degli embrioni. Dall'interpretazione di tale norma è scaturito un lungo dibattito circa l'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto[9].

Inoltre, essendo vietata anche la selezione genetica c.d. negativa finalizzata alla soppressione di embrioni portatori di gravi malattie, si veniva a determinare una palese disparità di trattamento rispetto alla disciplina dell'aborto terapeutico e imponendo alla gestante di dover portare avanti la gravidanza per poterla poi interrompere nei limiti della l. 194 del 1978.

Infine, l'art. 14 della legge in commento prevede il divieto di crioconservazione degli embrioni generati, comportandone il contestuale impianto in numero non superiore a tre, vietando altresì la riduzione embrionaria di gravidanze plurime se non negli stretti limiti consentiti dalla legge sull'aborto[10]. La violazione di tali divieti è punita con pena detentiva e pecuniaria.

Il rispetto di tale disposizione ha determinato un forte aumento dei parti gemellari ed impone alle pazienti di sottoporsi a cure ormonali particolarmente invasive sulla propria salute. La violazione di tali divieti è punita con pena detentiva e pecuniaria. Il rispetto di tale disposizione ha determinato un forte aumento dei parti gemellari ed impone alle pazienti di sottoporsi a cure ormonali particolarmente invasive sulla propria salute.

Gli stringenti limiti legislativi descritti hanno determinato, subito dopo l'entrata in vigore della norma, un incremento del c.d. turismo procreativo, cioè dell'esodo delle coppie italiane con problemi riproduttivi verso Paesi in cui è più semplice l'accesso alle tecniche di fecondazione[11].

---

ottobre 2013; A. MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il c.d. "paternalismo penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, 1637 ss.; F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Leg. pen*., 2005, 326 ss. Sul complesso problema della laicità del diritto penale si fa riferimento a S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.,215 ss. Sul problema della legislazione meramente simbolica ed emergenziale, priva di una coerenza sistematica, v. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1992, *passim*.

9. V. sul punto, diffusamente, con riferimenti alla giurisprudenza costituzionale e Cedu, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, *Parte speciale*, cit., 51 ss.

10. Una deroga a tale divieto è stata apportata dalla Corte costituzionale con la sent. n. 151/2009 dichiarando costituzionalmente illegittime le parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» contenute nell'art. 14, comma 2, della legge.

11. Il comportamento è oggetto di costante studio da parte dell'Osservatorio sul turismo procreativo, costituito nella primavera del 2005, poco dopo l'entrata in vigore della legge 40. Tale Osservatorio ha prodotto 3 ricerche sulla fecondazione eterologa e 1 ricerca sulla procreazione medicalmente assistita nei paesi arabi consultabili sul sito *http://www.osservatorioturismoprocreativo.it/*.

Questo fenomeno, innanzitutto, è sintomo della inidoneità della legge n. 40 a tutelare le aspirazioni legittime delle coppie che necessitano di tali cure mediche, costringendole ad un dispendioso spostamento all'estero e rendendole facili vittime di meccanismi di speculazione sulle loro speranze[12].

Va inoltre considerato che il Legislatore non è intervenuto esplicitamente a regolare le sorti dello stato giuridico dei soggetti concepiti all'estero facendo ricorso a fecondazione eterologa e\o a maternità surrogata. Pertanto, tale lacuna richiede agli interpreti il difficile compito di desumere dalla disciplina generale in materia di stato civile le norme da applicare allo *status* giuridico del neonato che presenta una diversità di patrimonio genetico rispetto a quello di uno o entrambi i genitori che ne chiedono il riconoscimento.

È evidente che, in assenza di una specifica indicazione legislativa, la funzione ermeneutica è facilmente influenzata da scelte etiche di tipo personale.

I casi concreti sottoposti di recente all'attenzione della giurisprudenza di merito hanno posto il dubbio circa la sussistenza di profili di rilevanza penale nella condotta della coppia che, recatasi all'estero per accedere alla fecondazione eterologa, alla pratica del c.d. "utero in affitto" o ad entrambe, abbia voluto tacere alle autorità italiane il ricorso a tali tecniche dichiarando il figlio come concepito naturalmente. In alcuni casi, il fatto è stato preceduto da condotte preparatorie volte a predisporre accorgimenti che rendessero più credibile il legame di filiazione naturale[13].

Non è questa la sede per soffermarsi sull'ulteriore rilevante aspetto della applicabilità o meno della legge italiana ai sensi degli artt. 4, 6 e ss. c.p. in considerazione del fatto che sovente le dichiarazioni in questione vengono rilasciate presso l'ambasciata italiana all'estero.

Emerge, infatti, nella prassi il dubbio sulla possibilità di considerare l'ambasciata italiana territorio italiano o comunque sulla possibilità di giustificare l'applicazione della legge italiana dal momento che l'offesa al bene giuridico tutelato si realizza nel territorio dello Stato italiano[14]. Sebbene la questione sia preliminare, essa meriterebbe una autonoma trattazione e pertanto si rinvia a studi specifici sull'argomento. Alcune recenti sentenze di merito e la giurisprudenza pronuncia della Cedu, inducono a soffermarsi maggiormente, in questa sede, sui profili di rilevanza penale delle condotte in precedenza descritte.

---

12. Non a caso, la Corte cost. nella già citata sentenza n. 162 del 2014, ha argomentato la dichiarazione di incostituzionalità del divieto assoluto di fecondazione eterologa anche sulla base della violazione dell'art. 3 Cost.; tale norma, infatti, creava un'irragionevole disparità di trattamento precludendo, di fatto, alle sole coppie meno abbienti di ricorrere alla donazione eterologa di gameti.

13. Si pensi che in un caso l'imputata, oltre a indossare una pancia di gommapiuma per nove mesi, si era fatta praticare dei tagli un medico per simulare gli esiti cicatriziali di un parto cesareo.

14. L'incertezza sull'assoggettabilità dell'ambasciata italiana all'estero al principio di territorialità sorge dalla circostanza che, per consolidata consuetudine internazionale, questa è considerata parte del territorio del Paese ospitante, sebbene sottoposta, per alcuni aspetti, alla legge dello Stato ospite e sebbene i sia prevista una disciplina particolare circa le immunità degli agenti diplomatici. Si parla, al riguardo, di una complessa nozione di extraterritorialità.
La sentenza del Tribunale di Varese del 8 ottobre 2014, in *Diritto penale contemporaneo* 17 dicembre 2014, sulla quale vedi *infra*, qualifica il fatto come reato di mera condotta consumato all'estero dal momento che le ambasciate sarebbero pacificamente considerate come territorio estero. Il giudice però ritiene comunque di dover applicare la legge penale italiana, perché la condotta finisce per esplicare i suoi effetti sul territorio italiano. Tale circostanza consentirebbe altresì di superare la condizione di procedibilità della richiesta del Ministro di grazia e giustizia.

Il vero quesito da risolvere, sotteso al rispetto delle leggi in materia di stato civile, sembrerebbe quello di bilanciare correttamente l'esigenza dei genitori alla riservatezza sulle modalità di procreazione col diritto dell'individuo alla verità sulla propria identità biologica, nonché con l'interesse statale superindividuale di controllare la liceità dell'accesso a tali cure mediche. La preoccupazione maggiore, infatti, sembra essere che la reticenza circa le modalità di generazione dei propri figli possa diventare un facile terreno di violazione delle leggi nazionali e straniere sulla procreazione assistita e sull'adozione, a tutto danno dei minori coinvolti in tali procedure.

2. Sebbene la casistica sia ancora esigua e limitata alla giurisprudenza di merito, si registra un'incertezza interpretativa in relazione alla configurabilità dei delitti di alterazione di stato *ex* art. 567 co. 2 e di false attestazioni al pubblico ufficiale *ex* art. 495 c.p. Si tratta di comprendere in che modo vada tutelata la genuinità della formazione dello stato civile dei figli nati da surrogazione di maternità, talvolta senza essere legati da alcun legame genetico con la coppia di genitori.
È opportuna, quindi, una preliminare e breve disamina delle soluzioni adottate dagli interpreti.
In ogni caso, si segnala che anche la giurisprudenza e la dottrina civilistiche incontrano analoghe incertezze ermeneutiche sulla liceità e validità del contratto di maternità surrogata stipulato all'estero secondo la *lex loci* e sul conseguente *status* giuridico da riconoscere al nato dall'esecuzione di questo contratto.

Nella più recente sentenza n. 24001 del 11 novembre 2014, la Cassazione sembra aver anteposto le esigenze di liceità e di tutela dell'ordine pubblico alle esigenze di tutela del neonato. Proprio questa maggiore tensione al formalismo ha indotto la Cedu con la sentenza del 27 gennaio 2015, ad affermare che costituisce violazione dell'art. 8 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata e familiare) la decisione delle autorità di uno Stato membro di allontanare il minore nato all'estero ricorrendo alla maternità surrogata dalla coppia che è ricorsa a tale tecnica per il concepimento, anche quando il minore non abbia alcun legame genetico con il padre e la madre committenti.
La profonda connessione tra le questioni civilistiche e quelle penalistiche è resa palese dalla forte eco che la citata sentenza Cedu ha ricevuto nella giurisprudenza penale.
Di seguito, una rapida ricognizione delle principali sentenze che si sono occupate dell'argomento.

2.1. Con sentenza del 8 ottobre 2014, in sede di giudizio abbreviato, il gup di Varese ha riqualificato i fatti contestati agli imputati come false dichiarazioni a pubblico ufficiale rispetto all'originaria imputazione per alterazione di stato e li ha assolti perché, facendo applicazione dei principi espressi dalla Cedu nei casi Mennesson c. Francia e Lebassee c. Francia, il fatto non costituisce reato[16].
Nel caso *de quo*, la perizia aveva rilevato che il patrimonio genetico dei due gemelli, nati in Ucraina, era compatibile con quello dell'imputato, ma non con quello dell'imputata e che quest'ultima non riportava i segni del parto. Non è trascurabile la circostanza di fatto che non sono mai stati prodotti il contratto di surrogazione di maternità o qualche documento relativo all'avvenuta la fecondazione

16. Tribunale di Varese, ud. 8.10.2014, giud. Sala, consultabile su *www.jusexplorer.it* Tribunale di Varese, ud. 8.10.2014, giud. Sala, consultabile su *www.jusexplorer.it*

eterologa, né è mai stato dichiarato il nome dell'ospedale, della clinica o qualunque altro luogo in cui siano stati partoriti i neonati.

La sentenza esclude la configurabilità del delitto di alterazione di stato *ex* art. 567 co. 2, per la sussistenza di un ragionevole dubbio che l'atto di nascita sia stato redatto correttamente ai sensi della *lex loci* – come previsto dall'art. 33 della l. 218 del 1995 – a seguito di una pratica lecita di fecondazione medicalmente assistita.

In Ucraina, infatti, dall'analisi delle traduzioni giurate delle disposizioni vigenti, sembra essere lecito ricorrere contemporaneamente sia al cd. utero in affitto che alla donazione di gameti. Si stipula un vero e proprio contratto con la madre surrogata e, al momento della nascita, un notaio, quindi un pubblico ufficiale, raccoglie la dichiarazione della madre surrogata con la quale ella afferma di non avere legami biologici con il neonato, di acconsentire all'indicazione di un altro soggetto quale genitore nell'atto di nascita e di rinunciare per sempre a qualunque pretesa di esercizio di potestà genitoriale sul minore.

Il giudice di Varese riqualifica correttamente il fatto come delitto di false dichiarazioni a pubblico ufficiale, trattandosi di dichiarazioni false relative a un momento successivo rispetto a quello della formazione dell'atto di nascita. Egli, però, assolve gli imputati perché le false dichiarazioni, in virtù dell'applicazione dei principi espressi dalla Cedu, realizzerebbero un cd. falso innocuo.

Il giudice sembra affermare che poiché l'art. 35 della legge n. 218/95 dice che per l'iscrizione nei registri dell'ufficio di stato civile va applicata la legge italiana e poiché quest'ultima vieta il ricorso alla surrogazione di maternità e alla fecondazione eterologa, ne conseguirebbe che l'aver dichiarato i neonati come propri figli legittimi è punibile ai sensi del 495 c.p.

Il bene giuridico tutelato dalla norma è la fede pubblica e, quindi, la capacità probatoria delle iscrizioni nel registro di stato civile di provare l'esistenza di un rapporto biologico tra colui che effettua il riconoscimento e il figlio.

La legge italiana, però, non ha stabilito in che modo gli atti di nascita redatti all'estero a seguito di maternità surrogata e fecondazione eterologa devono essere trascritti nei registri degli uffici dello stato civile italiano. Inoltre sarebbe invalsa la prassi di molti ufficiali di stato civile di trascrivere *tout court* gli atti di nascita formati all'estero a seguito di surrogazione di maternità. Infine, va considerato che la Cedu nei casi Mennesson c. Francia e Lebassee c. Francia, ha affermato la prevalenza dell'interesse del minore e del suo diritto ad avere una identità di stato civile coerente con l'identità di figlio che assume nella società[17].

Alla luce di tali presupposti, il giudice di Varese desume che l'iscrizione di stato civile deve indicare i due soggetti che ricorrono alle tecniche in questione come genitori, senza aggiungere nessun'altra specificazione.

---

17. C. eur. dir. uomo, quinta Sezione, 26 giugno 2014, Mennesson c. Francia, ric. n. 65192/11, e C. eur. dir. uomo, quinta Sezione, 26 giugno 2014, Labassee c. Francia, ric. n. 65941/11, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 luglio 2014 con commento di T. TRINCHERA, *Viola l'art. 8 della CEDU lo Stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità.*

Inoltre, considerando che, se anche i due imputati avessero detto la verità, si sarebbe comunque dovuto procedere alla loro iscrizione come genitori naturali dei neonati, la certificazione dello stato civile risulta privata della sua capacità probatoria del legame biologico tra genitori e figli, pertanto il fatto non è antigiuridico perché la condotta degli imputati non può offendere il bene tutelato dalla norma[18].

2.2. Si segnala un altro caso in cui si trattava di surrogazione di ricorso alla surrogazione di maternità all'estero -in India- con donazione di ovocita[19].
Ancora una volta, gli imputati non dichiaravano in quale clinica fossero avvenuti la fecondazione extrauterina e l'impianto, né in che modo avessero fatto ricorso all'affitto dell'utero. Analogamente, l'atto di nascita non riportava alcuna indicazione sul ricorso a tale pratica. In pendenza del procedimento penale, veniva promosso ricorso per dichiarare lo stato di abbandono del minore da ritenersi non riconosciuto da alcun genitore.

Secondo le argomentazioni del giudice, nell'ordinamento indiano risulta un'estrema incertezza giuridica circa la legittimità dei c.d. contratti di surrogazione, i quali sembrano essere tollerati secondo le linee guida stilate dall'*Indian Medical Council*. All'epoca dei fatti, in ogni caso, era anche pendente in Parlamento indiano l'esame di un *Surrogacy Bill*. In sintesi, in assenza di un diritto puntuale, si lasciava ampio spazio all'autonomia privata, senza escludere forme di sfruttamento delle condizioni socioeconomiche delle donne indiane.

Gli imputati avevano apertamente dichiarato di aver voluto approfittare della legislazione più tollerante di uno Stato straniero sapendo che la surrogazione di maternità è una pratica vietata in Italia.
Il giudice esclude la configurabilità dell'alterazione di stato perché l'atto di nascita parrebbe conforme alla *lex loci*; inoltre le eventuali violazioni della legge in materia di stato civile commesse all'estero sono improcedibili in mancanza della richiesta del Ministro di grazia e giustizia.

Per quanto riguarda, invece, la dichiarazione alle autorità italiane di stato civile, se non può essere ritenuta illecita la mera riproduzione, nel modulo offerto dall'Anagrafe di Milano, dei dati contenuti nell'atto di nascita estero data la natura di mera riproduzione di un atto già formato all'estero, la dichiarazione vera e propria davanti all'Ufficiale di Stato Civile di Milano, preceduta dall'ammonizione *ex* art. 76, DPR 445/2000, è ritenuta idonea ad integrare il reato di cui all'art. 495 c.p.

2.3. La sentenza di condanna per alterazione di stato *ex* art. 567 co. 2 c.p., emessa dal Tribunale di Brescia, ha ad oggetto il concorso di soggetti tra loro e con altri non identificati, che con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, mediante false certificazioni e false attestazioni nella formazione degli atti di nascita, alteravano lo stato civile di due gemelli, negando di aver fatto ricorso a surrogazione di maternità con donazione di ovocita[20].

19. Tribunale di Milano, 8 aprile 2014, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 aprile 2014 con commento di M. WINKLER, *Una nuova pronuncia su surrogazione di maternità all'estero e falsa dichiarazione in atti dello stato civile in una sentenza del Tribunale di Milano.*
20. Trib. Brescia, Sez. II pen., 26 novembre 2013, Pres. ed Est. Di Martino, in Diritto penale contemporaneo, 17 Marzo 2014, con commento di T. TRINCHERA, *Ancora in tema di alterazione di stato e procreazione medicalmente assistita all'estero: una sentenza di condanna del Tribunale di Brescia*.

Nel corso dell'istruttoria dibattimentale si accerta altresì che i segni della cicatrice isterotomica visibili sul corpo della donna, sono stati procurati con la complicità di un medico rimasto ignoto, al fine di procurarsi una falsa prova di aver subito un parto cesareo.

Il Tribunale di Brescia ha ritenuto configurabile il reato di alterazione di stato previsto dall'art. 567 co. 2 c.p. qualora il neonato sia dichiarato figlio della donna che non ha partorito il bambino e che non ha con esso alcun legame genetico. Il reato sussisterebbe anche se l'atto di nascita è stato formato all'estero e successivamente trascritto nei registri dello stato civile italiano qualora la legge del Paese ove il bambino è nato non consenta il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita in concreto praticate.

Ad avviso del giudice, dall'art. 123 del codice di famiglia ucraino si dovrebbe desumere che nemmeno in tale nazione è legittimo il ricorso congiunto alle due tecniche di surrogazione di maternità e di donazione di ovocita (legittime se, invece, praticate singolarmente).

Facendo applicazione della sentenza n. 31 del 2012 della Corte costituzionale, il giudice ha però ritenuto che, valutando il caso concreto, non sussistessero motivi per condannare il padre (l'unico legato biologicamente ai due gemelli) alla pena accessoria della perdita della potestà genitoriale. Non sussistevano infatti, elementi specifici da cui desumere l'inadeguatezza del padre allo svolgimento dei doveripoteri di assistenza, crescita, educazione e mantenimento della prole.

È stata, quindi, dichiarata la falsità degli atti di nascita come trascritti nei registri dello stato civile, relativamente alla genitorialità della madre e sono stati trasmessi gli atti al Tribunale per i minorenni.

2.4. La prima sentenza ad essere discussa in materia di profili di rilevanza penale delle condotte di turismo procreativo è stata quella del Tribunale di Milano[21]. Essa ha escluso la sussumibilità della condotta di coloro che si recano in Ucraina per ricorrere alla maternità surrogata con donazione di ovociti nella fattispecie di alterazione di stato *ex* art. 567 co. 2 c.p. qualora il neonato venga dichiarato figlio della donna per conto della quale è stata portata avanti la gravidanza, se l'atto di nascita è stato formato validamente nel Paese in cui è avvenuta la fecondazione.

In tale caso l'imputata aveva fatto ricorso ad un cuscino addominale, in gommapiuma, per simulare lo stato di gravidanza.

Nel corso dell'istruttoria, comunque, erano stati riferiti tutti i dati utili alla ricostruzione della maternità surrogata. Come previsto dalla legge ucraina, l'ufficiale di stato civile aveva formato l'atto di nascita raccogliendo la dichiarazione della partoriente di non avere alcun legame genetico col bambino e indicando nei due imputati i genitori del neonato. L'atto di nascita originale era stato regolarmente tradotto in italiano e appostillato, cioè munito di un'annotazione comprovante l'autenticità del documento a livello internazionale.

21. Trib. Milano, Sez. V pen., 15 ottobre 2013 (dep. 13 gennaio 2014), Est. Cernuto, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 febbraio 2014 con nota di T. TRINCHERA, *Alterazione di stato e maternità surrogata all'estero: una pronuncia assolutoria del Tribunale di Milano*.

Trattandosi di atto redatto in conformità alla *lex loci* del luogo ove il bambino è nato, considerando che gli imputati non avrebbero potuto agire diversamente, il giudice esclude l'applicazione dell'art. 567 co.2 che si riferisce specificamente alla formazione di un atto di nascita falso.

Diversamente, il Tribunale ritiene che la condotta successiva alla formazione dell'atto di nascita, tenuta dinanzi alle autorità italiane di stato civile, integri gli estremi del reato meno gravi di false dichiarazioni a pubblico ufficiale di cui all'art. 495 c.p. Nonostante ciò, ne dichiara l'improcedibilità per carenza della richiesta ministeriale trattandosi di reato comune commesso all'estero punito con la pena della reclusione inferiore a tre anni.

Questa sentenza, in ogni caso, è rilevante perché, *incidenter tantum*, per prima ha affrontato la questione della contrarietà o meno dell'atto di nascita formato all'estero a seguito di surrogazione di maternità rispetto all'ordine pubblico.

Il giudice richiama l'art. 15 del d.P.R. n. 396 del 2000 recante Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, il quale stabilisce che le dichiarazioni di nascita effettuate da cittadini italiani all'estero devono farsi secondo le norme stabilite dalla *lex loci*. L'art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000, invece, stabilisce che in relazione al successivo momento della ricezione, nel nostro ordinamento, degli effetti dell'atto formato all'estero, se l'ufficiale di stato civile riscontra la contrarietà dell'atto in questione con l'ordine pubblico, non può provvedere alla trascrizione nei registri italiani. In ogni caso la contrarietà rispetto all'ordine pubblico inciderebbe solo sugli aspetti civilistici del riconoscimento dello stato di filiazione e nulla avrebbe a che vedere con la reità della condotta la quale resta lecita se realizzata in conformità con le leggi del Paese in cui è avvenuta la surrogazione di maternità.

In ogni caso, il giudice prende posizione sul punto e afferma che la trascrizione dell'atto di nascita formato secondo la *lex loci* in caso di maternità surrogata, non costituisce violazione dell'ordine pubblico internazionale, perché il ricorso a tali tecniche di procreazione è un fenomeno ormai esistente e sempre più accettato socialmente. Questa forma di fecondazione è consentita nella maggior parte dei Paesi europei ed è espressione del diritto all'autodeterminazione ai sensi dell'art. 8 Cedu. Analogamente, nel diritto interno si deve dare atto che la stessa l. 40 del 2004 nel vietare il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita eterologa, escludeva la punibilità dei componenti della coppia che illecitamente vi faceva ricorso e ne disciplinava comunque gli effetti, valorizzando il principio di responsabilità procreativa e in luogo di quello di discendenza genetica.

3. L'alterazione di stato di cui all'art. 567 c.p. è collocato nell'ambito dei delitti contro la famiglia. Il primo comma punisce con la reclusione da tre a dieci anni la condotta di chi altera lo stato civile di un neonato con la sua sostituzione. Ben più complessa è la disposizione dell'art. 567 co. 2 c.p. che applica la pena della reclusione da cinque a quindici anni a chi altera lo stato civile di una persona mediante false dichiarazioni o certificazioni realizzate nel momento della formazione dell'atto di nascita.

È, inoltre, importante ricordare che nel 2012, con sentenza n. 31, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 569 nella parte in cui rendeva automatica la perdita della potestà genitoriale nei casi di condanna *ex* art. 567, senza indagare sulla concreta capacità di essere genitore e sull'interesse del minore nel caso concreto.

La diversa fattispecie di false dichiarazioni a pubblico ufficiale circa lo stato civile di una persona ai sensi dell'art. 495 c.p., collocato nell'ambito dei delitti contro la fede pubblica, punisce con la reclusione da due a sei anni, le dichiarazioni false al pubblico ufficiale sullo stato, l'identità o qualità della propria o dell'altrui persona, in relazione ad atti dello stato civile.

In effetti la giurisprudenza di legittimità ha più volte analizzato il rapporto strutturale tra le fattispecie di cui al 567.2 e al 495 c.p. che presuppongono, entrambe, la realizzazione di un falso ideologico in relazione allo stato civile di una persona. Mentre, però, l'art. 567 co. 2 c.p. presuppone false certificazioni, false attestazioni o altre falsità che riguardano proprio l'atto di nascita, l'art. 495 co. 2 del c.p. si realizza quando le dichiarazioni false riguardano la formazione di atti dello stato civile diversi da questo documento[22].

L'atto di nascita è un documento che contiene solo poche informazioni circa una persona, ovvero: il nome, il cognome, il Comune di nascita, il nome di coloro che lo riconoscono come figlio al momento della nascita. Ai sensi dell'art. 33 della l. 218/95 sul diritto internazionale privato, l'atto di nascita formato all'estero, deve seguire le leggi dello Stato nel quale avviene la nascita stessa.
Se dunque esso è stato redatto in conformità alla legge del Paese che ammette il contratto di surrogazione di maternità, appare corretta l'esclusione della fattispecie di cui all'art. 567 co.2 c.p.

L'art. 35 della stessa l. 218/95, stabilisce che il riconoscimento del figlio, ai fini dell'iscrizione nel registro dello stato civile (documento distinto e separato rispetto all'atto di nascita), deve essere effettuato ai sensi della legge nazionale del minore o, se più favorevole, di colui che effettua il riconoscimento.

Nella ricostruzione del bene giuridico tutelato dalle norme in questione, operazione preliminare rispetto all'interpretazione corretta dell'area di rilevanza penale delle fattispecie, non bisogna confondere il diritto dei minori concepiti mediante surrogazione di maternità o fecondazione eterologa ad avere un nome, un cognome e lo *status* di figlio, con la precisa volontà di alcune coppie di dissimulare la realtà e di sfruttare la formulazione dell'atto di nascita per poter dichiarare i neonati come propri figli nati da parto naturale.

Tale condotta è illecita come sarebbe illecito il comportamento di chi, recatosi all'estero per adottare un neonato, lo dichiari come proprio figlio nato da parto naturale di ritorno nella propria nazione.
Non è condivisibile l'assunto per il quale l'art. 495 c.p., tutelando la fede pubblica, tutela la mera capacità probatoria dei documenti di stato civile. La fede pubblica altro non è se non una *ratio* di tutela che va difesa nei limiti in cui esiste un bene giuridico sottostante da tutelare[23].

Quest'ultimo deve essere individuato nello *status* di figlio come qualità intrinseca della persona, oggetto giuridico di tutti i delitti contro lo stato di famiglia commessi mediante falsità di cui agli artt. 567 e ss. Lo stato di filiazione è fondamento di altri rapporti giuridici, è espressione della propria identità biologica e riguarda le vicende della propria vita. Esso, quindi, è una componente della personalità umana che esprime un certo rapporto naturale di procreazione.

---

22. Cfr. *ex multis*, Cass. pen. sez. VI, n. 35806 del 5.5.2008, P.G. in proc. G. e altro, Rv. 241254; conforme a Cass. pen. sez. VI, 24.10.2002 n. 5356/03, Poletti, Rv. 223933.
23. S. Moccia, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1995, 343 ss.

I delitti che offendono lo stato civile di figlio offendono, quindi, una qualità personale ed infatti «l'oggetto della tutela penale viene ricondotto ad un ambito essenzialmente privatistico dell'interesse (meglio interesse che diritto) del neonato all'integrità del proprio stato di filiazione quale attributo della personalità. Unico soggetto passivo, di tali fattispecie è, quindi, il neonato il cui stato viene alterato e non lo Stato come si ritiene per contro in una prospettiva essenzialmente pubblicistica»[24].

Tutto ciò è coerente con la stessa legislazione internazionale. La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo sancisce che i minori, anche adottati, hanno diritto a poter reperire, qualora possibile, informazioni sulle proprie origini biologiche.

Le stesse leggi straniere in materia di "utero in affitto" stabiliscono che all'atto di nascita sia presente un pubblico ufficiale che raccolga la dichiarazione della partoriente di non avere alcun legame genetico col figlio da lei concepito e di rinunciare a poter vantare in futuro qualsiasi pretesa di riconoscimento del proprio legame di parentela col neonato. Analogamente, esiste una traccia dell'aver fatto ricorso alla donazione di gameti; cosa completamente diversa sono i contratti sottoscritti dai donatori in base ai quali essi si impegnano a mantenere l'anonimato e a non cercare, in futuro, contatti con i propri figli biologici.

L'obbligo penalmente sanzionato di dire la verità all'ufficiale di stato civile tutela, allora, innanzitutto il minore rispetto al suo diritto di conoscere la verità sulla propria identità biologica, tutela il minore e i genitori da eventuali pretese future di madri surrogate che potrebbero rivendicare il proprio legame biologico e l'esercizio della propria potestà genitoriale e tutela l'interesse superindividuale a controllare il ricorso alle tecniche di fecondazione e alle pratiche di adozione.

4. La casistica giurisprudenziale fa emergere, innanzitutto, un'incertezza di *Kulturnormen* che consentano agli interpreti di colmare con sicurezza la lacuna legislativa circa un'esplicita regolamentazione dello stato civile dei figli nati all'estero da maternità surrogata. L'assenza di tale «ideologia» si è tradotta in un'applicazione indeterminata ed incerta delle fattispecie di cui all'art. 567 c.p. e 495 c.p.[25].

Preme ribadire che il turismo procreativo è un fenomeno lecito e conosciuto dal Legislatore.

Lo stesso Osservatorio per il turismo procreativo aveva proposto la creazione di uno sportello di informazione senza fini di lucro per poter indirizzare al meglio le coppie sterili ed infertili che intendono recarsi all'estero per accedere alle tecniche di fecondazione assistita che in Italia o sottoposte a limiti più stringenti.

Ai sensi dell'art. 33 della l. 218 del 1995, qualora i genitori abbiano fatto ricorso all'estero a cure che richiedono la partecipazione di un soggetto estraneo rispetto alla coppia, l'atto di nascita deve essere redatto in conformità alle norme del Paese in cui è avvenuta la nascita. Nel rispetto della *lex loci*, quindi, non c'è spazio per l'applicabilità dell'art. 567 co 2 c.p. in materia di alterazione di stato.

L'iscrizione nel registro di stato civile deve essere effettuata secondo la legge italiana. Fintanto che dura questa lacuna, la sorte del figlio nato dal ricorso di tali tecniche sembra, di fatto, dipendere dalla sensibilità e dall'orientamento ideologico dell'ufficiale di stato civile e, eventualmente, del giudice

24. F. BRICOLA, *Dei delitti contro la famiglia*, in *Enc. diritto. annali*, Vol. 2, XII, 1964, 53
25. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 17 ss.

chiamato a decidere sulla trascrivibilità dell'atto di nascita formato all'estero e sulla sua conformità o meno all'ordine pubblico.

Sebbene sia possibile un ricorso analogico alle regole in materia di adozione e sebbene sia lodevole lo sforzo degli interpreti di cercare dei parametri di riferimento, anche extragiuridici, per una corretta interpretazione e applicazione delle norme in commento, appare opportuno un intervento del Legislatore che, nella discrezionalità del suo potere e nel rispetto delle garanzie democratiche, disciplini specificamente il nuovo fenomeno e stabilisca la sorte dello *status* del figlio nato all'estero in parziale o totale assenza di legame biologico con i genitori. Che il legame filiale vada riconosciuto, in questi casi, sembra facilmente comprovato da due ordini di argomenti.

Il turismo procreativo è una pratica lecita. Pertanto, non è pensabile che il minore possa subire dei pregiudizi nella propria esistenza come conseguenza di una condotta ritenuta dal Legislatore penalmente irrilevante. Analogamente non è possibile che una coppia di genitori sia posta nell'aberrante alternativa tra consumare un reato di false dichiarazioni al pubblico ufficiale e vedersi sottrarre il figlio, perché il contratto di maternità surrogata, pur validamente stipulato all'estero, secondo parte della giurisprudenza, è contrario all'ordine pubblico interno[26].

In secondo luogo, è perfettamente compatibile con l'ordinamento interno che sia riconosciuto uno stato di filiazione tra soggetti non consanguinei, come accade in materia di adozione. Del resto, lo stesso riconoscimento del figlio ai sensi degli artt. 251 e 254 c.c. è una dichiarazione di scienza a cui viene riconosciuta validità anche se il dichiarante nutre intimamente dei dubbi sulla effettiva paternità.

Ciò non toglie che, per tutelare lo stato di filiazione, qualità intrinseca della persona e vero bene giuridico sotteso agli artt. 567 co.2 e 495 c.p., i genitori sono tenuti a dire la verità agli ufficiali di stato civile oltre che a seguire protocolli leciti di accesso all'estero alle tecniche procreative.

La falsa dichiarazione, se del caso avvalorata dall'utilizzo di stratagemmi per simulare l'avvenuto parto naturale e un normale rapporto di filiazione naturale, è idonea ad integrare il reato di cui all'art. 495 c.p. Non appare possibile aggirare l'applicazione di tale norma ricorrendo a strumentali argomentazioni fondate sul principio di offensività e su una scorretta interpretazione degli arresti giurisprudenziali della Cedu. Ammettere che dei neonati possano essere dichiarati come propri figli biologici, senza dover dimostrare la legittimità delle procedure utilizzate, potrebbe costituire una nuova zona franca per il commercio di minori, pratica umanamente poco edificante che spinse il Legislatore a porre stringenti limiti alle procedure di adozione internazionale.

A nulla vale, infine, l'argomentazione secondo cui l'imposizione dell'obbligo di dire la verità sul ricorso alle tecniche di fecondazione che coinvolgano un terzo estraneo alla coppia violerebbe la riservatezza e il rispetto della vita privata della coppia e del minore. Il riferimento alle leggi in materia di adozione, infatti, consente di affermare che questo problema non sussiste. In caso di adozione, infatti, il relativo provvedimento viene annotato all'atto di nascita; tale annotazione resta nel registro di stato civile e non viene prodotta nei vari certificati da esibire a privati o alle pubbliche amministrazioni, che invece si limitano ad indicare il nome dei genitori che hanno riconosciuto l'adottato come proprio figlio.

---

26. Questo è quanto è accaduto proprio nel caso oggetto della citata sentenza Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001.

I reati culturalmente motivati. Spunti di riflessione a partire da due recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità

CLAUDIA SANTORO

ABSTRACT

This paper arises from two recent decisions of the Supreme Court of Cassation regarding culturally motivated crimes. It then creates an overview on the current case law about multicultural issue. In more detail, the article critically analyses crimes against honour and family, and the aggravating circumstance of the poor and futile reasons to art. 61, n.1 of the Italian Penal Code. In conclusion, Zaffaroni concept of "guilt by vulnerability" has been scrutinized, and the relationship between cultural factor and penalty functions has been investigated.

SOMMARIO: 1. Premessa.– 2. Honour killings e circostanza aggravante dei motivi abietti o futili. – 2.1. Il caso Lashni. – 2.2. L'omicidio premeditato di Hina Saleem. – 2.3. Aggravante dei motivi abietti o futili, causa d'onore e principi costituzionali. – 3. I delitti contro la famiglia e la libertà sessuale: i maltrattamenti e la violenza sessuale intra-coniugale. – 3.1. Rilievi critici. – 4. Fattore culturale e responsabilità penale. La "colpevolezza per la vulnerabilità" di Eugenio Raul Zaffaroni. – 5. Reati culturalmente motivati e funzioni della pena. Considerazioni conclusive.

1.In due recenti decisioni la Corte di Cassazione è tornata ad occuparsi della delicata e spinosa questione dei reati culturalmente motivati e conseguentemente della rilevanza penale da attribuire al fattore culturale.

In particolare, nella prima sentenza in discorso, la n. 51059/2013[1], il Giudice di Legittimità è stato chiamato a pronunciarsi sulla configurabilità della circostanza aggravante dei motivi abietti o futili di cui all'art. 61, n.1, c.p. nell'ipotesi di tentato omicidio commesso da un immigrato egiziano di fede islamica ai danni della figlia, la quale, intrattenendo una relazione sentimentale con un ragazzo italiano non musulmano, offendeva l'onore del genitore e dell'intera famiglia; nella seconda, invece, la n. 14960/2015[2], la Suprema Corte si è pronunciata in ordine all'applicabilità dell'art. 51 c.p. ad un immigrato di origini marocchine, resosi responsabile dei delitti di maltrattamenti in famiglia e violenza sessuale ai danni della moglie, adducendo a sua discolpa la provenienza da uno Stato in cui tali condotte sono perfettamente lecite. Com'è noto, si definisce reato culturalmente motivato quel comportamento realizzato da un soggetto appartenente ad un gruppo etnico di minoranza, che è considerato reato dalle norme del sistema della cultura dominante, ma che nella cultura del gruppo di appartenenza dell'agente, è invece perdonato, accettato come normale, oppure è approvato, o, in determinate

1. Cass. pen., sez. I, 4 dicembre 2013, n. 51059 in *http://www.iusexplorer.it/* - *http://www.giurisprudenzapenale.com/* e *http://www.penalecontemporaneo.it/* con nota di F. POLI, *Una nuova pronuncia della Cassazione sull'aggravante dei futili motivi nei reati culturalmente motivati.*
2. Cass. pen., sez. III, 13 aprile 2015, n. 14960, in *http://www.giurisprudenzapenale.com/*

situazioni, addirittura imposto[3].

I reati culturalmente motivati più frequentemente commessi dai migranti sono sostanzialmente riconducibili, in base al bene giuridico offeso e/o ai rapporti tra autore e vittima e/o al movente dell'azione, alle seguenti categorie delittuose:

- *violenze in famiglia*, in particolare maltrattamenti, realizzati in contesti culturali caratterizzati da una concezione patriarcale dei rapporti familiari in totale distonia con quella diffusa in Italia, che è, al contrario, fondata sulla parità giuridica e morale dei coniugi e dei figli[4];
- *reati a difesa dell'onore*, commessi in quelle comunità in cui il concetto dell'onore, personale, familiare o di gruppo è così vividamente sentito da spingere a vendicare 'col sangue' un'offesa subita. Come vedremo, non pochi sono stati i casi in cui uomini musulmani hanno ucciso le proprie mogli o le proprie figlie dopo averne scoperto, rispettivamente, il tradimento o una relazione ritenuta indegna di approvazione ai sensi della legge islamica;
- *reati di riduzione in schiavitù a danno di minori*, commessi da soggetti che invocano a propria scusa e/o giustificazione le loro ataviche consuetudini concernenti i rapporti adulti-minori[5];
- *reati contro la libertà sessuale*, le cui vittime sono le donne di quelle comunità islamiche alle quali la cultura d'origine - per il solo fatto di essere donne - non riconosce una piena libertà di autodeterminazione in ambito sessuale e spesso impone loro di subire rapporti sessuali senza consenso;
- *mutilazioni genitali femminili*, ovvero pratiche ablatorie ammesse o addirittura imposte dalle proprie convenzioni sociali o tradizioni culturali[6].

Le reazioni dei sistemi penali europei ed extraeuropei a tali tipologie di illecito sono tradizionalmente riconducibili a due modelli[7]: il primo, *assimilazionista*, totalmente insensibile di fronte alla diversità culturale e saldamente ancorato ad un'interpretazione formale del principio di uguaglianza.

Un esempio di tale modello è rappresentato dalla Francia, che opta da sempre per l'integrazione degli immigrati senza curarsi di una loro eventuale resistenza verso processi di assimilazione coatta.
Di questo modello esiste anche una variante, definita "modello assimilazionista discriminatorio", in quanto eleva la differenza culturale ad elemento in grado di giustificare un inasprimento della sanzione oppure l'introduzione di norme penali *ad hoc* per fronteggiare la criminalità culturale.

---

3. È questa la definizione accolta dalla dottrina prevalente: C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, p. 30; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* Milano, 2010, p. 40 ss.; G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk*, a cura di W. HASSEMER, E. KEMPF, S. MOCCIA, Munchen, 2009, p. 177.

4. Sulla diffusione, per effetto dell'immigrazione, di modelli familiari diversi da quelli tradizionali italiani, P. PALERMO, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Dir. famiglia*, 4, 2012, p. 1866 ss.

5. Sull'impiego di minori nell'accattonaggio come pratica culturalmente motivata, ci sia consentito il rinvio al nostro *Multiculturalismo e diritti dei minori: il caso dei rom*, in *Questa rivista*, n.2-3/2013, 148 ss.

6. Per una compiuta analisi del fenomeno delle mutilazioni genitali femminili, 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 A. BERNARDI - B. PASTORE - A. PUGIOTTO, Milano, 2008, p. 187; A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, 2001, p. 80 ss.; 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, p. 185 ss.

7. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* Milano, 2010, p.54 ss.; A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, p. 9 ss.; ID., *Modelli penali e società multiculturale,* Torino, 2006, p. 64 ss.; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, Pisa, 2010, p. 32.

L'Italia sembra aver optato per tale modello, quanto meno sul piano legislativo. Ne sono esempi paradigmatici due importanti interventi normativi: la l. n. 7/2006 che ha introdotto all'art. 583-*bis* il delitto di mutilazioni genitali femminili e la l. 94/2009 che ha trasformato il reato di impiego di minori dell'accattonaggio da contravvenzione a delitto. Com'è noto, tanto le mutilazioni genitali quanto l'impiego di minori nell'accattonaggio sono pratiche culturalmente connotate, assai diffuse presso alcuni gruppi etnici di minoranza residenti nel nostro Paese: le prime, infatti, vengono effettuate in alcune comunità di origine africana di religione musulmana; l'accattonaggio minorile, invece, è un'usanza tipica di alcuni gruppi *rom.*

Con il primo intervento legislativo, si è inteso punire severamente le pratiche, prevedendo un trattamento sanzionatorio più elevato rispetto a quello ordinariamente previsto per le lesioni gravi e gravissime. Con il secondo intervento riformatore, il legislatore ha perseguito lo stesso intervento: punire più severamente il fenomeno dell'accattonaggio minorile.

L'altro modello è quello *multiculturale*, teso, al contrario, ad accordare rilevanza penale al fattore culturale. Si pensi agli Stati Uniti o all'Inghilterra, che da tempo nel proprio ordinamento ricorrono all'istituto della *cultural defense*[8], che può arrivare anche ad escludere la responsabilità dell'autore culturale.

Quelli di Francia, Italia e Inghilterra sono, ovviamente, casi paradigmatici, tipi ideali che ispirano le direttive d'azione politica dei tre Paesi, ma occorre rilevare che tra i due modelli – assimilazionista e multiculturale – nella maggioranza dei casi, più che un'irriducibile e netta contrapposizione, esiste una continua e fluttuante *ibridazione*.[9] La situazione sociale e politica degli Stati europei conosce, infatti, varie forme di contaminazione, sovrapposizione e intersecazione di questi due modelli[10], soprattutto grazie all'intervento della giurisprudenza.

2.Come accennato in premessa, nella prima delle due decisioni che prestano il fianco alle nostre riflessioni, la Corte di Cassazione si è occupata del rapporto tra circostanza aggravante dei motivi abietti o futili e reati culturalmente motivati.

Nel caso di specie, l'imputato aveva tentato di uccidere la figlia perché si era sentito disonorato dalla giovane, la quale non solo aveva avuto rapporti sessuali senza essere sposata e da minore, ma tali

8. In virtù delle *cultural defenses* 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*, cit., p.103 ss.; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 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, p. 535 ss.; P. GILOTTA, *Multiculturalismo e diritto penale nell'esperienza canadese e statunitense. Spunti per una riflessione sul temadella cultural defense*, in AA.VV., *Cultura, culture e diritto penale*. Atti del convegno svoltosi a Bologna il 12 dicembre2011, a cura di L. STORTONI - S. TORDINI CAGLI, Bologna, 2012, p. 45 ss.
9. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., p. 55.
10. F. BASILE, *op. loc.cit.,* p. 56.

rapporti si erano addirittura consumati con un ragazzo di fede religiosa diversa, violando quindi anche i precetti dell'Islam.

La Suprema Corte dopo aver affermato, conformandosi ad un indirizzo interpretativo ormai consolidato, che « *la circostanza aggravante dei motivi futili sussiste quando la determinazione criminosa sia stata causata da uno stimolo esterno così lieve, banale e sproporzionato rispetto alla gravità del reato, da apparire, secondo il comune modo di sentire, assolutamente insufficiente a provocare l'azione criminosa, tanto da potersi considerare, più che una causa determinante dell'evento, un mero pretesto per lo sfogo di un impulso criminale*», ha deciso che, per quanto i motivi che avevano mosso l'imputato non fossero assolutamente condivisibili nella moderna società occidentale, gli stessi non potevano essere definiti futili, non potendosi definire né lieve né banale la spinta che ha mosso l'imputato ad agire.

La vicenda in esame risulta strettamente collegata ad altri due noti episodi saliti agli onori della cronaca qualche anno fa e parimenti concernenti i rapporti tra la circostanza aggravante di cui all'art. 61, n.1. c.p. e i reati culturalmente motivati.

Si tratta dei notissimi omicidi di Kaoutar Lashni e Hina Saleem, due giovani musulmane, l'una di origine marocchina, l'altra di etnia pakistana, brutalmente uccise dai rispettivi padri per aver intrattenuto rapporti amorosi con ragazzi di fede non islamica, disonorando in tal modo l'intera famiglia agli occhi della comunità di appartenenza.

2.1.In provincia di Padova nel 2004 un uomo marocchino, Mohamed Lashni, percuote selvaggiamente, fino ad ucciderla, la figlia diciannovenne Kaoutar, dopo aver scoperto che quest'ultima continuava ad intrattenere una relazione sentimentale con un giovane conosciuto in Italia, Braim, nonostante il padre glielo avesse vietato e la figlia fosse stata già promessa in sposa ad un suo cugino residente in Marocco. In primo grado Lashni viene condannato per omicidio con le aggravanti dell'aver commesso il fatto per motivi abietti e futili (art. 61, n. 1 c.p.) e contro il discendente (art. 576, n. 2 c.p.). Il Tribunale di Padova individua l'abiezione nel desiderio dell'uomo di sapere se la relazione di Kaoutar con il giovane Braim perdurasse, la futilità nella sproporzione tra il motivo e l'azione delittuosa.

Se il motivo futile si caratterizza per il suo aspetto fondamentale di sproporzione rispetto al fatto commesso secondo la valutazione collettiva, il motivo abietto, sempre sulla scorta di un indirizzo ermeneutico consolidato, viene invece definito come basso, ripugnante, spregevole, che suscita orrore, ribrezzo o altra repulsione profonda in ogni persona[11].

Riconosciuta l'abiezione e la futilità nei motivi che hanno spinto il Lashni ad agire, il Tribunale non manca di fare qualche osservazione in ordine al contesto socio-culturale in cui si è verificato l'episodio:«è importante», scrivono i giudici, «valutare il substrato culturale e l'ambiente in cui vive ed ha agito l'autore del fatto.

11. In dottrina, P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2009, p. 264; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale,* VI ed., Bologna, p. 434; C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Bologna, 2013, p.495; in giurisprudenza, Cass. pen., sez. I, n. 32851/2008; Cass. pen., sez. I, n. 5448/2006 in http://www.iusexplorer.it/; Cass. pen., 15 marzo 1979, Milano, in *Giust. pen*., 1980, II, 163; Cass. pen., 8 febbraio 1985, Di Ponio, in *Giust. pen*., 1985, II, 617.

Nel caso di specie trattasi di persona di cultura musulmana che, col pretesto di un'apparente legittimazione derivante dalla religione islamica, aderisce a modelli di vita in cui vi è una disparità di trattamento tra uomo e donna, essendo quest'ultima per consuetudine, secondo regole arcaiche, assoggettata all'arbitrio della famiglia patriarcale tribale che dispone di lei come una proprietà e non la considera come persona.

Tale situazione però è oggi sempre più rara in ambienti islamici moderati, come il Marocco, essendoci un lento processo di occidentalizzazione, favorito anche dai *mass media* che tendono alla globalizzazione. Un cittadino marocchino, dopo alcuni anni trascorsi nel nostro Paese, pur avendo mantenuto dei legami con il Paese d'origine, è dunque perfettamente in grado, pur conservando la propria cultura e le proprie origini, di rendersi conto dell'insopprimibilità in un Paese civile di alcuni diritti fondamentali della persona umana, quali l'autodeterminazione.

Se ciò nonostante egli reagisce con inaudita violenza a fronte di una ribellione allo stato di soggezione della figlia, la sua condotta diventa non già espressione di una cultura arcaica, ma di uno spirito punitivo nei confronti della vittima, della quale non tollera l'insubordinazione».

Nel giudizio di secondo grado, la Corte d'Appello di Venezia riforma la sentenza del Tribunale in ordine alla sussistenza del motivo abietto, ritenendo che «il modo dell'imputato di intendere e gestire la famiglia, l'onore e il rispetto delle promesse non sono elementi tali da suscitare ripugnanza, turpitudine e spregevolezza»[12], ma conferma la decisione in riferimento alla futilità del motivo, argomentando che «pur apprezzato il rigore educativo, il senso dell'onore e l'estremizzato senso della famiglia dell'imputato, si versa in una situazione socio-culturale - comunque la si apprezzi anche dall'ottica di un cittadino marocchino - non idonea a ridurre la forbice di valori tra "morte di una figlia disobbediente" e "autorità e cultura paterna violate"».

Tale giudizio viene confermato dalla Cassazione, secondo cui «viene esclusa l'aggravante dei motivi abietti, poiché l'imputato, immigrato marocchino, aveva inteso esercitare, sia pure esorbitando da ogni legittimo e ragionevole limite, la tutela matrimoniale - istituto riconosciuto dal diritto nazionale - nei confronti della figlia, che sarebbe stata maritata in Marocco e avrebbe intrapreso in Italia una relazione con un connazionale; situazione non riconducibile a quella profonda abiezione e perversità che sta alla base della circostanza»[13].

Tanto le pronunce delle Corti di merito, quanto quella del Supremo Collegio, dunque, sembrano prendere in considerazione l'aspetto dell'appartenenza ad una diversa cultura del Lashni, ma tutte negano che questo possa influire sulla configurabilità della aggravante di cui all'art. 61, n. 1 c.p.

La Corte d'appello e la Cassazione ritengono sussistente il motivo futile, ma non quello abietto: è vero che Lashni picchiava la figlia per sapere se aveva una relazione con un coetaneo, ma lo faceva per tutelare l'onore della famiglia e mantenere la parola data al promesso sposo: motivi così risibili da essere futili, ma certamente non abietti[14].

---

12. Corte di Assise di Appello di Venezia, 9 gennaio 2006, in *Diritto immigrazione cittadinanza*, 2006, 4, 199 ss., con nota di L. MIAZZI, *Violenza familiare tra causa d'onore e motivo futile*, *ivi*, p. 63 ss.
13. Cass. pen., 14 giugno 2006, n. 20393 in *http://www.iusexplorer.it/*
14. L. MIAZZI, *Violenza familiare tra causa d'onore e motivo futile*, cit., p. 65.

Le considerazioni delle tre diverse autorità giudiziarie, però, non possono non apparire un po'superficiali nel modo di valutare la condizione culturale del genitore e il mondo musulmano in genere. In particolare, sembra eccessivamente sommario il giudizio del Tribunale in merito alla possibilità per Mohamed Lashni di cambiare mentalità «dopo alcuni anni trascorsi nel nostro Paese».

L'esperienza, infatti, ha dimostrato e dimostra quotidianamente come questo cambiamento non è automatico, anzi, spesso è proprio la condizione di emarginazione che i migranti vivono nel Paese d'arrivo a radicare un attaccamento alle "tradizioni", viste come elemento fondante l'identità e come unico strumento di congiunzione (ideale) ad una realtà sociale lasciata alle spalle perché costretti da necessità contingenti.

2.2. A soli due anni dalla vicenda di Kaoutar, un altro drammatico omicidio "culturalmente motivato" scuote le coscienze e l'opinione pubblica, contribuendo ad intensificare il già acceso dibattito intorno ai problemi della convivenza tra culture diverse, dell'integrazione dei migranti, del ruolo dell'Islam nella vita sociale di alcune comunità e della tutela dei diritti umani.

La vittima è Hina Saleem, una ragazza ventenne di origini pakistane, che il giorno 11 agosto 2006 a Sarezzo, in provincia di Brescia, viene uccisa e sepolta nel giardino di casa dal padre Mohamed, con la complicità dei cognati, i mariti delle sorelle della giovane. Hina viene punita con la morte perché il suo stile di vita troppo "occidentale" avrebbe disonorato la famiglia: vivere con un uomo - per di più cristiano - senza essere sposata viola il codice etico dell'Islam[15].

Mohamed Saleem è condannato dal Tribunale di Brescia con rito abbreviato a 30 anni di reclusione per il reato di omicidio volontario, aggravato dalle circostanze di aver commesso il fatto con premeditazione, di aver agito per motivi abietti, con abuso di autorità e di relazioni domestiche. La sentenza viene confermata sia in appello che in Cassazione[16].

In relazione alla circostanza di cui all'art. 61, n. 1 c.p., la Cassazione, in conformità a quanto statuito dai giudici di merito, precisa che l'assunto difensivo in base al quale non è da reputarsi ravvisabile la circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 1 c.p., perché la condotta dell'imputato sarebbe stata determinata dal profondo scoramento per non essere riuscito nel suo ruolo di educatore e dal senso di vergogna nei confronti della comunità di appartenenza, è una tesi infondata. «É ben vero che alla stregua dell'indirizzo di questa Corte, che il Collegio pienamente condivide, il motivo è abietto le volte in cui la motivazione dell'agente ripugni al comune sentire della collettività; ed è altresì vero che nella valutazione di siffatto rapporto di "repulsione" il Giudice del merito non possa prescindere, nel suo scrutinio, dalle ragioni soggettive dell'agire in termini di riferimenti culturali, nazionali, religiosi della motivazione dell'atto criminoso; ma nella specie, come logicamente accertato dalla Corte territoriale, la motivazione assorbente dell'agire dell'imputato è scaturita da un patologico e distorto rapporto di "possesso

15. Per un commento alla tragica vicenda, P. PAROLARI, *Reati culturalmente motivati. Una nuova sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali,*in *Ragion Pratica*, 2008, 3, p. 529 ss; F. PARISI, *I motivi abietti tra consuetudini culturali e mero "possesso parentale": alcune precisazioni sul valore del fattore culturale in sede penale*, in *Foro. it*., 2010, p. 516 ss.

16. Occorre precisare che il processo vede come imputati, insieme a Mohamed Saleem, i suoi generi Kahlid e Zahid Mamhood, anch'essi accusati di omicidio, e suo cognato Muhammad Tariq, accusato soltanto di aver partecipato all'occultamento del cadavere. Per comodità espositiva, tuttavia, si farà riferimento soltanto alla posizione del padre di Hina, che rimane in ogni caso il protagonista principale della vicenda.

parentale", essendosi la riprovazione furiosa del comportamento negativo della propria figlia fondata non già su ragioni o consuetudini religiose o culturali, bensì sulla rabbia per la sottrazione al proprio reiterato divieto paterno».[17]

Nel caso di Hina, contrariamente a quanto accaduto nella vicenda di Kaoutar, la condotta del padre non viene ritenuta influenzata unicamente dal contesto culturale di appartenenza, ma dettata anche da una concezione distorta dei rapporti genitori-figli, che le Corti di merito e di legittimità considerano parzialmente svincolata dalla diversa cultura dell'agente. Seppur con diverse argomentazioni, l'esito a cui si perviene in entrambi i casi è il medesimo: il motivo che ha spinto i due uomini ad agire viene inquadrato nello schema dell'aggravante prevista all'art. 61, n. 1 c.p.

Nel primo caso il motivo viene considerato futile, ma non abietto, nel secondo abietto, ma non futile.

Tuttavia, se nella vicenda Lashni gli organi giudicanti sembrano aver svolto un'indagine, anche se sommaria, sulla situazione culturale e normativa vigente in Marocco, nel caso di Hina nessuna parola viene spesa dalle autorità giudiziarie in ordine alle usanze culturali diffuse in Pakistan, eppure è sul contrasto tra una diversa concezione dei rapporti padri-figlie che si basa il giudizio di sussistenza dell'aggravante dei motivi abietti; un contrasto che non può discendere unicamente da un particolare modo di essere dell'autore, ma deve necessariamente ricollegarsi all'appartenenza ad una cultura differente.

La "furia omicida" di Mohamed Saleem non scaturisce dalla disobbedienza di Hina in sé, ma dal modo in cui tale disobbedienza viene letta nel contesto culturale dell'imputato e nella sua comunità.

Per concludere, rinviando al paragrafo seguente le nostre considerazioni in ordine all'aggravante di cui all'art. 61, n. 1 c.p., ci preme sottolineare che sia nel caso di Hina sia in quello che ha visto vittima Kaoutar, la diversa cultura degli imputati non è stata considerata un elemento irrilevante o indifferente nell'economia della decisione – come avviene in quei Paesi in cui si adotta un modello assimilazionista teso al rispetto del principio di uguaglianza formale – bensì ha ridondato a loro sfavore, divenendo il pretesto per un accanimento punitivo che, a nostro avviso, non è supportato da una solida base normativa e argomentativa, ma sembra, piuttosto, dettato dall'onda emotiva e dal gran clamore con il quale le due vicende sono state accolte dall'opinione pubblica per il tramite dei mass-media[18].

2.3. La circostanza di cui all'art. 61 n. 1 c.p. tanto in riferimento all'abiezione, quanto alla futilità dei motivi, sembra aver trovato nella materia dei reati culturalmente motivati un campo di azione privilegiato, venendo applicata in casi tutt'altro che infrequenti. L'interrogativo che ci si pone è il seguente: in base alla cultura *di chi* deve essere valutata la qualità dei motivi ad agire?

17. Cass. pen., sez. I, n. 6587/2009 in *http://www.iusexplorer.it/*

18. Basta leggere gli articoli pubblicati sui quotidiani nazionali e locali nei giorni del processo. In particolare si vedano i quotidiani del 24 ottobre 2007 («Giornale di Brescia», p.10), del 25 ottobre 2007 («Bresciaoggi», p. 1 e p. 9; «Corriere della Sera», p. 13 e p. 25; *«www.ilgiornale.it», http://ilgiornale.it/a.pic.1?ID=215608,* che così titolava: "Ha ucciso Hina per difendere l'onore: 30 anni non bastano"; «il Manifesto», p. 6; «La Repubblica», p. 14) e del 27 ottobre 2007 («Bresciaoggi», p. 1 e p. 9; «Giornale di Brescia», p. 8; «La Repubblica», p. 14).

I casi appena analizzati, anche se appaiono irrimediabilmente lontani dal nostro universo cultuale, in realtà sono ad esso molto più vicini di quanto immaginiamo. Non va trascurato, infatti, che sono passati appena 30 anni da quando una legge, la n. 442 del 1981, ha abrogato l'art. 587 c.p. – rubricato «Omicidio e lesione personale a causa di onore» – il quale statuiva che «chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onor suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni»[19].

Questo dato dovrebbe far riflettere sulla velocità con cui avvengono i cambiamenti sociali; ancora trent'anni fa il legislatore italiano considerava la tutela dell'onore sessuale e familiare, leso dalla scoperta della relazione illegittima della figlia, un motivo di così elevato valore morale, da riconoscere nel perturbamento psichico dell'agente, ossia nello stato d'ira determinato dall'offesa all'onore, una causa tale da ridurre la pena massima per l'omicidio dall'ergastolo a soli sette anni di reclusione[20].

Oggi, trent'anni dopo, nelle stesse circostanze (Lashni scopre che la figlia ha rapporti sessuali con un coetaneo pur essendo promessa in sposa ad un altro ragazzo e la percuote fino a provocarne la morte; Mohamed Saleem, dopo aver chiesto per l'ennesima volta alla figlia Hina di tornare a casa, apprende dalla giovane che la sua scelta di convivere senza essere sposata con un uomo non musulmano è ormai definitiva) i giudici italiani non solo ritengono che l'adesione a culture che attribuiscono all'onore ancora un significato pregnante e profondo non scrimini né attenui la responsabilità penale, ma addirittura che ciò può condurre all'applicazione dell'aggravante dei motivi abietti o futili di cui all'art. 61, n.1 c.p.

Il cambiamento è enorme: la difesa dell'onore, che trent'anni fa conduceva ad una riduzione del carico sanzionatorio perché considerato un motivo di particolare valore morale, oggi costituisce un motivo abietto o futile, se ad agire è un immigrato la cui cultura è rimasta ancora legata ad un concetto di onore arcaico e anacronistico. In sostanza, si è passati da un'attenuazione ad un aggravamento della responsabilità penale, senza passare per la terza via: l'indifferenza, che almeno imporrebbe di non fare distinzioni fra i soggetti attivi del reato, quindi di non discriminare gli autori culturalmente diversi.

Francamente, tale mutamento di rotta del nostro sistema legislativo e giudiziario non ci appare condivisibile, soprattutto se si confrontano i casi Lashni e Saleem con altri che recentemente sono stati sottoposti all'attenzione della Cassazione e che non hanno come protagonisti imputati immigrati.
Solo per fare qualche esempio, in un caso di tentato omicidio, la Corte ha ritenuto che agire per gelosia possa escludere l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 1 c.p. quando si tratti di una gelosia così forte da indurre alla commissione di gesti illogici e del tutto inaspettati; in un altro, avente sempre ad oggetto un delitto di omicidio – stavolta consumato, non tentato – il giudice di legittimità ha annullato con rinvio la sentenza impugnata limitatamente all'applicazione dell'aggravante dei futili motivi, ritenendo che ai fini della valutazione in ordine alla sussistenza della circostanza debba essere considerata anche la componente psichica soggettiva dell'aggravante stessa[21].

---

19. Per una ricostruzione dei delitti d'onore, A. CASALINUOVO, *La causa d'onore nella struttura del reato,* Napoli, 1939; I. CARACCIOLI, *Causa di onore*, in *Enc. dir*., vol. VI, Milano, 1960, 580 ss.; ID, *Commento alla Legge 5 agosto 1981, n. 442. Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore*,in *Legislazione pen*., 1982, p. 21 ss.
20. L. MIAZZI, *Violenza familiare tra causa d'onore e motivo futile*, cit., p. 66.
21. Cass. pen., sez. I, n. 18779/2013 in *http://www.iusexplorer.it/*

Nel caso di specie, due proprietari di un bar avevano picchiato a morte un giovane immigrato che aveva rubato dal bancone due pacchi di biscotti e che, una volta ammonito di restituirli, aveva assunto un atteggiamento irriverente.

Secondo la Corte, in questa vicenda i giudici di merito avrebbero dovuto considerare il particolare stato emotivo in cui versavano i proprietari del bar nel momento in cui hanno agito: «reduci da una pesante notte di lavoro e pronti a continuare la loro attività nel proprio bar, erano statti indotti a reagire, seppure del tutto sproporzionatamente sul piano oggettivo, al piccolo furto commesso ai loro danni da giovani stranieri, che, al culmine di una notte di pellegrinanti evasioni, si erano resi particolarmente disinibiti e scanzonati al cospetto degli affaticati e suscettibili derubati»[22].

Orbene: la gelosia, l'aver subito un furto di lieve entità o uno 'sfottò' da parte di un giovane immigrato, sono forse motivi più apprezzabili rispetto alla difesa del proprio onore o di quello della propria famiglia? O meglio, sono più meritevoli di un giudizio negativo in ordine alla sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 1 c.p.?

La sentenza n. 51059/2013, citata all'inizio, si presenta, pertanto, più equa ed innovativa, rispetto al panorama giurisprudenziale in materia di reati culturalmente motivati e speriamo che l'orientamento espresso in essa venga ripreso in futuro anche dai Tribunali di merito.

Si consideri, inoltre, che non c'è neanche uniformità di vedute sul parametro in base al quale valutare l' "abiezione" o la "futilità" del motivo. Per un primo orientamento, sostenuto da giurisprudenza e dottrina prevalenti, tale parametro è rappresentato dal "sentire comune della comunità sociale"[23], "dalla coscienza collettiva"[24], dal sentire della "persona di media moralità"[25] o della "generalità delle persone"[26]. L'adesione ad un tale orientamento preclude ovviamente all'autore di un reato culturalmente motivato la possibilità di invocare la propria cultura d'origine per sottrarsi all'applicazione dell'aggravante in discorso.

Per un secondo orientamento, invece, che sta progressivamente maturando nella giurisprudenza più recente, anche se solo in riferimento alla futilità dei motivi, il parametro di valutazione deve essere maggiormente aderente alla persona del concreto soggetto agente. Quindi, in alcune pronunce giurisprudenziali si è iniziato ad utilizzare come parametro "l'ambiente in cui vive il reo", le "connotazioni culturali" o ancora il "contesto sociale" in cui si è verificato l'evento e i "fattori ambientali"[27].

A ben vedere, nei casi Lashni e Saleem, anche se gli organi giudicanti hanno fatto riferimento al contesto socio-culturale dal quale provengono gli imputati, questo richiamo non ha comunque sortito l'effetto di escludere l'aggravante.

---

22. Cass. pen., sez. I, n. 31454/2012 in *http://www.iusexplorer.it/*
23. Cass. pen. 29 marzo 2002 (ud. 19 dicembre 2001), CED 221525; Cass. 22 settembre 1997, in *Giust. pen.* 1998, II, 335; Cass. pen. 16 aprile 1999, in *Riv. pen.* 1999, 1014.
24. Cass. pen. 21 settembre 2007 (ud. 4 luglio 2007), Z.H.H., CED 237686; Cass. 12 aprile 2000 (ud. 11 febbraio 2000), Dolce, CED 215806; Cass. 3 febbraio 1997 (ud. 22 novembre 1996), Patania, CED 206662; Cass. 29 ottobre 1993, in *Giust. pen.* 1994, II, 259.
25. Cass. pen. 8 febbraio 1985, Di Ponio, in *Giust. pen.* 1985, II, 617. Così si esprimono FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 434; I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Padova, 2005, p. 485.
26. Cass. pen. 11 luglio 1996, in *Cass. Pen.* 1997, p. 2046.
27. Cass. pen. 22 gennaio 1996 (ud. 24 novembre 1995), Pellegrino, CED 203548; Cass. 21 febbraio 1994 (ud. 20 dicembre 1993), Etzi, CED 196416; Cass. 16 aprile 1999 (ud. 17 dicembre 1998), Casile, CED 213378, Cass. 5 luglio 2007 (ud. 14 giugno 2007), Vallelunga, CED 237336.

Ad ogni modo, qualunque indirizzo ermeneutico si accolga, a nostro avviso far dipendere un aggravamento di pena da concetti come "abiezione" e "futilità", contrasta con i principi di determinatezza/tassatività del diritto penale, trattandosi di elementi extragiuridici dall'indubbio connotato moraleggiante ed eticizzante, non definibili su basi empiriche e quindi forieri di possibili violazioni anche dei principi di uguaglianza e di certezza giuridica, essendo la loro valutazione rimessa esclusivamente alla libera discrezionalità del giudice.

La circostanza di cui all'art. 61, n. 1 c.p., giustificando l'inasprimento della sanzione sulla base di un mero atteggiamento interiore del soggetto, si pone in netta collisione con i principi di un diritto penale del fatto. Se riteniamo, come autorevole dottrina[28], che l'art. 3 della Costituzione – sancendo il principio di proporzione e ragionevolezza – rappresenti il limite che legislatore e giudice non devono mai oltrepassare nell'irrogare una sanzione, la circostanza dei motivi abietti o futili, poiché spinge a graduare verso l'alto la responsabilità sganciandosi dalla "materialità" del fatto, risulta in sintonia con un diritto penale dell'autore, costituzionalmente illegittimo, e non con un diritto penale del fatto.

Nonostante ciò, in relazione all'aggravante non risulta siano mai state sollevate particolari obiezioni, né che qualcuno si sia mai sforzato di 'oggettivizzarla', anche nella materia *de qua*. Per noi, trattandosi di una circostanza indeterminata andrebbe non solo non applicata agli autori di reati culturali, ma anche abrogata perché costituzionalmente illegittima.

L'inasprimento della sanzione determinato dall'applicazione della circostanza di cui all'art. 61, n. 1 c.p. e dovuto unicamente ad una valutazione in ordine al mero atteggiamento interiore del soggetto – in quanto si tratta di un giudizio basato sul concetto di "abiezione", che è difficilmente afferrabile –, sembra riecheggiare la teoria della retribuzione per la "malignità interna"[29] elaborata da Kant e di cui già da decenni è stata riscontrata e provata l'incompatibilità con i postulati di un diritto penale del fatto.

Alla concezione retributiva della pena di matrice kantiana, tuttavia, nel suo collegamento con la colpevolezza dell'autore di un fatto di reato, veniva e viene tuttora pur sempre riconosciuta la significativa funzione garantistica di limite all'intervento punitivo statuale e, quindi, di tutela della libertà individuale nei confronti di eccessivi interventi nella sfera personale. In effetti, la retribuzione di colpevolezza non consente che si possa infliggere una pena in assenza di colpevolezza, né in misura superiore all'entità della stessa colpevolezza.

Nell'applicare la circostanza dei motivi abietti o futili, i giudici sembrano, al contrario, aver trascurato il criterio della proporzione connesso all'idea stessa di colpevolezza, ricavando dalla teoria retributiva di estrazione kantiana il solo elemento dell'afflittività, recuperando, poi, dalle due forme di prevenzione – generale e speciale – i soli aspetti negativi: intimidazione generale e neutralizzazione individuale, connesse inevitabilmente all'incremento del carico sanzionatorio.

Ma, com'è noto, se per trattenere i consociati dal violare la legge vengono irrogate pene particolarmente severe, sono gli stessi principi costituzionali posti a tutela della dignità umana e della personalità della responsabilità penale ad essere violati[30].

---

28. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 88 ss.
29. Cfr. I. KANT, *Critica della ragion pura*, trad. it. a cura di P. CHIODI, Torino, 1967, p. 451.
30. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 110.

3. Altri delitti frequentemente commessi dai migranti sotto l'influsso della cultura d'origine sono quello di maltrattamenti in famiglia, previsto all'art. 572 c.p. e quello di violenza sessuale punito all'art. 609-*bis* c.p.

Ad esserne vittime sono principalmente le donne delle comunità islamiche, subordinate per atavica tradizione all'autorità maritale o alla potestà paterna, che spesso si estrinseca attraverso l'uso della violenza. Una spiegazione di tali comportamenti violenti può essere ricavata da uno sguardo sommario al diritto di famiglia di alcuni paesi islamici oppure al Corano. Nonostante i più recenti processi di modernizzazione, in molti Stati arabi persiste ancora un ruolo esclusivo, o comunque predominante, del padre nell'esercizio della potestà sui figli e sulla moglie.[31] Numerosi sono i passi del Corano che fanno riferimento alla condizione femminile, ma il più importante è il versetto 34 contenuto nella sura IV, detta *al-Nisā* (delle donne): **«**Gli uomini sono preposti alle donne, a causa della preferenza che Allah concede agli uni rispetto alle altre e perché spendono [per esse] i loro beni. Le [donne] virtuose sono le devote, che proteggono nel segreto quello che Allah ha preservato. Ammonite quelle di cui temete l'insubordinazione, lasciatele sole nei loro letti, battetele. Se poi vi obbediscono, non fate più nulla contro di esse. Allah è altissimo, grande**».**

Da tale versetto del Corano alcune comunità musulmane deducono che le donne sono tenute all'obbedienza nei confronti del coniuge e che il marito può esercitare su di loro lo *ius corrigendi*, anche facendo ricorso a sanzioni corporali[32].

Generalmente si ritiene che l'uomo abbia una posizione di preminenza non solo nell'ambito familiare, ma anche nella sfera sessuale: «i suoi bisogni devono essere soddisfatti in ogni luogo, in ogni tempo e nel modo che lui desidera (…) La donna si macchia di un gravissimo reato se rifiuta di concedersi al marito, quando lui lo richiede»[33].

Nella maggior parte dei casi sottoposti alla sua attenzione, aventi ad oggetto condotte violente del capofamiglia, la Cassazione ha sempre negato qualsiasi rilevanza penale al fattore culturale. Così, anche nella seconda pronuncia da cui prende le mosse il presente contributo. In quest'ultima, la Suprema Corte ha confermato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in ordine alla rilevanza da attribuire alle c.d. scriminanti culturali. In particolare, si è escluso che lo straniero, imputato di un delitto contro la persona (nella specie, maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale e violazione degli obblighi di assistenza familiare), possa invocare, anche in via solo putativa, la scriminante dell'esercizio di un diritto, correlata a facoltà riconosciute dall'ordinamento dello Stato di provenienza, qualora tale diritto

---

31. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 110.

32. M. BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multietnica e multiculturale: maltrattamenti ed infanzia abusata in "dimensione domestica",* in *Diritto,immigrazione, cittadinanza*, 2000, p. 25.
Non c'è uniformità di vedute in dottrina circa la condizione della donna nel mondo islamico, così come emerge del Corano. Secondo un primo gruppo di studiosi, l'uomo e la donna sono uguali di fronte ad Allah, anche se hanno diversi ruoli e diverse responsabilità. Il marito ha la facoltà di percuotere la donna, com'è scritto nel Corano, ma questa facoltà può essere esercitata raramente e solo nei casi di *manifesta immodestia*; il potere sanzionatorio corporale concesso al marito deve limitarsi a percosse lievi, che non lascino traumi profondi alla sposa. Per tutti, A. BANO, *Status of Women in Islamic Society,* vol. I, New Delhi, 2003, p. 148 ss.; per un'altra corrente dottrinale, invece, i rapporti tra coniugi e tra genitori e figli nella famiglia islamica sono improntati sulla violenza: le lesioni, le percosse e i maltrattamenti non hanno il carattere dell'eccezionalità, ma rappresentano una costante. Per tutti, S.KHAN, *Zina Transnational Feminism and the Moral Regulation of Pakistani Women*, 2006.

33. T.S.DAHL, *The Muslim Family. A Study of Women's Rights in Islam*, Scandinavian University Press, 1997, p. 166.

debba ritenersi non compatibile con il sistema di valori dello Stato ospitante. Secondo i giudici di legittimità, in una prospettiva imperniata – in linea con l'art. 3 Cost. – sulla centralità della persona umana, quale principio in grado di armonizzare le condotte individuali rispondenti a culture diverse e di consentire l'instaurarsi di una società civile multietnica, non c'è spazio per la configurabilità della scriminante di cui all'art. 51 c.p. nell'ipotesi di violazione dei diritti fondamentali.

Il Collegio ha precisato come per la stessa sopravvivenza di una società che diventa sempre più multiculturale, si profila come essenziale l'obbligo giuridico, per chiunque vi si inserisca, di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi della liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina.

Inoltre, aggiunge, non è possibile riconoscere una posizione di buona fede in chi, pur nella consapevolezza di essersi trasferito in un Paese diverso e in una società in cui convivono culture e costumi differenti dai propri, presume di avere il diritto – non riconosciuto da alcuna norma interna o internazionale – di proseguire in condotte, che, seppur ritenute culturalmente accettabili e quindi lecite secondo le leggi vigenti nel Paese di provenienza, risultano oggettivamente incompatibili con le regole proprie della compagine sociale in cui ha scelto di vivere. In simili condotte, conclude la Corte, non è pertanto configurabile una scriminante, anche solo putativa, fondata sull'esercizio di un presunto diritto escluso in linea di principio dal nostro ordinamento.

La pronuncia menzionata si innesta in un filone giurisprudenziale ormai consolidato, teso a non attribuire alcun valore scriminante o scusante al fattore culturale degli imputati che si siano resi responsabili di delitti contro la persona e ad applicare rigorosamente il principio di territorialità della legge penale *ex* art. 3 c.p. In un'altra nota vicenda giudiziaria, infatti, avente sempre ad oggetto la contestazione del delitto di maltrattamenti in famiglia ad un imputato immigrato che aveva invocato l'assenza della fattispecie soggettiva del delitto *de qua*, la Suprema Corte non ha tenuto affatto conto della diversità culturale del soggetto agente.

Anzi, il Collegio ha precisato espressamente che il dolo del reato in questione «non può essere escluso dalla circostanza che il reo sia di religione musulmana e rivendichi, perciò, particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare, in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano, considerato che la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, cui è certamente da ascrivere la famiglia (art. 2 cost.), nonché il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale (art. 3, commi 1 e 2, cost.) costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto o di fatto nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con esso assolutamente incompatibili»[34].

In un'altra occasione ancora, la Corte ha perentoriamente affermato che in Italia le tradizioni di alcuni popoli di relegare le proprie donne in un ruolo subordinato, di vessarle e sottoporle a violenza integrano il reato di maltrattamenti in famiglia; e che l'art. 3 c.p. sancisce il principio dell'obbligatorietà della legge penale, per cui tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato sono tenuti ad osservarla, senza deroghe. «Il principio assume particolare valore morale e sociale allorché – come nella specie – la tutela penale riguardi materie di rilevanza costituzionale,

34. Cass. pen., sez. VI, n. 22700/2009 in http://www.iusexplorer.it/

come la famiglia, che la legge fondamentale dello Stato riconosce quale società naturale, ordinata sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29 Cost.), uguaglianza che costituisce pertanto un valore garantito, in quanto inserito in un ordinamento incentrato sulla dignità della persona umana e sul rispetto e la garanzia dei diritti insopprimibili a lei spettanti».

Particolarmente interessante risulta la motivazione della sentenza n. 46300/2008[35], perché in essa la Cassazione non si limita ad apodittiche dichiarazioni di principio, ma effettua anche qualche riflessione supplementare in ordine ai rapporti tra multiculturalismo e diritto penale.

Nel caso di specie, l'imputato era stato condannato per i reati di maltrattamenti, sequestro di persona e violenza sessuale. Ricorreva in Cassazione ritenendo che i giudici di merito in punto di rapporti e relazioni socio-affettive dei coniugi e di rapporti economici genitori/figli, avessero applicato schemi valutativi tipici della cultura occidentale, senza rispetto delle esigenze di integrazione razziale di cui era portatore e senza considerare adeguatamente la sua diversità culturale. Tali elementi, per la difesa, avrebbero dovuto escludere la fattispecie soggettiva. L'azione delittuosa dell'imputato era stata motivata dalla concezione della famiglia tipica del gruppo sociale di appartenenza, che tali condotte consente oppure, come nel caso della moglie che rifiuta "il debito coniugale", impone.

L'incremento dei flussi migratori, spiega la Corte, ha originato il fenomeno dei c.d. reati culturali, considerati come il frutto di un conflitto normativo, suggestivamente espresso anche con il termine di "interlegalità" intesa come condizione di chi, dovendo operare una scelta, è costretto a fare riferimento ad un quadro articolato di norme, contemporaneamente vigenti ed interagenti tra sistemi giuridici diversi.

Siffatta realtà ha determinato nei vari Stati, mete di immigrazione, due diversificate prospettive di multiculturalismo. «La prima, di tipo "assimilazionista", persegue l'inserimento dello straniero nel tessuto nazionale ed esige come contropartita una sostanziale rinuncia alle sue radici etnico - culturali; la seconda invece, orientata su protocolli di "integrazione-inclusione" (simbolica e pratica), è tendenzialmente disposta ad accettare le richieste identitarie ed è sensibile alle specificità culturali "altre".

In tale ultimo modello, il risultato che viene prospettato come realizzabile è quello di una società politica priva di identità culturale dominante o maggioritaria, costituita da identità culturali molteplici, con eguale diritto di riconoscimento». È del tutto evidente, prosegue la Cassazione, che entrambe le prospettive, nel nostro sistema penale, in tanto possono attuarsi se e nella misura in cui non contrastino con i principi cardine del nostro ordinamento in tema di famiglia e di rapporti interpersonali di coppia, ivi compresa la sfera sessuale di questi rapporti, che nel nostro sistema è stata innovata dalla l. n. 66/1996.

L'Italia, secondo la Corte, si collocherebbe a metà strada tra i due modelli sopra citati. Ad esempio, «appare decisamente "pro-immigrato" (e quindi "integrazionista – inclusionista"), la previsione della configurabilità della circostanza aggravante (stabilita dal D.L. 26 aprile 1993, n. 122, art. 3, comma 1, conv. con modif. in L. 25 giugno 1993, n. 205) della "finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso", mentre è invece di segno culturale decisamente contrario la norma sulla repressione penale dell'infibulazione, stabilita dall'art. 583-*bis* c.p., (L. 9 gennaio 2006, n. 7, art. 6, comma 1), nonché la norma sulla bigamia (art. 556 c.p.) in tema di delitti contro il matrimonio».

35. Cass. pen., sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 46300 in *http://www.iusexplorer.it/*

Tuttavia, ad avviso del giudice di legittimità, al di là di tali nozioni e dell'inquadramento socio-culturale e storico del fenomeno, anche per i reati culturalmente orientati, il giudicante non può sottrarsi al suo compito naturale di rendere imparziale giustizia con le norme positive vigenti, dovendo egli assicurare: a) tutela alle vittime; b) garanzie agli accusati, in punto di rigore nella ricerca della verità e nell'applicazione delle norme; c) e infine, a responsabilità accertata, personalizzazione della condanna con una sanzione che va ricercata ed individuata nel rispetto del principio di "legalità delle pene", sancito dall'art. 25 Cost., comma 2, atteso che tale norma costituzionale ha dato forma ad un sistema in cui l'attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità. «In tale ottica, il ruolo di mediatore culturale che la dottrina attribuisce al giudice penale, non può mai attuarsi - come richiesto nel ricorso - al di fuori o contro le regole che, nel nostro sistema, fissano i limiti della condotta consentita».

L'assunto difensivo, secondo cui (ferma la consapevolezza della illiceità della condotta, secondo le regole dello Stato di residenza) il dolo dei delitti de quo sarebbe escluso dal concetto che l'imputato, quale cittadino di religione musulmana, ha della convivenza familiare e delle potestà anche maritali, a lui spettanti quale capo-famiglia (concetto abbondantemente differente dal modello e dalla concezione corrente nello Stato italiano), secondo la Cassazione, non è in alcun modo da condividere, in quanto si pone in assoluto contrasto con le norme cardine che informano e stanno a base dell'ordinamento giuridico italiano e della regolamentazione concreta dei rapporti interpersonali.

Vanno in proposito richiamati i principi costituzionali dettati dall'art. 2, attinenti alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo (ai quali appartiene indubbiamente quello relativo all'integrità fisica e la libertà sessuale), sia come singolo sia nelle formazioni sociali (e fra esse è da ascrivere con certezza la famiglia); e dall'art. 3, relativi alla pari dignità sociale, alla eguaglianza senza distinzione di sesso e al compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza, impediscono il pieno sviluppo della persona umana. «Tali principi costituiscono infatti uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che si propongono come "antistorici" a fronte dei risultati ottenuti, nel corso dei secoli, per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero».

Fatte queste premesse, la Cassazione ha ritenuto sussistente nel caso di specie il dolo degli illeciti contestati, stante l'obbligo per l'imputato di conoscere, ai sensi dell'art. 5 c.p., il divieto posto dalla legge in rapporto ai comportamenti lesivi da lui posti in essere, qualsiasi possa essere stata la sua valutazione della condotta. Quest'ultimo profilo, ad avviso del Supremo Collegio, se non può escludere il dolo, può sicuramente apprezzarsi nel quadro multiforme delle variabili apprestate dall'art. 133 c.p., in punto di personalizzazione e adeguatezza della pena.

Ci è sembrato opportuno riportare integralmente alcuni passi della sentenza, perché stavolta le argomentazioni della Corte di Cassazione ci sono apparse condivisibili, soprattutto nel punto in cui chiariscono che, anche quando un determinato ordinamento opta per un modello assimilazionista, tale scelta deve comunque avvenire nel rispetto dei principi costituzionali.

La Corte sembra, dunque, delegittimare qualsiasi discriminazione fondata sulla diversità culturale, anche se è ben consapevole che spesso le scelte del legislatore vanno proprio in questa direzione, costringendo gli stessi organi giudicanti a svolgere il ruolo di "mediatori culturali": il loro compito diventa, così, non solo quello di mediare tra differenti culture per cercare di contemperare le opposte

ma anche mediare tra le tendenze discriminatorie del legislatore e le spinte indulgenzialiste provenienti dalle comunità di minoranza.

3.1.Alla luce dell'ultima pronuncia menzionata, appare sempre più evidente come il giudice nell'Italia multiculturale di oggi abbia un delicato compito, che va svolto con ponderazione, osservando i dettami costituzionali e anche rispettando le tradizioni culturali dei migranti, la cui tutela trova certamente ancoraggio nella stessa Costituzione. Un rispetto che non deve necessariamente tradursi in un giudizio di approvazione, ma neanche tramutarsi in un atteggiamento di arrogante superiorità. Giudicare una tradizione culturale "antistorica"certamente non rende giustizia a quelle culture che nel tempo hanno comunque cercato di innovarsi, rimodernarsi e integrarsi nel nuovo tessuto sociale, senza tuttavia giungere ancora ad una piena trasformazione come accaduto per la cultura occidentale.

Non dimentichiamo che nel nostro Paese la concezione della famiglia e della sessualità femminile è cambiata non molto tempo fa. La parità giuridica dei coniugi, infatti, pur se formalmente sancita all'art. 29 della Costituzione, è stata definitivamente riconosciuta con la l. n. 151/975 che ha riformato il diritto di famiglia; e la libertà di autodeterminazione della donna nella sfera sessuale è diventata oggetto di tutela soltanto con la l. n. 66/1996, che ha trasformato il delitto di violenza sessuale da delitto contro la moralità pubblica e il buon costume a delitto contro la persona[36].

Le nostre riflessioni sui reati per causa d'onore valgono anche per i delitti di maltrattamenti e violenza sessuale infra-coniugale: ciò che una volta faceva parte del nostro passato, per i migranti, oggi, rappresenta il presente, un presente che, purtroppo, si pone in contrasto con alcuni diritti costituzionalmente riconosciuti. Questi diritti sono considerati uno strumento di garanzia per tutti, italiani e migranti[37], per cui non può pretendersi che la giustizia penale non intervenga per tutelarli. Quello che può auspicarsi, piuttosto, è un diritto penale più sensibile alle differenze culturali e non chiuso e sordo come sembra apparire dal nostro attuale assetto normativo e dalle recenti decisioni giudiziarie, anche da quelle a prima vista più liberali. Quello che può auspicarsi, piuttosto, è un diritto penale più sensibile alle differenze culturali e non chiuso e sordo come sembra apparire dal nostro attuale assetto normativo e dalle recenti decisioni giudiziarie, anche da quelle a prima vista più liberali.

Infatti, le pronunce poc'anzi commentate se non mostrano proprio un atteggiamento di intolleranza alla diversità, denotano quanto meno una palese indifferenza verso la diversità culturale degli imputati. Anche se in alcune pronunce le autorità giudiziarie si sono opposte alle derive assimilazioniste-discriminatorie della legislazione, recuperando sul piano applicativo le garanzie che si sono perse sul piano normativo, va ribadito che affidare alla sensibilità di singoli organi giudicanti il bene più prezioso

36. Sul reato di violenza sessuale dopo la legge di riforma, tra i tanti, G. AMBROSINI, *Violenza sessuale*, in *Dig. disc. pen*., XV, Torino, 1999, p. 286 ss.; ID., *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Torino, 1997; G. BALBI, *Violenza sessuale,* in *Enc. Giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1998, p. 1 ss; M. BERTOLINO, *Garantismo e scopi di tutela nella nuova disciplina dei reati di violenza sessuale*, in *Jus*, 1997, 51 ss; ID., *Le nuove norme sulla violenza sessuale,* in *Studium iuris*, 1996, p. 142 ss; A. CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia,* 4ª ed., Padova, 2006; S. MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (L. 15 febbraio 1996 n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1997, p. 395 ss.; V. MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale*, Padova, 1999; P. PISA, *Le nuove norme contro la violenza sessuale*, in *Dir. pen. proc*., 1996, p. 283 ss.

37. E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di A. BERNARDI, Ferrara, 2006, p. 133.

38. Le pronunce che si esprimono in senso favorevole al reo sono, come già spiegato, piuttosto isolate.

dell'individuo, ovvero la sua libertà, è una scommessa che un diritto penale rispettoso dei principi costituzionali dell'uguaglianza e della certezza giuridica non può permettersi di accettare.

4. Come emerge dalle considerazioni svolte, le più concrete possibilità di riconoscimento del motivo culturale in sede penale si collocano, *de iure condito*, almeno per quanto concerne fatti culturalmente motivati lesivi di diritti fondamentali, nella fase di commisurazione della risposta punitiva.

È evidente come, prestandosi il dato etnico-culturale ad influire sul livello di motivabilità dell'autore rispetto al comportamento lecito, e, quindi, sul livello di esigibilità di quest'ultimo, la categoria maggiormente interessata al fenomeno dei reati culturalmente motivati sia quella della colpevolezza/responsabilità.

La diversità culturale opererebbe sul piano della responsabilità sempre nello stesso senso: nel senso, cioè, di un'attenuazione della rimproverabilità soggettiva dell'autore. Del resto, «è noto che gli illeciti di matrice culturale sono tali in quanto realizzati in un contesto nel quale le responsabilità individuali si inscrivono (e perciò stesso si stemperano) in una sorta di responsabilità collettiva del gruppo culturale cui l'autore appartiene»[39].

Nella stessa direzione si muove l'originale concezione della "colpevolezza per la vulnerabilità" elaborata da Eugenio Raul Zaffaroni, che nella materia dei reati culturalmente motivati sembra offrire degli spunti di riflessione davvero interessanti. La tesi del penalista argentino è che «la colpevolezza nello stato di diritto non può essere la semplice colpevolezza dell'atto, bensì deve sorgere dalla sintesi tra questa (come limite massimo del rimprovero) e un altro concetto di colpevolezza che incorpori il dato reale della selettività».

Zaffaroni, traendo spunto da concetti già noti alla sociologia della devianza, muove dal presupposto che le politiche penali siano tendenzialmente selettive, individuando i candidati alla criminalizzazione secondo categorie predeterminate o veri e propri stereotipi, privilegiando le sole condotte illecite poste in essere da persone delle classi subalterne, incapaci di mettere in atto azioni delittuose sofisticate o comunque più difficilmente intercettabili dal sistema penale.

Il legislatore descrive sì condotte, ma è ben consapevole che le tipologie di comportamenti vietati lasciano uno spazio di arbitrarietà alla selezione degli individui: il "discorso penale" si costruisce sull'atto, ma l'esercizio del potere punitivo si costruisce sull'autore.

---

39. A. BERNARDI, *Il fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 86.
40. E. R. ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2003, 349.
41. «Il funzionamento della giustizia penale è altamente selettivo, sia per quanto riguarda la protezione accordata a beni ed interessi, che per quanto concerne il processo di criminalizzazione ed il reclutamento della clientela del sistema (la cosiddetta popolazione criminale). Esso è diretto quasi esclusivamente contro le classi popolari ed in particolare contro i gruppi sociali più deboli, come risulta evidente dalla composizione sociale della popolazione carceraria, nonostante che i comportamenti socialmente negativi siano diffusi tra tutti gli strati sociali e le violazioni più gravi di diritti umani avvengano ad opera di individui appartenenti ai gruppi dominanti o facenti parte di organismi statali o di organizzazioni economiche private legali o illegali». Così 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.
42. E. R. ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità*, cit., 350

L'assunto dal quale parte Zaffaroni è che il sistema penale presenta diversi livelli di pericolosità per i cittadini a seconda del loro *status* sociale e delle loro caratteristiche personali. È possibile accertare con una certa facilità come alcune minoranze siano sovrarappresentate nella popolazione carceraria, come quella costituita dagli immigrati: ovunque, nel mondo, la popolazione detenuta in strutture carcerarie è costituita da giovani maschi, disoccupati, che provengono da quartieri periferici e che vivono in condizioni socio-economiche precarie. «La pericolosità del sistema penale si differenzia», secondo Zaffaroni, «in ragione della vulnerabilità delle persone, come se si trattasse di un'epidemia»[43].

Non è il mero *status sociale* o *stato di vulnerabilità* a determinare la criminalizzazione. Non si seleziona una persona per il suo puro stato "virtuale" di vulnerabilità, ma per il fatto che essa si trova in una situazione "concreta" di vulnerabilità. Partendo da un certo stato "potenziale" di vulnerabilità, occorre che vi sia anche uno "sforzo" personale del candidato alla criminalizzazione per raggiungere la situazione di vulnerabilità concreta, in cui si materializza la pericolosità del potere punitivo.

L'individuo per raggiungere quella situazione concreta deve compiere quello che Zaffaroni chiama «sforzo personale per raggiungere la situazione concreta di vulnerabilità»[44]. A nessuno può essere contestato lo stato iniziale di vulnerabilità, ma soltanto lo "sforzo personale" per raggiungere la situazione di vulnerabilità in concreto. E questo sforzo può essere di intensità molto diversa. I casi di coloro che, partendo da un livello basso di vulnerabilità, si impegnano con sforzi straordinari per raggiungere la situazione concreta di vulnerabilità, sono, però, assai rari ed eccezionali.

Così come eccezionali sono i casi di persone che, partendo da un alto livello di vulnerabilità potenziale, realizzino uno sforzo notevole per pervenire ad una situazione di vulnerabilità concreata.

La maggioranza dei soggetti criminalizzati, a ben vedere, non mette in campo grandi sforzi per addivenire alla situazione concreta di vulnerabilità, poiché parte già da uno stato di vulnerabilità abbastanza elevato e quindi occorre poco affinché venga selezionata dal potere punitivo. Poiché compito del diritto penale è limitare il potere punitivo, secondo Zaffaroni, la commisurazione della pena in conformità al grado di sforzo personale profuso per raggiungere la situazione concreta di vulnerabilità, sempre nel quadro massimo della colpevolezza per il fatto, risulta razionale e anche possibile. È infatti ragionevole che il diritto penale rimproveri lo sforzo personale per raggiungere la situazione concreta di vulnerabilità, perché quella è la misura del contributo della persona contro lo scopo del diritto penale di contenere il potere punitivo. Lo sforzo per la vulnerabilità è il contributo personale del soggetto alle pretese legittimanti del potere punitivo e, quindi, contrario allo sforzo di riduzione del potere punitivo e di pacificazione del diritto penale[45].

La colpevolezza per la vulnerabilità, dunque, non è un correttivo della colpevolezza per il fatto, ma il suo rovescio dialettico, da cui scaturisce la colpevolezza penale come sintesi. Poiché la colpevolezza per la vulnerabilità opera in funzione di riduzione della colpevolezza per il fatto, la colpevolezza penale che risulta dalla loro sintesi mai potrà superare il grado indicato per il rimprovero dalla colpevolezza per il fatto.

---

43. E. R. ZAFFARONI, *op. loc. ult. cit.*
44. E. R. ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità*, cit., p. 351.
45. E. R. ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità*, cit., p. 352.

Zaffaroni è pienamente consapevole che una delle obiezioni a cui va incontro la sua "colpevolezza per la vulnerabilità" potrebbe essere la "somiglianza" con la colpevolezza per il tipo di autore – che è incompatibile con le Costituzioni della gran parte degli stati liberali – per cui risponde a monte alla critica, sostenendo che, anche ammettendo *ad argumentandum* che questa assonanza tra i due tipi di colpevolezza ci sia, ciò non genera alcun pericolo: nella peggiore delle ipotesi la colpevolezza da lui immaginata potrebbe solamente essere equivalente a quella per il fatto.

Non sarebbe priva di alcuna garanzia costituzionale una colpevolezza dell'autore che servisse per ridurre o mantenere uguale la quantità di potere punitivo consentita, secondo quanto indicato dalla colpevolezza per l'atto[46].

In estrema sintesi, la colpevolezza per la vulnerabilità non è un'alternativa alla colpevolezza come rimprovero, ma un qualcosa che supera quest'ultima e che, «come ogni processo dialettico, la presuppone e la mantiene nella sua sintesi»[47].

Una volta affermata la colpevolezza per il fatto, nel rispetto del principio di autodeterminazione, la colpevolezza per lo sforzo del soggetto di realizzare la situazione concreta di vulnerabilità si oppone alla prima, contrastando la sua mancanza di attenzione rispetto alla selettività del potere punitivo e, nella misura adeguata, si sintetizza dando origine ad una colpevolezza normativa che può ridurre il rimprovero per l'atto, ma mai ampliarlo. Il legame tra delitto e pena, che Zaffaroni chiama "connessione punitiva", dunque, risulta dalla sintesi di un giudizio di rimprovero basato sul principio di autodeterminazione della persona al momento del fatto con il giudizio di rimprovero per lo sforzo compiuto dall'agente per raggiungere la situazione concreta di vulnerabilità. «Il vuoto di eticità che provoca la vulnerabilità nella colpevolezza per l'atto si colma nel gioco dialettico con la colpevolezza per la vulnerabilità, che si sintetizzano nella colpevolezza penale, indicatrice della quantità di potere punitivo che può essere esercitato»[48].

La tesi di Zaffaroni *prima facie* sembra attagliarsi perfettamente alla materia dei reati culturalmente motivati: è innegabile, infatti, come gli autori culturalmente diversi – migranti che vivono al confine fra due culture e spesso due "diritti" – siano individui più "vulnerabili" rispetto ad altri e sottoposti ad un più elevato rischio di criminalizzazione già per il solo fatto di essere immigrati. Parimenti incontrovertibile è il dato secondo cui lo scarto esistente tra la vulnerabilità potenziale e la vulnerabilità concreta di questi soggetti risulta assai ridotto e necessita per tale ragione di una risposta punitiva più mite da parte di legislatore e giudice, perché minore è il coefficiente di responsabilità ascrivibile a detti soggetti.

Ad esempio, nel valutare l'usanza di alcune popolazioni nomadi di portare con sé i figli in attività di accattonaggio o quella di altri gruppi culturali di segnare talune fasi della crescita con l'esecuzione di incisioni sul corpo, si potrebbe sostenere che gli autori culturali, in ragione della loro appartenenza etnica e delle connesse abitudini di vita, versino rispetto alla norma violata in una situazione iniziale di alto rischio penale e che, nel semplice adeguarsi al sistema culturale d'origine, realizzino uno sforzo personale minimo per collocarsi nella situazione di vulnerabilità concreta[49].

46. E. R. ZAFFARONI, *op. loc. cit.,*p. 353.
47. E. R. ZAFFARONI, *op. loc. ult. cit.*
48. E. R. ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità*, cit., 354.
49. F. PARISI, *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, Torino, 2010, p. 137.

Accogliendo una siffatta concezione della colpevolezza, pertanto, non sarebbe inopportuno ritenere che il condizionamento culturale in alcune ipotesi di reato effettivamente può incidere talmente sul grado di sforzo verso la vulnerabilità concreta – rendendolo particolarmente basso, se non addirittura nullo – da giustificare un'esclusione o, quanto meno, una forte attenuazione, della responsabilità penale.

Se la concezione normativa della colpevolezza, attraverso il ricorso alla clausola dell'inesigibilità[50], consente di graduare l'entità del rimprovero, il quale risulta tanto maggiore quanto più agevole per il soggetto agente sarebbe stato rispettare la prescrizione dell'ordinamento giuridico e, per converso, tanto minore, quanto più difficile sarebbe stato per lui uniformarsi al precetto penale, la colpevolezza per la vulnerabilità di Zaffaroni, pur implicando anch'essa la possibilità di graduare l'entità del rimprovero, si fonda su argomentazioni diverse, che non fanno leva sull'esigibilità/ inesigibilità della condotta conforme al diritto, ma su considerazioni di ordine sociologico.

Per entrambe le concezioni la colpevolezza per il fatto rappresenta il limite massimo del rimprovero che il potere punitivo può muovere all'autore di un delitto, ma la prima tenta di ridurre la misura del rimprovero facendo leva sul concetto di inesigibilità, la seconda su quello di vulnerabilità.

A nostro avviso, nella materia dei reati culturalmente motivati, entrambi i concetti, inesigibilità e vulnerabilità, combinati insieme e concretizzati nel senso sopra esplicato, possono essere proficuamente impiegati: entrambi conducono inevitabilmente ad un'esclusione o attenuazione della responsabilità penale dell'autore culturalmente diverso, fondata su parametri valutativi di indubbio e incontestabile rilievo che, letti alla luce del dettato del comma 3 dell'art. 27 Cost., sono in grado di contribuire alla formulazione di un giudizio di responsabilità realmente "personale", nel senso stabilito dall'art. 27, comma 1 Cost.

Aderendo all'impostazione di quell'autorevole dottrina che ha elaborato una nuova concezione normativa della colpevolezza – ridefinita come responsabilità, depurata da elementi di natura etica e orientata a finalità di prevenzione – in cui un ruolo fondamentale è svolto dal principio di proporzione di cui all'art. 3 Cost., riteniamo non condivisibile il riferimento al concetto di rimprovero operato dalle due impostazioni dottrinarie appena richiamate, in quanto si tratta di un concetto di natura etica, incompatibile con i principi su cui dovrebbe fondarsi il diritto penale di uno stato di diritto.

Se si depura il concetto di colpevolezza da elementi di natura etica, come propone l'orientamento innovativo in discorso, si lascia al concetto di colpevolezza la sola, fondamentale, funzione di garantire la proporzione della pena con il fatto commesso dal soggetto agente o, meglio, di garantire un ambito sanzionatorio che risulti adeguato, all'interno del quale dosare il legittimo soddisfacimento di esigenze di prevenzione speciale e/o generale.

Questa sorta di 'colpevolezza senza riprovevolezza' può essere agevolmente sostituita con un concetto concreto di proporzionalità, i cui criteri di valutazione sono dati dal titolo di imputazione soggettiva e dalla gravità del fatto sotto il profilo della dannosità sociale che, unitamente alla considerazione delle circostanze concomitanti dell'azione e alla soddisfazione di istanze di prevenzione, agiscono

50. Per un approfondimento della categoria dell'inesigibilità, rinviamo ai preziosi contributi di L. SCARANO, *La non esigibilità in diritto penale*, Napoli, 1948; G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità in diritto penale*, Padova, 1990; M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1990, 55 ss; F. VIGANÓ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000; A. CAVALIERE, *Riflessioni dogmatiche e politico-criminali sulle cause soggettive di esclusione della responsabilità nello Schema di delega legislativa per la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 1994, 1478 ss.

all'interno di una deeticizzata categoria della responsabilità personale. Questa categoria risulta composta da una molteplicità di elementi, soggettivi e oggettivi, eterogenei, collegati tra loro in una prospettiva assiologica[51].

Una volta recuperato dalla colpevolezza il solo aspetto della proporzione, «la responsabilità personale può, quindi, essere definita come il complesso dei presupposti che rendono possibile un giudizio, in termini di diritto penale, su di un soggetto a causa della commissione di un fatto tipico e antigiuridico e, sul piano sostanziale, come un concetto teleologicamente dedotto dai principi fondamentali del diritto penale e da questi condizionato; in particolare, il referente sostanziale è dato dalle valutazioni ordinamentali connesse alla realizzazione delle funzioni della pena»[52].

Il limite garantistico al potere punitivo statuale viene così individuato nell'art. 3 della Costituzione, che stabilisce il principio proporzione e il parametro della ragionevolezza, mentre il suo fondamento viene ravvisato nell'art. 54 Cost., che sancisce il dovere di osservare le leggi.

Se la funzione che la nostra Costituzione assegna alla sanzione penale è quella di tendere alla rieducazione del condannato, ne consegue che, laddove il soggetto agente, a causa della pressione che su di lui esercita la cultura d'origine, non riesca a conformarsi al precetto penale, il suo conflitto motivazionale non potrà non essere considerato dall'ordinamento: l'autore culturalmente motivato, infatti, avrà, ovviamente, un minore bisogno di rieducazione, che si può tradurre o in una totale assenza di responsabilità oppure in una considerevole riduzione della stessa. Alla valutazione in ordine all'inesigibilità del comportamento alternativo lecito, a nostro avviso, potrebbe proficuamente aggiungersi quella concernente la vulnerabilità.

Quest'ultima potrebbe costituire un ulteriore elemento della categoria della responsabilità, come sin qui delineata, la quale finirebbe per comprendere anche il dato della selettività del potere punitivo statuale, come ipotizzato da Zaffaroni. La via per introdurre il parametro della vulnerabilità all'interno della categoria della responsabilità potrebbe essere lo stesso art. 3 della Costituzione, che impone di trattare in modo uguale situazioni uguali e in modo diverso situazioni dissimili.

5. Come emerge dal panorama giurisprudenziale analizzato e dalle considerazioni sopra svolte, più il comportamento culturalmente motivato si presta a ledere beni primari e a suscitare allarme sociale – come nel caso degli omicidi per causa d'onore, delle violenze sessuali infra-coniugali e dei maltrattamenti in famiglia –, più le istanze di ordine preventivo-repressivo tendono a prevalere sulle istanze di garanzia e di giustizia sociale correlate al minor grado di responsabilità dell'autore culturale.

Gli argomenti impiegati per giustificare il ricorso a sanzioni particolarmente elevate nei confronti degli autori culturali fanno leva principalmente sulla prevenzione generale e possono essere così sintetizzati: per quanto concerne la prevenzione generale negativa, alcuni affermano che il coefficiente di intimidazione insito nel tipo e nel *quantum* della pena edittale dovrebbe tener conto anche delle caratteristiche tipologiche dei soggetti che realizzano fatti delittuosi culturalmente condizionati.

51. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 91-92.
52. S. MOCCIA, *op. loc. cit.*, p. 92.

Tuttavia, ad avviso del giudice di legittimità, al di là di tali nozioni e dell'inquadramento socio-culturale e storico del fenomeno, anche per i reati culturalmente orientati, il giudicante non può sottrarsi al suo compito naturale di rendere imparziale giustizia con le norme positive vigenti, dovendo egli assicurare: a) tutela alle vittime; b) garanzie agli accusati, in punto di rigore nella ricerca della verità e nell'applicazione delle norme; c) e infine, a responsabilità accertata, personalizzazione della condanna con una sanzione che va ricercata ed individuata nel rispetto del principio di "legalità delle pene", sancito dall'art. 25 Cost., comma 2, atteso che tale norma costituzionale ha dato forma ad un sistema in cui l'attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità.

«In tale ottica, il ruolo di mediatore culturale che la dottrina attribuisce al giudice penale, non può mai attuarsi - come richiesto nel ricorso - al di fuori o contro le regole che, nel nostro sistema, fissano i limiti della condotta consentita».

L'assunto difensivo, secondo cui (ferma la consapevolezza della illiceità della condotta, secondo le regole dello Stato di residenza) il dolo dei delitti *de quo* sarebbe escluso dal concetto che l'imputato, quale cittadino di religione musulmana, ha della convivenza familiare e delle potestà anche maritali, a lui spettanti quale capo-famiglia (concetto abbondantemente differente dal modello e dalla concezione corrente nello Stato italiano), secondo la Cassazione, non è in alcun modo da condividere, in quanto si pone in assoluto contrasto con le norme cardine che informano e stanno a base dell'ordinamento giuridico italiano e della regolamentazione concreta dei rapporti interpersonali.

Vanno in proposito richiamati i principi costituzionali dettati dall'art. 2, attinenti alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo (ai quali appartiene indubbiamente quello relativo all'integrità fisica e la libertà sessuale), sia come singolo sia nelle formazioni sociali (e fra esse è da ascrivere con certezza la famiglia); e dall'art. 3, relativi alla pari dignità sociale, alla eguaglianza senza distinzione di sesso e al compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza, impediscono il pieno sviluppo della persona umana. «Tali principi costituiscono infatti uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che si propongono come "antistorici" a fronte dei risultati ottenuti, nel corso dei secoli, per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero».

Fatte queste premesse, la Cassazione ha ritenuto sussistente nel caso di specie il dolo degli illeciti contestati, stante l'obbligo per l'imputato di conoscere, ai sensi dell'art. 5 c.p., il divieto posto dalla legge in rapporto ai comportamenti lesivi da lui posti in essere, qualsiasi possa essere stata la sua valutazione della condotta. Quest'ultimo profilo, ad avviso del Supremo Collegio, se non può escludere il dolo, può sicuramente apprezzarsi nel quadro multiforme delle variabili apprestate dall'art. 133 c.p., in punto di personalizzazione e adeguatezza della pena.

Ci è sembrato opportuno riportare integralmente alcuni passi della sentenza, perché stavolta le argomentazioni della Corte di Cassazione ci sono apparse condivisibili, soprattutto nel punto in cui chiariscono che, anche quando un determinato ordinamento opta per un modello assimilazionista, tale scelta deve comunque avvenire nel rispetto dei principi costituzionali. La Corte sembra, dunque, delegittimare qualsiasi discriminazione fondata sulla diversità culturale, anche se è ben consapevole che spesso le scelte del legislatore vanno proprio in questa direzione, costringendo gli stessi organi giudicanti a svolgere il ruolo di "mediatori culturali": il loro compito diventa, così, non solo quello di mediare tra differenti culture per cercare di contemperare le opposte esigenze, ma anche mediare tra le

In questo senso, taluni rilevano come si tratti di soggetti tendenzialmente più propensi rispetto ad altri a commettere determinati reati, proprio in ragione delle loro tradizioni, e quindi come necessitino di energiche controspinte di matrice punitiva. Ad incidere sulle comminatorie edittali, secondo i sostenitori di un simile orientamento, è anche la circostanza che tali individui, provenendo da Paesi caratterizzati da sistemi sanzionatori assai severi, risulterebbero verosimilmente inclini a farsi intimidire solo dalla minaccia di pene connotate da un elevato coefficiente di afflittività[53].

Ovviamente, scelte politico-criminali incentrate su valutazioni di questo genere sono esposte a svariate critiche, che trovano il loro fondamento nel principio di uguaglianza e nel principio di personalità della responsabilità penale, a cui risulta correlata, alla luce delle considerazioni su esposte, l'esigenza di rapportare la risposta punitiva alla gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito, nel rispetto del criterio della proporzione.

Per quanto concerne la prevenzione generale positiva, è stato sostenuto che la previsione di «una disciplina particolarmente rigorosa dei reati culturali» potrebbe essere giustificata dall'esigenza di «riaffermare le opzioni assiologiche sottese all'ordinamento positivo»[54], al fine di persuadere l'autore culturalmente motivato ad astenersi dall'offendere i beni tutelati in sede penale. Ma, a ben vedere, sembra alquanto improbabile che da un trattamento sanzionatorio esemplare nei confronti di soggetti diversi per tradizioni e cultura possa discendere un positivo effetto di orientamento culturale. Al contrario, è più probabile che una siffatta reazione sanzionatoria favorisca l'insorgere di un senso di ribellione verso un sistema avvertito tanto più ingiusto quanto più teso a inculcare con eccessivo rigore modelli di vita estranei (o quanto meno non ancora adeguatamente assimilati) a tali soggetti.

La presenza di un effetto di intimidazione è un risultato naturale che si verifica, sul piano generale, ogniqualvolta una norma prevede per la sua infrazione una sanzione penale. Tale effetto, nel nostro ordinamento, non può andare oltre quello che è naturalmente connesso alla posizione di una norma penale ed alla mera inflizione di una pena. Ad impedirlo sono una serie di principi costituzionali ai quali deve uniformarsi il sistema penale nel suo complesso. I principi a cui si fa qui riferimento sono quelli del finalismo rieducativo e del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, comma 3 Cost.), della personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1 Cost.), della ragionevolezza (art. 3 Cost.) e quello di tutela della dignità umana e di sussidiarietà della sanzione penale, desunti in via indiretta, ma di indubbio rilievo costituzionale[55].

Sull'efficacia addirittura criminogena della previsione di pene particolarmente severe, va ricordato l'insegnamento, sempre attuale, di Cesare Beccaria, che sapientemente osservò: «É evidente che il fine delle pene non è di tormentare e affliggere un essere sensibile, né di disfare il delitto già commesso» (…)[56] «L'atrocità stessa della pena fa sì che si ardisca tanto più per schivarla, quanto è più grande il male a cui si va incontro; fa sì che si commettono più delitti per fuggire la pena di uno solo»[57].

---

53. Cfr. A. BERNARDI, *Il fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 91, il quale a titolo esemplificativo richiama la lettera che la comunità romena del Nordest italiano ha inviato al Parlamento di Bucarest, chiedendo che i connazionali che commettono gravi delitti in Italia scontino la loro pena nelle carceri romene e che venga varato un pacchetto di misure legislative e diplomatiche per "proteggere" chi lavora e vive onestamente nei territori d'immigrazione.
54. C. GRANDI, *Fattore culturale e responsabilità penale*, Milano, 2008, p. 124.
55. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 98.
56. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XVII ed. a cura di A. BURGIO (ed. or. 1764), § XII, p. 54.
57. C. BECCARIA, *op. loc. cit*., § XXVII, p. 78.

In realtà, ad avere un effetto dissuasivo non è tanto il rigore della sanzione, quanto la sua effettività in termini di certezza e prontezza dell'inflizione, come ricorda lo stesso Beccaria: «Quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile. Dico più giusta, perché risparmia al reo gli inutili e fieri tormenti dell'incertezza, che crescono col vigore dell'immaginazione e col sentimento della propria debolezza (…)

Più utile, perché quanto è minore la distanza del tempo che passa tra la pena ed il misfatto, tanto è più forte e più durevole nell'animo umano l'associazione di queste due idee, *delitto* e *pena*, talché insensibilmente si considerano uno come cagione, l'altra come effetto necessario immancabile»[58]. «La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione, che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza della impunità; perché i mali, anche minimi, quando sono certi, spaventano sempre gli animi umani».[59]

Un'opzione intimidativo-deterrente risulta, dunque, come già spiegato, incompatibile con i principi di personalità della responsabilità penale e di tutela della dignità. Infatti, se per trattenere i consociati – nel nostro caso gli autori culturali –, si minacciano e si infliggono pene particolarmente severe, il reo diviene un mero strumento di politica criminale per l'intimidazione altrui. In questo caso, l'intervento statuale, lungi dal rimuovere gli ostacoli allo sviluppo della personalità, come pretende la norma di cui all'art. 3, comma 2 Cost., si pone in evidente contrasto con il rispetto della dignità umana.

La misura dell'intervento punitivo statuale viene fatta dipendere da parametri che trascendono il fatto del reo, per fondarsi su considerazioni che attengono al mero pericolo di condotte illecite altrui, in collisione con il principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma 1 Cost.[60].

Attraverso la sanzione penale si deve, in realtà, offrire al reo la possibilità di orientare la propria esistenza nel rispetto di quella degli altri consociati. Ciò non significa che la pena deve avere come obiettivo l'adattamento coattivo dell'agente a *standards* comportamentali eteronomi, né la manipolazione della sua personalità al fine di operare un vero e proprio cambiamento *ab externo* della sua identità individuale.

Piuttosto, con tutte le garanzie dello Stato sociale di diritto, si deve favorire un'effettiva integrazione del soggetto, da ottenersi tramite la realizzazione di un programma di reinserimento bastato sul *training* sociale, sull'emancipazione individuale, che passa attraverso forme efficaci di sostegno socio-culturale. Tutto ciò, vale a maggior ragione per gli autori di reati c.d. culturali, i quali già prima di essere attratti nel circuito penale versano in uno stato di "vulnerabilità" assai elevato per il solo fatto di essere immigrati e di vivere al confine tra due sistemi normativi e due universi culturali profondamente differenti.

58. C. BECCARIA, *op. loc. cit*.,§ XIX, p. 68.
59. C. BECCARIA, *op. loc. cit*.,§ XVII, p. 78.
60. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 100-101.

L'indagine penale da parte del pubblico ministero nell'ordinamento brasiliano

GERALDO PRADO*

ABSTRACT

This essay is about the direction of the criminal investigation taken by the Public Prosecutor's Office in Brazil[1]. In the beginning, it emphasizes the importance that the debate has had in the public arena, from the "protests in June of 2013", which resulted with the rejection by the Congress to the project of a constitutional amendment that intended to confer exclusivity to the Police the assignment of investigating crimes. The text reinforces the political and legal scope of the discussion, since taking into account the legal rules in vogue, the police are in charge of the preliminary investigation and the Public Prosecutor's Office would be only responsible for the control of the police activity and not the direction of the investigation. However, there is no constitutional rule which prohibits the legislator from introducing other forms of investigation. From a theoretical angle, the essay highlights the greater consensus regarding to the constitutional prevalence of an accusatory model of process, from the Constitution of the Republic of 1988, which contrasts with the lack of agreement about the elements that define the aforementioned paradigm. The dispute of meanings operated in the academy, concerning to the idea of accusatory system, is reflected in the analysis of the positioning of the Public Prosecutor's Office regarding to the investigation - direction or in a coordinated action with the Police. The essay points out to the existence of differences in the design, structure and organization of the Public Prosecutor's Office in states which have the same legal tradition and concludes with the negative criterion of "quantic agglomeration of power" as of guidance to political decisions on the desirability of adopting the model of criminal investigation directed by the Public Prosecutor's Office in Brazil, proposing mechanisms for the reduction of this agglomeration.

SOMMARIO: 1. Le manifestazioni popolari del giugno del 2013 in Brasile: punto di partenza per lo studio delle questioni giuridico-politiche sulla base della direzione dell'indagine penale del pubblico ministero. – 2. I sistemi processuali come parte del problema (concettuale) e non della soluzione. – 3. I criteri per stabilire l'inquadramento dommatico. – 4. Il criterio della concentrazione quantistica del potere del pubblico ministero.

1. Secondo le norme giuridiche in vigore in Brasile, si può ammettere un'imputazione penale soltanto da parte di giudici o tribunali se l'accusatore - di solito il pubblico ministero – presenta elementi minimi di convinzione per quanto riguarda la gravità dell'affermazione del reato (indizi di responsabilità e dell'esistenza dell'infrazione penale).

Questi elementi sono raccolti dalla polizia, in un'attività preliminare, di indagine criminale, chiamata indagine di polizia[2].

---

* Geraldo Prado è Professore di Diritto di Procedura Penale presso l'Università Federale di Rio de Janeiro (UFRJ). Visiting Professor dell'Università Autonoma di Lisbona (Portugal). Dottore in Diritto (UGF). Ha svolto un Post-dottorato in Storia delle Idee e Cultura Giuridica presso l'Università di Coimbra. Ricercatore presso l'Istituto di Diritto Penale e Scienze Criminali della Facoltà di Diritto dell'Università di Lisbona. Giudice in pensione del Tribunale di Giustizia dello Stato di Rio de Janeiro. Consulente legale e Opinionista

1. The Public Prosecutor's Office (Ministério Público Estadual) in Brazil corresponds to the Disctrict Attorney's Office and State's Prosecutor Office.

2. Codice di procedura penale. «Art. 4. La polizia giudiziaria sarà esercitata dalle autorità di polizia nei distretti di loro rispettiva competenza, e avrà come obiettivo la ricerca dei reati e della loro responsabilità (Formulazione della Legge n° 9043, del 9.5.1995), Paragrafo unico. Le competenze definite nel presente articolo non escludono quelle delle autorità amministrative, a cui per legge è attribuita la stessa funzione».

Essa è presieduta dalle autorità della polizia – delegato della polizia, in ambito statale, e delegato federale, per i reati federali[3]. Dunque, al pubblico ministero spetterebbe solo il controllo dell'attività della polizia e non anche la direzione delle indagini[4]. Non ci sono, tuttavia, regole costituzionali che vietino al legislatore di stabilire altre modalità di indagine.

Negli ultimi quindici anni, i pubblici Ministeri degli Stati e il pubblico ministero federale si sono mobilizzati a favore dell'approvazione, a livello nazionale, di norme che regolino la modalità di indagine criminale diretta da pubblici Ministeri e procuratori della Repubblica.

In alcuni di questi casi, le indagini dirette dal pubblico ministero sono servite come fondamento per accuse penali e la loro validità giuridica è stata contestata nei tribunali[5].

La questione non è ancora giunta a soluzione ed ha raggiunto le strade durante le manifestazioni del giugno del 2013.

1.2. Nel 2013 il Brasile ha sperimentato un momento speciale di effervescenza politica, nel contesto di un numero significativo di manifestazioni popolari che hanno occupato le strade delle grandi metropoli ed anche delle piccole città.

Lo scoppio dell'azione popolare può essere identificato, senza un'ulteriore discussione, nel modo violento in cui inizialmente i governi degli Stati di Rio de Janeiro e San Paolo hanno affrontato le richieste contrarie all'aumento del prezzo dei biglietti dell'autobus.

---

3. I crimini federali sono definiti a partire dalla competenza che la Costituzione della Repubblica concede al Tribunale Federale. I crimini elettorali sono giudicati da un tribunale speciale elettorale e anche l'indagine criminale è di competenza della polizia federale. I restanti reati, purché non siano militari, competono al Tribunale Statale e, di regola, l'indagine è a carico della polizia civile di ciascuno Stato della Federazione, attraverso gli ufficiali di polizia.
Costituzione della Repubblica: «Art. 109. Ai giudici federali spetta il compito di processare e giudicare:
(...)
IV – i reati politici e le infrazioni penali commessi contro i beni, i servizi o gli interessi dell'Unione o delle sue entità autonome o delle imprese pubbliche, escluse le contravvenzoni di competenza del Tribunale Militare e del Tribunale Elettorale;
(...)
IX - i reati commessi a bordo di navi o di aeromobili, fatta eccezione per quelli di competenza del Tribunale Militare;
(...)
§ 5º Nell'ipotesi di grave violazione dei diritti umani, il Procuratore Generale della Repubblica, al fine di garantire il compimento degli obblighi derivanti dai trattati internazionali sui diritti umani di cui il Brasile è firmatario, può portare, dinanzi al Tribunale Supremo di Giustizia, in qualsiasi fase dell'inchiesta o del processo, un caso di spostamento di competenza a favore del Tribunale Federale». (Incluso nell'emendamento costituzionale n°. 45 , del 2004).
4. Costituzione della Repubblica: «Art. 129. Sono funzioni istituzionali del pubblico Ministero: ... VII - esercitare il controllo esterno delle attività di polizia, in termini di diritto complementare di cui al precedente articolo».
5. Tribunale di Giustizia di Minas Gerais. Cassazione Penale n° 1.0142.06.016442-3/001 - Comarca de Carmo do Cajuru - Relatore: Des. Anthony Armando dos Anjos. Data della sentenza: 01/02/2011; Data della pubblicazione: 03/03/2011 ed Effetto Generale in Ricorso Straordinario n° 593.727 (DJE 25/09/2009). Il Tribunale Federale Supremo (STF). Relatore: Min. Cezar Peluso. Sentenza del 17 Aprile 2010. Non è stata ancora presa nessuna decisione. Lo STF definisce come ripercussione generale lo: «strumento processuale inserito nella Costituzione Federale del 1988, attraverso l'Emendamento Costituzionale 45, conosciuto come la 'Riforma del Sistema Giudiziario'. Lo scopo di questo strumento è quello di permettere che il Tribunale Federale Supremo selezioni i ricorsi straordinari che esaminerà, secondo criteri di rilevanza giuridica, politica, sociale o economica. L'utilizzo di questo filtro di ricorsi ha come conseguenza una diminuzione del numero dei processi incamminati alla Corte Suprema. Una volta constatata l'esistenza di una ripercussione generale, lo STF analizza il merito della questione e la decisione proveniente da questa analisi sarà successivamente applicata dai giudici in casi analoghi». Consultato in data 26/06/14: http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451

Le forze di polizia hanno reagito in modo aggressivo alle proteste e hanno rievocato nella memoria popolare i registri simbolici delle violenze commesse durante la dittatura civile-militare degli anni 1964 -1985. Fondamentalmente, questo è stato il grilletto delle manifestazioni, che hanno unito gruppi eterogenei, con piattaforme e rivendicazioni diverse e non raramente contraddittorie.

Dal punto di vista dei governanti, lo sforzo di contenimento delle proteste per un certo periodo ha contemplato più violenza, arresti arbitrari e anche la formulazione di atti legislativi incostituzionali che, con l'integrazione delle forze di sicurezza pubblica e il Pubblico Ministero, a Rio de Janeiro, per esempio, hanno comportato un'indebita limitazione delle garanzie di manifestazione e di dissenso, colpendo il diritto al dissenso[6]. Pertanto, nel quadro di riferimento di questo seminario, tenutosi in Germania, è giustificato ricordare il ruolo fondamentale rivestito da Anselm v. Feuerbach nel definire i limiti dell'esercizio del potere da parte del sovrano, confini il cui superamento, secondo l'autore, all'inizio del secolo XIX, hanno affermato il diritto di resistenza[7].

Il quadro più ampio in cui si inserisce l'indagine penale nell'ambito dello stato di diritto, a sua volta, ci permette di usare le parole di Zaffaroni, nel prologo dell'opera citata, di Feuerbach, per chiarire i metodi di analisi e le prospettive politiche indissociabili gli uni dalle altre quando ci riferiamo all'intervento nell'ambito essenziale della configurazione della vita delle persone.

Il giurista argentino ha affermato che: «*lo cierto es que ninguno de los estados de derecho históricos o reales pone a disposición de sus habitantes, en igual medida, todas las vías institucionales y eficaces para lograr la efectividad de todos los derechos, por lo que – dado que los estados de derecho históricos o reales siempre son imperfectos – nunca puede descartarse totalmente el derecho a la protesta e, incluso, el eventual derecho a la resistencia*»[8].

Il complesso scenario delle manifestazioni popolari obbedisce allo scopo di illustrare il carattere multiforme della questione proposta: i diritti fondamentali, dal punto di vista del liberalismo politico, si sono confrontati concretamente con le disposizioni del potere istituzionale[9]. Questo contesto problematico può servire da esempio per l'insieme significativo di difficoltà teoriche che sfidano la dottrina giuridica nel momento in cui si vuole trasformare radicalmente la struttura del processo penale brasiliano, perché in quell'occasione gli agenti responsabili della sicurezza pubblica erano al centro di conflitti la cui giudizializzazione dipendeva, fondamentalmente, dal pubblico magistrato[10].

---

6. Per tutti, basti consultare l'atto emanato dal Governo dello Stato di Rio de Janeiro: http://www.conjur.com.br/2013-jul-24/geraldo-prado-decreto-governo-rj-traz-volta-estado-policial. Consultato in data 01 Marzo 2014.

7. A. FEUERBACH, v. *Anti-Hobbes: O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*. Traduzione di Leonardo G. Broni e revisione di E. R. Zaffaroni. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 58-60 e 64.

8. E. R. ZAFFARONI, *Introducción al Anti-Hobbes: O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano, de FEUERBACH, Anselm* v. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 17-18.

9. Qui il termine " istituzionale " si riferisce a " istituzione", termine che, a sua volta, viene utilizzato nel senso di: "orientamenti di valore organizzati e strutturati in modo da avere carattere duraturo" Prefazione di Maria Arminda do Nascimento Arruda al libro di Florestan Fernandes *Circuito Fechado: quatro ensaios sobre o 'poder institucional* '. Rio de Janeiro: Globo, 2010, p. 23.

10. Secondo la Costituzione della Repubblica, spetta al pubblico ministero il monopolio dell'esercizio dell'azione penale pubbica e del controllo esterno dell'attività di polizia. «Art. 129. Sono funzioni istituzionali del pubblico ministero: I - promuovere, in esclusiva, l'azione penale pubblica, in forma di legge; ... VII - esercitare il controllo esterno delle attività di polizia, nella forma di legge complementare di cui al precedente articolo». Nell'esercizio del controllo esterno delle attività di

Stabilire i metodi di intervento nel campo dei diritti fondamentali non è un compito che si possa realizzare alle spalle della prassi. La storicità non abbandona il teorico del diritto, anche se a volte si verifica il contrario.

La prospettiva di analisi scelta in questa comunicazione, infatti, considera i piani dell'*essere* e del *dover essere* del diritto in un'articolazione che non prescinde dalla valutazione teorico-concettuale, ma non rinuncia neanche a riconoscere l'autonomia del *giuridico* e del suo sapere, nè confonde questa autonomia con nessun tipo di barriera insormontabile tra le dimensioni giuridiche, filosofiche, sociologiche e antropologiche.

Discutere l'indagine penale da parte del pubblico ministero in Brasile implica tenere in considerazione tutti questi fattori, anche se entro i limiti di questa esposizione una tale considerazione possa essere meramente circostanziale.

Infine, e come elemento complementare delle difficoltà citate, è importante notare che tra le richieste verbalizzate dai media, nel giugno del 2013, durante le manifestazioni, si è identificata la pretesa di rifiuto della Proposta di Emendamento Costituzionale n°37 (PEC 37), il cui testo è orientato dal proposito di escludere dall'ordine giuridico le interpretazioni favorevoli al riconoscimento dei poteri di indagine del pubblico ministero.

La proposta consisteva nella modifica dell'articolo 144 della Costituzione della Repubblica per aggiungere al § 10º, la seguente dicitura: «l'indagine delle infrazioni penali di cui trattano (*sic*) il §§1º e 4º del presente articolo, spettano esclusivamente alla polizia federale e civile degli Stati e del Distretto Federale, rispettivamente». Con un significativo rifiuto pubblico, la PEC nº 37 ha finito per essere respinta il 25 giugno 2013, dalla grande maggioranza dei membri della Camera dei Deputati.[11]

2.La menzione dell'obiettivo di stabilire un processo penale di struttura accusatoria è stato l'elemento comune delle riforme processuali penali, negli ultimi decenni, in una società globale, post-industriale e di massa che ha a che fare contemporaneamente con rivendicazioni concrete e anche con quelle di natura simbolica.

Si può affermare che il "sistema accusatorio" svolge in un processo penale una funzione simbolica equivalente a quella che svolge la "democrazia" in relazione al sistema politico. La maggior parte dei politici e dei giuristi mostrano l'intenzione di adeguare al modello accusatorio i vecchi dispositivi processuali, portatori di caratteristiche differenziate, nonostante questi dispositivi siano, per la maggior parte, eredi del paradigma del processo inquisitorio riformato, che si ispira al modello del codice napoleonico, come osserva Alberto Binder[12], il che finisce per influire sulle considerazioni teoriche in merito al termine "accusatorio" del sistema.

---

polizia spetta al pubblico ministero, nel contesto delle manifestazioni, agire contro gli abusi di potere che con frequenza, in situazioni del genere, trovano copertura nell'ambito degli agenti della repressione.

11. Tra i 441 deputati federali presenti, 430 hanno votato contro la proposta, 9 hanno votato a favore e 2 si sono astenuti. È importante notare che i principali organi di comunicazione sociale, formati dai maggiori gruppi economici dei media, si sono opposti fin dall'inizio al PEC 37, che fu trattato come una sorta di ritorsione da parte dei partiti del governo contro il pubblico ministero, a causa dell'azione del pubblico ministero federale nel processo penale dinanzi al Tribunale Federale Supremo chiamato dai media "il processo Mensalão."

12. A. BINDER, *Derecho Procesal Penal*. Tomo I: *Hermenéutica del proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013, p. 14.

In realtà non c'è, per questo e per altri motivi, un consenso circa la base concettuale di partenza della teoria per il meritato inquadramento e l'analisi di una concezione processuale, per quel che riguarda gli elementi strutturali di un processo penale accusatorio[13].

Máximo Langer mette in rilievo questo paradosso nel distinguere almeno sei sensi o livelli concettuali che operano con la dicotomia accusatorio-inquisitorio, ossia: quattro di loro riguardo l'utilizzo descrittivo delle categorie, posti, quindi, sul piano dell'*essere* del sistema, tenendo in considerazione a) la discendenza o gli sfondi storici; b) come tipi ideali, senza una perfetta corrispondenza concreta con i sistemi di giustizia in vigore in ogni paese e in ogni epoca, per cui l'intero sistema sarebbe, in realtà, misto; c) come dispositivi che svolgono determinate funzioni in materia processuale, con la coercizione, che oppongono il ruolo centrale della punizione a quello della conservazione delle garanzie degli imputati; d) quello che favorisce la distinzione degli interessi in gioco, con enfasi sull'indagine, la punizione, e l'accusatorio nell'assicurare le garanzie.

E due dei sensi sono valutati dal punto di vista legale o del *dover essere*, nel caso e) l'approccio teorico-concettuale osserva l'insieme di requisiti del sistema giuridico in un determinato modello politico-normativo; f) o tenendo in considerazione la presenza di uno specifico "principio ordinatore".[14]

Va notato che la proposta teorica di Langer non esaurisce le possibilità analitiche.

Anche così, il consenso inesistente sul significato delle strutture accusatorie o di un processo penale accusatorio non scoraggia la dottrina di cercare cambiamenti concreti nei sistemi giuridico-processuali basandosi sul fatto che in ogni contesto specifico i portatori del capitale scientifico relativo a questo sapere giuridico invocano come modelli i caratteri propri di un modello accusatorio del processo penale[15].

Così, per esempio, lo stesso Langer riferisce l'uso comune delle distinzioni tra le funzioni di fare un'istanza e giudicare, l'adozione della procedura orale, pubblica e contraddittoria, la partecipazione popolare nell'amministrazione della giustizia e l'indagine penale preliminare a carico del pubblico ministero come criteri di classificazione dei sistemi.[16]

La naturalizzazione degli elementi del "sistema accusatorio", con l'adozione, senza ulteriori spiegazioni, di uno dei sensi in cui è possibile concepire la dicotomia accusatorio-inquisitorio tende ad essere relativamente comune e, di conseguenza, la critica che compete alla teoria, in relazione al diritto vigente, inizia ugualmente con un supposto consenso concettuale che, come si è visto, non esiste nella realtà.

---

13. M. DAMASKA sottolinea il carattere polisemico che assume il significante "contraddittorio", a seconda del gruppo sociale che rivendica il suo uso, senza che sia possibile sovrapporre o definire i punti comuni al di sopra di qualsiasi divergenza teorica tra i vari punti di vista. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, Editorial Juridica de Chile, 2000, p.

14. M. LANGER, *La dicotomia acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica aglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado,* in *El procedimiento abreviado*, Org. Julio B. J. Maier e Alberto Bovino. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, p. 102-110.

15. Sul tema: G. PRADO, *Campo jurídico, capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil: a transformação de um conceito*, in *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia.* São Paulo: Marcial Pons, 2012.

16. M. LANGER, *La dicotomia acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica aglosajona,* op. cit., p. 99.

Parlando della posizione ideale del pubblico ministero nel processo penale spagnolo, Enrique Bacigalupo sostiene che «è evidente che è il modello di processo penale a determinare la posizione che deve occupare il Pubblico Ministero»[17].

Avanzando in un'analisi struttural-funzionale, Bacigalupo avverte che le riforme europee sul processo penale dell'ultimo quarto del secolo XX hanno contemplato, in sintonia con il riposizionamento del pubblico ministero di fronte al giudice istruttore tipico della procedura a due fasi, la trasformazione della struttura stessa del procedimento, con la certezza che era la fase delle indagini preliminari il punto più modificato. Cita come esempi di una "certa comunità di obiettivi nelle riforme" i cambiamenti avvenuti in Germania (1974), Portogallo (1987) e Italia (1988)[18].

A sua volta, Hesbert Benavente Chorres, che condivide con Max Langer la stessa preoccupazione per l'inesistenza di una linea comune tracciata per differenziare la procedura accusatoria da quella inquisitoria, rivela quanta complessità semantica sia in gioco.

Citando la Germania, Chorres allude al fatto che il modello processuale è assunto come «di procedura accusatoria con principio di indagine», che è la strategia dommatica che mira a contemplare un processo con partecipanti, con la concessione della direzione dell'indagine al pubblico ministero, dal 1974 (§ 160 StPO) distinto, tuttavia, dal modello statunitense, che è orientato da un incontestabile principio dispositivo[19].

In Italia, la ricerca della verità materiale e la legalità sono diventati punti cruciali del dibattito sulla portata dell'influenza del paradigma del *Common Law*, che non ha impedito che il codice di procedura penale del 1988, con le sue successive riforme, fosse progettato come un «accusatorio all'europea ossia un'anima accusatoria all'interno di un corpo e di un organismo continentale»[20].

Più aggettivi vengono usati per descrivere procedimenti penali la cui accettazione in seno alla dottrina dipende da come è inteso il termine "accusatorio", trattato come presupposto e fonte di legittimità politica[21]. Le "procedure accusatorie", tuttavia, si presentano nel mondo pratico in modo molto diverso, quando confrontati, il che può essere spiegato anche dal fatto che le analisi partono dai fondamenti di base sviluppati in una tradizione inquisitoriale e autoritaria, che detta dal vocabolario processuale alla soggettività dominante, il tutto a partire da un complesso culturale che non è slegato dalla tradizione menzionata.

---

17. E. BACIGALUPO, *La posición del Fiscal en la investigación penal*, in *Universitas Vitae: Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2007, p. 63 e 67.
18. E. BACIGALUPO, *La posición del Fiscal en la investigación penal*, op. cit., p. 69.
19. H. BENAVENTE CHORRES, *La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: concepto y modalidades.* Madri: Bosch, 2012, p. 57.
20. H. BENAVENTE CHORRES, *La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal,* op. cit., p. 61.
21. Sul significato equivoco attribuito ai termini "inquisitorio" e "accusatorio", nel dibattito promosso dal riavvicinamento tra modelli di diverse tradizioni, mi riferisco al testo di Kai Ambos, *É o procedimento penal internacional 'adversarial', 'inquisitivo' ou 'misto'?*. K. AMBOS, *É o procedimento penal internacional 'adversarial', 'inquisitivo' ou 'misto'?* Trad. Marcellus Polastri Lima e Margareth Vetis Zaganelli, in Processo Penal Internacional, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 7 e 9-12.

Il meccanismo di "naturalizzazione" degli elementi dei sistemi accusatori, che troverebbero supporto nel riconoscimento dogmatico del fatto che si tratta dell'unico modello compatibile con lo stato di diritto - e penso che in realtà sia l'unico che si avvicina all'ideale di stato di diritto - è stato responsabile di una riduzione indebita di complessità, che colpisce il dibattito politico e che, nel contesto inevitabile della globalizzazione e della coesistenza di sistemi giudiziari, contribuisce alla costruzione di dispositivi che, nelle parole di Bernd Schünemann, portano a un' "amministrazione di giustizia penale radicalmente punitiva", come ideologia e pratica trascendente ai diversi sistemi giudiziari[22].

3. Lo schema comparativo tra i pubblici ministeri, nell'ambito degli stati della tradizione del diritto continentale europeo, rivela molte storie singolari, associate agli aspetti particolari della formazione di questi stati (unificazione o riunificazione, decolonizzazione, accentramento, ecc.), che molto difficilmente consentono una prospettiva analitica o sintesi concettuali che abbiano validità generale[23].

Oltre ai complessi fattori politici che contribuirono alla configurazione attuale di ogni stato e anche, al suo interno, dei rispettivi pubblici ministeri, hanno il loro peso anche le reazioni della comunità riguardo al significato sociale del pubblico ministero, che, anche all'interno di ciascun paese, varia secondo il tempo e l'ideologia dominante.

Così, ad esempio, in Germania, il pubblico ministero più antico è quello di Hannover, creato nel 1841, ma limitato agli interventi di ricorsi contro gli imputati[24]. Württemberg (1843) e Baden (1845) prevedevano entrambi l'istituzione con attuazione nell'area criminale, ma in realtà, solo nel 1846, in un contesto molto particolare, a Berlino, a causa delle rivolte popolari dei polacchi nei territori occupati, soprattutto a Posen, apparve in forma efficace quello che Claus Roxin considera il nuovo processo penale tedesco e con esso il pubblico ministero nel senso moderno del termine[25].

La centenaria istituzione tedesca è stata al centro di dispute ideologiche di senso durante tutto questo tempo. Mentre alcuni autori la proponevano come un esempio di "figlia della Rivoluzione Francese" e del suo ideale di libertà, in lotta continua contro lo stato-polizia e l'assolutismo, altri la identificavano come frutto dell'insoddisfazione del sovrano rispetto alla condotta liberale dei tribunali penali prussiani[26]. Nel ventesimo secolo, l'opinione pubblica tedesca continuò ad oscillare tra la diffidenza, in quanto il pubblico ministero accoglieva con favore l'interesse della persecuzione statale, a causa delle azioni dei suoi membri durante il nazionalsocialismo, e il rispetto, dovuto all'espansione delle sue funzioni, e dell'ideologia, sostenuta sin dall'inizio, nel 1843, dal Ministro dell'Amministrazione della Giustizia von Mühler, secondo il quale il pubblico ministero avrebbe dovuto essere visto come il

---

22. B. SCHÜNEMANN, *Proyecto Alternativo de Persecución Penal Europeia*, Madri: Dykinson, 2007, p. 15.
23. Circa il pubblico ministero di Portogallo, Spagna, Francia, Italia, Brasile, Argentina, Venezuela e Mozambico, si veda: J. P. DIAS, e R. G. AZEVEDO, (coordenadores), *O papel do Ministério Público: estudo comparado dos países latino-americanos*. Coimbra: Almedina, 2008; e A. CLUNY, *Pensar o Ministério Público hoje. Cadernos da Revista do Ministério Público*. Lisboa: Cosmos, 1997.
24. C. ROXIN, *La posición jurídica de la Fiscalía ayer y hoy*, in *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal,* Buenos Aires: Rubinzal, 2007, p. 16. Questa è la versione del testo presentata dall'autore, originariamente, il 1 Ottobre 1996, in occasione della commemorazione dei 150 anni del pubblico ministero di Berlino.
25. IDEM , p. 11, 14 e 17.
26. C. ROXIN, *La posición jurídica de la Fiscalía ayer y hoy*, op. cit., p. 9 e 11.

"custode della legge", anche a favore degli imputati, configurando, con le parole di Hugo Isenbiel, nel 1908, "l'autorità più oggettiva nel mondo."[27]

La domanda che si pone qui, indipendentemente dai cambiamenti nella struttura della procedura preliminare, nel codice del processo penale tedesco, nel 1974, per assegnare la direzione dell'indagine penale al pubblico ministero, non è per l'eccellenza dell'istituzione o dei suoi membri. Piuttosto, il riferimento teorico che emerge dalla storia del pubblico ministero tedesco ha a che fare con la situazione di tensione tra i diritti fondamentali e gli obiettivi pragmatici del potere politico, che nel cuore dello stato di diritto militano contro o a favore di determinate delimitazioni normative della propria istituzione.

L'analisi, secondo me, dovrebbe essere guidata fin dall'inizio dal contesto storico. Infatti, se nell'ambito di uno stesso stato l'ampliamento o la riduzione dei poteri del pubblico ministero, in riferimento allo stato di diritto, dipende dal contesto politico, non mi sembra possibile "importare" puramente e semplicemente la soluzione – qualunque essa sia – per quanto riguarda il pubblico ministero e la direzione dell'indagine penale, soprattutto quando le basi della tesi sostenuta non dispongono di un ampio consenso nella comunità accademica.

Se nel caso tedesco il discorso di Carl Schmitt presumeva una determinata unicità totalizzante, unicità che avrebbe stabilito un'*identità* unificata da parte di una soggettività capace di nascondere conflitti e differenze, in un piano in cui il potere del sovrano derivi dall'identità tra governante e governati, assumendo come presupposto l'omogeneità di un popolo[28]; diversamente il contesto brasiliano, considerato come esempio illustrativo, è caratterizzato da una singolarità: nel periodo delle dittature europee la società civile non era una "categoria debole". La società civile brasiliana è stata rappresentata nel decorrere del tempo, e in certa misura fino ad oggi, come gravemente insufficiente[29].

Rogério Arantes evidenzia questo contesto, che definisce come di ricostruzione istituzionale del pubblico ministero brasiliano, a partire dagli anni 1970, in piena dittatura, ma soprattutto dal 1985, affinché, nel quadro di riferimenti del discorso sulla «incapacità cronica della società», occupi spazi che nel recente passato erano stati occupati dal potere militare, e questo grazie ad una «diagnosi pessimistica sulla società civile e ancora di più sulle istituzioni politiche tradizionali»[30]. L'ideologia paternalistica diffusa nell'ambito della società, contraddetta facilmente a partire dagli anni 1970 dalla nascita di un gruppo significativo e importante di movimenti sociali e popolari, che in teoria davano all'istituzione il diritto di "assumere il ruolo di difensore della società", come "un potere esterno, preferibilmente apolitico"[31].

Contro questa soggettività si staglia il fatto che proprio a partire dagli anni '70 del secolo scorso, il Brasile ha visto nascere nuove "forme di organizzazione della società civile", in particolare nel campo dei movimenti sociali di natura popolare (Ilse Scherer-Warren).[32]

---

27. IDEM, p. 12, 13 e 18.
28. M. VATTER, *Constitución y resistencia: ensayos de teoría democrática radical,* Chile: Universidad Diego Portales, 2012, p. 338. C. SCHMITT, *Teologia Política*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
29. R. B. ARANTES, *Ministério Público e política no Brasil*, São Paulo: PUC/Sumaré, 2002, p. 30.
30. R. B. ARANTES, *Ministério Público e política no Brasil*, op. cit., p. 16.
31. R. B. ARANTES, Rogério Bastos, *Ministério Público e política no Brasil*, op. cit., p. 25 e 16.
32. I. SCHERER-WARREN, *Redes de movimentos sociais*, São Paulo: Loyola, 1993.

La questione, tuttavia, si situa nel campo del potere e le stesse ragioni valide, costituzionalmente, per eleggere il pubblico ministero come responsabile del controllo esterno dell'attività della polizia, danno fondamento all'analisi teorica dell'esercizio delle attività di indagine penale per le quali non esistono nella normativa legislativa o nella Costituzione della Repubblica, esplicitamente, dispositivi di controllo.

In questo campo è fondamentale considerare che il pubblico ministero brasiliano non può essere inquadrato nei tipi di sistema di giustizia comuni a diversi paesi. Benavente Chorres evidenzia che i pubblici ministeri possono essere in un rapporto di dipendenza diretta dal potere esecutivo (Germania[33], Belgio, ecc.), o mantenere questa dipendenza, ma rispettando diversi gradi di autonomia (Francia e Spagna). Il pubblico ministero può anche far parte della magistratura, anche se culmina nell'autonomia tecnica e di obiettivi (Colombia)[34].

Nel caso del Brasile, il pubblico ministero può essere collocato in un quarto tipo: indipendente da qualsiasi potere dello stato, con autonomia funzionale e finanziaria, ai sensi delle disposizioni di cui all'articolo 127, §§ 1, 2 e 3, della Costituzione della Repubblica[35].

Il punto è importante perché quando lo sguardo analitico si sposta dal contesto storico e, di conseguenza, dalle condizioni politiche che hanno portato l'istituzione ad assumere una certa conformazione, ed è orientato all'aspetto normativo, la questione del controllo nell'esercizio del potere non può essere ignorata.

La tappa preliminare detta indagine penale, afferma Schünemann, non fu concepita in alcuna norma processuale penale, nel senso di condurre a «prove inequivocabili con la pretesa di verità materiale riguardo al reato».[36] Tuttavia, la crescita esponenziale di metodi occulti di indagine e l'espansione delle varie forme di negoziazione riguardo la responsabilità penale hanno anticipato l'indagine, privandola di capacità di argomentazione e indebolendola al livello di controllo, il centro nevralgico del procedimento penale, prima riservato all'attività probatoria in tribunale. Questa è la realtà che contrasta con l'affermazione dottrinale di costituire il procedimento penale sulla «base dell'affinità materiale tra diritto penale e diritto processuale penale»[37].

---

33. Circa la situazione tedesca è importante sottolineare quanto segue: secondo Walter Perron, professore dell'Istituto di diritto penale, diritto processuale penale e diritto penale comparato presso l'Università di Friburgo, «si può affermare che il pubblico ministero sia caratterizzato come organo di amministrazione della giustizia in una posizione intermedia tra il potere esecutivo e il potere giudiziario». Continua questo autore notando che «il procuratore è un funzionario a cui manca il carattere di indipendenza giudiziale, in quanto dipende dal Ministro della Giustizia». (W. PERRON, *O Ministério Público como diretor da investigação no processo penal alemão,* trad. de Inmaculada López-Barajas, in *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Coord. Kai Ambos e María Laura Böhm. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 70. Come chiarisce Torben Asmus, rappresentante del pubblico ministero nel processoo di Göttingen, «la supervisione e la direzione del Procuratore Generale Federale è di competenza del Ministro della Giustizia dello Stato Federale. Nelle *Länder* questa funzione corrisponde al Ministro della Giustizia di ogni *Land*».
T. SMUS, *A justiça penal e a investigação penal na Alemanha*, trad. de Marcellus Polastri Lima, in *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Coord. Kai Ambos e María Laura Böhm. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 97-8.

34. H. BENAVENTE CHORRES, *La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal,* op. cit., p. 55.

35. «Art. 127. Il pubblico ministero è un'istituzione permanente, indispensabile alla funzione giurisdizionale dello Stato ed è responsabile della difesa dell'ordinamento giuridico, del regime democratico e degli interessi sociali e individuali.
§ 1º Sono principi istituzionali del Pubblico Ministero l'unità, l'indivisibilità e l'indipendenza funzionale.

36. B. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, Madri: Dykinson, 2005, p. 11.

37. B. SCHÜNEMANN, *Proyecto Alternativo de Persecución Penal Europeia*, Madri: Dykinson, 2007, p. 14.

Non si tratta di qualcosa che preoccupa soltanto alcuni giuristi europei, in relazione allo scenario di un procedimento penale europeo, in cui è visibile il «rafforzamento e la recrudescenza delle forze coercitive della polizia e delle autorità di persecuzione penale», mentre manca la cura del «controllo giuridico-penale mirato a controbilanciare il loro abuso»[38].

I giuristi europei si preoccupano, infatti, di questa questione. Nel progetto realizzato da professori di tre università spagnole (Complutense di Madrid, Universidad de las Islas Baleares e Universidad di Murcia), che ha avuto come risultato il testo intitolato "Libro Verde della direzione dell'indagine penale da parte del pubblico ministero", tra il 2008 e il 2011, uno dei problemi affrontati è stato quello di separare il pubblico ministero responsabile dell'indagine da quello responsabile dell'accusa, dal momento che "le funzioni di indagare e di accusare sono separate in conseguenza delle esigenze del principio del contraddittorio". Questo principio, sottolinea che la ricerca «non è semplicemente un costrutto teorico, ma piuttosto il risultato dell'evoluzione dei sistemi giuridici»[39].

I giuristi latino-americani sono ugualmente preoccupati per l'esercizio incontrollato delle pratiche penali che sono pratiche di potere, nate in seno a organizzazioni che creano culture e diffondono ideologie, come ad esempio quella che suppone la neutralità politica dell'istituzione del pubblico ministero, con ripercussioni sul suo intervento come parte accusatoria nel contesto del processo penale. Sotto questa angolazione, si capisce l'effetto prodotto all'interno delle corporazioni del pubblico ministero e, in particolare, del pubblico ministero brasiliano che, cercando di ridefinire la propria identità istituzionale, ha realizzato azioni concrete «guidate da una visione dottrinale e ideologica speciale dei suoi membri, come sottolineato da Arantes»[40].

Binder evidenzia che nell'ambito di tutte le teorie sociali (sociologia, economia, ecc.) le organizzazioni sono studiate con attenzione ed è riconosciuto loro un valore straordinario. Questo, però, non si verifica nel campo giuridico, nemmeno nello specifico giuridico-penale, «che si permette il lusso di non prestargli abbastanza attenzione»[41].

Dalla prospettiva da lui prescelta, Binder si riferisce alle permanenze inquisitoriali come riserva di pratiche e cultura sparse tra le «pieghe impercettibili delle organizzazioni della giustizia penale». Sottolinea il giurista argentino che: «il ruolo svolto da queste organizzazioni nella configurazione delle singole pratiche è così grande che tutti noi abbiamo visto come la standardizzazione della lingua, del modo di vestire, delle forme di relazione e, infine, delle prospettive di vita sia modellata gradualmente dalla struttura e dalla cultura di ciascuna organizzazione»[42].

Per quel che interessa l'ambito di questa comunicazione, relativa all'indagine penale, il ruolo dell'organizzazione del pubblico ministero brasiliano, che è importante e fondamentale per la democrazia, si deve esaminare in un contesto storico di crescente accumulazione di poteri (dimensione

---

38. IDEM.
39. P. PEITEADO MARISCAL e F. GASCÓN INCHAUSTI, (Organizadores), *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal: reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde,* Madri: Dykinson, 2012, p. 35.
40. R. B. ARANTES, *Ministério Público e política no Brasil*, op. cit., p. 25 e 15. Questo autore definisce la politica organizzativa del pubblico ministero brasiliano come guidato da "volontarismo politico", con "forti tratti endogeni", che hanno avuto ripercussioni sullo sviluppo di "azioni dentro e fuori della loro normale sfera di funzioni" al fine di trasformarsi in un "nuovo attore politico."
41. A. BINDER, *Derecho Procesal Penal.* Tomo I, op. cit., p. 20.
42. A. BINDER, *Derecho Procesal Penal,* Tomo I, op. cit., p. 20.

dell'*essere*) e nel campo normativo, pertinente al modello del processo penale che, nello stato di diritto, pretende un equilibrio di poteri tra i soggetti parziali del processo (dimensione del *dover essere*).

4. Dunque, l'orizzonte della prospettiva analitica con cui questo lavoro identifica nell'equilibrio di poteri e facoltà tra le parti nel processo penale il fondamento di quello che è per me un sistema accusatorio ideale, in quanto percepisce nell'accumulazione quantistica di questo potere, da parte di una delle parti o del Giudice, i segni del modello di indagine. C'è in questo aspetto una relazione diretta e un vincolo inequivocabile tra il sistema accusatorio e lo stato di diritto.

Di conseguenza, la concezione teorica evidenziata intende lo stato di diritto come un insieme di rapporti giuridici che subordinano l'esercizio del potere ai fini della tutela della dignità umana[43]. Si tratta di qualcosa di rilevante per la democrazia, perché associata alle libertà di tutti, che possono essere colpite in un processo penale e ha a che fare con il principio repubblicano, in cui si afferma che ogni potere deve essere controllato perché porta con sé una tendenza all'abuso.

Le esperienze storiche suggeriscono che l'equilibrio di poteri e facoltà nell'ambito del processo penale, in merito al paradigma accusatorio, stabilisce strutturalmente la distinzione delle attività di persecuzione penale in tre grandi tappe: fase preliminare, fase preparatoria e fase di giudizio[44].

È importante notare che nel processo accusatorio di origine anglo-americana le disfunzioni nascono dalla rottura dell'equilibrio tra le parti, in un quadro di opposizione tra accusa e difesa, dove l'accusa, di solito, dispone di molte più risorse che la difesa per prepararsi alla contesa[45].

L'esperienza statunitense rivela il significato che l'equilibrio di poteri assume nel delineare i sistemi processuali.

Anche se, nella prospettiva dei casi estremi di un processo penale autoritario, Claus Roxin si rese conto che, nell'ipotesi che sostiene il quadro teorico con cui lavoro, costituisce l'elemento distintivo - o qualificativo - delle strutture processuali accusatorie e inquisitorie, basato sul modello di contesa statunitense: la tensione tra equilibrio e concentrazione di poteri.

L'esperienza statunitense rivela il significato che l'equilibrio di poteri assume nel delineare i sistemi processuali.

Anche se, nella prospettiva dei casi estremi di un processo penale autoritario, Claus Roxin si rese conto che, nell'ipotesi che sostiene il quadro teorico con cui lavoro, costituisce l'elemento distintivo - o qualificativo - delle strutture processuali accusatorie e inquisitorie, basato sul modello di contesa statunitense: la tensione tra equilibrio e concentrazione di poteri.

---

43. P. COSTA, e D. ZOLO, *Prefácio a O Estado de Direito: História, teoria, crítica* (org.), São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XII.

44. A. PEÑARANDA LÓPEZ, *El proceso penal en España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos: descripción y terminología,* Granada, Comares, 2011, p. 37-42. La fuga dalla trappola creata dal processo a due fasi (e dalla mentalità inquisitoria) sostiene, come sottolineato da Franco Cordero, il superamento dell'eredità post- inquisitoria, attraverso l'alienazione dal modello a due tappe - o misto – nella direzone di quello che richiede dall'accusa ipotesi accusatorie sufficientemente probabili da resistere al dibattito orale e superare la presunzione di innocenza. F. CORDERO, *Procedimiento Penal*, vol. II, Bogotá, Temis, 2000, p. 141.

45. M. TARUFFO, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, Bogotá: Temis, 2008, p. 13-4 (nota 48).

Il professore tedesco denuncia testualmente l'accumulazione di poteri come caratteristica delle pratiche penali autoritarie: «e*n el absolutismo, acusador y juez eran idénticos (proceso inquisitivo); en las dictaduras, la justicia política, que en ellas está particularmente extendida, es ejercida de facto por la policía (Gestapo, SD), de modo que la acumulación de poderes como fundamento constitutivo de esos tipos de Estado se puede reproducir, en menor escala, en el proceso penal*»[46].

Bernd Schünemann condivide la stessa percezione, quando, a partire dall'esempio della Germania, che ha visto fiorire negli ultimi venticinque anni un tipo di processo penale caratterizzato dal rafforzamento delle posizioni processuali di potere delle autorità di prevenzione, identifica il sacrificio effettivo delle posizioni dell'indagato e della difesa[47].

Un'accumulazione di poteri o di forze processuali (*Gewaltenhäufung*)[48] di questo tipo rompe l'equilibrio perseguito nell'ambito delle strutture accusatorie e si riflette sul modo in cui i soggetti processuali svolgono le loro funzioni. Attualmente, questo fenomeno è più evidente nelle indagini penali.

È inutile sottolineare che, dal punto di vista della funzione, l'indagine penale è conosciuta in quasi tutti gli ordinamenti giuridici che hanno avuto origine nel common law o nel diritto europeo continentale[49].

Vale la pena dire che l'indagine criminale configura la procedura ufficiale di conduzione della fase preliminare in quegli ordinamenti giuridici, come quello brasiliano, che non affidano al giudice penale compiti di indagine e di preparazione. Quando è il caso di conferire l'attività al giudice – modelli spagnolo e francese – le prime due tappe praticamente si fondono e l'autorità giudiziaria, che "dopo non parteciperà al processo"[50], dirigerà le indagini preliminari relative[51].

Ci si propone, nella fase preliminare, di analizzare il crimine e acquisire e conservare le informazioni che a *posteriori* saranno portate in tribunale dalle parti per dimostrare le loro rispettive richieste. Si deve distinguere tra l'esercizio dell'azione e la riunione della base fattuale su cui si fonda la pretesa, nello studio dell'idoneità delle prove in sé[52].

Raggiungere questo equilibrio, basato sulla distinzione tra indagini e azione penale, con ripercussioni nella sfera dei diritti individuali di diversi individui, richiede che siano adottate strutture processuali conformi alla matrice accusatoria[53] e questa è la realtà costituzionale brasiliana.

---

46. C. ROXIN, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 10.
47. B. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 43.
48. B. SCHÜNEMANN, *Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º Milênio*, trad. Alaor Leite, in *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012,* São Paulo-Barcelona, Marcial Pons, 2012, p. 634.
49. A. PEÑARANDA LÓPEZ, *El proceso penal en España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos: descripción y terminología,* op. cit., p. 37-42.
50. A proposito dell'impedimento della partecipazione del giudice nell'indagine del processo, si deve segnalare la decisione della Corte Suprema spagnola del 23 Novembre 2005, caso Colmenero Menéndez de Luarca. Si veda in: Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, nº 18, Navarra, Thomson, 2007, p. 236-240.
51. A. PEÑARANDA LÓPEZ, op. cit., p. 43-50.
52. V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 2ª reimpresión, Madrid, Colex, 2006, p. 267.
53. Sul tema: G. PRADO, *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das Leis Processuais Penais*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

In effetti, la Costituzione della Repubblica ha progettato con toni forti il nuovo piano del processo penale, destinato a sostituire le strutture inquisitorie che, a causa delle loro molteplici tendenze autoritarie, ospitavano istituti incompatibili con lo stato di diritto.

In teoria, il Brasile ha seguito il cammino delle giovani democrazie del continente che si sono viste sfidate a trasformare completamente i loro sistemi di giustizia penale. In ragione di ciò, ha sottolineato Binder, al lontano anno 1991, risale il fatto che la maggior parte dei paesi latino-americani applicavano il "sistema inquisitorio" in alcuni casi mantenendo inalterate le sue strutture, in altri, dotandolo di qualche nota modernizzatrice[54].

Binder sottolinea il fatto che la richiesta di una trasformazione radicale dei sistemi di giustizia penale del continente è legata a: a) il processo di transizione, recupero o costruzione della democrazia e della repubblica; b) il processo di pacificazione relazionato a tutte le forme di belligeranza sperimentate storicamente, con enfasi sulla violenza di Stato e sulla tortura; c) l'espansione economica e la relativizzazione del ruolo dei confini nazionali; d) la crisi dello stato al livello di efficienza nelle prestazioni pubbliche conseguenti a questo nuovo patto sociale inclusivo; e, infine, e) il maggior protagonismo del sistema inter-americano di diritti umani e il grado di accettazione obbligatoria della giurisprudenza della Corte Inter-americana dei Diritti Umani[55].

Non sono compiti facilmente realizzabili. Come evidenziato, Schünemann mette in rilievo il fatto che il procedimento penale delle società industrializzate si sottopone all'influenza di "due modelli rivali"[56], ma in entrambi i casi gli ultimi due decenni hanno testimoniato la crescente importanza dell'indagine criminale, data: a) la tendenza all'espansione delle forme penali consensuali (accordi penali), che riducono i costi della giustizia penale; b) l'aumento delle tecniche speciali di indagini (TIES), in particolare i cosiddetti "mezzi occulti" (intercettazioni telefoniche, ecc.), che caratterizzano la forte interferenza sulla privacy altrui. La causa è decisa in forma "quasi definitiva" nell'indagine. Il processo orale e in contraddittorio perde spazio e importanza.

Su questo tema, Manuel da Costa Andrade avverte che, se il Tribunale Costituzionale Federale tedesco, nel 2004, fu in grado di frenare l'operazione conosciuta come "grande inchiesta", attraverso le decisioni dense e profonde che stabilirono i punti d'appoggio indispensabili in relazione a questa nuova realtà processuale, le figure "particolarmente invasive e diseguali di indagine", caratterizzate dai cosiddetti "mezzi occulti", hanno anche richiesto alla dottrina il "rinforzo del potenziale di garanzia".[57]

Supponendo che il principio guida del processo penale sia la presunzione d'innocenza, entrambe le tendenze segnalate da Schünemann ostacolano la presunzione d'innocenza e la forzano a retrocedere ancor prima dell'inizio del processo. Lo spazio limitato a mia disposizione non mi consente che segnalare che il decreto di una intercettazione telefonica, per esempio, introduce una tecnica che svuota la tutela contro l'autoincriminazione forzata. E l'accordo sulla pena dispensa il pubblico ministero dal

---

54.A. BINDER, *Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina*, in *Justicia Penal y Estado de Derecho*, 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, p. 199-200.
55. A. BINDER, *Reforma de la Justicia Penal: del programa político al programa científico*, in *Ideas y materiales para la reforma de la Justicia Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 17-19.
56. B. SCHÜNEMANN, *Obras*, Tomo II, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 393.
57. M. COSTA ANDRADE, *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra, 2009, p. 21.

dimostrare in tribunale, con prove, la responsabilità penale dell'imputato.

Due parole finali, per quanto sintetiche. Il modo trovato dagli ordinamenti giuridici per garantire una certa parità di armi tra accusa e difesa, sotto la previsione del risultato del caso, è stato quello di rafforzare i poteri della difesa nell'indagine. In questo modo, oltre all'esigenza costituzionale derivata della presunzione di innocenza, la barriera che separa indagine e azione penale è più chiaramente delimitata.

Il sistema giuridico-costituzionale del processo penale, costruito intorno all'idea centrale della presunzione di innocenza, richiede che si consenta alla difesa di agire fin dall'inizio, come previsto dalle Convenzioni Internazionali sui Diritti Umani, che stabiliscono l'equilibrio tra le indagini che forniscono un fondamento all'accusa e le ricerche che possono rivelare la loro inadeguatezza o la loro temerarietà.

Con questa ispirazione, l'Italia ha stabilito l'indagine difensiva, riconoscendo, nelle parole di Paolo Tonini, che la scelta del sistema accusatorio da parte dell'ordinamento italiano avrebbe comportato l'importante conseguenza di dare alla difesa l'accesso a fonti di prova[58].
Un'indagine penale condotta dal pubblico ministero godrebbe di *status* di conformità costituzionale solo nel caso in cui rendesse possibile teoricamente la concretizzazione di un ampio repertorio di modalità di partecipazione della difesa, e inoltre solo se fosse soggetta al controllo giudiziale, che non corrisponde alla nostra realtà[59].

Ammettere l'indagine da parte del pubblico magistero dissociata dall'intervento difensivo[60] e dal controllo giudiziario, a mio parere, è una violazione dello stato di diritto, in conformità con l'idea centrale dello stato di diritto, anticipata all'inizio di questa discussione: «insieme di vincoli giuridici che subordinano l'esercizio del potere al fine di tutelare la dignità umana»[61].

---

58. P. TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, 13ª ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 591. Tonini sottolinea che il fondamento dell'indagine penale difensiva risiede nel diritto alla difesa, riconosciuto dalla Costituzione italiana come inviolabile (art. 24, § 2). Rileva che, se il diritto alla libertà personale dell'imputato può essere limitato nel corso del procedimento, quello alla difesa è inviolabile, dal momento che "garantisce la parità di armi", come riconosciuto dall'art. 111 della Costituzione (§)nº 2, del 1999.

59. In Cile, l'accoglimento del sistema accusatorio si è ripercosso sull'indagine penale e sul ruolo attribuito al pubblico ministero e all'indagato. È così che il nuovo sistema si è orientato a cambiarel'indagine, abbandonando il sommario segreto criminale del paradigma inquisitorio per consegnare al pubblico ministero la direzione delle attività di indagine. Con la responsabilità dell'indagine, il pubblico ministero, tuttavia, deve essere preciso nelle imputazioni contro una persona determinata, formalizzando l'indagine contro di lei. E, di conseguenza, l'imputato può esaminare gli atti dell'indagine, a meno che tale esame possa "intorpidire" l'inchiesta. In questo caso, il pubblico ministero può disporre di una riserva parziale degli atti di indagine per un certo periodo, misura che può sempre essere rivalutata dal giudice, a richiesta dell'indiziato.

60. La previsione della partecipazione della difesa nell'indagine penale e la definizione dei parametri citati denunciano un cambiamento radicale di fuoco nel processo penale italiano che, almeno in teoria, come sottolineato dalla dottrina, cerca di abbandonare la prospettiva inquisitoriale ancorata nel *in dubio contra reum*, peculiare del modello inquisitorio, a favore di un concreto *in dubio pro reo* conseguente al processo governato dalla presunzione di innocenza (art. 27, comma 2 della Costituzione Italiana). A. CAVALIERE, *Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana: desde la instrucción a las investigaciones preliminares*, in *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*, México: Porrúa, 2007, p. 183.

61. P. COSTA e D. ZOLO, *Prefácio a O Estado de Direito: História, teoria, crítica* (org.), op. cit., p. XII.

Infine, l'affermazione che un'inchiesta condotta dal pubblico ministero per la repressione dei crimini commessi dalla polizia o da altri agenti statali sia più efficiente riduce al minimo l'aspetto tecnico della stessa attività di indagine, per la quale la polizia è preparata[62]. Il successo delle indagini dipende sempre dalla combinazione di due fattori: la capacità di indagare e l'armonia tra polizia e pubblico ministero. Quando questi elementi sono presenti, l'indagine tende a superare i limiti che le sono imposti dalla criminalità grave di qualsiasi natura.

Anche negli Stati che assegnano formalmente la direzione dell'indagine penale al pubblico ministero, la quotidianità rivela che la maggior parte delle indagini è diretta dalle autorità di polizia.

Il perfezionamento dell'indagine di polizia, l'effettiva previsione della partecipazione della difesa e l'avvicinamento tra pubblico ministero e polizia costituiscono misure di politica anticrimine in armonia coi principi costituzionali che reggono il processo penale brasiliano.

È necessario l'allontanamento di quello che Francesco Palazzo ha chiamato "virus inquisitorio", "autoritario", che infetta la pratica processuale penale, alimentandosi della relativizzazione delle garanzie, a un livello strutturale dello stesso sistema[63], in modo da evitare il contrasto tra la «affermazione teorica dei diritti e la realtà inquisitoria del processo»[64], una realtà che spaventa anche quando si presenta pubblicamente in modo irreale, manicheistico, in una specie di lotta tra i paladini della morale e "gli agenti del male".

Le istituzioni sono fatte di esseri umani con vizi e virtù. Migliorare le istituzioni, questo è il cammino da percorrere.

---

62. Dopo tutto, come sottolinea Walter Perron, «nella pratica, la polizia, che dipende dal Ministero degli Interni, è responsabile dell'indagine. I suoi dipendenti ricevono una formazione professionale per realizzare gli interrogatori, hanno la competenza tecnica e hanno i laboratori necessari per effettuare le analisi necessarie, come, ad esempio, la prova del DNA. Diversamente, i Procuratori, che dipendono dal Ministero della Giustizia, di solito sono impreparati in questi ambiti, e la loro competenza è generalmente limitata alla valutazione giuridica dei risultati dell'indagine». W. PERRON, *O Ministério Público como diretor da investigação no processo penal alemão*, op. cit., p. 72.

63. F. PALAZZO, *Conclusioni,* in *Diritti Individuali e Processo Penale Nell'Italia Repubblicana: Ferrara, 12-13 novembre 2010*, Milano: Giuffrè, 2011, p. 414-415.

64. F. PALAZZO, *Conclusioni*, op. cit., p. 414.

Le indagini preliminari nel processo penale a carico di minorenni in Spagna

GEMMA GARCÍA ROSTÁN CALVÍN*- SALVADOR TOMÁS TOMÁS**

ABSTRACT

The present work analyzes the process of the investigation conducted by the fiscal ministry concerning the penal process for Spanish minors. The study examines, among other questions, the goal of the investigatory process and the value of the evidence obtained during the investigations that occur during legal actions conducted by the Fiscal Ministry. Our intended goal of the study is to offer an exhaustive and critical analysis of the regulations of the material with special emphasis put on the investigation conducted by the Fiscal Ministry.

SOMMARIO: 1. Finalità delle indagini preliminari. Sulla possibile efficacia probatoria delle misure adottate dal pubblico ministero. – 2. Contenuto delle indagini. Una speciale considerazione in ordine al rapporto con l'*equipe* di esperti. – 3. Soggetti intervenienti. – 4. Autorizzazione per le misure restrittive di diritti fondamentali. Problemi dal punto di vista del principio del *juez no prevenido*. – 5. Manifestazioni del principio di opportunità nel corso della fase istruttoria.

1. La Legge organica sulla responsabilità penale dei minori in Spagna (*Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad penal de los menores, infra* LORPM)[1] stabilisce con una certa insistenza che lo sviluppo delle indagini preliminari è affidato al pubblico ministero – in Spagna, *Ministerio Fiscal* – (*infra*, PM); prima nell'art. 6, secondo il quale questo organo dovrà dirigere personalmente le indagini e ordinare alla polizia giudiziaria le attuazioni necessarie, poi nell'art. 16.1, in cui la stessa idea si enuncia in modo più coinciso. Una certa reiterazione si avverte anche nella descrizione dell'oggetto e nella finalità delle indagini preliminari (artt. 6 e 23).

È criticabile che tali norme non contribuiscano a chiarire il tema. Mentre dall'art. 6 si deduce che le indagini preliminari sono dirette principalmente a verificare l'esistenza della fattispecie di reato e la partecipazione del minore, in conformità a quanto disposto nell'art. 299 del Codice di procedura penale spagnolo – in Spagna, *Ley de enjuiciamiento criminal* (*infra*, LECr) e pacificamente accettato dalla dottrina –, l'art 23.1, che si occupa degli atti del pubblico ministero nel corso dell'istruzione, indica le diverse funzioni affidate a questo organo nel processo in un modo decisamente confuso[2].

---

*E' professore associato di Diritto processuale, presso l'Università de Murcia (Spagna).
**E' professore di Diritto processuale, presso l'Università de Murcia (Spagna).

1. La traduzione dei testi citati in lingua spagnola è stata realizzata dagli Autori.

2. L'art. 23 LORPM stabilisce che: «*1. La actuación instructora del Ministerio Fiscal tendrá como objeto, tanto valorar la participación del menor en los hechos para expresarle el reproche que merece su conducta, como proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa. 2. El Ministerio Fiscal deberá dar vista del expediente al letrado del menor y, en su caso, a quien haya ejercitado la acción penal, en un plazo no superior a veinticuatro horas, tantas veces como aquel lo solicite. 3. El Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones. El Juez de Menores resolverá sobre esta petición por auto motivado. La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada*».

In questa disposizione si ravvisa, in particolare, l'uso del verbo *valutare*[3] per definire il suo oggetto.

È risaputo – sulla base anche delle previsioni che regolano gli altri processi penali – che il principale obiettivo delle indagini preliminari non è realizzare un giudizio di valore, ma constatare la realtà dei fatti.

La ragione di questo approccio è semplice: se il fine delle indagini preliminari fosse, come dispone il menzionato art. 23.1, «valutare la partecipazione del minore nei fatti per esprimere riprovazione per la sua condotta», che cosa si riserva alla fase del dibattimento? O, in altre parole, qual è il ruolo del giudice dei minori? E qual è la sua relazione con il mandato costituzionale *ex* art. 117 Cost. spagnola, che affida ai giudici e ai tribunali la funzione di giudicare?

A nostro avviso, è sbagliato concepire le indagini preliminari come una fase diretta essenzialmente a valutare dei comportamenti[4]. Il loro obiettivo fondamentale deve essere verificare se effettivamente hanno avuto luogo i fatti sui quali si fonda la *notitia criminis* e assumere elementi circa la fattispecie di reato e il soggetto che sembra aver partecipato alla sua commissione. Una questione diversa è che sia necessario richiedere o adottare misure cautelari, precisare quali atti istruttori convenga realizzare e determinare quando si possano considerare concluse le indagini preliminari.

È probabile che nella concezione delle indagini preliminari sottesa all'art. 23 abbia giocato un ruolo di speciale rilievo l'idea che il pubblico ministero, avuto riguardo all'interesse superiore del minore, debba ricercare sin dall'inizio del processo delle soluzioni alternative. È sicuro che tali strade possano essere intraprese solo nel caso di quelle fattispecie di reato che presentino una minor gravità. Pertanto, centrare la finalità delle indagini preliminari su queste soluzioni extra-processuali significa dare una visione distorta della realtà. Inoltre, neppure in tali ipotesi è corretto concepire le indagini preliminari come una fase destinata soprattutto a valutare delle condotte umane. Prima di realizzare qualsiasi valutazione, invece, sarebbe opportuno, almeno, comprovare la realtà dei fatti su cui si dovrebbero basare. Solo in questo modo, l'istruzione permetterebbe, davvero, di constatare i fatti nei casi in cui sarebbe possibile evitare il processo e poi, in un secondo momento, di valutarli.

Probabilmente, nella redazione dell'art. 23.1 ha inciso il fatto che alla fine delle indagini preliminari il pubblico ministero debba presentare le proprie conclusioni in un atto in cui constino la descrizione dei fatti, la loro valutazione giuridica, il grado di partecipazione e le circostanze personali e sociali del minore, la misura che propone e i fondamenti giuridici ed educativi su cui si basa.

---

3. Il verbo non si impiega in conformità a quanto indicato nel Dizionario della Lingua Spagnola della Reale Accademia (*Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*): indicare il prezzo di una cosa; riconoscere, stimare o apprezzare il valore o merito di una persona o di una cosa; valorizzare, aumentare il valore di una cosa.

4. Allo stesso modo, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores,* Barcellona, 2001, p. 267; MARCHENA GÓMEZ, *Ley de la responsabilidad penal de los menores,* Madrid, 2001 (coord. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), pp. 281-282. A favore, invece, della configurazione dell'istruzione della LORPM, DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad penal* del menor, Valencia, 2000, pp. 145-146.

5. In questo senso la Procura Generale della Repubblica –in Spagna, *Fiscalía General del Estado* – dispone nella sua circolare 1/2000 che l'istruzione deve essere diretta non solo a preparare la celebrazione dell'udienza, ma anche a cercare le soluzioni più favorevoli per il minore.

6. Tutto ciò al di là del fatto che, a nostro parere, sia discutibile che le previsioni legali dirette ad evitare il processo penale siano veramente più favorevoli agli interessi del minore che lo sviluppo del processo. Abbiamo già espresso il nostro giudizio critico in relazione a quanto disposto nell'art. 18. Più avanti avremmo l'opportunità di realizzare anche altre osservazioni riguardo a quanto prescritto nell'art. 19.

Logicamente, durante le indagini preliminari tutti gli atti sono diretti a formare dei giudizi di valore che devono essere inclusi nell'atto a cui si è fatto riferimento. Tuttavia, a nostro giudizio, questo atto, che avrebbe dovuto trovarsi in una fase intermedia chiaramente delimitata tra le indagini preliminari e il dibattimento – se il legislatore avesse rispettato le opinioni della dottrina[7] –, non si può neppure considerare il fine ultimo dell'istruzione[8]; si tratta, piuttosto, di una conseguenza di carattere anche solo eventuale, che richiede sempre, innanzitutto, di indagare l'esistenza e i caratteri dei fatti in questione.

La mancanza di precisione nell'esposizione della finalità della fase delle indagini preliminari non è, tuttavia, l'unico errore. Si considera inopportuno anche l'uso in certe circostanze del termine "prove" per fare riferimento agli atti adottati in questa fase (in modo specifico l'art. 25)[9]. Ma, non si può negare che tali riferimenti dovrebbero essere essere corretti e adattati alla posizione adottata dal *Tribunal Supremo* (*infra,* TS) e dal *Tribunal Constitucional* spagnolo (*infra*, TC) sulla presunzione di innocenza, secondo cui il procedimento d'indagine del sommario o l'istruzione, di regola, non costituiscano dei mezzi di prova che possano distruggere la citata presunzione[10]. Da qui sorge la questione relativa all'efficacia che si può conferire agli atti del pubblico ministero, che non siano riproducibili nel dibattimento. Dinanzi all'assenza di una norma nella LORPM, sono essenzialmente due gli aspetti da considerare. Da una parte, si procede all'applicazione analogica dell'art. 730 LECr in relazione al procedimento urgente o a quelli la cui impossibilità di essere praticati nel giudizio orale si conosce dopo la loro realizzazione (come è risaputo, il menzionato precetto permette che siano letti – affinché, si intende, possano essere valutati – gli atti praticati nel sommario che, per cause estranee alla volontà delle parti, non possano essere riprodotti nel dibattimento).

---

7. Su questo aspetto si può vedere: ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *El periodo intermedio del proceso penal*, Madrid, 1997, pp. 16 e 70-74, in particolare p. 73. Si osservi anche come la circolare 1/2000 della Procura Generale conceda al processo dei minori una struttura tripartita nella quale si trova una fase intermedia (si veda il paragrafo VII della circolare).

8. Non siamo d'accordo, pertanto, con LÓPEZ LÓPEZ, che considera la preparazione dell'accusa il primo obiettivo del procedimento. Cfr. *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*, Granada, 2002, p. 183.

9. Realizza la stessa critica MARCHENA GÓMEZ, *Ley de Responsabilidad penal de los menores*..., cit., pp. 293 e 298.

10. In questo senso anche la Procura Generale (circolare 1/2000). Si rinvia alla Sentenza del *Tribunal constitucional* (*infra* TC), STC 211/1993, del 28 giugno, che si occupa in modo specifico del tema della presunzione di innocenza nel processo dei minori. Non si può dire che questa posizione sia sorta *ex novo* nei tribunali; al contrario si può già rinvenire nell'esposizione dei motivi della LECr. È evidente, tuttavia, che in conformità a una legislazione forse non così forte come sarebbe stato necessario, anticamente era comune conferire alle attuazioni durante il sommario forza probatoria (cfr., VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, pp. 217 e ss.; o anche, ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, pp. 155 e ss., tra gli altri). Sono numerose le sentenze e gli autori che negli ultimi decenni hanno rimproverato questo carattere (si veda, VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia*..., cit., pp. 225 e ss., in cui si riproduce la posizione di autorevoli processualisti e rilevanti sentenze sul tema). Considerando gli antecedenti e che uno degli argomenti usato da parte della dottrina per conferire in modo generalizzato l'istruzione dei processi penali al pubblico ministero è stato che con questa struttura processuale si evita di concedere efficacia probatoria agli atti di indagine realizzati nella fase previa al giudizio orale, c'era da aspettarsi un maggior rigore nella LORPM nella differenziazione tra le attuazioni di indagine e le prove (rappresentano questo settore dottrinale, tra gli altri, GIMENO SENDRA, *Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial, Justicia*, 1988, IV, p. 830; anche in *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal*, *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (con BACIGALUPO, MORENO CATENA e TORRES-DULCE LIFANTE), *Cizur Menor, Navarra, 2005*, p. 40; FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, 1999, p. 534; MARTÍNEZ ARRIETA, *La instrucción de las causas por delitos. Naturaleza. Órgano que debe realizarla. Iniciación*, *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1998, pp. 161-162; MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, p. 526; una recente posizione critica si può vedere al riguardo in MARTÍN PASTOR, *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal,* Bolonia, 2005, pp. 381 e ss. Cfr. anche sul tema MORA CAPITÁN, *El modelo de instrucción penal en el sistema español, Justicia*, 2003, pp. 184 e ss.).

In secondo luogo, ci si chiede se sia possibile ottenere l'intervento del giudice dei minori per convertire in prova anticipata gli atti, che si prevede non possano essere presentati in giudizio, ma che siano privi del carattere d'urgenza (questa mancanza di premura permetterebbe di ottenere previamente la partecipazione dell'organo giurisdizionale).

Per quanto riguarda il primo aspetto, è evidente che il principale ostacolo per l'analogia si ravvisa nella diversa natura giuridica e nella posizione processuale dell'organo a cui si attribuisce l'istruzione nel processo ordinario per delitti gravi e di quello a cui è conferita nel processo penale minorile.[11] [12]

Anche così, attualmente, ci troviamo alle prese con due tesi: quella che, fermo restando la possibilità di richiedere una risposta legale perentoria, considera che la semplice lettura nel corso del dibattimento delle dichiarazioni rese dinanzi al pubblico ministero o della documentazione degli atti da questo prodotti è sufficiente affinché tali dichiarazioni o tale documentazione possano essere valutati come elementi di prova[13] – Sentenza dell'*Audiencia Provincial* (*infra,* SAP*)* Barcellona (3º sez.) del 14 ottobre 2002 (JUR 2003/90052) –, e quella che, al contrario, considera che non ci sia nessun meccanismo che conferisca efficacia probatoria agli atti del pubblico ministero[14].

La mancanza di uniformità all'interno della dottrina (ricordiamo che l'attribuzione delle indagini preliminari al pubblico ministero nei processi penali a carico di minorenni esisteva già nella LO 4/1992) rivela l'urgenza dal 1992 di una norma che regoli questo aspetto. Nel frattempo, può servire da guida la STC 206/2003, del 1º dicembre, in cui si affronta questo problema, anche se da una prospettiva parzialmente differente: la contraddizione tra le dichiarazioni rese nel dibattimento e quelle rese durante le indagini. Nel caso deciso in tale sentenza, si discuteva la costituzionalità di incorporare al dibattimento nell'ambito di un processo penale a carico di adulti, secondo le modalità di cui all'art 714 LEcr, le dichiarazioni rese da un minore dinanzi al pubblico ministero nel corso di un processo penale minorile. La STC respinge l'*amparo* invocato, reputando equivalenti le procedure istruttorie svolte dal pubblico ministero nell'ambito di un processo a carico di minorenni a quelle condotte dal giudice nella fase del sommario nel processo ordinario per delitti gravi. Il TC si inclina, quindi, verso la prima tesi esposta, sebbene si faccia riferimento alla polemica su questa questione in un'opinione dissenziente (*voto*

---

11. In Spagna dobbiamo distinguere tra "processi dichiarativi" (in cui si condanna o assolve il soggetto o i soggetti accusati) e "processi esecutivi" (attraverso i quali si esegue la pena inflitta con la sentenza di condanna). I primi includono "i procedimenti ordinari per reati gravi", "i processi abbreviati", "i processi per contravvenzione", "i giudizi rapidi", alcuni processi speciali ("processo per calunnia e ingiuria", "processi commessi a mezzo stampa e simili", "processo di estradizione attiva", "processi di estradizione passiva"), "processi speciali a carico di imputati minorenni", "processi penali militari" e "processi dinanzi alla giuria popolare (Tribunal del Jurado)". I secondi includono, tra gli altri, il "processo penale di esecuzione".

12. È sicuro che, per il momento, la questione si è appena presentata in modo specifico in relazione al processo carico di imputati minorenni. Le manifestazioni dottrinali e giurisprudenziali si sono centrate soprattutto sul procedimento abbreviato, in cui il pubblico ministero ha anche potestà di realizzare atti d'indagine (*ex* art. 773.2 LECr). In questa fase, pertanto, si può anche verificare che tali atti non siano riproducibili nel dibattimento, malgrado possano essere essenziali per dimostrare i fatti se avessero la considerazione di mezzo di prova.

13. In questo senso, FUENTES SORIANO, *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro*, Valencia, 2005, pp. 36 e ss. e 248 e ss; MARTÍN PASTOR, *El Ministerio Fiscal*… cit., p. 227. Cfr. anche, al riguardo, VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia*... cit., pp. 273 (di speciale interesse è la nota 266, in cui si riproducono diversi pareri dottrinali) e 380-381.

14. MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria*..., cit., p. 355, sebbene l'autore si centri unicamente sulle dichiarazioni dei testimoni che si presentano al PM; GIMENO SENDRA, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*…, cit., p. 37. Anche ASENCIO MELLADO mantiene questa opinione per gli interrogatori realizzati dinanzi a questa autorità (cfr. *Prueba prohibida*..., cit., pp. 186-187); invece, sembra inclinarsi a favore dell'attribuzione dell'efficacia probatoria agli atti che questa stia realizzando per la pura costatazione di estremi oggettivi o tecnici (pp. 188-189).

particular) firmata da due magistrati.

Per quanto riguarda la seconda domanda – concernente la possibilità per il giudice dei minori di praticare prove anticipate durante la fase delle indagini preliminari[15] –, la lacuna normativa risalta ancor di più, dal momento che alla mancanza di una previsione nella LORPM si unisce quella della normativa applicabile in via suppletiva. In effetti, nel procedimento abbreviato, il momento stabilito per richiedere la pratica di una prova anticipata è l'atto d'accusa (art. 781.1 LECr) o di difesa (art. 784.2 LECr), una volta concluse le indagini preliminari, che è la fase processuale che ci interessa. Solo nell'ambito del processo ordinario per delitti gravi si apprezzano allusioni indirette e insufficienti alla possibilità di praticare prove anticipate nel sommario, in modo specifico nella regolazione delle dichiarazioni dei testimoni non riproducibile nel dibattimento – artt. 448 e 449 LECr[16] –.

Tali riferimenti, a nostro avviso, si possono solo appena ricollegare alla situazione di cui ci stiamo occupando riguardante il processo penale a carico di minorenni. Si consideri che in tali precetti non si discute l'intervento nella fase delle indagini dell'organo giurisdizionale a cui si affida la fase del giudizio, ma solo che, dinanzi allo stesso organo (giurisdizionale) al quale competono le indagini preliminari, si rafforzino le garanzie (rinforzo, che, d'altronde, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, non dovrebbe essere eccezionale, ma abituale).

Si può, quindi, concludere che le proposte di anticipazione delle prove mediante l'intervento del giudice dei minori nel corso dell'istruzione sono dirette ad evitare che si non si perda l'importante materiale necessario per comprovare la verità dei fatti, ma sono prive di fondamento legale[17].

2. La LORPM ha deciso di realizzare un'implicita anche se chiara remissione alla LECr in relazione a quelle attività che durante le indagini dovrebbero formare parte dell'istruzione e il modo di realizzarle. Nella Legge sul processo a carico di minorenni si regolano solo alcuni aspetti puntuali che, evidentemente, prevalgono nel caso in cui si ravvisi una contraddizione con la legislazione comune[18].

Tra questi aspetti risalta la previsione dell'intervento giurisdizionale per la pratica di atti di indagine restrittivi di diritti fondamentali, a cui dovremmo fare riferimento in dettaglio nel successivo paragrafo, e l'elaborazione di un rapporto da parte dell'equipe di esperti, al quale tra poco dedicheremmo la nostra attenzione.

---

15. Si inclinano verso una risposta affermativa MARCHENA GÓMEZ, *Ley de la responsabilidad penal*..., cit., p. 284; DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor* (con DE URBANO CASTRILLO), Elcano, Navarra, 2001, p. 204; GONZÁLEZ CAMPO, *Práctica del proceso penal* (coord. SOSPEDRA NAVAS), II, Madrid, 2003, pp. 648-649. Sembra propendere verso questa posizione anche la Procura Generale dello Stato nella circolare citata, soprattutto nelle considerazioni realizzate nel paragrafo sulle *Otras decisiones jurisdiccionales relacionadas con la instrucción*, e LÓPEZ LÓPEZ, *La instrucción del Ministerio Fiscal*..., cit., p. 74.

16. In questi precetti appoggiano la posizione della procura, DE LA ROSA CORTINA e GONZÁLEZ CAMPO, per permettere nel processo dei minori la pratica della prova anticipata a carico del giudice dei minori.

17. Già nel 1989 augurava ASENCIO MELLADO che il problema dell'efficacia probatoria delle attuazioni realizzate nel corso delle istruzioni avrebbe acquisito maggior rilevanza con l'instaurazione del monopolio del PM. Cfr., *Prueba prohibida*..., cit., p. 162.

18. Secondo ORNOSA FERNÁNDEZ, sarebbe stato più conveniente che nella LORPM si fosse stabilito il contenuto minimo degli atti facenti parte dell'istruzione e che si fosse fissato un termine per lo sviluppo di questa fase del processo. Cfr. *Derecho penal*..., cit., pp. 267 e 268.

A questo proposito, assieme alla prima disposizione finale della LORPM, si devono considerare, innanzitutto, le disposizioni relative al procedimento abbreviato e, solo in secondo luogo, quelle relative al procedimento ordinario per delitti gravi. Tuttavia, dal momento che gli artt. 757 e ss. LECr -in particolare 762, 777 e 778 LECr- non regolano in modo completo la fase delle indagini, ma si limitano a prescrivere delle regole speciali per questioni concrete, è forzato concludere che il grosso della normativa applicabile si debba rinvenire negli artt. 326 e ss. LECr. Attualmente questa remissione suppone prendere in considerazione precetti in alcuni aspetti chiaramente sfasati e diretti specialmente a un organo giurisdizionale che nel processo dei minori è privo di competenze, cosa che, evidentemente, richiede un opportuno adattamento[19].

Forse, in un futuro vicino, il coordinamento tra questi due testi potrebbe migliorare se si attribuisse in generale al pubblico ministero l'istruzione delle cause penali e, a sua volta, si modernizzassero le norme di procedimento con cui far fronte in modo soddisfacente alle nuove forme e ai metodi di delinquenza.

In *primis*, la determinazione del contenuto della fase delle indagini preliminari richiede di precisare se è necessario riprodurre in questa fase gli atti di indagine che fossero già stati realizzati dalla polizia giudiziaria o dal proprio pubblico ministero in qualità di attuazioni preliminari, i quali intervengono prima che sia pronunciato il decreto di inizio del procedimento. Pare evidente che, per esigenze di economia processuale, la risposta debba essere negativa[20]. Tali atti preliminari sono pienamente validi ai fini dell'istruzione.

Per quanto riguarda, poi, le attuazioni che si devono realizzare sin dalla fase dell'istruzione, è opportuno considerare che la Procura Generale lascia intravedere una posizione ben più restrittiva[21].
Intende che si debbano porre in essere solo quelle *assolutamente imprescindibili* per una formulazione ben fondata dello scritto di parte o per ottenere in modo ragionevole la chiusura anticipata del processo e condurre il caso verso soluzioni extra-processuali. Molte delle attività che nel processo penale a carico di adulti risultano imprescindibili ai fini dell'elaborazione dell'atto di accusa, come la tassazione del valore degli effetti danneggiati o rubati, o la determinazione precisa del periodo di guarigione di un ferito, perdono importanza nel processo penale minorile, in cui le perizie che non siano determinanti per tipificare il fatto come delitto o contravvenzione, si dovranno riservare per l'udienza al fine di non sovraccaricare le indagini preliminari.

Questa posizione della Procura è corretta, anche se merita ulteriori precisazioni, dal momento che sarebbe desiderabile che in tutti i processi l'attività di indagine si limitasse, come segnala la Procura a proposito del processo penale minorile, a quanto imprescindibile per determinare se sia necessario o meno il dibattimento e, in caso affermativo, per poter formulare le osservazioni pertinenti[22].

---

19. A giudizio di LÓPEZ LÓPEZ, uno dei maggiori difetti della LORPM è stato dichiarare l'applicazione suppletiva della LECr. Cfr., *La instrucción del Ministerio Fiscal*..., cit., p. 105.
20. Così, la Procura Generale, nel punto B del comma 3 del paragrafo VI della circolare 1/2000.
21. Si veda come comincia il punto C del comma 3 del paragrafo VI della circolare 1/2000: "*Este criterio restrictivo ha de ser atendido también por el Fiscal cuando resuelva sobre la admisibilidad de las diligencias de instrucción solicitadas por el Letrado del menor o por el perjudicado personado en el proceso*".
22. Fondare debitamente l'eventuale atto di accusa richiede, conviene ricordarlo, che l'indagine non sia tendenziale e, pertanto, che si ricerchino sia gli aspetti a carico sia a discarico.

Si consideri che, per il resto, il giudizio sull'azione civile durante l'udienza, secondo quanto previsto nella *Legge Organica* (*infra*, LO) 8/2006, probabilmente deve influire sulla determinazione degli atti da realizzare durante la fase delle indagini preliminari.

Vi è un solo atto d'indagine che è regolato separatamente dagli altri e che è regolato in modo dettagliato nella LORPM: il rapporto dell'*equipe* di esperti (art. 27)[23].

Questo trattamento privilegiato, probabilmente, si può ricondurre al fatto che è l'unico atto di questa fase dell'istruzione che si considera precettivo[24].

Per quanto concerne la sua natura, concordiamo con coloro che la considerano una perizia[25], sebbene con l'importante peculiarità che colui che la emette deve essere autorizzato per legge, nei termini che poi vedremo più in dettaglio, sia per proporre le conseguenze giuridiche a cui il minore deve essere sottoposto, che per suggerire che questi non soffrirà nessuna sanzione per i fatti che gli si imputano.

L'*equipe* di esperti, secondo quanto disposto nell'art. 4 del Regolamento della LORPM, deve essere integrato da psicologi, educatori e lavoratori sociali. Eventualmente possono formarne parte anche altri professionisti, quando ciò sia necessario per lo sviluppo delle funzioni attribuite a questo organo.

La concreta composizione e il numero di *equipe* in ciascuna comunità è una questione che il regolamento delega al Ministero della Giustizia o alle Comunità Autonome con competenza in materia di

---

23. L'art. 27 della LORPM dispone che: «*1. Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de diez días, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley. 2. El equipo técnico podrá proponer, asimismo, una intervención socio-educativa sobre el menor, poniendo de manifiesto en tal caso aquellos aspectos del mismo que considere relevantes en orden a dicha intervención. 3. De igual modo, el equipo técnico informará, si lo considera conveniente y en interés del menor, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de esta Ley, con indicación expresa del contenido y la finalidad de la mencionada actividad. En este caso, no será preciso elaborar un informe de las características y contenidos del apartado 1 de este artículo. 4. Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor. 5. En todo caso, una vez elaborado el informe del equipo técnico, el Ministerio Fiscal lo remitirá inmediatamente al Juez de Menores y dará copia del mismo al letrado del menor. 6. El informe al que se refiere el presente artículo podrá ser elaborado o complementado por aquellas entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado*».

24. La Legge non lo dice così espressamente. Inoltre, la previsione del primo comma dell'art. 27, secondo cui il rapporto può essere richiesto in qualsiasi momento dell'istruzione e non necessariamente all'inizio della stessa, potrebbe farci pensare che nelle ipotesi di finalizzazione anticipata per conciliazione o compromesso di riparazione sia possibile che il rapporto non sia stato emesso senza che ciò infici la validità della conclusione prematura dell'istruzione. Tuttavia, da quanto disposto nell'art.19.3 si può dedurre che l'archiviazione per una delle due circostanze citate deve sempre essere preceduta dall'attuazione dell'equipe di esperti e dalla presentazione da parte di questo di un rapporto al PM. Il Regolamento che sviluppa la LORPM (art. 5), da parte sua, conferma questa idea. Una questione diversa riguarda le conseguenze della mancata realizzazione del rapporto. Ci incliniamo al rispetto verso la tesi di LÓPEZ LÓPEZ, che considera che questo difetto non comporta la nullità dell'istruzione (cfr. *La instrucción del Ministerio Fiscal*..., cit., pp. 190 e ss.), non solo, perché, come sostiene l'autore, il rapporto può anche essere realizzato durante il giudizio (*en la vista*), ma in generale, perché può continuare o meno il processo, dal momento che non sembra che questa mancanza possa essere ricondotta a nessuna delle cause da cui la *Ley Orgánica del Poder Judicial* (*infra*, LOPJ) faccia dipendere la nullità delle attuazioni processuali.

25. Si veda, ad esempio, la Procura Generale, punto E del comma 3 del paragrafo VI della circolare 1/2000.

giustizia[26]. Funzionalmente l'*equipe* di esperti dipendono dal pubblico ministero e soprattutto dal Tribunale per i Minorenni a cui si trovano assegnati.

Il rapporto dell'*equipe* a cui si riferisce l'art. 27 limita i suoi effetti all'ambito delle indagini preliminari. Non bisogna concedergli direttamente la natura di mezzo di prova. Saranno le dichiarazioni orali dell'*equipe* attraverso il suo portavoce durante l'udienza[27] ad avere questo valore, come si deduce dall'art. 37, soprattutto dal suo secondo paragrafo[28].

Tali dichiarazioni possono basarsi sul rapporto emesso nel corso delle indagini preliminari o su un nuovo riconoscimento successivo, a proposta di una qualsiasi delle parti che consideri che le circostanze possano essere cambiate.

L'art. 27.5 stabilisce che, una volta elaborato, il rapporto dovrà essere rimesso dal pubblico ministero al giudice dei minori e all'avvocato della difesa. Ignoriamo quale sia la ragione che soggiace a questo precetto concernente la remissione all'organo giurisdizionale.

L'eventuale convenienza di questo rapporto ai fini della realizzazione di atti giurisdizionali nel corso delle indagini preliminari, come nel caso delle misure cautelari, non è un argomento sufficiente, se si considera che l'art. 28 prevede già l'elaborazione di un altro rapporto specifico a questo fine. Inoltre, da quanto disposto nell'art. 30, secondo il quale, nel momento in cui si conclude l'istruzione, gli atti del procedimento – incluso lo stesso rapporto – dovranno rimanere a disposizione del Tribunale per i Minorenni, si deduce la scarsa utilità dell'invio previo che prescrive l'art. 27.5.

---

26. Secondo il rapporto della Procura generale relativo all'anno 2004, il carattere precettivo del rapporto dell'equipe di esperti in tutti i procdimenti a carico di minorenni è un fattore di ritardi e dilazioni. In alcune occasioni fino al punto di provocare l'archiviazione dei procedimenti per prescrizione. Di conseguenza, la Procura della Repubblica considera prioritario il rafforzamento dell'equipe, come uno strumento imprescindibile per l'adeguato sviluppo dell'attività della procura dei minori. Cfr., *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado*, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2005, pp. 345 e 346. C'è chi ha proposto, dall'altra parte, che, nei processi per contravvenzione, il rapporto scritto sia sostituito da una valutazione orale, già durante l'udienza, delle circostanze conosciute del minore. In questo modo, si renderebbe sensibilmente più veloce il procedimento. Così, GÓMEZ RECIO, *Sobre la sensación de impunidad de los menores de edad frente a la actual regulación penal, Diario La Ley*, nº 5693, 9 gennaio di 2003, p. 5.

27. Durante l'udienza, rappresenterà l'equipe il membro designato dal giudice dei minori, secondo quanto disposto nell'art. 4.5 del Regolamento.

28. L'art. 37 LORPM dispone che: «1. *Cuando proceda la celebración de la audiencia, el Juez invitará al Ministerio Fiscal, a quienes hayan ejercitado, en su caso, la acción penal, al letrado del menor, y eventualmente y respecto de las cuestiones que estrictamente tengan que ver con la responsabilidad civil al actor civil y terceros responsables civilmente, a que manifiesten lo que tengan por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas o sobre la vulneración de algún derecho fundamental en la tramitación del procedimiento, o, en su caso, les pondrá de manifiesto la posibilidad de aplicar una distinta calificación o una distinta medida de las que hubieran solicitado. Seguidamente, el Juez acordará la continuación de la audiencia o la subsanación del derecho vulnerado, si así procediere. Si acordara la continuación de la audiencia, el Juez resolverá en la sentencia sobre los extremos planteados. 2. Seguidamente se iniciará la práctica de la prueba propuesta y admitida y la que, previa declaración de pertinencia, ofrezcan las partes para su práctica en el acto, oyéndose, asimismo, al equipo técnico sobre las circunstancias del menor. A continuación, el Juez oirá al Ministerio Fiscal, a quien haya ejercitado en su caso la acción penal, al letrado del menor y al actor civil y terceros responsables civilmente respecto de los derechos que le asisten, sobre la valoración de la prueba, su calificación jurídica y la procedencia de las medidas propuestas; sobre este último punto, se oirá también al equipo técnico y, en su caso, a la entidad pública de protección o reforma de menores. Por último, el Juez oirá al menor, dejando el expediente visto para sentencia. 3. En su caso, en este procedimiento se aplicará lo dispuesto en la legislación relativa a la protección de testigos y peritos en causas penales. 4. Si en el transcurso de la audiencia el Juez considerara, de oficio o a solicitud de las partes, que el interés del menor aconseja que éste abandone la sala, podrá acordarlo así motivadamente, ordenando que continúen las actuaciones hasta que el menor pueda retornar a aquélla*».

Il contenuto del rapporto, lo abbiamo già anticipato, non si limita a un puro parere sullo stato psicologico del minore e sulle circostanze familiari, educative o sociali che lo riguardano.

La Legge dispone che esso si estenda ad altri aspetti, nonchè a valutazioni in cui entrano in gioco considerazioni giuridiche, assieme a conoscenze proprie delle professioni dei componenti dell'*equipe*.

In questo senso, il menzionato art. 27.2 prevede che l'*equipe* di esperti indichi l'"intervento socio-educativo", che consideri più conveniente. Questa espressione legale sembra alludere alla realizzazione di una proposta sulla misura che, eventualmente, si dovrebbe imporre al minore nella sentenza. La proposta dovrà essere basata sui principi desunti dalle scienze del comportamento che, a loro avviso, potrebbero contribuire alla rieducazione e alla socializzazione del minore.

Questa indicazione, come è evidente, non ha un carattere vincolante per il pubblico ministero quando presenta la sua memoria (*escrito de alegaciones)* – e ancor meno per il giudice dei minori –, ma unicamente assume il valore di una mera consulenza. Non si può perdere di vista, sebbene le conoscenze dell'*equipe* di esperti sugli aspetti educativi e sull'integrazione sociale dei minori superino quelle che possa avere il pubblico ministero dei minori, che gli atti del processo sono diretti a favorire l'applicazione della legge al caso concreto, essendo questa una funzione che compete solo, per imperativo costituzionale, al giudice dei minori[29]. Conviene, quindi, evitare che nella pratica il pubblico ministero istruttore assuma automaticamente la proposta dell'*equipe*.

Invece di indicare alcune delle misure socio-educative previste dalla legge, l'*equipe* di esperti può suggerire che il processo non prosegua, sia perché sarebbe meglio ottenere una soluzione riparatrice o conciliatrice (art. 27.3), sia perché il tempo trascorso dai fatti o il rimprovero nei confronti del minore rendono inadeguato qualsiasi intervento in questo senso (art. 27.4).

Malgrado i termini in cui si trova redatto il primo inciso dell'art. 27.4, ciò che rende inutile l'imposizione di qualsiasi misura educativa non è solo il trascorso del tempo o il rimprovero già manifestato, ma anche il fatto che il minore abbia percepito la reazione sociale della sua condotta e che se ne penta. Per questo, come prescrive il secondo inciso, mediante il rinvio all'art. 19.1, affinché il processo si possa concludere senza l'imposizione della misura, è necessario che l'imputato si concili con la vittima o si comprometta a una riparazione o a un'attività socio-educativa[30].

---

29. Intendono, come qui si difende che il comma 2 dell'art. 27 legittima l'equipe di esperti a manifestare la sua posizione sulla misura più adeguata da imporre ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal*..., cit., p. 291, e MARCHENA GÓMEZ, *Ley de la responsabilidad penal*..., cit., p. 302. Non è tuttavia opinione generalizzata. DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad penal*..., cit., pp. 153 e ss. Sembra suggerire che l'unica misura che l'equipe possa proporre sia la realizzazione di compiti socio-educativi. In questa linea anche LÓPEZ LÓPEZ, che, inoltre, la conferma, affermando che, a suo giudizio e contro ciò che riconosce la pratica abituale, il rapporto non dovrebbe mai contenere una proposta concreta della misura (Cfr. *La instrucción del Ministerio Fiscal*..., cit., p. 188). Secondo noi, a condizione che non ci sia un legame, qualsiasi apporto arricchisce, soprattutto quando nella corretta scelta di una misura sanzionatrice concorrono, assieme a criteri strettamente giuridici, altri propri delle scienze del comportamento. Quindi, ciò che non risulta concepibile, come con chiarezza si segnala nella decisione (*auto*) della *Audiencia Provincial* (*infra*, AP) di Guipúzcoa (sezione. 1ª) dell'11 ottobre 2005 (JUR 2005/260162), è attribuire all'equipe di esperti una competenza decisionale che non sia prevista nel diritto applicabile. Nel caso risolto da questa risoluzione, emessa nell'ambito del conosciuto caso *Jokin*, si revoca un *auto* del Tribunale per i Minorenni pronunciato in esecuzione di una sentenza nella quale si accorda la sospensione dell'esecuzione delle misure accordate nella pronuncia. Tra gli argomenti chiave usati dal tribunale per decretare la sospensione di una delle misure -consistente concretamente nella permanenza di due fine settimana in un centro educativo- risalta che i componenti dell'equipe "considerano che più adeguato dei due fine settimana in un centro educativo dovrebbe essere imporgli la misura del compito socio-educativo che consista nella formazione specifica per la soluzione di conflitto di gruppo".

La proposta di una conciliazione o di un'attività riparatrice o di carattere socio-educativo da parte dell'*equipe* di esperti può essere spontanea o a richiesta del pubblico ministero quando consideri che sia la migliore soluzione per il caso di specie. È possibile dedurlo sia dall'art. 19 della LORPM che dai paragrafi 1 e 3 dell'art. 5.1 del Regolamento che sviluppa la Legge, dedicato al lavoro di mediazione realizzato dall'equipe tra il minore e la vittima. L'art. 27.3 dispone che tale proposta permette che non sia necessario che l'*equipe* si pronunci sulla situazione psicologica, sociale ed educativa del minore.

Non si riesce a comprendere il perché di questa norma, dal momento che, a nostro modo di vedere, per sapere se l'attività riparatrice o conciliatrice avrà effetti positivi sul minore dal punto di vista educativo, ai fini del suo reinserimento nella società.

Pertanto, per scegliere o meno a favore di questa soluzione: è essenziale sapere non solo il suo stato psicologico, ma anche il contesto sociale in cui vive e le sue carenze educative. Se il pubblico ministero decidesse di accogliere la proposta dell'*equipe* di esperti di non continuare il processo, in questo caso, come abbiamo detto, si presenterà una richiesta di archiviazione al giudice dei minori. Nell'ultimo paragrafo di questo studio, dedicato in special modo alla portata del principio di opportunità nel corso della fase delle indagini preliminari, si analizzano la classe e la portata reale dell'archiviazione, così come la sua compatibilità con il diritto fondamentale alla presunzione di innocenza.

3. **A) Introduzione: attribuzione dell'istruzione al pubblico ministero e attuazioni di altri soggetti**

La possibilità di attribuire le indagini preliminari nel processo a carico di imputati minorenni al PM si basa su diverse considerazioni, tra cui spesso si è soliti mettere in rilievo che rappresenta il modo migliore per preservare l'imparzialità del giudice e che permette di limitare le sue prestazioni a quanto strettamente giurisdizionale.[31]

---

30. Salvo, evidentemente, che il trascorso del tempo avesse già provocato la prescrizione del delitto. È sicuro che, tuttavia, nella pratica non sempre la richiesta dell'equipe sia vincolata al concorso delle condizioni indicate nell'art. 19.1. Così si può comprovare nell'*auto* della AP di Valladolid del 31 marzo 2005 (JUR 2005/100052), in cui, in modo corretto, si conferma la decisione del giudice dei minori che denega l'archiviazione interposta a richiesta dell'equipe. O anche nell'*auto* della AP di Madrid del 18 luglio del 2005 (JUR 2005/253530), in cui, a nostro giudizio incorrettamente, si conferma l'archiviazione in base all'art. 27.4, malgrado l'espressa opposizione dell'accusa particolare. La remissione all'art. 19 determina, per il resto, che quanto disposto nell'art. 27.4 sia unicamente di applicazione nelle ipotesi di mancanza di violenza o intimidazione gravi.

31. In alcune occasioni ci si è avvalsi anche dell'argomento della consacrazione del sistema accusatorio [così, nel comma IV B) della circolare 1/1989 della Procura Generale in cui si può leggere: "*la investigación del Fiscal es más bien propia del sistema acusatorio*"; nella stessa linea molti professionisti che partecipano nel libro *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (coords. BACIGALUPO, GIMENO SENDRA, MORENO CATENA e TORRES-DULCE LIFANTE), Cizur Menor, Navarra, 2005; anche DÍAZ MARTÍNEZ, «El Ministerio Fiscal director de la investigación en el proceso penal de menores», *El Ministerio Fiscal-Director* de la Investigación (dir. GIMENO SENDRA), Madrid, 2006, p. 55]. Non condividiamo questo modo di ragionare. Il cambio nella natura giuridica dell'organo a cui si incarica l'istruzione, fintantoché il sostituto conservi le stesse competenze che il sostituito, in particolare la possibilità di iniziare l'indagine senza istanza di parte, non contribuisce affatto all'istituzione di un sistema più accusatorio di quello attuale. Condizione ineludibile affinché una fase processuale possa essere qualificata come accusatoria è che il soggetto legittimato all'esercizio dell'accusa si trovi in posizione di eguaglianza rispetto al soggetto accusato, in modo che sia un terzo chi, da una situazione più elevata, diriga con imparzialità il procedimento. Non accade così nella fase dell'istruzione del processo a carico di minorenni così come attualmente lo configura la Legge, dal momento che il PM assume una posizione preminente. In termini simili, tra gli altri, GÓMEZ COLOMER, "La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal. Aspectos estructurales a la luz del derecho comparado", *La reforma del proceso penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Castellón, 1997, p. 486; ORTEGO PÉREZ, "Instrucción judicial y garantías", *Diario La Ley*, nº 5514, 2 aprile 2002, p. 2; MARTÍN PASTOR, *El Ministerio Fiscal como director*…, cit., p. 363. Si veda anche su questo punto ARMENTA DEU, *Principio acusatorio y Derecho Penal*, Barcelona, 1995, p. 31 e ss. Come abbiamo già sottolineato nelle

È, quindi, evidente che evitare la figura del giudice istruttore e sostituirla con quella del pubblico ministero non garantisce che la fase delle indagini preliminari si sviluppi nel rispetto di tutte le garanzie del processo penale. Affinché tali garanzie possano essere una realtà, è opportuno, inoltre, da una parte, coinvolgere l'accusato e concedergli una serie di facoltà di attuazione che gli permettano di difendersi; dall'altra che alcuni atti, in particolare quelli di natura giurisdizionale o che suppongono un'ingerenza nei diritti fondamentali, si realizzino mediante o previa autorizzazione di un giudice. La LORPM prevede effettivamente la partecipazione di questi soggetti nella fase delle indagini preliminari. Dalla riforma del 2003, si conferisce anche a colui che compare per esercitare l'azione penale particolare la piena condizione di parte. Di seguito, è opportuno esaminare il ruolo svolto da ciascuno dei tre soggetti.

B) Il minore imputato

L'intervento del minore nel processo deve avere luogo, non solo nel rispetto di quanto disposto nella LORPM, ma, innanzitutto, della Costituzione, dal primo momento in cui ha inizio il procedimento. Si ricordi che il decreto di inizio implica che il minorenne acquisti formalmente la condizione di imputato, diventando così parte del processo.

L'attuazione del minore è circondata da una serie di garanzie processuali riconosciute nell'art. 22.[32] La prima di queste – da cui deriva la possibilità di godere delle altre – è quella di essere informato sin dall'inizio dei diritti che lo assistono. Crediamo che l'importanza di quest'informazione dipenda dal fatto che contemporaneamente si indichino al minore i fatti che gli si imputano[33].

---

pagine introduttive, in questo contributo non si intende discutere se sia o meno corretto attribuire la fase istruttoria al PM. Questo è un tema a nostro giudizio dottrinalmente già trattato, rispetto al quale difficilmente si può pervenire ad un'unica risposta, dal momento che tutte le posizioni si avvalgono di argomenti di entità a loro favore. Ma si ci sembra conveniente manifestare che l'opzione legale a favore del PM non costituisce la soluzione ai deficit strutturali dell'amministrazione della giustizia penale; né rappresenta l'unico cammino per conseguire un processo con tutte le garanzie come conseguenza della consacrazione del sistema accusatorio puro. I numerosi problemi che a nostro giudizio presenta l'istruzione del processo dei minori sono una buona prova di tutto ciò. Ci sembrano molto sagge in questo senso le parole di DE URBANO CASTRILLO: "*Para conseguir un proceso operativo, es decir, garantista y eficaz al tiempo, en estos momentos lo que nos parece verdaderamente esencial no es tanto quién instruye, sino cómo se debe instruir*" in "Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro", *El juez de instrucción y juez de garantías. Posibles alternativas*. *Estudios de Derecho Judicial* (coord. MARCHENA GÓMEZ), nº 42, Madrid, 2002, p. 14.

32. L'art. 22 LORPM stabilisce: «*1. Desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a: a) Ser informado por el Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de los derechos que le asisten. b) Designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración. c) Intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y a proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias. d) Ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente. e) La asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez de Menores autoriza su presencia. f) La asistencia de los servicios del equipo técnico adscrito al Juzgado de Menores. 2. El expediente será notificado al menor desde el momento mismo de su incoación, a salvo lo dispuesto en el artículo 24. A tal fin, el Fiscal requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen letrado en el plazo de tres días, advirtiéndoles que, de no hacerlo, se le nombrará de oficio de entre los integrantes del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados. Una vez producida dicha designación, el Fiscal la comunicará al Juez de Menores. 3. Igualmente, el Ministerio Fiscal notificará a quien aparezca como perjudicado, desde el momento en que así conste en la instrucción del expediente, la posibilidad de ejercer las acciones civiles que le puedan corresponder, personándose ante el Juez de Menores en la pieza de responsabilidad civil que se tramitará por el mismo*».

33. In questo senso, anche, REVILLA GONZÁLEZ, «La víctima y el menor infractor», *Proceso penal de menores* (coord. GONZÁLEZ PILLADO), Valencia, 2008, p. 104.

Al contrario, il suo intervento e quello del suo avvocato nel corso delle indagini preliminari sarebbe al buio. Senza pregiudizio del fatto che la necessità di informare dei fatti imputati derivi direttamente dall'art. 24 della Cost. Spagnola, crediamo che l'art 22.1 a) della LORPM avrebbe dovuto essere formulato diversamente, in termini simili a quelli riconosciuti nell' art. 775[34], che, tra l'altro, risulta di applicazione suppletiva, a seguito della riforma della LECr operata dalla Legge 38/2002, del 24 ottobre e successivamente dalla LO 5/2015, del 27 aprile (che entrerà in vigore a partire dal 28 ottobre).

Si riconosce, in secondo luogo, il diritto all'assistenza di un avvocato, essendo irrilevante che nel processo si giudichi un delitto o una contravvenzione[35]. Al fine di assicurare la difesa tecnica, si prevede nell'art. 22.2 che il pubblico ministero richieda al minore e ai suoi rappresentanti legali di nominare un avvocato entro tre giorni; in caso contrario si designerà un avvocato del turno d'ufficio – prima della riforma del 2006 questo incarico era assunto dal cancelliere (*secretario judicial* in Spagna) –. La legge nulla dice circa la volontà che dovrebbe prevalere -se quella del minore o dei suoi rappresentanti legali- nel caso in cui non coincidessero sull'avvocato da designare. Sembra che si debba concludere che la volontà del minore dovrebbe essere tenuta in considerazione dal momento in cui possa esercitare nel processo la capacità processuale.

Ciò evidenza che sarebbe stato, forse, tecnicamente più adeguato attribuire la designazione al minore e che i suoi rappresentanti legali fossero semplicemente informati, al fine di assisterlo eventualmente nella sua decisione[36].

Dopo aver assunto la difesa tecnica, innanzitutto, l'avvocato ha il dovere di agire a favore del minore. La Legge insiste nel segnalare che sia il giudice dei minori [artt. 14, 22 a), 28,...] che il pubblico ministero [artt. 6, 14, 22.a), 23...] devono proteggere l'interesse del minore. Tuttavia, non si sofferma sui parametri che dovrebbero guidare la condotta dell'avvocato difensore. In realtà, l'avvocato del minore dovrà dimostrare l'interesse preponderante del minore affinché si agisca di conseguenza[37].

---

34. Secondo la nuova formulazione dell'art. 775 LECr, così come modificata dalla LO 5/2015, del 27 aprile: «*En la primera comparecencia el Juez informará al imputado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan. Previamente, el Secretario le informará de sus derechos y le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se harán las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre, con la advertencia de que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia en los supuestos previstos en el artículo 786. Tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado c) del artículo 527*».

35. In questo senso, DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios*..., cit., p. 256. Conviene sottolineare, tuttavia, che secondo la Procura Generale, nella consultazione 4/2005, del 7 dicembre, nelle fase delle indagini che precedono l'inizio del procedimento, se la condotta è meramente costitutiva di una contravvenzione, il minore può rinunciare al diritto all'assistenza legale, se assistito dai suoi rappresentanti legali. Una volta iniziato il procedimento, invece, la difesa legale è obbligatoria.

36. In alcuni casi sono i genitori che pagano la parcella dell'avvocato difensore del minore; si può ritenere, pertanto, che anche la loro opinione possa essere determinante nella sua designazione. La capacità processuale del minore può, comunque, incidere sul fatto che i genitori possano influire o fare pressioni con l'argomento del pagamento della prestazione sulla decisione del minore. Se il minore persistesse nella sua decisione e i rappresentanti legali non volessero pagare la prestazione, si procederebbe alla nomina di un avvocato del turno d'ufficio. In relazione a questo tema è interessante TOMÉ GARCÍA, *El procedimiento penal del menor. Tras la Ley 38/2002, de reforma parcial de la ley de Enjuiciamiento Criminal*, Cizur Menor, Navarra, 2003, p. 73, nota 81, in cui si cita una relazione del Difensore civico (*Defensor del Pueblo* in Spagna) nella quale si assume la posizione qui difesa.

37. In questo senso, GÓMEZ COLOMER, *Tuición procesal penal de menores y jóvenes*, in *Justicia penal de menores y jóvenes* (coords. GONZÁLEZ CUSSAC, TAMARIT SUMALLA e GÓMEZ COLOMER), Valencia, 2002, pp. 167-168.

La Legge omette qualsiasi riferimento alla rappresentanza per mezzo del procuratore. A nostro parere, da questo silenzio non si dovrebbe dedurre l'esclusione dell'intervento di questo professionista nel processo dei minori, ma l'applicazione della normativa suppletiva (disposizione finale 1ª LORPM), vale a dire dell'art. 768 LECr, considerando questa disposizione in relazione alla struttura e al carattere del processo dei minori. Il citato articolo permette, infatti, all'avvocato di assumere la rappresentanza del suo assistito fino alla fase di apertura del dibattimento (art. 31), affinché la rappresentanza per mezzo di un procuratore sia già obbligatoria nel momento in cui si presenti la memoria[38].

Un altro dei diritti che l'art. 22 concede al minore (e che costituisce una manifestazione concreta del più generico diritto all'assistenza di un avvocato) è il diritto ad un colloquio privato con il suo avvocato anche prima di prestare la dichiarazione. In questo modo, si cerca di garantire in maggior misura la difesa nel processo, avvisando l'imputato del carattere trascendente delle sue risposte e consigliandolo sulla strategia difensiva più conveniente per i suoi interessi.

Lo stato della questione su questo diritto non è pacifico, come si deduce dai dibattiti durante l'*iter* parlamentario per l'approvazione della LO 8/2006 di riforma della LORPM. Prima della menzionata LO di riforma, la trascendenza del diritto riconosciuto nell'art. 22 era relativa, dal momento che, secondo quanto previsto nell'art. 17, se la dichiarazione del minore fosse realizzata a seguito della detenzione e questa si fosse prodotta prima dell'inizio del procedimento, il minore avrebbe avuto diritto all'assistenza di un avvocato, non a un colloquio preliminare privato (l'art. 17 rinviava all'art. 520 LECr, del quale ora interessava mettere in risalto il comma 6)[39].

Considerando questa situazione, la Procura Generale, nella Consultazione 2/2005, del 12 luglio (JUR 2005/179441), con il proposito di evitare la pratica inefficacia del diritto al colloquio disposto nell'art. 22 in tutti i casi in cui si ottiene la dichiarazione del minore in una fase preliminare all'inizio del procedimento, ha sostenuto che la LORPM fa riferimento all'apertura del procedimento in due sensi: «uno amplio, comprendendo *in totum* le attuazioni (incluse quelle della polizia) dei minori trasgressori, e un altro stretto, circoscritto al momento in cui il pubblico ministero adotta il decreto in cui si dá formalmente inizio alla fase dell'istruzione propriamente detta, da cui deriva la necessità di comunicazione al giudice dei minori».

Secondo questa posizione e previa denuncia della deficiente tecnica legislativa, proseguiva la Procura Generale: «nei limiti in cui l'art. 16 contempli l'inizio del procedimento in senso stretto, l'art. 22.1 si riferirà a tal inizio in senso amplio, comprendendo l'attività della polizia».

Le consultazioni della Procura Generale non si inseriscono nel catalogo delle fonti del diritto processuale penale, ma assumono un importante grado di *auctoritas* con valore interpretativo.

---

38. In questo senso, LASTRA DE INÉS, *La fase de investigación. La actuación instructora. Las soluciones extrajudiciales*, *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, VI, 2000, p. 237. Allo stesso modo, DE LA ROSA CORTINA, *La acusación particular en el proceso penal de menores: primeras reflexiones tras la reforma 15/2003*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 620, 2004, p. 7.

39. Sebbene alcuni autori propendessero per un'interpretazione teleologica dell'art. 17 in virtù della quale anche i detenuti rispetto ai quali non è stato ancora iniziato il procedimento hanno la possibilità di un colloquio privato con il loro avvocato. Così, AGUILERA MORALES, Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (o crónica de un despropósito), *Tribunales de Justicia*, nº 3, 2003, p. 8 (di speciale interesse è la nota al pie 18); DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios*…, cit., p. 210; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal*…, cit., p. 236; TOMÉ GARCÍA, *El procedimiento*…, cit., p. 122; GONZÁLEZ CAMPO, *Práctica del proceso penal*..., cit., p. 664.

Inoltre, diversi fattori hanno assicurato fino a questo momento l'applicazione generalizzata della posizione della procura: da una parte, il fatto che la direzione delle indagini preliminari fosse affidata al pubblico ministero; dall'altra, i principi di unità di attuazione e di dipendenza gerarchica sottesi a questa istituzione; infine, la relazione di dipendenza funzionale tra questo organo e la polizia giudiziaria.

Inizialmente, il Progetto di LO di riforma della LORPM presentato al Congresso dei Deputati nel 2006 proponeva una modifica dell'art. 17. In modo specifico si richiedeva l'incorporazione di un nuovo paragrafo nel secondo comma, formulato in questo modo: «Il minore detenuto avrà diritto a un colloquio riservato con il suo avvocato *alla fine* della pratica diretta all'acquisizione della dichiarazione»[40]. Eppure, forse intenzionalmente o solo per dimenticanza, non si prevedeva la corrispondente modifica dell'art. 22.1, lettera b) (ovvero, non si sopprimeva l'inciso "(…) e a comunicare in modo riservato con questi, incluso prima di prestare dichiarazione")[41].

Questo rendeva ancora più incerto la formulazione della legge. Successivamente, nel testo trasmesso al Senato scompariva la modifica dell'art. 17 poc'anzi menzionata e non si introdusse nessuna norma che ponesse rimedo alla mancata coordinazione tra l'art. 17 e l'art. 22.1.b). La situazione tornò, così, ad essere quella iniziale e la consultazione della Procura Generale conservava tutto il suo valore come strumento d'interpretazione.

Infine, nel testo pubblicato nel *Boletín Oficial del Estado* come LO 8/2006 si prevede l'incorporazione di un nuovo paragrafo 2º al comma 2 dell'art. 17 con la seguente formulazione: «Il minore detenuto avrà diritto a comunicare in modo riservato con il suo avvocato, prima e dopo la pratica dell'acquisizione della dichiarazione»[42]. Sembra, quindi, che il legislatore abbia optato all'ultimo per una maggior coordinamento tra quanto disposto negli artt. 17 e 22. Malgrado ciò, non si deve trascurare la possibilità di far rilasciare una dichiarazione al minore – senza che sia detenuto – nella fase delle attuazioni preliminari. In tali ipotesi, il diritto al colloquio trova appoggio solo nell'interpretazione che propone la Procura Generale nella consultazione 2/2005, a cui prima si è fatto riferimento.

Sembra, quindi, che il legislatore abbia optato all'ultimo per una maggior coordinamento tra quanto disposto negli artt. 17 e 22. Malgrado ciò, non si deve trascurare la possibilità di far rilasciare una dichiarazione al minore – senza che sia detenuto – nella fase delle attuazioni preliminari. In tali ipotesi, il diritto al colloquio trova appoggio solo nell'interpretazione che propone la Procura Generale nella consultazione 2/2005, a cui prima si è fatto riferimento. Sono anche diritti del minore con una singolare trascendenza processuale nella lettera c) dell'art. 22.1: «intervenire nelle attuazioni praticate nel corso delle indagini preliminari e nel processo giudiziario e proporre e richiedere, rispettivamente, tali attuazioni»[43].

---

40. Testo originale spagnolo: "*El menor detenido tendrá derecho a una entrevista reservada con su abogado al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración*". Questa modifica non aveva l'appoggio di alcuni portavoce del Consiglio Generale del Potere Giudiziario (*Consejo General del Poder Judicial*). Si veda, al riguardo, l'opinione dissenziente che formulano FERNANDO SALINAS MOLINA, FÉLIX PANTOJA GARCÍA, ALFONS LÓPEZ TENA e MONTSERRAT COMAS DE D'ARGEMIR I CENDRA al Rapporto del CGPJ sul progetto di legge di modifica della LORPM (23 novembre 2005). Il citato rapporto, da parte sua, non contiene nessuna allusione a questo particolare.

41. Testo originale spagnolo: "*y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración*".

42. Testo originale spagnolo: "*El menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración*".

43. Testo originale spagnolo: "*intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y a proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias*".

Si può facilmente comprendere che la terminologia legale utilizzata non risalta per essere particolarmente rigorosa. Da una parte, "indagine preliminare" si deve intendere in relazione alla fase dell'istruzione e non solo delle attuazioni preliminari – sarebbe privo di senso riconoscere al minore l'intervento nelle attuazioni preliminari e che fosse privato di questa facoltà processuale in quelle di istruzione propriamente dette –. Dall'altra, il concetto di "processo giudiziario" sembrerebbe fare riferimento esclusivamente alla fase dell'udienza (non essendoci dubbi che il processo esiste dal momento in cui il procedimento ha avuto inizio). In terzo luogo, "proporre e richiedere rispettivamente" ("*proponer y solicitar, respectivamente*") è un'espressione chiaramente ridondante.

Superati gli ostacoli concernenti il linguaggio, è opportuno centrare l'attenzione sul modo in cui questo diritto si concretizza nel corso dell'istruzione. Al riguardo, innanzitutto, bisogna considerare quanto disposto nell'art. 26[44].

Da questo articolo si deduce che la posizione giuridica che il minore assume nel corso dell'istruzione è d'inferiorità rispetto a quella dell'accusa per eccellenza nel processo, cioè il pubblico ministero. In effetti, la relazione giuridica che li unisce è verticale, nel senso che tutte le attuazioni richieste dall'avvocato difensore dipendono dall'autorizzazione del pubblico ministero che agisce (art. 26.1).

L'unica richiesta a cui il pubblico ministero si trova vincolato per imperativo dell'art. 26.2 è quella diretta ad ottenere la dichiarazione da parte del minore. Il controllo da parte del pubblico ministero sull'attività del minore durante il periodo dell'istruzione è assoluto, fino al punto in cui anche le richieste che in realtà sono dirette al giudice dei minori – ad esempio, le attuazioni che comportino una limitazione dei diritti fondamentali (si veda l'art. 26.3) – devono superare il filtro preliminare dell'organo istruttore e dell'accusa[45]. In relazione agli atti d'indagine che incidono sui diritti fondamentali, il tentativo del legislatore di offrire le massime garanzie è stato forse eccessivo.

Non si contempla neppure come possibile eccezione all'autorizzazione giudiziale il fatto che, nelle ipotesi in cui l'atto di indagine riguardi esclusivamente un diritto fondamentale del minore, questi presti il suo consenso.

44.L'art. 26 LORPM dispone: "*1. Las partes podrán solicitar del Ministerio Fiscal la práctica de cuantas diligencias consideren necesarias. El Ministerio Fiscal decidirá sobre su admisión, mediante resolución motivada que notificará al letrado del menor y a quien en su caso ejercite la acción penal y que pondrá en conocimiento del Juez de Menores. Las partes podrán, en cualquier momento, reproducir ante el Juzgado de Menores la petición de las diligencias no practicadas. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando alguna de las partes proponga que se lleve a efecto la declaración del menor, el Ministerio Fiscal deberá recibirla en el expediente, salvo que ya hubiese concluido la instrucción y el expediente hubiese sido elevado al Juzgado de Menores. 3. Si las diligencias propuestas por alguna de las partes afectaren a derechos fundamentales del menor o de otras personas, el Ministerio Fiscal, de estimar pertinente la solicitud, se dirigirá al Juez de Menores conforme a lo dispuesto en el artículo 23.3, sin perjuicio de la facultad de quien haya propuesto la diligencia de reproducir su solicitud ante el Juez de Menores conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo*".

45. Quanto esposto non intende essere una critica, ma una semplice constatazione della realtà. La fase dell'istruzione non è contraddittoria; di conseguenza lo schema disegnato nella LORPM non si adegua al sistema accusatorio contenuto nella LECr. Sorgono dei dubbi sulla legittimità costituzionale della disuguaglianza constatata, ma sembra opportuno propendere a favore della costituzionalità se si considera che la fase dell'istruzione non è destinata di per sé al giudizio dei fatti e che il materiale che si ottenga non può servire, al meno in generale, per distruggere la presunzione d'innocenza. Sembra sufficiente che sia un giudizio orale in cui si mantenga in modo stretto l'equilibrio tra le parti.
Si veda, inoltre, quanto esposto successivamente nel comma E del paragrafo III, relativo all'intervento del giudice dei minori nella fase dell'istruzione.

Ciò non si concilia bene con altre norme in cui si concede piena capacità di decisione al minore di disporre dei suoi diritti fondamentali, come nel caso di quelle che permettono la sua conformità alle pene privative della libertà[46].

Dinanzi ad una decisione negativa del pubblico mininistero – indipendentemente dal fatto che l'atto rifiutato sia o meno restrittivo di un diritto fondamentale –, si può riprodurre la richiesta in qualsiasi momento dinanzi al giudice dei minori. Ciononostante, questi non deve pronunciarsi al riguardo immediatamente. Secondo l'art. 33. e), avverrà dopo la presentazione della memoria da parte del pubblico ministero e, eventualmente, anche di quella dell'accusa e dell'avvocato quando il giudice debba adottare la sua decisione sulle indagini a suo tempo denegate dall'organo istruttore[47].

Ciò rivela la nulla trascendenza di questa autorizzazione legale per assistere il giudice dei minori "in qualsiasi momento". Lo stesso risultato pratico si sarebbe ottenuto stabilendo come momento per riprodurre la richiesta delle attuazioni denegate la memoria del pubblico ministero; anche se, dal punto di vista del procedimento, questa seconda soluzione sarebbe risultata più economica e coerente.

La richiesta di prestare dichiarazione da parte del minore rappresenta un'eccezione alla regola secondo cui si rimette alla discrezionalità del pubblico ministero valutare l'opportunità di questa attività. Il secondo comma dell'art. 26 prescrive che questi dovrà necessariamente ricevere la dichiarazione[48].

Una simile imposizione legale vincola anche il pubblico ministero, anche se il minore avesse già rilasciato la sua dichiarazione dinanzi alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero, anteriormente, nella fase delle attuazioni preliminari. Inoltre, comprende, inizialmente, tutte le richieste di dichiarazione del minore attraverso il suo avvocato.

---

46. Si veda, inoltre, quanto esposto successivamente nel comma E del paragrafo III, relativo all'intervento del giudice dei minori nella fase dell'istruzione.

47. In questo senso, la decisione (*Auto*) dell'*AP di Valladolid* (sezione 4ª), del 25 marzo 2004 (ARP 2004/185). Mantiene una tesi diversa ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal*..., cit., p. 284 (seguita da TOMÉ GARCÍA, *El procedimiento*…, cit., pp. 107-108 e 160-161). L'autore considera che esiste una discordanza legislativa e che la cosa più sensata sia intendere che il giudice dei minori debba risolvere immediatamente la pertinenza di questa attuazione. Il pubblico ministero, che sarà vincolato alla decisione del giudice, deve procedere alla sua pratica nella fase dell'istruzione. È sottesa a questa posizione l'idea che questa attività possa essere essenziale per adottare decisioni che riguardino la prosecuzione del processo. Al contrario, DE LA ROSA CORTINA appoggia la posizione che qui si propugna, che è poi quella della Procura Generale dello Stato. Consapevoli, come ORNOSA, secondo la quale le attuazioni denegate possono essere essenziali per decidere se si possa celebrare l'udienza o decretare l'archiviazione, propongono che, sebbene si possano praticare nel giudizio orale, si anticipi la sua realizzazione. Richiedono, quindi, che l'inciso dell'art. 33 e), in cui si prevede che solo il giudice pratichi anticipatamente le diligenze proposte dal minore e denegate dal pubblico ministero «che non si possano realizzare nel corso dell'udienza» («*que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia*»), si interpreti in senso ampio: anche nel caso in cui si possano realizzare in quel momento, ma sarebbe conveniente anticiparle, si realizzeranno in anticipo. Cfr. *Comentarios*..., cit., pp. 197-198; e della Circolare, nel paragrafo VI. 3. C). Una terza linea interpretativa è rappresentata da GONZÁLEZ CAMPO. A suo parere, i precetti legali conferiscono al giudice dei minori la potestà di realizzare, nel corso dell'istruzione, le attuazioni richieste dal minore che il pubblico ministero avesse denegato. Tuttavia, giudica negativamente questa forma di organizzare il procedimento, considerando che fomenta lo sviluppo di istruzioni parallele. Cfr. *Práctica del proceso penal*..., cit., pp. 653-654.

48. Evidentemente fintantoché prosegua il processo, in conformità al suo grado di sviluppo, nell'ambito delle sue attribuzioni. L'inciso finale dell'art. 26.2 ci sembra superfluo.

Conviene, tuttavia, in conformità al dovere di buona fede nelle attuazioni processuali, evitare un uso abusivo, con fini dilatori, di questa facoltà. In caso contrario, il pubblico ministero sarebbe legittimato a rifiutare le eventuali richieste, sulla base dell'art. 11 LOPJ[49], dal momento che non sembra accettabile intorpidire costantemente il lavoro istruttorio reclamando successivamente l'acquisizione della dichiarazione al minore, se non vi sia realmente l'intenzione di chiarire i fatti.

È fuori dubbio che il pubblico ministero dovrà far rilasciare la dichiarazione al minore se questi, mediante il suo avvocato ne faccia richiesta. Tuttavia, nella pratica, è più discutibile determinare quali conseguenze comporta, nell'ipotesi in cui la parte interessata non richieda che si sviluppi integralmente la fase dell'istruzione senza che quella dichiarazione abbia luogo. Sebbene possa risultare sorprendente, si sono verificati dei casi in cui l'istruzione si è conclusa senza che il minore fosse stato ascoltato [in tal senso, quelli risolti dall'ordinanza (*auto*) dell'AP Jaén del 10 ottobre 2001 (ARP 2001/722), o dall'ordinanza dell'AP di Toledo, del 21 marzo 2001 (ARP 2002/256)]. Dinanzi ad una situazione del genere, i giudici del minore hanno reagito dichiarando la nullità del decreto di conclusione dell'istruzione e ordinando la retroattività delle attuazioni dirette a ricevere la sua dichiarazione.

Una simile decisione giurisdizionale è stata oggetto di impugnazione da parte del pubblico ministero[50] attraverso il c.d. *recurso de queja*[51]. La risposta delle *audiencias provinciales* non è stata unanime. Sebbene, in generale, si affermi che deve essere obbligatorio che l'organo istruttore faccia rilasciare la dichiarazione all'imputato, con tutte le garanzie, prima di rimettere le attuazioni a quello competente per il giudizio, si apprezzano delle discrepanze rispetto alle conseguenze che derivano dall'inosservanza di questo dovere. Così, in alcuni casi, si è considerata l'impugnazione del pubblico ministero –revocandosi, di conseguenza, la dichiarazione di nullità –, come se, non essendo un organo giurisdizionale, le sue decisioni non avessero potuto essere controllate dal giudice dei minori. Si afferma anche che devono essere altri i meccanismi processuali per garantire i diritti del minore, proponendosi l'archiviazione e la correzione nei termini dell'art. 37.1 [ordinanza dell'AP Jaén del 10 ottobre 2001 (ARP 722)][52]. Invece, in altri casi, la denuncia (*queja*) del pubblico ministero è stata rifiutata – ed è stata confermata, pertanto, la dichiarazione di nullità – sulla base degli art. 238.3º e 240 LOPJ, senza essere affrontato il problema della mancata relazione organica o funzionale tra il pubblico ministero ed

---

49. Sebbene l'art. 11 LOPJ si configuri come un mandato per i giudici e i tribunali, consideriamo che sia possibile applicarlo analogicamente ad altri organi con potestà in alcune fasi del procedimento. Si dubita che sarebbe molto conveniente includere una norma di simile contenuto nell'*Estatuto Orgánico del Ministerio* Fiscal (*infra*, EOMF).

50. Considerando che i processi in cui si è presentata questa situazione sono anteriori all'entrata in vigore della Legge 38/2002 di riforma della LECr, la scelta del *recurso de queja*, invece dell'appello, sembra fondarsi sul carattere suppletivo delle norme sul procedimento abbreviato, che prima della citata legge di riforma configuravano questo ricorso come lo strumento comune alle decisioni del giudice dell'istruzione e del giudice penale. Il perché dell'applicazione suppletiva delle norme della LECr sembra che si debba rinvenire nella deficiente regolazione dei mezzi di impugnazione contro le decisioni del giudice dei minori, che nel sistema spagnolo sono chiamate *autos e providencias,* previste nell'art. 41.2 della LORPM. Secondo l'interpretazione testuale di questo precetto, mentre le *providencias* si possono ricorrere in riforma e in appello, contro gli *autos* si può esperire solo il ricorso di riforma. Per il resto, come si sa, la riforma del 2002 elimina il *recurso de queja* dall'ambito del procedimento abbreviato e generalizza l'appello.

51. Il *recurso de queja* è uno strumento processuale che si concretizza dinanzi il Tribunale *ad quem* contro decisioni non conformi al diritto. È, quindi, un ricorso "a doppia istanza". Si differenzia dal ricorso di appello, essendo a questo sussidiario. In termini generali, procede quando questo sia inammesso o quando la decisione non sia possibile.

52. Tratta questo tema, anche se solo in modo tangenziale, l'AAP di Valladolid del 25 marzo 2004 (ARP 2004/185). Si riconduce al principio secondo cui l'organo giurisdizionale non può obbligare il PM istruttore alla realizzazione di attuazioni d'indagine.

ed i giudici dei minori. Si considera inaccettabile la conclusione della fase istruttoria senza che il minore sia stato ascoltato[53]. Il fatto che l'avvocato difensore non abbia richiesto di rilasciare la dichiarazione non si interpreta come una mancanza di diligenza da parte sua. «Nessun avvocato in nessun procedimento penale ha l'obbligo di richiedere la prima dichiarazione del suo cliente, dal momento che confida nel fatto che lo ascolterà necessariamente d'ufficio» – si afferma – [*auto* dell'AP di Toledo del 21 marzo 2001 (ARP 2002/256)][54].

Non ci troviamo, in realtà, dinanzi ad un problema di difficile soluzione. Alla tesi dell'AP di Toledo si oppone la mancanza di una previsione legale che conferisca al giudice dei minori la potestà di revocare le decisioni del pubblico ministero e di indurlo a realizzare determinate attuazioni (si consideri che, secondo l'art. 55.2 dell'*EOMF*, nessun membro del pubblico ministero può ricevere ordini o indicazioni sul modo di esercitare le sue funzioni oltre a quelle dei suoi superiori gerarchici). Neppure la posizione dell'AP di Jaén risulta soddisfacente, dal momento che il riferimento all'archiviazione o alla correzione come alternative alla revoca del decreto relativo alle conclusioni si caratterizza per la mancanza di precisione e non considera gli inconvenienti dell'uno e dell'altro. Su cosa si baserà l'archiviazione? Come si può correggere nella fase dell'udienza il fatto che, durante l'istruzione, non si sia realizzato un atto essenziale? Sembra chiaro che la dichiarazione del minore dinanzi al giudice non sostituisca l'attuazione istruttoria che non sia stata realizzata; costituisce, piuttosto, un mezzo di prova in senso proprio. Tuttavia, neppure in questo caso possiamo offrire una risposta sicura.

Crediamo che la questione concernente le conseguenze della violazione dei diritti fondamentali nell'istruzione si possa risolvere solo rimettendoci a quanto disposto per legge – che ha deciso di affidare l'istruzione del processo al pubblico ministero, senza perdere di vista che il lavoro del giudice dei minori prima dell'udienza compromette il principio del *Juez no prevenido*, secondo cui il giudice che ha realizzato un'indagine d'ufficio non può intervenire nella decisione del processo, che è una manifestazione essenziale del diritto fondamentale ad un processo con tutte le garanzie, come di seguito vedremo in modo approfondito. L'elenco dei diritti del minore prosegue nella lettera d) dell'art. 22 con il diritto di essere ascoltato dal giudice o dal tribunale prima che si adotti qualsiasi decisione che lo concerna personalmente.

La Legge sembra riferirsi alla necessità di realizzare l'udienza del minore prima di autorizzare misure cautelari o di realizzare indagini che possano violare i suoi diritti fondamentali. Queste sono le uniche attuazioni su cui può decidere l'organo giurisdizionale nell'ambito dell'istruzione. Crediamo che il precetto non si debba assolutamente interpretare come un'esigenza che il giudice ascolti il minore in relazione alle attività che lo riguardino personalmente accordate dal pubblico ministero.[55]

---

53. Con l'unica eccezione che già avesse prestato dichiarazione in sede di polizia debitamente assistito dall'avvocato e in presenza dei suoi genitori o rappresentanti legali, situazioni dinanzi le quali, si dice, se i fatti sono chiari e il minore offre la sua versione liberamente e spontaneamente, sarebbe opportuno ammettere, al fine di evitare la reiterazione, che non prestasse di nuovo la dichiarazione dinanzi al PM.

54. Testo originale spagnolo: "*Ningún letrado en ningún procedimiento penal tiene la obligación de pedir la primera declaración de su cliente, pues confía en que se le oirá necesariamente de oficio*".

55. L'espressione scelta dalla legge: "decisione che lo riguardi personalmente" ("*resolución que le concierna personalmente*"), è molto ambigua. In realtà, tutti gli atti di un processo riguardano personalmente il minore nei confronti del quale il processo si dirige.

Ciò porrebbe ancor di più tra parentisi la già di per sé critica situazione del giudice dei minori dal punto di vista dell'imparzialità.

Fino a questo momento si sono esaminati i diritti riconosciuti nell'art. 22, riguardante lo sviluppo delle attuazioni processuali. Quelli indicati nelle lettere e) e f) di questo articolo, relativi all'assistenza affettiva, psicologica e ai servizi dell'*equipe* di esperti, sono privi, invece, di rilievo nel procedimento; questo non significa, tuttavia, che siano di minore importanza. Al contrario, si tratta di diritti fondamentali in un paese civilizzato e di rispetto della dignità della persona, che è una manifestazione dell'assistenza umanitaria che qualsiasi Stato deve prestare ai suoi cittadini.

L'esercizio dei diritti riconosciuti nell'art. 22 dipende dal fatto che il giudice dei minori non accordi il segreto interno all'istruzione, ai sensi di quanto disposto da questo articolo nel suo secondo comma e, in modo specifico, dall'inciso in cui si prevede che, senza pregiudizio di quanto disposto nell'art. 24, nel caso in cui l'organo giurisdizionale accordi il segreto il procedimento non sia notificato al minore.

Il segreto delle attuazioni può essere effettivo, pertanto, dallo stesso momento in cui ha inizio l'istruzione. Inoltre, può essere prolungato nel corso di questa fase, come dispone l'art. 24[58]. In questa linea, quando il precetto prescrive che l'avvocato del minore e chi esercita l'accusa penale (l'allusione all'accusa particolare deriva dalla LO 8/2006) dovranno essere a conoscenza degli atti del procedimento nel momento in cui si entri nella fase della difesa, presentando le loro osservazioni (*trámite de alegaciones)*, sembra fare riferimento a quello che l'art. 31 denomina la fase dell'udienza (*trámite de audiencia)*, che ha avuto già luogo dinanzi al giudice dei minori, una volta che il pubblico ministero abbia decretato la conclusione del procedimento e presentato la sua memoria. Questo significa che, secondo un'interpretazione letterale degli art. 24, 31, 30 e 33, la difesa viene privata della facoltà di richiedere e di partecipare alle attività d'indagine. Non si può neppure esigere che si faccia rilasciare la dichiarazione al minore, essendo il comma 2 dell'art. 26 applicabile unicamente, lo dice in modo molto chiaro il precetto, nel caso in cui l'istruzione non si sia conclusa. Una simile privazione non determina solo la perdita dell'opportunità di preparare il materiale per l'udienza, ma anche della possibilità di richiedere o di prendere parte alle attività di indagine che possano condurre all'archiviazione della causa.

---

56. Denuncia ORNOSA FERNÁNDEZ, in relazione all'assistenza affettiva dei genitori o della persona che indichi il minore, che la decisione di denegare questo diritto durante il periodo di istruzione dovrebbe corrispondere al PM e non al giudice dei minori. Cfr. *Derecho penal*..., cit., p. 265. Da parte sua, DE LA ROSA CORTINA si chiede se la potestà che la legge conferisce al giudice per impedire l'assistenza attiva al minore raggiunga sia i genitori che altre persone vincolate o unicamente queste. E arriva alla conclusione che la seconda possibilità è quella accolta nella legge. Cfr. *Comentarios*..., cit., p. 255.

57. Se generalmente la pubblicità del sommario nei confronti dei terzi è proibita (art. 301 LECr), a maggior ragione deve essere segreta l'istruzione del procedimento penale a carico di imputati minorenni rispetto a persone estranee alla causa (in questo senso, RODRÍGUEZ BAHAMONDE, *El secreto del sumario y la libertad de información en el proceso penal*, Madrid, 1999, p. 278). Tuttavia, non è opportuno soffermarci in questa sede su questo aspetto del segreto, ma su un altro più controverso: vale a dire sulla possibilità di impedire la conoscenza degli atti istruttori concernenti il minore imputato. Sul segreto si veda anche quanto esposto i*nfra* E.2.

58. Nella circolare della Procura Generale dello Stato 1/2000 si mantiene che il dispositivo della decisione (*auto*) in cui si accordi la dichiarazione del segreto deve essere notificato all'avvocato del minore [si veda il paragrafo VI.3.D)]. Non è, però, ciò che si deduce dall'art. 22.2 della legge: «Il procedimento sarà notificato al minore dal momento stesso del suo inizio, salvo quanto disposto nell'art. 24» («*El expediente será notificado al menor desde el momento mismo de su incoación, a salvo lo dispuesto en el art. 24*»). Non si deve, quindi, notificare l'inizio (in questo senso, egualmente, TOMÉ GARCÍA, *El procedimiento*..., cit., p. 74, i cui argomenti condividiamo), né molto meno le decisioni adottate a partire da quel momento. In realtà, l'affermazione della Procura Generale varrebbe unicamente per le ipotesi in cui, una volta iniziato il procedimento, si richieda la dichiarazione del segreto (che si ottiene, quindi, a posteriori), ma non per quelle in cui tale richiesta si realizza nello stesso momento in cui si pretende decretare l'inizio.

È opportuno sottolineare due aspetti di questa regolazione. In primo luogo, è più restrittiva per i diritti dell'imputato di quella stabilita nella LECr per i processi a carico di adulti per delitti gravi. Al di là del fatto che si prescriva un termine di durata del segreto (un mese), si impone anche il necessario sollevamento dello stesso con almeno dieci giorni di anticipo rispetto alla conclusione del sommario (art. 302).

In secondo luogo, costituisce un passo in avanti di modesta entità rispetto alla precedente normativa in materia di minori, della quale si è già criticata la mancata partecipazione del minore e del suo avvocato all'istruzione. L'unico progresso reale della legislazione vigente si rinviene nella necessità, affinché la difesa resti completamente separata dall'istruzione, che si rilasci previamente la dichiarazione espressa del segreto.

A nostro giudizio, è indispensabile un'interpretazione correttiva della normativa, dal momento che la rimozione di possibili ostacoli all'indagine – idea di grande importanza su cui si basa il segreto delle attuazioni[61] – non costituisce una causa che legittima a privare la persona imputata in tutta una fase del processo penale del diritto fondamentale di difesa.

Una volta praticate senza difficoltà le attuazioni che il pubblico ministero consideri necessarie per constatare la fattispecie di reato e le circostanze che lo riguardano, il divieto costituzionale di mancata difesa esige – ci sembra – che l'avvocato del minore possa richiedere le attività di indagine pertinenti ed utili, in conformità a quanto disposto nell'art. 26.1 e 2, così come di intervenire.

Di conseguenza, il pubblico ministero istruttore, seguendo la raccomandazione della procura generale di fare un uso molto limitato della dichiarazione del segreto del procedimento[62], dovrà richiedere il sollevamento del segreto prima di decretare la conclusione dell'istruzione, affinché in questa prima fase si realizzino le attività che la difesa consideri opportune.

È anche conveniente, come ha già suggerito la Procura Generale, che il giudice dei minori, da parte sua, limiti temporalmente la portata del segreto[63], dal momento che in questo modo le possibilità che la fase dell'istruzione sia segreta sono minori.

C) L'accusa particolare

Inizialmente, nel processo disegnato nella LORPM, così come configurato nella precedente normativa, non c'era posto per l'accusa particolare. Così si indicava in modo contundente nel primo paragrafo dell'art. 25[64], nonostante si conferissero al pregiudicato limitate facoltà di attuazione nei processi aventi ad oggetto reati di maggior trascendenza imputati a soggetti che avessero compiuto i 16 anni nel momento dei fatti (art. 25.2).

---

59. Così, DEL MORAL GARCÍA, SANTOS VIJANDE, *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Granada, 1996, pp. 245-246.

60. Dal punto di vista normativo costituisce un'evoluzione anche la previsione secondo cui l'avvocato del minore possa accedere agli atti del procedimento al fine di preparare la sua difesa. Ma è sicuro che, in pratica, nella legge del 1992 si agiva già così. Cfr. DEL MORAL GARCÍA, SANTOS VIJANDE, *Publicidad*..., cit., p. 245.

61. Cfr., tra gli altri, DEL MORAL GARCÍA, SANTOS VIJANDE, *Publicidad*..., cit., pp. 45 e ss.; GIMENO SENDRA, *Los procesos penales* (con CONDE PUMPIDO-TOURÓN e GARBERÍ LLOBREGAT), III, Barcellona, 2000, p. 242.

62. Questo organo suggerisce che i più ampli termini in cui si trova regolato il segreto del procedimento nell'art. 24 sono potenzialmente lesivi del diritto alla difesa. Cfr. paragrafo VI.3.D) della circolare 1/2000.

63. A parere della Procura, il termine non dovrebbe essere superiore a un mese, in conformità a quanto previsto nell'art. 302 LECr, senza pregiudizio di eventuali proroghe.

64. L'art. 25 LORPM dispone: "*Podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares, a salvo de las acciones previstas por el artículo 61 de esta ley, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus*

Nell'*Exposición de motivos* (motivazioni) constano le ragioni che indussero il legislatore a proibire l'esercizio dell'azione penale particolare e ad ammettere una certa partecipazione dell'offeso ai casi più gravi.

Al riguardo, si considera che l'interesse prioritario per la società e per lo Stato coincide con l'interesse del minore. Le ristrette facoltà di attuazione concesse alla vittima sono giustificate dalla necessità di salvaguardare il suo interesse nello schiarimento dei fatti e il suo giudizio senza contaminare il procedimento propriamente educativo e sanzionatore del minore.

La decisione di proibire l'accusa particolare è legittima dal punto di vista delle esigenze costituzionali sull'amministrazione della giustizia in ambito penale[65].

Tuttavia, subito dopo l'entrata in vigore della LORPM, era già pubblica l'intenzione di modificare l'aspetto concernente la partecipazione dell'offeso al reato[66].

In effetti, uno dei principi del Patto dello Stato per la Riforma della Giustizia (*Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia*) del 28 maggio 2001 era «rafforzare la protezione e la difesa delle vittime di reati violenti in tutti i processi penali, incluso l'ambito della Legge Organica di Responsabilità Penale del Minore»[67].

---

sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces, con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento, entre los que están, entre otros, los siguientes: a) Ejercitar la acusación particular durante el procedimiento. b) Instar la imposición de las medidas a las que se refiere esta ley. c) Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden. d) Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor. e) Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción ya sea en fase de audiencia; a estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos. f) Ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento. g) Ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor. h) Participar en las vistas o audiencias que se celebren. i) Formular los recursos procedentes de acuerdo con esta ley. Una vez admitida por el Juez de Menores la personación del acusador particular, se le dará traslado de todas las actuaciones sustanciadas de conformidad con esta ley y se le permitirá intervenir en todos los trámites en defensa de sus intereses".

65. In questo senso anche GÓMEZ COLOMER, "Tuición procesal penal de menores y jóvenes", *Justicia penal de menores y jóvenes* (coords. GONZÁLEZ CUSSAC, TAMARIT SUMALLA y GÓMEZ COLOMER), pp. 189-190. In effetti, non esiste nessun precetto nella Costituzione Spagnola che conferisca alla persona vittima di un delitto il diritto all'azione penale e che imponga al legislatore il dovere di concedergli la condizione di parte nel processo. Esiste già un organo dello Stato che per ottenere l'esercizio dello *ius puniendi* si occupa di formulare l'accusa. Si consideri che l'art. 125 della Costituzione Spagnola attribuisce al legislatore ordinario la funzione di specificare la forma e i processi penali in cui i cittadini possano partecipare all'amministrazione della Giustizia. Negli ultimi tempi gli organismi sovranazionali raccomandano agli Stati di concedere alle vittime dei delitti un ruolo di maggior rilievo nei processi penali. La protezione che si concede alla vittima è diretta a garantire il risarcimento e la possibilità di praticare dichiarazioni in qualità di testimone. Cfr. GARCÍA RODRÍGUEZ, "Las víctimas del delito en el espacio judicial europeo", *La Ley*, nº 5, 2001, pp. 1706 e ss. Non ci consta nessuna raccomandazione favorevole a permettere l'esercizio dell'azione penale.

66. Parte della dottrina si manifestò critica anche con le limitazioni legalmente imposte alla vittima. Così, GÓMEZ COLOMER, "Tuición procesal...", cit., p. 190; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal*..., cit., p. 279; RICHARD GONZÁLEZ, "El nuevo proceso de menores", *La Ley*, 2000 (4), p. 1680 e 1684; OCHOA MONZÓ, "Algunas reflexiones sobre el art. 25 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores", *Anuario de Justicia de Menores*, II, 2002, pp. 239 e ss. La riforma è stata accettata da autori come TINOCO PASTRANA, "La víctima en el proceso penal de los menores", *Diario La Ley* nº 6202, 3 marzo 2005. Un altro settore, invece, è propenso a limitare la partecipazione della vittima (così HIGUERA GUIMERÁ, "La transformación de la originaria Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y sus consecuencias jurídicas", *La Ley Penal*, nº 18, 2005, p. 7 della edizione digitale) e anche ad escluderla dal processo (LANDROVE DÍAZ, "Réquiem por la Ley Penal del Menor", *Diario La Ley*, nº 6505, 15 giugno del 2006, pp. 2-3 dell'edizione digitale). Per maggior informazioni si veda DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios*..., cit., pp. 191-192, in special modo, le note 48 e 49; anche di questo autore, "La acusación particular...", *passim*.

Un simile rafforzamento, concretizzato nell'autorizzazione all'esercizio dell'azione penale, è stato realizzato dalla LO 15/2003. Il nuovo art. 25, dedicato all'"Accusa particolare", dispone, senza riserve in relazione al tipo di reato o all'età del minore imputato, che possono partecipare come accusatori particolari le persone direttamente offese dal reato, i genitori, i suoi eredi o i rappresentanti legali nel caso in cui fossero minori o incapaci.

Con l'ultima riforma del 2006 si inserisce un nuovo precetto nell'art. 4, che fa riferimento ai diritti delle vittime e dei pregiudicati. La norma ribadisce in parte quanto già disposto nell'art. 25, ma colma anche alcune lacune e regola i diritti che assistono le vittime di non fare uso del diritto di accusare – in consonanza con ciò che stabilisce l'Istruzione della Procura Generale (*Instrucción de la Fiscalía General del Estado 8/2005*), del 26 luglio, sulla protezione delle vittime nel processo penale - .[68]

A nostro avviso, la nuova decisione legislativa di autorizzare l'esercizio dell'accusa particolare è accertata sotto diversi punti di vista. Contro quanto disposto nell'*Exposición de motivos*, ci sembra evidente che l'interesse della vittima – che agisce sempre a nome proprio, non in rappresentanza della società – non coincide, né deve farlo, con quello del minore. Crediamo, inoltre, che l'intervento dell'offeso in qualità di parte accusatrice non possa essere pregiudizievole per gli interessi del minore, avuto anche riguardo al fatto che la decisione finale sulla misura da imporre al delinquente compete solo al giudice, che, in virtù dell'imparzialità che gli esige la Costituzione, deve stabilire che sia giusta, tenendo conto di tutti gli elementi condizionanti[69]. Inoltre, può essere formativo per il minore vedere quale debba essere la reazione legittima dell'essere umano dinanzi alla violazione dei suoi bene giuridici e come le persone civilizzate dinanzi alle lesioni dei loro diritti ricorrono alle istituzioni dello Stato per reclamare una risposta adeguata, invece, di prendere la giustizia in mano. In effetti, dal punto di vista della vittima, il diritto all'esercizio dell'accusa particolare contribuisce a far sentire il cittadino più vicino ai poteri dello Stato e ad avere più fiducia nelle istituzioni. Nell'ipotesi, poi, peraltro molto frequente, in cui i destinatari dei delitti siano anche minori o incapaci, l'accusa particolare permette che l'interesse dell'imputato alla sua rieducazione e al reinserimento sociale si concilii con l'interesse pubblico e privato a non perturbare il processo di educazione e formazione della vittima se, date le circostanze, è capace di comprendere la situazione. Si deve, quindi, evitare, per quanto possibile, che questa percepisca l'azione della giustizia come qualcosa da questa distante e il processo come un insieme di attività a cui non può partecipare, dirette esclusivamente a proteggere il minore delinquente. Una simile percezione può trasmettere al minore o all'incapace aggredito la sensazione che gli atti illeciti rimangano impuniti o si sanzionino molto lievemente e che l'unico modo di porvi rimedio sia mediante l'autotutela[70].

---

67. Testo originale spagnolo: "*fortalecer la protección y defensa de las víctimas de delitos violentos en todos los procesos penales, incluido el ámbito de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*".

68. In modo specifico, l'art. 4 prevede che si comunichino alle vittime e ai pregiudicati, al di là di essere comparsi, tutte quelle decisioni adottate sia dal pubblico ministero che dal giudice dei minori suscettibili di pregiudicare i loro interessi, in particolare la sentenza.

69. Per il resto, secondo il rapporto della Procura Generale relativo all'anno 2004 (si veda pp. 347 e 348), l'introduzione della facoltà di esercitare l'accusa particolare non ha avuto degli effetti importanti.

70. D'altra parte, consideriamo che il legislatore nel 2000 non si soffermó sufficientemente a pensare se il regime pregiudicasse il diritto fondamentale all'eguaglianza. A nostro parere, la norma si allontanava chiaramente dall'art. 14 della Costituzione spagnola, quando stabiliva diversi criteri sulla partecipazione del pregiudicato alle lesioni di beni giuridici di identica gravità esclusivamente in funzione dell'età del soggetto trasgressore. Condivideva questa opinione anche ORNOSA FERNÁN-

Tuttavia, la disciplina legislativa adottata per regolare l'esercizio dell'accusa particolare è caratterizzata da importanti deficienze: alcune derivate dall'eccessiva prolissità dell'art. 25, che induce a confusione; altre determinate dal fatto che, malgrado la sua estensione, il citato articolo omette importanti questioni e, altre ancora, riguardano la mancanza di coordinamento tra questo precetto e gli altri della LORPM[71] – aspetto quest'ultimo che la LO 8/2006 cerca di rimediare, riuscendoci in parte –.

La riforma dell'art. 25 riguarda essenzialmente il contenuto del precetto; la sua struttura è stata, invece, appena modificata. Se prima della legge del 2003 il menzionato precetto, conteneva, in un certo senso, un elenco delle facoltà di attuazione processuale che si conferivano alla vittima, il cui ruolo nel processo era di mero interveniente, ora con un inspiegabile mimetismo si è deciso di conservare il resoconto dettagliato degli atti processuali autorizzati, malgrado la condizione di parte dell'offeso renda superflua questa informazione.

Al riguardo, si consideri che, da un lato, secondo quanto disposto da questa norma, l'elenco delle facoltà indicate non ha carattere tassativo; dall'altro, questo elenco non è altro che una descrizione, in alcuni casi tecnicamente difettosa, di quello che qualsiasi giurista già conosce sull'accusa particolare.

Entrambe queste considerazioni giustificano, ci sembra, la nostra posizione sulla decisione legislativa di conservare nel precetto una struttura essenzialmente identica a quella che aveva prima della riforma. Il testo della legge ci avrebbe guadagnato di sicuro in chiarezza se si fosse limitato a riconoscere la condizione di accusa particolare ed, eventualmente, a disporre le puntuali limitazioni a cui, come conseguenza della speciale condizione, l'accusa si deve sottoporre.

Al di là delle facoltà processuali, l'art. 25 contiene appena la regolazione di altre questioni importanti relative all'accusa particolare. Si può dedurre poco sul modo in cui si deve realizzare la costituzione di parte. Nulla si dice, si resta in assoluto silenzio sulla forma in cui devono attuare in questo processo i poteri pubblici in relazione al dovere di informare le vittime dei diritti di cui sono titolari – sebbene su questo punto è stata chiave la riforma dell'art. 4 –.

Allo stesso modo, si omette qualsiasi considerazione sui delitti privati. Richiedendo tutti questi aspetti un trattamento giuridico, è opportuno realizzare un esame integrale della figura dell'accusa particolare nel processo dei minori a partire dalla normativa esistente, cercando di colmare le lacune attraverso i diversi ricorsi che offre l'interpretazione normativa.

In termini strettamente legali, possono comparire come accusatori particolari nel procedimento sia le persone direttamente offese dal reato che i loro genitori, gli eredi o i loro rappresentanti legali se minori o incapaci. Malgrado la legge non sia del tutto precisa, bisogna intendere che i soggetti menzionati non possono intervenire contemporaneamente e nelle stesse condizioni.

Nel precetto si sono mescolati in modo evidente due concetti fondamentali, come quello di capacità di essere parte e di capacità processuale. L'offeso potrà esercitare l'azione penale in qualità di accusa particolare solo se gode della capacità di essere parte e della capacità processuale.

-DEZ, *Derecho penal*…, cit., pp. 279-280, che qualificava come un evidente un'assurdità il sistema instaurato.

71. Coincidiamo con LANDROVE DÍAZ quando qualifica come deplorevole tecnica legislativa il fatto che la riforma dell'art. 25 non fosse accompagnata da quella delle norme che lo completano. "Réquiem…", cit., p. 9.

Nell'ipotesi di decesso, il defunto perde la capacità di essere parte e la legge legittima i suoi eredi all'esercizio dell'azione, indipendentemente dal vincolo parentale che li unisce al *dante causa*.

Nelle situazioni caratterizzate dall'assenza della capacità di agire dell'offeso – per incapacità o minore età –, la conseguente mancanza di capacità processuale deve essere compensata dall'intervento del rappresentante legale (i genitori o un tutore), ma, come è risaputo, la condizione di parte, con tutte le sue facoltà e gli oneri, spetta esclusivamente al minore o alla persona dichiarata incapace, e non al genitore o al tutore, come sembra dedursi dalla legge. Una simile regola dovrebbe essere applicata anche nel caso in cui la vittima del reato sia una persona giuridica: la sua incorporeità sarà colmata dall'attività del rappresentante necessario. Si può concludere, quindi, che le uniche persone legittimate all'esercizio dell'accusa particolare siano alternativamente la vittima del reato o, in caso di morte, i suoi eredi.

Nel caso in cui, invece, le vittime siano più di una, il loro coinvolgimento nel processo in qualità di accusa deve essere individualizzato.

Non vi è in questo processo, almeno per quanto concerne l'esercizio delle azioni penali, la possibilità di formare un gruppo[74], neppure quando le vittime riuniscano nel reato la condizione di consumatori o di utenti, dal momento che quanto previsto nell'art. 6 LEC[75] è limitato, come indicato dallo stesso precetto, all'ambito civile[76].

---

72. Gli eredi della vittima hanno lo status di pregiudicati (*perjudicados*). Secondo quanto afferma MONTERO AROCA in relazione ai processi penali riguardanti adulti, in senso tecnico, dovrebbe poter agire in qualità di accusa particolare solo la persona offesa (*ofendido*) dal delitto, non il pregiudicato, affinché solo a lui fosse lasciata aperta la strada dell'accusa particolare. Tuttavia, come lui stesso riconosce, in pratica, i pregiudicati, soprattutto se sono ascendenti o discendenti dell'offeso, ricevono il trattamento di accusatori particolari. Cfr. *Derecho Jurisdiccional III* (con GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR), Valencia, 2004, pp. 71 e ss. Forse il legislatore ha peccato di eccesso quando ha autorizzato gli eredi all'esercizio dell'azione penale in qualità di accusa particolare. Dal momento che non permette in questi processi l'intervento indiscriminato dei cittadini, forse dovrebbero aver escluso anche gli eredi che non siano il coniuge, gli ascendenti, i discendenti o i fratelli.

73. Non condividiamo, da questa prospettiva, l'opinione del *auto* dell'AP di Lugo, del 5 settembre 2005 (JUR 2005/233173), che autorizza che sia direttamente il padre, al posto della figlia, ad esercitare l'accusa.

74. Una questione differente è che tutti gli offesi (*ofendidos*) decidano di conferire la loro rappresentanza e la difesa ad un unico procuratore e ad un unico avvocato rispettivamente, decisione, peraltro, molto conveniente da diverse prospettive (risparmio di costi, unità di attuazione…). Sebbene la rappresentanza e la difesa siano unitarie, la considerazione nel processo delle vittime è individualizzata.

75. L'art. 6 LEC stabilisce: "*1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: 1.º Las personas físicas. 2.º El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables. 3.º Las personas jurídicas. 4.º Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración. 5.º Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte. 6.º El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte. 7.º Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados. 8.º Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.*

2. Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado."

76. Malgrado gli stretti termini dell'art. 6 LEC restringano il loro campo di attuazione ai processi che si svolgono dinanzi alla giurisdizione civile, sembra ragionevole un'interpretazione estensiva che comprenda l'esercizio di azioni civili in generale, sia dinanzi ai tribunali civili, sia dinanzi a organi penali, e in modo più specifico dinanzi ai giudici dei minori. Questa proposta si basa su due argomenti: il primo che l'art. 22 LEC, per la cui applicazione è imprescindibile considerare l'art. 6, non contiene alcuna restrizione analoga a quella che appare in questo; il secondo che gli artt. 61 e ss. LORPM non conten-

Allo stesso modo, si ritiene che si debba scartare che agiscano in qualità di parti le associazioni o le entità che abbiano tra i loro obiettivi la protezione dei beni giuridici lesi dal reato[77], perché il riconoscimento da parte dell'art. 25 LORPM dei soggetti specifici legittimati all'esercizio dell'azione penale individuale ha la finalità di escludere i restanti, impedendo qualsiasi tentativo di un'applicazione suppletiva (attraverso l'art. 4 LEC[78]) dell'art. 11 LEC[79]. Dobbiamo distinguere, però, questa situazione da un'altra che si potrebbe verificare nell'ambito di un processo a carico di minori – come in qualsiasi altro –, vale a dire la situazione in cui gli offesi conferiscono il potere di rappresentanza, in conformità alle norme civili, a una determinata associazione per l'esercizio dei loro diritti. In questo caso, l'accusa è l'offeso, non l'associazione, che rappresenta solo gli interessi di questo, non contravvenendo, quindi, in nessun modo contravviene a quanto disposto nell'art. 25.

Dobbiamo distinguere, però, questa situazione da un'altra che si potrebbe verificare nell'ambito di un processo a carico di minori – come in qualsiasi altro –, vale a dire la situazione in cui gli offesi conferiscono il potere di rappresentanza, in conformità alle norme civili, a una determinata associazione per l'esercizio dei loro diritti. In questo caso, l'accusa è l'offeso, non l'associazione, che rappresenta solo gli interessi di questo, non contravvenendo, quindi, in nessun modo contravviene a quanto disposto nell'art. 25. Infine, si ritiene che il silenzio della Legge debba essere interpretato nel senso che l'assistenza legale e la rappresentanza attraverso il procuratore siano obbligatorie[80], sia nelle cause aventi ad oggetto un reato sia in quelle riguardanti processi per contravvenzioni[81], in conformità al principio di eguaglianza[82].

Di conseguenza, l'insufficienza di mezzi per litigare conferisce all'offeso o ai suoi eredi il diritto all'assistenza legale gratuita.

---

gono maggiori specialità per coloro che possono essere parte nell'ambito dell'azione civile che quella concernente la legittimazione del pubblico ministero, a cui sono applicabili le norme generali contenute negli artt. 6 e ss. LEC.

77. Non è opportuno neppure che intervengano come accusa popolare, come vedremo in seguito. In relazione allo studio di questo e di altri temi relazionati è stato essenziale: GASCÓN INCHAUSTI, *Protección penal de consumidores y usuarios*, in *Manuales de Formación Continuada*, nº 15, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 13 e ss.

78. L'art. 4 LEC stabilisce: "*En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley*".

79. L'art. 11 LEC dispone: "*1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios. 2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados. 3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas. 4. Las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción. 5. El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios*."

80. HIGUERA GUIMERÁ, "La transformación de la originaria Ley Orgánica…", cit., p. 7.

81. Riteniamo che -di seguito si esporranno gli argomenti pertinenti- l'accusa particolare debba esistere anche nei processi per contravvenzione. Di opinione contraria è DE LA ROSA CORTINA, "La acusación particular…", cit., p. 4.

82. È vero che, secondo quanto qui si è difeso, la parte accusata può prescindere dal procuratore fino alla fase dell'udienza. Tuttavia, il fatto che l'accusa non consideri questa opinione, non pregiudica fondamentalmente il principio di uguaglianza.

In antitesi al regime precedente, il "nuovo" art. 25 autorizza l'esercizio dell'accusa particolare in tutti i processi penali a carico di minori, senza discriminazione alcuna per ragione dell'età del soggetto trasgressore o della gravità dell'illecito. Due sono i vantaggi della modifica apportata al sistema. Da una parte, lo sottolineavamo in modo sommario nei paragrafi precedenti, si pone fine allo sviluppo di evidenti situazioni di disuguaglianza, come quelle che si presentavano quando delle fattispecie di reato di identica gravità fossero state commesse da persone maggiori e minori di sedici anni: se i delinquenti attentavano ciascuno contro una persona diversa – e il danno cagionato a ciascuna era coincidente – le persone offese ricevevano, per cause estranee alla loro volontà, un trattamento processuale essenzialmente differente. Dall'altra parte, si risolve il problema riguardante il giudizio dei delitti privati: queste figure ricevono ora lo stesso trattamento processuale del resto dei processi penali, richiedendosi, quindi, per la loro persecuzione l'istanza di parte. È discutibile, invece, se l'accusa particolare possa anche agire nei processi per contravvenzione. Il precetto allude esclusivamente a condotte costitutive di reato ed è sicuro che, in generale, quando il legislatore della LORPM vuole che una determinata norma si applichi sia al giudizio di reati che a quello di contravvenzioni, ciò viene precisato nella fattispecie.[83]

Tuttavia, a nostro giudizio, ci sono delle ragioni di peso che avallano un'interpretazione ampia della norma, in conformità alla quale si intende che il termine reato in questa utilizzato faccia riferimento a qualsiasi tipo di condotta punibile, si tratti di delitti in senso proprio o di contravvenzioni. In questo senso, la norma che ci riguarda riconosce diritti, ha un contenuto a favore di chi entri nel suo ambito di applicazione e, inoltre, non pregiudica i terzi, in modo specifico il minorenne accusato[84].

A nostro parere, di conseguenza, l'accusa particolare si può esercitare nei processi penali minorili in cui si giudicano contravvenzioni. Il "nuovo" art. 4 contribuisce a chiarire la situazione in questa linea, riconoscendo, all'inizio del terzo paragrafo, il diritto delle vittime e dei pregiudicati a comparire e a partecipare al procedimento, senza precisare il tipo di condotta, reato o contravvenzione, per cui questo si inizi. A nostro parere, di conseguenza, l'accusa particolare si può esercitare nei processi penali minorili in cui si giudicano contravvenzioni[85]. Il "nuovo" art. 4 contribuisce a chiarire la situazione in questa linea, riconoscendo, all'inizio del terzo paragrafo, il diritto delle vittime e dei pregiudicati a comparire e a partecipare al procedimento, senza precisare il tipo di condotta, reato o contravvenzione, per cui questo si inizi.

---

83. Dal momento che non esistono nel codice penale attuale contravvenzioni private in senso proprio, una stretta interpretazione del precetto che ci interessa, conformemente alla quale si esclude l'accusa particolare in relazione a questo tipo di illeciti penali di minore gravità, non presenterebbe problemi dal punto di vista del principio accusatorio. Competerà in ogni caso al pubblico ministero esercitare l'azione penale – eventualmente previa denuncia dell'offeso quando sia richiesto per legge –. Dall'altra parte, ma nella stessa linea di riflessione, non crediamo che la norma contenuta nell'art. 969.2 della LECr possa né si debba applicare al processo a carico di minorenni. Innanzitutto, perché se il pubblico ministero detiene in questo ambito non solo il potere di accusare (la cui assenza potrebbe essere compensata dall'offeso nei termini previsti per legge), ma anche quello di istruire, non esiste tra il processo a carico di minorenni e il giudizio per contravvenzioni una somiglianza che ne permetta l'applicazione analogica. Se, infatti, si applicasse la norma citata, rimarrebbe esclusivamente a disposizione del pubblico ministero l'esercizio dello *ius puniendi*, come succede già nel caso della tendenza – a nostro giudizio criticabile – aperta dall'art. 18 della LORPM, ma senza che si siano verificati i requisiti che questo precetto esige. In terzo luogo, perché è assolutamente sconsigliabile dal punto di vista dell'interesse del minore che la completa impunità delle sue condotte si basi sul carattere limitato delle risorse del pubblico ministero.

84. Malgrado ciò che consta nell'*Exposición de motivos* della LORPM, non sembra che il legislatore attuale consideri che l'esercizio dell'accusa particolare si possa considerare controproducente per il minore accusato.

85. Propone anche una concezione ampia del termine *reato* JIMÉNEZ SEGADO, *Puede prescindirse de la tutela penal frente a la delincuencia juvenil*?, in *Diario La Ley*, nº 6529, 19 luglio 2006, p. 6 dell'edizione digitale.

Come in qualsiasi processo, l'atto per eccellenza a disposizione dell'offeso per acquisire la condizione di parte nel processo penale a carico di minorenni è la querela, la cui forma e contenuto dovranno rispettare quanto stabilito nella LECr[86]. Tuttavia, a differenza di quello che accade nei restanti processi penali, in cui la querela deve essere presentata dinanzi all'organo istruttore (art. 272 LECr), in quello minorile si presenterà dinanzi al giudice, che è l'organo competente per giudicare nella fase del dibattimento e per realizzare nella fase dell'istruzione alcune attività che, per esigenze costituzionali, richiedono l'intervento giurisdizionale. Questi si occuperà di risolvere la questione concernente l'ammissibilità della querela, a seconda che concorrano o meno i requisiti legali (art. 25, ultimo paragrafo)[87]. Una volta ammessa, la querela si trasmetterà, così come l'ordinanza di ammissione (*auto de admisión*), al pubblico ministero affinché agisca secondo quanto previsto nell'art. 16, nel caso in cui non sia ancora iniziato il procedimento o in cui la persona pregiudicata sia parte a tutti gli effetti nelle ipotesi in cui il procedimento abbia già avuto inizio[88].

Oltre alla querela, la costituzione di parte si può realizzare anche mediante un semplice scritto successivo all'esercizio delle azioni civili nei termini previsti negli art. 109 e 110 LECr[89]. L'omissione che si apprezza nell'art. 25 circa l'indiscutibile[90] diritto delle vittime di essere informate delle azioni, non solo civili ma anche penali, è stato colmato dalla recente riforma dell'art. 4 realizzata nel 2006. Secondo il terzo paragrafo del menzionato precetto al cancelliere spetta il compito di comunicare agli interessati i loro diritti.

---

86. A nostro avviso, sebbene l'art. 25 non faccia allusione alla querela, l'atto di comparsa deve adottare questa forma se il processo non è ancora iniziato e può adottarla anche se ha già avuto inizio. È sorprendente che il nuovo art. 4, sui diritti delle vittime e dei pregiudicati, non faccia nessuna menzione alla querela.

87. Si avverte, nonostante, che in qualsiasi caso compete al pubblico ministero in via esclusiva determinare la concorrenza di tutte le condizioni legali necessarie per lo sviluppo del processo, affinché, sebbene il giudice, ai fini di ammettere la querela, debba esaminare (tra gli altri aspetti) i fatti che rivestono apparenza di reato, l'ultima parola per decidere circa l'inizio del procedimento a carico di minori, spetta al pubblico ministero istruttore.

88. É sicuro che sarebbe stato preferibile, in special modo, nei casi in cui il procedimento fosse già iniziato, che la querela fosse presentata direttamente dinanzi all'organo istruttore. Il fatto che non sia stato così, si riconduce al timore che il pubblico ministero si opponga all'accusa particolare. Si consideri che nel regime precedente l'offeso doveva richiedere il suo intervento al pubblico ministero e solo se questo respingeva la comparizione si richiedeva al giudice dei minori. Il cambiamento apportato dalla nuova regolazione potrebbe essere dovuto al fatto che l'esperienza della precedente normativa su questo aspetto specifico fosse stata negativa.

89. Como segnala la sentenza del Tribunale per i Minorenni (*Juzgado de Menores* in Spagna) di Valencia del 10 novembre del 2005 (JUR 2006/99139), il limite temporale per la comparizione dell'accusa particolare si deve rinvenire, analogamente a quanto dispone l'art. 110, nella decisione giudiziaria di apertura della fase dell'udienza contemplata nell'art. 31 della LORPM. L'art. 109 LECr dispone: "*En el acto de recibirse declaración por el Juez al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, el Secretario judicial le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. Asimismo le informará de la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas que conforme a la legislación vigente puedan corresponderle. Si no tuviese capacidad legal, se practicará igual diligencia con su representante. Fuera de los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se hará a los interesados en las acciones civiles o penales notificación alguna que prolongue o detenga el curso de la causa, lo cual no obsta para que el Secretario judicial procure instruir de aquel derecho al ofendido ausente. En cualquier caso, en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad*". Da parte sua, l'art. 110 LECr stabilisce: "*Los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan o solamente unas u otras, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones. Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme, siendo menester que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera expresa y terminante. Cuando el delito o falta cometida tenga por finalidad impedir u obstaculizar a los miembros de las corporaciones locales el ejercicio de sus funciones*

In conformità a quanto abbiamo già indicato, il legislatore ricorre ad una casistica inutile – ed anche poco ordinata – quando indica i poteri di azione concessi all'accusa particolare. Tecnicamente sarebbe stato non solo più corretto, ma anche più efficiente, una formula più succinta in cui, dopo il riconoscimento del diritto di essere parte, contasse anche il limite stabilito nel comma d) del precetto relativo alla proibizione di proporre prove riguardanti la situazione psicologica, educativa, sociale e familiare del minore. Ma al di là delle proposte di *lege ferenda*, interessa limitare lo studio del diritto vigente, che merita diversi commenti. A tal fine, utilizzeremo come filo conduttore dell'esposizione il processo nel suo sviluppo.

L'accusa particolare può cominciare ad attuare nella fase istruttoria. La lettera e) si limita a riconoscergli la facoltà di *partecipare* nelle attività investigative che si realizzano in questa fase (con manifesta improprietà, queste attuazioni ricevono il nome di *prove*). Ma sorge il dubbio se abbia anche la facoltà di *richiedere* le attività che consideri utili e pertinenti ai fini delle indagini, facoltà che si può inquadrare nella lettera d) del precetto (facendo di nuovo salvo che il termine prova non dovrebbe comprendere le attività di indagine che si realizzano nella fase dell'istruzione) e riconosciuta nell'art. 26, così come riformato dalla LO 8/2006. Il pubblico ministero istruttore deve controllare che, effettivamente, le attuazioni richieste rispondano ai parametri di pertinenza e utilità e denegherà quelle che non compiano, secondo il suo criterio, tali requisiti. Dinanzi ad una decisione negativa, in applicazione di quanto stabilito negli artt. 26.1 e 33 e) (quest'ultimo anche modificato dalla LO 8/2006, con il proposito di coordinarlo con l'art. 25), è opportuno ricorrere al giudice dei minori.

Una volta conclusa la fase dell'istruzione, l'intervento dell'accusa continua con la presentazione dell'atto di accusa; quest'ultimo e non la querela o qualsiasi altro realizzato anteriormente costituisce l'atto fondamentale nell'esercizio dell'azione penale. Tuttavia, malgrado possa sembrare paradossale, la LORPM, fino alla recente riforma del 2006, non conteneva alcun riferimento né al momento né al contenuto di questo atto. L'unica cosa che non si poteva dedurre dal testo è che dovesse ricevere la denominazione di "memoria", dal momento che questa era l'espressione utilizzata per l'atto presentato dal pubblico ministero – probabilmente, al fine di evitare che si potesse percepire un animo di retribuzione[91], la cosa più conveniente era estenderla all'altra parte accusatrice –. Dagli antecedenti legali immediati si poteva anche arrivare alla conclusione che il menzionato scritto doveva essere successivo a quello presentato dal PM, adempiendo a quanto prescritto nell'art. 30[92].

---

públicas, podrá también personarse en la causa la Administración local en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho punible".

90. In questa linea, l'istruzione della Procura Generale 8/2005, del 26 luglio, in materia di protezione della vittima nel processo penale.

91. Nello stesso senso, ORNOSA FERNÁNDEZ, *La fase intermedia del procedimiento penal de menores*, in *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, I-2002, p. 767.

92. Questo è il criterio che si può dedurre dall'*auto* dell'AP Barcellona, del 17 maggio 2005 (JUR 2005/169745). Stabilisce l'art. 30 LORPM: "*1. Acabada la instrucción, el Ministerio Fiscal resolverá la conclusión del expediente, notificándosela a las partes personadas, y remitirá al Juzgado de Menores el expediente, junto con las piezas de convicción y demás efectos que pudieran existir, con un escrito de alegaciones en el que constará la descripción de los hechos, la valoración jurídica de los mismos, el grado de participación del menor, una breve reseña de las circunstancias personales y sociales de éste, la proposición de alguna medida de las previstas en esta Ley con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen, y, en su caso, la exigencia de responsabilidad civil. 2. En el mismo acto propondrá el Ministerio Fiscal la prueba de que intente valerse para la defensa de su pretensión procesal. 3. Asimismo, podrá*

Si osservi, quindi, che, nella sua versione originaria, l'art. 25.7 disponeva che si realizzasse una volta terminata l'indagine, ma prima che il pubblico ministero presentasse il suo scritto di parte, quando la persona pregiudicata formulasse il suo. Questa disposizione é stata oggetto di importanti critiche[93]. Fortunatamente, con la riforma del 2006, che recepisce le precedenti deduzioni, la situazione migliora chiaramente. Secondo la nuova formulazione dell'art. 31, dopo l'apertura della fase dell'udienza, il cancelliere trasmetterà le attuazioni all'accusa particolare affinché nel termine di 5 giorni formuli la sua memoria.

Il contenuto di questo atto assomiglia a quello del pubblico ministero, con la differenza che non può fare riferimento, né alla parte riguardante le osservazioni né a quella relativa alla proposizione della prova [art. 25 d)][94] alla situazione psicologica, educativa, familiare e sociale del minore. Secondo l'art. 30, ai sensi del quale quanto disposto per il fascicolo del pubblico ministere è applicabile per analogia a quello formulato dall'accusa particolare, deve contenere la descrizione dei fatti, la loro valutazione giuridica, il grado di partecipazione del minore, la richiesta fondata di alcune delle misure previste per legge e le prove che si propongono[95].

Inoltre, dal momento che, dopo l'ultima riforma dell'anno 2006, il giudizio sull'esercizio dell'azione civile si deve realizzare durante l'udienza, si dovranno anche formulare le osservazioni pertinenti e le richieste sulla responsabilità civile, salvo che, non deve essere frequente, si rinunci a questa, si riservi per il processo civile o si deleghi il suo esercizio al pubblico ministero.

È discutibile l'opportunità del limite alla formulazione di osservazioni e alle facoltà probatorie in relazione alla situazione psicologica, educativa, familiare e sociale del minore. Da una parte, sembra appropriato che in qualsiasi processo tutte le parti dispongano degli strumenti necessari che contribuiscano a rendere la pronuncia del giudice conforme alla realtà e al diritto. Ma, dall'altra, è anche ragionevole pensare che nella decisione del legislatore abbia influito di più evitare che il minore o il suo intorno possano essere conosciuti da parte di esperti designati dall'accusa per cercare di indagare aspetti intimi del minore o della sua famiglia che non abbiano relazione con il fatto che si giudica. A nostro avviso, alla fine, la decisione legislativa non è sbagliata.

---

proponer el Ministerio Fiscal la participación en el acto de la audiencia de aquellas personas o representantes de instituciones públicas y privadas que puedan aportar al proceso elementos valorativos del interés del menor y de la conveniencia o no de las medidas solicitadas. En todo caso serán llamadas al acto de audiencia las personas o instituciones perjudicadas civilmente por el delito, así como los responsables civiles. 4. El Ministerio Fiscal podrá también solicitar del Juez de Menores el sobreseimiento de las actuaciones por alguno de los motivos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la remisión de los particulares necesarios a la entidad pública de protección de menores en su caso".

93. In effetti, risultava un po' strano che il pregiudicato fosse il primo a presentare una memoria difensiva e che questo avvenisse prima che il pubblico ministero dichiarasse formalmente conclusa l'istruzione. Considerava in questo senso RICHARD GONZÁLEZ che era difficile intendere la strada processuale stabilita ("El nuevo proceso...", cit., p. 1680). Da parte sua, MARCHENA GÓMEZ, dopo aver affermato che la norma contenuta nell'art. 25.7 non era un modello di precisione grammaticale, raccomandava che la memoria del pregiudicato fosse posteriore a quella del pubblico ministero (*Ley de la responsabilidad penal*..., cit., p. 295).

94. Sebbene la lettera d) dell'art. 25 stabilisca solo la limitazione in relazione alla proposizione di prove, sembra evidente che deve includere anche le obiezioni, dal momento che non ha nessun senso che si permetta di fare obiezioni sulla situazione psicologica, familiare, sociale ed educativa del minore che poi non possono essere provate.

95. D'altro canto sarebbe opportuno richiedere l'archiviazione, così come prevede l'art. 30.4, ma questa possibilità è alquanto improbabile trattandosi dell'accusa particolare.

Il fatto che ci siamo pronunciati a favore dell'esercizio dell'accusa particolare non significa che ignoriamo il rischio di un possibile 'abuso' del diritto di accusare. Mentre nei processi penali a carico di adulti le circostanze relative al contesto sociale, familiare e in modo occasionale anche scolastico dell'imputato possono essere irrilevanti o anche secondarie e si evita pertanto l'interesse delle parti che accusano a studiare questi aspetti; nel processo a carico di minorenni, come si deduce dall'art. 7.3, invece, tali circostanze sono determinanti e l'accusa particolare potrebbe non solo andare oltre la richiesta della pratica di pareri di periti, ma anche avvalersi di informazioni attraverso investigatori privati che successivamente potrebbero dichiarare in qualità di testimoni.

Il contenuto dell'atto di accusa può influire in modo decisivo sul dovere di correlazione che il giudice deve rispettare nel momento in cui pronuncia la sentenza, così come si deduce chiaramente dall'art. 8, modificato assieme all'art. 25 LO 15/2003. È anche determinante, affinché ci sia una conformità piena, in relazione ai fatti e alla misura che si richiede, o anche solo limitata al riconoscimento dei fatti. Fino all'ultima riforma realizzata nel 2006, infatti, né l'art. 32 né l'art. 36 prevedevano che potesse esistere un altro atto di accusa oltre a quello del pubblico minisetro. In questo modo, le diverse possibilità di arrivare ad un accordo di conformità che si contemplano – nel momento di presentare la memoria difensiva o all'inizio dell'atto di udienza – riguardavano esclusivamente il pubblico ministero ed il minore. Tuttavia, com'é evidente, dall'entrata in vigore della riforma dell'art. 25 la conformità può avere luogo solo se vi accedano tutte le parti comparse, sia perché vi sia l'accordo sulla memoria relativa alla più grave delle accuse, sia perché, dopo le negoziazioni necessarie, l'accusa che gli imputa il delitto più grave accetti una riduzione di quanto richiesto o un resoconto più semplice dei fatti punibili. Fortunatamente, le ultime modifiche migliorano in alcuni punti la situazione dal punto di vista giuridico. Da una parte, perché l'art. 32[96] non fa riferimento all'atto di accusa del pubblico ministero, ma contiene un più generico riferimento allo scritto dell'accusa (manca, tuttavia, nella norma la precisazione che la conformità del minorenne deve essere con quella più grave delle accuse). Dall'altra perché l'art. 36[97] fa riferimento espresso all'accusa particolare (sebbene, di nuovo, si ometta l'importante dato che l'accordo di volontà necessario per la conformità richiede il consenso di tutte le parti accusatrici).

96. L'art. 32 LORPM dispone: "*Si el escrito de alegaciones de la acusación solicitara la imposición de alguna o algunas de las medidas previstas en las letras e) a ñ) del apartado 1 del artículo 7, y hubiere conformidad del menor y de su letrado, así como de los responsables civiles, la cual se expresará en comparecencia ante el Juez de Menores en los términos del artículo 36, éste dictará sentencia sin más trámite. Cuando el menor y su letrado disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará la audiencia a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad. Cuando la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil no estuvieren conformes con la responsabilidad civil solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquella*".

97. L'art. 36 LORPM stabilisce: "*1. El secretario judicial informará al menor expedientado, en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de las medidas y responsabilidad civil solicitadas por el Ministerio Fiscal y, en su caso, la acusación particular y el actor civil, en sus escritos de alegaciones, así como de los hechos y de la causa en que se funden. 2. El Juez seguidamente preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con las medidas solicitadas y con la responsabilidad civil. Si mostrase su conformidad con dichos extremos, oídos el letrado del menor y la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil, el Juez podrá dictar resolución de conformidad. Si el letrado no estuviese de acuerdo con la conformidad prestada por el propio menor, el Juez resolverá sobre la continuación o no de la audiencia, razonando esta decisión en la sentencia. 3. Si el menor estuviere conforme con los hechos pero no con la medida solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar la aplicación de dicha medida o su sustitución por otra más adecuada al interés del menor y que haya sido propuesta por alguna de las partes. 4. Cuando el menor o la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil no estuvieren conformes con la responsabilidad civil solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a*

Durante l'udienza, l'accusa particolare agirà nelle stesse condizioni delle altre parti del processo [art. 25 h)]. Pertanto, le restrizioni alla pubblicità di questo atto contemplate nell'art. 35.2 non possono pregiudicare in nessun modo le sue facoltà di attuazione. Questo significa che si dovrà sempre permettere la presenza dell'avvocato dell'accusa particolare. L'offeso, invece, può essere privato dell'assistenza se il giudice, tenuto conto delle circostanze concorrenti, lo ritenga necessario. Si consideri, per il resto, che il nuovo 3º comma del menzionato art. 35 impone il dovere di rispettare rigorosamente il diritto del minore alla confidenzialità e alla non diffusione dei suoi dati personali o dei dati di cui dispongano nel procedimento istruito e di ricevere le sanzioni civili e penali applicabili in caso di inadempimento.

L'accusa particolare è legittimata ad interporre uno qualsiasi dei ricorsi legalmente previsti. Partendo da questa affermazione, contenuta nella lettera i) dell'art. 25, si è proceduto per mezzo della LO 8/2006 a modificare il terzo comma dell'art. 42[98] nel senso di legittimare le parti alla preparazione del ricorso di cassazione per unificazione della dottrina (si è risolta quindi, anche in questo punto, la mancata coordinazione delle norme che per più di tre anni ha caratterizzato la LORPM).

Il diritto all'esercizio dell'azione penale culmina dopo la sentenza definitiva. Nel caso in cui si decreti la condanna, il processo di esecuzione inizierà e si svilupperà con un'unica parte, quella condannata, senza che altri soggetti interessati – pubblico ministero, l'offeso e l'*equipe* di esperti – intervengano in determinati momenti, se previsto per legge. A questo proposito, l'art. 25, lettera g) dispone che l'offeso che avesse esercitato l'accusa particolare deve essere sentito in caso di modifica o di sostituzione delle misure imposte al minore.

D) L'accusa popolare?

Prima della riforma dell'art. 25 da parte della LO 15/2003, l'accusa popolare nel processo penale minorile non era ammessa. Dal divieto espresso di esercitare l'accusa particolare, infatti, sorgeva in modo implicito ma chiaro il divieto di intervenire per qualsiasi altro soggetto diverso dall'offeso o dai suoi *dante causa*. Tuttavia, dopo la menzionata riforma non si può, a nostro giudizio, mantenere un'affermazione così forte. Dinanzi alla modifica della legge, la quale ha soppresso un divieto che implicitamente ne comprendeva un altro, senza menzionare espressamente il mantenimento di questo secondo, si può giustamente intendere che si è prodotto un vuoto legale che deve essere colmato con l'applicazione suppletiva della LECr, che, invece, permette in modo espresso l'esercizio dell'accusa popolare. Per decidere se si possa o meno ammettere l'accusa popolare sulla base dell'applicazione suppletiva della LECr si considerano determinanti i criteri processuali specifici previsti per il processo a carico di imputati minorenni[99]. Come è risaputo, il ricorso a precetti di altri corpi normativi devono essere in ogni caso condizionati al fatto che le norme che si importano siano compatibili con il sistema in cui si inseriscono.

---

este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquélla".

98. Dispone l'art. 42.3 LORPM: "*El recurso podrá prepararlo el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes que pretenda la indicada unificación de doctrina dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia de la Audiencia Nacional o Provincial, en escrito dirigido a la misma. El escrito de preparación deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, con designación de las sentencias aludidas y de los informes en que se funde el interés del menor valorado en sentencia*".

99. Un altro fattore da considerare può essere l'intenzione del legislatore, anche se non ha un carattere decisivo. In questo senso, dagli antecedenti legali immediati e dall'esposizione dei motivi è facile dedurre il proposito del legislatore di non permettere la partecipazione nel processo dei minori dei cittadini attraverso l'accusa popolare.

A nostro giudizio, un processo in cui si cerca di restringere la pubblicità, preservando il minore per quanto possibile nell'anonimato, affinché possa reinserirsi pienamente nella società[100], non si concilia con l'attuazione nel processo di qualsiasi soggetto estraneo alla fattispecie di reato. Pertanto, senza pregiudizio di reclamare la rapida modifica legale affinché si proibisca espressamente l'accusa particolare, intendiamo che, per il momento, i tentativi di comparire nel processo, approfittando della lacuna normativa esistente devono essere rifiutati sulla base della precedente argomentazione.

E) Il giudice dei minori

Malgrado il PM sia l'organo pubblico a cui è attribuito per legge lo sviluppo della fase istruttoria, in conformità agli artt. 117, 17 e 18 della Costituzione Spagnola, determinate attività rientranti in questa fase processuale devono essere attribuite ad un organo giurisdizionale. La LORPM stabilisce che questo organo sia, in generale, il giudice dei minori (art. 23.3). In via eccezionale, il giudice istruttore valuterà le richieste di *habeas corpus* (art. 17.6).

A questo punto, è opportuno analizzare il ruolo che svolge il giudice dei minori nel corso della fase di istruzione. In questo lavoro ci interessa soffermarci sul suo intervento nel corso degli atti d'indagine, che incidono sui diritti fondamentali ed in relazione ai quali le attività si svolgono in segreto.

4. L'art. 23.3 stabilisce che il pubblico ministero non potrà adottare da solo misure che restringano i diritti fondamentali, ma dovrà richiedere al giudice la pratica di quelle necessarie per assicurare il successo delle indagini. Il giudice dei minori si pronuncerà adottando un'ordinanza (*auto*).

La pratica di queste misure sarà documentata in un atto separato[101]. Da questo precetto si deduce, inoltre, che i membri della polizia giudiziaria non possono neppure adottare misure restrittive di diritti fondamentali senza ottenere prima dall'organo giurisdizionale una risposta affermativa.

Ai sensi dell'art. 2.2 del Regolamento che sviluppa la LORPM, l'autorizzazione si potrà ottenere attraverso il pubblico ministero. Dall'altra parte, l'art. 26.3 stabilisce che le richieste per le misure d'indagine realizzate dall'avvocato del minore o dall'accusa particolare dovranno essere presentate dal pubblico ministero al giudice dei minori nei limiti in cui le consideri pertinenti ai fini delle indagini.

Un'analisi dell'art. 23.3 – come è facile osservare, formulato in modo eccessivamente scarno – richiede prima di tutto di avere un'idea, se non esatta almeno sufficientemente precisa, degli atti di indagine che violino i diritti fondamentali. Solo a partire da questo momento si possono affrontare altre questioni importanti che la disposizione suggerisce e non risolve, e per le quali in altri articoli neppure si può trovare una risposta.

---

100. Su questo aspetto è interessante il paragrafo IX dell'Istruzione della Procura Generale 3/2005, del 7 aprile (JUR 2005/88067).

101. In virtù della disposizione finale sesta, l'art. 23 ha natura di legge ordinaria. Ciò sorprende se si considera che nel comma 5 regola il modo di limitare diritti fondamentali. È sicuro che, secondo la dottrina del TC, la riserva di LO che impone l'art. 81 non deve essere interpretata in forma estensiva (STC 224/1993, del 1º luglio); questo significa che si devono considerare al di là di quelle norme che riguardano elementi non necessari o che non incidano direttamente sull'ambito e i limiti del diritto fondamentale (STC 101/1991, del 13 maggio). Tuttavia, non crediamo che l'art. 23.3 si possa considerare un precetto collaterale in materia di diritti fondamentali. Inoltre, anche considerando discutibile la questione, se la legge avesse assunto carattere organico, sarebbe stato logico, dinanzi il dubbio mantenere questo rango per l'art. 23.

Conoscere gli atti di indagine che si debbano considerare restrittivi di diritti fondamentali non è un compito facile. Malgrado ci sia un consenso legale, giurisprudenziale e dottrinale in relazione ad alcuni di questi, come le perquisizioni in un luogo chiuso o l'intercettazione e l'osservazione delle comunicazioni – salvo alcune discrepanze, circoscritte all'ambito dottrinale, circa l'intercettazione di pacchetti postali –[102], non si può affermare la stessa cosa di altri, come, ad esempio, le perquisizioni corporali lievi che hanno ad oggetto la ricezione e l'analisi di prove biologiche. È risaputo che la LECr, che è il testo normativo chiamato a regolare questa questione[103], presenta delle norme disordinate rispetto alla situazione tecnologica e scientifica in cui viviamo.

Sono stati, senza dubbio, vari i tentativi di adattare la legislazione ai nuovi tempi. In relazione alle misure di ispezione, di riconoscimento e alle perquisizioni corporali risaltano quelli introdotti nell'art. 778.3, con la riforma dell'anno 2002, e nell'art. 363.2, grazie alla riforma introdotta dalla disposizione finale della LO 15/2003 di riforma del codice penale. In quest'ultimo precetto si riconosce implicitamente – il legislatore ha seguito su questo punto la posizione dottrinale che riteniamo predominante (ed accertata)[104]–, che tutte queste misure restringono dei diritti fondamentali – il diritto all'intimità[105], quello all'integrità fisica e, seppur in minor misura, il diritto alla libertà –. Per tali motivi, è necessario che il giudice dell'istruzione, mediante decisione motivata, autorizzi la realizzazione delle stesse per ottenere prove biologiche della persona indagata.

---

102. La giurisprudenza ha scelto la tesi più garantista, sia offrendo un'interpretazione ampia del segreto delle comunicazioni (art. 18.3 Costituzione Spagnola), sia considerando la questione dal punto di vista del diritto all'intimità (art. 18.1). Al riguardo, si veda MORENO CATENA, *Lecciones de Derecho Procesal Penal* (con GIMENO SENDRA e CORTÉS DOMÍNGUEZ), Madrid, 1999, pp. 243 e ss.; dello stesso autore, "La intervención de las comunicaciones personales en el proceso penal", *La reforma de la Justicia Penal*. *Estudios en homenaje al prof. Klaus Tiedemann*, Castellón de la Plana, 1997, p. 410; ALONSO PÉREZ, *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, Madrid, 2001, pp. 57-58; RIVES SEVA, *La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, Elcano, Navarra, 2000, pp. 34 e ss. In questa linea si trova, inoltre, l'art. 263 bis LECr, comma 4, relativo all'intercettazione e all'apertura di invii postali nell'ambito di un'operazione di circolazione e consegna vigilata di droghe. Si noti che l'obiettivo della legge è il rispetto in qualsiasi momento delle garanzie *giudiziarie* previste nell'ordinamento giuridico. MONTERO AROCA realizza una severa critica di questa posizione giurisprudenziale in *Detención y apertura de la correspondencia y de los paquetes postales en el proceso penal*, Valencia, 2000, *passim*. Adotta una posizione non conformista VEGAS TORRES, "Detención y apertura de paquetes postales. Especial consideración de la apertura en el marco de las entregas vigiladas", *Tribunales de Justicia*, nº 8/9, 1997, pp. 850-851; e GASCÓN INCHAUSTI, "Entrega vigilada de droga y apertura de paquetes postales", *Tribunales de Justicia*, nº 6, 1999, p. 595.

103. La LORPM non apporta nulla al riguardo; le sue previsioni si limitano a rivendicare la figura del giudice in tutte le attuazioni limitative di diritti fondamentali senza specificare quali siano. Ed è corretto, dal punto di vista della coerenza sistematica, che così sia, dal momento che, senza dubbio, il luogo idoneo per regolare le attività del processo penale, che si dovessero considerare limitative di diritti fondamentali, è, oltre alla Costituzione, la LECr.

104. Tra gli altri, ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida*..., cit., pp. 138 e ss.; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, p. 300; GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Madrid, 1995, pp. 44 e ss.; APARICIO BLANCO, *Diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales, competencia del juez de menores en el ámbito de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores*, in *Revista del Poder Judicial*, 60, 2000, pp. 207 e ss.; ORTEGO PÉREZ, *Problemas derivados de las intervenciones corporales en la investigación criminal (en particular, las exploraciones radiológicas y su valoración probatoria)* , in *Diario La Ley*, nº 6049, del 28 giugno 2004, pp. 4 e ss. dell'edizione digitale. Su questa materia è essenziale la STC 207/1996, del 16 dicembre. In relazione ai test di alcolemia, la STC 234/1997, del 18 dicembre, nel cui Considerato in diritto n. 9 si considera che questi possono ledere il diritto all'intimità personale, data l'informazione che mediante questo tipo di perizia si può ottenere (non si allude, tuttavia, alla possibile limitazione del diritto alla libertà). Ciononostante, in certe occasioni sembra aversi considerato che alcune ispezioni più lievi, in modo specifico le perquisizioni del corpo non violano neppure il diritto alla libertà. Al rispetto si veda PALACIOS CRIADO, *Diligencias que afectan a derechos fundamentales, La instrucción del sumario y las diligencias previas, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1998, pp. 280 e ss. Un trattamento recente di questa attività si può rinvenire in AGUILERA MORALES, *Incidencia del cacheo sobre los derechos fundamentales. Validez de la actuación policial sobre la base de confidencias anónimas*, in *Tribunales de Justicia*,

Malgrado ciò, i nuovi precetti non sono sufficienti, ma omettono alcuni aspetti[106], come, ad esempio, quale debba essere la conseguenza del rifiuto dell'imputato di sottoporsi a perquisizione. Infatti, anche se si potrebbe considerare come un dovere, nel nostro sistema non è ancora ammesso l'uso della forza per imporne il compimento. Si può imporre solo una punizione per il delitto di disobbedienza all'autorità[107]. Per quanto riguarda le misure di indagine dirette alla registrazione di immagini, ci troviamo un'altra volta dinanzi ad una normativa incompleta. La LO 4/1997, del 4 agosto, che regola l'utilizzo di telecamere da parte delle Forze e dei Corpi di Sicurezza in luoghi pubblici, si limita a riconoscere alle autorità amministrative la potestà di autorizzare l'istallazione di telecamere in luoghi pubblici nei limiti in cui non si pregiudichi in modo grave e diretto l'intimità delle persone, ma lascia all'interprete la possibilità di specificare gli spazi pubblici in cui si produce questa violazione (non c'è dubbio che la collocazione di questi apparati in luoghi privati violi il diritto all'intimità e/o all'inviolabilità del domicilio, come riconosciuto nell'art. 6.5 della menzionata legge). Per il momento, i tribunali si sono già pronunciati, affermando che i lavabi, le toilette o i bagni pubblici sono spazi in cui si realizzano atti che richiedono una certa privacy, per cui l'installazione di videocamere potrà avvenire solo previa autorizzazione giudiziale [STS del 7 luglio 1998 (RJ 1998/5830)].

Come abbiamo già detto, l'analisi degli atti di indagine ha la finalità di determinare l'ambito di applicazione dell'art. 23.3. Inoltre, come abbiamo già anticipato prima, il precetto è così scarno che lascia importanti questioni senza risposta. Non si prevede nulla, da una parte, circa i casi in cui l'autorizzazione giudiziaria possa essere superflua o possa ostacolare il successo dell'indagine.

E nulla si dice sull'intervento giurisdizionale: si tratta di una mera autorizzazione o di una partecipazione attiva alla misura? Entrambi sono senza dubbio temi importanti; per questo è necessario prestarvi attenzione anche se bisogna riconosce che il secondo ha, per così dire, una maggior trascendenza, essendo, come vedremo, intimamente relazionato al diritto fondamentale al *juez no prevenido*, che è una manifestazione del diritto a un processo con tutte le garanzie. In relazione alle possibili eccezioni all'autorizzazione giudiziaria, la LORPM tralascia che esistono certi fattori, come la fragranza di reato o l'urgenza delle indagini, che consigliano una rapida attuazione della polizia incompatibile per ragioni temporali con l'autorizzazione dell'organo giurisdizionale.

---

106. Nello stesso senso altri come GOYENA HUERTA, *Las intervenciones corporales coercitivas*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 695/2005, pp. 1 e ss; ETXBERRIA GURIDI, *Los análisis de ADN en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, in *La Ley Penal*, nº 4, 2004, pp. 1 e 2 dell'edizione digitale, DE LA ROSA CORTINA, in *Análisis practicados*..., cit., p. 8 dell'edizione digitale o ORTEGO PÉREZ, *Problemas derivados*…, cit., p. 4 dell'edizione digitale.

107. Al rispetto si veda: GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales*…, cit., pp. 63 e ss. e 106 e ss.; PALACIOS CRIADO, *Diligencias que afectan a derechos fundamentales*, cit., pp. 272-273 e 278; ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida*…, cit., pp. 150 e ss. E l'istruzione della Procura Generale 6/1988, del 12 dicembre, in particolare la terza conclusione. Contro questa posizione, DE LA ROSA CORTINA, *Análisis practicados*..., cit., pp. 2 e 3 dell'edizione digitale. Sul tema anche GÓMEZ AMIGO, *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, Elcano, Navarra, 2003, pp. 43 y ss. e, nell'addenda, pp. 9-10, che si manifesta a favore della possibilità di obbligare direttamente l'imputato che si nega a sottoporsi alla misura di indagine in questione. Egualmente, GOYENA HUERTA, *Las intervenciones corporales*…, cit., pp. 1 e ss. Dal punto di vista dei tribunali, la sentenza dell'Audiencia Nacional (*Sala de lo Penal, secc. 2ª*) del 30 novembre 2005 (*Diario La Ley*, 26 gennaio 2006) presenta il tema che ci interessa e sebbene non offra una risposta chiara allo stesso, è molto interessante la citazione della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (*infra*, Corte EDU) dell'8 febbraio 1996 (caso *Murray*), in cui il rifiuto di sottoporsi a queste attività d'indagine si considera un elemento che non ha di per sé un valore probatorio, ma che, connesso al resto della prova, può rafforzare le conclusioni ottenute dall'organo giudicante.

La stessa Costituzione Spagnola, la LECr e altri testi legali che si occupano di questa materia, invece, prevedono queste situazioni per i processi a carico di adulti, esimendo –al meno inizialmente– l'intervento giurisdizionale. La questione che immediatamente si presenta è se sia opportuno realizzare un'interpretazione dell'art. 23.3 LORPM in virtù della quale la norma che in questo si riconosce sia concepita solo come una regola generale. Crediamo che sia corretta una risposta affermativa. Si devono considerare le previsioni dell'art. 23.3 come una pura regola generale, dal momento che, in alcune occasioni, un'attuazione immediata può essere imprescindibile – soprattutto nelle fasi pre-processuali in cui agisce la polizia – per comprovare in modo preciso i fatti e alla fine ottenere un pronunciamento certo e giusto[108]. Si consideri, inoltre, che con una certa frequenza partecipano alla commissione degli illeciti penali persone adulte e minori d'età, per cui le indagini della polizia realizzate prima del processo riguardano allo stesso modo sia le une che le altre. Non sembra giuridicamente spiegabile che un unico atto di indagine inizialmente utile in due o più processi giudiziari si possa considerare, a sua volta, valido in alcuni e nullo in altri a seconda che l'imputato sia maggiore o minore d'età.

Nella LORPM non si prevede neppure che il consenso del titolare del diritto fondamentale pregiudicato esoneri dall'autorizzazione giurisdizionale. A prima vista, la minore età e la conseguente incapacità di agire in termini generali dell'imputato potrebbe farci pensare che, nel processo a carico di imputati minorenni, la volontà di questo non esima dalla necessità che intervenga il giudice dei minori. Questo criterio, tuttavia, non sarebbe assolutamente conforme alle ampie facoltà che si concedono al minore per riconoscere i fatti che gli si attribuiscono o per conformarsi alla pena. Se la volontà del minore è determinante in questi aspetti di indubitabile incidenza sui suoi diritti fondamentali, sembra che dovrebbe anche esserlo, sempre che si possa constatare che è stato un consenso liberamente prestato, per escludere l'applicazione dell'art. 23.3.

Anche se non ci risulta che su questo particolare ci sia stata qualche pronuncia giurisdizionale specificamente dedicata al processo a carico di minorenni, la STS del 4 novembre 2002 (RJ 2002/10007), emessa in un processo ordinario per delitti gravi, ha una stretta relazione con il tema che ci interessa. In questa pronuncia, il TS stabilisce come requisito essenziale per la validità del consenso ad una misura di perquisizione la piena capacità di agire di chi lo presta (in questo caso la validità del consenso del figlio si riferiva a un processo in cui era imputato il padre e al domicilio in cui convivevano entrambi). Adottare questa posizione per il processo penale minorile, come è già stato sostenuto da qualche autore e contro quello che qui si difende, determinerebbe l'inefficacia del consenso dell'imputato per escludere l'autorizzazione giurisdizionale[109].

---

108. Di sicuro, l'attribuzione ai giudici di guardia della competenza per accordare le diligenze d'indagine restrittive di diritti fondamentali (art. 42.3 del Regolamento 1/2005 del Consiglio Generale del Potere Giudiziario sugli aspetti accessori delle attività giudiziarie, BOE, 27 settembre 2005 -RCL 2005/1897), hanno contribuito a ridurre i casi in cui l'urgenza sia tale da giustificare di prescindere dall'intervento giurisdizionale. Dall'altra parte, bisogna segnalare che, in questo ambito non esiste la possibilità di sollevare un ricorso d'*amparo*. Questo significa che gli interventi corporali possono giustificare alterazioni del regime generale relativo all'autorizzazione giudiziaria che non si trovano adeguatamente regolate né nella legislazione dei minori né nel resto della normativa processuale, ma che sono di riconoscimento essenzialmente processuale. Si è ammesso, così, in relazione ai processi riguardanti persone adulte, che non è necessaria la previa autorizzazione giudiziaria nel caso delle analisi del sangue, del taglio di capelli e di altri interventi corporali lievi, quando l'urgenza della situazione lo richieda (STC 207/1996, del 16 dicembre). Ciò, invece, non succede, in quelle che più gravemente incidono sui diritti fondamentali. Sembra quindi logico concludere che una identico posizione dovrebbe essere applicata al processo penale a carico di minorenni. In questa línea, APARICIO BLANCO, *Diligencias de instrucción restrictivas...*, cit., pp. 207-208.

Da una diversa prospettiva, è opportuno offrire anche una risposta ad una situazione che si verifica con frequenza nella perquisizione del domicilio: dato che nella maggior parte delle occasioni i minori convivono con i loro genitori o i tutori, il consenso di questi permette di prescindere dall'autorizzazione giudiziaria? A nostro avviso, se nel caso della perquisizione del domicilio familiare è sufficiente il consenso del titolare, la perquisizione dell'abitazione e degli oggetti del minore non si può realizzare senza autorizzazione giudiziaria solo perché lo permettano i genitori o i tutori[110]. Il diritto fondamentale all'inviolabilità del domicilio, infatti, è di carattere personalissimo e appartiene a ciascuna delle persone che si trovano a vivere sotto lo stesso tetto[111]. Dopo aver esposto la nostra opinione sulle possibili eccezioni all'intervento giurisdizionale, è opportuno affrontare il tema concernente la portata dell'attività giudiziaria in quei casi – la generalità – in cui è obbligatoria.

Si tratta di una mera autorizzazione previa *stricto sensu* o, al contrario, implica anche una partecipazione attiva nella pratica di tali misure[112]? Il carattere letterale dell'art. 23.3 induce a propendere per la seconda risposta, dal momento che i termini in cui si esprime il precetto sono «richiedere al giudice la pratica..» invece di «richiedere al giudice l'autorizzazione per la pratica...»[113].

Se applicato a determinati atti restrittivi di diritti fondamentali significherebbe, ad esempio, che la perquisizione del domicilio dovrebbe essere realizzata dal giudice o dall'autorità o funzionario a cui questi – e non il pubblico ministero – deleghi (artt. 558, 563 e 572 LECr); egualmente, si deduce che il giudice sarebbe chiamato a ricevere tutta la corrispondenza intercettata e che è l'unico che potrebbe procedere ad aprirla, ad intercettarla o a controllare il contenuto delle comunicazioni telefoniche, selezionando le parti che si considerino interessanti per le indagini e tralasciando le altre[114].

D'altra parte, l'*Audiencia Nacional*, nella sua sentenza del 30 de novembre 2005 (sala de lo penal, secc. 2ª) (*Diario La Ley*, 26.01.2006) non considera necessaria l'autorizzazione giudiziaria per ottenere il DNA a partire dagli oggetti abbandonati dalle persone sospettate nei luoghi dei fatti. Sebbene su questo punto la giurisprudenza sia contraddittoria, si veda da una parte la STS del 14 ottobre 2005 (RJ 2005/8072), in senso simile a quella dell'*Audiencia Nacional* e dall'altra per la tesi contraria la STS, del 19 aprile 2005 (RJ 2005/4190).

109. LÓPEZ LÓPEZ, *La instrucción*..., cit., pp. 294 e ss.

110. È contrario, LÓPEZ LÓPEZ, *La instrucción*..., cit., pp. 294 e ss. e DOLZ LAGO, *Algunas consideraciones sobre la entrada y registro e intervenciones postales, telegráficas y telefónicas en el proceso penal de menores*, in *Anuario de justicia de menores*, nº 10, 2010, pp. 39 e 40. *Para este último autor:* «*Atendiendo a la doctrina jurisprudencial, sobre la validez del consentimiento de cualquiera de los moradores para la entrada y registro domiciliario cuando no existan intereses contrapuestos entre ellos, en el caso de menores deberá interprestarse esta jurisprudencia admitiendo el consentimiento de los representantes legales moradores convivientes si no existe un espacio reservado a la privacidad del menor y excluyendo también la validez de dicho consentimiento si éstos tienen intereses contraios al menor, v.gr. denuncias por violencia intrafamiliar, de forma que en estos casos será necesario recabar el consentimiento del propio menor. En todo caso, es muy problemático admitir que el registro de papeles, documentos, ordenador personal, privados del menor pueda ser autorizado mediante el consentimiento de sus representantes legales, ya que si bien puede sostenerse que, en los supuestos indicados de no contradicción de intereses, los representantes legales del menor pueden consentir la entrada en el domicilio y en la habitación del menor, en cuanto ésta forma parte del hogar familiar y no es de exclusiva privacidad del menor, como podría ser una habitación de hotel o una habitación arrendada, no cabe extender este planteamiento a los documentos del menor, en donde se proyecta los aspectos más íntimos de su privacidad*».

111. Consideriamo che condivide quest'opinione: HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Madrid, 1996, p. 80.

112. Questa partecipazione potrebbe essere diversa a seconda della concreta attuazione che fosse stata realizzata. In linea generale, si può concretizzare sia realizzando direttamente l'atto in questione, che assumendo il controllo e ottenendo tutti i risultati nel momento in cui si producono.

113. È contrario APARICIO BLANCO, il quale ritiene che la redazione legale non dica nulla circa l'organo competente incaricato della pratica. Cfr. *Diligencias de instrucción restrictivas*..., cit, p. 173.

114. Intende che così deve essere LÓPEZ LÓPEZ, *La instrucción*..., cit., p. 317.

Malgrado questa sia la regola generalmente accettata per i processi a carico di adulti (la dottrina insiste a sottolineare che tali atti restrittivi di diritti fondamentali, oltre alla previa autorizzazione giudiziaria, richiedono un ferreo controllo e la vigilanza da parte dell'autorità giudiziaria sull'attività svolta dalla polizia[115]) e che questo modo di attuare doterebbe tali atti di indagine (o i suoi risultati) di un'ulteriore efficacia probatoria, se si trasferisse al processo a carico di imputati minorenni – intendiamo – sorgerebbero due seri inconvenienti.

È evidente, da un lato, che il mancato riconoscimento da parte del giudice dei dettagli del caso che si sta investigando (si consideri che non ha ancora in suo potere il caso) rende più difficile – se non impedisce – una corretta selezione di tutto il materiale che porta con sé la misura praticata. Nessuno meglio del giudice delle indagini può determinare che cosa si deve cercare con l'adozione di quella misura, che cosa si deve ottenere mediante la perquisizione del domicilio, quali lettere, parti di queste o invii possano essere d'interesse o quali frammenti delle intercettazioni telefoniche possano rivelare più dati. L'ostacolo di maggior peso sarebbe costituito dal rischio evidente di violazione del principio del *juez no prevenido* e di conseguenza del diritto fondamentale a un processo con tutte le garanzie[116].

Il giudice dei minori che ha controllato e diretto la pratica degli atti restrittivi dei diritti fondamentali conosce, all'inizio dell'udienza, il risultato delle indagini più importanti, potendo così realizzare una valutazione previa a quella delle prove del giudizio orale che influisca sulla loro ammissione o sul diniego, o che abbia prevalenza o si concili con la loro valutazione[117]. Non si può non riconoscere la tendenza del giudice a considerare certo ciò che si deduce dalla misura d'indagine, così che le prove a discarico contenute nell'atto del giudizio dovranno avere sufficiente forza per frenare l'influenza della prima misura sull'animo del giudice[118].

---

115. Così, in relazione al segreto delle comunicazioni, si veda: MONTERO AROCA, *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal (un estudio jurisprudencial)*, Valencia, 1999, pp. 92-93.

116. Pensa allo stesso modo, al riguardo, SÁEZ GONZÁLEZ, *Imparcialidad y situaciones de contaminación en la nueva Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, in *Anuario de Justicia de Menores*, I, 2001, pp. 66-67. Lo suggeriscono anche RICHARD GONZÁLEZ, *El nuevo proceso de menores*, cit., p. 1679; LÓPEZ LÓPEZ, *La instrucción*..., cit., p. 73; HERNÁNDEZ GALILEA (con PALACIOS GONZÁLEZ, NOGUERAS MARTÍN, LORCA MARTÍNEZ, GUILLAMAT RUBIO, e VINUESA CASAS), *El sistema español de justicia juvenil*, Madrid, 2002, p. 173; LORCA MARTÍNEZ (con PALACIOS GONZÁLEZ, NOGUERAS MARTÍN, HERNÁNDEZ GALILEA, GUILLAMAT RUBIO, e VINUESA CASAS), *El sistema español de justicia juvenil*, Madrid, 2002, p. 212. Non sono d'accordo, invece, tra gli altri, TOMÉ GARCÍA, *El procedimiento penal*..., cit., pp. 55-60. È sorta nel nostro paese la polemica tra la dottrina circa se la regola della separazione delle funzioni del giudice nel processo sia una manifestazione dell'essenziale principio dell'imparzialità giudiziaria o, al contrario, costituisca un principio processuale penale autonomo. Sono stati vari gli autori che hanno trattato il tema, ma probabilmente i due più significativi di ciascuna di queste due tesi contrapposte sono MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, 1999, *passim*, e PICÓ I JUNOY, *Nuevas reflexiones sobre la regla* «quien instruye no puede juzgar», in *Justicia*, 1999, nº 3 e 4, pp. 537-544. Ad ogni modo, crediamo che, sia nel caso in cui si opti per l'una che per l'altra, la conclusione finale sia la stessa: il rischio che un giudice possa esercitare entrambe le funzioni nello stesso processo viola il diritto fondamentale a un processo con tutte le garanzie.

117. Nei grandi centri in cui operano vari tribunali per minorenni il problema si potrebbe ovviare conferendo sempre il giudizio a un tribunale che non abbi avuto contatti in precedenza con questo processo. Allo stesso modo, la previsione in via regolamentare in virtù della quale i tribunali di guardia possono autorizzare diligenze restrittive (art. 42.3 del Regolamento 1/2005, sugli aspetti accessori delle attuazioni giudiziarie -RCL 2005/1897-) contribuisce a migliorare la situazione.

118. Non siamo d'accordo, pertanto, con DÍAZ MARTÍNEZ quando afferma che, da un punto di vista strettamente processuale, la distribuzione di ruoli della LORPM, che conferisce l'indagine al pubblico ministero e la funzione di garante dei diritti fondamentali al giudice dei minori, assicura l'imparzialità del giudice. Si veda, *El Ministerio Fiscal director de la investigación*…, cit., p. 56. Dobbiamo ammettere che il TC in casi simili ha affermato la regolarità costituzionale del giudizio dei minori. Così è accaduto nel caso della STC 60/1995, del 17 marzo, in cui si risolvono due questioni di legittimità costituzionale presentate in relazione a precetti che regolavano anteriormente il processo carico di imputati

Questa situazione non è equiparabile a quella che si presenta nei restanti processi penali, in cui le misure d'indagine che ci interessano sono solite avere carattere di prova precostituita, avuto riguardo alle importanti informazioni che abitualmente offrono e al loro carattere irripetibile, dal momento che non sono autorizzate né controllate dall'organo giurisdizionale, ma da quello istruttore. Il primo, pertanto, affronta il dibattimento senza nessun tipo di pregiudizio[119].

Ci sarà un primo contatto con il risultato delle misure restrittive dei diritti fondamentali nel momento in cui si praticheranno le prove.

Quanto esposto, consiglia, a nostro giudizio, un'interpretazione più flessibile dell'inciso dell'art. 23.3 che stiamo analizzando, ai sensi del quale, una volta autorizzata la misura in questione dal giudice dei minori, il pubblico ministero si incaricherà di dirigerla, di impartire gli ordini necessari ai fini della sua esecuzione, di ottenere i risultati e di analizzarli. La funzione dell'organo giurisdizionale sarebbe, pertanto, solo di esaminare, considerando le eventuali osservazioni del pubblico ministero, che concorrano tutti i presupposti necessari per poter privare o restringere legittimamente alcuni dei diritti fondamentali del cittadino.

---

minorenni e in cui si stabiliva l'intervento del giudice in attività limitative di diritti fondamentali. La sentenza cerca soprattutto di determinare se un pronunciamento giurisdizionale, che accorda una misura cautelare restrittiva del diritto fondamentale della libertà, violi il principio del *juez no prevenido*, impedendogli di giudicare nel caso di specie. Tuttavia, anche nella sentenza si realizzano alcune considerazioni più ampie sul modo di esercitare il principio della separazione delle funzioni del giudice nel processo a carico di minorenni, argomentazioni che meritano almeno un breve accenno in questa sede. Al riguardo, Tribunale, innanzitutto, sostiene che non è opportuno un esame in astratto del tema, ma del caso concreto. La sentenza si inserisce in una linea di interpretazione del principio di imparzialità giudiziale iniziata e mantenuta fino a poco fa dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) e assecondata in varie occasioni dal TC, che cerca di evitare analisi aprioristiche e di esaminare in modo casistico il citato principio (si veda il Considerato in diritto n. 4 della sentenza che commentiamo); si cita, tra le altre, la sentenza della Corte EDU pronunciata nel caso *Nortier*, in cui si dichiarò che non era contrario all'art. 6.1 CEDH un processo a carico di imputati minorenni in cui lo stesso giudice ha conosciuto della totalità della fase istruttoria e del dibattimento. Secondo questa sentenza, entrambi gli organi, garanti dei diritti più importanti, evitano di verificare se è la propria normativa processuale, e non l'applicazione che ne facciano gli organi giurisdizionali, ad attentare contro il principio della separazione delle funzioni del giudice o dell'imparzialità giudiziaria. Una simile opzione, a nostro avviso, è contestabile. Al di là del fatto che una normativa processuale che in astratto rispetti tutte le garanzie possa sfociare in un caso concreto, dovuto al gioco delle specifiche circostanze che in questo concorrono, in una situazione in cui si omettano alcune di queste garanzie, è possibile che le stesse norme prevedano una forma di agire contraria a alcuni dei diritti dell'art. 24 della Costituzione Spagnola. La loro applicazione potrebbe quindi comportare sistematicamente la violazione del menzionato precetto costituzionale. È ciò che, a nostro giudizio, è opportuno affermare dell'art. 23 LORPM il quale stabilisce la competenza del giudice dei minori per praticare misure restrittive di diritti fondamentali. Dall'altra parte, il supremo interprete della Costituzione per fondare la sua posizione sostiene anche che solo gli atti istruttori in cui l'organo giurisdizionale assume un giudizio sulla partecipazione dell'imputato nel fatto punibile li inabilitano a conoscere nella fase del dibattimento (Considerato in diritto n. 3º). Sicuramente è così. Si tratta, quindi, di precisare se le misure di indagine restrittive di diritti fondamentali si possano considerare atti di questo tipo. A nostro giudizio la risposta è affermativa. È opinione consolidata, già lo anticipavamo nelle linee precedenti, che l'autorizzazione giudiziaria di una misura restrittiva di un diritto fondamentale può essere ritenuta legittima solo se ha tenuto previamente in considerazione l'idoneità, la necessità e la proporzionalità di tale misura, richiedendosi a tal fine un'analisi esaustivo dei dati che esclude l'indagine della polizia e del pubblico ministero. Infine, secondo il TC un dato essenziale per determinare se l'imparzialità dell'organo giurisdizionale possa o meno considerarsi tra parentisi è il fatto che l'atto si debba realizzare *ex officio* o a istanza di parte. La richiesta di uno degli intervenienti nel processo permette di considerare infondato qualsiasi rimprovero di parzialità (Considerato in diritto n. 5º), nei limiti in cui il giudice, convertito in un terzo in relazione all'istruzione (vale a dire, non compromesso nell'indagine) può valutare liberamente e imparzialmente il materiale di fatto che gli somministreranno il pubblico ministero e la difesa. Su questo terzo argomento, che neppure condividiamo, si veda quanto esposto in sede di misure cautelari da GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, *El proceso penal de menores*, Cizur Menor, 2007, pp. 97 e ss..

119. Per quanto riguarda le misure d'indagine limitative dei diritti fondamentali, in questa sede non è opportuno analizzare se nei processi penali di adulti ci sono anche altre attuazioni preliminari che evitino il tribunale.

A partire da quel momento, lo sviluppo di questa attività di istruzione dovrebbe spettare, come le altre, all'organo istruttore[120].

Nonostante, considerando che l'esame che si riserva all'organo giurisdizionale, anche se si riduce, richiede inevitabilmente – al contrario la sua partecipazione si convertirebbe in puro automatismo – di venire a conoscenza di tutta l'informazione fornita dagli atti di istruzione fino a quel momento realizzati, è opportuno chiedersi se, anche circoscrivendo l'intervento giudiziario ai termini esposti, si possa violare il principio del *juez no prevenido*. A nostro avviso, è così, ma fintantoché non si modifichi la normativa e non si instauri la figura del giudice delle garanzie[121] – ovvero, un organo giurisdizionale distinto da quello competente per la fase del giudizio –, rappresenta la migliore delle opzioni possibili. Ciò che ovviamente si deve scartare è che il pubblico ministero resti totalmente svincolato dall'autorità giudiziaria nella realizzazione delle sue indagini restrittive di diritti fondamentali.

Il carattere obbligatorio dell'intervento del giudice dei minori comprende anche, ai sensi dell'art. 24[122], la dichiarazione del segreto del procedimento. La legge prescrive che questi e non il pubblico ministero dovrà accordare il segreto ad istanza di parte, in un documento separato e mediante ordinanza motivata, quando le circostanze lo richiedano[123]. La soppressione della pubblicità a causa dell'imposizione del segreto delle attività realizzate nel corso dell'istruzione è già stata analizzata, quando si è affrontato l'intervento del minore e come la dichiarazione del segreto avrebbe potuto pregiudicare i suoi diritti e le possibilità di agire[124]. È ora opportuno un esame di carattere complementare e quindi breve, nel quale si studino solo quegli aspetti che ancora non abbiamo trattato, come la legittimazione attiva e il contenuto della decisione giudiziaria.

Al riguardo, è opportuno premettere che l'art. 24 non si sta riferendo al segreto delle attuazioni dinanzi ai terzi, ma allude a quello che si conosce come segreto interno, che riguarda anche le parti del processo[125]. Com'è risaputo, una totale pubblicità del processo a carico di imputati minorenni deve essere direttamente scartata. Se il sommario, nel processo penale ordinario, è di per sé segreto dinanzi ai terzi (art. 301 LECr), a maggior ragione deve esserlo la fase equivalente del processo penale minorile,

---

120. Non è in parte d'accordo APARICIO BLANCO. Coincide con noi per quanto riguarda le misure di perquisizione (*diligencia de entrada y registro*) ("Diligencias de instrucción..." cit., p. 191). Considera, invece, che l'informazione che si ottenga come risultato delle comunicazioni debba essere rimessa al giudice dei minori, che deciderà le informazioni che si dovranno trasmettere al giudice dei minori per il suo esame e riconoscimento e quelle che si dovranno trasmettere al pubblico ministero (op. cit., p. 193). Tuttavia, l'autore riconosce di seguito (p. 194) il pericolo per l'imparzialità che la sua interpretazione comporta.

121. Così suggerisce GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, *Propuestas para una reforma del proceso de menores*, in *Revista del Poder Judicial*, nº 79, 2005, pp. 269 e ss.

122. L'art. 24 LORPM dispone: «*El Juez de Menores, a solicitud del Ministerio Fiscal, del menor o de su familia, o de quien ejercite la acción penal, podrá decretar mediante auto motivado el secreto del expediente, en su totalidad o parcialmente, durante toda la instrucción o durante un período limitado de ésta. No obstante, el letrado del menor y quien ejercite la acción penal deberán, en todo caso, conocer en su integridad el expediente al evacuar el trámite de alegaciones. Este incidente se tramitará por el Juzgado en pieza separada*».

123. Come l'art. 23, anche l'art. 24 aveva natura di legge ordinaria. Tuttavia sembra indiscutibile che comporti una limitazione diretta -sebbene temporale- del diritto fondamentale di difesa. Nonostante, pare che, dopo la riforma con LO 8/2006, non esistendo discriminazioni di rango normativo, l'art. 24 abbia assunto recentemente categoria di legge organica.

124. Supra, in questo lavoro, il paragrafo III B 2.

125. Eccetto il pubblico ministero. Se nei processi penali a carico di adulti, malgrado la normativa non sia chiara al riguardo, è pratica consolidata che il pubblico ministero non si veda circondato dal segreto (cfr. DEL MORAL GARCÍA, SANTOS VIJANDE, Publicidad..., cit., p. 59), a maggior ragione nel processo dei minori nel quale ha la missione di dirigere l'istruzione.

data la speciale vulnerabilità del soggetto indagato. L'espressa dichiarazione giudiziaria del segreto impedisce, pertanto, all'accusato e all'accusa particolare, di conoscere, di partecipare o di incidere sulle attività che formano l'istruzione nel processo penale minorile.

Quindi, considerando questo antecedente, così come l'idea che la missione fondamentale del segreto interno è facilitare che si arrivi alla verità dei fatti e contribuire a far trionfare il valore costituzionale della giustizia[126], è opportuno concludere che il segreto comporti una limitazione del diritto di essere ascoltati e, quindi, del diritto di difesa.

Sorprende, pertanto, che l'art. 24 legittimi il minore o la sua famiglia a richiedere che le attuazioni siano segrete[127]. Non si riesce a comprendere (dando per scontato, insistiamo, che il procedimento a carico di minorenni non è mai pubblico per i terzi, senza che debba esistere a tal fine alcuna dichiarazione giurisdizionale) quali interessi possa avere il minore o la sua famiglia a far rimanere il primo al di fuori delle attività d'indagine; l'unica ipotesi possibile è che vogliano che l'accusa particolare non partecipi alle attività realizzate durante l'istruzione[128].

Non sembra, tuttavia, che aspirazioni di questo tipo debbano essere rifiutate, dal momento che, al contrario, si starebbe tergiversando uno strumento processuale che, per le conseguenze restrittive sui diritti, non si dovrebbe estendere oltre quanto previsto. Solo se la persona pregiudicata abusasse dell'informazione di cui dispone e la somministrasse a queste persone (ad esempio attraverso i mezzi di comunicazione, violando così l'esigenza fondamentale del segreto esterno), si potrebbe adottare come misura, oltre all'eccessiva sanzione prevista nell'art. 301 LECr, di mantenerlo al di fuori dell'indagine[129]. Anche così, non sarebbe chiaro se tale misura possa trovare legittimazione nell'art. 24.

Resta solo da formulare qualche osservazione sulla decisione con cui si accorda il segreto del procedimento ed il suo contenuto. Como indica la Legge, deve essere una decisione (*auto*) motivata. Dinanzi al silenzio della LORPM sulle ragioni che possono giustificare attività segrete, ci si dovrà attenere a quelle generali di tutto il processo penale.

Per il resto, il riferimento della Legge al fatto che il segreto possa essere totale o parziale sembra che si debba intendere nel senso che comprende tutti o solo alcuni degli atti che si prevede di realizzare durante la durata del segreto[130]. Sulla possibilità che il segreto comprenda l'intero procedimento, è già stata indicata la nostra opinione negativa al riguardo, spiegando le gravi conseguenze che comporta per l'esercizio del diritto di difesa da parte del minore imputato.

---

126. Cfr. DEL MORAL GARCÍA, SANTOS VIJANDE, *Publicidad*..., cit., pp. 72 e ss.
127. È della stessa opinione GONZÁLEZ CAMPO, *Práctica del proceso penal*, cit., p. 658.
128. In questo senso anche TOMÉ GARCÍA, *El procedimiento*…, cit., p. 102.
129. In relazione al dibattimento, si osservi che l'art. 35.3, recentemente introdotto dalla LO 8/2006, ordina a chi eserciti l'azione penale di rispettare rigorosamente il diritto del minore alla confidenzialità e alla non diffusione dei suoi dati personali o dei dati che siano contenuti nel procedimento istruito e avverte coloro che infrangono queste regole che saranno risponderanno delle conseguenze civili e penali che ne derivino.
130. Cfr. DEL MORAL GARCÍA, SANTOS VIJANDE, *Publicidad*..., cit., p. 62.

5. L'interesse del legislatore a trovare soluzioni alternative al processo giurisdizionale nell'ambito della giustizia dei minori si riflette in diversi precetti della LORPM. È opportuno ora esaminare l'art. 19[131], in cui si prevede l'archiviazione del procedimento per conciliazione o riparazione tra il minore e la vittima.

Ai sensi del citato precetto, una volta iniziato il procedimento, il pubblico ministero potrà decidere di non proseguire se, tenuto conto delle attività realizzate, ritenga che il fatto imputato costituisca un delitto meno grave o una contravvenzione. Per fondare la sua decisione – dispone la norma nel suo primo comma – dovrà considerare la gravità dei fatti e le circostanze del minore, in modo particolare, la mancanza di violenza o di intimidazione grave dei fatti e le circostanze dei minori nella commissione dei fatti, in modo particolare delle prime due, ed il fatto che l'imputato si sia conciliato con la vittima, si sia compromesso a riparare il danno causato o a compire l'attività educativa proposta dall'equipe tecnico[132].

Sebbene da una lettura isolata di questo primo comma sembra che la conciliazione, la riparazione del danno o il compimento dell'attività educativa non debbano concorrere in modo ineludibile, affinché il PM adotti la decisione di archiviazione, è sicuro che, secondo quanto disposto nei commi 4 e 5, bisogna arrivare alla conclusione contraria: si deve verificare l'esistenza di una di queste tre circostanze, affinché il PM possa promuovere la finalizzazione anticipata del procedimento.

Solo in via molto eccezionale il quarto comma prevede che possa terminare anche il processo, quando per cause estranee alla volontà del minore, risulti impossibile la conciliazione o la realizzazione di ciò a cui il minore si fosse compromesso. Come dopo giustificheremo, è necessario al meno che la vittima non si opponga espressamente a questo.

---

131. L'art. 19 LORPM stabilisce: «*1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta. 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil. 3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento. 4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado. 5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente. 6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores*».

132. Conciliazione, riparazione del danno e realizzazione di attività socio-educative costituiscono dal punto di vista giuridico tre distinti atti. Questo non significa, a nostro giudizio –ci soffermeremo su questo punto più avanti–, che solo nel primo esiste un accordo di volontà tra aggressore e aggredito. La differenza si rinviene nel fatto che mentre la conciliazione suppone la pacificazione del conflitto senza prestazione alcuna da parte del minore imputato, le altre due vie di soluzione extragiudiziale richiedono, affinché la vittima sia conforme, che il minore si comprometta a un "fare". Al riguardo, si veda *l'Exposición de motivos* della LORPM, par. 13.

L'art. 19 è stato concretizzato in via regolamentare dal decreto regio 1774/2004. Il regolamento, in modo più specifico il suo art. 5, cerca soprattutto di sviluppare il 3º comma dell'art. 19, che attribuisce all'*equipe* di esperti la funzione di mediazione tra il minore e la vittima al fine di conseguire la conciliazione, la riparazione o la realizzazione di un'attività educativa. Il procedimento di mediazione consiste, secondo quando disposto nel regolamento, in una serie di tre incontri: uno tra il minore imputato – accompagnato dall'avvocato e dai rappresentanti – e l'*equipe* di esperti; un altro tra l'*equipe* di esperti e la vittima, assistita dai suoi rappresentanti legali; ed un terzo, infine, tra tutte le persone appena indicate (quest'ultima riunione può nonostante omettersi a richiesta della vittima). Il risultato della mediazione deve essere preferibilmente la conciliazione o la promessa di riparare il danno causato. Solo quando entrambe non siano possibili si potrà optare, in funzione sostitutiva, per la realizzazione di attività socio-educative.

In generale, le possibilità che offre l'art. 19 di conseguire fini rieducativi o di reinserimento del minore sono state accolte molto bene dalla dottrina e non sono altro che una manifestazione delle imposizioni o delle raccomandazioni degli organi internazionali che si occupano della materia[133]. Si considera che, nei limiti in cui questa particolare archiviazione sia circoscritta, come così succede, ad illeciti penali di minore gravità[134], e a condizione che la conciliazione o la riparazione siano effettive, la conclusione del processo senza che si arrivi alla celebrazione del giudizio comporta vantaggi sia per il minore – scompare qualsiasi indizio di retribuzione – che per la vittima, che ottiene più rapidamente una risposta al danno sofferto. Costituisce, inoltre, una soluzione utile dal punto di vista del risparmio nelle varie fasi del procedimento.

Da questi tre aspetti positivi, si deduce che la cosa fondamentale sia la prevalenza dell'interesse del minore, essendo fondamentale, per assicurare il massimo che questa sia la funzione dell'equipe di esperti.

A nostro avviso, invece, l'applicazione dell'art. 19 determina importanti conseguenze negative sul minore. La più grave è, senza dubbio, la violazione che *de facto* si produce della presunzione di innocenza. Sebbene nella norma la decisione con cui si pone fine al processo è concepita come una decisione di archiviazione libera (comma 4 dell'art. 19), risulta innegabile anche che al minore si imponga di realizzare una determinata attività perché si considera sicuro che ha partecipato alla realizzazione di un illecito penale.

133.Così, DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios…,* cit., p. 186; GONZÁLEZ CANO, "Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores", *Tribunales de Justicia*, 2000, nº 7, p. 835; GARCÍA INGELMO, "El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000", *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, VI, 2000, pp. 426-427; PERIS RIERA, "El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la LO 5/2000", *La Ley*, 2001(2), pp. 1649; DÍAZ MARTÍNEZ, *La instrucción en el proceso penal de menores*, Madrid, 2003, pp. 71-72; CALLEJO CARRIÓN, "El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores", *Diario La Ley*, nº 6366, 2005, pp. 1-4 y 7 e ss.; SANZ HERMIDA, *El nuevo proceso penal del menor*, Cuenca, 2002, p. 221. Difende la mediazione anche GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, in *La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado*, *Menores privados de libertad, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996, pp. 80-81, sebbene non si riferisca in modo specifico, per ragioni cronologiche evidente, alla LORPM. In relazione alla legislazione vigente si può vedere della stessa autrice, *Características principales de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor,* in *Revista del Poder Judicial*, 60, 2000, p. 144.

134. Sebbene alcuni autori non sembrino essere d'accordo con questa restrizione a contravvenzioni o delitti meno gravi. Così, MARCHENA GÓMEZ, *Ley de la responsabilidad*..., cit., p. 271.

Certezza che non si ottiene a partire dalla celebrazione di un giudizio orale dinanzi ad un organo giurisdizionale e con tutte le garanzie che offre la contraddizione, ma dal riconoscimento dei fatti da parte del minore dinanzi al pubblico ministero. L'archiviazione a cui allude l'art. 19 non corrisponde in realtà ad una sentenza assolutoria, ma alla decisione di estinguere la responsabilità penale per adempimento della condanna; condanna che, in questo caso, consiste in una conciliazione, in una riparazione o nella realizzazione di attività socio-educative. Quest'ultima affermazione resta comprovata dal fatto che l'archiviazione non è pronunciata dopo l'accordo, ma dopo aver verificato che il minore si sia compromesso (art. 19.4)[135]. Quanto esposto, anche se è il più grave, non è l'unico problema concernente l'applicazione del precetto. Il testo della Legge nulla dispone circa l'efficacia che si deve conferire al riconoscimento dei fatti realizzati dal minore quando questi non adempia il compromesso assunto e, in conformità al comma 5, continui il processo. Sembra chiaro che nel momento in cui si pronunci la sentenza questo riconoscimento non debba essere equiparato ad una confessione[136], ma l'ammissione dei fatti – forse solo tecnica – non è stata emessa in presenza di un organo giurisdizionale.

Ci si chiede, quindi, se nel caso in cui si avvertano delle contraddizioni tra la dichiarazione realizzata nell'udienza dinanzi al giudice dei minori ed il riconoscimento effettuato dinanzi al pubblico ministero si possa applicare l'art. 714 LECr[137], così come è stato attualmente interpretato dalla giurisprudenza. Come è risaputo, il *Tribunal Supremo* si è pronunciato su questo articolo, affermando che, una volta letta nell'atto del giudizio la dichiarazione prestata dall'imputato nella fase dell'istruzione, questa può essere valutata come una prova in più[138].

---

135. È opportuno pensare che se lo stesso imputato permette questa situazione sarà perché, in effetti, ha commesso i fatti che gli si attribuiscono. Tuttavia, l'immaturità propria dei minorenni fa si che in certe occasioni questa supposizione non corrisponda alla realtà. Le pressioni, le minacce, la paura… sono fattori che con frequenza portano i minori a incolparsi di delitti che non hanno commesso, cosa che consiglia l'intervento di un organo giurisdizionale, con le garanzie che lo circondano. Non è passata inosservata alla dottrina la collisione tra l'art. 19 e il diritto fondamentale alla presunzione d'innocenza. Si veda al riguardo, GONZÁLEZ CANO, *Nuevas manifestaciones...,* cit., pp. 834-835; RÍOS MARTÍN, *Los menores en el Derecho español* (coord. LÁZARO GONZÁLEZ), Madrid, 2002, p. 499; PÉREZ MARTELL, *El proceso del menor*, Cizur Menor, Navarra, 2002, pp. 237-238. Qualche autore ha proposto tra le possibili soluzioni che il PM si assicuri della costanza dei fatti e che siano attribuibili in modo specifico al minore imputato (GONZÁLEZ CANO, *Nuevas manifestaciones*..., cit., p. 841). Non crediamo, da parte nostra, che in questo modo si soddisfino le già bene conosciute esigenze che, in relazione ad altri processi penali, il TC è venuto ad imporre per distruggere la citata presunzione, tra cui l'intervento giurisdizionale e la celebrazione di un giudizio in cui imperi la contraddizione tra le parti nella pratica delle prove a carico. Si è cercato anche di risolvere il problema della presunzione d'innocenza, sostenendo che l'archiviazione per conciliazione o riparazione non si basa su una dichiarazione di colpevolezza, ma su un'assunzione di responsabilità da parte del minore (cfr. GONZÁLEZ CANO, *Nuevas manifestaciones*..., cit., p. 842). Ma alla fine, ciò che trasgredisce la menzionata presunzione è che il minore soffra delle conseguenze, per una responsabilità che non è stata dimostrata mediante prove a suo carico ragionevolmente valutate. Inoltre, secondo quanto denunciano altri autori in determinati luoghi le attività riparatrici imposte ai minori costituiscono vere misure senza il necessario controllo giudiziario del rispetto del principio di proporzionalità, con un contenuto incluso più grave di quello contenuto nella sentenza (cfr. TOMÉ GARCÍA, *El procedimiento penal*…, cit., p. 145).

136. Così lo intendono anche GONZÁLEZ CANO, *Nuevas manifestaciones*...., cit., p. 841; RÍOS MARTÍN, *Los menores*..., cit., p. 499; TOMÉ GARCÍA, *El procedimiento penal*…, cit., p. 145; TINOCO PASTRANA, "La víctima…", cit., p. 5.

137. L'art. 714 LECr stabilisce: «*Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe*».

137. Si possono vedere, tra le molte, le SSTS, del 19 marzo 2002, considerato in diritto n. 2º (RJ 2002/6693) e del 19 luglio 2002 (RJ 2002/8630). Sebbene l'art. 714 si riferisca solo alle contraddizioni nelle dichiarazioni dei testimoni, la giurisprudenza estende la loro applicazione anche alle dichiarazioni degli accusati e alla prova periziale. Sul tema, ARMENTEROS LEÓN, *La lectura en el acto del juicio de declaraciones prestadas en fase de instrucción: análisis de los artículos 714 y 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, in *Diario La Ley*, nº 6329, 29 settembre 2005, *passim*; anche, sebbene maggiormente centrato sull'art. 730, MAGRO SERVET, *El derecho a no declarar de los acusados en el juicio oral y la viabilidad de la lectura de sus declaraciones en la instrucción*, in *Diario La Ley*, nº 6421, 14 febbraio 2006, *passim*.

In questo modo, se tale interpretazione si applicasse al processo penale minorile, invece, di far constare nell'atto di audizione che nella fase dell'istruzione il minore è stato inizialmente disposto ad una conciliazione con la vittima o a riparare il danno realizzato o a realizzare attività socio-educative – cosa che implicitamente ma chiaramente comporta riconoscere la partecipazione al delitto –, il giudice dei minori avrà via libera per pronunciare la sentenza di condanna.

Una risposta negativa a questa questione assicura, senza dubbio, le garanzie della persona coinvolta in un processo penale, ma risulta poco realista. Il giudice dei minori, che, una volta aperta l'udienza, ha a sua disposizione la totalità degli atti del procedimento, valuterà nella sua sentenza il riconoscimento dei fatti realizzati dal minore[139].

È vero che la difesa può sempre addurre l'argomento che l'imputato non ha emesso liberamente la sua dichiarazione di volontà, ma che ha dovuto riconoscere i fatti in modo precipitato dinanzi alla possibilità di un'uscita veloce dal conflitto. Ma si consideri che nel caso in cui si producesse una specie di inversione dell'onere della prova, di nuovo, si produrrebbe un conflitto con la presunzione di innocenza.

Ci sono anche altri aspetti di questo precetto che conviene approfondire. Uno relativo al consenso del soggetto offeso dall'illecito penale: se questo sia determinante per accordare l'archiviazione o se, al contrario, il pubblico ministero possa, prescindendo dalla vittima, porre fine al processo in cambio della realizzazione di attività socio-educative.

Un altro riguarda il vincolo del giudice alla richiesta di archiviazione realizzata dal pubblico ministero, e, infine, quello del ruolo dei rappresentanti legali e del giudice dei minori in caso di minore età o di incapacità della vittima. Li affronteremo di seguito seguendo l'ordine in cui questi sono stati menzionati.

Per quanto riguarda la rilevanza della volontà della vittima nella finalizzazione anticipata del processo, attualmente un'interpretazione congiunta degli artt. 19 e 25 porta a concludere che non è possibile pronunciare l'archiviazione senza il consenso della vittima in questo senso[140]. Malgrado tutto ciò, non è sufficiente semplicemente una manifestazione dell'offeso contro la conciliazione, la riparazione o la realizzazione di attività socio-educative. È necessario che l'opposizione ad un'uscita consensuale si concretizzi con l'esercizio dell'azione penale[141].

---

139. In termini simili, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal*..., cit., pp. 251 e 254-255, quando manifesta che il riconoscimento previo dei fatti che si sono già prodotti renderà più difficile la successiva difesa in giudizio. Si consideri, inoltre, che nella STC, 206/2003, del 1º dicembre, le dichiarazioni prestate al pubblico ministero nell'ambito di un processo penale minorile sono state equiparate, a effetti probatori, a quelle che si realizzano nei processi di adulti dinanzi al giudice di istruzione.

140. La questione non era molto chiara prima della citata riforma se si considera che nell'art. 19.1 la conciliazione o il compromesso di riparazione sono meri dati addizionali che devono essere valutati dal PM per decidere se richiere o meno l'archiviazione. Infatti, qualche autore ha difeso il contrario. Così, PERIS RIERA, *El modelo de mediación*…, cit., p. 1649; GONZÁLEZ CAMPO, *Práctica del proceso penal*…, cit., p. 691. Inoltre dal *auto* dell'AP di Madrid del 18 luglio 2005 (JUR 2005/253530) si può dedurre una posizione differente da quella che qui si difende.

141. Da quanto esposto è opportuno dedurre che, attualmente, l'inciso dell'art. 19.4 che prevede l'archivio incluso quando la conciliazione non si possa realizzare per cause estranee alla volontà del minore ha un ambito di applicazione molto ridotto: raggiunge unicamente quei casi in cui è impossibile cercare un chiarimento tra aggressore e offeso (ad esempio per una sofferta malattia della vittima, per morte o per trovarsi in un luogo sconosciuto) e, inoltre, nessun legittimato fa uso del suo diritto di accusare.

Pertanto – passiamo così alla seconda questione da trattare –, sebbene dal comma c) dell'art. 33 LORPM[142] si deduca che la richiesta di archiviazione del pubblico ministero risulti vincolante per l'organo giurisdizionale, se questo constati che ci siano dei soggetti legittimati, disposti a sostenere l'accusa particolare, sarà opportuno ordinare che si continui il processo dando l'opportunità al pubblico ministero di presentare la sua memoria (si consideri che questo organo parte dalla convinzione che l'imputato abbia commesso i fatti, per cui, secondo il principio di legalità, se il processo prosegue ad istanza della vittima, ha il dovere di permettere l'applicazione delle norme sostanziali penali) e di agire ai sensi di quanto disposto nell'art. 31 della LORPM[143].

In relazione alla terza questione concernente l'integrazione della mancanza di capacità di agire dell'offeso, la normativa suscita vari interrogativi. Ci si chiede, da una parte, se il minore imputato che abbia bisogno dei genitori o dei rappresentanti manifesti il suo consenso all'archiviazione *ex* art. 19. Malgrado dall'art. 5 del Regolamento si deduca una risposta affermativa [si veda la lettera c) del comma 1 del menzionato articolo], a nostro giudizio, il minore imputato gode della capacità processuale e non ha bisogno del rappresentante legale per ottenere una soluzione consensuale.

A nostro parere si basa sull'art. 19.6 della Legge: se in questo si affronta il tema della capacità dei minori richiedendo unicamente la manifestazione di conformità dei rappresentanti legali della vittima, è perché deliberatamente si è voluto prescindere dall'intervento dei rappresentanti dell'imputato. Inoltre, è coerente con quanto disposto nella Legge, che assume come punto di partenza la capacità processuale dell'imputato. Una buona prova di questo si rinviene nell'art. 36, in cui si prevede che il minore, già durante l'udienza dinanzi al giudice dei minori, possa da solo riconoscere i fatti ed incluso conformarsi alla misura che per lui richieda l'accusa[144]. Di conseguenza, consideriamo che l'art. 5 del Regolamento sia illegale e inefficace quando dispone che se i rappresentanti legali del minore manifestino il loro rifiuto ad accettare una soluzione extragiudiziale, l'*equipe* di esperti lo deve comunicare al pubblico ministero affinché continui il processo in corso[145].

---

142. Secondo questo precetto: «*En los casos no previstos en el artículo anterior, a la vista de la petición del Ministerio Fiscal y de los escritos de alegaciones de las partes, el Juez adoptará alguna de las siguientes decisiones: a) La celebración de la audiencia. b) El sobreseimiento, mediante auto motivado, de las actuaciones. c) El archivo por sobreseimiento de las actuaciones con remisión de particulares a la entidad pública de protección de menores correspondiente cuando así se haya solicitado por el Ministerio Fiscal. d) La remisión de las actuaciones al Juez competente, cuando el Juez de Menores considere que no le corresponde el conocimiento del asunto. e) Practicar por sí las pruebas propuestas por las partes y que hubieran sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción, conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 de la presente Ley, y que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia, siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso. Una vez practicadas, dará traslado de los resultados al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, antes de iniciar las sesiones de la audiencia. Contra las precedentes resoluciones cabrán los recursos previstos en esta Ley*».

143. L'art. 31 LORPM dispone: «*Recibido el escrito de alegaciones con el expediente, las piezas de convicción, los efectos y demás elementos relevantes para el proceso remitidos por el Ministerio Fiscal, el secretario del Juzgado de Menores los incorporará a las diligencias, y el Juez de Menores procederá a abrir el trámite de audiencia, para lo cual el secretario judicial dará traslado simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil para que en un plazo común de cinco días hábiles formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes. Evacuado este trámite, el secretario judicial dará traslado de todo lo actuado al letrado del menor y, en su caso, a los responsables civiles, para que en un plazo de cinco días hábiles formule a su vez escrito de alegaciones y proponga la prueba que considere pertinente*».

144. L'art. 36.2 conferisce all'avvocato del minore un ruolo rilevante -se non determinante– nella conformità, ma l'intervento dell'assistente tecnico si basa sul mancato riconoscimento del diritto della parte, non nella sua mancanza della capacità di agire.

Il trattamento differente riservato ai minorenni che intervengono nel processo, si può considerare contrario al principio di eguaglianza delle parti? Forse si, dal momento che l'attività dei rappresentanti legali nel processo è prevista come una garanzia per la salvaguardia degli interessi del rappresentato. E' certo, però, che di fronte alla gravità della violazione della presunzione d'innocenza, a cui prima si è fatto riferimento, questa lesione ha una minor trascendenza.

Non finiscono qui i problemi che suscita l'art. 19 quando regola la capacità processuale. Con la lodevole intenzione di proteggere gli interessi della vittima minorenne, al consenso dei rappresentanti legali si aggiunge l'approvazione del giudice dei minori (si veda il comma 6). Eppure non si pronuncia sulle conseguenze processuali che derivano nel caso in cui questo organo non accetti la soluzione del consenso che propongono le parti.

Questa omissione converte l'intervento giudiziario in puro formalismo; se, infatti, né il pubblico ministero, né la vittima sono disposti ad esercitare l'azione penale, per molto che il giudice dei minori manifesti la sua contrarietà all'accettazione da parte della vittima minore d'età della conciliazione, della riparazione del danno o della realizzazione di attività socio-educative, la mancanza dell'accusa impedirà la continuazione del processo.

Quanto esposto riguardo all'art. 19 rivela l'opportunità di sopprimere la possibilità di ottenere la conciliazione tra il minore e la sua vittima, evitando così misure sanzionatrici da parte del primo. Al riguardo riteniamo che le soluzioni di consenso debbano essere precedute dalla celebrazione di un giudizio con tutte le garanzie, in cui si dimostri la responsabilità penale del minore.

145. In questa linea, sebbene, in termini più generali, LANDROVE DÍAZ considera che il regolamento invade in non poche occasioni ambiti che non gli competono e impone soluzioni più che discutibili ("Réquiem…", cit., p. 2 dell'edizione digitale).

Delinquenza giovanile in Brasile e la discussione sulla riduzione della maggior età penale

BRUNA DE CASTRO E SILVA

ABSTRACT

These reflections aim to individualize the reasons for brazilian debate on the reduction of age of criminal responsibility. The analysis is developed based on a comparison with the Italian criminal proceedings for minors, checking the different forms of action and public policies of the Brazilian and Italian states, and finally reflects on the current context of the discussion on reducing the age of criminal responsibility in Brazil, taking into account the vicious cycle involving social exclusion of young offenders, misapplication of special legislation and strong influence of the sensationalist and discriminatory media."

SOMMARIO: 1. Il Diritto speciale brasiliano (Estatuto da Criança e do adolescente) ed il processo penale minorile. – 2. L'attuazione degli stati Brasiliano e Italiano: l'eccezione e la regola. – 3. Analisi transcedente al processo. – 4. Il panorama della discussione attuale sulla riduzione della maggior età penale brasiliana.

1. In Italia, a differenza da ciò che accade in Brasile, la maggior età penale si raggiunge con i 14 anni. Anche se questa differenza, inizialmente, sembra essere la principale tra i due ordinamenti giuridici nel contesto della delinquenza minorile, in realtà, con un'analisi più approfondita degli istituti, si vede che ci sono tante altre connotazioni essenziali nella formazione di ogni ordinamento giuridico. La legge speciale brasiliana (*Estatuto da Criança e do Adolescente*)[1] e la legislazione penale minorile italiana hanno lo stesso principio come punto di partenza: il minore non deve essere trattato come oggetto di tutela, ma come soggetto di diritti. Tuttavia, la principale questione ha ad oggetto l'analisi delle ricadute di ordine sistematico di tale premessa nello svolgimento del processo penale minorile o della *apreciação do ato infracional*, perché nonostante i loro aspetti comuni, i trattamenti giuridici riservati ai minori che delinquono sono diversi nei due paesi, essenzialmente nella pratica.

L'indagine inizia considerando l'ampio contenuto del diritto all'educazione italiano e le forme con le quali questo diritto è attuato all'interno del processo minorile. È un diritto il cui significato è molto più ampio e completo di quello brasiliano, comprendente non solo educazione, ma anche diritto alla salute, tutela della personalità, istruzione, diritto al lavoro, etc.[2] Nel corso del processo penale minorile si compie un percorso di responsabilizzazione del minore accusato per stabilire la sua responsabilità, la rilevanza penale del fatto e le strategie processuali più adeguate al caso concreto.

1. BRASILE. *Legge n. 8.069, 13 luglio 1990.* Disponibile in: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm >. Acesso il: 15/09/ 2014.
2. C. IASEVOLI, *Pregi e difetti del processo minorile italiano*, relazione tenuta il 29/05/2015, al convegno *"Impactos Jurídicos e Socioeconômicos da redução da maioridade penal"* all'Università di São Paulo, Facoltà di Giurisprudenza di Ribeirão Preto, p.2.

Il punto di partenza è la verifica della personalità del minore, tuttavia, ciò non deve essere interpretato nel senso letterale. Per mezzo di questo meccanismo sono osservati i fattori che incidono sullo sviluppo del minore, come le condizioni personali, familiari, economiche e sociali.
Quando la famiglia e la società falliscono nel mantenimento, affinchè possa essere garantito al minore, nel processo, il diritto all'educazione, è dovere dello stato garantirlo (Art. 31 Cost. Italiana), che deve attuarlo per mezzo del processo, mirando a limitare i danni dello stesso alla crescita del minore, giacchè lo *status* di imputato è irrelevante e non modifica questa logica costituzionalmente garantita.[3]

Dunque, la grande sfida del processo minorile è il bilanciamento tra il diritto all'educazione e il processo stesso, ciò implica un percorso di responsabilizzazione del minore, attraverso un meccanismo con cui il giudice fa sì che il minore comprenda la sua condotta e si penta, cercando di preparare il soggetto all'esercizio autonomo dei diritti ed incoraggiare un cambiamento del suo stare in società.[4]
In questa prospettiva si giustifica la necessità di specializzazione del giudice, del magistrato del pubblico ministero, dell'avvocato e dell'assistente sociale. Il presupposto di ogni valutazione del giudice specializzato è l'indagine in ordine allo sviluppo psico-fisico del minore, per questa via si perviene ad un giudizio individualizzante e, quindi, al trattamento penale più appopriato.
Si può osservare chiaramente che il legislatore italiano esalta l'interesse del minore, che non è oggetto di tutela, ma soggetto di diritto. Anche questo obiettivo è condiviso dal legislatore speciale brasiliano, tuttavia, indipendentemente dalla legge moderna e garantista, in Brasile non vi sono pratiche adeguate (come la vera specializzazione del giudizio) e nemmeno si riesce ad ottenere il risultato auspicato.

2. Le perplessità si originano dal dato che sia l'articolo 31 della Costituzione Italiana implica un rapporto di strumentalità tra educazione-famiglia-Stato, finalizzato alla formazione della persona[5], sia la Costituzione brasiliana sancisce che è dovere della famiglia, della società e dello stato garantire i diritti fondamentali dei minori (art. 227).

In questo senso, quando fattori economico-sociali pregiudicano i doveri della famiglia al mantenimento, all'istruzione ed all'educazione dei minori, questi dovrebbero essere adempiuti, in sostituzione, dallo stato. Una volta che gli stati tutelano l'infanzia e la gioventù (per la protezione integrale prevista dalla *ECA*[6] e per i doveri inderogabili di solidarietà sociale previsti dalla Costituzione italiana), è loro dovere rimuovere gli ostacoli, che limitano la libertà e l'uguaglianza ed impediscono il pieno sviluppo dei minori. Questo principio fondamentale degli ordinamenti è totalmente condivisibile ed irrinunciabile, soprattutto se si considera che l'esclusione sociale è la più importante causa della delinquenza minorile. È la de socializzazione, effetto della diseguaglianza dei cittadini, che contribuisce alla criminalità giovanile. Tuttavia il problema è che nel panorama brasiliano, questi ostacoli socio-economici non sono un'eccezione, ma la regola.

---

3. C. IASEVOLI, *Pregi e difetti del processo minorile italiano*, relazione tenuta il 29/05/2015, al convegno *"Impactos Jurídicos e Socioeconômicos da redução da maioridade penal"* all'Università di São Paulo, Facoltà di Giurisprudenza di Ribeirão Preto, p.2.
4. C. IASEVOLI, *Pregi e difetti del processo minorile italiano*, relazione tenuta il 29/05/2015, al convegno *"Impactos Jurídicos e Socioeconômicos da redução da maioridade penal"* all'Università di São Paulo, Facoltà di Giurisprudenza di Ribeirão Preto, p.3.
5. C. IASEVOLI, . *Pregi e difetti del processo minorile italiano*, relazione tenuta il 29/05/2015, al convegno *"Impactos Jurídicos e Socioeconômicos da redução da maioridade penal"* all'Università di São Paulo, Facoltà di Giurisprudenza di

In questo modo, dal punto di vista italiano, quando i genitori non riescono a compiere i propri doveri con i figli, questi dovrebbero poi essere garantiti dallo Stato. In Brasile, l'idea è la stessa, ma la realtà è molto diversa. Per combattere la delinquenza giovanile, la presenza dello stato brasiliano dovrebbe essere costante e regolare, e non eccezionale o isolata, considerando la grande mancanza di strutture e servizi sociali basici per i giovani esclusi, quelli che delinquono.

Sfortunatamente, questa è la grande differenza tra i problemi della criminalità minorile in Brasile e in Italia. Anche se gli ordinamenti inizialmente hanno gli stessi principi, entrambi garantisti e moderni, l'origine del problema in Brasile è talmente complessa che il diritto fatica a trovare soluzioni adeguate.

Ora, non si discute il dovere statale di protezione integrale della gioventù. Questo principio è il fondamento più importante del *sistema de proteção dos direitos da criança e do adolescente*[7] brasiliano costantemente cercato dalla Costituzione del 1988. Il principale dilemma è giustamente l'efficacia e l'efficienza di questa protezione, giacchè in questo momento altri fattori (ad esempio economici, politici, sociali), estranei al diritto sono essenziali per la sua realizzazione.

Il giudice italiano, durante il processo penale minorile, effettua un accertamento sulla personalità del minore ed identifica le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali, cioè, i fattori che incidono sullo sviluppo della personalità. Se lo stesso metodo fosse utilizzato in Brasile, il giudice accerterebbe come ostacolo i gravissimi problemi socio-economici, che incidono sullo sviluppo dei minori.

L'aspetto principale di quest'analisi comparativa, pertanto, non è il metodo processuale utilizzato da ogni Paese, ma le rispettive strategie criminologiche. Il problema della devianza giovanile, prima di essere giuridico, prima di stabilire se è di diritto penale oppure no: è un problema sociale!
Da qui la necessità di individuare strategie politiche efficaci volte a regolare il fenomeno in questo senso. Con quest'inversione di metodo, si affronterebbe il problema dalla sua radice, operando il cambiamento dall'origine: la realtà sociale che contribuisce alla delinquenza minorile.[8]

Tanto in Italia, che in Brasile è – o almeno dovrebbe essere – interesse dello stato la risocializzazione dei giovani che delinquono. La differenza, tuttavia, è che la realtà brasiliana è più grave di quella dei paesi sviluppati, in cui i problemi socio-economici sono diversi. La ragione è da rinvenirsi nella grande diseguaglianza a livello nazionale e nella mancanza dei servizi sociali di base: il catalizzatore per l'esclusione dei giovani. In questo contesto, la conseguenza inevitabile è la disumanizzazione di questi giovani che lasciano la scuola molto presto e trovano soltanto gravi livelli di disoccupazione. Non c'è lavoro per loro che abitano nelle *favelas* delle grande città brasiliane e, pertanto, non v'è altra opzione, che non sia la delinquenza.

---

di Ribeirão Preto, p.2.
6. Legge speciale brasiliana (*Estatuto da Criança e do Adolescente*).
7. La Costituzione del 1988 garantisce i diritti dei bambini e degli adolescenti con priorità e li afferma come dovere dello Stato, della famiglia e della società (art. 227) e, insieme con lo Statuto dei bambini e adolescenti del 1990, e con la legge del SINASE, costituiscono il *Sistema de proteção dos direitos da criança e do adolescente* brasiliano.
8. S. S. SHECAIRA, *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juveni,* in *Revista dos Tribunais*, 2008. v.1, p. 152.

3. In tempi di grande dibattito nazionale sulla riduzione della maggior età penale, un'interpretazione come questa può sembrare un po' azzardata, o anche pericolosa. Perciò, si ammette la necessità di cautela, ma non per questo lo studio critico comparato tra il *Direito infrativo* e il Diritto penale minorile è meno importante.

Il grande tema dei difensori del diritto minorile in Brasile è l'articolo 229 della *Constituição brasileira*, secondo cui minori di 18 anni non sono imputabili, quindi, saranno soggetti alla legge speciale dello *Estatuto da Criança e do Adolescente*. È ovvio che si tratta di una garanzia costituzionalmente garantita perché i minori sono esclusi dal processo penale previsto per gli adulti, eccessivamente pregiudizievole al loro svilluppo.

Differentemente, in Italia, se il minore ha compiuto 14 anni vi è il presupposto per procedere perché il minore è ritenuto in astratto capace di partecipare al processo penale minorile, che, nonostante la sua natura penale, è totalmente diverso dal processo penale brasiliano.

A questo punto contrapponendosi i due ordinamenti giuridici, quello brasiliano e quello italiano, è possibile concludere che, considerando la natura penale, il processo penale minorile è più adeguato alla tutela dei diritti minorili rispetto alla legge speciale brasiliana, perché nonostante essa sia una legge tecnicamente moderna e garantista, la sua interpretazione ed applicazione avvengono in modo pericolosamente deviato.

Dinanzi ai diritti dei bambini e degli adolescenti del sistema di protezione della Costituzione federale brasiliana del 1988 e regolati dalla legge speciale a partire dal 1990, oltre che da altre leggi speciali, i giudici dei Tribunali in Brasile hanno mostrato un'applicazione omogenea e stabile delle misure alternative al carcere per gli adolescenti, come affermato da Maria Ausiliatrice Minahim e da Karyna Sposato Battista.[9]

In questo senso si può notare che il carcere viene sistematicamente imposto in mancanza di motivi legali e, in un gran numero di casi, senza la dovuta considerazione dei requisiti legali delle norme statutarie.

In questo scenario, Emilio Garcia Mendez[10] dimostra l'esistenza della cosiddetta "Crisi Doppia", che colpisce lo Statuto dei minori, ossia le norme sono esposte ad una crisi di interpretazione legale e, allo stesso tempo, ad una crisi di attuazione. L'autore ritiene che la crisi di interpretazione della legge speciale non è tecnica, ma è legata al pensiero della *"Etapa tutelar"*[11] della legislazione brasiliana (*Estatuto da criança e do adolescente*), segnata dalla dottrina come situazione irregolare. Ossia, l'interpretazione delle norme statutarie è legata ad una cultura apparentemente progressista che, in realtà, è messianica, molto soggettiva e discrezionale.

---

9. K. B. SPOSATO, M. A. MINAHIM, *A Internação de Adolescentes pela Lente dos Tribunais,* in *Revista Direito* GV, v. 13, 2011, p. 277.

10. E. G. MENDEZ, in SPOSATO, Karyna Batista; M. A. MINAHIM, *A Internação de Adolescentes pela Lente dos Tribunais, in Revista Direito* GV, v. 13, 2011, p. 278.

11. Nel pensiero dela *"Etapa tutelar"* (fasi tutelare) della legislazione brasiliana in materia di diritto penale minorile, segnata dalla "Dottrina della situazione irregolare", l'imposizione del carcere sarebbe un modo per proteggere il minore.

Inoltre, v'è la presenza di alcuni eufemismi nella legge speciale. Per esempio, la definizione di una misura detentiva di libertà in riformatorio. Questo crea la falsa percezione che la misura di internamento (carcere) sarebbe un favore per l'adolescente – il giudice, in sede di applicazione, farebbe il bene del minore autore del reato perché sarebbe rivestito solamente di un carattere protettivo – e allontanerebbe dal vero carattere oneroso delle misure detentive di libertà e, di conseguenza, dai limiti del potere punitivo dello stato.

A questo punto l'adolescente è visto non come soggetto di diritti, ma come oggetto di tutela. Quindi, l'imposizione del carcere non viene limitata dai principi costituzionali del procedimento in contraddittorio, dalla proporzionalità, dalla gravità ed anche dalla legalità. Le sentenze della giustizia per bambini e giovani in tutto il Paese dimostra una chiara mancanza di profondità dottrinale e la forte presenza di argomenti extra-legali ed ideologici. Molti giudici usano come argomento centrale l'idea dell'adolescente senza la possibilità di reinserimento in società. Questa categoria svaluta il ruolo del diritto come criterio esclusivo ed esaustivo nel definire le infrazioni. L'adolescente è visto come delinquente da un giudizio morale, pieno di pregiudizi, e non solo alla luce di ciò che dice la legge.[12]

La costruzione dell'idea di pericolosità degli adolescenti è usata con frequenza come giustificazione del carcere nel suo momento applicativo, e, si basa sia sulle caratteristiche personali sia sullo *status* sociale del minore. Si ritiene che ciò rafforzi ulteriormente la necessità di intervento nella libertà personale degli adolescenti, cioè in dissonanza diretta con l'articolo 122 dello Statuto, che presenta in modo esaustivo l'elenco dei requisiti oggettivi per l'attuazione delle misure socio-educative più gravi previste dallo stato. Ma non solo. Oltre alle ragioni sopra esposte, non si può negare la grande influenza del retaggio della *Etapa tutelar* dei diritti minorili, che ha consentito, anche sotto l'egida dello Statuo dei bambini e degli adolescenti, per 20 anni pratiche giudiziarie attuali che ancora si ispirano al modello precedente.

La riluttanza ad adottare un modello ampiamente garantista per il minore ha rafforzato la discrezionalità nell'individuazione del reato commesso e nella conseguente applicazione della misura di detenzione, presentata come da migliore opzione per l'adolescente. E, infine, completando questo quadro di possibili spiegazioni sulla difficoltà di operatività delle disposizioni della legge speciale ed in particolare sull'imposizione del carcere, è da menzionare la diffusa e dominante convinzione – a parere nostro distorta e sensazionalista – che i ragazzi siano sempre più violenti e che la criminalità giovanile cresca senza che gli adolescenti ricevano una punizione adeguata. Ciò influenza le decisioni ideologiche e, pertanto, si ritiene che i minori ricevano un trattamento favorevole. La conseguenza immediata di questo pensiero popolare è proprio il desiderio di riduzione della maggior età penale.

Così si spiega l'affermazione precedente che, in ultima analisi, nonostante il carattere penale, il processo finisce per essere più appropriato per garantire i diritti dei minori rispetto alla legge speciale brasiliana: essa, pur essendo una legislazione moderna e garantista, sul piano operativo è pericolosamente distorta. Non solo. Anche se, in uno scenario idealizzato, lo Statuto dei bambini e degli adolescenti non presentasse la sua "Doppia crisi"[13], di interpretazione e di attuazione, ed anche se esso fosse

12. K. B. SPOSATO; M. A. MINAHIM, *A Internação de Adolescentes pela Lente dos Tribunai, in Revista Direito* GV, v. 13, 2011, p. 277.
13. E. G. MENDEZ, in K. B. SPOSATO; M. A. MINAHIM, *A Internação de Adolescentes pela Lente dos Tribunais,* in Revista Direito GV, v. 13, 2011, p. 278.

attuato esattamente come da progetto del legislatore, comunque i diritti dei bambini e degli adolescenti non sarebbero assicurati come dovrebbero per un semplice motivo: l'equivoco in ordine ai contenuti delle misure socio-educative.

Le disposizioni legislative inerenti alle misure socio-educative in Brasile possono essere considerate molto protettive. Si tratta di una moderna legislazione in piena conformità con i trattati internazionali sui diritti dei bambini e degli adolescenti, in considerazione delle norme minime delle Nazioni Unite per la protezione dei minori privati della libertà.

La Costituzione del 1988 garantisce i diritti dei bambini e degli adolescenti con priorità e li definisce dovere dello Stato, della famiglia e della società (articolo 227) e, insieme con lo Statuto dei bambini e adolescenti del 1990, inizia la "*Etapa garantista"* della legislazione brasiliana in materia. Sostituiscono il paradigma della *"situação irregular"* (situazione irregolare) per la *"proteção integral"* (protezione totale), stabilendo norme che indicano la priorità assoluta degli interessi del bambino e dell'adolescente (art. 227, *caput,* del 1998 Costituzione, cc, artt. 3 e 4 o dello *Estatuto da Criança e do adolescente*).

In sintesi, il legislatore ha predisposto un sistema di protezione che si muove sia su di un livello macro-strutturale, sia su di un livello micro-strutturale, definendo il governo e la società. Questi sono stati sviluppati dalle politiche sociali di base, come le politiche ed i programmi di assistenza sociale, alla tutela giuridica degli organi specializzati alla difesa dei diritti dei bambini e degli adolescenti (pubblico ministero, difensore pubblico, ecc.).

Anche con il sistema di protezione dei diritti dei minori, in base alla dottrina della protezione integrale in atto da 20 anni, i cambiamenti di fatto non hanno seguito gli sviluppi legislativi, né i giudici brasiliani.

È stato verificato attraverso i dati raccolti dai pubblici ministeri di San Paolo tra il 2013 e il 2014 che gli adempimenti delle misure di internamento (carcere) nella capitale, l'entroterra e la costa sono lontani dal prevedere le norme statutarie e la *Lei do SINASE.*[14]

Secondo i risultati, se valutato il quadro generale in tutta la regione di San Paolo, la situazione è allarmante. In tutte le unità di carcere (provvisorio e definitivo) della Capitale, tra entroterra e mare, il sovraffollamento è stato identificato in 106 delle 116 strutture. Il che significa che il problema del sovraffollamento affligge 91.37% dei giovani ammessi al sistema carcerario statale.[15]

La domanda di posti nella regione di San Paolo ha raggiunto la quota di 9.549 unità. L'offerta massima nella stessa area è 8.079 (ottomilasettantanove) posti in carcere. Pertanto, si è concluso che, nel 2014, la *Fundação Casa* (Carcere per i minori) aveva un deficit di 1.470 posti - pari al 18,19% rispetto l'offerta.[16] Inoltre, i dati presentati nel *Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 67/2011: Um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes, do Conselho Nacional do Ministério Público*[17], pubblicato nel 2013, ha sottolineato il pessimo stato delle carceri e delle unità di semi-libertà di tutto il Brasile nelle categorie: vicinanza tra l'unità e la casa di famiglia, la salute, le aule, la separazione dei minori, ecc.

---

14. BRASILE. *Legge n. 12.594, 18 gennaio 2012.* Istituisce il *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase)*. Disponibile in: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm >. Acesso il: 15/09/ 2014.
15. *Ação Civil Pública n. 107.3999.72.2014.8.26.0100*, 2014, p. 25.
16. *Ação Civil Pública n. 107.3999.72.2014.8.26.0100*, 2014, p. 25.

Per quanto sopra, è chiaro che l'adolescente finisce per essere destinatario di un trattamento più rigido di quello corrispondente all'adulto. Questa pratica ricorrente nei tribunali brasiliani è, prima di tutto, incostituzionale, dal momento che, all'articolo 228, la Costituzione brasiliana prevede l'irresponsabilità penale dei minori di 18 anni. Se, in pratica, mediante l'applicazione del carcere il giudice finisce per imporre agli adolescenti un trattamento più rigido di quello che avrebbe avuto un adulto nella stessa situazione, viene a decadere la garanzia costituzionale.

E, naturalmente, oltre ad essere un affronto alla Costituzione brasiliana, ciò è in contrasto con l'intero sistema brasiliano di protezione e dei diritti dei bambini e degli adolescenti, così come le norme internazionali di cui il Brasile è uno dei firmatari.

I giudici d'infanzia e della gioventù fanno un uso eccessivo di misure privative di libertà all'interno del carcere, nonostante la previsione di misure socio-educative in libertà, che dovrebbero essere maggiormente utilizzate. La conseguenza diretta di questo comportamento decisionale è la precarietà del processo rieducazionale voluto dallo stato ed il danno per lo sviluppo e la formazione personale degli adolescenti in conflitto con la legge.

In questo senso, considerati tutti i problemi del carcere per i minori in Brasile, tra cui il principale ed il più grave è il sovraffollamento, è evidente che esso, applicato a scapito di altre misure in libertà è estremamente dannoso per il percorso di riabilitazione degli adolescenti, facendo venir meno il carattere pedagogico delle misure socio-educative e pregiudicando il sistema di protezione dei diritti. Inoltre, per l'applicazione inadeguata del carcere da parte dei tribunali brasiliani, le norme dello *Estatuto da Criança e do Adolescente* e della legge di *SINASE* vengono rimosse o sottoutilizzate, finendo per essere sostituite dal tipico trattamento criminale.

Non solo la nomenclatura data al diritto brasiliano *infrativo*, come una legge speciale, che diventerà davvero un mezzo efficace per difendere i diritti dei bambini e degli adolescenti. In Brasile, anche trattandosi di una legge speciale, non penale, il trattamento dei minori si scopre essere più dannoso del diritto penale.

4. Alla luce di queste osservazioni si può comprendere come è iniziato l'attuale dibattito sulla riduzione della maggior età penale. Ovviamente non c'è un fattore o una serie di fattori che possono spiegare questo momento, le cause sono molteplici e non suscettibili di essere sintetizzate. Le teorie ed i punti di vista coinvolti sono plurimi e con diversi gradi di precisione, anche perché, sul tema in questione non solo la scienza giuridica può fornire risposte: si tratta di un problema tipicamente multidisciplinare.

Il trattamento giuridico dei minori che delinquono in Brasile è influenzato da una sequenza collegata di errori, cioè, tutti i difetti del sistema finiscono per formare una successione ininterrotta, che tanto assomiglia ad un circolo vizioso. Ed essendo un cerchio, si può iniziare ovunque, ma per scopi esemplificativi, inizieremo dalla normativa speciale applicata nel contesto di delinquenza giovanile, lo Statuto di bambini e adolescenti (*Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA*). Come è stato ampiamente

17. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP*), Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 67/2011: Um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes.* Brasília, *2013.* In questa prima pubblicazione, sono stati organizati i dadi compiti per Il Pubblico Ministero in tutto Il paese tra marzo 2012 e marzo 2013 in 88,5% dei carceri per i minori .

dimostrato in precedenza, le norme statutarie sono tecnicamente moderne e garantiste.

La Costituzione brasiliana stabilisce che i bambini sotto i 18 anni non sono penalmente imputabili, ma sono sottoposti alla legislazione speciale del 1990. Da qui ed insieme ad altre leggi sparse (*Lei do SINASE*, per esempio) è stato costituito il Sistema Brasiliano di Protezione dei Diritti dei bambini e degli adolescenti, in accordo con lo stato democratico di diritto e delle risoluzioni e dei trattati internazionali, tra cui le Regole Minime delle Nazioni Unite per la protezione dei minori privati della libertà. Partendo da tali normative, il punto successivo è l'applicazione della legge speciale. Il potere giudiziario brasiliano, in questo caso rappresentato dalla giustizia per i bambini e la gioventù, la cui competenza è stata determinata dalla Costituzione, è responsabile per l'identificazione, l'interpretazione, l'analisi e l'applicazione delle norme speciale.

Da questo momento sorgono i problemi. Si è già detto della "Crisi Doppia"[18] che colpisce lo Statuto dei minori, vale a dire, le norme statutarie sono esposte ad una crisi di interpretazione e di applicazione, che non ha carattere tecnico, ma è legato all' antico pensiero della *"Etapa tutelar"* della legislazione brasiliana in materia di diritto infrativo, segnata dalla dottrina della situazione irregolare. L'"interpretazione delle norme speciali è legata ad una cultura solo apparentemente progressiva, ma molto reazionaria.

Ancora oggi, alcuni ritengono che l'imposizione di misure socioeducative sarebbe un favore al minore autore di reato, e, attraverso tale strumento il giudice li protegge. Tuttavia,
procedendo in questo modo le garanzie processuali penali vengono rimosse e il carattere sanzionatorio delle misure educative è semplicemente ignorato.
Dopo l'errata interpretazione delle norme speciali, nella maggior parte dei casi, è emanata nei confronti dell'adolescente una misura privativa della libertà, che non è l'*extrema ratio*, ma l'ordinarietà. L'altro difetto in questo sistema si manifesta in un modo allarmante, come è stato detto e ribadito,: un'esecuzione equivocata delle misure socioeducative.

Si è notato che i giudici fanno un uso eccessivo di misure privative di libertà all'interno di un ambiente chiuso (carcere per i minori), nonostante la previsione di misure socio-educative in libertà, che dovrebbero essere di più e meglio utilizzati. La conseguenza diretta di questo comportamento è la precarietà del processo di rieducazione ed il danno per lo sviluppo degli adolescenti in conflitto con la legge. In questo senso, ci sono molti problemi (condizioni insalubri, la mancanza di spazi aperti e di aule scolastiche per la ricreazione, la separazione dei minori, la vicinanza tra l'unità e la residenza della famiglia, ecc) delle carceri per i minori. Perciò, con l'applicazione inadeguata delle misure privative della libertà da parte dei tribunali brasiliani, le norme speciali e la *Lei do SINASE* vengono rimossi o sottoutilizzate.

La conseguenza di tutto ciò non è difficile immaginare. Il modello di protezione completa adottato dallo Statuto, che dovrebbe concretizzarsi nell'applicazione e esecuzione delle misure socioeducative, è fallimentare. L'adolescente trasgressore, che dovrebbe essere risocializzato, non può essere rimosso dalla condizione di emarginazione e continua a delinquere. Quindi, la criminalità giovanile in Brasile è senza soluzione.

---

18. E. G. MENDEZ, in K. B. SPOSATO, M. A. MINAHIM, *A Internação de Adolescentes pela Lente dos Tribunais, in* Revista Direito GV, v. 13, 2011, p. 278.

Il problema è acuito ulteriormente dal contributo terribile dei mezzi di informazioni di massa. La grande *media* nazionale è abituata a vendere discorsi sensazionali e diffonde 'odio ed intolleranza tra le persone, condizionando l'opinione pubblica.

Sono ricorrenti le notizie di infrazioni violenti commessi da adolescenti in tutto il Paese, soprattutto nelle grandi città. La comunicazione di questi atti sul grande *media* nazionale ha intensificato nella società la convinzione che lo Statuto dei bambini e adolescenti offre un trattamento almeno privilegiato agli adolescenti in conflitto con la legge. Ma la realtà è ben altra cosa!

Ciò può essere facilmente verificato, ad esempio, nei *social website*, con massiccia presenza nella vita quotidiana delle persone. In questo spazio virtuale, sono condivise opinioni sempre più radicali, sulla base di notizie sensazionalistiche e parziali su infrazioni commesse da adolescenti in conflitto con la legge. Da qui i suggerimenti di sanzioni più severe per i minori, più vicine al diritto penale, fino a richiedere la riduzione della maggior età penale.

La gran parte della popolazione non si interessa dell'origine e delle cause della criminalità giovanile, osservando lo scenario soltanto superficialmente e ritenendo la riduzione della maggior età penale l'unico ed esclusivo rimedio al complesso problema.

Pertanto, si attacca lo Statuto dei bambini e adolescenti, come una legge eccessivamente vantaggiosa ed inefficace, chiedendo di modificare e non considerare l'articolo 228 della Costituzione federale brasiliana, la garanzia costituzionale riservata ai minori, escludendoli dal normale processo penale e sottoponendoli alle regole della legislazione speciale.

Si ritorna all'inizio del panorama, ossia la norma speciale del 1990, lo Statuto dei Bambini e adolescenti. Si conclude, quindi, il circolo vizioso, simbolo degli errori concatenati che hanno iniziato l'attuale dibattito nazionale sulla riduzione della maggior età penale.

GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

RAFFAELE COPPOLA

	Depositata in cancelleria **Il ……**
TRIBUNALE DI NAPOLI NORD ***Sezione I^*** ***Coll. B*** *REPUBBLICA ITALIANA* *IN NOME DEL POPOLO ITALIANO* composto dai sigg.ri magistrati: dott. Luigi D'Angiolella – Presidente dott. Agostino Nigro – Giudice dott. Raffaele Coppola – Gidice (est.) all'udienza del 16.3.2015 ha emesso la seguente **SENTENZA** **nel procedimento a carico di** ---------- ----------, -------- **IMPUTATO** ***del delitto p. e p. dall'art. 56, 629 c.p. perché con violenza consistita nell'aprire violentemente la porta di casa dei propri genitori, ---------- -------- e ----------, con minaccia di distruggere la loro casa compiva atti diretti in modo non equivoco a costringere i predetti a consegnargli 20 euro.*** ***Evento non verificatosi per la netta opposizione delle persone offese.*** ***In Casavatore, l'1.12.14.*** ***Con recidiva reiterata specifica.*** Persone offese: ---------- ----------, nato a Napoli il 05.11..1951, e ---------- ----------, nata a Napoli il 23.7.1952. **CONCLUSIONI** **P.M.:** Cond---------- ad anni quattro di reclusione ed euro 2000 di multa; **La Difesa:** Assoluzione ai sensi dell'art. 530 co. 2 c.p.p. perché il fatto non sussiste; in subordine, riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, minimo della pena e benefici di legge se concedibili.	**Data avviso deposito:** **Al PG:_____** **Al PM:_____** **Data notifica estratto:** **_____** **Tipo notifica:** **_____** **IRREVOCABILE IL**

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con decreto emesso in data 15.12.2014 il Gip del Tribunale di Napoli Nord disponeva il giudizio nei confronti di ---------- ---------- in ordine al reato in epigrafe indicato.

Il presente procedimento veniva assegnato inizialmente al Tribunale in composizione monocratica, il quale, nell'udienza del 27.2.2015, rilevando la contestazione in fatto nel capo d'imputazione dell'aggravante di cui all'art. 628 co. 3 n. 3 bis c.p., riguardo ai luoghi indicati dall'art. 624 bis - in quanto i fatti contestati risultavano consumati tra le mura dell'abitazione delle persone offese - trasmetteva gli atti davanti a questo Tribunale in composizione collegiale, alla luce dei criteri tabellari vigenti.

All'udienza del 16.3.15, dopo la fase degli atti preliminari, presente l'imputato, veniva dichiarata l'apertura del dibattimento, letto il capo d'imputazione e, sulle richieste formulate dalle parti ai sensi dell'art. 493 c.p.p., venivano ammessi i mezzi di prova.

Si procedeva, dunque, all'escussione del teste Rossi Nicola e delle persone offese, ---------- ---------- e ---------- ----------.

Su consenso delle parti si acquisivano, ai fini della decisione, la querela presentata da ---------- ---------- l'1.12.14, nonché le querele sporte da ---------- ---------- e ---------- ---------- il 26.11.14.

Il P.m. depositava referto medico del 02.12.2014 riguardante ---------- ---------- e, al termine, veniva sottoposto a esame l'imputato.

2. È serenamente provata la responsabilità dell'imputato per il reato cristallizzato nel capo d'imputazione.

La piena sovrapponibilità delle dichiarazioni rese dalle due principali fonti narrative, ---------- ---------- e ---------- ----------, rispettivamente padre e madre dell'imputato, nonché la loro costanza e reciproca integrazione, hanno consentito di delineare un quadro familiare - all'interno del quale si inserisce l'episodio dell' 1 dicembre 2014 contestato nel capo d'imputazione - caratterizzato, nell'arco di circa quindici anni, da continue ed costanti violenze esercitate da ---------- ---------- ai danni dei rispettivi genitori, condite da minacce ed offese proferite nei confronti della madre al fine di costringerla a consegnargli somme di denaro.

Il comportamento violento dell'imputato verso i suoi genitori è da ricondurre principalmente alla sua vita precaria caratterizzata dall'assenza di un lavoro stabile e dall'abuso di alcol e sostanze stupefacenti, ragioni, queste, che lo hanno più volte indotto a pretendere, anche con violenza, dai suoi genitori piccole somme di denaro al fine di soddisfare i suddetti bisogni.

La sofferenza patita dai due anziani è stata adeguatamente rappresentata dall'App. sc. Rossi Nicola - all'epoca dei fatti in servizio presso il Nucleo Radiomobile dei Carabinieri di Casoria - testimone oculare delle minacce e offese verbali rivolte da ---------- ---------- verso i suoi genitori.

3. Venendo alla ricostruzione dei fatti contestati, la sera dell' 1 dicembre 2014, verso le ore 19.30 circa, ---------- ---------- bussava al campanello dell'abitazione dei due genitori anziani; ---------- ---------- apriva l'uscio della porta senza prima accertarsi chi fosse, credendo che il figlio fosse ristretto presso il carcere di Poggioreale per un altro episodio di violenza ai suoi danni consumato giorni prima; sorpresa ed impaurita di rivedere il figlio, cercava di richiudere la porta d'ingresso dell'abitazione, ma il ----------, con un'energica spinta, riusciva a farsi largo.

Entrato nell'appartamento, l'imputato pretendeva di lavarsi, e ordinava all'anziana madre di preparargli da mangiare; il timore della donna alla vista del figlio, e la costatazione che lo stesso fosse palesemente ubriaco, causa principale delle violenze subite in passato, la inducevano a intimargli di uscire dall'appartamento, sortendo come unico effetto la reazione violenta dell'imputato che iniziava a pretende che gli fosse consegnata la somma di venti euro, proferendo offese ed ingiurie ai danni della madre, apostrofandola *"Stronza"*, e minacciandola di distruggere la casa se ella non vi avesse ottemperato.
---------- ----------, attirato dalle urla, usciva dal bagno ove si trovava e intimava con forza al figlio di lasciare l'appartamento, riuscendo nell'intento solo spingendolo fuori dall'abitazione con un considerevole sforzo fisico.

Non soddisfatto del patema d'animo causato ai genitori, ---------- ---------- continuava a proferire ingiurie ai danni della madre anche dopo essere sceso in strada, urlando *"mamma, questo che mi hai fatto te lo faccio uscire per il culo. Non finisce qui"*.
Solo l'avvertimento del padre di chiamare i Carabinieri lo esortava ad allontanarsi.
I militari, allertati dai due anziani, giungevano sul posto pochi minuti dopo e, informati dell'accaduto, ricevevano indicazioni da ---------- ---------- sulla direzione presa dal figlio.

L'esame del teste Rossi, intervenuto nell'occasione, ha consentito d'integrare le due principali fonti narrative, chiarendo che, grazie alle indicazioni ricevute da ---------- ----------, i militari riuscivano a rintracciare l'imputato presso un bar, mentre era intento a consumare una birra.
Intimandogli di seguirlo, ritornavano con questi presso l'abitazione dei coniugi ---------- al fine di fare chiarezza sull'accaduto, ma, del tutto non curante della presenza dei militari, ---------- ----------, dall'interno della volate ove era rinchiuso, continuava ad inveire contro i genitori.

La sofferenza patita da ---------- ----------, cardiopatica, in seguito all'episodio descritto, le causava un malore che induceva i militari ad accompagnarla presso la Clinica dei Fiori di Acerra (Na) ove veniva diagnosticato uno stato di agitazione psico-motorio e dolore toracico (ved. referto medico del 02.12.2014). Dall'esame delle Persone offese è emerso che esse non hanno mai ceduto alle pretese di ---------- ---------- di ottenere denaro.

4. La violenza esercitata dall'imputato al fine di entrare nell'abitazione dei coniugi si lega strumentalmente al suo intento di pretendere da questi la somma di venti euro da utilizzare, presumibilmente, per acquistare alcol e sostanze stupefacenti; tale rapporto eziologico è ulteriormente arricchito dalla minaccia mossa dal ---------- alla madre di distruggerle la casa se non avesse immediatamente ottemperato alla pretesa.

Come già rappresentato, tali condotte devono essere necessariamente calate in un quadro familiare le cui relazioni tra l'imputato e i suoi genitori si sono caratterizzate, per circa quindi anni, da continue violenze e minacce esercitate dal primo ai danni dei secondi, in questo modo attribuendo lo stigma dell'idoneità coattiva alla minaccia proferita dall'imputato di distruggere la casa dei genitori se la madre non gli avesse consegnato venti euro; una potenzialità coattiva discendente dalle minacce che, benché non siano state seguite dalla consegna della somma di denaro, sono state capaci di originare uno stato di costrizione psichica, in quanto ragionevolmente credibili agli occhi dell'anziana donna.

La valutazione dell'idoneità della coazione esercitata sulla vittima alla luce del quadro complessivo di violenze e minacce trova conferma nella Corte di legittimità, la quale ha avuto modo di chiarire che "*l'idoneità degli atti richiesta per la punibilità del tentativo (nella specie: di estorsione) va valutata con giudizio "ex ante" e tenendo conto di tutte le modalità e circostanze effettive e concrete relative alla fattispecie".* (Sez. 2, n. 43209 del 15/06/2004 - dep. 04/11/2004, Ioppolo, Rv. 230108)
Tali considerazioni consentendo di ritenere configurata la condotta estorsiva nella forma tentata di cui al combinato disposto degli artt. 56, 629 c.p., attesa l'idoneità e serietà della minaccia proferita.

Giova ricordare che la Corte di cassazione ha chiarito che *"in tema di estorsione va considerata integrata l'ipotesi tentata ed esclusa la desistenza quando la consegna della somma di denaro, costituente oggetto di una richiesta effettuata con violenza o minaccia, non abbia avuto luogo non per autonoma volontà dell'imputato, bensì per la ferma resistenza opposta dalla vittima"* (Sez. 2, n. 41167 del 02/07/2013 - dep. 07/10/2013, Tammaro e altro, Rv. 256728), in questo modo ammettendo la configurabilità dell'ipotesi di cui all'art. 629 c.p. nella forma tentata anche laddove la resistenza opposta dalla vittima sia sintomo di una costrizione solo potenziale ma priva di effetti coercitivi concreti su di essa.

Ancora, a sostegno di tale assunto si ricorda che *"la costrizione, che deve seguire alla violenza o minaccia, attiene all'evento del reato, mentre l'ingiusto profitto con altrui danno si atteggia a ulteriore evento, sicché si ha solo tentativo nel caso in cui la violenza o la minaccia non raggiungono il risultato di costringere una persona al "facere" ingiunto"*. (Sez. 2, n. 11922 del 12/12/2012 - dep. 14/03/2013, Lavitola, Rv. 254798).

5. La fattispecie dell'estorsione delineata dall'art. 629 c.p. è richiamata, assieme agli artt. 628 e 630 c.p., dall'art. 649 c.p., la quale, delineando ai primi due commi una causa di non punibilità per i reati del titolo XIII del c.p., consumati ai danni di prossimi congiunti, esclude espressamente la sua applicazione per i casi di rapina, estorsione e sequestro di persona, nonché per ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone.

Dall'esame della prevalente giurisprudenza emerge l'interpretazione restrittiva data all'esclusione operata dall'art. 649 co. 3 c.p. della causa di non punibilità alle ipotesi di cui agli artt. 628, 629 e 630 c.p., ritenendo che la qualificazione delle rispettive fattispecie tentate in termini d'ipotesi autonome di reato, deve indurre a ritenere il rinvio limitato alle rispettive fattispecie consumate. (Sez. 2, n. 28686 del 09/07/2010 - dep. 21/07/2010, Carollo, Rv. 248031).

Al fine di comprendere l'effettiva portata di tale apparente assioma, giova ripercorrere le linee salienti della *ratio* insita nella predetta causa di non punibilità, servendosi dei contributi chiarificatori forniti in più occasioni dalla Corte costituzionale.

Dai *decisa* del Giudice delle leggi emerge che l'art. 649 c.p. si fonda sulla presunzione di esistenza di una comunanza di interessi che assorbe il fatto delittuoso (v. Corte costituzionale, sentenza n. 423 del 1988), tanto da limitare l'esclusione della pena ai casi in cui la dimensione lesiva del fatto si esaurisca nella offesa al patrimonio del congiunto.In buona sostanza, dall'art. 649 c.p. si evince il tentativo di un bilanciamento tra contrapposti interessi, la repressione d'illeciti penali, da un lato, ed il valore dell'unità della famiglia, che potrebbe essere pregiudicato dalla repressione penale del fatto, dall'altro lato (v. Corte costituzionale, sentenza n. 352 del 2000);

in questo modo viene determinata la soccombenza degli interessi repressivi, sempreché all'offesa all'interesse patrimoniale non si accompagni l'offesa ad interessi diversi che rendano comunque indispensabile l'intervento sanzionatorio.

La norma diviene elemento cardine di uno statuto penale della famiglia fondato sulla necessità di mantenere saldi i tratti di autonomia al suo interno; tale finalità trova conferma nel comma 2 dell'art. 649 c.p., laddove, prevedendo la procedibilità a querela per reati di cui al titolo XIII commessi in danno del coniuge legalmente separato, ovvero del fratello o della sorella non conviventi con l'agente, dello zio, del nipote e dell'affine in secondo grado con lui conviventi, attenua il valore predominante del rapporto familiare. I tre commi che compongono l'articolo in esame vanno letti, in buona sostanza, in rapporto di complementarietà, laddove per i congiunti rispetto ai quali il rapporto familiare è considerato più attenuato (il fratello e la sorella) il primo comma richiede il presupposto della convivenza quale elemento di rafforzamento del vincolo, non richiesto nel secondo comma che, come visto, ammette una ipotesi di punibilità purché subordinata alla querela della persona offesa; al contempo, il terzo comma, quasi come disposizione di chiusura, limita la causa di non punibilità rispetto ad una serie di ipotesi da cui emerga non solo una lesione al patrimonio ma anche alla persona fisica, mediante una violenza che diventi mezzo adoperato nel perseguimento del profitto.

6. Giungendo al contrasto sorto in giurisprudenza, una remota decisione ha statuito che, pur essendo il reato tentato una fattispecie autonoma, quando la legge si riferisce, senza alcuna distinzione o limitazione, all'ipotesi tipica, deve considerarsi in essa ricompresa anche l'ipotesi tentata dei reati di cui agli artt. 628, 629, 630 c.p. (Sez. 2, 9 aprile 1965, Pulin).

Un'altra decisione, pur premettendo che l'esimente riguardi solo i reati che incidono su beni materiali, ha precisato che il comma 3 dell'art. 649 c.p. si muove nell'intento di reprimere ipotesi di violenza fisica o psichica contro le persone (Sez. 2, 9 giugno, 1988, Bruni).

Ritenendo che non sarebbe necessario fa riferimento alla violenza alle persone richiamato dall'ultimo periodo del predetto comma per escludere il tentativo dalla causa di esclusione della pena, ben potendo ritenersi cristallizzato nel richiamo agli artt. 628, 629, 630 c.p., fattispecie queste ontologicamente fondate su di un comportamento violento. In un'altra decisione del Supremo Collegio è stato affermato che la causa di esclusione di cui all'art. 649 co. 1 c.p. non trova applicazione per delitti consumati artt. 628, 629, 630 c.p. né per ogni altro delitto contro il patrimonio (consumato o tentato) nel quale la violenza assume il ruolo di elemento costitutivo o di circostanza aggravante, di qui l'ammissibilità della punibilità della tentata rapina consumata con minaccia (Sez. 2, 15 maggio 1990, Belgiorno).

Non sono mancati orientamenti opposti volti a ricondurre la violenza alla persona prevista dall'ultimo cpv del terzo comma alla sola violenza fisica, con conseguente non punibilità non solo delle fattispecie tentate artt. 628, 629, 630 c.p., ma anche delle ipotesi di reati contro il patrimonio commessi con minaccia (Sez. 2, 18 maggio 1995, Pozzobon; Sez. 2, 13 marzo 2005, Scibile).Tale tendenza è stata da ultimo contrastata sostenendo che la violenza fisica non va intesa come energia fisica esplicata sulla persona, cioè come coazione materiale dinamicamente esercitata sulla persona da parte dell'agente, ma quale strumento di coazione dell'altri volontà, ritenendo che il concetto di violenza fisica sia quella delineata dall'art. 610 c.p., in questo modo ricomprendendo qualsiasi atto dal quale si estrinsechi una forma di coartazione del soggetto passivo (Sez. 2, 29 marzo 2007, Fiorentino).

Tale orientamento postula un'interpretazione complementare dei tre commi che compongono l'art. 649 c.p. da cui discende che il fine del legislatore di perimetrare la portata della causa di non punibilità, escludendo ogni delitto commesso con violenza alle persone deve ritenersi riferito anche alle ipotesi solo tentate, le quali, benché escluse per la loro autonomia dal primo cpv del terzo comma, sono ricomprese nell'ultimo cpv laddove ci si riferisce alla violenza alla persona, anche solo arrestata ad una mera condotta tentata. In buona sostanza, l'intento del legislatore di garantire uno statuto penale che assicuri l'integrità della famiglia mediante una non punibilità di condotte lesive di beni patrimoniali, trova il suo naturale limite in una esclusione della predetta causa di non punibilità per tutte quelle ipotesi che attentando all'integrità personale, rivelino una intenzionalità violenta del loro autore. Tale considerazione non può prescindere dalla logica conclusione di ritenere compendiate nel concetto di violenza alla persona, tanto la violenza fisica quanto quella psichica, atteso il riferimento a entrambe di tutte le fattispecie rientranti nel capo XIII che identificano il bene tutelato in quello dell'integrità patrimoniale protetto contro forme onnicomprensive di violenza: si pensi alla turbativa violenta del possesso di cose mobili (art. 634 c.p.) e al danneggiamento commesso con violenza alla persona o minaccia (art. 635 c.p., comma 2). Tale interpretazione è l'unica che consenta di evitare un'indebita parcellizzazione delle fattispecie mediante un'antinomia del sistema che emergerebbe da una frantumazione delle fattispecie penali poste a presidio del patrimonio e caratterizzate da una struttura complessa ove la violenza assurga a mezzo di realizzazione delle stesse; infatti, le stesse sarebbero punibili sono in caso di violenza fisica e non anche psichica.

Tale principio è stato da ultimo ribadito dalla Corte di legittimità la quale ha precisato che *"l'esclusione della causa di non punibilità di cui all'art. 649 cod. pen. in riferimento alle fattispecie criminose di rapina, estorsione e sequestro di persona a scopo d'estorsione è normativamente estesa anche alle corrispondenti fattispecie di tentativo, che strutturalmente comportano l'uso della violenza alla persona, pur solo preordinata e non realizzata".* (Sez. 6, n. 19299 del 18/12/2007 - dep. 14/05/2008, Casale, Rv. 240500).

7. Nel caso in esame, ora la condotta violenta dispiegata dal ---------- nel forzare la portata d'ingresso dell'abitazione dei due genitori anziani, ora le minacce proferite ai danni di questi, e segnatamente di ---------- ----------, compendiate nella prefigurazione della distruzione dell'appartamento, sono condotte strumentalmente connesse al fine di estorcere ai due genitori anziani la somma di venti euro; pretesa reiterata non solo dopo che ---------- ---------- è riuscito ad allontanare il figlio dalla propria abitazione chiudendo dietro di sé l'uscio d'ingresso, ma anche quando l'imputato è sceso successivamente in strada. Tale nesso teleologico, per le ragioni esposte, giustifica la comprensione nel paradigma della violenza alla persona del secondo periodo del terzo comma dell'art. 649 c.p., in questo modo escludendo l'esimente prescritta dal primo comma della medesima norma.

8. Giungendo al trattamento sanzionatorio. La marginalità della violenza dispiegata dall'imputato, cristallizzata nella spinta esercitata sulla persona di ---------- ---------- al fine di entrare nell'abitazione per estorcere la somma di denaro, in uno con la non apprezzabile resistenza dimostrata dalla considerazione di non poco conto che ---------- ---------- sia riuscito ad allontanarlo dalla sua abitazione, nonostante le precarie condizioni di salute che affliggono l'anziano genitore, giustificano il riconoscimento delle circostanza attenuanti generiche, le quali vanno considerate equivalenti alla contestata aggravante.

Le modalità del fatto, il lasso temporale in cui esso si è concentrato nonché l'ammontare irrisorio della somma di denaro estorta, consente di ritiene equa una pena base sovrapponibile al mino edittale, ridotta per il tentativo alla pena finale di anni 2 mesi sei di reclusione ed euro 500 di multa.
Dalla legge discende il pagamento delle spese processuali e quelle di custodia cautelare in carcere.
Il carico dell'ufficio giustifica il termine per il deposito della motivazione.

P.Q.M.

Letti gli artt. 533 e 535 c.p.p., dichiara ---------- ---------- colpevole del reato a lui ascritto e, concesse le attenuanti generiche equivalenti alla contestata aggravante, lo cond---------- alla pena di anni 2, mesi sei di reclusione ed euro 500 di multa, oltre al pagamento delle spese processuali e a quelle di custodia cautelare.

Fissa in giorni 30 il termine per il deposito della motivazione e sospende nelle more i termini di custodia cautelare.

Letti gli artt. 275 comma 2 bis e 299 c.p.p., sostituisce in relazione al presente procedimento, se non detenuto in carcere per atra causa, la misura in atto con quella degli arresti domiciliari presso il luogo che l'imputato dichiarerà al momento della sua scarcerazione e dove sarà accompagnato con scorta dagli Agenti della Polizia Penitenziari.

Aversa, 16.3.2015

Il Presidente
Dott. Luigi D'angiolella

I Giudici

RAFFAELE COPPOLA

N. --------/15 Reg. Not. Reato N. Sentenza N. ---------/15 **N. --------/15 Reg. Dibatt.**	**Depositata in cancelleria** **Il ……**

REPUBBLICA ITALIANA

TRIBUNALE DI NAPOLI NORD

Sezione 1ª

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL GIUDICE MONOCRATICO DI NAPOLI NORD

dott. Raffaele Coppola, all'udienza del 17.4.2015 ha pronunziato la seguente

SENTENZA

nel procedimento ex artt. 438 ss. a carico di

IMPUTATO

Del delitto p. e p. dall'art. 385 c.p. per essersi arbitrariamente allontanato dal luogo (Aversa alla via San Nicola n. 20) indicato nel provvedimento emesso dal Tribunale di Napoli Nord Ufficio G.i.p. in data 14.4.15 n. ----------/14 RGNR e n. --------/14 RGGIP ove era agli arresti domiciliari con autorizzazione ad allontanarsi dal mercoledì al lunedì dalle ore 07.00 alle ore 11.40 e dalle ore 15.00 alle ore 17.00.
In Aversa, il 16.4.2015

CONCLUSIONI

Il P.M.: condanna alla pena di anni uno di reclusione

Il Difensore: assoluzione ex art. 530 cpv c.p. perché il fatto non sussiste; in subordine, sentenza di non doversi procedere per irrilevanza del fatto; in via ulteriormente subordinata, minimo della pena, riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche e benefici di legge se concedibili.

Data avviso deposito:

Al PG:_____

Al PM:_____

Data notifica estratto:

_____

Tipo notifica:

_____

IRREVOCABILE IL

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E MOTIVI DELLA DECISIONE

In data 16.4.2015 veniva arrestato in Aversa ----------, in quanto resosi responsabile del delitto di cui all'art. 385 c.p.

All'udienza del 17.4.2015, a norma dell'art. 558 c.p.p., sull'im-puta-zione formulata dal P.m., raccolta la relazione dell'agente di P.G. autore dell'arresto, veniva sentito sul fatto l'arrestato, il quale, a sua discolpa, asseriva di essersi allontanato incoscientemente dall'abitazione senza prestare la dovuta attenzione ai limiti prescritti dal provvedimento autorizzativo emesso G.i.p. in data 22.9.2014.

Veniva quindi, su richiesta del P.m., convalidato l'arresto e si disponeva il giudizio con rito direttissimo per il reato riportato in epigrafe, disponendo il ripristino della misura violata.

Subito dopo l'udienza di convalida, e prima dell'apertura del dibattimento, l'imputato chiedeva la celebrazione del giudizio con rito abbreviato, il P.m. nulla osservava, per cui, acquisito il fasci-colo del Pm, il giudizio veniva definito allo stato degli atti.

Le parti concludevano così come riportato in epigrafe.

S'impone la condanna dell'imputato per il reato contestato alla luce degli atti utilizzabili ai sensi degli artt. 438 ss. c.p.p. (segnatamente alla relazione dell'agente di p.g. che ha provveduto all'arresto e al verbale di arresto del 26.3.2015, nonché alle dichiarazioni rese dall'imputato in sede di convalida).

Quanto alla ricostruzione dei fatti, con provvedimento del 14.4.2015, del G.i.p. del Tribunale di Napoli Nord, veniva ripristinata la custodia cautelare degli arresti domiciliari in Aversa alla via San Nicola n. 20 nei confronti di ---------- e della compagna ----------, quest'ultima autorizzata ad allontanarsi dal luogo ove era ristretta dal mercoledì al lunedì, dalle ore 07.00 alle ore 14.00 e dalle ore 15.00 alle ore 17.00 (escluso il martedì ed il giorno di chiusura), per consentirle di svolgere attività lavorativa presso il bar ----------.

Con il medesimo provvedimento del 22.9.2014, veniva altresì autorizzato il ---------- ad accompagnare la ---------- sul luogo di lavoro nei suddetti giorni ed orari.

Al fine di eseguire l'ordinanza di custodia in carcere emessa successivamente dalla Corte d'Appello di Napoli il 15.4.2015 nei confronti di ----------, una pattuglia di carabinieri della Stazione di Aversa raggiungeva il suddetto domicilio alle ore 14.35 circa del 16.4.2015, ove constatavano la presenza della donna e dell'imputato.

Dopo circa cinque minuti dal prelevamento della ---------- dalla propria abitazione, i militari vi ritornavano assieme a questa per consentirle di prelevare alcuni oggetti personali dimenticati, in tale occasione constatavano l'assenza del ----------.

Contattato sulla sua utenza telefonica, l'imputato ritornava presso il domicilio, ove lo attendevano i militari, dopo circa venti minuti.

Le argomentazioni propugnate dalla difesa al fine di sollecitare un'assoluzione del ----------, hanno fatto leva su due aspetti alternativi: da un lato, l'assenza dell'elemento soggettivo; dall'altro, la tenuità dell'offesa cagionata al bene presidiato dall'art. 385 c.p., al fine di ritenere possibile, laddove il primo assunto difensivo fosse stato ritenuto insussistente, un'assoluzione ai sensi dell'art. 131 bis c.p.

Quanto al primo motivo, dall'interrogatorio dell'imputato è emerso che egli si sia allontanato dall'abitazione al fine di recuperare l'ultimo stipendio della compagna presso il bar ove lei lavorava, e che la sua condotta sarebbe imputabile alla poca attenzione prestata alle circostanze spazio - temporali delineate

dal provvedimento autorizzativo del G.i.p. sede, che gli consentiva un allontanamento dall'abitazione esclusivamente per accompagnare la ---------- sul posto di lavoro.

Alla luce di tali giustificazioni, la difesa ha ritenuto deficitario l'elemento soggettivo prescritto dall'art. 385 c.p., fondandosi sull'assenza di volontà del ---------- di sottrarsi alla misura cautelare. Giova ricordare che il reato di evasione si caratterizza per il dolo generico consistente nella volontà di evadere con la consapevolezza di trovarsi in un legittimo stato di arresto o detenzione, a nulla rilevando i motivi che hanno determinato la condotta dell'agente (ex plurimis: Sez. 6, n. 10425 del 06/03/2012 - dep. 16/03/2012, Ghouila, Rv. 252288).

Nel caso di specie, la negligenza a cui sarebbe riconducibile la condotta dell'imputato, il quale, benché cittadino straniero, ha dimostrato un'ottima padronanza della lingua italiana, ha investito quelle circostanza temporali e quelle condizioni prescritte da un provvedimento autorizzativo, che, completando l'originario provvedimento di applicazione degli arresti domiciliari, integra il precetto penale di cui all'art. 385 c.p. Discende che l'errore che ha caratterizzato lo status soggettivo dell'imputato non riguarda il fatto costituente reato, la cui punibilità sarebbe esclusa ai sensi dell'art. 47 c.p., ma la disciplina degli arresti domiciliari che integra il reato di evasione, e articolata in forza del provvedimento restrittivo originario completato dal provvedimento autorizzativo parzialmente derogatorio del primo, in questo modo traducendosi in un errore di diritto la cui ignoranza non rileva se non inevitabile (Cass., Sez. 1^, 5 settembre 1995 n. 1016).

D'altronde, la Corte costituzionale (sent. n. 364 del 1988) ha chiarito che la disciplina degli arresti domiciliari non configura una causa indiscriminata di scusabilità nemmeno per lo straniero, il quale è tenuto, secondo l'ordinaria diligenza richiesta al cittadino italiano, ad informarsi sulla disciplina penale del paese ove soggiorna.

"Anche lo straniero, così come il cittadino italiano, non può invocare a suo vantaggio l'errore sulla disciplina degli arresti domiciliari, che lo impegna, all'atto in cui ne ottiene l'applicazione, a osservarne con estrema diligenza la regola fondamentale dell'assoluto divieto di allontanamento dal proprio domicilio senza preventiva autorizzazione". (Cass., Sez. 5^, 12 maggio 1995 n. 1310, ric. Allegre; 25 maggio 1994 n. 2487, ric. Bartolini).

Discende che, l'errore in cui sarebbe caduto l'imputato, qualificandosi in termini di *error iuris*, è del tutto irrilevante ai fini di una non punibilità, non investendo né il fatto *tout cour* né un errore di fatto discendente da errore su norma extrapenale. Quanto all'alternativa istanza mossa dalla difesa di non punibilità ex art. 131 bis c.p. per particolare tenuità dell'offesa - ipotesi introdotta con il D.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 (Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1, comma 1, let. m), della legge 28 aprile 2014, n. 67, in vigore dal 1.4.2015) - occorre una preliminare disamina della nuova fattispecie al fine di limitarne la discrezionalità evincibile dalle generiche forme adoperate dal legislatore nel tratteggiarne i parametri alla luce dei quali il giudice è chiamato ad emettere una sentenza *pro reo*. L'introduzione dell'art. 131 bis c.p. consente di escludere la punibilità di quelle condotte che, sebbene integranti fattispecie di reato nei loro elementi oggettivi e soggettivi, si caratterizzino per una particolare tenuità dell'offesa in forza delle modalità della condotta e dell'esiguità del danno o del pericolo. La *ratio* della norma è quella di consentire un maggior adeguamento della rigidità di fattispecie penali astratte, aventi una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, alle circostanze del caso concreto, qualora una loro punibilità avverrebbe a prescindere da una concreta

valutazione che l'offesa arreca al bene giuridico presidiato, in questo modo trascurando il principio di offensività ravvisato da autorevole dottrina negli artt. 25 e 27 della Costituzione.
Giova precisare che la nuova disciplina non opera laddove si ritenga del tutto priva di offensività la condotta posta in essere - configurando in questo caso un'ipotesi di reato impossibile ex art. 49 c.p. - ma è applicabile qualora, sebbene sussistente un'offesa all'interesse protetto, questa si ponga al di sotto di un'apprezzabile soglia.

Nel caso di specie, l'impossibilità di qualificare in termini di particolare tenuità dell'offesa le modalità di realizzazione del fatto discende da più di un dato: ora la distanza (circa cinque chilometri) intercorrente tra il bar ---------- e l'abitazione del ----------; il momento dell'allontanamento avvenuto non appena i militari hanno lasciato il domicilio ove egli era ristretto, elemento dal quale potrebbe discendere più di un dubbio sulla effettiva buona fede dell'imputato.
Ai fini della suddetta valutazione, le ragioni che hanno spinto l'imputato a violare la misura cautelare risultano del tutto irrilevanti, come d'altro canto precisato in più occasioni dalla Suprema Corte.

Discende l'impossibilità di accogliere le sollecitazioni della mosse dalla difesa e volte ad un'assoluzione ex art. 131 bis c.p., 530 c.p.p. per non punibilità del fatto.
Giungendo alla dosimetria sanzionatoria, in merito al riconoscimento richiesto dalla difesa della diminuente di cui all'art. 385 co. 4 c.p., fermo restando l'astratta applicabilità anche alle ipotesi di evasione dagli arresti domiciliari (Cass., Sez. U., 12 novembre 1993 n. 11343), non sfugge lo sforzo difensivo volto a far emergere, durante l'esame dell'agente che ha provveduto all'arresto, l'elemento di non poco conto che il ---------- fosse stato contattato dai militari sulla sua utenza telefonica e che gli stessi gli avessero intimato di far rientro presso il proprio domicilio ove lo avrebbero atteso, dato che per giurisprudenza consolida della Corte di cassazione *"la pena è diminuita quando l'evaso si costituisce in carcere prima della condanna, non è integrata per il sol fatto che l'interessato rientri spontaneamente nel luogo di esecuzione della misura, essendo piuttosto necessario che si presenti presso un istituto carcerario o si consegni ad una autorità che abbia l'obbligo di tradurlo in carcere".* (Sez. 6, n. 19645 del 18/02/2004 - dep. 28/04/2004, Grasso, Rv. 228317).
Tuttavia, l'impossibilità del riconoscimento della predetta attenuante discende dalle ragioni che hanno indotto l'imputato ad allontanarsi dal domicilio ove era ristretto.

La diminuente in oggetto è un'ipotesi speciale dell'attenuante comune prevista dall'art. 62 n. 6 c.p., richiedendo che l'evaso si sia adoperato prima della condanna, spontaneamente ed efficacemente, per elidere le conseguenze dannose dell'evasione - cioè il dispendio di tempo e di energie da parte della polizia giudiziaria per effettuarne le ricerche ed eseguirne la cattura - costituendosi in carcere o consegnandosi a un'autorità che abbia l'obbligo di tradurvelo (Cass., Sez. 6^, 25 settembre 1995 n. 1458).

Discende che essa non operi *"in ogni caso di evasione temporanea e quindi non può essere riconosciuta in favore del soggetto che si sia allontanato, per breve tempo, dall'abitazione di restrizione domiciliare per farvi subito dopo rientro"*. (Sez. 6, n. 32383 del 18/03/2008 - dep. 31/07/2008, Castro, Rv. 240644). Il ----------, allontanandosi dal proprio domicilio al fine di riscuotere lo stipendio della compagna presso il bar "----------", ha adombrato le condizioni spazio - temporali di un allontanamento temporaneo, limitato al fine predetto e preordinato ad un rientro presso l'abitazione ove era ristretto.

Tale assunto è corroborato, d'altronde, dalle argomentazioni principali intessute dalla difesa e fondate sull'errore in cui l'imputato sarebbe caduto limitatamente alle circostanze temporali e alle condizioni che consentivano un suo allontanamento temporaneo dal domicilio.

La marginale capacità a delinquere evincibile dal carattere occasionale della condotta contestata, in uno con le modalità di realizzazione del fatto giustificano una pena base sovrapponibile al minimo edittale.

Le ragioni addotte a fondamento dell'allontanamento e l'assenza di precedenti penali, consentono il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche.

Gli elementi valorizzati per il riconoscimento delle circostanze attenuanti di cui all'art. 62 c.p. e per una pena base determinata al minimo edittale, letti in combinato disposto con l'assenza di differenti preclusioni oggettive e soggettive, consentono una prognosi favorevole sulla condotta futura dell'imputato, consentendo la sospensione condizionale della pena.

La riduzione per il rito conduce alla pena finale di mesi cinque, giorni dieci di reclusione.

Dalla legge discende la condanna al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Letti gli artt. 438 ss., 533, 535 c.p.p., dichiara ---------- colpevole del reato lui ascritto e, riconosciute le circostanze attenuanti generiche, applicata la riduzione per il rito, la condanna alla pena di mesi cinque, giorni dieci di reclusione, nonché al pagamento delle spese processuali.

Pena sospesa.

Aversa, 17/4/2015

Il Giudice
Dott. Raffaele Coppola

PAOLO SCEUSA

n.36/2013 V.G.;
n. /2015 Cron.;

TRIBUNALE PER I MINORENNI DI TRIESTE

Il Tribunale per i minorenni in camera di consiglio, così composto:

dott. Paolo Sceusa	Presidente;
dott. Angela Gianelli	Giudice relatore;
dott. Marco Feruglio	Giudice onorario;
dott. Tiziana Minutello	Giudice onorario**;**

ha pronunciato il seguente

DECRETO

Premesso

letta la domanda depositata in data 5/7/2013 nell'interesse di Anita Godelli, nata il 28/3/1943, volta ad ottenere *ex* artt.107 D.P.R. n.396/2000 e 28 l. n.184/1983 l'autorizzazione ad accedere alle informazioni che riguardano la sua origine e l'identità della propria madre biologica, mediante presa visione del certificato sanitario inerente la propria nascita, secondo le indicazioni della comunicazione del Comune di Trieste del 19/12/2012;

premetteva la medesima istante:

che aveva proposto in data 19/3/2007 un primo ricorso *ex* art.95 D.P.R. n.396/2000 avanti al Tribunale di Trieste per conoscere le generalità della propria madre naturale e che tale ricorso veniva respinto con decreto del 4/5/2007 per incompetenza funzionale;

che conseguentemente in data 27/6/2007 la signora Godelli presentava nuovo ricorso avanti al Tribunale per i Minorenni di Trieste, rigettato con provvedimento dell'11/6/2008;

che in data 27/6/2008 veniva interposto reclamo avverso tale provvedimento in Corte d'Appello di Trieste, ritenuto infondato;

che la ricorrente si rivolgeva allora alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con ricorso n.33783/2009, presentato in data 16/6/2009 ed accettato in data 22/6/2009;

che in data 25/9/2012 veniva depositata sentenza CEDU, Sezione seconda, con la quale la Corte accoglieva il ricorso presentato dalla signora Godelli, accertando la violazione da parte dello Stato italiano nei confronti della medesima istante dell'art.8 Convenzione;

che lo Stato italiano presentava ai sensi dell'art.43 Convenzione ricorso alla Grande Camera, che tuttavia veniva rigettato, divenendo conseguentemente definitiva ai sensi dell'art.44, 2, lett. c) della Convenzione, la sentenza emessa il 25/9/2012;

che a seguito di r.r.r. di data 16/11/2012 inviata al Comune di Trieste, tale Ufficio con nota del 19/12/2012 evidenziava che per appurare i dati anagrafici della madre biologica della signora Godelli era necessario visionare il certificato sanitario inerente la nascita della signora Godelli Anita, depositato presso la Cancelleria del Tribunale di Trieste,

che, conseguentemente, veniva depositata in data 23/5/2013 istanza al Tribunale di Trieste, sezione Volontaria Giurisdizione, per poter visionare il suddetto certificato sanitario inerente la nascita della signora Godelli Anita;

che in data 21/6/2013 il Tribunale di Trieste, sezione Volontaria Giurisdizione, dichiarava la sua incompetenza *ex* art.28 l. n.184/1983, demandando alla competenza funzionale del Tribunale per i Minorenni;

che nelle more era sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art.28 l. n.184/1983, dal Tribunale per i Minorenni di Catanzaro, nell'ambito del Proc. n.811/2010 Volontaria Giurisdizione;

che, con provvedimento emesso in data 9/10/2013 questo Tribunale per i Minorenni osservava:

"*è assodato che la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è non soltanto casistica, ma contiene di volta in volta le indicazioni specifiche per il caso oggetto del suo stesso vaglio giudiziale. Ciò posto, nel presente caso in esame, la Corte di Strasburgo, dopo aver rimarcato che il diritto di conoscere i propri genitori biologici rientra nel diritto alla tutela della vita privata di cui all'art. 8 CEDU e questo impone non solo divieti, ma anche obblighi positivi per gli Stati, i quali godono di un certo margine di apprezzamento nel campo in esame, ha affermato che è necessario operare un corretto bilanciamento tra i diritti e gli interessi delle persone coinvolte, secondo il canone di proporzionalità.*[1]

In particolare, l'art. 8 si applica sia alla figlia, il cui interesse a conoscere le proprie origini trova fondamento nella nozione di vita privata, sia alla madre, il cui interesse a mantenere l'anonimato non può essere negato, per consentirle di partorire in condizioni mediche appropriate e di tutelare la propria salute. Inoltre l'anonimato è volto anche a salvaguardare un interesse generale, sia per quanto concerne la salute delle madri e dei figli, sia per quanto concerne il rischio di aborti clandestini o abbandoni "selvaggi".

Tuttavia nella specie non si è raggiunto un equilibrio soddisfacente tra i diritti e gli interessi concorrenti: la ricorrente non poté avere accesso ad alcuna informazione sulla madre e sulla famiglia biologica, neanche alle informazioni che non implicavano l'identificazione della madre, vedendosi piuttosto opporre un rifiuto assoluto e definitivo, senza una ponderazione dei diritti e degli interessi in gioco. Inoltre, l'interesse a conoscere le proprie origini non viene meno con l'avanzare dell'età. A parere della Corte europea presumibilmente la ricorrente ha subito sofferenze psichiche e morali, anche se non sono dimostrabili da un punto di vista medico.

La Corte europea accerta quindi che la legislazione italiana non opera un corretto bilanciamento perché, nel caso in cui la madre biologica si sia avvalsa dell'anonimato, preclude al figlio l'accesso anche alle informazioni che non consentono l'identificazione, e non permette al figlio di chiedere che l'anonimato venga meno, con il consenso della madre, concludendo che il legislatore italiano valica il margine di apprezzamento dello Stato e, pertanto vi è violazione dell'art. 8, accordando alla ricorrente

1. Sentenza CEDU, Seconda Sezione, 25/9/2012, Godelli *vs* Italia, ric. N.33783/2009, paragrafi 60 e ss.

la somma di 5.000 € per il pregiudizio morale subito e 10.000 € per le spese.[2]
La Corte europea in conclusione, accertata la violazione dell'art.8 della Convenzione, richiama unicamente l'art.41 sempre della Convenzione, in forza del quale "Se la Corte dichiara che vi e stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa".
Tutto ciò premesso, l'attività interpretativa del giudice interno anche nel caso al vaglio dovrà continuare a conformarsi al complesso sistema di relazioni fra ordinamenti delineato dalla Consulta nel tempo già dal 1975, poi dal 1984, fino alle pronunce gemelle della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, quindi alle pronunce nn.311, 317/2009, 93/2010, 264/2012 e 70/2013, per richiamare soltanto quelle fondamentali di sistema, in cui si è definito il complesso rapporto fra ordinamento interno ed ordinamento comunitario.
Nello specifico, le norme della CEDU, in quanto norme pattizie, non rientrano nell'ambito di operatività dell'art. 10, primo comma, Cost. Posto che, con l'espressione "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute", la norma costituzionale si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l'adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell'ordinamento giuridico italiano, le norme pattizie, ancorché generali, contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali (come la CEDU), esulano dalla portata normativa del suddetto art.10 e non possono essere assunte quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale, di per sé sole, ovvero come norme interposte ex art.10 della Costituzione.[3]

L'applicabilità delle disposizioni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) nell'ordinamento interno non può trovare fondamento neanche in via indiretta nell'art.11 Cost., per effetto della qualificazione, da parte della Corte di giustizia della Comunità europea, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario, e ciò in quanto: a) il Consiglio d'Europa, cui afferiscono il sistema di tutela dei diritti dell'uomo disciplinato dalla CEDU e l'attività interpretativa di quest'ultima da parte della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo, è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta dalla Comunità europea creata con i Trattati di Roma del 1957 e dall'Unione europea oggetto del Trattato di Maastricht del 1992; b) se è vero che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed in particolare alla Convenzione di Roma, tuttavia tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile; c) il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri è un rapporto variamente ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale. Né la eventuale incompatibilità della norma interna con la norma della CEDU può trovare rimedio nella semplice non applicazione da parte del giudice comune,

2. *Ivi*, par. 70 e ss.

3. Corte cost. n.348/2007. Sulla impossibilità che le norme della CEDU, di per sé sole, fungano da parametro nei giudizi di legittimità costituzionale, si veda la sentenza n.188/1980. Sull'impossibilità che le norme della CEDU fungano da norme interposte nei giudizi di legittimità costituzionale, si vedano le sentenze n.153/1987, n.168/1994, n.288/1997, n. 32/1999, e le ordinanze n. 143/1993 e n. 464/2005.

in quanto, allo stato, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente, dovendosi anzi rilevare che le stesse sentenze della Corte di Strasburgo, anche quando è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale nei confronti del proprio Stato di appartenenza, si rivolgono allo Stato membro legislatore e da questo pretendono un determinato comportamento (sentt. nn. 393 del 2006).[4] *Considerato che l'art. 117, primo comma, Cost., il quale, nel testo introdotto dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, può ritenersi operativo solo se vengono determinati gli "obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, che assumono quindi la funzione di fonte interposta, in quanto di grado intermedio tra la Costituzione, cui sono subordinati, e la legge ordinaria, e premesso altresì che, per quanto riguarda la CEDU, questa presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa, deve ritenersi che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi sia quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione; il che, peraltro, non comporta che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, siano immuni dal controllo di legittimità costituzionale della Corte costituzionale, perché, trattandosi di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione, e il relativo controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione, estendendosi quindi ad ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali, con la conseguenza che la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano.*[5]

Applicati al caso in esame i principi sin qui tratteggiati, espressi dalla Corte costituzionale e considerato, ancora, che per un verso la questione della non accessibilità alle informazioni riguardo alle proprie origini – siano esse identificative della madre biologica o generali sulle circostanze attinenti alla nascita – è stata anche vagliata dalla Corte costituzionale nel 2005 e ritenuta non fondata[6]

---

4. Corte cost. n.349/2007. Sulla collocazione delle norme della CEDU allo stesso livello della legge ordinaria di autorizzazione alla ratifica della Convenzione, si vedano le sentenze nn.1/1961, 98/1965, 7 e 120/1967, 123/1970, 315/1990, 505/1995, 310/1996, 288/1997, 399/1998, 342, 388/1999,376/2000, 445/2002, 29/2003, 154 e 231/2004, 299/2005; ordinanza n.305/2001. Sulla qualificazione delle medesime norme come "fonte riconducibile a una competenza atipica", si veda la sentenza n.10/1993.

5. Per l'individuazione della categoria delle norme interposte, si vedano le sentenze n.101/1989, n.85/1990, n.4/2000, n.533/2002, n.108/2005, n.12/2006, n.269/2007. Sull'ampiezza del sindacato di costituzionalità sulle norme pattizie che fungono da norme interposte nel giudizio di costituzionalità, si vedano le sentenze n.30 e n.31/1971, n.12 e n.195/1972, n.175 e n.183/1973, n.170/1984, n.1/1977, n.16/1978, n.16 e n.18/1982, n.168/1991, n.203/1989, n.73/2001 e ordinanza n.454/2006.

e, per altro aspetto, che con ordinanza emessa in data 15/11/2012 il Tribunale per i Minorenni di Catanzaro ha sollevato nuovamente questione di legittimità costituzionale dell'art.28, comma 7°, l. n.184/1983, nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare la persona adottata all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non voler essere nominata da parte della madre biologica, per contrasto con gli artt.2, 3, 32 e 117, I° comma, Cost.; che, inoltre, la recente modifica al codice civile intervenuta con legge n.219/2012 in materia di riconoscimento dei figli naturali lasciata intatta, all'art.250 cod. civ., la possibilità di uno dei genitori di non riconoscere il figlio[7]*; che un progetto di legge che tentava, invece, un bilanciamento di interessi tra madre e figli è stato presentato in Parlamento nel corso del 2009 ed assegnato alla II° Commissione Giustizia in sede referente nel 2010*[8] *e sottolineato, last but not least, che la pronuncia di Strasburgo, divenuta definitiva, è di mero accertamento ai sensi dell'art.41 e riconosce che il diritto interno italiano non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze della violazione dell'art.8 Convenzione, concedendo all'interessata la somma di 5.000 € per il pregiudizio morale, oltre alle spese, ma non fa alcun riferimento al successivo art.46, in forza del quale lo Stato si impegna in maniera vincolante a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nella controversia nella quale è stato parte, si impone nella presente sede giudiziale la necessità di conoscere l'esito della pronuncia della Corte costituzionale in ordine alla questione di legittimità sollevata ex art.23 l. n.87/1953, pregiudiziale ai fini dell'odierna decisione*" ed in forza di tali considerazioni sospendeva il presente procedimento fino all'esito della pronuncia della Corte costituzionale in ordine alla questione di legittimità costituzionale sollevata, con ordinanza emessa in data 15/11/2012 dal Tribunale per i Minorenni di Catanzaro, dell'art.28, comma 7°, l. n.184/1983, nella parte in cui escludeva la possibilità di autorizzare la persona adottata all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non voler essere nominata da parte della madre biologica, per contrasto con gli artt.2, 3, 32 e 117, I° comma, Cost.. Con sentenza del 18-22 novembre 2013 n.278, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), come sostituito dall'art. 177, comma 2, del Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15

6. Art.1.2 (a) l. n.219/2012.

7. Camera dei Deputati, Progetto di Legge C 3030, 10 dicembre 2009, cui fa riferimento la stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella pronuncia Godelli *vs* Italia *cit.*, par.70. Tale progetto di legge mirava a permettere ai figli adottati che non fossero stati riconosciuti dalla madre al momento della nascita di ricevere informazioni, seppur non identificative della madre biologica, riguardanti la propria origine; si prevedeva, inoltre, la facoltà di ricorrere al Tribunale per i Minorenni al compimento del venticinquesimo anno di età, per conoscere l'identità dei genitori biologici previo loro consenso al superamento dell'anonimato per acquisire le necessarie informazioni.

8. Camera dei Deputati, Progetto di Legge C 3030, 10 dicembre 2009, cui fa riferimento la stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella pronuncia Godelli *vs* Italia *cit.*, par.70. Tale progetto di legge mirava a permettere ai figli adottati che non fossero stati riconosciuti dalla madre al momento della nascita di ricevere informazioni, seppur non identificative della madre biologica, riguardanti la propria origine; si prevedeva, inoltre, la facoltà di ricorrere al Tribunale per i Minorenni al compimento del venticinquesimo anno di età, per conoscere l'identità dei genitori biologici previo loro consenso al superamento dell'anonimato per acquisire le necessarie informazioni.

maggio 1997, n. 127) – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione.
Questo Tribunale, con decreto di data 2/7/2014, sul rilievo che nelle more di un intervento legislativo che dettagli, come indicato dalla suddetta sentenza della Corte costituzionale, le modalità di identificazione della madre biologica e di raccolta del suo eventuale consenso, sussiste per questo Tribunale l'obbligo - in forza della sentenza stessa della Corte costituzionale, la quale ha recepito l'orientamento già espresso in materia dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo anche nei confronti dello Stato Italiano con propria sentenza del 25/9/2012 - di provvedere a tale identificazione, al fine di consentire alla madre biologica di essere messa al corrente del ricorso e di eventualmente esercitare la sua facoltà di rimuovere il segreto sulla propria identità che aveva inteso apporre successivamente al parto, ha dato incarico, in primo luogo, alla Polizia Giudiziaria di svolgere in via riservata gli accertamenti strettamente necessari per pervenire all'identificazione della madre biologica della istante, ai fini delle successive valutazioni e deliberazioni di questo Tribunale in ordine alle modalità di interpello, sempre in via assolutamente riservata, della madre biologica stessa circa la persistenza della sua volontà di non essere nominata a fronte della richiesta presentata dalla adottata, riservando ogni successiva determinazione.

All'esito delle indagini, di cui alle note del 22/8/2014 e 22/9/2014 ed atti a corredo, il giudice designato ha reiteratamente richiesto all'Ufficiale dello Stato civile del Comune di Trieste ed a quello di Bologna di trasmettere l'attuale recapito o residenza della signora ***, nata il *** a ***, ovvero il certificato attestante l'eventuale decesso, ma tali richieste, rimanevano senza esito, nonostante solleciti avvenuti anche a mezzo telefonico, ciò che ha imposto, con provvedimento emesso dal giudice designato in data 5/2/2015, attesa l'assoluta necessità ed urgenza di acquisire un'attestazione attuale, sia pure negativa, in ordine alla nominata, di incaricare nuovamente il Comando Provinciale dei Carabinieri di Trieste, con facoltà di subdelega, di svolgere anche siffatto, ulteriore approfondimento investigativo presso tali Comuni e, in caso di esito negativo, ogni ulteriore indagine utile ad individuare l'eventuale Comune di residenza attuale della predetta nominata, ovvero quello presso il quale è possibile attingere la certificazione dell'avvenuto decesso della medesima, raccomandandosi espressamente, nuovamente, la massima sollecitazione e assoluto riservo negli accertamenti richiesti, sempre al fine da tutelare il segreto sull'identità della madre biologica, di cui si sarebbe dovuto riferire esclusivamente a questa Autorità Giudiziaria.

Con nota trasmessa in Cancelleria in data 28/3/2015 il Comandante della Stazione dei Carabinieri di Trieste ha comunicato e documentato, a mezzo di certificato di morte rilasciata in data 27/3/2015 dal Comune di Venezia, prodotto a corredo, che, a seguito degli ulteriori approfondimenti investigativi eseguiti, era stato accertato che la persona riconducibile alla madre biologica della ricorrente, ***, nata a ***, era deceduta a *** il ***.
In data 8/5/2015 il P.M. concludeva per il n.l.p..
Ciò posto, il Collegio

osserva

a circa un decennio di distanza dalla decisione nel caso Odièvre *vs* Francia[9], la Corte europea dei diritto dell'uomo è dunque tornata ad interrogarsi sulla conformità alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritto dell'uomo e delle libertà fondamentali dell'istituto del parto anonimo e dell'accesso alle informazioni sulle origini.

Il caso in questione, che ha tratto origine dal presente procedimento, è stato a maggior ragione d'interesse nazionale ove si consideri che ha avuto ad oggetto la normativa italiana e, in particolare, la tutela assoluta del segreto, elemento fondante della disciplina oggetto del vaglio da parte della Corte di Strasburgo, che, dopo aver superato indenne il controllo di costituzionalità nel 2005[10], è stata censurata dal giudice dei diritti umani nel caso Godelli *vs* Italia poiché lesiva del diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini.

La Corte europea si misurava dunque con un indirizzo della giurisprudenza costituzionale nel quale il diritto all'anonimato della madre biologica prevaleva nettamente sulla pretesa dell'adottato a conoscere la propria origine[11], ciò che giustificava ed, anzi, fondava la ragione che aveva indotto il legislatore italiano a non porre limitazioni temporali all'efficacia della dichiarazione di anonimato della madre biologica.

La Corte doveva decidere se il punto di equilibrio tra il diritto a conoscere le proprie origini da parte della persona adottata e il diritto all'anonimato della madre biologica così come fissato dall'ordinamento italiano fosse ragionevole e conforme all'art. 8 Cedu.

Consapevole che la questione non potesse risolversi soltanto attraverso l'interpretazione della norma convenzionale, ma attingendo altresì ad altre fonti internazionali e, segnatamente, all'art.7 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, adottata il 20 novembre 1989 ed entrata in vigore in Italia con l. n.176/1991[12]; all'art.30 della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993, in tema di protezione dei minori e di cooperazione in materia di adozione internazionale[13]; alla Raccomandazione n 1443 del 26 gennaio 2000, adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa[14] e, per altro aspetto, che le scelte delle misure necessarie a garantire il rispetto dell'art. 8 Cedu fossero rimesse al margine nazionale di apprezzamento[15], la Corte di Strasburgo, esaminato il multiforme orizzonte normativo comparato, ha stabilito che la legislazione italiana, a differenza di altri ordinamenti, quale quello francese, non realizza un equilibrio ragionevole fra interessi configgenti, atteso che il diritto di conoscere la propria

9. Sentenza CEDU, Grande Camera 13/2/2003, Odièvre vs Francia, ric. n. 42326/1998.
10. Corte costituzionale sent. 16/11/2005, n.425.
11. Attraverso la garanzia del diritto all'anonimato della madre naturale la norma permetteva che il parto avvenisse in condizioni ottimali e che il genitore biologico desistesse dall'eventualità di assumere decisioni fatali per il figlio.
12. che contempla il diritto del minore, "*nella misura del possibile*", a conoscere i propri genitori.
13. che stabilisce che le autorità degli Stati nazionali provvedano a garantire l'accesso al bambino e al suo rappresentante alle informazioni inerenti all'identità della madre e del padre.
14. che invita gli Stati ad assicurare il diritto del bambino adottato di conoscere le proprie origini e ad eliminare nelle loro legislazioni nazionali ogni disposizione contraria. Merita sottolineare, ancora, seppure non richiamato nella pronuncia Godelli *vs* Italia, verosimilmente perché ancora non oggetto di ratifica da parte dell'Italia, la nuova Convenzione europea in materia di adozione dei minori di Strasburgo del 7 maggio 2008, che all'art.22, comma 5°, parla di "*diritto di una persona di conoscere la sua identità e le sue origini*".
15. § 65 sentenza Godelli *vs* Italia *cit*..

origine biologica è sacrificato in modo totale a favore del diritto all'anonimato della madre biologica[16] e, per l'effetto, il sacrificio di un diritto a scapito di un altro non rispetta il principio di proporzionalità, da cui consegue che lo Stato italiano ha oltrepassato il margine nazionale di apprezzamento, dal momento che non ha predisposto un bilanciamento adeguato tra l'esigenza di tutelare l'anonimato della madre naturale e la pretesa della persona adottata di ricevere informazioni essenziali allo sviluppo della vita privata e dell'identità personale[17] e, segnatamente, individua il *punctum pruriens* della legge italiana nella mancata previsione di meccanismi che rendano reversibile il segreto sull'identità del genitore e consentano di verificare se la volontà della madre biologica persista nel senso di conservare l'anonimato.

Con l'individuazione della violazione dell'art.8 Cedu nella carenza del bilanciamento da parte dello Stato, che si evidenzia nel fatto che un diritto, quello della madre, temporalmente illimitato, è inteso in senso tanto assoluto da comprimere *in toto* la possibilità in capo alla persona adottata di richiedere la reversibilità del segreto sull'identità della madre, precludendo, peraltro, allo Stato italiano di invocare utilmente il margine nazionale di apprezzamento, la Corte europea delinea la traccia da seguire in ambito interno, che la Corte costituzionale, con la sentenza n.278/2013 recepisce nella "svolta" rispetto proprio all'individuazione dei diritti bilanciabili e del punto di equilibrio fra essi.

Se con la sentenza n.425 del 2005 la Consulta sanciva l'assoluta meritevolezza degli interessi sottesi alla stessa disciplina devoluta in termini identici dal giudice rimettente, individuati, in ultima analisi, nella salvaguardia della vita e della salute della madre e del neonato, con la pronuncia del 2013 vengono a cadere, ove apprezzate come dirimenti, tutte le ritenute esigenze su cui tale prevalenza riposava: così quella di prevenire turbative nei confronti della madre in relazione all'esercizio di un suo "diritto all'oblio", tanto quanto quella di salvaguardare *erga omnes* la riservatezza circa l'identità della madre, evidentemente considerata come esposta a rischio ogni volta in cui se ne possa cercare il contatto per verificare se intenda o meno mantenere il proprio anonimato.

Ciò è ora possibile – e in questo va intravista la "svolta", la parte fondativa della pronuncia, utile anche e soprattutto per il giudice tenuto comunque a dirimere il caso concreto (anche in assenza di un intervento legislativo che ridisciplini la materia oggetto della censura da parte della Corte europea prima e della dichiarazione di illegittimità costituzionale interna poi) e al quale è imposto di promuovere la concreta affermazione dei diritti, di porre al centro del sistema il primato della persona, del suo sviluppo su basi di libertà e di eguaglianza, della sua dignità come fondamento dei diritti dell'uomo e del cittadino, scegliendo tra le varie opzioni la più conforme al dettato costituzionale – perché al diritto alla salute della madre e del neonato, che passa anche attraverso la tutela della riservatezza della medesima genitrice biologica nell'esercizio di un suo diritto, corrisponde un contrapposto diritto del figlio a conoscere le proprie origini, una necessità definita "ontologica", meritevole di pari dignità e che potrebbe a sua volta essere foriero di pericoli per la salute del soggetto, ove la prerogativa di accedere alla propria storia parentale venisse depauperata, con conseguente lesione dell'integrità psicofisica del medesimo titolare.

16. § 70 sentenza Godelli *vs* Italia *cit*..
17. *Ibidem*.

La sollecitazione che la Corte costituzionale esplicitamente raccoglie dalla Corte di Strasburgo[18], "*ruota attorno al profilo, per così dire, 'diacronico' della tutela assicurata al diritto all'anonimato della madre*"[19], dal momento che la disciplina all'esame viene ritenuta censurabile per la sua eccessiva rigidità ed il *vulnus* intravisto nell'irreversibilità del segreto, ritenuto in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. e, per l'effetto, rimosso dal sistema con la dichiarazione di incostituzionalità.

Attualmente dunque non può più essere revocato in dubbio che all'assoluta prevalenza della tutela della riservatezza della madre biologica, ad avere una sfera personale, dalla conoscenza della quale escludere chiunque e, in ultima analisi, della salvaguardia della vita e della salute, rispetto alla tutela del diritto all'identità del figlio, che trascorre necessariamente attraverso il bisogno di conoscenza delle proprie origini, in particolare per il figlio adottato, è subentrata la biunivoca equivalenza tra gli stessi diritti, di primario rilievo, costituzionale, rientranti a pieno titolo tra i diritti assoluti della personalità, omogeneità quantomeno sul piano astratto dell'ordinamento giuridico, che ne consente o impone la comparazione, in precedenza preclusa.

In ciò le due pronunce dimostrano di cogliere l'affiorare del valore attuale multiforme del diritto soggettivo dell'identità, la sua tendenza crescente a farsi vettore di evoluzione giuridica per affermare la singolarità dell'individuo, l'inconfondibilità di ciascun essere umano, valore assoluto e primario, avvertito dal contesto sociale in termini sempre più intensi, sempre più connotati da un senso di necessità e di risolutività e riguardato oggi, rispetto al panorama tradizionale, sotto una molteplicità di aspetti e significati in continua espansione, in cui compare il riferimento all'identità, come sottolineato in dottrina, fulcro esso stesso di una costellazione di valori che si richiamano l'un l'altro: dalla dignità, all'integrità, che supera l'aspetto della pura interezza fisica per assumere quello della propria, unica qualità di esistenza, talora espressa nei termini di "destino personale", proiettando il dato genetico sull'orizzonte della personalità individuale, in un continuo intreccio per cui il diritto a non far conoscere, a preservare la *privacy* genetica si caratterizza, rispetto ad altri profili della riservatezza, per il valore identitario dei dati genetici.

Ne discende in primo luogo che sia il diritto alla riservatezza, all'oblio della madre biologica, alla salvaguardia della stessa vita della madre e del figlio neonato, sia il diritto all'identità personale del figlio, alla ricerca delle proprie radici, ad ottenere le informazioni necessarie alla scoperta della verità concernente un aspetto importante della propria identità personale, quale l'identità dei genitori[20] hanno pari rango costituzionale e dignità, quali diritti inviolabili dell'uomo, tutelati da uno dei principi supremi dell'ordinamento[21], l'art.2 Cost., nei confronti della pubblica autorità ma anche di altri privati; sono diritti della personalità, essenziali, dal momento che tutelano le ragioni fondamentali della vita e dello sviluppo fisico e morale della persona, originari o innati, acquistandosi in seguito alla nascita od a

---

18. § 5 della sentenza della Corte costituzionale n.278/2013: "*Tuttavia, l'aspetto che viene qui in specifico rilievo – e sul quale la sentenza della Corte di Strasburgo del 25 settembre 2012, Godelli contro Italia, invita a riflettere*".
19. *Ibidem*.
20. Sentenza CEDU, Mikulic *vs* Croatia, n.53176/1999, §§ 54 e 64. In particolare costituisce un approdo ormai acquisito nella scienza psicologica internazionale, che la ricerca della propria storia passa, nelle persone adottate, attraverso un processo in cui una buona integrazione tra le vicende precedenti l'adozione e le esperienze condivise con la famiglia adottiva concorre a superare con resilienza il trauma iniziale dell'abbandono.
21. Sentenza Corte costituzionale n.536/1995.

od a mutamento di status e indipendentemente da un qualsiasi atto di trasferimento, non patrimoniali, non essendo apprezzabili economicamente, personalissimi, avendo ad oggetto un modo di essere della persona, sono collegati ad essa in maniera inscindibile, assoluti, come tali opponibili *erga omnes,* nei confronti cioè di qualsiasi appartenente alla collettività a prescindere dall'esistenza di un rapporto giuridico, subendo limiti unicamente allorché vengano a configgere con altri diritti assoluti della personalità, appartenenti a soggetti diversi, nel qual caso occorre far ricorso al principio del contemperamento ed il paradigma della comparazione degli interessi in conflitto, utilizzato nell'ambito della clausola generale del danno ingiusto di cui all'art.2043 cod. civ.; connotati, altresì, quali ulteriori tratti distintivi, dall'essere diritti indisponibili e, come tali, intrasmissibili agli eredi, si acquistano con la nascita e si estinguono con la morte, per l'inscindibile collegamento della situazione giuridica ad essi sottesa con il suo titolare, non fanno parte del patrimonio in senso materiale della persona e, quindi, non possono essere trasmessi per atto tra vivi o *mortis causa,* non alienabili da parte del loro titolare; ai quali, inoltre, egli non può rinunciare (pur essendo possibili, sotto alcuni aspetti, per alcuni diritti rientranti nel novero, come il diritto all'immagine, atti di disposizione) ed, infine, dall'imprescrittibilità, potendo essere fatti valere in qualsiasi momento e non contando il non uso, né essendo passibili di usucapione.[22]

In secondo luogo, che tra gli stessi va tentato – sul piano normativo e su quello giudiziale – un bilanciamento, indicato chiaramente da entrambe le Corti nell'interpello della madre biologica, diversamente viene a cadere il test di proporzionalità che ne salvaguarda il rispetto dell'art.8 Cedu e la stessa conformità ai principi costituzionali interni. In consonanza di vedute, sia i giudici europei che i giudici della Consulta hanno tracciato le soluzione corretta – e obbligata – cui il legislatore ed i giudici ordinari interni devono attenersi, nei rispettivi ambiti di intervento, riguardo al trattamento del diritto all'accesso alle informazioni sulle origini del figlio di genitori ignoti, incentrata sul riconoscimento della reversibilità del diritto della madre anonima alla riservatezza. Se si parte dall'assunto, che non si può più mettere in discussione, dopo le pronunce rispettivamente della CEDU e della Corte costituzionale, che ogni essere umano ha diritto di conoscere le sue origini e che tale diritto di rango costituzionale è controbilanciabile esclusivamente da altro diritto personalissimo, di pari rango, vige allo stato attuale nel nostro ordinamento il dovere di compulsare nuovamente la madre biologica, ove il figlio adottato (ovvero affiliato, come nel caso che ci occupa) faccia richiesta di informazioni sulle proprie origini e sulla propria identità, senza che a ciò corrisponda affatto alcun automatismo conseguente alla semplice richiesta del figlio adottato: tale sistema preserva quindi integro il diritto personalissimo della madre all'oblio, potenziando, piuttosto, la portata di tale diritto assoluto di rango costituzionale, nel senso di arricchirlo della prerogativa di ritornare, con valutazione esclusivamente personale ed autonoma, su una decisione così pregnante e, verosimilmente, dolorosa, almeno nella maggioranza dei casi, per rivederla con un *contrarius actus* che consenta, a lei per prima, di revocare quell'iniziale dichiarazione di anonimato (eventualmente anche od indipendentemente dalla richiesta in tal senso del figlio biologico ormai adulto), cresciuto da una famiglia che se ne è fatta carico a livello morale e materiale e di cui egli fa pienamente parte, con tutte le prerogative giuridiche che discendono da tale status.

22. Cfr., *mutatis mutandis*, tra le altre, Cass. civ., sez. I, 4/4/2003, n.5264; Rv. 561872; Cass. civ., sez. I, 16/10/2007, n.21748, Rv. 598965; Cass. civ., sez. I, 22/6/1985, Rv. 441354.

In altre parole, la reversibilità della decisione iniziale, per interpello ed anche per spontanea dichiarazione della genitrice biologica, costituisce un aspetto non meno fondante del suo diritto soggettivo personalissimo fondamentale, dell'altra parte di cui esso si invera, che garantisce la persistenza dell'iniziale decisione di oblio ed il mantenimento nel tempo di tale scelta iniziale: dal momento che si verte in materia di diritti assoluti e personalissimi, per di più di sicuro rango costituzionale, in cui va garantita la salvaguardia del principio del *noeminem ledere* e del bilanciamento nel caso di conflitto con altri diritti di identica indole, entro tale limite deve parimenti essere tutelata la massima espansione di estrinsecazione degli stessi diritti da parte del soggetto titolare, che non può non passare anche attraverso la prerogativa di mutare idea nel tempo, aspetto questo sul quale la Corte europea dei Diritti dell'Uomo è da sempre stata vigile.

Alla luce della pronuncia ultima della Corte costituzionale, pertanto, senza alcun automatismo conseguente ad una sua semplice, richiesta, come si è invece erroneamente ritenuto all'indomani della decisione della Consulta, al pari di ogni essere umano l'adottato nato da parto anonimo gode del diritto a conoscere le proprie origini, con il limite della accertata persistenza della volontà della madre biologica di non svelare il segreto e tale prerogativa, afferente la sfera dei suoi diritti fondamentali, l'adottato la esercita, in concreto, attraverso l'impulso che egli stesso può dare alla procedura di interpello della madre.

La scelta effettuata dalla Corte costituzionale di una pronuncia additiva di principio fornisce convincente conferma che siamo di fronte alle "rime obbligate" e che, allo stato, anche nella carenza di un intervento del legislatore, il giudice comune, a cui non è peraltro consentita una pronuncia di *non liquet*, sulla linea ben tratteggiata dalle due Corti, possa reperire nella legge e nel sistema quanto necessario per evitare una mera decisione di reiezione delle istanze *ex* art.28 l. adoz., fondata sull'attuale vuoto normativo successivo alla sentenza n.278/2013.

La decisione additiva "di principio", ispirata principalmente dal rispetto della discrezionalità del legislatore, risulta composta di due parti distinte: una demolitoria della norma impugnata e l'altra contenente un principio, frutto di un bilanciamento dei principi costituzionali operati dalla Corte. Le due parti risultano non solo distinte, ma anche dotate di differente efficacia, essendo la prima vincolante e ponendosi invece la seconda a livello di indicazione, monito o suggerimento con forza meramente persuasiva, salva ovviamente la possibilità, per la Corte, di "doppiare" la pronuncia con altra di incostituzionalità totale. Il legislatore viene quindi sollecitato ad intervenire per la realizzazione del "principio" indicato, restando libero di scegliere quando e come farlo, nella consapevolezza, però, che la sua inerzia significherà sostanziale avallo a che la scelta sia operata a livello giurisprudenziale, caso per caso, sul ritenuto fondamento del dovere da parte del giudice di procedere all'interpretazione conforme al "principio" espresso dalla Corte, nonché, in senso più ampio, della natura concreta del giudizio incidentale e dell'obbligo per il giudice di dare comunque una risposta, non essendo prevista la possibilità di sospendere il giudizio in attesa dell'intervento del legislatore.

La Corte, dunque, mediante le pronunce additive "di principio", se per rispetto della discrezionalità del legislatore alla sua potestà normativa di carattere generale si autolimita, non emettendo una decisione autoapplicativa attraverso la specificazione del "principio", a tale operazione legittima il giudice, per l'inerzia del legislatore, a tutela della realizzazione dei valori costituzionali indicati nel "principio".

Questa tipologia di decisione è stata utilizzata dalla Corte nella sentenza n.278/2013, che ha ritenuto di dover dichiarare, per la sua eccessiva rigidità, la incostituzionalità della disciplina che stabiliva una sorta di "cristallizzazione" o di "immobilizzazione" della scelta per l'anonimato, con effetti di irreversibilità destinati, sostanzialmente, ad "espropriare" la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione. La sentenza afferma altresì che "*sarà compito del legislatore introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre biologica di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato, secondo scelte procedimentali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo, agli effetti della verifica*".[23] Diversamente, la Corte ricorre all'utilizzo delle sentenze c.d. "monito", allorché ravvisa una situazione di incostituzionalità, ma al contempo la presenza di condizioni – specialmente la presenza di una pluralità di possibili soluzioni la cui scelta non può che rientrare nelle scelte discrezionali del legislatore – che escludono il ricorso ad una pronuncia di carattere additivo, per la mancanza delle c.d. "rime obbligate";[24] in tali casi la Corte può decidere di inserire nella motivazione della pronuncia di inammissibilità un monito al legislatore, affinché intervenga a porre rimedio alla situazione denunciata. I moniti rappresentano l'unico strumento a disposizione della Corte costituzionale per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità; esortazioni non da leggersi come mero auspicio ad un mutamento legislativo, bensì come affermazione, resa nell'esercizio tipico delle funzioni della Corte, che, in base alla Costituzione, il legislatore "è tenuto" ad intervenire in materia. Affermata la sussistenza del diritto soggettivo del figlio adottato a seguito di parto anonimo ad accedere alla propria storia familiare originaria ed assodato, al contempo, il suo limite, costituito dalla persistente volontà contraria della madre biologica, lo *spatium deliberandi* del legislatore resta circoscritto all'elaborazione delle modalità di esercizio di tale diritto soggettivo, vale a dire la normativa di dettaglio attinente a tempi, modi e forme dell'interpello riservato, rispetto alla quale al momento pendono svariati disegni di legge[25], calendarizzati secondo i tempi della Commissione in sede referente, privi di corsia privilegiata, per i quali non è dunque agevole comprendere i tempi di approvazione: attualmente il legislatore è inadempiente rispetto alla pronuncia costituzionale.A questo Collegio si impone, dunque, nel caso di specie, alla stregua del diritto vivente scaturente dai principi affermati nella CEDU[26] così come interpretati dalla Corte di Strasburgo, recepiti dalla nostra Corte costituzionale e dalla stessa via delineata da quest'ultima per dare ad essi concreta attuazione[27], nell'attesa che il legislatore operi "*scelte procedimentali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso*", interpretare la disciplina in materia, a seguito della rimozione della parte di essa dichiarata in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., in maniera rispettosa del dettato costituzionale,

23. § 6 sentenza Corte costituzionale n.278/2013.
24. Nella sentenza n.301/2012, contrariamente alla scelta effettuata con la sentenza n.278/2013, la Corte ha rifiutato di pronunciare, come invece era stato espressamente richiesto dai giudici *a quibus*, una pronuncia additiva di principio, che sarebbe risultata, a parere della Consulta, espressiva di una scelta di fondo, proprio per mancanza di un'unica soluzione ipotizzabile.
25. Cfr. C. 784, Bossa, Murer; C 1343, Campana; C 1874, Marzano; C 1983, Cesaro; C 1989, Rossomando; C 1901 Sarro; C 2321 Brambilla; C 2351 Santerini.
26. E in particolare nell'art.8 della Convenzione.

per "*consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato, secondo scelte procedimentali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso*[28]*, anche da parte degli uffici competenti, ai dati, di tipo identificativo, agli effetti della verifica*"[29].

Diversamente opinando il giudiziario negherebbe l'attuazione di diritti fondamentali della persona, puntualmente riconosciuti nella sua entità essenziale e primaria, semplicemente per la mancanza di modalità, per quanto di estrema delicatezza, in ogni caso esecutive e di dettaglio, tanto più che la Corte costituzionale, nel dispositivo della sentenza n.278 ha altresì espressamente enucleato nella figura del giudice il soggetto che dovrà direttamente interpellare la madre biologica ed esplicitato il criterio ispiratore ineludibile cui dovrà attenersi la stessa autorità giudiziaria nel procedere all'interpello: "*attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza*", per tutelare in termini rigorosi ed efficaci il diritto della madre biologica alla segretezza, già garantitole al momento del parto.

Assumendo tale criterio della massima riservatezza nelle ricerche e nelle modalità comunicative a faro informatore del proprio procedere, questo Tribunale per i Minorenni ha ritenuto che si dovesse, in primo luogo, dare incarico alla Polizia Giudiziaria di svolgere in via sollecita e riservata gli accertamenti strettamente necessari per pervenire all'identificazione della madre biologica dell'istante, in particolare incaricando il Comando Provinciale dei Carabinieri del luogo di nascita del soggetto adottato (o affiliato) a seguito del mancato riconoscimento da parte dei genitori biologici, che aveva presentato ricorso volto a conoscere l'identità della sua madre biologica, con facoltà di subdelega, di svolgere sollecito e riservato accertamento dell'identità della madre biologica dell'istante, presso la Direzione della

---

27. Cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. I, 26/1-21/4/2015, n.8097, che ha ritenuto che in attesa dell'intervento del legislatore al giudice si imponga l'individuazione della regola per il caso concreto conseguente alla declaratoria di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n.170/2014, relativa agli artt. 2 e 4 l. n.164/1982, con riferimento all'art. 2 Cost., nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia medesima. In particolare il Supremo Collegio ha valorizzato la portata autopplicativa della pronuncia della Consulta, non meramente dichiarativa, per stabilire che "*In attesa dell'intervento del legislatore, cui la Corte ha tracciato la via da percorrere, il giudice a quo è tenuto ad individuare sul piano ermeneutico le regola per il caso concreto che inveri il principio imperativo stabilito con la sentenza di accoglimento*" (pag.15), puntualizzando, peraltro, che "*Tale opzione ermeneutica è costituzionalmente obbligata e non determina l'estensione del modello di unione matrimoniale alle unioni omoaffettive, svolgendo esclusivamente la funzione temporale definita e non eludibile di non creare quella condizione di massima indeterminatezza stigmatizzata dalla Corte Costituzionale in relazione ad un nucleo affettivo e familiare che, avendo goduto legittimamente dello statuto matrimoniale, si trova invece in una condizione di assenza radicale di tutela*" (pag.16).

28. § 6 sentenza Corte costituzionale n.278 cit.

29. Ancora § 6 sentenza Corte costituzionale n.278 *cit*.. Dello stesso avviso circa la sussistenza dell'obbligo per il giudice di procedere ad attuare il diritto del soggetto ricorrente nato da parto anonimo a conoscere le proprie origini è Corte App. Catania, Sez. Famiglia, Persona e Minori con decreto del 12/11/2014 che, in accoglimento del reclamo proposto da parte di soggetto adottato – che aveva chiesto di conoscere le proprie origini al Tribunale per i Minorenni di Catania che, con provvedimento del 18/7-15/9/2014, pur riconoscendo il diritto della parte istante, aveva dichiarato di non poter eseguire, allo stato, la richiesta della medesima di conoscere l'identità materna, mancando una disciplina legislativa volta alla ricerca della madre biologica e alla indicazione delle modalità di interpello – nel dispositivo del decreto stabilisce: "*Accoglie il reclamo e per l'effetto riconosce il diritto di P. M. a che il Tribunale per i Minorenni di Catania in persona Presidente, o di un giudice da lui delegato, interpelli con ogni cautela necessaria a garantire ed assicurare la massima riservatezza la madre biologica di P. M., in ordine alla volontà di mantenere ferma la dichiarazione di anonimato resa alla nascita o di revocarla.*".

struttura sanitaria indicatagli con apposito atto separato da questo Tribunale e/o presso altre pubbliche istituzioni che potessero possedere il dato e quindi di riferire l'esito a questo Tribunale, con ogni possibile corredo anagrafico della madre biologica stessa.

Quindi, una volta trasmessa la nota informativa dello stesso Comando Provinciale dei Carabinieri, dalla quale si evinceva, in esito ai disposti accertamenti, che la madre biologica del ricorrente era stata identificata, è stata individuata, quale prassi adottanda nel caso in cui la madre biologica sia stata individuata e ancora vivente, la modalità operativa di seguito descritta:

il Tribunale incarica i Servizi sociali del Comune di residenza della madre biologica di recapitare, esclusivamente a mani proprie dell'interessata, la lettera del Tribunale di convocazione per comunicazioni orali, presso la sede del Servizio sociale o a domicilio (se preferito dall'interessata), indicando tre date possibili; se l'interessata chiede il motivo della convocazione, l'operatore del Servizio sociale risponderà: "*non ne sono a conoscenza*" ed osserverà, in ogni caso, il più stretto segreto d'ufficio;

il Servizio sociale informerà subito il Tribunale delle condizioni di salute psicofisica della persona, in modo da consentire ogni cautela;

il colloquio avverrà nella sede e nella data sopra indicata, tra l'interessata (da sola: gli eventuali accompagnatori saranno tenuti fuori) e il solo giudice onorario delegato dal giudice togato;[30]

durante il colloquio la persona viene informata che il figlio/a che mise alla luce nel … (il Giudice onorario indicherà fin qui solo la data di nascita e il luogo di nascita, senza ancora indicare alcun altro dato del figlio/a) e informerà la persona della sua facoltà a disvelare la sua propria identità;

se la persona non dà il consenso, il Giudice onorario si limiterà a riferirlo per iscritto al Tribunale, senza redigere alcun verbale e senza informare la persona dell'identità del/della figlio/a ricorrente;

se la persona lo desidera le verrà dato un congruo termine di riflessione e un nuovo appuntamento;

se la persona darà il consenso, il Giudice onorario redigerà verbale di quanto effettuato e farà sottoscrivere il consenso alla persona o darà atto della sua eventuale impossibilità di sottoscrivere, solo allora la potrà informare dell'identità del/della figlio/a ricorrente;

il Tribunale provvederà nel merito a seconda dei casi;

gli atti del fascicolo processuale rimarranno assolutamente secretati fino al provvedimento conclusivo e anche oltre, in caso di rigetto del ricorso;

nel caso in cui la persona sia all'estero si procederà tramite i Servizi del luogo, da incaricarsi per via consolare, affinché procedano con le modalità di cui sopra, in quanto compatibili, esclusa la trasferta all'estero del giudice onorario;

---

30. La scelta di far ricadere sul giudice onorario tale compito è riconducibile all'importanza strategica rispetto all'incombente da svolgere delle competenze scientifiche professionali di questa figura, tuttavia in sinergia senza soluzione di continuità, per comunicazione e confronto, con il giudice togato designato del procedimento e con il sapere giuridico di cui quest'ultimo è portatore, valorizzando anche su queste ultime frontiere del diritto, la *koinè* e le potenzialità uniche che l'attuale assetto delle funzioni minorili è in grado di esprimere.

nel caso invece in cui la persona si trovi in Italia, ma in luogo rientrante nella competenza territoriale di diverso Distretto di Corte d'Appello, verrà incaricato di procedere all'interpello il Tribunale per i Minorenni competente in ragione della residenza della madre biologica; un tanto al fine di rendere massimamente agevole l'interpello, salvaguardando al contempo la riservatezza delle persone interessate.
Sempre in punto di modalità, inoltre, allo stato, nella già rilevata carenza di una normazione di dettaglio che stabilisca in particolare quale forma procedimentale assumere per la fattispecie al vaglio giudiziale, nessun ostacolo di ordine sistematico o specifico pone il rito camerale[31], reiteratamente salvato dalla Corte costituzionale che ha in tal modo superato le numerose critiche dottrinali[32], inserito tra i c.d. "procedimenti a contenuto oggettivo" caratterizzati dal rilievo riconosciuto ai poteri del giudice, idoneo a contemperare innegabili esigenze di celerità, snellezza e concentrazione con l'inderogabile necessità della tutela giurisdizionale dei diritti, affidata ad un giudice specializzato dotato di alcuni poteri d'ufficio ed, al contempo, "contenitore neutro" altresì rispettoso "dei limiti imposti all'incidenza della forma procedimentale dalla natura della controversia che in quanto relativa a diritti o status gode di apposite garanzie costituzionali"[33].

Orbene, nel presente procedimento, le indagini esperite dai Carabinieri di Trieste traevano origine dalle informazioni riportate sull'atto di nascita della ricorrente del 7 aprile 1943 rilasciato dal Comune di Trieste (divenuto poi lo stato di famiglia storico, indicante in particolare la sua affiliazione ai coniugi Godelli e l'assunzione di tale cognome), da cui si evinceva che in data 28 marzo 1943 alle ore 7.30 presso l'Istituto di Maternità dell'Ospedale "Regina Elena" (ora Ospedale Maggiore) di Trieste veniva alla luce un bambino di sesso femminile, partorito "*da una donna che non consente di essere nominata*"; alla bambina veniva dato il nome Anita e il cognome Monciredi ed inviata alla Clinica dei lattanti .

I successivi approfondimenti svolti dai militari presso l'Archivio Centrale delle cartelle cliniche dell'Azienda Ospedaliera Universitaria di Trieste, consentivano di accertare che Anita Monciredi, nata a Trieste il 28 marzo 1943, a seguito di parto gemellare, era stata ricoverata presso la Clinica per le malattie dei lattanti di Trieste dall'8 aprile 1943 al 25 ottobre 1943, come risultava altresì dalla cartella n.*** della struttura sanitaria. Anche la gemella, cui era stato dato il nome di ***, nata a Trieste il 28 marzo 1943, era stata ricoverata presso la stessa clinica dall'8 aprile 1943 al 30 giugno 1943 e dall'8 luglio 1943 al 22 gennaio 1944, come risultava a sua volta dalle cartelle cliniche n. *** e n. ***.
Inoltre gli inquirenti verificavano che in data 28 marzo 1943, presso lo stesso Ospedale "Regina Elena" di Trieste, risultava che tale ***, vedova di ***, nata a ***, il ***, abitante all'epoca a Trieste, v. ***, aveva dato alla luce, in parto gemellare, ad orario di nascita coincidente con quello della ricorrente

---

31. Sempre Corte App. Catania, Sez. Famiglia, Persona e Minori con decreto del 12/11/2014 *cit.*, pag.9, anche a quest'ultimo riguardo ha espresso identico avviso, sottolineando come tale rito prevede già la possibilità per il giudice di assumere, anche d'ufficio, informazioni e nell'ambito del procedimento per l'adozione speciale dei minori di età è già insita la regola che talune informazioni restino riservate e richiamando la sentenza n.278 della Corte costituzionale, nella parte in cui evoca l'art.93 del D. L.vo n.196/2003, che consente di avere accesso al certificato di assistenza al parto o alla cartella relativamente ai dati afferenti alla madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, anche prima del decorso dei cento anni, "*osservando le opportune cautela per evitare che quest'ultima sia identificabile*" (§ 6).
32. Cfr. Corte costituzionale sentenze nn. 122/1966; 142/1970; 543/1989; 573/1989.
33. Cass. civ., SS. UU., 19/6/1996, n. 17185; Rv. 568157. Cfr., altresì, Cass. civ., sez. I, 25/10/2000, n.14022; Rv. 541188; Cass. civ., sez. I, 23/2/2000, n.2057; Rv. 534293; Cass. civ., sez. I, 20/1/2006, n.1179; Rv. 585641; Cass. civ., sez. I, 14/11/2003, n.17185; Rv. 568157.

e della sorella gemella, due neonate di sesso femminile, le cui caratteristiche e peso al momento della nascita corrispondevano a quelle delle gemelle Monciredi Anita e ***.

All'esito di un supplemento d'indagine, era possibile pervenire alla constatazione ufficiale dell'intervenuto decesso della signora ***, nata a *** – frazione *** e non ***, come originariamente indicato, da cui erano scaturiti i problemi all'acquisizione del certificato di morte presso il Comune erroneamente compulsato), tramite acquisizione del certificato di morte rilasciato in data 27 marzo 2015 dal Comune di ***, ove il *** la signora *** era mancata all'età di trentasette anni.

Nella specie, dunque, la madre biologica della ricorrente è risultata deceduta: tale evenienza, se è oggetto ora di specifica previsione in seno ai progetti di legge già richiamati[34], non è stata direttamente presa in esame dalla Corte europea, né dalla Corte costituzionale, trattandosi di una circostanza logicamente conseguente al superamento della cristallizzazione vigente nel sistema italiano prima dell'intervento della Consulta, chiamata ad appuntare il proprio esame soltanto sulla questione a monte e prioritaria. Nondimeno, sempre in virtù del principio costituzionalmente inderogabile stabilito dalla pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale del 2013 e della via da percorrere da essa tracciata, al giudice –chiamato ad attuare il diritto del caso concreto nel processo, al quale si impone l'adeguamento necessario al principio imperativo stabilito dalla Corte con la dichiarazione di incostituzionalità, spetta l'individuazione sul piano ermeneutico della regola che inveri tale principio e, di conseguenza, il nucleo di diritti da tutelare[35]. E nel sistema giuridico complessivo si rinviene la risposta giudiziaria per il caso di intervenuto decesso della madre biologica, alla quale, dunque, non può più essere domandato se vuole rimuovere l'irreversibilità del segreto, ciò che avrebbe consentito al giudice di verificare la perdurante attualità della scelta da parte sua di non voler essere nominata.

Va considerato, invero, che in caso di morte della madre biologica viene meno il potenziale conflitto tra i due diritti assoluti della personalità, appartenenti a soggetti diversi, quello all'anonimato della madre e quello del figlio a conoscere le proprie origini ai fini della tutela dei suoi diritti fondamentali, cadendo così la necessità di ricorrere al principio del contemperamento ed alla comparazione degli interessi in conflitto, per lasciare che possa avere piena espansione l'unico diritto fondamentale persistente. Con la sua morte, infatti, si estingue anche il diritto all'oblio, alla riservatezza, in ultima analisi alla salute psicofisica di cui è titolare la genitrice biologica, diritto personalissimo, nient'affatto patrimoniale, indisponibile, intrasmissibile, privo perciò, a causa della strettissima inerenza rispetto al soggetto che ne è titolare, di ogni possibilità di essere trasmesso ad altri soggetti; di qualsiasi capacità rappresentativa esterna;

---

34. Cfr. allegato al Bollettino delle Giunte e delle Commissioni Parlamentari Giustizia (II) del 22 ottobre 2014, testo unificato adottato come testo base: "Art. 1. …*c)* il comma 7 è sostituito con il seguente: <*7.* L'accesso alle informazioni è consentito nei confronti della madre che, avendo dichiarato alla nascita di non voler essere nominata ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n.396, abbia successivamente revocato tale dichiarazione ovvero sia deceduta. La revoca può essere sempre resa dalla madre all'ufficiale dello stato civile del comune di nascita del figlio>; *d)* dopo il comma 7 è inserito il seguente: <*7-bis.* Su istanza dei soggetti legittimati ad accedere alle informazioni ai sensi dei commi 4 e 5, e del figlio non riconosciuto alla nascita in mancanza di revoca della dichiarazione della madre di non voler essere nominata, il tribunale per i minorenni, con modalità che assicurino la massima riservatezza, anche avvalendosi del personale dei servizi sociali, contatta la madre senza formalità per verificare se intenda mantenere l'anonimato di cui all'art.30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n.396. L'istanza deve essere presentata al tribunale per i minorenni del luogo di residenza del figlio.>.

35. Cfr., nuovamente, Cass. civ., sez. I, 26/1-21/4/2015, n. 8097, pag.15.

il diritto all'anonimato della genitrice biologica coinvolge unicamente la sfera personale della medesima, attinente in particolare allo svelamento della propria maternità, ma non anche lo status del figlio, ormai perfezionato con l'adozione legittimante o, nell'ipotesi *sub iudice*[36], acquisito con l'affiliazione[37], senza, dunque, che possa venire in alcun modo implicata la sfera patrimoniale della madre deceduta, come peraltro rimarcato anche dalla Corte europea nella sentenza Odievre *vs* Francia[38] e dalla Corte costituzionale nella sentenza n.278/2013, allorché afferma che "*la scelta per l'anonimato legittimamente impedisce l'insorgenza di una "genitorialità giuridica", con effetti inevitabilmente stabilizzati pro futuro*"[39].

Con la morte della madre biologica viene meno quella cristallizzazione del diritto esercitato dalla medesima e cessa, per utilizzare la stessa espressione lessicale scelta dalla Corte costituzionale, quell'"*efficacia espansiva esterna al suo stesso titolare*"[40], che elide la persistenza di ragioni e titolo giuridico per mantenere ancora una tutela al diritto fondamentale di cui era portatrice e precludere, per l'effetto, la revoca della sua dichiarazione di anonimato, come invece ha ritenuto il Tribunale per i Minorenni del Piemonte e Valle d'Aosta, sul rilievo che il diritto della madre a mantenere l'anonimato "*non viene meno con la morte della madre, considerato l'interesse che la madre potrebbe avere avuto in vita a lasciare ai parenti superstiti un'immagine di sé che non comprendeva l'essere stata madre di un figlio da lei abbandonato*"[41], perché, si rimarca ancora una volta, la natura assoluta, personalissima, intrasmissibile di tale diritto in capo alla genitrice biologica che ha scelto di rimanere anonima comporta l'estinzione dello stesso diritto con la morte della medesima.

Ove non venisse riconosciuto tale connotato precipuo al diritto in capo alla madre, non si verterebbe nemmeno in materia di prerogativa costituzionale, fondamentale e personalissima, caratteristiche che, a ben vedere, colorano il diritto in questione, legittimando il limite alla realizzazione del diritto all'identità personale del figlio adottato ricorrente, allorché la genitrice anonima sia in vita e permanga la sua volontà di non svelare il segreto sulle origini del figlio biologico, che preclude al Tribunale per i Minorenni di comunicare anche ai genitori adottivi i dati identificativi della madre biologica dell'adottando, sia al momento in cui procede all'abbinamento, sia successivamente, così come non può autorizzare mai Enti o pubblici ufficiali che ne fossero a conoscenza a una tale comunicazione, in tal modo esplicandosi *erga omnes,* rispetto ai genitori adottivi e a terzi il suo diritto pieno all'anonimato e al silenzio.

---

36. Al § 14 della sentenza CEDU Godelli *vs* Italia, in cui si osservava che la richiedente fosse stata oggetto di adozione semplice, che crea comunque lo stato familiare.
37. Istituto giuridico – le cui origini medievali, di speciale forma di contratto successorio usato spesso presso le popolazioni romane, specialmente in Sardegna, accanto al testamento, che univa i caratteri dell'adozione e insieme della donazione *mortis causa*, sono illuminanti – oggi soppresso, mediante il quale l'autorità giudiziaria riconosceva a un privato, cui fosse stato affidato un minore dalla pubblica assistenza o che avesse comunque provveduto al suo allevamento, il diritto di attribuirgli una posizione giuridica analoga a quella di figlio e di esercitare nei suoi confronti la patria potestà. In passato era indicato anche come piccola adozione.
38. §§ 52 e 56.
39. § 5 sentenza Corte costituzionale n.278/2013.
40. *Ibidem*.
41. Con provvedimento emesso in data 27/8/2014, che ha rigettato un'istanza *ex* art.28, comma 7°, l. n.184/1983, all'esito dell'istruttoria, da cui era emerso che la madre della ricorrente era deceduta.

Ad una contrapposizione tra due prerogative di pari rango costituzionale, tutelanti interessi primari in capo a soggetti diversi, subentra un solo interesse di portata fondamentale che, se prima trovava ingresso "in maniera preminente", ora si espande "in maniera fondamentale" – per ricorrere ad espressioni utilizzate allorché deve essere applicato un bilanciamento in materia di principio del superiore interesse del minore, nel primo caso ove si tratti di azioni ricadenti sul minore ma che riguardino terze persone e, nel secondo caso, quando non vi siano altre parti coinvolte – non incontrando più l'unico limite atto ad affievolirne la tutela pervasiva, nei confronti di tutti, rappresentato da un altro diritto assoluto, personalissimo, dello stesso livello costituzionale.

Insomma, non entrando più in competizione diritti fondamentali riconducibili a diversi centri d'interessi viene altresì meno la necessità, per il giudice, di realizzare un'attività di bilanciamento.
Ciò posto, non può essere seriamente invocato, come argomento insistente in senso contrario al consentire l'accesso alle informazioni qualora la madre sia deceduta, il fatto che la normativa di cui all'art.93 D. L.vo n.196/2003, contenuto nel Capo VI, Disposizioni varie, del Titolo V, Trattamento di dati personali in ambito sanitario, al comma 2° prevede che "*Il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata avvalendosi della facolta' di cui all'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformita' alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento*", atteso che, evidentemente, si tratta di normativa strumentale o comunque strettamente connessa (*simul stabunt, simul cadent*) alla regola sostanziale ritenuta in contrasto con la Costituzione, di cui all'art. 28, comma 7°, l. adozioni e da questo punto di vista va osservato che la Corte ha giudicato osservando la prima parte dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953 n. 87, "nei limiti della impugnazione", secondo il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, in forza del quale oggetto del giudizio deve essere soltanto la questione di cui la Corte medesima viene investita con l'ordinanza o con il ricorso; e ciò nel duplice senso che l'esame di costituzionalità va circoscritto alle norme denunziate (salva l'eccezione, prevista dalla seconda parte dello stesso art. 27, della illegittimità consequenziale) e che vanno assunte a parametri del giudizio esclusivamente le norme costituzionali rispetto alle quali la questione è stata sollevata, pur dovendo tenere conto del significato in cui la norma denunciata effettivamente vive nello ordinamento secondo l'esegesi prevalente nella giurisprudenza e nella prassi[42].

Peraltro la stessa giurisprudenza costituzionale ha puntualizzato che, diversamente dall'invalidità consequenziale prevista all'art.27 l. n.87/1953, l'inapplicabilità di una norma secondaria, legata da un nesso di complementarietà e insieme di subordinazione funzionale alla norma primaria dichiarata costituzionalmente illegittima, è una conseguenza automatica, che non va dichiarata dalla Corte, ma deve essere valutata volta per volta dal giudice di merito, derivandone la inammissibilità della relativa questione di costituzionalità.[43]

42. Cass. civ., sez. I, 5/11/1981, n.5822; Rv. 416543.
43. Corte costituzionale, sentenza n.380/1991.

E' proprio la Corte, anzi, ad imperniare sulla portata "immobilizzante" e "irreversibile" dell'art.93 D. L. vo n.196/2003 l'eccessiva rigidità e, quindi, il contrasto agli artt. 2 e 3 Cost., della disciplina di cui all'art.28, comma 7°, l. n.184/1983, come sostituito dall'art.177, comma 2°, D. L.vo n.196/2003, affermando che la *"cristallizzazione"* del sistema attuale fondato sulla scelta dell'anonimato da parte della madre biologica "*è icasticamente scolpito dall'art.93, comma 2, del ricordato d.lgs. n.196 del 2003", con la sua previsione del necessario decorso dei cento anni dalla formazione del documento per il rilascio di copia integrale a chi via abbia interesse.*

La sopravvivenza della disposizione *de qua* nei termini attuali, alla luce dell'arco temporale previsto per il rilascio delle informazioni, vanificherebbe ogni effettiva attuazione del diritto del figlio adottato, evidentemente rivelandosi concretamente impraticabile accedere ancora in vita ai dati richiesti e si porrebbe in insanabile contrasto con la pronuncia di accoglimento e soprattutto con le finalità che con essa si sono volute raggiungere, attesa l'inscindibile connessione tra tale disposizione e la norma dichiarata incostituzionale.

Che poi la Corte costituzionale abbia optato per non dichiarare, altresì, l'illegittimità consequenziale della disciplina richiamata, priva di una propria autonomia funzionale e rispetto alla quale è peraltro doverosa un'interpretazione costituzionalmente orientata, pare del tutto coerente al principio del rispetto delle prerogative del Parlamento, non potendosi trascurare che i commi che compongono la stessa disposizione di cui all'art.93 D. L.vo *cit.,* in particolare gli ultimi due, includono norme di diverso tenore (imponendo il 2° comma il decorso dei cento anni dalla formazione del documento per l'ostensibilità piena, a chi vi abbia interesse, del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre; prevedendo invece il 3° comma esplicitamente la facoltà di comunicare le informazioni non identificative estrapolate dallo stesso certificato di assistenza al parto e dalla cartella clinica, osservando le opportune cautele per evitare che la madre sia identificabile) e dunque da quest'angolo visuale si trae argomento per dedurre una ulteriore, differente ragione alla base della scelta da parte della Consulta di non aver fatto ricorso alla declaratoria di incostituzionalità *ex* art.27, seconda parte, l. n. 87/1953 dell'art.93, avendo il giudice costituzionale preferito rispettare le scelte discrezionali del legislatore nelle sue prerogative di normare integralmente "*scelte procedimentali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso*".

Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, non ravvisando il Collegio, in conclusione, ragioni di ordine giuridico e sistematico ostative all'accoglimento del presente ricorso, anche accertato l'intervenuto decesso della madre biologica della parte ricorrente, ed anzi insistendo gli argomenti delineati nel senso di un'interpretazione costituzionalmente orientata a favore dell'accesso alle informazioni richieste, va consentito alla signora Anita Godelli di avere piena conoscenza delle informazioni relative all'identità della propria madre biologica, che alla nascita dichiarò di non voler essere nominata, nonché ad ogni altra notizia di carattere sanitario della medesima genitrice biologica.

Infine, in ordine alla esecutività del presente provvedimento, ritenuto non giochi nel caso di specie il 3° comma disp. att cod. civ. come da ultimo novellato, trattandosi di istanza *ex* art.28 l. n.184/1983, occorre applicare la regola di cui alla disposizione di cui all'infine, debba essere disposta l'immediata esecutività del presente provvedimento, atteso l'oggetto della decisione, riguardante diritti esistenziali (e/o patrimoniali, se del caso) di persona minorenne e, peraltro, attualmente, a mente del novellato art. 741,

comma 2°, c.p.c., in quanto, atteso il lunghissimo tempo trascorso dall'avvio dell'originaria istanza della signora Godelli, nell'anno 2007, sussistono ora tutte le ragioni di urgenza derivanti dalla doverosa, non ulteriore protrazione del soddisfacimento del diritto invocato e qui riconosciuto.

P.Q.M.

visto l'art.28 l. n.184/1983;

autorizza

la signora Anita Godelli, nata a Trieste il 28 marzo 1943, ad accedere alle informazioni relative all'identità della propria madre biologica che alla nascita dichiarò di non voler essere nominata, nonché ad ogni altra notizia di carattere sanitario della medesima genitrice biologica, ormai accluse al fascicolo processuale del presente procedimento.

visto l'art. 741, comma 2, c.p.c.,

dichiara

il presente provvedimento immediatamente esecutivo.

Manda

alla Cancelleria per gli adempimenti di rito.

Trieste, camera di consiglio dell'8 maggio 2015

Il Giudice estensore
Dott. Angela Gianelli

Il Presidente
Dott. Paolo Sceusa

Note a sentenza

Il danno da nascita indesiderato

MARTINA MALVAGNI

ABSTRACT

The The following work aims to analyze the issues, subject of conflict, related to the damage from unwanted birth, which the Third Civil Section of the Supreme Court decided should be assigned to the United Sections, by order no. 3569 of 2015.In cases where the physician by error does not detect the existence of congenital malformations of the fetus, he is certainly considered responsible towards the expectant mother, since he has deprived the person concerned of the possibility of interrupting of pregnancy. The issues to be addressed are several. First, of all, there are those related to the content of the evidence requested by the mother in order to the find anomalies or malformations in the fetus that would have caused the termination of the pregnancy, if she had been informed. Another issue concerns the possible legitimacy in our system for the child to claim compensation for the damage caused by the doctor. In relation to the first question it's possible to agree with the approach affirming that the mere request for diagnosis, presented in general terms, is not sufficient since it should be supplemented with additional elements in order to prove the will to proceed with the abortion in case of negative results. Indeed, regarding the second question, the analysis aims to demonstrate the weakness of the reconstruction made by the Supreme Court with the sentence no. 16754/2012 which, recognizing the legitimacy of the child to claim the compensation, is likely to overstep the naturalistic criteria of causality when in fact the congenital nature of the disease appears clear and can not be ascribed to the doctor.

"Con l'ordinanza n. 3569 del 2015 la Terza Sezione Civile della Corte di Cassazione ha rimesso gli atti al primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite di due questioni, oggetto di contrasto, relative al contenuto dell'onere probatorio gravante sulla madre, in merito all'accertamento di anomalie o malformazioni nel feto che l'avrebbe indotta ad interrompere la gravidanza se fosse stata informata; nonché alla sussistenza di un diritto "a non nascere se non sano", tale da legittimare il soggetto nato malformato a pretendere il risarcimento del danno a carico del medico (e/o della struttura sanitaria) che, con il suo inadempimento, abbia privato la gestante della possibilità di accedere all'interruzione della gravidanza."

Cass. civ. Sez. III., Ord., 23 luglio 2015, n. 3569 – SALME', Presidente --- SESTINI, Estensore

Si discorre di nascita indesiderata nei casi in cui alla gestante venga negata la possibilità di esercitare, in modo consapevole, il suo diritto all'autodeterminazione in ordine alla scelta di interrompere o meno la gravidanza nei casi in cui, per errore del medico, non vengano rilevate delle malformazioni congenite del feto.

Prima di affrontare i nodi derivanti dall'ordinanza sopra citata e di analizzare gli spunti di riflessione che la stessa offre, è indispensabile delineare il quadro normativo - giurisprudenziale di riferimento. In relazione a tale fattispecie, possiamo distinguere quelli che sono i punti fermi cui è approdata la giurisprudenza dai profili che, invece, sono ancora oggetto di dibattito.

Il primo punto fermo è stato raggiunto in seguito alla sentenza della Cass. n. 14488/2004[1].

I giudici di legittimità hanno riconosciuto la responsabilità del sanitario, per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata, nei confronti della madre nella qualità di parte contrattuale – di un rapporto da contatto sociale qualificato[2] tra la gestante e il medico – con conseguente riconoscimento della sua legittimazione attiva a proporre l'azione risarcitoria[3]. In questo caso, dunque, il danno discenderebbe dalla lesione del suo diritto di autodeterminarsi in ordine alla scelta di interrompere o meno la gravidanza[4]. Tale facoltà le viene attribuita dall'ordinamento in virtù del bilanciamento operato tra il valore e la tutela della salute della donna ed il valore e la tutela del concepito.

Pacifico è, inoltre, il dato secondo cui spetterà alla gestante l'onere di dimostrare che l'accertamento dell'esistenza di anomalie o malformazioni l'avrebbe indotta ad interrompere la gravidanza e, altresì, che la conoscenza di tali elementi le avrebbe generato uno stato patologico tale da mettere in pericolo la sua salute fisica e psichica (con ciò rendendosi praticabile il ricorso all'interruzione della gravidanza oltre il novantesimo giorno).

Ricadrà ,invece, sul medico l' onere di provvedere ad una completa informazione circa tutte le possibilità di indagini diagnostiche con le connesse false negatività, in quanto, nella specie, l'obbligo del medico non risulta essere limitato ad *"un accertamento qual che esso fosse"* compiuto in modo discrezionale, bensì dovrebbe consistere in un accertamento doppiamente funzionale alla diagnosi di malformazioni fetali e all'esercizio del diritto di aborto[5].

---

1. La vicenda di cui la Corte di Cassazione ebbe ad occuparsi nel 2004, aveva ad oggetto il caso di due genitori affetti da talassemia che non vennero informati dal medico, durante la gravidanza, del rischio che anche la nascitura potesse risultarne contagiata, e perciò convennero in giudizio il professionista chiedendone la condanna al risarcimento del danno patito sia da loro che dalla figlia nata talassemica. Il giudice di merito – e successivamente anche la corte di legittimità- riconobbe e liquidò il risarcimento dei danni subiti da entrambi i genitori per l'omissione del medico, che aveva così precluso un'eventuale interruzione della gravidanza, negando peraltro il medesimo diritto alla neonata, la cui malattia venne ritenuta non evitabile né rimediabile.

2. Il contatto sociale qualificato dimostra come i confini fra contratto e torto non siano poi cosi nitidi. Tale fattispecie si riferisce a tutti i casi in cui tra le parti, pur non istaurandosi un *vinculum iuris,* nasca una relazione comunque qualificata in grado di costituire un rapporto di per sé capace di produrre effetti obbligatori diretti, alla luce di quanto dispone l'art. 1173 c.c. secondo cui "le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito e da ogni altro fatto idoneo a produrli in conformità dell'ordinamento giuridico".

3. Cass. civ., sez III, 10 Maggio 2002 n. 6735 ha riconosciuto autonomo diritto al risarcimento del danno anche a favore del padre - finendo per qualificare il contratto tra medico e gestante come contratto di prestazione di opera professionale con effetti protettivi anche nei confronti del padre del concepito - e successivamente con la sentenza del 2 ottobre 2012 n. 16754 ai fratelli e alle sorelle del neonato in base alla considerazione che non si può non prendere atto dei danni anche non patrimoniali quali quelli connessi alle esigenze assistenziali destinate ad insorgere in capo agli altri membri della famiglia.

4. Diritto che trova la sua fonte negli art. 4, 6, 7della legge 22 maggio 1978 n. 140. Tali disposizioni distinguono due ipotesi, a seconda che l'interruzione della gravidanza avvenga nei primi novanta giorni o successivamente a tale momento. Nei primi novanta giorni, il diritto all'interruzione della gravidanza spetta alla sola condizione che "la donna accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari […]" Dopo i primi novanta giorni, invece, ai sensi dell' art. 6 della medesima legge l'interruzione volontaria della gravidanza, può essere praticata : a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna;
b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna".

5. Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012 n. 16754 confermata da Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2013 n. 7269 la quale ha stabilito che " *spetta alla donna dimostrare i fatti costitutivi della pretesa azionata, al medico i fatti idonei ad escluderla, in questi ultimi inscrivendo anche la prova che, all'epoca in cui ebbe a maturare l'inadempimento, il feto era già pervenuto alla condizione della possibilità di vita autonoma*"

Oggetto di contrasto in dottrina e giurisprudenza, invece, è la questione – sollevata anche nell'ordinanza di rimessione - relativa al contenuto della prova richiesta dalla madre. Un primo orientamento[6] sostiene essere «*corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto»,* ritenendo, dunque, «*sufficiente che la donna alleghi che si sarebbe avvalsa della facoltà di interruzione della gravidanza se fosse stata informata della grave malformazione del feto, essendo in ciò implicita la ricorrenza delle condizioni di legge per farvi ricorso compresa quella del pericolo per la salute fisica o psichica derivante dal trauma connesso all'acquisizione della notizia»*[7]. L' esigenza di provare tali presupposti sorgerà solo laddove il fatto venga contestato dalla controparte.

Alla base di tale ricostruzione potrebbe esservi la considerazione secondo cui, se una gestante *ab origine* non avesse intenzione di abortire, non avrebbe interesse a chiedere il compimento di diagnosi di controllo.

Differente, invece, è l'impostazione proposta da un secondo orientamento[8] secondo cui «*in mancanza di un'espressa ed inequivoca dichiarazione della volontà di interrompere la gravidanza in caso di diagnosi infausta, la presunzione, di cui sembra legittimo discorrere sul piano dell'inferenza logica, di un'intenzione (l'interruzione di gravidanza) desumibile da una condotta significante (la sola richiesta di accertamento diagnostico) , ha indubbio carattere di presunzione semplice»*[9].

In sintesi, la mera richiesta di diagnosi non comporta la prova automatica circa la volontà di interruzione della gravidanza in caso di esito infausto. Sicché è necessario che la parte attrice – per il principio di vicinanza della prova e dell'estrema difficoltà della stessa – integri tale presunzione con elementi ulteriori[10], da sottoporre al vaglio del giudice, per dimostrare l' effettiva volontà della stessa di ricorrere all'aborto in caso di malformazioni genetiche del feto.

Tale orientamento appare condivisibile alla luce della considerazione secondo cui, ai fini dell'accertamento dell'inadempimento del medico, ciò che rileva è che la gestante abbia richiesto in via generale il compimento di accertamenti funzionali alla diagnosi di malformazioni fetali[11]. Non appare, dunque, necessario che l' interessata richieda di essere sottoposta specificamente ad un tipo di esame, anche perché una condizione di ignoranza potrebbe non renderla in grado di formulare un'istanza in tali termini; pertanto risulta ragionevole ritenere che dalla richiesta di accertamenti, proposta in termini generici, derivi una mera presunzione di volontà della gestante di interrompere la gravidanza. Tale presunzione, così come sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità, dovrà essere a sua volta "integrata"

---

6. Così Cass. Civ., Sez. III, 10 maggio 2002 n. 6735; Cass. Civ., sez. III,29 luglio 2004 n. 14488; Cass. Civ., sez. III, 10 novembre 2010, n. 22837.

7. E' evidente, dunque, che la prova di tale determinazione debba essere data secondo l'*id quod plerumque accidit*, con un giudizio presuntivo *ex ante*; è infatti regola di esperienza che la nascita di un figlio malformato possa ingenerare nella madre il rischio di una patologia psichica notevole.

8. Cass. Civ., sez III., 2 ottobre 2012 n.16754.

9. Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012 n. 16754 specifica che *"da tale elemento indiziante il giudice di merito è chiamato a desumere, caso per caso, senza il ricorso a generalizzazioni di tipo statistico, le conseguenti inferenze probatorie e il successivo riparto di tale oneri"*. Inoltre l'accertamento va compiuto *ex ante,* di talché ciò che si è effettivamente verificato successivamente può avere solo valore indiziario o corroborativo, ma non decisivo. (Così Cass. Civ., n. 7269/2013)
Quali possono essere il livello culturale della gestante, le sue credenze religiose o le sue convinzioni etiche.

da ulteriori elementi probatori, in quanto da sola non sufficiente.

In sostanza, tali orientamenti convergono in merito alla circostanza secondo cui, assolto l'onere probatorio relativo alla volontà di abortire, si ritiene provata anche la sussistenza delle condizioni previste dalla legge sull'aborto (c.d. diritto di abortire), in quanto, la nascita di un bambino malformato è causa di grave danno alla salute della donna e, dunque, ha efficacia scriminante; invero divergono, in quanto, la prima tesi ritiene adempiuto l'onere della prova allegando la richiesta di diagnosi, dalla quale si deduce la volontà di abortire in caso di risultato negativo, la seconda ritiene insufficiente il solo fatto di avere richiesto una diagnosi, occorrendo la dimostrazione della volontà di abortire attraverso la produzione di elementi ulteriori.

La seconda questione, che la Suprema Corte ha ritenuto di dover assegnare all'esame delle Sezioni Unite, riguarda la legittimazione del nato a pretendere il risarcimento del danno a carico del medico che, col suo inadempimento, ha privato la gestante della possibilità di ricorrere all'aborto[12].

La questione induce ad indagare sulla qualità da attribuire al concepito nella sua dimensione rigorosamente giuridica senza alcun tipo di suggestioni etico – filosofiche che potrebbero minare l'oggettività dell'analisi.

E' bene precisare preliminarmente che tale problema di qualificazione, ai fini del riconoscimento del risarcimento del danno in capo al nascituro, si prospetta unicamente nel caso in cui il medico, non riscontrando l'esistenza della malformazione del feto di natura congenita, violi il principio di autodeterminazione della gestante.

Nel caso in cui, invece, il medico abbia causato la malformazione del feto, come dimostra la sentenza n. 10741/2009, non vi sono dubbi nel riconoscere un diritto al risarcimento del danno in capo al nascituro – dotato, dunque, di autonoma soggettività giuridica – in relazione alla condotta omissiva del medico per mancata osservanza sia del dovere di una corretta informazione in ordine ai possibili rischi conseguenti alla terapia prescritta alla madre sia del dovere di somministrare farmaci non dannosi per il nascituro stesso.[13]

Tornando ,quindi, al caso in cui il consenso informato circa il rischio di malformazioni prenatali sarebbe funzionale soltanto all'interruzione della gravidanza, ai fini del riconoscimento in capo al nascituro del diritto al risarcimento dei danni è necessario porsi la seguente domanda: è configurabile nel nostro ordinamento un diritto a non nascere se non sano? E dunque un conseguente risarcimento del danno in capo al nascituro laddove tale diritto venga leso? E' evidente che il nostro ordinamento tuteli il nascituro esclusivamente verso la nascita : la sua tutela, infatti, ha fondamento costituzionale nell' art. 31 comma 2 della Costituzione, che «*impone espressamente la protezione della maternità*» e più in

---

10. Quali possono essere il livello culturale della gestante, le sue credenze religiose o le sue convinzioni etiche.

11. Come sostiene anche la giurisprudenza di legittimità nella sent. n. 16754/2012.

12. La corte di Cassazione francese in assemblea plenaria nel celebre "*arret perruche"* del 27.11.2001, operando un *revirement* rispetto alla precedente giurisprudenza, affermò che *"quando gli errori commessi da un medico e dal laboratorio in esecuzione del contratto concluso con una donna incinta impedirono a quest'ultima di esercitare la propria scelta di interruzione della gravidanza, al fine di evitare la nascita di un bambino handicappato, questi può domandare risarcimento del danno consistente nel proprio handicap, causato dai predetti errori".*

13. Non si può non notare che questa pronuncia ebbe il merito di riconoscere il contratto tra il medico e la gestante come un rapporto obbligatorio con effetti protettivi non più solo nei confronti del padre, ma anche nei confronti del figlio.

generale nell' art. 2 cost., che *«riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo , fra i quali non può non collocarsi la situazione giuridica del concepito».* Inoltre, anche la legge n. 194/1978 "norme per la tutela sociale della maternità" sancisce che «*lo Stato riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio».* Insomma, tutte disposizioni che sembrano riferirsi alla tutela del nascituro fin dal momento del suo concepimento.

Ne consegue che, riconoscere un diritto al risarcimento in capo al nascituro nato malformato, significa riconoscere esistente un diritto del nascituro a *"non nascere se non sano."* E poiché l'errore del medico ha determinato la nascita (in quanto se il medico si fosse accorto della malformazione la madre avrebbe abortito), sembra ovvio concludere che è di quella che il minore si duole, avendo preferito non nascere affatto, anziché esserlo in quelle condizioni.

D'altronde riconoscere l'esistenza di un tale diritto significherebbe, come ha sostenuto la Cassazione nella sentenza n. 14888/2004, concepire l'esistenza di un diritto che solo ove venga violato, ha un titolare in quanto, se tale violazione non vi fosse (e quindi non si fa nascere il malformato per rispettare il suo diritto a non nascere) non sarebbe, invece, configurabile un soggetto interessato a farlo valere. Si osserva che, un ulteriore argomento a fondamento di tale tesi negazionista, potrebbe essere il dato secondo cui l'ordinamento, riconosce in capo alla gestante – a seguito di un corretto bilanciamento degli interessi – un diritto ad abortire unicamente al fine di evitare un danno alla sua salute o alla vita. E' la stessa necessità di tutela della salute della madre che legittima la stessa a chiedere l'interruzione della gravidanza scriminandola da responsabilità.

Da ciò consegue che la tutela del feto e di un suo "diritto" viene posta in secondo piano in quanto ciò che è rilevante è l'omessa diagnosi di malformazioni del feto unicamente in relazione allo stato psicologico e fisico della gestante che, attraverso un'indagine *ex ante* – confermata anche *ex post* il più delle volte – , si presuma subisca un danno a seguito della scoperta della paventata malformazione fetale.

In quest'ottica dunque, mentre si può facilmente attribuire il diritto al risarcimento in capo alla gestante, non si può fare lo stesso nei confronti del figlio.

La ricostruzione prospettata in questa sentenza, però, non ha riscosso il plauso della dottrina.

E' stato osservato che, riconoscere il diritto al risarcimento in capo al padre , in ragione della sua qualificazione come terzo esposto ai pregiudizi conseguenti all'inadempimento del sanitario, ha contribuito a rendere irragionevole quell'orientamento che nega l'attribuzione di tale diritto anche in capo al figlio, posto che proprio il concepito deve ritenersi ricompreso nella cerchia dei suddetti terzi danneggiati.

---

14. Un diritto che la Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004 n. 14488 ha definito essere *"un diritto adespota in quanto a norma dell' art. 1 c.c. la capacità giuridica si acquista al momento della nascita, ed i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita, ma appunto esistenti dopo la nascita. Nella fattispecie, invece, un diritto a non nascere, non avrebbe soggetto titolare dello stesso, mentre con la nascita sarebbe definitivamente scomparso."*

15. Invero , come sostiene la giurisprudenza in Cass. Civ., sez. III,29 luglio 2004 n. 14488, la sola esistenza di malformazioni del feto che non incidano sulla salute o sulla vita della donna non permettono alla gestante di praticare l'aborto : il nostro ordinamento non ammette, dunque, l'aborto eugenetico.

Inoltre, posto come premessa che il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è, dunque, attribuito alla madre in termini di assoluta quanto inevitabile esclusività, risulterebbe legittimo discorrere, in caso di sua ingiusta lesione, non di un diritto esteso anche al nascituro in nome di una sua soggettività giuridica, bensì di una *«propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito»,* che gli consentirebbe di agire in giudizio, per il tramite del suo legale rappresentante, per chiedere il risarcimento di un danno che si assume ingiusto. Secondo questa ricostruzione, proposta dai giudici di legittimità con la nota sentenza n. 16754/2012 e già suggerita in dottrina, la protezione del nascituro non passa necessariamente attraverso la sua istituzione a soggetto di diritto ovvero attraverso la negazione di diritti come quello a "non nascere se non sano", bensì attraverso la qualifica di "oggetto di tutela" da parte dell'ordinamento.

Ne consegue la predicabilità di una legittimazione attiva del neonato in proprio all'azione di risarcimento. In tale prospettiva, il nascituro nato malformato non fa, pertanto , valere un diritto a nascere sano né un diritto a non nascere. Oggetto della pretesa e della tutela risarcitoria sarà ,invece, la lesione della sua salute originatasi al momento del concepimento : «*sul piano morfologico, la nascita malformata, sul piano funzionale, il perdurante e irrimediabile stato di infermità».* L'interesse giuridicamente protetto consiste, quindi, nella possibilità di alleviare, sul piano risarcitorio la propria condizione di vita che non gli consente di realizzare in pieno i diritti di individuo e di parte sociale sanciti dall' art. 2 della Cost.

Tuttavia il percorso che conduce ad ammettere che il nato malformato possa agire in proprio contro il medico che ha omesso la diagnosi (contribuendo così alla sua nascita), trova un ostacolo in ordine all'esistenza del nesso causale tra la condotta del sanitario e il danno lamentato, aspetto tra l'altro del tutto trascurato dall'ordinanza di rimessione.

Se, infatti, la malattia è contratta per cause naturali, come può essere riferita alla condotta del medico? Semmai al medico si può imputare di non averla diagnosticata.

E' opportuno sottolineare che qui non si tratta di capire se la nascita in sé sia un danno rispetto alla diversa ed ipotetica situazione del non nascere affatto; perché se così fosse, non ci sarebbero ostacoli nell' ammettere la natura causale della condotta del medico il quale, se avesse agito correttamente, avrebbe senz'altro evitato la nascita, ma non la malattia.

---

16. Più precisamente, mentre non vi sono dubbi a ritenere che il diritto ad una gravidanza cosciente e responsabile spetti esclusivamente alla madre, non si può escludere che l'esercizio di tale diritto venga realizzato nell' interesse non solo della madre ma anche del nascituro. D'altronde se il nascituro venisse considerato quale soggetto di diritto, nell'ambito di una comparazione, il suo interesse a nascere finirebbe senz'altro per prevalere sull'interesse della madre alla tutela della sua salute psicofisica rendendo, quindi, impossibile qualsiasi riconoscimento di un diritto all'aborto.

17. Così Cass. civ., sez III 2 ottobre 2012 n. 16754. Secondo i giudici di legittimità il nascituro si duole in realtà non della nascita ma del proprio stato di infermità, che sarebbe mancato se egli non fosse nato. Come suggerito anche dalla dottrina, l'alternativa in ordine all'ammissibilità di siffatta tutela non era tra non nascere o nascere malato, bensì tra nascere sano o nascere malato.

In effetti, secondo tale impostazione, proposta dalla Cassazione con sent. n. 14488/2004, ciò di cui si duole il minore sarebbe il fatto di essere nato, pregiudizio che, seppur imputabile al medico, è considerato non risarcibile poiché è impossibile in pratica dire se sia meglio nascere malati che non nascere affatto.

Come già anticipato, la carenza del nesso causale si potrebbe registrare, laddove, invero, si sostenga , in linea con Cass. n. 16754/2012, che il danno di cui si duole il minore non sia l'evento – nascita ma un danno alla salute (la malattia) tutelato dall' art. 32 Cost. Qui si tratterebbe di capire come una sua lesione possa essere addebitata al medico. Sarebbe rischioso affermare, come invece è stato sostenuto, che il medico è causa delle malformazioni in quanto un suo diligente operato avrebbe evitato il danno (la malattia), sia pure attraverso l'aborto. Rischioso perché si finirebbe per ricadere, seppur indirettamente, nell'ambito del diritto a non nascere se non sano ed inoltre si legittimerebbe la richiesta del malato di "venire guarito facendosi uccidere."

Inoltre, sebbene tale impostazione da un lato evita di fare ricorso a paradossi metafisici, del tipo è meglio nascere malati che non nascere affatto, e mira a verificare se la condotta alternativa lecita (ossia la corretta diagnosi) avrebbe evitato il danno effettivo (la malattia)e non quello ipotetico della nascita, dall'altro rischia di divenire *una fictio iuris* posta in essere per superare i criteri di stampo naturalistico della causalità civilistica ,secondo i quali il nesso causale che interessa il diritto è un legame di tipo naturalistico tra una condotta ed un evento.

Alla luce di tale principio, posto che il danno contratto dal minore è causato dalla malattia di natura congenita, piuttosto che dalla condotta del medico che semplicemente non se ne è accorto - ma che anche se se ne accorgesse, la malformazione rimarrebbe - non potrebbe configurarsi una responsabilità del sanitario nei confronti del nascituro , per carenza di quel nesso causale inteso in senso naturalistico.

In conclusione, probabilmente, sarebbe più coerente e lineare, in caso di omessa diagnosi del medico, riconoscere la legittimazione a proporre l'azione di risarcimento in capo alla madre per violazione del diritto di autodeterminazione e negare tale legittimazione nei confronti del nascituro in base alla considerazione secondo cui, se si ipotizza che il nascituro si duole della malattia, vi è una mancanza del nesso causale tra la condotta del medico e le malformazioni aventi natura congenita; invero, se si sostiene che il danno consiste nell' evento nascita in quanto tale, la negazione del risarcimento trova fondamento nella non configurabilità nel nostro ordinamento di un diritto a non nascere se non sano.

---

18. Diversamente la Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012 n.16754 ha effettuato *"una equiparazione quoad effecta tra la fattispecie dell'errore medico che non abbia evitato l'handicap evitabile ovvero che tale handicap abbia cagionato e l'errore medico che non ha evitato la nascita malformata(evitabile, senza l'errore diagnostico, in conseguenza della facoltà di scelta della gestante derivante da una espressa disposizione di legge)."*

Esperienze

La sospensione del procedimento con messa alla prova nella fase delle indagini preliminari al vaglio della magistratura minorile napoletana

ALDO CIMMINO

ABSTRACT

After Act n. 67 of 2014 has entered into force, the judge has the possibility to establish even for adult defendants, similarly to what is already provided for underage offenders, a rehabilitative measure to be spent outside the jail. The most interesting aspect concerns the possibility to ask for the suspension of the proceedings also during the investigations: that is not possible for underage defendants according to what has been established by juvenile judges. However this provision, being more favourable, should be applied also within the proceedings against minor offenders.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'istituto della messa alla prova per gli imputati maggiorenni. – 3. Le proprietà commutative della nuova probation nell'ambito del procedimento penale a carico di imputati minorenni. – 4. La richiesta di sospensione nella fase delle indagini preliminari. – 5. Sulle motivazioni di dissenso offerte dalla magistratura minorile napoletana.

1. Con l'approvazione della legge 28 aprile 2014, n. 67 recante: *"Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili"*, il giudice, anche nel procedimento penale a carico di imputati maggiorenni, potrà valutare l'opportunità di concedere al prevenuto un percorso rieducativo ed extracarcerario.

Tale innovazione si inscrive in un quadro generale di interventi normativi "richiesti" dall'Europa all'Italia. Non v'è chi non veda che gli impulsi che sono promanati dalle condanne di Strasburgo[1] hanno indirizzato il legislatore italiano ad adottare misure "urgenti", volte a ridurre gli effetti dannosi dell'ormai strutturale problema del sovraffollamento carcerario. In seguito alle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo, il legislatore italiano ha varato un complesso di norme che potremmo definire della "libertà imposta"; norme, cioè, approvate in virtù dello spettro dei ricorsi a cascata che la Corte E.D.U. avrebbe potuto accogliere, dopo la sentenza "Torreggiani". Pertanto, si è intervenuti sia con l'adozione di norme rimediali e cosiddette "svuota-carceri"[2], sia con il concepimento di meccanismi sostanziali e processuali volti ad impedire la celebrazione di processi per determinati reati[3].

---

1. Il riferimento è alla sentenze della Corte E.D.U., *Sulejmanovic c. Italia* resa il 16 luglio 2009 con la quale i giudici di Strasburgo condannavano l'Italia per violazione dell'art. 3 C.E.D.U. (divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti) e nella quale già si evidenziava il carattere strutturale del problema del sovraffollamento carcerario; *Torreggiani c. Italia* resa in data 8 gennaio 2013.
Anche in quest'ultimo caso la Corte Europea condannava l'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione, ma la peculiarità di questa sentenza sta nella procedura adottata dal giudice europeo.
La sentenza resa nel caso *Torreggiani c. Italia*, infatti, è una sentenza pilota tendente a sancire il carattere strutturale della violazione denunciata e perpetrata dallo Stato membro.
2. Il fondamentale diritto di cui all'art. 13 Cost., in raccordo con quello, altrettanto fondamentale di cui all'art. 27 Cost., è oggi maggiormente tutelato da provvedimenti che hanno avviato una ristrutturazione della sanzione penale anche se limitatamente a determinate vicende.

E chiaramente l'istituto di nuovo conio, trasmigrato dall'esperienza processual-penalistica minorile, è inserito in tale contesto.

2. La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato è disciplinata dagli artt. 168 *bis* e ss. del codice penale e dal Titolo V *bis* del Libro VI del codice di procedura penale.
Come rilevato già dalla Corte di Cassazione, l'innovazione non consiste nella possibilità di estendere il beneficio della messa alla prova, già previsto dall'art. 28 D.P.R. 448/1988 nel rito minorile, a coloro che, minorenni all'epoca del fatto, siano divenuti maggiorenni[4] al momento dell'emanazione del provvedimento, ma nell'aver previsto una disciplina *ad hoc* che si inserisce proprio nell'*iter* processuale ordinario.

La *probation ex* art. 168 *bis* c.p. è consentita per i reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena edittale detentiva non superiore, nel massimo, a quattro anni, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'art. 550 c.p.p.
Appare *prima facie* la limitatezza dell'intervento normativo, che restringe il campo di applicazione della *probation* a precise ipotesi di reati, contrariamente a quanto previsto dall'art. 28 D.P.R. 448/1988, per il quale l'imputato può richiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova per qualunque reato, ivi compresi quelli di particolare gravità e allarme sociale quali ad esempio, i delitti *ex* artt., 416 *bis*, 575, 609 *bis* c.p.
Sul punto si è espressa la Suprema Corte ritenendo che per la individuazione dei reati attratti alla disciplina della *probation*, deve aversi riguardo alla sola pena edittale prevista per ciascun reato, ignorando peraltro gli effetti dell'applicazione di qualsivoglia aggravante, ivi compresa quella ad effetto speciale[5].

Appare evidente la volontà di restringere l'ambito applicativo dell'istituto, a quei fatti di reato che siano considerati "tenui"[6], avuto riguardo non solo ai massimi edittali previsti per ciascun reato, ma anche alla circostanza per la quale determinati delitti sono di cognizione del giudice monocratico.
La contraddizione, però, è palese se si raffronta il meccanismo di cui all' art. 168 *bis* c.p. con la causa di non punibilità *ex* art. 131 *bis* c.p.

Prova ne sia, ad esempio, il decreto legge 78/2013, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013 n. 94 che introduce "*disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena"*; ancora, il decreto legge 146/2013 convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10 che introduce "*misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*", ha peraltro inserito il reclamo giurisdizionale *ex* art. 35 *bis* o.p.; il decreto legge 92/2014 convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 117 che ha introdotto rimedi risarcitori in favore dei detenuti che abbiano espiato (o stiano espiando) la pena in condizioni inumane e degradanti (art. 3 C.E.D.U.) e comunque in condizioni contrarie al senso di umanità (art. 27 Cost.); la legge 47/2015 che ha riformato i meccanismi per l'applicazione delle misure cautelari personali ed in particolare della misura della custodia cautelare in carcere.
3. Il riferimento è alla la legge delega 67/2014 che, per l'appunto, ha introdotto l'istituto della messa alla prova ex artt. 168 *bis* cod. pen. nonché al D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28 recante "*Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67*" che ha introdotto l'art. 131 *bis* cod. pen. rubricato "*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*".
4. La Relazione n. III/07/2014 della Corte Suprema di Cassazione, infatti, richiama la giurisprudenza di legittimità stratificatasi nel tempo e che ha da sempre affermato il principio di diritto per il quale anche l'imputato maggiorenne, infradiciottenne al momento del fatto per il quale si procede, può essere comunque ammesso al beneficio *ex* artt. 28 e 29 D.P.R. 448/1988
5. Cfr. Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2014, n. 6483, in *www.plurisonline.it*
6. Del resto sul punto la stessa Relazione n. III/07/2014 cit. è chiarissima quando afferma che "*le finalità perseguite dal Legislatore consistono nell'offerta di un percorso di reinserimento alternativo ai soggetti processati per reati di minore allarme sociale"*.

In buona sostanza, il legislatore ha circoscritto l'applicabilità della sospensione con messa alla prova dell'imputato maggiorenne a quei reati puniti con la pena della reclusione non superiore, nel massimo, a quattro anni e per quelli previsti dall'art. 550 comma 2 c.p.p., optando per una scelta di politica criminale volta ad evitare la prosecuzione del procedimento, per quei fatti di minore allarme sociale, la cui "tenuità"[7] si desume dalla loro cornice edittale.

Difatti, con il D.Lgs. 28/2015, che introduce la esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, si è ritenuto opportuno attrarre a tale disciplina i reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni.[8]

La contraddizione evidenziata diventa disarmonia sistemica, che non facilità né la prassi applicativa, né il consenso sociale degli istituti di nuovo conio.[9]

Certamente il generale favore dei consociati, per le nuove norme, risulta primario al fine di garantire la realizzazione dell'obiettivo finale che si propone la riforma mediativa.

La sensazione è che il legislatore, con la legge 67/2014, operi una vera e propria "chiamata alle armi" dei componenti il consorzio sociale, affinché il "reo" possa percorrere una via alternativa al crimine.

In tal senso vanno letti i riferimenti alle condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, all'affidamento dell'imputato al servizio sociale, al lavoro di pubblica utilità.[10] E nello stesso senso deve essere letto l'adempimento processuale consistente nell'onere previsto a carico dell'imputato di allegare alla stessa un programma di trattamento elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna oppure la richiesta di elaborazione dello stesso rivolta all'U.E.P.E., nell'ipotesi in cui non sia stata possibile l'elaborazione di un programma entro i termini stabiliti dal comma 2 dell'art. 464 *bis* c.p.p.[11]

Sul piano processuale, come detto, l'art. 4 comma 1 lett. a) ha aggiunto il Titolo V *bis* del Libro VI. La sospensione del procedimento con messa alla prova è, dunque, inserito tra i procedimenti speciali.

Anche da questo punto di vista si pongono delicati problemi inerenti alla collocazione del nuovo istituto, considerata la sua natura e le possibili evoluzioni del procedimento.

---

7. Il termine tenuità è, in questa sede, utilizzato, volutamente, in modo improprio per indicare quale sia stato l'intento del Legislatore, e cioè si è limitato a prevedere la *probation* solo per taluni reati.

8. La contraddizione dell'operato del Legislatore sta proprio in ciò: da un lato ha lasciato che taluni fatti di reato venissero ritenuti tenui perché puniti con la sola pena pecuniaria o con una pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni; ma quando ha dovuto definire, normativamente la "tenuità", quale causa di esclusione della punibilità, ha ampliato il ventaglio dei reati, ricomprendendo quelli puniti con la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni.

9. Sul punto cfr. G. RICCIO, *L'editoriale*, in *Diritto e Giustizia Minorile n. 1/2015*, p. 9 il quale ha peraltro sottolineato come l'istituto della messa alla prova, quale forma di decarcerizzazione, rappresenti un assurdo politico e istituzionale prima ancora che dogmatico.

In altri termini è probabile che la responsabilità politica stia nel non aver saputo interpretare i fallimenti prodotti dall'applicazione dell'istituto *ex* art. 28 D.P.R. 448/1988, sacrifici istituzionalmente sopportabili in virtù del fondamentale principio di tutela della rapida fuoriuscita del minore autore di reato, pretendendo così di plasmare l'istituto di nuovo conio "ad immagine e somiglianza" di quello minorile.

Con la differenza che tale impostazione nulla a che vedere con l'esigenza di decarcerizzazione, imposta dalle sentenze di condanna rese a Strasburgo, ed oltretutto mortifica l'opera – tutta politica – di coesione sociale, impedendo l'accettazione, da parte dei consociati, delle nuove norme.

10. Tali riferimenti sono indicati ai commi 2 e 3 dell'art. 168 *bis* c.p.

11. Tale adempimento è indicato dal comma 4 dell'art. 464 *bis* c.p.p.

Va innanzitutto sottolineato che l'art. 168 *bis* cod. pen. introduce una nuova fattispecie sospensiva del procedimento penale: essa rientra nell'ambito delle sospensioni per le quali è necessario un provvedimento giurisdizionale *ad hoc*.[12]

Si tratta di una sospensione con conseguente apertura di una fase extra-processuale per un determinato periodo di tempo, necessario per lo svolgimento di un programma rieducativo e risocializzante, strutturato in accordo con l'ufficio di esecuzione penale esterna.

Tuttavia, l'esito della vicenda processuale non appare scontata.

A ben vedere l'art. 464 *septies* c.p.p. prevede al primo comma l'ipotesi di esito positivo della messa alla prova;[13] al secondo comma, invece, regola l'ipotesi in cui vi sia esito negativo della prova. In quest'ultimo caso il giudice, con ordinanza, revoca l'ordinanza disposta ai sensi dell'art. 464 *quater* c.p.p., disponendo inoltre che il processo riprenda il suo corso.

Il processo, dunque, dovrà riprendere dal momento in cui si è verificata la sua interruzione, e questo può voler significare, per esempio, il recupero dell'udienza preliminare ovvero della fase dibattimentale. Tale recupero mal si concilia con la collocazione sistemica delle norme processuali nell'alveo dei riti speciali, che si caratterizzano proprio per la rinuncia o alla fase dell'udienza preliminare o a quella del dibattimento.[14]

L'anomalia solleva dubbi in ordine alla classificazione della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne come procedimento speciale. Sicché soltanto in astratto esso si atteggia a procedimento speciale, soprattutto in ragione della natura "premiale" della sentenza, che dichiaria l'estinzione del reato in caso di esito positivo della prova.

3. Al di là di alcune criticità e contraddizioni sopra evidenziate, va osservato che la nuova *probation* prevede disposizioni, che sono decisamente favorevoli per l'imputato, peraltro, non previste nell'ambito della messa alla prova *ex* art. 28 D.P.R. 448/1988.[15]

Per il tramite della clausola di adeguamento *ex* art. 1 D.P.R. 448/1988, ed in virtù del principio del *favor rei*, siffatte disposizioni dovrebbero trovare applicazione anche nell'ambito del procedimento penale a carico di imputati minorenni. Tra gli elementi più favorevoli della messa alla prova per maggiorenni v'è sicuramente quello previsto dall'art. 657 *bis* c.p.p. in virtù del quale, in caso di revoca o esito negativo della prova, il pubblico ministero, nel determinare la pena da eseguire, detrae un periodo corrispondente a quello che l'imputato ha trascorso durante la fase iniziale della prova.[16]

---

12. Sul punto cfr. G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Archivio penale n. 1/2015*, p. 2, il quale opera la distinzione tra fattispecie sospensive per le quali è prevista l'emanazione di un provvedimento *ad hoc* da quelle che operano automaticamente e cioè indipendentemente da un provvedimento giudiziale che la disponga.

13. In tal caso il giudice potrà dichiarare, con sentenza, estinto il reato per esito positivo della messa alla prova, previa acquisizione della relazione finale redatta dal competente U.E.P.E.

14. Non a caso infatti P. TONINI, *Manuale di Procedura penale*, Milano, 2014, p. 775 definisce i riti speciali quali riti destinati ad omettere le fasi o dell'udienza preliminare o del dibattimento ovvero entrambe le fasi, come accade per il procedimento per decreto.

15. A tal proposito cfr. M. COVELLI, *La messa alla prova per i maggiorenni: prime riflessioni critiche*, in *Diritto e Giustizia Minorile, n. 2-3/2014* p. 224

16. L'art. 657 *bis* c.p.p. (Computo del periodo di messa alla prova dell'imputato in caso di revoca), come inserito dall' dall'art. 4, 1° co., lett. b, L. 28.4.2014, n. 67, così statuisce: "*In caso di revoca o di esito negativo della messa alla*

La regola dovrebbe trovare piena attuazione anche nell'ambito del procedimento penale minorile[17], specialmente se si considera che l'imputato minorenne, per costante prassi giurisprudenziale, è tenuto alla confessione piena, se intende essere ammesso al beneficio *ex* art. 28 D.P.R. 448/1988.

Tuttavia, la confessione non è richiesta dalla legge, quale presupposto di applicabilità *ex* art. 28 D.P.R. 448/1988, perciò essa aggrava e pregiudica la posizione processuale dell'imputato minorenne che, in caso di esito negativo o revoca della messa alla prova, alla ripresa del processo, non potrebbe che essere condannato.

Viceversa l'applicabilità dell'art. 657 *bis* c.p.p. al processo penale minorile potrebbe riequilibrare la posizione dell'imputato minorenne nella vicenda mediativa, in caso di esito negativo.

Quanto alla possibilità di avanzare la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova nella fase delle indagini preliminari[18] va osservato che la regola va estesa al procedimento penale minorile in virtù della clausola generale di cui all'art. 1 D.P.R. 448/1988.[19]

4. Ai sensi dell'art. 464 *ter* c.p.p. la persona sottoposta alle indagini può avanzare al giudice per le indagini preliminari la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova;[20] successivamente il giudice per le indagini preliminari è tenuto a trasmettere gli atti al pubblico ministero affinché esprima il parere richiesto, nell'ipotesi di consenso, il giudice potrà procedere, osservando la disciplina di cui all'art. 464 *bis* c.p.p. Diversamente il giudice dovrà rigettare la richiesta in caso di parere contrario, che dovrà essere motivato; né il dissenso del pubblico ministero, né il rigetto del giudice sono atti impugnabili.

Tuttavia, è fatta salva la facoltà dell'indagato di reiterare la richiesta entro i termini previsti dal comma 2 dell'art. 464 *bis* c.p.p. e qualora il giudice ritenga fondata la richiesta, provvede ai sensi dell'art. 464 *quater* c.p.p. Ma l'applicabilità "anticipata" dell'art. 464 *quater* è esclusa in caso di parere contrario del pubblico ministero e la ragione è da rinvenirsi nella diversa fase alla quale si riferisce la norma che disciplina il provvedimento del giudice e gli effetti della pronuncia, trattandosi di una fase successiva a quella delle indagini preliminari ed implicando la stessa l'esercizio dell'azione penale.[21]

---

prova, il pubblico ministero, nel determinare la pena da eseguire, detrae un periodo corrispondente a quello della prova eseguita. Ai fini della detrazione, tre giorni di prova sono equiparati a un giorno di reclusione o di arresto, ovvero a 250 euro di multa o di ammenda."

17. Cosi pure M. COVELLI, *La messa alla prova per i maggiorenni cit.*, p. 232

18. L'art. 464 *ter*, comma 1 c.p.p. (Richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova nel corso delle indagini preliminari) dispone che: "*Nel corso delle indagini preliminari, il giudice, se è presentata una richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, trasmette gli atti al pubblico ministero affinché esprima il consenso o il dissenso nel termine di cinque giorni*".

19. Ancora M. COVELLI, *La messa alla prova per maggiorenni cit.*, p. 232 il quale espressamente afferma che "*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*".

20. Va evidenziato peraltro che tale possibilità per l'indagato "compare" solo nell'ambito delle norme processuali riferendosi, la rubrica dell'art. 168 *bis* cod. pen., alla sola "*messa alla prova dell'imputato*"

21. Sul punto Cfr. *Codice di Procedura penale commentato*, art. 464 *bis* c.p.p., in *www.plurisonline.it*

5. Sulla questione ha offerto il suo punto di vista la magistratura minorile napoletana, che a fronte di istanze di sospensione del procedimento con messa alla prova nella fase delle indagini preliminari,[22] ha sostanzialmente respinto l'idea dell'applicabilità del nuovo istituto nella vicenda del processo penale minorile. Da qui il bisogno di analizzare le ragioni a fondamento di alcune pronunce di merito.
Giova *in primis* rammentare che ai sensi dell'art. 1 D.P.R. 448/1988 le norme del codice di procedura penale si applicano all'imputato minorenne "*in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minorenne*".[23]

Dunque tra rito ordinario e rito minorile intercorre un rapporto di sussidiarietà per il quale, non è sempre detto che la norma minorile prevalga su quella ordinaria, piuttosto la norma di rinvio, *ex* art. 1 D.P.R. 448/1988 contribuisce alla formazione di un sistema misto nel quale le norme, tanto processuali ordinarie quanto quelle minorili, si integrano garantendo l'applicazione di quelle più favorevoli e più adatte alla personalità del minorenne.[24]

Alla luce di tale premessa di metodo emerge il vizio esegetico che ha condizionato i provvedimenti in commento: la mancanza di una lettura non integrata delle norme che regolano il nuovo istituto della messa alla prova.
In particolare, dal punto di vista sostanziale vanno segnalate le motivazioni addotte da alcuni sostituti procuratori della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Napoli, che hanno rigettato alcune istanze di messa alla prova nella fase delle indagini preliminari sulla base dei limiti edittali, che, attesi i titoli di reato in discussione, superavano le preclusioni stabiliti dall'art. 168 *bis* comma 1 c.p.[25]

Appare eclatante la contraddizione con l'ipotesi della messa alla prova richiesta nell'ambito dell'udienza preliminare o nella fase dibattimentale, in cui i giudici del merito concedono la sospensione del procedimento con messa alla prova *ex* artt. 28 D.P.R. 448/1988 e 27 D.Lgs. 272/1989, senza operare alcuna distinzione tra titoli di reato; diversamente nella fase delle indagini preliminari talune fattispecie penali sono state considerate come ostative alla concessione del beneficio, sull'erronea considerazione di una disciplina processuale diversa. Come già ricordato le innovazioni legislative in materia penale e processuale devono trovare applicazione, nell'ambito del processo penale minorile, per

---

22. I provvedimenti a cui si fa riferimento sono resi dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Napoli a norma dell'art. 464 *ter* c.p.p.
23. Così l'art. 1 comma 1 D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448.
24. Così M. COVELLI, *Manuale di legislazione penale minorile*, Napoli, 2006, p. 94, il quale richiama peraltro la giurisprudenza della Corte Costituzionale e quella della Suprema Corte. Con la sentenza 323/2000, infatti, la Consulta ha statuito che nel conflitto tra norme processuali, ordinarie e minorili, non è detto che prevalga quella speciale (minorile) ma quella che risulti rispettosa del fondamentale principio del *favor minoris*. Con la sentenza 6194/2000 la Corte Suprema di Cassazione ha sostanzialmente ribadito che i rapporti tra il codice di procedura penale ed il D.P.R. 448/1988 vanno interpretati alla luce del generale principio della disposizione più favorevole al minorenne sottoposto al procedimento penale.
25. In particolare i Sostituti procuratori della Repubblica rigettavano la richiesta *ex* art. 168 *bis* c.p. sia nel procedimento penale n. 1441/15 R.G.N.R. in quanto avente ad oggetto il reato previsto e punito dall'art. 73 D.P.R. 309/1990 consistente nell'illecita detenzione finalizzata all'attività di spaccio quantitativi di sostanza stupefacente del tipo eroina, e per il quale l'arco edittale previsto oscilla da un minimo di sei anni ad un massimo di venti anni di reclusione e da un minimo di 26.00,00 ad un massimo di 260.000,00 di multa; sia nel procedimento penale avente n. 1113/15 R.G.N.R. in quanto avente ad oggetto il delitto previsto e punito dall'art. 609 *quater* cod. pen. in quanto gli atti sessuali con minorenne sono puniti dalla pena della reclusione da cinque a dieci anni.

mezzo del filtro disposto dall'art.1 delle disposizioni sul processo penale a carico degli imputati minorenni.

Sarebbe un assurdo politico ed istituzionale, oltreché giuridico, se non si ammettesse la concessione del beneficio della messa alla prova all'imputato minorenne, solo in ragione della fase diversa nella quale viene avanzata l'istanza. Sicché la richiesta di messa alla prova del minore, che ha commesso taluni dei delitti che fuoriescono dall'ambito dell'art. 168 *bis* c.p. risulterebbe illegittima nella fase delle indagini preliminari, salvo acquistare "per magia" legittimità successivamente qualora fosse reiterata nell'ambito del rito abbreviato o nella fase dibattimentale, secondo non più la nuova disciplina, ma secondo gli artt. 28 D.P.R. 448/1988 e 27 D.Lgs. 272/1989.

È dunque evidente che il criterio della generale applicabilità della messa alla prova dell'imputato minorenne, indipendentemente dal titolo di reato, non possa essere sacrificato nella fase delle indagini preliminari, proprio in virtù dei principi che fondano il processo penale minorile, tra i quali la rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale.

La richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova nella fase delle indagini preliminari garantisce, più di altri, tale principio di rapidità, finalizzata ad un concreto reinserimento sociale del minore all'interno del consorzio sociale.

Sul versante procedurale appare degna di nota la motivazione offerta dal sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Napoli in un procedimento penale avente ad oggetto il delitto *ex* art. 628 cod. pen.[26]; in tal caso egli ha espresso dissenso in ragione della inottemperanza, da parte dell'indagato minorenne, degli adempimenti procedurali richiesti dalla legge. Più specificamente, l'indagato aveva inoltrato l'istanza al giudice per le indagini preliminari in sede di interrogatorio, facendo "semplicemente" mettere a verbale tale richiesta. Si duole, il Pubblico Ministero minorile, cioè, della irritualità della richiesta in quanto l'indagato (o l'imputato), secondo le nuove norme, è onerato dell'adempimento, previsto dall'art. 464 *bis* comma 4 cod. proc. pen., e cioè di presentare un programma di trattamento elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna.

Ritorna qui il vizio esegetico di una lettura delle nuove norme non integrata con quelle del D.P.R. 448/1988. Nel procedimento penale minorile la competenza per la redazione del progetto delle attività trattamentali, nelle quali deve articolarsi la prova, spetta unicamente all'Ufficio di Servizio Sociale Minorile[27] ed a nessun altro ufficio del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria. Tale conclusione è, oltretutto, confortata dal dato normativo che emerge dal combinato disposto degli artt. 6 e 12 comma 2 del D.P.R. 448/1988 e dell'art. 17 D.Lgs. 272/1989.[28]

---

26. Si tratta del procedimento penale recante n. 1375/15 R.G.N.R.

27. Gli U.S.S.M., peraltro, afferiscono al Dipartimento della Giustizia Minorile a differenza degli U.E.P.E. che sono uffici periferici del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del Ministero della Giustizia

28. Sul punto la Dottrina ha sottolineato che ai Servizi Minorili dell'Amministrazione della giustizia spetta un ruolo assai peculiare in quanto devono garantire non solo un'assistenza psicologica professionale, ulteriore a quella assicurata dalla presenza dei genitori (ex art. 12 D.P.R. 448/1988), ma anche un contributo informativo al minore mirato a chiarire la *ratio* di determinate decisioni ed il loro contenuto (ivi compreso il progetto ex art. 28 D.P.R. 448/1988) in *www.plurisonline.it*

Un ulteriore aspetto, criticabile, concerne la competenza del giudice chiamato a decidere sulla richiesta di messa alla prova nella fase delle indagini preliminari.

Sul punto la magistratura inquirente minorile napoletana sottolinea che l'applicabilità dell'istituto *ex* art. 168 *bis* c.p., nelle modalità previste ai sensi dell'art. 464 *ter* cod. proc. pen., costringerebbe ad assegnare le valutazioni inerenti al richiesta di messa alla prova, alla cognizione di un giudice monocratico, cognizione che è, invece, generalmente assegnata al giudice collegiale.

Ma ben vedere queste argomentazioni dovrebbero arretrare dinanzi al fondamentale principio della rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale.

Principio inscindibilmente connesso all'esigenza di non de socializzazione e di non stigmatizzazione del minore autore di reato.

D'altra parte, al Giudice per le indagini preliminari è richiesto un mero vaglio di legittimità delle richieste avanzate dal minore, dal momento che le scelte dei criteri trattamentali sono sempre e comunque rimesse all'U.S.S.M., oltre alle tradizionali funzioni di gestione e controllo del periodo di messa alla prova. Quanto alle determinazioni del pubblico ministero si è affermato che esse sarebbero frustrate da un'eventuale richiesta di messa alla prova nella fase delle indagini preliminari.

In effetti stante l'obbligo del pubblico ministero di esprimere parere entro cinque giorni dalla richiesta avanzata dall'indagato, qualora essa venisse avanzata per reati di particolare gravità, sarebbe irrimediabilmente compromessa la preventiva valutazione del P.M. e la completezza delle indagini preliminari.

Va innanzitutto osservato che l'organo dell'accusa (ivi compreso quello presso il Tribunale per i Minorenni), qualora esprima parere favorevole deve farlo per iscritto, unitamente alla formulazione dell'imputazione[31]: ciò assicura l'esercizio dell'azione penale.

In caso, dunque, di richiesta di sospensione del procedimento per reati ricompresi dall'art. 168 *bis* c.p. *nulla quaestio*. Il problema, secondo l'orientamento criticato, si porrebbe in relazione a reati di particolare gravità e complessità.

Siffatta interpretazione, però, stride con l'ormai consolidata prassi giurisprudenziale minorile che esige la confessione del minore, che voglia sottoporsi al programma di prova. Sicché le preoccupazioni sopra brevemente esposte, dovrebbero cedere il passo ad una rassicurante confessione oltre la quale non ha interesse ad andare l'organo dell'accusa, potendo ritenere completate le indagini preliminari e di conseguenza esercitare l'azione penale.

In conclusione v'è da notare che le obiezioni sollevate dalla magistratura minorile mal si conciliano con i principi fondamentali del processo penale minorile, ma soprattutto sembrano essere il risultato di una lettura isolata delle nuove norme processuali, così dimenticando la clausola di adeguamento introdotta dall'art. 1 D.P.R. 448/1988.

---

29. Offre l'occasione di analisi, la motivazione del dissenso offerta dal Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Napoli nel procedimento penale n. 1441/2015

30. In effetti anche il g.u.p. presso il Tribunale per i Minorenni è un giudice collegiale. L'art. 50 *bis* comma 2 R.D. 12/1941, infatti stabilisce che il giudice dell'udienza preliminare minorile è costituito da un magistrato e da due giudici onorari.

31. Ciò è infatti disposto dall'art. 464 *ter* c.p.p.