

# DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

*Rivista Giuridica Trimestrale*



3/4 2015 · ANNO III

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 Patané

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

# INDICE

## L'EDITORIALE

<b>A Massimo Nobili</b>	
GIUSEPPE RICCIO	7

## L'OPINIONE

<b>Ipotesi metodico-sistematica di riforma del sistema penale</b>	
SERGIO MOCCIA	10

<b>Anticorruzione, controlli e trasparenza nella città metropolitana e negli enti locali</b>	
LUIGI GIAMPAOLINO	14

<b>Il punto sull'attuazione della "Roadmap" UE sui diritti processuali</b>	
LORENZO SALAZAR	20

<b>Report about "victims and transfer of sentenced persons in spanish law"</b>	
MIGUEL ÁNGEL RUIZ ALBERT - ENRIQUE ANARTE BORRALLO - NURIA ARENAS HIDALGO - CARMEN R. GARCÍA RUÍZ - ESTHER MONTERO-PÉREZ DE TUDELA - FLORENTINO RUÍZ YAMUZA	28

## GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

DIRITTO SOSTANZIALE	<b>L'Anteproyecto di codice penale argentino del 2014 e gli orientamenti in tema di riforma del diritto penale italiano</b>	
	ANTONIO CAVALIERE	38

**‘Mobbizzare’ = ‘Maltrattare’?**

CLAUDIA SANTORO

50

DIRITTO  
PROCESSUALE

**La doppia crisi brasiliana delle fonti del diritto e della legalità processuale: i suoi riverberi sulla nullità nel processo penale**

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER

67

**Regole cautelari ed esigibilità in materia di colpa tra politica e giurisdizione**

MARIANO MENNA

77

**L'accertamento processuale della causalità omissiva e la prova logica del fatto ai limiti dell'accusatorietà**

CLELIA IASEVOLI

89

**I frutti dell'albero velenoso**

GIUSEPPE SASSONE

108

## GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

DIRITTO  
PROCESSUALE

***Praeclusio pro iudicato* in materia di sequestro**

132

GIUSTIZIA  
MINORILE

**Il delitto di atti persecutori tra bullismo fisico e bullismo verbale**

137

## NOTE A SENTENZA

DIRITTO  
SOSTANZIALE

***Ne bis in idem* processuale e dialogo tra ordinamenti: problematiche, possibili soluzioni ed implicazioni sistemiche**

VINCENZO GIORDANO

155

**I reati di opinione dal codice Rocco alla CEDU, passando per il caso De Luca**

MARTINA MALVAGNI

177

DIRITTO  
PROCESSUALE

**La prassi *contra legem* dei riconoscimenti informali: una legalità tradita**

CHIARA NAIMOLI

189

**In materia di nullità assoluta dell'omesso avviso dell'udienza camerale al difensore di fiducia**

RAFFAELE COPPOLA

209

**Sulla facoltà dell'imputato di chiedere il rito abbreviato quando è contestata un'aggravante nel corso del dibattimento**

SIMONE FARINA

218

ESPERIENZE

**L'identificazione dello straniero con particolare riferimento al minore non accompagnato: complessità di un percorso**

VALERIA CANGELOSI

225

## L'EDITORIALE

## A Massimo Nobili

GIUSEPPE RICCIO

*E' morto Massimo Nobili.*

*Il triste evento mi suscita una profonda malinconia per risalenti incontri con il giovane docente, quando era piacevole girare per città ed accademie per soddisfare ansie conoscitive ed amicali rapporti. Erano i tempi felici della Procedura penale, quando il profondo sentimento di riforma del codice animava nutriti dibattiti e continui confronti.*

*Vorrei ricordare così Massimo Nobili; vorrei ricordare ai più giovani la sua modestia, in conflitto con i successi subito ottenuti sotto la guida del Maestro romano; vorrei ricordare a tutti il suo tratto elegante, raffinato; vorrei ricordar il suo stile retorico, la singolare gestualità del capo e degli occhi, più che delle mani e del corpo, testimonianza della costruzione del pensiero nel momento stesso in cui si intratteneva in argomenti intrisi di difficoltà e da lui resi di immediata percezione anche all'uditorio meno sofisticato.*

*Ne apprezzavo soprattutto la poliedrica cultura e la capacità di piegare scienze umanistiche e forme d'arte al racconto dell'evento processo o nell'analisi complessa di discipline giuridiche di vario genere, acquistate anche nel particolare incarico svolto per la Repubblica di San Marino quale Judge d'appellation.*

*Il nostro ultimo incontro fu a Roma, in Cassazione; si divertiva a presentare aforismi e 'detti' incompatibili con la Giustizia che vedeva scorrere sotto gli occhi in quel tempo, nel nostro tempo, in cui si sentiva stretto nelle maglie di prassi giudiziarie incomprensibili e prive di respiro garantista; Lui che a 31 anni insegnava a Perugia, grazie all'accademico riconoscimento per il primo severo lavoro su "Il principio del libero convincimento del giudice" (1974), in cui dettava le linee del giudizio – oggi diremmo – "giusto"; Lui che anni dopo, ormai dalla prestigiosa Cattedra bolognese, denunciava l'equiparazione tra carcerazione preventiva e anticipazione della pena e si cimentava su "Scenari e trasformazioni del processo penale" (1998); Lui che – come ricorda Alberto Camon – «vedeva i principi nei dettagli, ... scorge[va] le architetture complessive, gli sfondi, le tendenze destinate a sfociare nei grandi movimenti della storia».*

*Grazie a questa particolarissima prospettiva, egli esce dagli steccati del diritto per ricostruire la Storia – non solo la sua storia – utilizzando materia diversa; e come cesellatore che passa da stucchi a marmo, Lui si intromette nella drammaturgia delle forme giudiziarie e nella narrativa per scoprire il pensiero dei grandi protagonisti di quelle arti; letture che gli consentono di ricordare che l'indispensabile macchina della giustizia è fatta, non da occasionali eventi o da momentanei comportamenti, ma da contingenti dirimenti pericoli e da non eludibili immoralità ("L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia", 2010). E questi giudizi Egli riprende nell'evocazione dell'illustre "politico" meridionalista del XVIII secolo ("Considerazioni sul proces-*

so criminale" di Mario Pagano [1787], 2010), espediente in cui tocca per la prima volta in senso critico il pluralismo delle fonti per ricordare le origini d'una concezione "pulita" della Giustizia e del processo.

L'ultimo incontro fu a Roma, in Cassazione, per la presentazione di "Torbide fonti e adorati errori" (2012).

Avvertii la sofferenza; ammirai la lucidità nel descrivere declini e degradi della giurisdizione, a causa della quale si insinua sempre più nell' uomo il bisogno di difendersi dal processo, non nel processo, tema coltivato da sempre e ripetuto l' anno precedente nella conferenza in "Difesa dal processo e regole costituzionali" (2011).

Massimo Nobili è morto.

Lascia a noi stile, pensieri, opere, cultura, che consolano dal dolore quanti hanno avuto il privilegio di coltivarne l'amicizia; lascia ai più giovani un indelebile testamento di severità intellettuale, di metodo di studio, di senso critico, sobrio, ma incisivo, di umanità mai frenata dai complessi compiti che lo hanno impegnato.

E, dunque: Massimo continuerai a vivere nella Scienza della Procedura penale.

## L'OPINIONE

## Ipotesi metodico-sistematica di riforma del sistema penale

SERGIO MOCCIA

### ABSTRACT

*In this day and age, at the legislative and law level, an emergency habitus that obstructs the basic principles of Italian Constitution has been consolidating. Therefore, a reform of the penal system seems to become mandatory.*

Come, ormai, accade ciclicamente, il sistema penale, le sue incongruenze, i suoi limiti e, nel contempo, le deviazioni che da esso opera la legislazione – ma anche, non insovente, la prassi – continuano a porre questi argomenti, solitamente poco consueti al di là della cerchia degli specialisti, al centro del dibattito politico.

Ma questo non deve meravigliare, dal momento che le opzioni adottate in questa materia, avendo sempre a che fare con la difesa/offesa dei diritti fondamentali, hanno evidenti implicazioni con la difesa/offesa dei principi della democrazia.

E' questo, ormai, il caso della gran parte delle norme proposte in materia penale. In realtà, il superamento di una visione meramente tecnicistica del sistema penale – fortemente sospetta di autoritarismo – a favore di una sua considerazione in termini di politica criminale e, quindi, di politica *tout court*, fa apparire in tutta la sua evidenza l'estrema problematicità, dal punto di vista della tutela delle libertà costituzionalmente sancite, della situazione in cui versa la progettazione giuspenalistica. E' possibile affermare, senza tema di smentite, che numerose proposte e/o soluzioni adottate in questo settore si pongono in insanabile contrasto con una politica criminale conforme ai principi di razionalità dello stato sociale di diritto, se non, addirittura, con i principi, normativi, espressi dalla Costituzione italiana ancora vigente.

In effetti, garanzie individuali ed efficienza del controllo sembrano oggi costituire i termini, contrastanti, di una proposizione dialettica. Ma un tale assunto, in rapporto al nostro contesto ordinamentale, di democrazia fondata sui principi dello stato sociale di diritto, è senz'altro falso e la dimostrazione è agevole.

Garanzia ed efficienza, infatti, nello stato sociale di diritto, lungi dal porsi antitetivamente, rappresentano, congiunte, gli elementi essenziali a cui dev'essere informato il perseguimento delle legittime istanze di controllo sociale. In realtà, lo stato sociale di diritto – felice sintesi di componenti liberali e solidaristiche –, sul piano dell'impegno a favore dei diritti dell'individuo, tende ad assicurare, rendendole effettive, garanzie di tipo formale e sostanziale; così come, sul piano della tutela di beni fondamentali, si preoccupa della difesa sia di tradizionali interessi individuali che di emergenti interessi superindividuali. Ciò significa, in termini di politica criminale, l'adozione di strategie di controllo di fatti socialmente dannosi che, nell'assoluto rispetto di prerogative di libertà e dignità della persona, risultino ispirate, contestualmente, a criteri di razionalità ed efficienza.

In questo momento storico si è, invece, consolidato a livello legislativo, ma anche nella prassi, un *habitus* di tipo emergenziale dalle origini risalenti, in materia di c.d. sicurezza in senso ampio (pedopornografia, terrorismo, reati 'predatori' e così via), che non può non destare preoccupazione in rapporto alla difesa dei diritti dell'individuo. Quali limiti a difesa dell'uomo contro le sopraffazioni statuali, le garanzie rappresentano, infatti, l'espressione più significativa di quel lungo e tormentato processo evolutivo che ha caratterizzato lo svolgersi della civiltà giuridica contemporanea. Non è possibile, pertanto, in un contesto normativo di democrazia avanzata, al fine di porre rimedio a turbative della compagine socio-statale, espressive di una crisi di legalità, endo- ed extraistituzionale, adottare rimedi normativi e prassi giurisprudenziali, che finiscono con il far scivolare la struttura ordinamentale verso preoccupanti forme di arbitrio, che hanno sempre caratterizzato i momenti più difficili per le ragioni dell'individuo.

Una volta abbandonate prospettive irrazionalistiche e di mera repressione in rapporto ad 'essenza' e funzioni del sistema penale, ai fini della tutela delle garanzie individuali, ma anche dell'efficienza del controllo sociale di fatti socialmente dannosi, il legislatore deve scegliere tra intervento penale o extrapenale, tenendo presente che l'opzione del primo tipo è legittima soltanto se la sanzione penale risulta strettamente necessaria ed è in grado di raggiungere gli scopi che può essere chiamata a perseguire. L'opzione di *extrema ratio* dell'intervento penale spinge alla ricerca ed alla sperimentazione di forme efficienti di controllo, alternative a quella penale, ridimensionando pericolose illusioni panpenalistiche e/o pangiudizialiste, destinate il più delle volte a risolversi in sterili ed illiberali rigorismi di mera repressione.

Il territorio in cui si mantengono pressanti le istanze della modernità, ancora da realizzare, è forse proprio quello dei rapporti giuridici. E' questo il settore dove va cercato quel tanto di potenzialità, di esperienza positiva da recuperare e mantenere dal mondo della modernità. Dobbiamo pensare che molte delle potenzialità della modernità, molti dei suoi slanci – accanto anche a delle sconfitte – non sono mai stati davvero attuati e, forse, neppure tentati.

Bisogna, allora, ripensare ad una codificazione che, una volta liberatici di tutto il ciarpame normativo, bagattellare o meno, sotto la forma di una Legge penale fondamentale contenga chiare forme di imputazione dei fatti, un sistema di sanzioni razionale, mite ed efficiente, nonché un numero limitato di gravi figure di reato, riconoscibili ed accettabili dai consociati. Tutto il resto dovrà sparire o essere trasformato in altre, pur sempre numericamente contenute, figure d'illecito non penale; solo in tal modo riacquisteranno di significato principi essenziali in uno stato di diritto, della cui validità attualmente può parlarsi unicamente in termini di assoluta ipocrisia: ci riferiamo, tra gli altri, a principi basilari come, ad esempio, quello di obbligatorietà dell'azione penale sul piano processuale e di sussidiarietà sul piano sostanziale. Solo così sarà possibile anche ipotizzare per la creazione di nuove norme penali, oltre al divieto, di una in sé illegittima decretazione governativa, procedimenti legislativi più complessi di quelli attuali, in considerazione dei beni essenziali, libertà e personalità, che vengono normalmente in questione con il diritto penale, e con ciò evitare il ricorso alluvionale ad una onnivora, quanto simbolica normativa penale. Naturalmente, il 'momento penale' dovrà essere solo un aspetto di un ampio progetto strategico multiagenziale di tipo politico-sociale, solidaristicamente fondato e seriamente orientato alla rimozione di quei fattori di disagio di

ordine socio-economico-culturale, che, di norma, tanta parte hanno nel processo di formazione della devianza criminale.

Certo, in questo momento sembra difficile l'elaborazione di progetti ad ampio respiro – che nel linguaggio comune, non senza le asprezze di toni quasi dispregiativi, appaiono già come utopie – quando la società vive tutta appiattita sul presente, priva di ogni senso del passato e, quel che forse è ancora più grave, del futuro. In tal modo è lo stesso “principio di speranza” – così come appare scolpito nella magistrale, affascinante lezione di Ernst Bloch – che risulta essere negato in premessa; ma ciò reca con sé un'implicazione inquietante, nel senso che, in definitiva, l'azione del legislatore viene ad essere ridotta al perseguimento di un interesse che, nella sua assoluta immediatezza, rischia irrimediabilmente di finire in un mero interesse di parte e, dunque, di basso profilo.

Ora assistiamo ad un inquietante rimescolamento generale di idee-guida e di valori, con una rapida crescita di deboli, superficiali fondamentalismi che non portano lontano.

Appare necessario, invece, sviluppare le implicazioni, forti, di una concezione del sistema penale orientata ai principi costituzionali di rispetto della dignità umana, proporzione, sussidiarietà, legalità-determinatezza, offensività, personalità della responsabilità, privilegiando la prospettiva della riduzione dell'area dell'intervento penale e della impostazione non meramente negativa del problema delle garanzie, attraverso un'elaborazione che affianchi alla limitazione garantistica del potere punitivo la predisposizione di strumenti ordinamentali di maggiore respiro e, dunque, più efficaci.

La realizzazione di una riforma, tanto profonda sul piano del metodo, tanto impegnativa sul piano dei contenuti, richiede un'ampia ‘visione complessiva’ relativa sia all'individuazione dei singoli problemi, sia alle molteplici implicazioni che ogni problema reca con sé. Essa postula, inoltre, una particolare consapevolezza delle esigenze che esprimono i principi normativi fondamentali in considerazione delle specificità che emergono da ogni singolo problema e dall'inserimento della soluzione elaborata all'interno del contesto sistematico. Non più, quindi, interventi scoordinati, casuali, bensì realizzazione, anche scansionata nel tempo, di un ampio, consapevole disegno strategico, che non conosca emergenze, ma soltanto fenomeni di disagio, da affrontare, secondo diverse prospettive, ma tutte riconducibili, armonicamente, alla griglia dei principi/valori, normativizzati nella Legge fondamentale, vicini alle ragioni dell'uomo.

Infatti, l'attuale stato del sistema penale è, a nostro avviso, il risultato di un superficiale ed innappagante, ‘realistico’ pragmatismo di tipo postmoderno, che, rimuovendo il salutare ‘complesso’ garantistico del ‘moderno’, ha finito per collegarsi immediatamente ai parametri repressivi del ‘premoderno’. Questi ultimi, non a caso, alimentarono quel realismo giuridico, strutturalmente autoritario e funzionalmente inefficiente: essi spinsero, però, finalmente a concepire la scienza della legislazione come scienza di coloro che pensano. E tale essa dovrà tornare ad essere.

Legittimità ed effettività devono, dunque, camminare di pari passo, illuminate dall'idea di sussidiarietà che, nello stato sociale di diritto, impone il ricorso al sistema penale solo come *extrema ratio* e nel rispetto di tutte le garanzie stabilite, sforzandosi di affrontare, con generosità, alla radice i problemi che generano disagio sociale. In caso contrario, nella migliore delle ipotesi si reprimerà pure, per qualche tempo, un fenomeno criminale, ma producendo altra illegalità ed altre vittime, servendo, così, poco e male le ragioni della democrazia.

Se dalle soluzioni normative adottate è possibile ricostruire le matrici di politica criminale e, dunque, politiche di quelle soluzioni, allora, al di là di denominazioni o 'etichette' politiche ufficiali, è legittimo affermare che tali soluzioni presentano i tratti inequivocabili dell'autoritarismo.

# Anticorruzione, controlli e trasparenza nella città metropolitana e negli enti locali<sup>1</sup>

LUIGI GIAMPAOLINO\*

## ABSTRACT

*The most effective anti-corruption law rebuilds the public administrations from the ground up.*

Senza voler sminuire i gravissimi e delittuosi episodi di “venale tradimento dei pubblici uffici” – come l’antica dottrina penale<sup>2</sup> definiva la corruzione (e quanta più alta e profonda sensibilità morale ed istituzionale vi era in questa definizione, dal momento che il termine “tradimento” richiama il valore della fiducia), – il termine “corruzione”, nel linguaggio corrente, e nello stesso dibattito politico, ha assunto quasi la portata di una metafora, o, per meglio dire, di sinonimo di “malamministrazione”, a sua volta traduzione del termine inglese *maladministration*, sulla quale proprio un autorevole studioso di diritto amministrativo (S. Cassese)<sup>3</sup>, non a caso rifacendosi a studi di diritto comparato riguardanti in modo particolare l’esperienza americana, sin dal 1992, si era soffermato per le sue peculiari morfologie, indicandone, sin da allora, possibili rimedi.

Certo è che si può parlare, e si parla, ormai, di una “nozione amministrativa” della corruzione, diversa da quella penalistica<sup>4</sup>.

Ed è ad una tale forma di disfunzione delle pubbliche amministrazioni che l’ormai ben noto provvedimento legislativo, la legge n. 190/2012 (cd. legge “Severino”), ha riguardo, per la sua più preponderante, anche se meno eclatante, parte.

Nozione amministrativa della corruzione, dunque, diversa da quella penalistica, e che contiene in sé condotte in parte penalmente irrilevanti, ma, comunque, riprovevoli per la coscienza sociale: lesive, diremmo noi, di valori etici e di principi costituzionali nei quali questi valori possono ritenersi da tempo sussunti e canonizzati (artt. 2, 3, 28, 54, 97 Cost.)<sup>5</sup>.

Ed è a siffatta forma di corruzione che la citata legge n. 190 del 2012, com’è noto, ha inteso, in via preventiva, porre rimedi e creare anticorpi.

Si è trattato di una disciplina innovativa ed organica, quasi una mini riforma delle pubbliche amministrazioni, come, indulgendo all’ottimismo, già, in altre occasioni, si è detto<sup>6</sup>.

Infatti, è stata la prima volta che, nel nostro ordinamento, le gravi disfunzioni che si sono dovute lamentare e, purtroppo, anche tutt’ora, si lamentano nel settore delle Pubbliche Amministra-

\* Presidente emerito della Corte dei Conti.

<sup>1</sup> Trattasi del testo predisposto per le conclusioni del Seminario organizzato dalla Città Metropolitana di Napoli con il Formez, nell’ambito del Progetto “Verso la costituzione delle Città Metropolitane e riorganizzazione delle Province” e tenutosi, a Napoli, il 27 novembre 2015.

<sup>2</sup> Vedi V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. V, Torino, 1921, 2.

<sup>3</sup> S. CASSESE, *Maladministration e rimedi*, in *Foro it.* 1992, V, 244.

<sup>4</sup> M. CLARICH – B. G. MATTARELLA, in *AA.VV.*, *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, 61.

<sup>5</sup> Sia consentito il rinvio a L. GIAMPAOLINO, *Valori etici e strumentazioni giuridiche*, in *Giust. amm.*, n.5, 2014

<sup>6</sup> Inaugurazione dell’anno giudiziario 2013 della Corte dei Conti, in *Riv. Corte dei Conti*, 2013, vol. 1 – 2, 1.

zioni – sino a quelle estreme della corruzione e degli altri reati contro la Pubblica Amministrazione – è stata affrontata con misure di carattere preventivo e di natura amministrativa.

Non così avvenne nella ormai lontana riforma dei reati contro la P.A. della fine degli anni '80, di cui, poi, alla legge 26 aprile 1990, n.86: si lamentò, in quell'occasione, un mancato approccio, sotto l'aspetto amministrativo, alla problematica che si voleva affrontare.

Si rilevò, già allora, una sostanziale assenza del mondo amministrativo nei lavori per la riforma dei reati contro la P.A., ed, in particolare, il mancato ricorso, ai fini di una loro più moderna ed efficace valenza di contrasto agli avvenimenti, ai principi che, già costituzionalmente previsti, tanti nuovi significati assumevano, proprio in quel periodo, ad opera di un'allora giovane dottrina, propria penalistica, nell'organizzazione e nelle attività amministrative.

Il principio di legalità, di cui si avvertiva la necessità che fosse corroborato dai principi dell'efficienza e dell'effettività e che, però, proprio in quegli anni registrava il suo, primo, diffuso, rilevante, appannarsi; il principio del “buon andamento”, cui veniva attribuita portata ed efficacia giuridica, al di là della scienza o della tecnica dell'amministrazione; il principio dell'imparzialità, nutrito, da una perspicua dottrina (Allegretti), anche di contenuto sociale<sup>7</sup>.

Al contrario, la riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione, in quell'epoca, si limitò ad un aggiustamento di figure già note (il c.d. delitto di malversazione a carico dello Stato; la estensione della punibilità anche agli incaricati di pubblici servizi; l'allora nuova disciplina della concussione, ecc.).

Diverso fu, invece, l'approccio allorché si dovette affrontare una delle prime stagioni di gravi scandali, riguardanti la materia degli appalti pubblici e che fu catalogata sotto il nome di “Tangentopoli” e di cui, purtroppo, ora, dobbiamo parlare non tanto come di un lontano, ed isolato precedente, ma, soltanto, come di una prima manifestazione di un male che ora si teme possa essere endemico, se non sistemico<sup>8</sup>, come pure è stato detto.

Quella volta, siamo nel 1994, si scelse (L. 11 febbraio 1994, n.109) di individuare il rimedio, più che nell'incremento dell'esercizio dell'azione penale, in una riforma organizzativa e funzionale del settore con l'obiettivo di ridare vigore e dignità, in quell'ambito, all'Amministrazione, ricostituendo le istanze e le misure che l'avrebbero resa capace di trovare al suo interno rimedi e sanzioni alle sue disfunzioni.

Si volle, cioè, realizzare «una riabilitazione della struttura amministrativa preposta all'esecuzione dei lavori pubblici», seguendo, peraltro, le indicazioni che da tempo erano state formulate in varie sedi ed, allo scopo, si ritenne opportuno valorizzare, «a mezzo di apposita Autorità, la funzione di imparzialità della pubblica amministrazione insieme alle attività di vigilanza, di ispezione, e di verifica».

Fu questa un'applicazione della teoria della P.A. come “ordinamento in sé concluso”: il proliferare, nella pratica giudiziaria, dei delitti contro la P.A. era ritenuta anche la conseguenza del venir meno della pubblica amministrazione come di un ordinamento che aveva, anzitutto, in se stesso gli

---

<sup>7</sup> U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, Milano, 1965, *passim*.

<sup>8</sup> Inaugurazione dell'anno giudiziario 2013 della Corte dei Conti, in Riv. Corte dei Conti, 2013, vol. 1 – 2, 1.

accorgimenti ed i rimedi per prevenire devianze ed ovviare a disfunzioni<sup>9</sup>.

Si configurò, così, rifacendosi ad esperienze già conosciute nel nostro ordinamento (si pensi al settore del credito), un ordinamento sezionale per gli appalti pubblici.

Ma, ahimè, quanta triste utopia, l'odierno, critico, interprete – per di più con il senno di poi – potrebbe rinvenire in un tale disegno.

L'utopia, però, com'è noto, in sé non è mai triste: essa persegue ideali ed è per questo valida e vive, per così dire, di vita propria. E' necessario averla sempre avanti a sé, cercare di conformare sempre più, con tentativi, seppure ripetuti, la contraria realtà, specie se per più versi non si ritiene questa accettabile. E ciò affinché gli ideali siano, invece, raggiunti e realizzati.

Intanto, il nostro ordinamento conosceva un'altra esperienza, quella del D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 che introdusse nella legislazione italiana la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche, molto modellata, però, per l'aspetto comminatorio delle sanzioni, sul paradigma della fattispecie penale.

Com'è noto, per ricordare l'origine storica di questa legge, è necessario tornare alla seconda metà degli anni '70, quando scoppiò lo scandalo delle tangenti Lockheed e, a seguito di quello scandalo, fu introdotto, negli Stati Uniti, il *Foreign Corrupt Practices Act*.

Gli Stati Uniti si impegnarono in una battaglia internazionale che sfociò nella Convenzione Ocse del 1997 nella quale, in primo luogo, si definì illegale la corruzione internazionale, e, in secondo luogo, si stabilì che gli Stati membri dell'Ocse avrebbero dovuto prevedere la responsabilità penale di quelle aziende che avessero commesso atti corruttivi: da qui la nascita del D.lgs. 231/01.

Al di là degli aspetti tecnici, la svolta consisté nell'innovazione che lo Stato chiedeva, esso, alle imprese stesse di fare attività di polizia interna e di dotarsi di strumenti di verifica, di prevenzione e disciplinari.

E' per questo che, negli ultimi tempi, per i fenomeni corruttivi nel settore pubblico si è invocata una "231", come è stato anche qui metaforicamente detto, per la Pubblica Amministrazione.

Ed invero, la già citata l. 190 del 2012 – con le sue figure organizzatorie (il "Responsabile della prevenzione della corruzione"), i suoi piani, le sue responsabilità e le sue sanzioni – non poco richiama l'intelaiatura della legge n. 231 dell'8 giugno 2001.

Ma, a questo punto, va ricordato che, per la lotta alla corruzione, specie a seguito del ripetersi e di una recrudescenza di gravi scandali, è stata invocata una disciplina diversa, configurante quasi un ordinamento penale speciale, un ordinamento simile a quello previsto per la lotta alla mafia: ordinamento penale speciale che, com'è noto, è contenuto in apposito codice, la legge 13 agosto 2010, n. 136.

Infatti, quasi contemporaneamente, questa evenienza, veniva profilandosi e sostenuta sia nel dibattito mediatico e politico, sia nelle sedi istituzionali preparatorie ed immediatamente pre-deliberative (si veda, all'uopo, la prima di queste normative, il D.L. 24 giugno 2014, n. 90, conv., poi, con modifiche, nella l. 11 agosto 2014, n. 114).

L'evenienza, cioè, che, a seguito del ripetersi di questi gravi scandali, altra soluzione non vi fosse che quella di estendere, al settore della pubblica amministrazione, gli istituti contemplati

---

<sup>9</sup> G. BERTI, *Strutture politico-giuridiche dell'amministrazione e responsabilità dei funzionari*, in *Giust. e Cost.* 1984, 39 ss.

nell'ordinamento antimafia (la L. 13 agosto 2010, n. 136), un ordinamento penale speciale, come si è detto.

E di fronte ad una tale evenienza, l'uomo delle Istituzioni e l'addetto ai lavori del settore amministrativo, non poteva non rimanere perplesso e preoccupato. Egli si augurava, a dire il vero, che, ad una tale evenienza, oppure soltanto ad una parte di essa, il nostro ordinamento non dovesse mai giungere. Ne sarebbero rimasti – egli temeva – minati ed alterati, nell'intimo, nella loro stessa essenza, non solo il modo di essere e la vocazione della pubblica amministrazione, da un lato, e delle imprese, dall'altro, ma l'ordinamento stesso: non più complesso di regole – il meno numeroso possibile complesso di regole – volte a favorire il comune vivere civile, e, per gli aspetti economici, l'economia, e, quindi, il mercato –, ma un insieme di misure repressive fortemente incidenti su diritti fondamentali e, nella specie, in particolare, sull'art. 41 Cost., mentre, un'offuscante ombra di azione prevalentemente criminologica di pernicioso intimidazione sulla parte sana dell'amministrazione, si sarebbe distesa sugli stessi principi e valori di cui all'art. 97 Cost.

Ma, tant'è; l'evenienza, per buona parte, si è verificata ed attuata, pur con ammirevole – dato il contesto – misura ed all'interprete non resta che prenderne atto.

Orbene, con questo Seminario, ci si riporta ad un disegno che, in rinnovate, più solide, e più articolate linee, ripropone il modello di una Pubblica Amministrazione che ritrovi in se stessa i suoi rimedi. E questo, per di più, per un settore del nostro ordinamento, le Città Metropolitane e gli Enti Locali, così peculiare e, per così dire, di frontiera, del quale, inoltre, considera una delle più recenti e discusse innovazioni, la Città Metropolitana.

In verità, con riguardo alla valenza della legge dell'anticorruzione nei confronti degli enti locali, pur in presenza delle norme contenute nella l. 190, sono state espresse perplessità in ordine a quello che è stato chiamato “il titolo competenziale”<sup>10</sup> della potestà legislativa statale, nella materia, nei confronti delle Regioni e degli enti locali, non apparendo sufficiente l'esplicito richiamo, contenuto nella legge, al principio costituzionale della imparzialità, che è, appunto, un principio e non una materia.

In ogni caso, in merito ad un tale problema, si è anche osservato che, con riguardo agli enti locali, una strategia complessiva contro la corruzione, attesa la necessità del loro coinvolgimento, avrebbe richiesto la configurazione di un sistema al contempo unitario, generale, partecipato e condiviso: sarebbe stato necessario, cioè, l'intervento coordinato di più soggetti.

Comunque, in quest'ottica di rivitalizzazione degli apparati amministrativi e nello stesso richiamo dello svolgimento delle funzioni dell'ANAC, non si può non ricordare che i controlli, ed, in particolare, i controlli sugli enti locali, che si estendono alle Città Metropolitane di recente istituzione, hanno subito un'evoluzione nel tempo che, da un lato, ha accompagnato il processo di espansione delle autonomie che è seguito alla riforma costituzionale del 2001, e, dall'altro, hanno risentito degli sviluppi legati alla introduzione della moneta unica ed alla crisi economica, iniziata sin dagli anni 2007-2008.

La maggiore autonomia ha implicato assunzione di responsabilità e la necessità di sottoporre l'operato a momenti di verifica che non fossero affidati esclusivamente al corpo elettorale.

---

<sup>10</sup> V. ANTONELLI, *L'applicazione della legge anticorruzione alle autonomie territoriali*, in AA. VV., *La legge anticorruzione*, cit., 261 e ss.

Da qui la necessità che un organo tecnico e imparziale, nel nostro ordinamento, una Magistratura, potesse valutare, secondo una vasta serie di parametri che vanno dalla legalità dell'azione all'efficacia dei risultati, l'operato delle amministrazioni.

Il processo di integrazione europea – e poi la crisi economica – hanno, d'altro canto, richiesto, sempre più, il rispetto di *standards* di convergenza che sono diventati progressivamente più stringenti, sino alle ultime indicazioni per il conseguimento del pareggio di bilancio.

Si tratta di obblighi al cui rispetto è chiamato lo Stato, ma che non possono non incidere anche sulle autonomie territoriali, che costituiscono una componente rilevante del conto consolidato delle pubbliche amministrazioni. Tali processi fanno emergere direttrici non sempre congruenti, perché, da un lato, lo sviluppo autonomistico prevede controlli rispettosi dei margini di autodeterminazione assegnati ai decisori che rappresentano le comunità locali e, dall'altro, il rispetto di precisi *standards* richiede il conseguimento di risultati quantitativi, realizzabili attraverso la trasposizione dei vincoli imposti allo Stato nei confronti delle autonomie.

Anche lo sviluppo del sistema dei controlli ha risentito di questi fattori e le norme più recenti appaiono ispirate ad un evidente rafforzamento dei controlli sulla gestione finanziaria finalizzati alla verifica degli equilibri anche attraverso modalità che possono incidere sul processo di formazione delle scelte programmatiche e, quindi, della più concreta azione politica ed amministrativa.

In particolare, emerge un rafforzamento dei controlli interni che operano in stretta sinergia con le Sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti e il maggiore coinvolgimento, oltre che del collegio dei revisori, soprattutto del responsabile per i servizi finanziari e degli altri responsabili dei servizi vale a dire, delle strutture amministrative alle quali è necessaria, pertanto, riservare un'attenzione primaria.

Anzi, è questa un'avvertenza sulla quale non sarà mai sufficiente richiamare l'attenzione: la prima, più efficace, legge anticorruzione è quella che ricostruisce sempre più le pubbliche amministrazioni. Una riforma che ricostruisca dalle fondamenta le pubbliche amministrazioni: vale a dire sui pilastri della più rigorosa provvista del personale; della sempre più scrutinata e verificata professionalità; della sempre più stretta osservanza delle regole nell'azione amministrativa.

Molti controlli, inoltre, sono svolti in corso di procedimento e possono avere effetti diretti sulle attività amministrative dell'ente e sulle scelte responsabili del decidente politico. Tra questi controlli, molto rilevante è quello del momento finanziario, la cui verifica è entrata, in tal modo, nel procedimento. Quest'ultimo, com'è noto, è la forma dell'attività amministrativa che, a sua volta, consiste nella ponderazione, nella scelta e nell'attuazione degli interessi pubblici da perseguire, rispetto ai quali, pertanto, il momento finanziario, ed, in primis, la valutazione della copertura della spesa, per dirla con termine corrente, assume valenza propria e da contemperare insieme agli altri interessi e valori. Con non poche, anzi, talvolta, notevoli, difficoltà per il decidente.

Un altro sviluppo in atto, di assoluto rilievo, e con il quale occorrerà confrontarsi, è l'attuazione della riforma contabile avviata con il d.lgs n. 118 del 2011.

Questa riforma impone agli enti non solo impegni sotto il profilo organizzativo, ma anche nella programmazione di bilancio, in quanto i nuovi principi di imputazione, in molti casi, nel rendere maggiormente rappresentativi i dati di bilancio, possono fare emergere situazioni di disavanzo in precedenza non adeguatamente evidenziate.

Come vedesi, un non semplice impegno, una vera sfida, si presenta agli apparati amministrativi, e, specie tramite essi, alla classe politica degli enti locali.

Gli apparati amministrativi devono misurarsi con materie e strumentazioni nuove non prettamente, né strettamente o meramente giuridiche, ma attinenti, invece, alla vita stessa degli enti locali: vale a dire, al sistema di misurazione della performance; al controllo strategico; all'approfondita trattazione del controllo di gestione ed ai suoi nuovi strumenti.

Trattasi di una materia alla quale il giurista, specie se di antica formazione, presta sovente poca attenzione: la ritiene più propria delle scienze aziendalistiche, avulsa, com'è, dalle regole e dai rigori del formalismo giuridico.

Ed, invece, trattasi di materia, di istituti, che attengono alle pulsioni più intime, alla realtà più propria, all'effettiva vita e alla complessa realtà degli Enti. In conclusione, sembra che ora si voglia finalmente superare queste limitazioni.

Sembra, anzi, che si sia all'inizio di un nuovo modo dell'essere dell'ente locale, ed è di molto buono auspicio che esso avvenga dal nuovo ente, dalla Città Metropolitana, e, nel caso di specie, dalla Città Metropolitana di Napoli.

E con riguardo a questa Città, mi sia consentito di chiudere con un pensiero che sorge dal cuore più che sgorgare dalla mente.

Il pensiero è che, da questo nuovo approccio amministrativo, Napoli e quella che una volta era la sua provincia, trovino nuova linfa e nuovo slancio. Molte delle considerazioni e dei valori che innanzi si sono richiamati si ritrovano nella cultura e nella tradizione non solo giuridica, economica, tecnica di questa città e di questa terra, ma nello stesso humus di civiltà di questa Città e di questa terra.

Anche in altra sede si è potuto far ricorso ad essi perché supportati, pur con tanti personali limiti, da questo *humus* e dalla tradizione che lo ha coltivato.

Non occorre, pertanto, rivolgersi altrove per ritrovare valori, spinte ideali, strumentazioni adeguate: basta guardarsi dentro e ritrovare in noi stessi il mondo che ci fu trasmesso.

## Il punto sull'attuazione della "Roadmap" UE sui diritti processuali

LORENZO SALAZAR

### ABSTRACT

*In 2009, on the eve of the entry into force of the Lisbon Treaty, a Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings was adopted by the EU Ministers of Justice. 6 years later it's time for an assessment of its implementation: 3 directives already adopted (translation and interpretation, right to be informed and access to a lawyer) and 3 more under way (procedural rights of the children, presumption of innocence and legal aid) plus one "green book" on pre-trial detention. What's next? Far from being deprived of interest in reason of the recent emergencies, a new "Roadmap", aimed to further increasing procedural rights in the EU, seems the only way to embed the new legislative instruments needed against terrorism and smuggling of migrants into a robust legal framework fully respectful of fundamental rights.*

Il 30 novembre 2009, esattamente alla vigilia dell'entrata in vigore del nuovo Trattato di Lisbona, il Consiglio dei Ministri della Giustizia e degli Affari Interni (GAI), riunito a Bruxelles per adottare una serie di strumenti collegati al passaggio epocale dal vecchio al nuovo quadro giuridico dell'Unione, venne anche ad adottare una "Tabella di marcia" (*Roadmap*)<sup>1</sup> per il rafforzamento dei diritti processuali degli indagati ed imputati nei procedimenti penali.

La *Roadmap* costituì indubbiamente per l'Unione europea il primo fondamentale passo compiuto sul terreno delle garanzie difensive degli individui nel settore della cooperazione giudiziaria penale e di polizia. Sin dal momento fondatore dell'Unione ad opera del Trattato di Maastricht nel 1992, tale settore aveva infatti conosciuto, praticamente senza eccezioni, un'espansione essenzialmente legata al rafforzamento della cooperazione, dei poteri e dell'arsenale giuridico-repressivo posti a disposizione delle autorità giudiziarie e di *law enforcement* degli Stati membri, nonché alla creazione dei primi embrioni di una giustizia penale sovranazionale, dapprima attraverso la creazione dell'Ufficio europeo di polizia ("Europol") e quindi (e soprattutto) di una "unità" in materia di cooperazione giudiziaria penale ("Eurojust"), senza che invece si assistesse ad una parallela espansione degli strumenti diretti ad accrescere la tutela dei diritti dei soggetti sottoposti ad indagini o procedimenti penali.

Il documento politico adottato dal Consiglio GAI elencava una serie di "misure" considerate fondamentali per il rafforzamento delle garanzie difensive attraverso il ravvicinamento delle procedure penali degli Stati membri, invitando la Commissione a presentare appropriate proposte, legisla-

<sup>1</sup> Sulla "Roadmap" v. G. Taffini, *Europa, la protezione dei diritti processuali nei procedimenti penali*, in *Questione Giustizia*, 9.12.2013, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

tive o di altra natura, ed impegnando nel contempo lo stesso Consiglio ad esaminarle “in via prioritaria”.

Le sei misure contemplate dalla tabella di marcia del 2009 erano le seguenti:

A) Traduzione e interpretazione, essenzialmente legata alla esigenza che l'indagato o l'imputato debba poter capire quanto accade nel corso di un procedimento penale e potersi esprimere liberamente e farsi intendere nel quadro dello stesso.

B) Informazione sui diritti e sull'accusa, diretta a rendere la persona indagata o imputata per un reato edotta in merito ai propri diritti fondamentali e all'accusa formulata, attraverso una comunicazione orale o, in caso, scritta, ad esempio mediante una "letter of rights/lettera dei diritti".

C) Consulenza legale e assistenza legale gratuita, rivolta a garantire il diritto dell'indagato o imputato di avvalersi di una consulenza legale (attraverso un avvocato) sin dalla fase più precoce del procedimento penale, diritto comprensivo dell'assistenza legale gratuita.

D) Comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari, diretta ad assicurare all'indagato od all'imputato sottoposto a privazione della libertà la sollecita informazione circa il suo diritto di informare del proprio arresto altre persone o le proprie autorità diplomatiche quando non si sia cittadini dello Stato di arresto.

E) Garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili, rivolgente una particolare attenzione agli indagati o imputati che non sono in grado di capire o di seguire il contenuto o il significato del procedimento per ragioni ad esempio di età o di condizioni fisiche o mentali.

F) Libro verde sulla detenzione preventiva, misura il cui inserimento venne fortemente sostenuto da parte italiana ma altrettanto fortemente osteggiato da altri Stati membri ed in relazione alla quale la Commissione, a titolo di compromesso, venne infine semplicemente “invitata a prendere in considerazione” l'adozione di un “libro verde”, diretto ad affrontare il tema degli assai disparati periodi di tempo che una persona può trascorrere in stato di detenzione, prima di essere sottoposta a giudizio e durante il procedimento giudiziario.

La Tabella di marcia venne subito richiamata ed in qualche modo fatta propria anche all'interno del Programma di lavoro varato dal Consiglio europeo nel settore della Giustizia e degli Affari interni per gli anni 2009/2014 (il c.d. "Programma di Stoccolma")<sup>2</sup>. In tale occasione il Consiglio europeo, nel sottolineare il carattere “non esaustivo” della tabella di marcia, venne anche ad invitare la Commissione ad esaminare ulteriori elementi dei diritti procedurali minimi di indagati ed imputati ed a valutare se fosse necessario affrontare altre questioni quali, ad esempio la presunzione di innocenza, per promuovere una migliore cooperazione nel settore GAI.

Nel giugno 2014, approssimandosi alla sua scadenza naturale anche il “Programma di Stoccolma”, il Consiglio europeo ha finalmente adottato dei nuovi (ed assai più succinti) “orientamenti strategici” (ai sensi dell'art. 68 del TFUE), all'interno dei quali l'unico riferimento alla materia che ci occupa consiste nella richiesta di azioni per «continuare ad adoperarsi per rafforzare i diritti degli indagati e degli imputati nei procedimenti penali ... [e] rafforzare la protezione delle vittime».

Alcune delle misure raccomandate all'interno della *Roadmap* del 2009 hanno già da tempo trovato concreta attuazione in atti legislativi vincolanti dell'Unione.

---

<sup>2</sup> GUUE C 115 del 4 maggio 2010, 1.

Devono a tale riguardo ricordarsi, in particolare:

- la direttiva 2010/64/UE del 20 Ottobre 2010 sul diritto ad un interprete e alla traduzione nei procedimenti penali<sup>3</sup>, che ha dato attuazione alla misura A);
- la direttiva 2012/13/UE del 22 Maggio 2012 sul diritto di informazione nei procedimenti penali<sup>4</sup>, che ha dato attuazione alla misura B)
- la direttiva 2013/48/UE del 22 Ottobre 2013 sul diritto di accesso ad un avvocato nei procedimenti penali e nei procedimenti in cui vi è esecuzione di un mandato di arresto europeo<sup>5</sup>, che ha dato attuazione alle misure C) e D), per la prima però in maniera solo parziale, non avendo coperto gli aspetti legati al gratuito patrocinio, in relazione al quale la direttiva si limita a rinviare al diritto nazionale in materia di patrocinio a spese dello Stato, «che si applica in conformità della Carta e della CEDU».

All'ultima delle misure illustrate, relativa alla detenzione preventiva, la Commissione diede poi rapidamente attuazione attraverso la pubblicazione, come richiesto, di un "Libro verde" dal titolo «Rafforzare la fiducia reciproca nello spazio giudiziario europeo - Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione»<sup>6</sup>, con il quale si diede vita anche ad una consultazione pubblica che è tuttavia successivamente rimasta priva di ulteriori e diretti sviluppi.

Il 27 novembre 2013 il "canto del cigno" in materia di Giustizia penale della Commissione "Barroso 2", oramai prossima alla scadenza del suo mandato, avvenne attraverso la presentazione di un nuovo "pacchetto" di iniziative legislative, teso al rafforzamento delle garanzie procedurali e ad offrire compiuta attuazione alla *Roadmap* del 2009 ed al Programma di Stoccolma.

Il "pacchetto" si componeva di 3 nuove proposte di direttiva tutte fondate, alla pari di quelle che le avevano precedute, sull'art. 82.2 TFUE il quale prevede che, laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria e tenendo conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, (tra l'altro) in materia di "diritti della persona nella procedura penale".

La prima proposta di direttiva riguarda le garanzie procedurali per i minori indagati od imputati in un procedimento penale<sup>7</sup> (c.d. direttiva "Children"). Alla proposta si accompagnava anche una parallela raccomandazione sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in un procedimento penale<sup>8</sup>. Come è evidente, con ciò si aveva di mira l'attuazione della misura E), anche se la stessa non appariva prevedere una così netta separazione tra la situazione dei minori e quella degli altri soggetti considerati vulnerabili.

---

<sup>3</sup> GUUE L 280 del 26 ottobre 2010, 1.

<sup>4</sup> GUUE L 142 del 1 giugno 2012, 1.

<sup>5</sup> GUUE L 294 del 6 novembre 2013, 1.

<sup>6</sup> COM (2011) 327 final del 14 giugno 2011.

<sup>7</sup> COM (2013) 822 final. Sulla proposta di direttiva si veda M. Cagossi, *Prosegue inarrestabile il percorso verso il rafforzamento dei diritti processuali dei cittadini dell'Unione Europea: Brevi note sul recente pacchetto di proposte presentato dalla Commissione Europea il 27 novembre 2013*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21 dicembre 2013; AA. VV., *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori*, Torino, 2014.

<sup>8</sup> C(2013) 8178 final del 27 novembre 2013.

La seconda proposta di direttiva inerisce invece al rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali (c.d. direttiva sulla "presunzione d'innocenza")<sup>9</sup>. Pur non trovandosi espressamente menzionata tra le misure della *Roadmap*, un intervento in materia era stato richiesto direttamente dal Consiglio europeo all'interno del Programma di Stoccolma e ad esso la Commissione ha risposto presentando un testo che contempla, sotto tale generica espressione, previsioni e diritti tra loro anche assai eterogenei, come il diritto a non essere indicati come colpevoli prima della condanna definitiva, il diritto al silenzio e a non autoincriminarsi od ancora quello a presenziare al proprio processo e la disciplina dell'onere della prova.

La terza proposta, infine, ha ad oggetto l'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale ed il gratuito patrocinio nell'ambito dei procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo (c.d. direttiva sul "gratuito patrocinio")<sup>10</sup>.

Tutte e tre le proposte legislative, dopo aver compiuto il primo *iter* di discussione in seno alle istanze preparatorie del Consiglio dei Ministri UE e del Parlamento europeo, si trovano attualmente in fase di avanzato negoziato tra le due Istituzioni insieme alla Commissione europea (la c.d. fase di "Trilogo"). Il destino delle tre proposte non è stato tuttavia omogeneo e l'attuale loro diverso stato di avanzamento riflette (divenendone al tempo stesso testimone) i principali nodi che hanno accompagnato il negoziato relativo a ciascuno di esse.

La proposta di direttiva sui diritti dei minori, che mutua ispirazione anche dalle "linee guida" adottate dal Consiglio d'Europa in materia<sup>11</sup>, prevede regole minime con riferimento ai diritti dell'indagato o imputato in un procedimento penale che sia minore d'età, ovvero ad un minore che sia soggetto ad una procedura di consegna in seguito ad un mandato di arresto europeo.

Come già ricordato, ad essa si accompagnava anche una raccomandazione, non dotata di efficacia immediatamente vincolante, diretta ad estendere alcune delle garanzie contenute nella proposta anche alle altre persone considerate "vulnerabili", indicando inoltre che gli Stati membri dovrebbero prevedere una presunzione di vulnerabilità, in particolare nei confronti delle persone affette da gravi menomazioni psicologiche, intellettuali, fisiche o sensoriali, malattie mentali o disturbi cognitivi che impediscono loro di capire e partecipare efficacemente al procedimento penale.

La proposta fu la prima ad essere oggetto di esame da parte del Consiglio sin dalle settimane immediatamente successive alla sua presentazione; già nel corso del semestre di Presidenza ellenica, fu dunque possibile raggiungere, in occasione della riunione dei Ministri GAI del giugno 2014, un "approccio generale" del Consiglio su di essa.

I lavori condotti a ritmo assai accelerato nel corso della Presidenza greca – che aveva fatto del raggiungimento di un'intesa tra i Ministri su questa direttiva uno dei propri principali obiettivi – avevano però condotto a modifiche non marginali rispetto alla proposta originaria della Commissione, modifiche che, nel ridurre sensibilmente l'ambizione iniziale del testo ed "ammorbidendo"

---

<sup>9</sup> COM(2013) 831 final

<sup>10</sup> COM(2013) 824 final

<sup>11</sup> "Linee guida per una giustizia a misura di minore", adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010.

sostanzialmente gli obblighi discendenti dalla direttiva, hanno gettato le basi per un successivo lungo braccio di ferro con il Parlamento europeo, che si è protratto sino a questi giorni.

In particolare sono state le sensibili modifiche apportate dal Consiglio al testo originale dell'art. 6 della proposta, relativo al diritto del minore a vedersi riconosciuta l'assistenza di un difensore, ad aver provocato una forte reazione da parte della competente Commissione parlamentare (la Commissione LIBE) che ha provocato un protratto braccio di ferro tra le due Istituzioni. La citata disposizione sanciva il diritto "irrinunciabile" del minore ad avvalersi di un difensore, in ciò distinguendosi da quanto stabilito dalla direttiva 2013/48/UE, la quale riconosce invece, a determinate condizioni, la facoltà di rinuncia. Sulla base delle informazioni disponibili, la linea di compromesso trovata con il Parlamento europeo sembra ora collocarsi intorno ad un generale rinvio alla disciplina di cui alla direttiva 2013/48/UE, con limitate possibilità di deroga al principio dell'assistenza obbligatoria per i casi di minore complessità o di particolare urgenza e con esclusione comunque di tutte le decisioni ove venga in gioco lo stato di detenzione del minore o nel corso dell'esecuzione della stessa. Tuttavia, in circostanze "eccezionali", e limitatamente alla sola fase preliminare al processo, gli Stati potrebbero comunque continuare a derogare a tali diritti quando occorra evitare serie conseguenze per la vita, libertà o integrità fisica di una persona e quando è assolutamente necessario che le autorità investigative compiano atti per evitare che l'interesse del procedimento penale venga pregiudicato, in relazione a reati gravi.

Il lungo braccio di ferro tra Consiglio e Parlamento è finalmente giunto a conclusione solo in chiusura della Presidenza lussemburghese che, il 16 dicembre 2015, ha potuto sancire in Coreper un accordo (a maggioranza) su di un testo di compromesso che prevede ora una clausola finale di salvaguardia che impedirebbe comunque l'imposizione di sanzioni detentive nei confronti di minori ove questi non siano stati assistiti da un difensore che abbia assicurato un effettivo esercizio del diritto di difesa quantomeno nel corso del giudizio svoltosi dinanzi un tribunale. Il testo potrà ora venire definitivamente adottato una volta terminata la ripulitura e revisione linguistica che aprirà la strada alla finale approvazione da parte del Parlamento e del Consiglio.

I lavori sulle due altre proposte di direttiva vennero invece avviati in contemporanea e condotti in parallelo, subito all'inizio della Presidenza italiana nel secondo semestre 2014, quale ulteriore segnale della rilevante priorità dalla stessa assegnata al tema dei diritti procedurali.

Eppure sensibilmente diverso è stato l'esito delle discussioni relative alle due proposte dinanzi al Consiglio.

Per la proposta di direttiva relativa alla presunzione di innocenza i lavori sotto Presidenza italiana progredirono speditamente e consentirono di raggiungere un approccio generale già in occasione del Consiglio dei Ministri GAI conclusivo del semestre (4-5 dicembre 2014).

In questo caso le modifiche apportate dal Consiglio all'originale proposta della Commissione erano state relativamente limitate e, all'esito della successiva fase di "trilogo", il 4 novembre 2015, il Comitato dei Rappresentanti Permanenti (Coreper) ha già potuto approvare il testo di compromesso con il Parlamento europeo sulla proposta di direttiva sulla presunzione di innocenza.

Dopo la consueta "pulitura" ad opera dei "giuristi-linguisti", il testo attende ora di essere nuovamente sottoposto al Parlamento ed al Consiglio per la definitiva approvazione formale e potrebbe vedere la luce già nel corso dei primi mesi del 2016.

A difficoltà ben maggiori è andata (forse prevedibilmente) incontro la direttiva sul gratuito patrocinio, in relazione alla quale è stato possibile raggiungere un approccio comune in seno al Consiglio solo nel corso della Presidenza lettone in occasione del Consiglio GAI del 13 marzo 2015. Pur trattandosi di norme minime non miranti ad alcuna armonizzazione di carattere generale del regime del gratuito patrocinio nell'Unione, ma con oggetto ben limitato ai soli casi di imputati privati della libertà personale od oggetto di procedimenti di esecuzione di un mandato d'arresto europeo, le sensibili diversità tuttora esistenti tra i regimi nazionali di gratuito patrocinio ed i costi non irrilevanti che sarebbero comunque indotti, almeno in alcuni Stati, dall'attuazione della direttiva una volta adottata, hanno creato notevoli ostacoli alla sollecita conclusione dei lavori sulla stessa.

A riprova della difficoltà del negoziato, in occasione del Consiglio GAI del 13 marzo 2015, nel quale venne raggiunto l'approccio comune sul testo, le delegazioni di Italia, Belgio, Bulgaria, Francia, Portogallo, Spagna e Lituania hanno depositato una dichiarazione al processo verbale del Consiglio<sup>12</sup> nella quale, pur dichiarando di non volersi opporre al raggiungimento di un accordo al fine di consentire l'avvio dei negoziati con Parlamento e Commissione, hanno tuttavia manifestato la propria insoddisfazione per il compromesso raggiunto non ritenendolo all'altezza delle più elevate aspettative da esse nutrite in materia.

Il negoziato interistituzionale sulla proposta di direttiva risulta tuttora in corso e non si annunzia di prossima conclusione dal momento che la Presidenza lussemburghese della seconda metà del 2014 non sembra avere accordato allo stesso il medesimo grado di priorità assegnato ad altri *dossiers*, sospendendo sostanzialmente i lavori ad esso relativi.

Con la oramai prossima adozione delle due proposte di direttiva sulla presunzione di innocenza e sui diritti procedurali dei minori e la auspicabilmente non troppo lontana conclusione dei lavori in materia di gratuito patrocinio si avvia, pur faticosamente, a conclusione anche la seconda fase di attuazione della *Roadmap* del 2009 e delle indicazioni promananti dal coevo Programma di Stoccolma. E ciò anche se alcune delle direttive già adottate od ancora in via di adozione possono apparire non completamente soddisfacenti od avere solo in parte offerto attuazione alle indicazioni delle originarie misure (tale ad esempio, come si è visto, il caso di un regime "europeo" del gratuito patrocinio essenzialmente limitato solo alle persone in stato di detenzione o sottoposte a mandato di arresto, o quello di un diritto del minore all'assistenza di un avvocato che rischia di essere doppiamente derogabile, tanto nei casi troppo poco gravi come pure in quelli troppo gravi).

Si pone ora la più che ovvia necessità che gli strumenti adottati vengano attuati tempestivamente ed in maniera completa da parte degli Stati membri destinatari delle loro prescrizioni (avendo sempre a mente che, in forza dell'attuale regime derogatorio introdotto dai protocolli n. 21 e 22 al TFUE, Regno Unito ed Irlanda hanno sino ad oggi esercitato la propria facoltà di partecipazione "à la carte" solamente in relazione alle direttive su interpretariato e traduzione e sul diritto all'informazione, mentre la Danimarca è sottratta ad ogni obbligo in materia); su tale implementazione verrà ovviamente a vegliare, come le compete, la Commissione europea.

Per quanto riguarda i possibili ulteriori sviluppi in materia di espansione dei diritti processuali, ben difficilmente, come si è visto in apertura, potrebbero ricercarsi indicazioni pregnanti nelle

---

<sup>12</sup> Doc. DS 1162/15 dell' 11 marzo 2015.

scarne righe a tale tema dedicate all'interno dei nuovi "orientamenti strategici" contenuti nelle conclusioni del Consiglio europeo del giugno 2014, le quali si limitano a fare esplicita menzione del solo tema delle vittime. Ove poi si passi a scorrere il documento<sup>13</sup> recante il Programma di lavoro della Commissione per il 2016, il panorama si farebbe allora ancor più cupo, per l'assoluta assenza di iniziative previste in tale campo (così come praticamente in qualsivoglia altro settore attinente la Giustizia penale). A coronamento di tale quadro sconsolante, anche il nuovo documento programmatico appena varato dal nuovo "Trio" di Presidenze entranti (Olanda, Repubblica Slovacca e Malta) rimane assolutamente generico sul punto, limitandosi ad operare riferimento ancora alla *Roadmap* del 2009 ed "in particolare" alle proposte in materia di minori e gratuito patrocinio<sup>14</sup> (*sic!*).

Eppure, anche senza particolari eccessi di fantasia, non mancherebbero i temi verso i quali poter orientare eventuali futuri lavori. Solo per restare nel novero degli esempi, se il tema della detenzione preventiva è stato sino ad oggi affrontato solo in via del tutto preliminare, attraverso la semplice pubblicazione di un "libro verde" dei cui seguiti non si rinvergono notizie, anche il tema del diritto ad un appello, diritto di certo garantito in maniera assai disparata attraverso gli Stati dell'Unione, potrebbe forse anch'esso costituire oggetto di una approfondita riflessione.

Ma il vero problema è che ben diversi appaiono essere i temi prioritari ai quali le Istituzioni dell'Unione, in particolare Consiglio e Commissione, rivolgono oggi le proprie non sovrabbondanti energie, già peraltro notevolmente distratte dai temi economici; e tali temi, come troppo spesso avviene anche ed in primo luogo a livello nazionale, sono ovviamente legati alle "emergenze" che di volta in volta vengono a proporsi con prepotenza all'attenzione di politici e media, quali l'immigrazione irregolare e, più di recente, il terrorismo.

Tuttavia, un sistema integrato, ben strutturato e pienamente attuato di diritti processuali, che andasse oltre il mero *acquis* della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Giurisprudenza della CEDU e fosse valido sull'intero territorio dell'Unione, non potrebbe che costituire la naturale cornice di garanzie all'interno della quale più serenamente e con forse minori resistenze potrebbero venire adottati gli strumenti di prevenzione e contrasto che, con veemenza sempre maggiore, vengono reclamati per combattere "emergenze" vecchie e nuove. Questi stessi strumenti del resto, anche una volta adottati, potranno resistere al severo ed (almeno a termine) ineludibile vaglio delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo solo se risulteranno innestati in un solido quadro di diritti processuali che non siano derogabili da parte di singoli Stati membri a loro sostanziale discrezione.

Forse il momento storico (ma non certo quello politico) potrebbe essere propizio per la presentazione di una nuova *Roadmap* che indichi il futuro cammino in materia, sulla scia del "discreto" (in tutte le accezioni del termine) successo conosciuto da quella del 2009. Un tale sviluppo tuttavia, attesa la scarsa propensione di questa Commissione ad avventurarsi sul terreno di nuove iniziative legislative ed avendo a mente quali Stati membri si succederanno nel ruolo di Presidenza sin verso il 2018, sembra allo stato dover rimanere confinato nel novero delle buone intenzioni. Proprio il corrente periodo natalizio non impedisce tuttavia di inserirlo comunque nella *wish-list* di quella oramai sempre meno folta cerchia dei convinti sostenitori della necessità di continuare a ricercare,

---

<sup>13</sup> Doc. COM (2015) 610 final del 27 ottobre 2015.

<sup>14</sup> V. <http://free-group.eu/2015/12/07/looking-forward-the-new-18-months-programme-of-the-council-for-the-freedom-security-and-justice-area/>

sempre e sotto ogni circostanza, il più corretto equilibrio tra tutte e tre le componenti dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia.

## Report about “victims and transfer of sentenced persons in spanish law”

### AUTHORS

*University of Huelva*

Pf. Dr. Miguel Ángel Ruíz Albert

Pf. Dr. Enrique Anarte Borrallo

Pf. Dr. Nuria Arenas Hidalgo

Dr. Carmen R. García Ruíz

*Penitentiary Center of Huelva*

Dr. Esther Montero-Pérez de Tudela

*Provincial Court of Huelva*

Mr. Florentino Ruíz Yamuza

### ANTECEDENTS

The Research Institute for Social Development and Innovation – ICED, through its representative Pf. Dr. Mihaela Tomita, requested a report in order to identify, in the context of the spanish regulation, some aspects regarding the direct or indirect connection between the Framework Decision 909/2008 and Directive 29/2012 and the impact that the Framework Decision 909/2008 has on victims of crime.

The request focused on the following preliminary points:

1. The purposes of these regulations, namely, providing social rehabilitation of the convict, respectively, the protection, support and respect to be granted to the victim of the offense;
2. The right to a fair trial to be provided not only to the convict, but also to the crime victim throughout the criminal trial and after it finishes;
3. A brief analysis of the state of transposition of Directive 29/2012 on EU Member States;
4. To identify issues concerning the relationship between the Framework Decision 909/2008 and Directive 29/2012 there must be considered some provisions in the preamble of the Framework Decision 909/2008, as well as some of its provisions;
5. Emphasizing if in the Member States there was developed a document or normative act in the sense of the above and how the partner countries faced with the particular aspects related to the implementation of the Framework Decision 909 in relation to the Framework Decision 29/2012.

In particular, this report (that was applied within the framework of the *Project Support for Transfer of European Prison Sentences towards Resettlement ‘STEPS 2 Resettlement’*) should answer to the following issues:

1. What are the regulations in your country regarding victims approach and which is the stage of national transposition of the Framework Decision 29/2012 given the deadline, the end of 2015.
2. Please indicate whether there are procedures or best practices concerning victims of offenders covered by the Framework Decision 909.

3. Please provide a brief comment on how you appreciate the impact of the Framework Decision 909/2008 on the victims, in the national context of your country.

4. Please indicate whether in practice, your country (competent authorities) faced particular aspects related to the implementation of the Framework Decision 909 in relation to the Framework Decision 29/2012.

The answers to these questions are specified as follows.

### **1. Regulations regarding victims. Approach and stage of national transposition of the Framework Decision 29/2012.**

I. - The Law 4/2015, of 27 April, on the Statute of Victims of Crime transposes into the Spanish legal system the Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012, establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA.

This norm has already been approved by the Parliament and will enter into force on 28 October 2015, within the prescribed deadlines.

II.- However, this law does not regulate the protection of the victims *ex nihilo*, but completes a prior and extensive regulation. Nowadays and even before the entry into force of the Directive, this current regulation meets many of its requirements.

III.- The relationship between the Law 4/2015 and the rest of Spanish norms about victims can be summarized in the following points:

1. The Statute of Victim of Crime recognizes in a systematic and orderly manner all the rights of victims, as specified by Directive 2012/29 (art. 3 SV), except for the right to be compensated by the offender although this right has been long recognized by the Criminal Procedure Law and the Penal Code. This can be verified by reading the wording of the articles (FIGURE 1).

2. Some of the rights established by the Statute of Victims are developed or concretized by existing laws or codes: in some cases, they retain the current wording (if it complied with the provision of the Statute); in other cases, the Law 4/2015, through its Additional Provisions establishes a new wording.

The existing laws or codes that contain norms about victims fall into two models:

a.- Special laws intended to regulate the victims of certain types of criminality (FIGURE 2).

b.- Both general or common criminal and procedural laws (FIGURE 3).

3. In some respects, the Statute of the Victims goes beyond the minimal requirements established by the Directive. For instance,

a.- It extends the concept of indirect victim to include the cases of disappearance (art. 2.b.) and not only the cases of death of direct victim, as established by the Directive.

b.- It extends the participation of the victim to include the activities related to the enforcement of the sentence: establishing the right of the victim to be heard prior to the adoption of a decision related to the conditional release of the offender (and other related judicial issues, such as the adoption of the criteria for the “third degree” treatment or other prison benefits) and the right to appeal them (art. 13). This right of the victim to participate in the enforcement of the sentence currently exists (even before of the entry into force of the Statute), although is not as comprehensive as it (arts. 36, 76, 91, 98 Criminal Code).

4. The Law 4/2015 does not regulate the impact of the implementation of norms about mutual recognition of decisions in criminal matters on the rights of the victims.

Neither does the Directive. They don't regulate the notification to the victim of the initiation and resolution of the transfer process. There is no wording concerning his/her right to be heard during this process or the measures to ensure the right of the victim to be protected or compensated.

5. Spanish Law 23/2014 of 20 November 2014, on Mutual Recognition of Criminal Judgments in the European Union transposes to the national legal system several Directives, including FD. 909/2008. This law contains some norms related to the participation of the victim in the transfer process of his/her offender: the right of the victim to be heard before the withdrawal of the decision of transfer, when this is based on reasons related to the conditional release of the sentenced person in the executing state.

## **2. Procedures or best practices concerning victims of offenders included in the scope of the Framework Decision 909.**

I.- Spanish legal system did not regulate the rights of the victim related to the transfer of sentenced persons until the transposition of the Directive 909/2008 in 2014.

The government bodies in charge of cases about transfer process did not have administrative regulations to follow. Not even Penitentiary Institutions had instructions on it. The administrative practice was based on the isolation of the victim from the enforcement of the sentence.

II.- As mentioned above, Spanish Law 23/2014 of 20 November 2014, on Mutual Recognition of Criminal Judgments in the European Union transposes into the national legal system several Directives, including FD. 909/2008, and entered into force on 11 November 2014. This law contains some norms related to the participation of the victim in the transfer process of his/her offender: the right of the victim to be heard before the withdrawal of the decision of transfer, when this is based on reasons related to the conditional release of the sentenced person in the executing state (FIGURE 4).

Since the adoption of the new regulation, it is not possible to underline any important change related to the procedures or best practices affecting victims of offenders in the scope of the FD 909. After the entry into force of the Law 23/2014 of 20 November 2014 on 11 December 2014, any competent institution on this subject has taken important initiatives.

## **3. Comment about the impact of the Framework Decision 909/2008 on the victims, in the context of Spain.**

The transfer of the sentenced person to another member State can impact on the rights of the victims as they are regulated by the Spanish legislation (both current and future, after entry into force in October 2015). In particular, the transfer can affect those rights about the participation of the victim in judicial decisions related to the conditional release of the offender.

In the case of transfer to another State, these rights will be subject to the applicable law of the executing state (art. 17 FD 909). The victim could lose this right to participation if the legislation of the executing state does not recognise it, given the minimum character of the protection granted by the Directive. (FIGURE 5).

#### **4. Particular aspects related to the practical implementation by competent authorities of the Framework Decision 909 in relation to the Directive 2012/29.**

I. There are not data in practice. This is because of the short time elapsed since the entry into force of the Law 23/2014, which transposed the FD 909, and because it has not yet entered into force the Statute of Victims of the Crime (SV).

II. However, from a theoretical point of view, we may guess some interactions between the Law 4/2015 and the Law 23/2014, which should be considered by legal practitioners.

1st) Regarding the criteria for transfer of sentenced persons (either the forwarding of the judgment or recognition): These decisions should be adopted by reasoned arguments, but there isn't any legal basis to integrate "victimological reasons" in these criteria. The EU law (FD 909 and Directive 2012/29) doesn't specifically establish that the decision on the transfer should be conditioned by the right to protection of the victim. Neither the Spanish legislation contemplates it (L 23/2014 and SV).

The reference to the social rehabilitation as the guiding principle of the decision in the regulations mentioned (see Art. 66.1.b LRM) seems to rule out "victimological considerations": at this moment, both paradigms (social rehabilitation and "victimological criteria") are considered contradictory, both by Spanish and European law.

However, there is an opportunity to integrate those victimological requirements into the criteria to decide on the transfer:

a) On the one hand, thanks to the ambiguity and wideness of the social rehabilitation aims. In fact, although tangentially, the integration appears in relation to some aspects of Spanish minor criminal law: here the conciliation allows the modification of the measure imposed to the minor.

b) On the other hand, the aforementioned art. 74.2 of the Spanish Law of transfer of sentenced persons (LRM. Transposition of Art. 17 of the FD 909) allows the intervention of the victim. This would seem to indicate that conditional release (or its anticipation) depends, in any measure, on certain victimological constraints (of which the victim's compensation guarantee is the most significant, but not the only one). After hearing the parties appearing, the competent Spanish Judge to decide the transfer may withdraw the certificate or establish the provisions to be applied by the authority of the executing State: for example, when he/she considers that the law or the competent authorities of the executing State do not guarantee those rights of the victim and it is not possible to reach an agreement in this regard (art. 74.1 LRM).

2nd) With regard to the intervention of the victims in the proceedings to decide on the transfer. Art. 74 Law 23/2014 provides the right of the victim to be heard before adopting the decision to withdraw the certificate (Art. 74.1); and, in particular, with respect to decisions on conditional release, which the State of execution should apply (art. 74.2). For this hearing, the art. 74 requires the victims to be party to the proceedings. Art. 74 does not contemplate the possibility of appeal against this decision.

However, it is possible to consider an application of art. 13 SV by analogy. This would require to recognise to the victims, parties or not, the right to be notified of the transfer procedure and the right to be heard concerning the system of conditional release in the State of execution (asking, if necessary, the court for requiring this information).

At least as extensive as the right to be heard in Spain established by the art. 13 SV and the right to appeal the judicial decision in this respect.

**FIGURES**

<b>FIGURE 1</b>	
<b>DIRECTIVE 2012/29</b>	<b>LAW 4/2015</b>
CHAPTER 1 GENERAL PROVISIONS	PRELIMINARY TITLE
1. Objectives	
	1. General Provisions. Scope of application.
2. Definitions	2. Subjective scope of application. Victim meaning
	3. Rights of victims
CHAPTER 2 PROVISION OF INFORMATION AND SUPPORT	TITLE I BASIC RIGHTS
3. Right to understand and to be understood	4. Right to understand and to be understood
4. Right to receive information from the first contact with a competent authority	5. Right to information from the first contact with a competent authority
5. Right of victims when making a complaint	6. Right of victims when making a complaint
6. Right to receive information about their case	7. Right to receive information about the criminal proceeding
	8. Reflection period to grant victim rights
7. Right to interpretation and translation	9. Right to translation and interpretation
8. Right to access victim support services	10. Right to access victim assistance and support services
9. Support from victim support services	
CHAPTER 3 PARTICIPATION IN CRIMINAL PROCEEDINGS	TITLE II PARTICIPATION OF THE VICTIM IN CRIMINAL PROCEEDING
10. Right to be heard	11. Active participation in criminal proceedings
11. Rights in the event of a decision not to prosecute	12. Notification and review of a decision to end the investigation
	13. Participation of the victim in the enforcement
14. Right to reimbursement of expenses	14. Reimbursement of expenses
12. Right to safeguards in the context of restorative justice services	15. Restorative justice services
13. Right to legal aid	16. Right to free legal aid
17. Rights of victims resident in another Member State	17. Victims of criminal offence committed in other Member State of the European Union
15. Right to the return of property	18. Right to return of property
16. Right to decision on compensation from the offender in the course of criminal proceedings	
CHAPTER 4 PROTECTION OF VICTIMS AND RECOGNITION OF VICTIMS WITH SPECIFIC PROTECTION NEEDS	TITLE III PROTECTION OF VICTIMS
18. Right to protection	19. Right to protection
19. Right to avoid contact between victim and offender	20. Right to avoid contact between victim and offender
20. Right to protection of victims during criminal investigations	21. Right to protection of victims during criminal investigation
21. Right to protection of privacy	22. Right to protection of privacy
22. Individual assessment of victims to identify specific protection needs	23. Individual assessment of victims to identify specific protection needs
	24. Competence and assessment procedure
	25. Protection measures
23. Right to protection of victims with specific protection needs during criminal proceedings	26. Protection measures for children and persons with disability with specific protection need
24. Right to protection of child victims during criminal proceedings	

	TITLE IV COMMON PROVISIONS CAPÍTULO I VICTIMS ASSISTANCE OFFICES 27. Victims Assistance Office. Organisation.
	28. Victims Assistance Office. Functioning
	29. Supporting role of restorative justice and extraprocedural solution.
CHAPTER 5 OTHER PROVISIONS 25. Training of practitioners	CHAPTER II TRAINING 30. Training on principles in the area of victims protection 31. Guidelines for action
26. Cooperation and coordination of services	CHAPTER III COOPERATION AND GOOD PRACTICES 32. Cooperation with practitioners and assessment of victim attention
	33. International cooperation
	34. Awareness
	CHAPTER IV DUTY OF REIMBURSEMENT 35. Duty of reimbursement (false accusation or criminal simulation)

<b>FIGURE 2</b>			
<b>SPECIFIC REGULATIONS (VICTIMOLOGICAL)</b>			
<b>Victims</b>	<b>Laws</b>	<b>Implementing rules</b>	<b>Victimological content</b>
Victims of violent crimes and crimes against sexual freedom	Law 35/1995 (on aid and assistance to victims of violent crime and sexual offences)	Royal Decree 738/1997 (Regulation on aid to victims of violent crime and sexual offences)	- Economics aids
Minor victims	Law 1/1996 (on the legal protection of minors)		- Right to be heard in the judicial process. - Protection during criminal proceedings. - Specialized support and assistance (juridical and social)
Victims of gender violence	Law 1/2004 (on integrated protection measures against gender violence)		- Prevention and detection of crimes. - Information. - Integral support and assistance (juridical, social, medical educational, laboral...) - Economics aids - Specialized public institutions.
Victims of terrorism	Law 32/1999 (on the solidarity with the victims of terrorism)	Royal Decree 1912/1999 Royal Decree 288/2003 (Regulation on aid and compensation to victims of terrorist offences)	-Social recognition - Economics aids - Health care - Formations of associations
	Law 29/2011 (on the recognition and comprehensive protection of victims of terrorism)	Royal Decree 671/2013	-Immediate support and assistance after the crime (psychological, medical...) - Economic Aids. - Specific attention to for-

			eign victims. - Privacy rights. - Information, legal advice, protection and assistance during criminal proceedings. -Social recognition - Specialized public institutions.
--	--	--	--

<b>FIGURE 3</b> <b>GENERAL REGULATIONS (NO VICTIMOLOGICAL)</b>		
Scope	Rule	Provisions of interest to victims
Criminal	Criminal Code (1995) - Amendment: Law 1/2015 (entry into force 1 July 2015) - Amendment: Law 4/2015 (entry into force 28 October 2015)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- The determination of criminal nature of the fact is in some cases related to the victim.</li> <li>- The determination of the severity of the crime and penalty is in some cases related to the victim.</li> <li>- Regulates the prohibition to approach the victim and the prohibition to communicate with the victim.</li> <li>- Regulates the right of the victim to get compensation from the offender.</li> <li>- Contemplates the participation of the victim in the procedure to determine the suspension of execution of sentences.</li> <li>- Contemplates the participation of the victim in the procedure to grant a measure of probation.</li> <li>- Contemplates the participation of the victim in the procedure to determine limits execution security measures of deprivation of freedom.</li> </ul>
Procedural	Criminal Procedure Law (1882) and Organic Law of the Judicial Power (1986) - Amendment: Law 4/2015 (entry into force 28 October 2015) Law 19/1994 of 23 December 1994 on the Protection of Witnesses and Experts in Criminal Proceedings	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Regulates the right of the victim to be informed about the criminal proceedings</li> <li>- Contemplates the participation of the victim in the criminal proceedings</li> <li>- Protection to the victim with general precautionary measures (pre-trial custody) and specific measures (restraining order or protective order).</li> <li>- Grouping of civil and criminal actions (even ex officio) in the criminal proceedings.</li> <li>- Protection of the victim when giving evidence in criminal proceedings</li> </ul>
criminal and procedural (minors)	Organic Law 5/2000 regulating the penal liability of minors - Implementing measures 2004	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Previous ones (with numerous particularities)</li> <li>- Contemplates Restorative justice</li> </ul>

<b>FIGURE 4 DISPOSITIONS OF LAW 23/2014 (TITLE III) RELEVANT FOR VICTIMS OF SENTENCED PERSONS EVENTUALLY TRANSFERRED TO A MEMBER STATE OF EU</b>		
Disposition and scope	Partial transcript	Possible influence
<p>Article 74. Withdrawal of the decision imposing a custodial sentence or measure of deprivation of liberty by the issuing Penitentiary Surveillance Judge.</p>	<p>Article 74. Withdrawal of the decision imposing a custodial sentence or measure of deprivation of liberty by the issuing Penitentiary Surveillance Judge.</p> <p>1. Prior to commencement of execution of the sentence, the Penitentiary Surveillance Judge, after hearing the Public Prosecutor and the parties to the proceedings within five days, may resolve to withdraw the certificate by reasoned order that must be handed down within the term of five days and in which the executing State shall be requested not to pass any enforcement measure. [...]</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Expression of the victim right to be heard</li> <li>- Nevertheless, it seems that it is not applicable to victims who did not participate in procedural issues regarding transfer</li> </ul>
	<p>2. When the executing State requests, the Penitentiary Surveillance Judge may notify the executing authority of the applicable provisions of Spanish Law in relation to early release or probation of the sentenced person, as well as request information from it regarding the applicable provisions in such matters under the laws of the executing State. Once he has received such information and heard the parties to the proceedings for five days, the Penitentiary Surveillance Judge shall hand down a reasoned order within the term of a further five days. The order shall contain the provisions to be applied by the executing authority or shall resolve withdrawal of the certificate.</p>	

<b>FIGURE 5</b>	
<b>Minimum standards on the rights established by the Directive</b>	<b>Victims' rights affected by the transfer of sentenced person established by Spanish Law</b>
<b>Right to participate in criminal proceedings</b>	
<p>CHAPTER III: PARTICIPATION IN CRIMINAL PROCEEDINGS</p> <p>a) it seems that concept of proceeding does not include the execution of the sentence: the hearing is limited to the previous activity</p> <p>b) there is no right to appeal decision on conditional release</p> <p>c) There is no victim's right to inform authorities of relevant circumstances regarding execution of the sentence on compensation, seizure order or the execution of the sentence.</p>	<p>CRIMINAL CODE AND ART. 13 LAW 4/2015: PARTICIPATION OF VICTIM IN EXECUTION</p> <p>a) Victim's right to be heard prior the adoption of judicial decisions on conditional release of sentenced person (and decisions linked to them) and to propose measures or guidelines to be imposed to the person on conditional release.<sup>1</sup></p> <p>b) Right to appeal the aforementioned decisions once adopted.</p> <p>c) Right to inform authorities of all relevant circumstances regarding the serving of the sentence, civil liability of the sentenced person or the execution of the sentence</p>
<b>Right to be compensated by the offender</b>	
<p>ART. 16: RIGHT TO DECISION ON COMPENSATION FROM THE OFFENDER IN THE COURSE OF CRIMINAL PROCEEDINGS</p> <p>-The Directive does not mention how Member States shall ensure the right nor the consequences on the granting of conditional release.</p>	<p>CRIMINAL CODE AND GENERAL PENITENTIARY LAW (LOGP)</p> <p>- Conditional release is conditioned to the payment of civil liability or at least a guarantee obligation to pay in the event of insolvency (vid. art. 90 Criminal Code and art. 72 LOGP).</p>
<b>Protection of victim</b>	
<p>CHAPTER 4</p> <p>PROTECTION OF VICTIMS AND RECOGNITION OF VICTIMS WITH SPECIFIC PROTECTION NEEDS</p> <p>a) it seems the right is conditioned to the sentence prior activity and, in any case</p> <p>b) The conditional release is not conditioned to the adoption of victim protection measures.</p>	<p>CRIMINAL CODE, GENERAL PENITENTIARY LAW (LOGP), AVT 4/2015 (art. 13: participation of victim in execution)</p> <p>- it is possible to adopt measures or guidelines to the convict on conditional release in order to guarantee the protection of the victim (106 e) Criminal Code)</p> <p>- These measures can be amended or repealed after the victim hearing (98 y 106 Criminal Code; 13.2.b LAW 4/2105).</p>
<b>Access to restorative justice services</b>	
<p>The Directive recognizes an obligation to facilitate appropriated restorative justice services, provided specified conditions are met, but there is no a subjective right to the establishment of these services.</p>	<p>LAW REGULATING THE PENAL LIABILITY FOR MINORS (ORGANIC LAW 5/2000)</p> <p>- In case of criminal offences committed by minors, the conciliation between the victim and the minor may end the measure depriving of freedom (art. 51).</p>

Huelva, july 2015

<sup>1</sup> Victim hearing regulated by articles 36, 76, 91 and 98 of the Penal Code. This victim's right to be heard will be reinforced by the Victims Statute (article 13).

## GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

# L'Anteproyecto di codice penale argentino del 2014 e gli orientamenti in tema di riforma del diritto penale italiano\*

ANTONIO CAVALIERE

## ABSTRACT

*This paper carefully analyzes the Anteproyecto reform of the Penal Code of Argentina. The Author highlights the regressive trends of the criminal policy at the turn of the twentieth and twenty-first century, in Italy and Argentina. He, sharing opinion of the Commission President, Eugenio Raúl Zaffaroni, believes that a recodification, in Argentina as in Italy, is necessary to guide the citizens be known and ensuring legal certainty and reducing the areas of judicial discretion.*

Sommario: 1. Cenni intorno a questioni di metodo. – 2. Difficoltà e ragioni della riforma del codice penale. – 3. La riforma della parte generale: i principi relativi a fonti del diritto penale e struttura del reato. – 4. Qualche osservazione sulle prospettive di riforma in tema di struttura del reato. – 5. Opzioni fondamentali in materia di sistema sanzionatorio.

1. L'esperienza argentina dell'elaborazione di un *Anteproyecto* di riforma del codice penale risulta sotto diversi aspetti ammirevole e ricca di insegnamenti e spunti di riflessione per il penalista italiano.

I primi dati positivi che emergono alla lettura del Progetto sono la presenza di una Commissione composta da solo sette persone, ma che ha lavorato in modo aperto all'apporto di Università, esperti, associazioni ed organizzazioni governative e non – registrandone attentamente richieste e proposte -; la ricchezza dell'apparato informativo utilizzato, dalle nozioni di diritto comparato alla ricognizione della normativa complementare ed all'analisi della giurisprudenza; il ritmo serrato, settimanale, dei lavori, che ha consentito la predisposizione di un progetto comprensivo di parte generale e speciale, con una ricca motivazione, in soli diciotto mesi.

Un sommario confronto con l'esperienza italiana testimonia la bontà della via argentina verso la codificazione: dei cinque progetti di riforma elaborati in Italia negli ultimi 25 anni – progetti Pagliaro, 1992; Riz, 1995; Grosso, 2001-2002; Nordio, 2005; Pisapia, 2007<sup>1</sup> – solo il primo, redatto da

---

\* Testo, integrato con l'aggiunta di note essenziali, della relazione tenuta al Seminario italo-argentino "Reforma penal y reforma procesal penal", a cura della Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, Argentina, 26 novembre 2014.

<sup>1</sup> V., per il Progetto Pagliaro, *Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, in *Doc. Giustizia* 3/1992, 305 ss.; per il Progetto Riz, *Disegno di legge n.2038/1995*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, 927 ss.; per il Progetto Grosso, *I lavori della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1° ottobre 1998*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2001, 574 ss.; per il Progetto Nordio, *Il Progetto di codice penale della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.* 2005, 245 ss.; e per il Progetto Pisapia, *Schema di disegno di legge recante delega legislativa al*

cinque professori, comprende anche la parte speciale. Gli altri - a parte il secondo, opera di un singolo studioso - sono stati elaborati da pletoriche commissioni e sottocommissioni composte da professori, magistrati ed avvocati, dando luogo ad impianti normativi compromissori e non insovente farraginosi; per altro verso, è mancato il confronto con la società civile e le stesse istituzioni pubbliche - a partire dal Parlamento - su esigenze e principi della riforma.

2. Nella parte iniziale della motivazione dell'*Anteproyecto*, il Presidente della Commissione, Eugenio Raúl Zaffaroni, descrive magistralmente il percorso storico della codificazione penale argentina, le tendenze involutive della politica criminale a cavallo tra XX e XXI secolo e le ragioni di una ricodificazione. In particolare, vengono poste in evidenza la grave erosione e l'attuale "irricognoscibilità", dopo circa novecento riforme parziali, del codice argentino del 1921 e l'inflazione di leggi penali complementari, nonché l'espansione degli obblighi internazionali di criminalizzazione; così come, sul piano politico e culturale, viene denunciata l'influenza deleteria di campagne di 'legge ed ordine' e di forme di populismo penale che conducono a richieste di sterili aumenti di pene e nuove incriminazioni e ad una grave crisi delle garanzie.

In Italia, si registra una situazione per certi aspetti simile: il codice Rocco si presenta ormai come un vecchio arnese autoritario, più o meno obsoleto in ogni sua parte, oggetto di amputazioni ed innesti vari, ed esautorato, nella sua centralità, dall'enorme massa delle leggi penali speciali. Queste ultime vanno dalle leggi in materia di diritto penale economico degli anni '30 e '40 - si pensi alla disciplina dei reati fallimentari e dei reati in tema di assegni, nonché ai reati societari, inseriti nel codice civile - alle leggi emanate a partire dagli anni '50 soprattutto in materia di diritto penale del lavoro, dell'urbanistica e degli alimenti, e successivamente alla congerie di provvedimenti anti-terrorismo ed antimafia, alla disciplina degli stupefacenti e dell'immigrazione. Si tratta di alcuni dei principali capitoli di una legislazione emergenziale, ulteriormente appesantita dal ricorrente inseguimento di sempre nuove emergenze, dalla tutela dell'ambiente e del sentimento per gli animali alle norme in tema di reati sessuali ai vari 'pacchetti sicurezza'. Anche in Italia, il legislatore è sempre più vincolato, in senso repressivo, a decisioni politiche sovranazionali.

Il clima politico-criminale è caratterizzato da periodiche campagne repressive e, più in generale, da una tendenza dominante verso il ridimensionamento delle garanzie individuali in favore di esigenze di 'sicurezza', mentre la situazione socioeconomica va degradandosi, con la crescita della povertà, delle diseguaglianze e della disoccupazione, foriere di conflitti sociali e di criminalità; il contesto culturale è contrassegnato dal dominio dell'ideologia liberista e di modelli consumistici e di egoismo sociale, anch'essi criminogeni.

La situazione generale imporrebbe riforme innanzitutto extrapenali, sociali ed economiche, di tipo redistributivo e volte a ricostruire lo stato sociale smantellato negli ultimi decenni; sul piano culturale, occorrerebbero politiche democratiche in materia di pubblica istruzione e di mezzi di comunicazione di massa. Ma la sensazione è che, se i bisogni delle persone sono gli stessi e sempre meno equamente soddisfatti, manchino attualmente organizzazioni politiche in grado di proporre visioni d'insieme della società - specie se alternative allo *status quo* ed orientate a libertà, eguaglianza

---

*Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, 1570 ss.

e fratellanza - e di costruire corrispondenti programmi politici alternativi. Prevale, invece, l'ideologia della "fine della storia" e della "morte delle ideologie", strumentale ad un disegno di conservazione dell'esistente, con i suoi privilegi per pochi e il suo *'laissez faire'*.

In un clima tale è difficile, in Italia, pensare ad una riforma del codice penale; piuttosto, proliferano i particolarismi, i sottosistemi differenziati ed una legislazione 'liquida', ispirata a logiche contingenti, se non *ad personam*, e gravemente carente sul piano anche della 'solidità' della tecnica di redazione. A ciò va aggiunta la tendenza del potere politico - che pare collegata al predetto contesto politico-criminale conservatore - a scaricare responsabilità politico-criminale, in modo 'flessibile', sul potere giudiziario. Agli inconvenienti della legislazione penale si contrappongono rimedi interpretativi o, al massimo, pronunce giudiziali di illegittimità costituzionale, anziché proposte di riforma legislativa; a politiche di depenalizzazione si preferiscono strumenti di *diversion* e di deflazione carceraria affidati alla discrezionalità giudiziaria.

La dottrina non riesce, attualmente, ad interloquire con il legislatore. Tuttavia essa ha il dovere di persistere nell'impegno civile e culturale in direzione della ricodificazione del diritto penale, e quindi appaiono del tutto condivisibili le parole di Zaffaroni: una ricodificazione, in Argentina come in Italia, risulta necessaria per orientare i consociati assicurando conoscibilità e certezza del diritto, anche attraverso la riduzione degli spazi di discrezionalità giudiziale. E non solo: la codificazione, anche quella penale, si pone, infatti, fin dalle sue radici illuministiche, come strumento di realizzazione di un razionale ed efficace programma politico-criminale complessivo di tutela dei diritti fondamentali della persona, che esprime un assetto ordinato di relazioni tra le fattispecie poste a tutela dei diversi beni giuridici ed un sistema coerente di sanzioni, evitando sovrapposizioni e confusioni normative, aporie nel rapporto tra comminatorie edittali, etc.; tutto il contrario dell'attuale legislazione italiana, ipertrofica, stratificata, ingestibile, contraddittoria e sovente puramente simbolica. È in gioco, dunque, la stessa razionalità ed efficienza del sistema. Ancora, la codificazione si presenta quale strumento di riduzione dell'intervento penale entro i confini dell'*extrema ratio*, da realizzarsi attraverso strumenti quali una riserva di codice e la previsione di maggioranze qualificate in materia di legislazione penale; e come strumento di eguaglianza, contro i privilegi dei ceti dominanti e contro le aberrazioni di 'sottosistemi' volti alla neutralizzazione del 'nemico' di turno.

3. L'articolato del I libro dell'*Anteproyecto*, dedicato alla parte generale, si apre con un titolo relativo ai principi ed all'applicazione della legge penale. In particolare, l'art.1, "Principios", sancisce l'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione ed ai principi sanciti nei trattati internazionali; il principio di stretta legalità dei reati, delle pene e di ogni altra conseguenza penale; il principio di offensività, richiedendo quanto meno un pericolo "effettivo" per il "bene giuridico"; il principio secondo cui si risponde penalmente a titolo di "volontà diretta", salvo le ipotesi espressamente previste di colpa; il principio di colpevolezza, in base al quale non vi è pena senza o al di là del limite della colpevolezza, specificato nel senso del divieto di tener conto di un rimprovero per la personalità o di "giudizi di pericolosità" o di "altre circostanze incompatibili con la dignità e l'autonomia della persona"; il divieto di pene inumane, che incidano gravemente su terzi o che risultino sproporzionate al fatto ed alla colpevolezza.

Tale norma fondamentale racchiude una piccola *summa* di diritto penale e suscita diverse considerazioni dall'angolo visuale di un confronto con i problemi della riforma del codice penale italiano.

3.1. Preliminarmente, si può osservare che anche i progetti italiani di riforma contengono iniziali statuizioni di principi; peraltro, opportunamente l'*Anteproyecto* evita il vizio metodologico proprio di taluni progetti italiani, consistente nel sancire in norme di legge ordinaria principi che dovrebbero vincolare il legislatore, cosicché il vincolo finisce per l'assumere un mero valore simbolico<sup>2</sup>. I principi dell'*Anteproyecto* si mostrano correttamente rivolti all'interprete.

3.2. L'affermazione del principio di legalità, specialmente in relazione al riferimento ad azioni ed omissioni "espressamente e strettamente previste", e quella dell'interpretazione conforme a Costituzione ed ai trattati internazionali "di pari rango" appaiono significative in rapporto all'esperienza italiana, laddove affermazioni in parte analoghe sono contenute in alcuni progetti, ma il clima culturale non pare, purtroppo, con esse coerente. Si vanno affermando, infatti, anche in materia penale teorie ermeneutiche che esaltano il ruolo inevitabilmente 'creativo', di 'fonte' della giurisprudenza, motivando ciò con la struttura aperta del linguaggio e con il carattere 'analogico' di ogni interpretazione; si ritiene, quindi, problematica la pretesa di vincolare realmente l'interprete alla legge e, soprattutto, di fissare il limite dello "strettamente previsto", ovvero dell'interpretazione restrittiva. Al contrario, secondo un orientamento più conforme al fondamento democratico del principio di legalità, legato alla separazione dei poteri ed alla soggezione del giudice alla legge, va riaffermata, accanto all'esigenza della determinatezza della legge penale, la necessità del vincolo del giudice al limite del tenore letterale della legge e, all'interno di tale confine una teoria prescrittiva dell'interpretazione, per la quale il giudice è vincolato ad un'ermeneutica conforme ai principi costituzionali di *extrema ratio*, offensività, personalità della responsabilità penale.

Dal punto di vista italiano, particolare rilievo assume il tema della portata del principio di legalità, con riferimento ad ogni conseguenza penale, ed in particolare sia alle misure di sicurezza, sia all'esecuzione di ogni sanzione penale. Su quest'ultimo punto si registra una discrasia tra dottrina e giurisprudenza<sup>3</sup>: la seconda esclude la rilevanza del principio di stretta legalità per l'esecuzione, con il risultato di avallare la legittimità costituzionale di norme come l'art.41 *bis* ord.penit., che prevede la sospensione delle normali regole penitenziarie per disposizione ministeriale e sulla base di vaghe ragioni di ordine e sicurezza pubblica. La dottrina prevalente, invece, ritiene fondatamente che l'esecuzione della pena sia momento centrale dell'esercizio del potere punitivo e non possa essere lasciata all'arbitrio giudiziale o dell'esecutivo.

3.3. La formulazione chiara ed incisiva del principio di offensività nell'*Anteproyecto* è perfettamente condivisibile. Essa corrisponde alla concezione affermata da Franco Bricola, che, nel delineare, nella sua *Teoria generale del reato*, il "volto costituzionale" dell'illecito penale, attribuiva

---

<sup>2</sup> Cfr. Per esempio gli artt.1 e 2 del Progetto Pisapia (cit. *supra*, nota 1), 1570-1571.

<sup>3</sup> Cfr. in proposito ad es. G. FIANDACA/E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Bologna 2010, 75-76.

all'offensività rango di principio fondamentale sovraordinato al legislatore, prima che all'interprete<sup>4</sup>. Poiché la pena e, aggiungiamo, la misura di sicurezza danno luogo alla lesione di beni fondamentali della persona, quali – direttamente o indirettamente - libertà e dignità, esse si legittimano solo se, conformemente al principio di eguaglianza *sub specie* proporzione, vengono inflitte a seguito di un fatto che leda o ponga effettivamente in pericolo beni giuridici di rilevanza costituzionale comparabile. La Corte costituzionale italiana ha riconosciuto il rango costituzionale del principio<sup>5</sup>, distinguendone due profili: l'offensività in astratto, come vincolo per il legislatore a non prevedere la punibilità di condotte inoffensive, e l'offensività in concreto, come vincolo per il giudice ad escludere la punibilità di condotte apparentemente tipiche, applicando l'art.49 co.2 c.p., in tema di reato impossibile.

Peraltro, mentre il principio di offensività in concreto viene ormai sovente – ma non sempre - recepito nelle aule giudiziarie, la necessaria lesività come vincolo per il legislatore fatica a trovare riconoscimento in dottrina, nella legislazione e nella stessa giurisprudenza costituzionale, al di là di ipotesi macroscopiche: si pensi alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dei reati di esposizione di bandiere straniere e di ubriachezza, nonché dell'aggravante costituita dalla mera qualità di immigrato irregolare<sup>6</sup>, chiaramente ispirata ad un vergognoso diritto penale d'autore. Il tentativo, operato dalla c.d. Commissione bicamerale per la riforma costituzionale, di inserire nella Carta il principio di offensività è fallito, e soprattutto ha incontrato resistenze nella stessa dottrina penalistica. Tali resistenze riguardano entrambi gli elementi costitutivi della necessaria offesa: la necessaria presenza di un bene giuridico tutelabile e la necessaria offesa di quel bene.

Sotto il primo profilo, mentre nella dottrina italiana parrebbe - almeno nella *Lippenbekenntnis* - assente l'idea secondo il diritto penale avrebbe altra funzione da quella di tutelare beni giuridici, il concetto di bene giuridico è tuttavia ritenuto vago e manipolabile. A mio avviso si tratta di una profezia che si autoavvera: anche altri concetti dommatici, ad es. pericolo, causalità, dolo, sono manipolabili. Dipende da come li si costruisce. È un'impegnativa elaborazione teorico-generale – ovvero, dommatica – a consentire di rinvenire i requisiti essenziali di tale concetto, la cui funzione fondamentale è di impedire che una persona in carne ed ossa possa essere punita per fatti che non hanno offeso altre persone in carne ed ossa: questo è il nucleo del principio di offensività e del concetto di bene giuridico. Forse è qui che si gioca l'alternativa tra un diritto penale liberale, ma attento alla dimensione sostanziale dei diritti dell'uomo, ed uno autoritario, o solo formalmente liberale: ossia, limitato al principio di legalità, ma disponibile a punire la mera disobbedienza, se resa punibile dalla legge.

Il codice Rocco incarna precisamente tale visione liberale nella forma ed autoritaria nella sostanza: all'ossequio formale del principio di legalità si accompagna la previsione, nella parte speciale, di beni vaghi e pseudo-beni giuridici superindividuali - personalità dello Stato, ordine pubblico,

---

<sup>4</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, XIX, Torino 1973, 15, 82-83.

<sup>5</sup> Tra le prime sentenze che hanno riconosciuto il principio vanno ricordate Corte cost., sent. 19.3.1986, n. 62; Corte cost., sent. 10.7.1991, n. 333; Corte cost., sent. 13.7.1995, n. 360, pubblicate in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); sulla giurisprudenza costituzionale in tema di offensività cfr. per tutti C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 91 ss.

<sup>6</sup> V., rispettivamente, Corte cost., sent. 21.5.1987, n. 189; 10 luglio 2002, n.354; 5.7.2010, n.249, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

sentimento religioso, economia pubblica, integrità della stirpe – attraverso i quali si legittima la punibilità di condotte che contrastano con quelle entità vaghe e costituiscono disobbedienze ai precetti posti a loro tutela, ma sono inidonee ad offendere beni tangibili di una o più persone.

E' noto, d'altronde, come la creazione artificiale di beni giuridici, specialmente superindividuali, costituisca un vecchio arnese del diritto penale della disobbedienza, risalente almeno a Binding e consacrato da Schaffstein durante il terzo Reich; contrastato negli anni Sessanta e Settanta dai fautori di una concezione liberale e personale del bene giuridico; ma mai abbandonato dal legislatore, anzi, dilatato e reimpiegato attraverso entità come l'ordine economico, il funzionamento del mercato, e forse soprattutto la 'sicurezza', intesa onnicomprensivamente come il contenitore di tutte le aspettative collettive, razionali o emotive, di tutela, dalla protezione della vita e dell'integrità fisica a quella del patrimonio nei confronti della criminalità di strada, e finanche a quella del mero senso estetico: punibilità dei *writers*, dei *clochards*, dei lavavetri.

Parte della dottrina italiana finisce per legittimare tale stato di cose, allorché afferma che, accanto a reati posti a tutela di beni giuridici, vi sono reati 'senza offesa'<sup>7</sup> o 'di scopo'<sup>8</sup>: il che, sul piano descrittivo, è vero, ma sul piano prescrittivo, è in contrasto con l'offensività presa sul serio, cioè quale principio costituzionale, con la conseguenza dell'illegittimità di molte norme penali vigenti. Altra parte della dottrina svuota il concetto di bene giuridico, ovvero ne sfrutta la denunciata vaghezza per ricomprendervi "funzioni", ossia travestimenti verbali di complessi di regole. Un esempio clamoroso è quello del reato di immigrazione irregolare. Chi viene offeso nei propri beni dal mero fatto che un poveraccio entri abusivamente nel territorio italiano? Nessuno. Ma per la Corte costituzionale italiana si tutela il bene del controllo della "regolarità dei flussi migratori", vale a dire il funzionamento della disciplina dell'immigrazione<sup>9</sup>. In realtà, un singolo immigrato irregolare non è in grado di 'disturbare' tale funzionamento. Sul punto tornerò tra breve.

Andrebbero, dunque, recuperati i requisiti da tempo, anche se non unitariamente, proposti da una concezione liberale, personale del bene giuridico: beni tutelabili possono essere solo entità 1) preesistenti alla norma penale<sup>10</sup>, 2) empiricamente afferrabili ed offendibili<sup>11</sup>, 3) riferibili ad una o più o tutte le persone<sup>12</sup>, 4) definiti conformemente al principio di determinatezza<sup>13</sup>, 5) dotati di rango costituzionale proporzionato ai beni su cui la sanzione penale incide<sup>14</sup>.

L'altro profilo costitutivo del principio di offensività è la lesione o almeno la messa in pericolo "effettiva" del bene giuridico. Quella parolina contenuta nell'*Anteproyecto*, che ha dato luogo ad un parere dissenziente, a mio avviso è necessaria. Il codice Rocco – quando non cela l'anticipazione

<sup>7</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 5ª ed., Padova 2007, 207 ss.

<sup>8</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 3ª ed., Torino 2008, 75.

<sup>9</sup> Corte cost., sent. 5.7.2010, n.250, punto 6.3. del "considerato in diritto"; per una critica della sentenza v. tra altri A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Crit.dir.*, 1/2013, 31 ss.

<sup>10</sup> Conformemente all'insegnamento di F. VON LISZT, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie des Strafrechts*, in *ZStW* 1888, 138 ss.; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21-22ª ed. (1919), Goldbach 1997, 132-133.

<sup>11</sup> Si veda per tutti H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart 1957, 13 e *passim*.

<sup>12</sup> HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in L. PHILIPPS/H. SCHOLLER (edit.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg 1989, 90 ss.

<sup>13</sup> Cfr. in particolare F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, 193.

<sup>14</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 15.

della tutela dietro la mentita offesa ad uno pseudo-bene giuridico - dimostra la sua impronta autoritaria anche nell'impiego di tecniche di anticipazione della tutela penale ancora compatibili con l'idea di "pericolo", ma non "effettivo", ossia concreto ed attuale: reati di pericolo astratto e presunto, delitti di attentato, reati meramente associativi, punibilità di altri atti preparatori, reati di sospetto, reati di opinione. Nella *Teoria generale del reato* di Bricola tali tecniche venivano smascherate nel loro contrasto con l'esigenza di punire solo condotte realmente offensive di beni giuridici. Sul finire degli anni Settanta, cominciò il riflusso: da un lato, il contrasto alla criminalità prima terroristica, poi mafiosa, indusse parte della dottrina a ridimensionare la critica di quelle anticipazioni di tutela; dall'altro, nello stesso senso pareva deporre la tutela di interessi collettivi emergenti da condotte imprenditoriali relative prima alla produzione di beni e servizi e, poi, alla finanza: tutela dell'ambiente, della salute dei consumatori e dei lavoratori, del patrimonio dei risparmiatori. Si sono, quindi, riabilitate le "funzioni"<sup>15</sup> e si è ritenuta necessaria, specie a fronte di condotte "seriali" e "cumulative", l'anticipazione della tutela al pericolo presunto.

Il tema è enorme; mi limito ad osservazioni schematiche. Dietro le funzioni, dietro beni vaghi, quegli interessi emergenti celano concreti, offendibili e precisi beni personali. Attorno ad essi va costruita una tutela penale da condotte lesive e, al più, concretamente ed attualmente pericolose, accuratamente tipizzate: ed i fatti di grave inquinamento, di avvelenamento di sostanze alimentari (si pensi all'olio di colza), di morte da esposizione a sostanze tossiche (ad es. amianto), di falso in bilancio e manipolazione di mercato con danno per migliaia di risparmiatori lo sono. Ma, detto per inciso, lo è anche l'imposizione con minacce di ricette liberiste da parte di organizzazioni economiche internazionali, se mette in ginocchio un'intera collettività; però essa non offende l'attuale "ordine economico" globalizzato, anzi ne è elemento costitutivo essenziale, il che dimostra che tale ordine o il "funzionamento dei mercati" non sono beni giuridici.

Condotte non concretamente pericolose vanno al più affidate a sistemi extrapenalistici di tutela. L'argomento seriale dei fautori dei reati di pericolo astratto legittima un panpenalismo inaccettabile: lo schema è quello secondo cui una condotta in sé inoffensiva dev'essere punita quando, se realizzata da molti o tutti in un dato contesto, si genererebbe un pericolo collettivo. Se tutti i penalisti o molti di essi fumassero durante questo ed altri convegni, la salute di tutti sarebbe in pericolo; quindi, non basta la sanzione amministrativa: occorre punire chiunque accenda una sigaretta. Se tutti o troppi africani immigrassero in Italia o, poniamo, troppi Italiani in Argentina, l'Italia o l'Argentina scoppierebbero. Tutti sanno che qui è andata così, non è vero? Quindi, bisogna punire il singolo immigrato.

Ebbene, non è solo nell'interesse della libertà degli esseri umani che bisogna opporsi all'espansione ormai incontrollata dei reati di pericolo astratto e presunto. Essi non solo distorcono l'intero sistema penale, risucchiandolo nella spirale della mera disobbedienza. Ma ingolfano il sistema penale con sanzioni che, per esigenze elementari di proporzione, devono essere lievi e, perciò, rendono ineffettiva e meramente simbolica la tutela – talora in modo quasi sospetto, nel senso

---

<sup>15</sup> Criticamente al riguardo S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, 343 ss.

dei *Kavaliersdelikte* e del trattamento di favore per gli illegalismi di cui parla Foucault in *Sorvegliare e punire*<sup>16</sup>, a danno degli stessi beni realmente da tutelare.

Quando, invece, le pene non sono lievi, come nel diritto penale politico delle associazioni, degli atti preparatori, dei reati d'opinione, esse sono intollerabilmente sproporzionate e liberticide; e il pericolo presunto può servire ad etichettare e reprimere come 'terrorismo' il mero dissenso, come avviene nelle dittature.

Una ricodificazione è il momento giusto per sbarazzarsi di tutto quel ciarpane normativo.

3.4. L'*Anteproyecto* sancisce il principio di colpevolezza per il fatto, bandendo la colpevolezza d'autore e la considerazione di giudizi di pericolosità ai fini della pena.

Preliminarmente, va detto che l'osservatore italiano, specie se non ha maturato la lezione del *personales Unrecht* derivante dal finalismo, sarebbe colpito dal veder affermato il principio della responsabilità necessariamente dolosa o colposa non all'interno della norma sulla colpevolezza, bensì in uno con il principio di legalità: ma tale felicissima scelta dei compilatori argentini riflette il dato, posto in evidenza da finalisti come Dario Santamaria<sup>17</sup> ed inserito in un compiuto sistema teleologico da Roxin<sup>18</sup>, secondo cui dolo e colpa sono essenziali per la tipicità, perché senza di essi la descrizione del fatto non possiederebbe la precisione necessaria in uno stato di diritto. Nei Progetti di riforma italiani, forse anche per l'influenza del dogma causale, non sempre è emerso con la dovuta nettezza il ripudio di una concezione dell'illecito penale aperta a forme di responsabilità oggettiva; si pensi, in particolare, al Progetto Pagliaro<sup>19</sup>. Va perciò elogiata la previsione della sola responsabilità dolosa o colposa; essa dovrà riflettersi sull'interpretazione delle ipotesi di delitto preterintenzionale previste nella parte speciale.

Tornando alla colpevolezza, un primo aspetto di estremo interesse ai fini di un confronto con la situazione italiana è costituito dall'eliminazione della recidiva come causa di aumento della pena al di là dei limiti edittali. Nessuno dei Progetti di riforma del codice penale italiano è arrivato a proporla, ed anzi nel 2005 sono stati ampliati gli effetti repressivi della recidiva, anche in rapporto all'esecuzione della pena, precludendo o limitando l'accesso a benefici penitenziari; tutto ciò ha determinato una massiva carcerizzazione in rapporto a forme di microcriminalità, specie predatoria, legate a condizioni di disagio e talora di tossicodipendenza. Anche in altri Paesi europei ed americani si è assistito ad un *revival* dell'idea di neutralizzazione della pericolosità.

Il riferimento classico al principio di 'colpevolezza' – e ad al suo presupposto, la concezione retributiva della pena – è notoriamente l'argine storicamente eretto contro le aberrazioni del diritto penale d'autore. Peraltro, ad avviso di una minoranza della dottrina italiana<sup>20</sup>, anche un diritto pena-

---

<sup>16</sup> M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino 1976, Parte quarta, cap. II, 282 ss.

<sup>17</sup> *Rein objektive Auffassung des Tatbestandsbegriffs und Verletzung des Gesetzlichkeitsprinzips*, en *Festschrift für Hans Welzel*, a cura di G. STRATENWERTH, Arm. KAUFMANN, G. GEILEN, H. J. HIRSCH, H.-L. SCHREIBER, G. JAKOBS, F. LOOS, Berlin-New York 1974, 431 ss.

<sup>18</sup> C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970), in S. MOCCIA (edit.), *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli 1998, 78-79.

<sup>19</sup> Al riguardo, sia consentito rinviare a *La disciplina del concorso di persone*, in C. FIORE, S. MOCCIA, A. CAVALIERE (edit.), *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, Napoli 2009, 276 ss.

<sup>20</sup> S. MOCCIA, *El derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica* (1992), Montevideo - Buenos Aires 2003, 87 ss.

le laicamente orientato all'idea di una funzione preventiva, ed in particolare rieducativa e di orientamento sociale della pena – prevenzione speciale e generale positiva -, deve rimanere ancorato alla proporzione della sanzione al reato commesso: pene sproporzionate al fatto, legittime solo in una prospettiva di prevenzione speciale negativa, neutralizzante, o di terroristica deterrenza, non possono, invece, che essere avvertite come ingiuste da chi le subisce e dalla stessa collettività e non possono, quindi, costituire la premessa per un legittimo intervento punitivo rispettoso della persona. Il recidivo al quale si applica una pena eccedente la proporzione con il fatto viene punito tre volte: una prima in proporzione al fatto precedentemente commesso, una seconda in proporzione al secondo fatto, e una terza perché è un tipo d'autore. Questo 'terzo *strike*' contrasta con il principio di proporzione e con una prevenzione correttamente intesa.

Un secondo aspetto connesso al tema della colpevolezza riguarda il doppio binario, pene e misure di sicurezza, mantenuto dall'*Anteproyecto*. Anche i Progetti di riforma del codice penale italiano lo conservano; alcuni di essi eliminano, però, la possibilità di applicazione congiunta e prevedono un limite temporale massimo della misura.

L'ideologia custodialistica, contrastata in Italia dal movimento guidato da Franco Basaglia e solo parzialmente superata con la chiusura dei manicomi comuni, è sopravvissuta nella disciplina dei manicomi criminali, poi denominati ospedali psichiatrici giudiziari (o.p.g.). Ma negli ultimi anni, a partire da un decreto della Presidenza del Consiglio dei ministri del 2008, si è avviato un processo di superamento degli attuali o.p.g. In tale processo si contendono il campo due diversi orientamenti *de lege ferenda*. Il primo intende superare l'inumanità delle condizioni di internamento, e eliminare i tratti più aberranti dell'attuale disciplina, ma conservare, sia pur circoscrivendone la portata, 1) l'idea di pericolosità sociale dell'infermo di mente autore di reati, 2) il primato, in linea di principio, dell'internamento e, quindi, della segregazione 'medicalizzata', 3) la durata indeterminata della sanzione. Tale orientamento pare tuttora prevalere; tuttavia, con la recente legge n.81/2014 è stato sancito il principio secondo cui la misura di sicurezza detentiva non può superare la pena massima comminata dalla legge. E si è introdotto un significativo correttivo al giudizio di pericolosità sociale, stabilendo che esso non possa fondarsi sulla mera assenza di condizioni familiari e sociali di disagio – cioè sull'assenza di un 'posto dove andare', di una famiglia, di un'assistenza socio-sanitaria sufficiente -: devono essere i servizi socio-sanitari del territorio a prendersi cura della persona. Peraltro, ciò lascia aperta la possibilità di un giudizio di pericolosità espresso sull'infermo di mente in quanto tale.

Forse, sul piano penalistico, l'idea di una misura fondata sulla pericolosità dell'infermo di mente potrebbe superarsi veramente soltanto superando il presupposto culturale del doppio binario, secondo cui vi sono autori 'colpevoli', dotati di libero arbitrio – anche solo in parte, in quanto non del tutto vittime della propria 'vulnerabilità' -, da retribuire, ed autori 'pericolosi', in quanto succubi del servo arbitrio, da neutralizzare. Un tentativo di superamento dell'idea di colpevolezza è stato fondato, da Sergio Moccia, su un'idea laica di assunzione di responsabilità per il reato commesso, in proporzione ad esso, a prescindere dalla 'capacità di libero arbitrio' dell'autore; con la previsione di un'unica sanzione penale, sempre orientata in senso rieducativo e di orientamento sociale - e, quindi, sempre preferibilmente extramuraria, con tutto ciò che ne consegue in termini di sussidiarietà dell'internamento -, e sempre proporzionata al fatto commesso; ma adeguata, nell'esecuzione, ai

bisogni della persona punita<sup>21</sup>. In attesa di una tale svolta, ogni soluzione di riforma che mantenga nominalisticamente il doppio binario, ma assicuri l'osservanza dei principi appena enunciati, va salutata con favore.

4. E così, parlando, sostanzialmente, di una sola norma dell'*Anteproyecto*, sia pure in rapporto con l'esperienza italiana, sono giunto quasi alla fine dell'intervento. Solo rimanendo sul piano dei principi generali, posso aggiungere qualche riflessione, suggerita dalla lettura del progetto argentino, sull'esperienza italiana in tema di riforma delle norme relative alla struttura del reato.

Tutti i Progetti di riforma italiani contengono definizioni di causalità, dolo e colpa, sia pur parzialmente divergenti. L'interpretazione giudiziale, infatti, rischia, di erodere tali requisiti della responsabilità penale; e la recente tendenza alla legittimazione di un 'inevitabile' ruolo creativo della giurisprudenza adduce proprio l'ampiezza dello spazio ermeneutico lasciato dai concetti di teoria generale del reato. A ciò è necessario opporre, per le esigenze di garanzia connesse al principio di legalità *sub specie* determinatezza, concetti legislativi il più possibile chiari ed univoci: come affermava nel 1928 Delitala, «il compito più importante di un buon legislatore penale è proprio quello di darci una precisa regolamentazione giuridica degli elementi costitutivi del reato»<sup>22</sup>.

Il codice Rocco contiene clausole generali, ad esempio in tema di reati omissivi impropri e di concorso di persone nel reato, la cui ampiezza viola senza dubbio il principio di determinatezza e, visto il rinvio 'in bianco' all'"obbligo giuridico" di impedire l'evento, anche la stessa riserva di legge. I progetti di riforma italiani – in particolare il Progetto Grosso – hanno tentato di tipizzare in clausole di parte generale le posizioni di garanzia, ma ne risultano norme per un verso farraginose, per l'altro pur sempre indeterminate. A mio avviso è preferibile la soluzione dell'*Anteproyecto* argentino, di rinunciare a tali clausole e prevedere singole figure omissive di parte speciale.

Un ulteriore aspetto generale concerne i rapporti tra codificazione e sistematica. Nel progetto Grosso del 2001-2002 era contenuto un elenco indifferenziato di esimenti, che non distingueva tra cause di giustificazione e cause di esclusione della colpevolezza. Ciò comportava un'evitabile incertezza di conseguenze giuridiche<sup>23</sup>, posto che, com'è noto, solo le prime escludono un'impedibilità del fatto e sanzioni extrapenali e si estendono ai concorrenti.

Sempre in rapporto alle esimenti, un cenno merita la legittima difesa. L'art.52 del codice Rocco prevede il requisito, fondamentale in un bilanciamento di interessi, della proporzione tra difesa ed offesa. L'elasticità del concetto di proporzione poteva dar luogo a dubbie esclusioni giurisprudenziali della legittima difesa. L'allarme per aggressioni violente, domiciliari o in esercizi commerciali, cavalcato da politici e mezzi di comunicazione, ha dato luogo a proposte di riforma di segno diverso: alcune – Progetto Grosso – miravano, condivisibilmente, a precisare il requisito della proporzione, definendo i termini di tale relazione con riguardo ai beni giuridici: nessuna difesa violenta, ma proporzionata alla violenza dell'aggressione sarebbe stata punibile. Altre miravano ad erodere, sul piano sostanziale o della prova, il requisito della proporzione. In tal modo si è giunti alla ri-

---

<sup>21</sup> V. *supra*, nota 20.

<sup>22</sup> G. DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel Progetto Rocco*, in AA.VV., *Osservazioni intorno al "Progetto preliminare di un nuovo codice penale"*, Milano 1928, 59 ss.

<sup>23</sup> Per una critica a tale aspetto del Progetto grosso, si veda A. CAVALIERE, *Sistematica del reato e scusanti nel Progetto preliminare di riforma della parte generale*, in *Critica del diritto* 2000, 301 ss.

forma della legittima difesa del 2006, che al co.2 lett. b) presume il rapporto di proporzione in ipotesi di difesa domiciliare o ‘commerciale’ di beni propri o altrui con ‘uso delle armi’: qualsiasi uso, anche quello letale. Si sono prospettate lodevoli interpretazioni restrittive della norma<sup>24</sup>; ma la funzione di norme precise, che richiedano la proporzione e la sua prova, senza presunzioni di sorta, è quella di precludere ogni spazio ad interpreti meno lodevoli. Sono in gioco vita e integrità fisica del ladro, che, per il solo fatto di essere tale, non perde i diritti fondamentali. Né è sufficiente il richiamo alla ‘necessità’ comunque prevista dall’art.52 c.p.: sparare al ladro di frutta può essere l’unico modo, necessario, per fermarlo. Assecondare pulsioni emotive delle vittime della criminalità riducendo i requisiti della legittima difesa significa rischiare di aumentare le vittime di violenza ‘legittima’. E se un tale ordine di idee si estende all’ampliamento delle facoltà di difesa legittima e di uso delle armi da parte di guardie giurate e forze dell’ordine, i pericoli divengono manifesti e gravissimi.

5. Credo possa dirsi che un documento di identità di ogni codice penale è costituito dal suo sistema sanzionatorio; esso riflette direttamente le opzioni fondamentali di scopo del diritto penale. Il codice Rocco si orientava, com’è noto, ad una concezione retributivo-deterrente della pena e, coerentemente, prevedeva pena di morte, ergastolo e primato assoluto della pena detentiva, con cornici edittali draconiane, ma anche con la previsione di pene detentive minime brevi o brevissime (minimo per la reclusione 15 giorni, per l’arresto 5); l’unica pena principale diversa era la pena pecuniaria; ridotta era la possibilità di sospensione o liberazione condizionale e non vi era altra sanzione sostitutiva o alternativa.

Venuta meno, con la caduta del fascismo, la pena di morte, fino agli anni Settanta molto poco era cambiato in Italia, sebbene l’art.27 co. 3 Cost. sancisse che “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”. Nella dottrina di quegli anni, muovendo dall’idea di una riforma penale ispirata ai principi costituzionali, si andò delineando un orientamento volto all’abolizione dell’ergastolo, all’esclusione delle pene detentive brevi ed alla valorizzazione di sanzioni non detentive quali pene principali, anziché solo sostitutive.

In Italia, nessuna di tali implicazioni dell’idea di reinserimento sociale si è tuttora realizzata. Nel 1974, dalla costola di un fallito progetto di riforma del codice nacque una ‘novella’ che ampliò la sospensione condizionale, ed incise sul regime delle circostanze - inclusa la recidiva - e del concorso di reati, rimettendo alla discrezionalità giudiziale la mitigazione del terrorismo repressivo.

Nel 1975 e nel 1981 furono introdotte, rispettivamente, misure alternative e sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, ancora una volta rimesse alla discrezionalità giudiziale; successivamente, ne fu ampliato l’ambito di applicazione. Si generò un fenomeno di discrezionale ‘fuga dalla sanzione’, di imprevedibilità del rapporto tra la pena astrattamente prevista, quella irrogata dal giudice e quella concretamente eseguita; nel frattempo, il ‘diritto penale dell’emergenza’ prevede esclusioni dalle misure alternative e forme di carcere duro per alcuni ‘tipi d’autore’.

---

<sup>24</sup> Al riguardo si vedano, tra gli altri, F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, 432 ss.; VIGANÒ, *Sulla ‘nuova’ legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, 189 ss.

La mancata revisione delle cornici edittali, l'ipertrofia del sistema penale e, più in particolare, la legislazione repressiva in materia di stupefacenti e l'abuso della custodia cautelare hanno prodotto tassi di sovraffollamento carcerario elevatissimi.

È venuta meno, da un lato, la riconoscibilità di un 'sistema' sanzionatorio ormai in brandelli e, quindi, la fiducia dei consociati nel sistema penale; dall'altro, tra carceri inumane e fughe dalla sanzione, manca proprio il perseguimento di prospettive reali di reinserimento sociale.

Ad un tale stato di cose si continua a far fronte, in una prospettiva di mera deflazione carceraria, ampliando le possibilità di sostituzione o di rinuncia discrezionale alla pena oppure allo stesso processo, mediante strumenti di *diversion* come la sospensione del processo con messa alla prova.

I Progetti di riforma del codice sono andati via via ampliando la possibilità di sanzioni alternative; alcuni, come il progetto Nordio, perpetuando il vizio di rimettere la rinuncia al carcere alla discrezionalità giudiziale; altri, come il progetto Pisapia, eccedendo nel prevedere una miriade di pene principali non detentive, difficilmente traducibile in un sistema coerente di parte speciale<sup>25</sup>.

Solo con la riforma in tema di competenza penale del giudice di pace si è posta in essere una, pur timidissima, previsione di nuove pene principali, quali la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità. Ad avviso della dottrina più attenta alle implicazioni dell'idea di risocializzazione, di *extrema ratio*, e, insieme, di legalità della pena, è questa la via che andrebbe decisamente intrapresa: la previsione di un nucleo ben strutturato di pene principali diverse dalla pena detentiva.

L'*Anteproyecto* argentino costituisce, sul piano della previsione di sanzioni alternative orientate al reinserimento sociale, un ottimo modello. Il meccanismo di applicazione resta, peraltro, quello della sostituzione rimessa alla discrezionalità giudiziale. Ma una valutazione compiuta del sistema sanzionatorio richiederebbe uno sguardo alle singole comminatorie di parte speciale, che non è possibile in questa sede.

Il vero fiore all'occhiello dell'*Anteproyecto* in materia di sistema sanzionatorio è, però, a mio avviso, l'abolizione dell'ergastolo. Alcuni dei Progetti di riforma italiani, come il Progetto Pagliaro, lo conservavano; altri ne hanno previsto l'abolizione, con contestuale innalzamento del limite massimo della reclusione. Quella dell'*Anteproyecto* è una scelta di civiltà, che risulta perfettamente coerente con l'adozione di una funzione di reinserimento sociale della pena: esso è incompatibile con una pena perpetua. La Corte costituzionale italiana ha difeso la legittimità dell'ergastolo basandosi su altre funzioni della pena, ossia la retribuzione, la neutralizzazione e la prevenzione generale<sup>26</sup>. E, supportata da una parte della dottrina, ha aggiunto che la previsione di possibilità discrezionali di liberazione, parziale o totale, anticipata rende legittimo l'ergastolo. L'argomento dovrebbe, coerentemente, condurre alla declaratoria d'illegittimità costituzionale delle ipotesi di ergastolo c.d. ostativo, che non ammettono benefici. Ma, al di là di ciò, quell'argomento equivale ad ammettere una pena indeterminata nel massimo, rimessa all'arbitrio del giudice, il che contrasta con il principio di legalità della pena.

---

<sup>25</sup> Al riguardo si può vedere A. CAVALIERE, *Luci ed ombre nel sistema sanzionatorio dello Schema di legge delega 2007*, in C. FIORE – S. MOCCIA – A. CAVALIERE (edit.), *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, cit., 635 ss.

<sup>26</sup> Corte cost., sent. 21.11.1974, n.264, en [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

## ‘Mobbizzare’ = ‘Maltrattare’?

Brevi considerazioni in ordine all’applicabilità dell’572 c.p. alle condotte di *mobbing*.

CLAUDIA SANTORO

### ABSTRACT

*This article investigates the relationship between mobbing and the crime of household maltreating. Indeed, the Court of Cassation has considered article 572 of the Criminal Code to be the most appropriate rule in order to suppress mobbers persecution behaviours.*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le caratteristiche generali del *mobbing*. – 3. Il delitto di maltrattamenti contro familiari o conviventi. La collocazione sistematica ed il bene giuridico tutelato – 3.1. Gli elementi costitutivi della fattispecie. – 4. La discutibile applicazione dell’art. 572 c.p. alle condotte di *mobbing*. – 5. Rilievi conclusivi.

1. Accade sempre più frequentemente, ormai, che le sezioni penali della Corte di Cassazione vengano interpellate per risolvere dispute interpretative in materia di *mobbing* e che, conseguentemente, si trovino a chiarire i limiti di ammissibilità di una tutela penale contro questo odioso fenomeno che imperversa nei luoghi di lavoro e che è divenuto intollerabile agli occhi dell’opinione pubblica.

Non si tratta di un fenomeno nuovo, anzi, possiamo tranquillamente affermare che esista da sempre, come le antipatie, l’ambizione e l’invidia umana; è solo la sua teorizzazione ad essere abbastanza recente<sup>1</sup>. Le situazioni cui si fa riferimento quando si parla di *mobbing*, infatti, non erano sconosciute in passato, ma sono balzate all’attenzione delle scienze umane e sociali soltanto nell’ultimo ventennio, quando hanno iniziato ad incrociarsi con il problema della tutela della persona. È a tale fruttuosa intersezione, determinata indubbiamente dalla Costituzione e favorita dallo Statuto dei Lavoratori, che si deve la più accentuata protezione di cui oggi l’individuo gode sul luogo di lavoro rispetto a quanto avveniva in precedenza. Il lavoro, forse più di prima, rappresenta attualmente un ambito delicatissimo e di fondamentale importanza per la persona umana, costituendo uno dei canali principali attraverso i quali l’uomo esplica la propria personalità e realizza le proprie aspirazioni, nonché una delle attività mediante le quali, per espresso dettato costituzionale, il singolo contribuisce al progresso materiale e spirituale della società.

“*Mobbing*” è la denominazione convenzionale di un fenomeno della realtà sociale, la cui compiuta definizione e le cui essenziali caratteristiche, come vedremo in seguito, sono state elabo-

<sup>1</sup> H. EGE, *Il mobbing, ovvero il terrore psicologico sul posto di lavoro, e la situazione italiana*, in F. HIRIGOYEN, *Molestie morali*, Torino, 2000, 237.

rate ed individuate in settori disciplinari diversi dal diritto, più precisamente, nell'etologia<sup>2</sup> e nella psicologia del lavoro<sup>3</sup>.

Sul versante giuridico, sono state la giurisprudenza civile e la giurisprudenza lavoristica ad occuparsi, per prime, di vessazioni sul posto di lavoro. Mancando una specifica normativa sul tema, esse hanno trovato nell'art. 2087 c.c un solido strumento per combattere il *mobbing* e garantire una tutela di tipo risarcitorio alle sue vittime.

In tempi recenti, la questione dei c.d. atti persecutori negli ambienti lavorativi è stata affrontata anche dalla giurisprudenza penale, che, nel tentativo di offrire un'adeguata protezione ai lavoratori bersagliati da condotte vessatorie, ha chiamato in causa diverse fattispecie – principalmente la violenza privata *ex art. 610 c.p.*<sup>4</sup> o l'abuso di ufficio *ex art. 323 c.p.* per gli episodi verificatisi nel settore del pubblico impiego<sup>5</sup> – mostrando, però, una certa predilezione per quella dei maltrattamenti in famiglia prevista dall'art. 572 c.p. In particolare, tale ultima norma, secondo un indirizzo ermeneutico che possiamo definire consolidato, è ritenuta applicabile solo laddove il rapporto di lavoro 'censurato' presenti il carattere della "para-familiarità", intesa come "sottoposizione di una persona all'autorità di un'altra in un contesto di prossimità permanente, di abitudini di vita proprie e comuni alle comunità familiari, nonché di affidamento, fiducia e soggezione del sottoposto rispetto all'azione di chi ha il potere di supremazia"<sup>6</sup>.

Prima di procedere ad una valutazione critica circa la correttezza di tale approdo giurisprudenziale, è opportuno soffermarsi brevemente sui tratti salienti del *mobbing*, perché, se da un lato è scontato che con tale termine ci si riferisca a contrasti insorti nei luoghi di lavoro, dall'altro bisogna sfuggire alla tentazione di equiparare tutti i conflitti lavorativi alle condotte mobbizzanti e, pertanto, reputarli meritevoli di tutela giuridica in senso penalistico, civilistico o giuslavoristico<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> K. LORENZ, *L'aggressività*, Milano, 1976, *passim*.

<sup>3</sup> Questa branca disciplinare trova in H. LEYMANN il suo più autorevole esponente. Si vedano in particolare, *The Content and Development of Mobbing at Work*, in *5 European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996, n. 2. 165 ss.; ID., *Mobbing. Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann*, Reinbek, 1993.

<sup>4</sup> In particolare, fanno rientrare il *mobbing* nello spettro applicativo dell'art. 610 c.p.: Cass. Pen., sez. VI, n. 44803/2010; Cass. Pen., sez. VI, 31413/2006, in *Cass. Pen.*, 2008, 182 ss., con nota di G. DE FALCO, *La rilevanza penale del mobbing approda in Cassazione*; in *Giur. it.* 2007, 1764 ss, con nota di M. BELLINA, *Sulla rilevanza penale del mobbing*. Un caso emblematico di applicazione della fattispecie di violenza privata alle condotte di *mobbing* resta quello della Palazzina Laf dell'Ilva di Taranto. Il trasferimento in questa ormai famosa struttura, fatiscente ed indecorosa, sede originaria dei laminatoi a freddo, era lo strumento con cui i dirigenti dell'Ilva minacciavano i lavoratori al fine di impedire loro di far valere i propri diritti oppure il mezzo con il quale punivano gli operai che non avevano accettato il demansionamento deciso dai vertici aziendali. Si trattava di una palazzina occupata da uffici spogli e spettrali, nei quali i dipendenti non erano adibiti ad alcuna mansione, subendo, di conseguenza, una quotidiana umiliazione e un inevitabile peggioramento delle loro capacità professionali. Nel caso di specie, il Tribunale monocratico di Taranto, II sez. penale, con sentenza resa il 7 marzo 2002, ha ritenuto configurabile il delitto di violenza privata. La vicenda e la pronuncia sono dettagliatamente analizzate da A. SZEGO, *Mobbing e diritto penale*, Napoli, 2007, 57 ss.

<sup>5</sup> Cass. Pen., sez. VI, n. 30024/2010; Cass. Pen., sez. VI, n. 40891/2007. Entrambe reperibili nella banca dati [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)

<sup>6</sup> Cass. Pen., sez. VI, n. 45077/15. In senso conforme: Cass. Pen., sez. VI, n. 44589/15; Cass. Pen., sez. VI, n. 40320/15; Cass. Pen., sez. VI, n. 28603/13; Cass. Pen., sez. VI, n. 685/11, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)

<sup>7</sup> C. PARODI, *Ancora su mobbing e maltrattamenti in famiglia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3 ottobre 2012, 1.

2. Il gerundio *mobbing* deriva dal verbo inglese *to mob*<sup>8</sup>, che significa “assalire in massa”, “accerchiare”. Il termine è stato impiegato per la prima volta dall’ornitologo Konrad Lorenz<sup>9</sup> per descrivere il comportamento aggressivo di alcune categorie di animali “sociali” che attaccano in massa, allo scopo di respingerlo, un esemplare di specie diversa o della stessa specie, che essi percepiscono come predatore. Il medesimo vocabolo è stato poi mutuato dalla psicologia del lavoro che, applicandolo agli esseri umani, lo ha utilizzato per indicare un comportamento vessatorio posto in essere da colleghi o superiori nei confronti di determinati dipendenti, realizzabile con svariate modalità, ma orientato al perseguimento di un unico obiettivo: l’eliminazione del soggetto dal luogo di lavoro.

Proprio questa origine empirico-sociologica del *mobbing*, ci induce a prediligere come punto di partenza della presente indagine, adottando il modello delle scienze integrate, i risultati cui sono pervenuti i più noti ed attenti studiosi del fenomeno, gli psicologi H. Leymann e H. Ege<sup>10</sup>, ma con una doverosa precisazione: il penalista non può prendere in prestito, *sic et simpliciter*, le definizioni elaborate in altri campi del sapere, senza filtrarle attraverso la lente dei principi che informano il diritto penale<sup>11</sup>.

H. Leymann definisce il *mobbing* come “terrore psicologico sul luogo di lavoro”, che si articola in quattro fasi: 1) la fase iniziale, durante la quale si manifestano i primi segnali di allarme (ad esempio mutamento repentino delle relazioni interpersonali precedentemente neutre o positive); 2) la fase conclamata, durante la quale la vittima subisce attacchi continui da parte del superiore e/o dei colleghi; 3) la fase di ufficializzazione del caso, caratterizzata dall’apertura di un’inchiesta lavorativa interna; 4) la fase terminale, in cui il *mobber* raggiunge il suo scopo e il lavoratore è allontanato dalla comunità lavorativa.

H. Ege, inizialmente, impiega la definizione elaborata da H. Leymann o in alternativa quella di M. Hirigoyen, che identifica il *mobbing* con le “molestie morali”. Tuttavia, in un secondo momento, ritenendo il *mobbing* un fenomeno più complesso, che va oltre il livello morale di una persona, in quanto investe anche la sua professionalità, la sua autostima, la sua capacità di relazione, la sua integrità psico-fisica e sociale, finisce per elaborare una nuova definizione: “Il *mobbing* è una situazione lavorativa di conflittualità sistematica, persistente ed in costante progresso, in cui una o più persone vengono fatte oggetto di azioni ad alto contenuto persecutorio da parte di uno o più aggressori in posizione superiore, inferiore o di parità, con lo scopo di causare alla vittima danni di vario tipo e gravità. Il mobbizzato si trova nell’impossibilità di reagire adeguatamente a tali attacchi e a lungo andare accusa disturbi psicosomatici, relazionali e dell’umore che possono portare anche ad

---

<sup>8</sup> Il verbo *to mob* deriva dal sostantivo inglese *mob*, il quale, a sua volta, trae origine dal termine latino “*mobile vulgus*”, che indica una “marmaglia”, una “folla tumultuosa”, un’“orda”.

<sup>9</sup> K. LORENZ, *L’aggressività*, cit., 8.

<sup>10</sup> H. LEYMAN, *The Content and Development of Mobbing at Work*, cit., *passim*; ID., *Mobbing. Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann*, cit., *passim*; H. EGE, *Mobbing. Che cos’è il terrore psicologico sul posto di lavoro*, Bologna, 1996; H. EGE, *Il Mobbing in Italia, Introduzione al Mobbing culturale*, Bologna, 1997; H. EGE, *Mobbing. Conoscerlo per vincerlo*, Milano, 2001; H. EGE, *La valutazione peritale del danno da Mobbing*, Milano, 2002.

<sup>11</sup> M. SCALIA, *La problematica rilevanza penale delle condotte persecutorie sul luogo di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1297.

invalidità psicofisiche permanenti di vario genere e percentualizzazione”<sup>12</sup>. Da tale definizione, H. Ege estrapola i “sette criteri per l’individuazione del fenomeno”: 1) ambiente lavorativo; 2) dislivello tra antagonisti<sup>13</sup>; 3) tipo di azioni; 4) durata; 5) frequenza; 6) intento persecutorio; 7) andamento in fasi successive.

Il *mobbing*, dunque, si presenta come un fenomeno conflittuale che nasce e si sviluppa nell’ambiente di lavoro e che si caratterizza per la disparità di forze che sussiste tra gli autori dei comportamenti mobbizzanti e le vittime. Tale disparità è evidentissima nel caso di *mobbing verticale* o *bossing*, in cui il *mobber* è il superiore gerarchico del lavoratore<sup>14</sup>. Questo particolare tipo di *mobbing* è assai diffuso in Italia, dove la scarsa offerta di lavoro da un lato e la rigida disciplina in materia di licenziamenti dall’altro, costituiscono un terreno fertile per la maturazione del fenomeno. È stato infatti sostenuto che nei sistemi dove maggiore è la libertà di licenziare, minore è la frequenza delle strategie di *bossing*; al contrario, in una realtà dove il licenziamento è ammesso solo per giusta causa o giustificato motivo – prima della *Riforma Fornero* e del *Jobs Act* erano questi i limiti che nel nostro Paese la legge poneva al potere di licenziare del datore di lavoro – l’interesse a provocare le dimissioni del lavoratore ‘sgradito’ può divenire molto forte<sup>15</sup>.

Nel *mobbing orizzontale*, invece, le condotte vessatorie vengono poste in essere da e nei confronti di soggetti di pari grado. Il disequilibrio tra antagonisti, infatti, non si riscontra esclusivamente nel caso in cui gli attori del conflitto rivestano, nell’azienda, una posizione gerarchica differente, perché, “dislivello di potere” significa anche, e soprattutto, che il mobbizzato non ha le stesse capacità di difendersi dell’aggressore, ma è confinato da quest’ultimo nella posizione più debole<sup>16</sup>. Tant’è che si ritiene configurabile anche il *mobbing* c.d. verticale discendente, cioè posto in essere dal lavoratore subordinato nei confronti del suo superiore.

Per quanto concerne le tipologie di azioni mobbizzanti, esse, stando all’impostazione di H. Leymann, condivisa anche da H. Ege, sono raggruppabili in cinque grandi categorie. Si tratta di a-

<sup>12</sup> H. EGE, *La valutazione peritale del danno da mobbing*, cit., 39. Inoltre, H. Ege, riformula ed integra il modello di Leymann, proponendone uno a sette fasi, più aderente alla peculiare realtà lavorativa italiana. La prima fase, definita *pre-fase* o *fase zero* è caratterizzata dalla presenza di un conflitto fisiologico tipico dell’impresa italiana, ove non si è ancora in un clima ostile e minaccioso, ma si percepisce esclusivamente la volontà di ciascun individuo di emergere. La *fase uno* si caratterizza per l’individuazione del soggetto che fungerà da capro espiatorio per la risoluzione di problemi aziendali, ma il fenomeno non è ancora *mobbing*, l’attenzione fastidiosa che capi e colleghi riservano al bersaglio, benché fastidiosa, non è ancora espressiva di una condotta vessatoria. È nella *fase due* che si manifesta la cosciente volontà in capo al *mobber* di colpire la vittima designata, la quale inizia ad avvertire l’inasprimento delle relazioni interpersonali, ma ancora non somatizza il conflitto. Le prime conseguenze psico-somatiche cominciano a manifestarsi nella *fase tre*, cui segue la *fase quattro* che si caratterizza per la pubblicità del fenomeno, che diviene, come nel modello di Leymann, di dominio pubblico. Seguono la *fase cinque*, in cui si registra la degenerazione delle condizioni di salute della vittima ed infine la *fase sei*, nella quale si realizza la definitiva espulsione del mobbizzato dal posto di lavoro. Per un maggiore approfondimento si rinvia a H. EGE, *Il mobbing in Italia. Introduzione al mobbing culturale*, cit., 47 ss e a S. BONINI, *Dalla “fase zero alla fase sei”*. *Aspetti penalistici del mobbing*, in AA.VV., *Il mobbing. Analisi giuridica interdisciplinare. Atti del convegno di Trento 8 novembre 2005*, a cura di S. SCARPONI, Padova, 2009, 39 ss.

<sup>13</sup> “Nel mobbing, i protagonisti sono sostanzialmente due: la vittima o mobbizzato e l’aggressore o *mobber* (...) Non si tratta di due persone, bensì di due ruoli in conflitto, ognuno dei quali può essere costituito da una o più persone (...) Se i due antagonisti si fronteggiano ad armi pari, ossia si dimostrano entrambi in grado di difendersi e di attaccare, sicuramente non siamo di fronte ad un caso di mobbing”. Così, H. EGE, *La valutazione peritale del danno da mobbing*, cit., 59.

<sup>14</sup> A. SZEGO, *Mobbing e diritto penale*, cit., 12.

<sup>15</sup> M. BONA - U. OLIVA, *Il fenomeno del mobbing*, in P. G. MONATERI - M. BONA - U. OLIVA, *Mobbing. Vessazioni sul lavoro*, Milano, 2000, 10.

<sup>16</sup> H. EGE, *La valutazione peritale del danno da mobbing*, cit., 60.

zioni od omissioni volte: a) ad annullare la possibilità del lavoratore bersagliato di avere contatti umani e di comunicare, criticando costantemente il suo operato o rimproverandolo continuamente senza una valida ragione; b) ad isolarlo sistematicamente, ad esempio trasferendolo in altra sede o più semplicemente assegnandogli una postazione lavorativa fisicamente lontana e separata da quella degli altri; c) a modificare *in peius* le mansioni affidategli, ad esempio conferendogli compiti inutili o dequalificanti; d) a distruggere la sua reputazione, magari mediante calunnie o pettegolezzi<sup>17</sup>; d) infine, ad esercitare nei suoi confronti violenze o minacce.

A ben vedere, le condotte appena elencate attaccano la vittima nelle tre sfere più importanti della sua esistenza: quella professionale, quella morale e quella della salute<sup>18</sup>. Il vero *mobbing*, infatti, non si limita a colpire solo un ambito della vita del mobbizzato, ma ne coinvolge almeno due, dimostrando così la sua reale e potente capacità offensiva.

Per quanto riguarda, poi, la durata e la frequenza di tali azioni, va preliminarmente rilevato come esse, rappresentando le coordinate temporali del fenomeno, assumano un ruolo decisivo nella distinzione di ciò che è *mobbing* da ciò che non lo è. Secondo Leymann, un conflitto insorto sul luogo di lavoro, per essere ritenuto *mobbing*, dovrebbe avere una durata minima di sei mesi e manifestarsi con cadenza settimanale<sup>19</sup>. Tuttavia, una cospicua parte degli psicologi del lavoro ha criticato l'eccessivo rigore di questa impostazione ed ha tentato di sostituire i criteri anzidetti con dei parametri temporali più flessibili, che tengano nella debita considerazione anche altre caratteristiche del conflitto, come per esempio l'intensità degli attacchi, il loro numero<sup>20</sup>, la posizione del *mobber*, e così via...<sup>21</sup>. Per cui, si è ritenuto che il limite temporale dei sei mesi possa tranquillamente essere ridotto alla metà, qualora il conflitto risulti particolarmente intenso, gli attacchi si susseguano con frequenza quotidiana e con modalità riconducibili ad almeno tre dei tipi di azioni ostili sopra richiamate<sup>22</sup>. In questi casi particolari saremmo di fronte a quello che Ege chiama "*Quick Mobbing*", cioè "un conflitto che, al pari di un temporale estivo breve e violento, sembra saltare i preliminari ed esplodere immediatamente in tutta la sua forza"<sup>23</sup>.

Come dicevamo, anche il criterio della frequenza di Leymann, secondo il quale il vero *mobbing* esigerebbe una scansione settimanale, è stato ammorbito. Con una maggiore aderenza alla realtà, si richiede una cadenza delle azioni ostili di alcune volte al mese<sup>24</sup>. Anche questa regola, però, incontra un'eccezione, ravvisabile in casi particolari, come quello che è stato definito "il sasso nello stagno"<sup>25</sup>, in cui si verifica una circostanza insolita: sebbene la condotta mobbizzante si concretizzi in un unico atto, essa viene percepita come plurima dal soggetto che la subisce. Un esempio para-

<sup>17</sup> H. EGE, *Mobbing. Conoscerlo per vincerlo*, cit., 27 ss.

<sup>18</sup> A. SZEGO, *Mobbing e diritto penale*, cit., 19.

<sup>19</sup> A. SZEGO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>20</sup> G. GALUPPI, *Mobbing e maltrattamenti: il punto di vista dello psicologo*, in *Dir. Fam.*, 2008, 2091 ss.

<sup>21</sup> H. EGE, *Mobbing. Conoscerlo per vincerlo*, cit., 70. Come riporta, poi, A. SZEGO, *Mobbing e diritto penale*, cit., nota 47, i criteri proposti da Leymann vennero aspramente criticati nel corso del Congresso europeo di Psicologia del Lavoro e dell'Organizzazione, tenutosi ad Helsinki nel 1999. Nella sezione dei lavori dedicata al *mobbing* gli studiosi del fenomeno affermarono quasi all'unanimità che il limite dei sei mesi e della frequenza settimanale non potevano considerarsi scientificamente vincolanti.

<sup>22</sup> H. EGE, *La valutazione peritale del danno da mobbing*, cit., 56.

<sup>23</sup> H. EGE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>24</sup> H. EGE, *La valutazione peritale del danno da mobbing*, cit., 51.

<sup>25</sup> E. PASQUINELLI, *Il mobbing*, in *Persona e danno*, Milano, 4300 ss.

digmatico è rappresentato da una vicenda giudiziaria sottoposta al giudizio del Tribunale di Lancia-  
no nel 2002, che può essere così sintetizzata<sup>26</sup>: un dipendente comunale, il sig. G.R., dirigente re-  
sponsabile di un importante comparto, veniva demansionato, trasferito ad altra postazione lavorati-  
va ed in seguito ricollocato nell'ufficio originariamente occupato, ma con una qualifica decisamente  
inferiore. In questo modo, il dipendente finiva con l'essere schernito dai colleghi (suoi ex sottopo-  
sti) ed umiliato dagli utenti dell'ufficio che, memori della vecchia posizione da lui ricoperta  
all'interno del Comune, quotidianamente gli chiedevano le ragioni del suo declino. Analizzando be-  
ne il caso, si nota come il sig. G.R., di fatto, abbia subito una sola azione ostile, il demansionamen-  
to, e che, quest'ultima, in quanto azione singola, non potrebbe rientrare nel concetto di *mobbing*,  
come definito sopra. Tuttavia, è innegabile che un'azione simile, nella percezione della vittima, non  
può che essere avvertita come quotidiana e, come tale, mobbizzante. "Dunque, nel caso del sasso  
dello stagno, la frequenza deve essere valutata come quotidiana"<sup>27</sup>.

I dati che emergono da questa breve rassegna dei risultati cui sono pervenute le scienze sociali  
in materia di *mobbing*, soprattutto quelli che si ricavano in relazione ai criteri della frequenza e del-  
la durata, sono sicuramente poco incoraggianti per il penalista. Infatti, se persino sul versante socio-  
psicologico, ambito elettivo del *mobbing*, non si registrano orientamenti uniformi circa alcune carat-  
teristiche essenziali del fenomeno, è quasi certo che un accordo di vedute non potrà riscontrarsi ne-  
anche sul versante giuridico-penale, dove tali incertezze creano difficoltà ancora maggiori, dovendo  
il giurista tentare di ricondurre il fenomeno ad una determinata fattispecie, senza violare il principio  
di legalità ed i suoi corollari.<sup>28</sup>

Premesso, quindi, che non esiste alcuna norma che incrimini espressamente il *mobbing*, e che  
la Suprema Corte ha individuato nell'art. 572 c.p. quella più adatta a ricomprenderlo, analizziamo  
questa disposizione al fine di verificare l'effettiva sussumibilità del *mobbing* nel delitto di maltrat-  
tamenti. Al riguardo, assume un rilievo determinante l'esatta individuazione del giuridico tutelato  
dalla norma.

3. Ai sensi dell'art. 572 c.p., come modificato dalla l. n. 172/2012<sup>29</sup>, è punito con la reclusione  
da due a sei anni, "chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona  
della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per  
ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di  
un'arte". Il secondo comma aggiunge che "se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica  
la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a  
quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni".

---

<sup>26</sup> Il caso è riportato da A. SZEGO, *Mobbing e diritto penale*, cit., 21.

<sup>27</sup> H. EGE, *La valutazione peritale del danno da mobbing*, cit., 77.

<sup>28</sup> P. TOSI, *Il mobbing: una fattispecie in cerca d'autore*, in AA.VV., *Il Mobbing*, a cura di P. TOSI, Torino, 2004, 165.

<sup>29</sup> Il testo previgente era il seguente: (*Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*) - «Chiunque, fuori dei casi indicati  
nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia, o un minore degli anni quattordici, o una persona sottopo-  
sta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di  
una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Se dal fatto deriva una lesione personale  
grave, si applica la reclusione da quattro a otto anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindi-  
ci anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a venti anni".

La norma è inserita nel titolo XI, intitolato “Dei delitti contro la famiglia”, in particolare nel capo IV, dedicato ai “delitti contro l’assistenza familiare”. Questa collocazione sistematica è stata molto discussa in dottrina, divisa tra il condividere e il criticare la scelta operata dal legislatore del 1930. In verità, la disputa non è nata con l’entrata in vigore del codice fascista, ma affonda le sue radici in tempi ancor più remoti<sup>30</sup>. Il codice Zanardelli situava il reato di maltrattamenti fra i delitti contro la persona, all’art. 391<sup>31</sup>, mutando radicalmente lo schema del codice sardo-piemontese del 1859, che lo aveva invece inserito tra i delitti contro l’ordine interno delle famiglie, seguendo a sua volta l’impostazione del codice sardo del 1839<sup>32</sup>. Anche se questi due vecchi codici conferivano alla norma sui maltrattamenti un ambito di operatività molto circoscritto, contemplando come soggetti del reato unicamente i coniugi, esse possono comunque considerarsi i precedenti diretti dell’art. 391 del codice del 1889.

Durante i lavori per la compilazione del codice Zanardelli, la questione della collocazione da dare al reato di maltrattamenti fu al centro di un dibattito piuttosto vivace. Venne, innanzitutto, evidenziato come i “cattivi trattamenti” dovessero essere puniti non soltanto quando compiuti da un coniuge in danno dell’altro, ma anche, e più in generale, quando commessi ai danni di un qualsiasi altro membro della famiglia oppure di persone, come i fanciulli, particolarmente bisognose di protezione contro le possibili vessazioni e prepotenze altrui. Inoltre, in antitesi con quanto autorevolmente sostenuto da Carrara<sup>33</sup>, si fece largo l’opinione secondo cui la condotta costitutiva del delitto di maltrattamenti potesse essere integrata anche da atti di per sé già qualificabili come reato, quali le ingiurie, le minacce, le percosse o le stesse lesioni, poiché si trattava di condotte che nell’ambito della famiglia o nei confronti di persone maggiormente esposte alle vessazioni dell’agente, assumevano un disvalore diverso e ben più grave. In ultima istanza, venne sostenuto che il delitto di maltrattamenti doveva essere collocato tra quelli contro le persone.

Il legislatore del 1889 accolse queste proposte, ampliò il novero dei soggetti attivi e passivi del reato e collocò quest’ultimo nell’ambito dei delitti contro la persona. Anche se non mancò chi continuò a vedere nella famiglia il bene giuridico tutelato<sup>34</sup>, la dottrina prevalente, avallando la classificazione operata dai compilatori, ritenne che l’oggetto della tutela non fosse la famiglia in sé considerata, ma l’incolumità fisica e morale dell’individuo<sup>35</sup>.

Con l’entrata in vigore del codice Rocco il reato di maltrattamenti viene nuovamente inserito fra i delitti contro la famiglia, ma, paradossalmente, a dispetto della collocazione, il legislatore amplia ulteriormente la cerchia delle persone offese, indicando accanto alle persone della famiglia e ai

---

<sup>30</sup> F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 225.

<sup>31</sup> Esso stabiliva: “Chiunque, fuori dei casi indicati nell’articolo precedente, usa maltrattamenti verso persone della famiglia o verso un fanciullo minore dei dodici anni è punito con la reclusione fino a trenta mesi. Se i maltrattamenti siano commessi verso un discendente o un ascendente o un affine in linea retta, la pena è della reclusione da uno a cinque anni. Se i maltrattamenti siano commessi verso il coniuge, non si procede che a querela dell’offeso, e se questi sia un minore, anche a querela di coloro che, ove non fosse coniugato, avrebbero sopra di lui la patria potestà o l’autorità tutoria”.

<sup>32</sup> L’art. 561 del codice sardo del 1839 disponeva: “I cattivi trattamenti fra coniugi quando siano gravi o frequenti saranno puniti coll’ammonizione, con comminatoria degli arresti in caso di recidiva. Per questi fatti avrà soltanto luogo l’azione privata, salvi sempre i casi di reati più gravi”.

<sup>33</sup> F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale. Parte speciale*, II, Prato, 1883, 1399.

<sup>34</sup> P. TUOZZI, *Corso di diritto penale secondo il vigente codice d’Italia*, II, parte II, Napoli, 1891, 573 ss.

<sup>35</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II ed., VII, Torino, 1922, 232.

minori degli anni quattordici, anche le persone sottoposte all'autorità del colpevole e a lui affidate per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte. La ragione principale dell'ampliamento della categoria dei soggetti passivi del reato e della collocazione della norma fra i delitti contro la famiglia si legge chiaramente nella relazione del Guardasigilli al re: in coerenza con il clima politico-sociale dell'epoca, Arturo Rocco intendeva sottolineare la tutela che il sistema giuridico voleva offrire alla famiglia, intesa come società coniugale e parentale<sup>36</sup> e come "unità sociale", che, pur non essendo dotata di personalità giuridica, è considerata portatrice di interessi propri, trascendenti quelli dei singoli suoi componenti<sup>37</sup>.

Sulla scorta di quanto sostenuto dal Ministro Guardasigilli nella relazione, autorevole dottrina ha individuato il bene giuridico tutelato dall'art. 572 c.p. nell'interesse dello Stato alla salvaguardia della famiglia, quale nucleo elementare della società e quale istituto di diritto pubblico, contro quegli eccessi che consistono in maltrattamenti, inflitti per un fine diverso da quello di correzione o disciplina, a familiari o a fanciulli o a persone sottoposte all'autorità del reo o a lui affidate<sup>38</sup>. Viene precisato che "oltre al suddetto interesse caratteristico viene in considerazione anche quello relativo all'incolumità o al decoro delle persone", che, però, riceve tutela soltanto "in via subordinata e riflessa". Nel tentativo di giustificare la scelta sistematica del legislatore, si è anche sostenuto che il delitto di maltrattamenti sarebbe plurioffensivo: oggetto della tutela non è solo la famiglia, ma anche l'incolumità fisica e psichica delle persone indicate nell'art. 572 c.p. La norma, però, apparirebbe posta essenzialmente a tutela della famiglia, la quale costituisce un bene giuridico autonomo, appartenente a tutte le persone che di essa fanno parte e di cui sono titolari i soggetti passivi del reato<sup>39</sup>. In una posizione intermedia tra i due indirizzi appena citati, se ne colloca un terzo, il quale ritiene che "oggetto specifico dei reati familiari non sono i beni o gli interessi della famiglia, di cui questa sarebbe titolare quale soggetto passivo, ma i singoli rapporti familiari o meglio di familiarità, ossia quei rapporti psicologici di varia natura intercorrenti anche fra persone, fra le quali non vi siano rapporti di coniugio, di parentela o di affinità"<sup>40</sup>.

Tali orientamenti, a ben vedere, non appaiono condivisibili. In primo luogo, nella norma si fa esplicito riferimento anche a persone estranee alla famiglia, che, proprio per essere menzionate in contrapposizione alle prime, non possono certamente essere considerate come membri del gruppo familiare cui appartiene il soggetto attivo<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Vedi *Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, parte II, Roma, 1929, 358 ss.

<sup>37</sup> C. SALTELLI - E. ROMANO DI FALCO, *Commentario teorico-pratico al nuovo codice penale*, Torino, 1940, 156.

<sup>38</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., VII, Torino, 1984, 920.

<sup>39</sup> M. A. COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, Napoli, 1963, 32.

<sup>40</sup> G. D. PISAPIA, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 521.

<sup>41</sup> F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., 230. Secondo M. A. COLACCI, *op. loc. ult. cit.* tale obiezione può essere agevolmente superata. A parer suo, il legislatore avrebbe impiegato un concetto molto ampio di famiglia, ricomprendendo in tale nozione sia i componenti della famiglia in senso stretto, sia le altre persone menzionate nella norma. Contrario, invece, alla possibilità di formulare una nozione unica di famiglia, valida per tutti i campi del diritto o almeno per il diritto penale, G. D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, 71, il quale ritiene che il legislatore non impieghi il termine "famiglia" in un significato univoco, ma gli attribuisce di volta in volta contenuti diversi. L'interprete, quindi, non può fondarsi aprioristicamente su un concetto di famiglia valevole sempre, ma deve verificare ogni volta quale significato il termine abbia nel contesto normativo oggetto di interpretazione. Il raggruppamento di alcuni reati in un autonomo titolo dedicato ai delitti contro la famiglia sicuramente non è privo di significato, perché esprime lo scopo della tutela, il fine che il legislatore ha voluto perseguire e che lo ha indirizzato nella rilevazione dei

In secondo luogo, una simile concezione della famiglia, che potremmo definire ‘paternalistica’, dopo l’avvento della Costituzione repubblicana, deve ritenersi abbandonata, perché non corrispondente al quadro di valori in essa delineato. Come opportunamente evidenziato, la reale portata del delitto di maltrattamenti può essere colta soltanto attraverso una lettura combinata dell’art. 572 c.p. e dell’art. 2 Cost., secondo cui la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità<sup>42</sup>. La famiglia rappresenta proprio una delle formazioni sociali *intermedie* fra l’individuo e lo Stato, entro le quali si forma e si afferma la personalità del primo. È definita “sociale” perché non cristallizzabile in schemi fissi, ma aperta alle trasformazioni culturali e valoriali della società, come dimostra, del resto, la modifica che la l. n. 172/2012 ha apportato alla rubrica e al contenuto dell’art. 572 c.p., inserendo il “convivente” nel novero dei soggetti del reato.

Seguendo questa linea di pensiero, dunque, il riferimento ai diritti della famiglia non comporta il riconoscimento ad essa di diritti autonomi, distinti da quelli dei suoi membri, ma unicamente la concessione ad essa di “una sfera di autonomia, che le consente di organizzarsi e sulla quale lo Stato non ha poteri di interferenza se non per imporre il rispetto dei principi fondamentali cui l’ordinamento intende conformarsi”<sup>43</sup>.

Sostenere, però, che la famiglia in sé non può rappresentare un bene giuridico da tutelare, non significa ancora aver individuato esattamente l’oggetto della tutela dell’art. 572 c.p.; infatti sul punto è necessaria una precisazione.

Nell’ambito di coloro che criticano la collocazione topografica della disposizione, ritenendo sarebbe stato preferibile inserirla tra i delitti contro la persona, possiamo distinguere due orientamenti interpretativi. Secondo il primo indirizzo, prevalente in giurisprudenza, il bene giuridico tutelato dalla disposizione sarebbe l’integrità psico-fisica del soggetto passivo<sup>44</sup>.

I fautori del secondo orientamento, invece, concentrando l’attenzione sui rapporti familiari e sui rapporti di autorità e di affidamento richiamati nella norma, ritengono che l’art. 572 c.p. tutelerebbe la parte più debole di un rapporto contro le sopraffazioni di colui che gode di una posizione di supremazia<sup>45</sup>. Soltanto chi è investito di autorità o chi ha ricevuto una persona in affidamento può essere soggetto attivo del delitto di maltrattamenti. Il sottoposto, la persona affidata, se percuotono, se ledono, se ingiuriano abitualmente il superiore o il soggetto a cui sono stati affidati, non possono certamente essere considerati responsabili del delitto di maltrattamenti, ma risponderanno soltanto

---

beni da proteggere; certamente il ministro Rocco ha inteso tutelare la famiglia per l’importanza che questa riveste nel tessuto sociale, ma lo scopo della tutela non può e non deve essere confuso con i singoli beni giuridici oggetto di tutela dei vari reati. Dire quindi che il bene giuridico tutelato dalla norma è la famiglia significa confondere lo scopo della tutela con l’oggetto della tutela.

<sup>42</sup> T. DELOGU, *Diritto penale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di C. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI, vol. VII, Padova, 1995, 10.

<sup>43</sup> L. MONTICELLI, *Commento all’art. 572 c.p.*, in *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, vol. VI, a cura di A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, Torino, 2009, 626.

<sup>44</sup> Cfr. M. MIEDICO, *Commento all’art. 572 c.p.*, in *Codice Penale commentato*, a cura di G. MARINUCCI - E. DOLCINI, III ed., Milano, 2011, 5129; Cass. Pen., sez. VI, n. 3419/2007, in *Cass. Pen.*, 2007, 4593 ss.; Cass. Pen., n.2130/1992, in *Riv. Pen.*, 1992, 651.

<sup>45</sup> F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., 233; A. PANNAIN, *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, Napoli, 1964, 36.

dei singoli e diversi reati da loro commessi<sup>46</sup>. Secondo quest'indirizzo, oggetto della valutazione legislativa non sono l'autorità o l'affidamento in sé; "al legislatore non interessa la degenerazione del rapporto in sé considerata e da chiunque provenga, il mancato rispetto (in sé o da chiunque provenga) delle reciproche posizioni in un rapporto fondato sull'autorità di un soggetto nei confronti dell'altro, la violazione (in sé e da chiunque provenga) della fiducia su cui riposano i rapporti di affidamento"<sup>47</sup>; ma si preoccupa di tutelare solo un certo tipo di degenerazione del rapporto: quella addebitabile alla parte più forte e che si esprime attraverso condotte vessatorie. Di conseguenza, bene giuridico tutelato dalla norma in esame è l'interesse del soggetto al rispetto, prima ancora che della propria incolumità fisica e psichica, della propria personalità nello svolgimento del rapporto.

A favore di questa conclusione militano diversi argomenti<sup>48</sup>. Innanzitutto, la menzione dei vari rapporti (familiari, fondati sull'autorità e sull'affidamento) nella stessa proposizione normativa. Si può, cioè, presumere che il bene giuridico in gioco sia sempre lo stesso, che una certa analogia colleghi le diverse ipotesi e che il legislatore abbia ravvisato rispetto ad esse le medesime ragioni di tutela. In questa prospettiva, indice significativo della correttezza di tale assunto è la definizione della condotta costitutiva del delitto con un'unica espressione, "maltratta". Questo dato, unito ai precedenti rilievi, consente di affermare che nel giudizio del legislatore il comportamento punibile può realizzarsi nelle stesse forme a prescindere dalla natura del rapporto intercorrente tra le parti; esso presenta lo stesso disvalore, sia quando viene posto in essere contro una persona della famiglia, sia quando ricade su persone sottoposte o affidate al reo. In secondo luogo, all'elencazione delle varie ipotesi delittuose in un'unica proposizione normativa corrisponde anche l'identità della sanzione irrogabile, che è, appunto, identica in tutti i casi previsti dalla disposizione. Infine, a supporto di questo indirizzo interpretativo, vi è la tradizione. Già durante la vigenza del codice Zanardelli quando mancava nell'art. 391 l'esplicito riferimento alle persone sottoposte all'autorità del reo o a lui affidate, dottrina e giurisprudenza prevalenti, attraverso un'interpretazione estensiva del termine "persone della famiglia", erano giunte a ritenere configurabile il reato anche nei confronti di quelle persone (domestici, dipendenti, allievi, malati ecc...) che oggi una corretta interpretazione dell'art. 572 c.p. porta a qualificare non come persone della famiglia del reo, ma come sottoposte alla sua autorità o a lui affidate. In altri termini, la coscienza giuridica aveva cioè già posto sullo stesso piano rapporti che esigevano la medesima tutela e che il codice Rocco ha poi inserito espressamente accanto a quelli familiari in senso proprio<sup>49</sup>.

In conclusione, quindi, l'indirizzo ermeneutico che individua nella personalità del soggetto passivo il bene giuridico tutelato appare maggiormente condivisibile, in quanto mette nel giusto risalto la differenza che sussiste fra il bene che può essere offeso anche dalla singola condotta 'maltrattante', ovvero l'integrità psico-fisica, ed il bene che invece viene offeso dalla reiterazione dei maltrattamenti, cioè la personalità. Sia pure attraverso la lesione dell'integrità psico-fisica, nel delitto di maltrattamenti, l'individuo è coinvolto nell'intera sua dimensione e dignità di persona. Il termine personalità, com'è stato giustamente evidenziato, è certamente più vago e sfumato di quello

---

<sup>46</sup> F. COPPI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>47</sup> F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., 235.

<sup>48</sup> In senso conforme, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la persona*, vol. II, tomo I, II ed., Bologna, 2009, 346.

<sup>49</sup> F. COPPI, *Profili del reato di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli (lineamenti storici)*, in *Arch. Pen.*, 1974, 185.

di “integrità psico-fisica”, ma è più capace di esprimere una situazione in cui le sofferenze fisiche e psichiche non rilevano di per se stesse, ma quali veicoli di un’offesa ancor più profonda, rappresentata dalla negazione della dignità umana, dall’oppressione ingiustificata della libertà fisica e morale, dall’ostacolo al regolare sviluppo della personalità<sup>50</sup>.

3.1. Nonostante la norma esordisca col pronome “chiunque”, il delitto di maltrattamenti contro familiari o conviventi non può essere considerato un reato comune; l’art. 572 c.p., infatti, richiede che tra soggetto attivo e soggetto passivo sussista una particolare relazione rientrante in quelle indicate dalla legge<sup>51</sup> (rapporto familiare, rapporto di autorità o rapporto di affidamento determinato da ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l’esercizio di una professione), per cui si tratta di un reato proprio.

Volendo analizzare le singole ipotesi prese in considerazione dalla norma, va rilevato quanto segue. Per quanto riguarda i rapporti familiari, già prima della modifica operata con la l. n. 172/2012, che ha esteso anche al convivente la tutela apprestata dall’art. 572 c.p., dottrina e giurisprudenza prevalenti, prendendo in considerazione gli avvenuti mutamenti della realtà sociale, ritenevano che il delitto fosse configurabile anche se commesso nell’ambito di una famiglia di fatto, intesa come “unione di persone fra le quali, per intime relazioni e consuetudini di vita, siano sorti legami di reciproca assistenza e protezione”<sup>52</sup>. Per quanto concerne i rapporti fondati sull’autorità di un soggetto rispetto ad un altro, anche se in passato si è ritenuto fosse necessario un vincolo giuridico<sup>53</sup>, l’orientamento oggi prevalente ritiene sufficiente la sussistenza di una situazione di supremazia e di soggezione anche di mero fatto<sup>54</sup>. In riferimento, infine, ai rapporti di affidamento derivanti da ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza e custodia o per l’esercizio di una professione o di un’arte, parte della dottrina ritiene che il reato *de quo* sia configurabile solo se essi si fondano su un vincolo formale, di diritto privato o pubblico, in grado di dar luogo a quella continuità ed intimità di relazioni implicitamente richieste per la consumazione del reato, fino a ricomprendere rapporti di tirocinio, assistenza o di prestazioni di opera. Tuttavia, secondo un altro indirizzo, non appare indispensabile un rapporto formale tra agente e vittima, ma è sufficiente che si venga a creare tra le parti un rapporto di affidamento anche di fatto, tale da determinare uno stato di soggezione della persona offesa, che, in tal modo, si trova esposta alle vessazioni ed alle umiliazioni di chi sarebbe chiamato, nei suoi confronti, a doveri di assistenza<sup>55</sup>.

Il legislatore individua la condotta punibile mediante il verbo ‘maltrattare’, espressione che è stata da più parti criticata per la sua indeterminatezza<sup>56</sup>, in quanto abbraccia una grande varietà di modi di agire, tutti volti a provocare nella vittima uno stato di sofferenza fisica o morale continuo,

---

<sup>50</sup> F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., 235.

<sup>51</sup> G. D. PISAPIA, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1964, 73.

<sup>52</sup> F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979, 241 ss.

<sup>53</sup> F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., 224 e 257.

<sup>54</sup> M. MENEGHELLO, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in S. RIONDATO (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, vol. IV, II ed., Milano, 2011, 517 ss.

<sup>55</sup> L. MONTICELLI, *Commento all’ art. 572 c.p.*, in *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, cit., 646.

<sup>56</sup> M. MAZZA, *Maltrattamenti ed abuso dei mezzi di correzione*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990, 6; G. D. PISAPIA, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., 72.

con effetti di prostrazione ed avvilitamento<sup>57</sup>. Dottrina e giurisprudenza ritengono che il termine “maltrattamenti” implichi una pluralità di atti; si tratta, infatti, di una parola che nel linguaggio comune indica un comportamento ripetuto nel tempo. Ad avvalorare tale interpretazione è la rubrica dell’art. 727 c.p., in cui il sostantivo è impiegato al singolare - “maltrattamento”- dimostrando, appunto, come il legislatore, consapevolmente, abbia attribuito un diverso significato alle due locuzioni.

La condotta può realizzarsi sia in forma di azione che di omissione e tanto attraverso atti che costituiscono già di per sé reato (percosse, ingiurie, lesioni, minacce, ecc...), quanto mediante comportamenti non qualificabili *ex se* come reato, ma che, considerati insieme, nel loro protrarsi nel tempo, determinano quell’effetto di maltrattamento che la fattispecie intende reprimere.

Alcuni Autori ed un’esigua parte della giurisprudenza hanno ascritto il reato di maltrattamenti alla categoria di quelli permanenti<sup>58</sup>. Si è tuttavia obiettato che nel reato permanente l’antigiuridicità della condotta si protrae senza soluzione di continuità, mentre nel delitto di maltrattamenti si possono alternare momenti di tranquillità a momenti di forte tensione: mancherebbe, dunque, proprio la struttura tipica del reato permanente, cioè l’assidua continuità della condotta<sup>59</sup>. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti, infatti, alla luce delle considerazioni appena effettuate, hanno ricondotto la pluralità degli atti al carattere abituale del comportamento<sup>60</sup>. Ciò implica che la fattispecie si perfeziona con il compimento di una pluralità di atti, legati tra loro dal vincolo dell’abitualità, cioè dalla continuità e ripetitività nel tempo.

Circa la fattispecie soggettiva, per concludere questa breve analisi degli elementi costitutivi del delitto, va osservato come il reato di cui all’art. 572 c.p., ai fini della sua configurabilità, richieda un dolo generico<sup>61</sup>, non un dolo specifico come sostenuto da un autorevole orientamento dottrinario<sup>62</sup>, né un ‘dolo unitario’, come ritenuto da giurisprudenza risalente<sup>63</sup>. La dottrina prevalente, infatti, ritiene sufficiente la coscienza e la volontà, di volta in volta, di porre in essere i singoli comportamenti, accompagnati dalla consapevolezza che un nuovo atto prevaricatorio si aggiungerà ai precedenti, dando vita ad un sistema di condotte vessatorie ed umilianti<sup>64</sup>. Com’è stato opportunamente rilevato, pretendere la rappresentazione fin dall’inizio di tutti gli atti e ritenere che la condot-

<sup>57</sup> G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 347.

<sup>58</sup> F. MANTOVANI, *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, in *Studi in onore di Antolisei*, Milano, 1965, II, 246; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., 929.

<sup>59</sup> F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., 270.

<sup>60</sup> F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., 273.; M. A. COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., 95; G. D. PISAPIA, *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, cit., 75.

<sup>61</sup> F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., 254; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 348.

<sup>62</sup> C. F. GROSSO, *Maltrattamenti di più persone in famiglia. Reato unico o pluralità di reati?*, in *Riv. it. matrimoniale e famiglia*, 1963, 165. Si veda anche Cass. Pen., 15-11-1954, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1955, con nota di PETTOELLO MANTOVANI, *Maltrattamenti in famiglia e dolo specifico*, 564 ss.

<sup>63</sup> Cass. 20 gennaio 1965, in *Cass. pen. mass.*, 1965, 598; Cass. 18 gennaio 1961, in *Arch. pen.*, 1962, II, 227; Cass. 18 marzo 1971, in *Cass. pen. mass.*, 1972, 1238; Cass. 21 marzo 1971, *ivi*, m. 1716; Cass. 3 febbraio 1971, *ivi*, 1972, 534. In tali pronunce la giurisprudenza parla di «intuizione unica o unitaria», di «condotta programmata», di «volontà di commettere abitualmente sevizie nel tempo», di «coscienza e volontà di realizzare abitualmente maltrattamenti in modo continuo ed abituale», di un dolo insomma “unitario, perdurante e pressoché programmatico” che «abbraccia e fonde in una sola e diversa entità criminosa in singoli fatti”.

<sup>64</sup> F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., 280; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 348.

ta consista nella realizzazione di un programma che l'agente si è prefigurato in un momento precedente<sup>65</sup> “significa ignorare un dato di esperienza difficilmente disconoscibile” e che l'interprete deve tenere necessariamente presente: “normalmente i maltrattamenti non nascono come esecuzione di un regime di vita che il soggetto attivo aveva già fin dall'inizio deciso di imporre”<sup>66</sup>.

Tenuto conto di quanto osservato in ordine al bene giuridico tutelato dalla norma in, possiamo rilevare quanto segue: se il dolo è rappresentazione e volontà del fatto e del suo disvalore, se la condotta del delitto di maltrattamenti postula una pluralità di atti reiterati nel tempo e se proprio il requisito della reiterazione induce ad individuare quale oggetto della tutela un bene giuridico diverso da quello eventualmente offeso dai singoli atti autonomamente considerati, è ragionevole ritenere che il dolo nel reato *de quo* sia costituito dalla rappresentazione del particolare disvalore prodotto dalla ripetizione degli atti da parte dell'agente, e precisamente dalla rappresentazione dell'incidenza degli stessi sulla personalità della vittima. Tale incidenza è propria della reiterazione e va oltre l'offesa prodotta al singolo bene (onore, integrità fisica, ecc.) dal singolo atto autonomamente considerato<sup>67</sup>.

4. Analizzate sinteticamente le caratteristiche del *mobbing* e del delitto di maltrattamenti verso familiari o conviventi, vediamo ora se, ed in che misura, le condotte mobbizzanti siano suscettibili nella fattispecie di cui all'art. 572 c.p. Quest'ultima, nel corso del tempo, è stata reputata la più “affine” al fenomeno, in quanto sembrerebbe condividere con esso tre elementi: la pluralità degli atti, la loro reiterazione e la disparità di forze tra il soggetto che attua e il soggetto che subisce, rispettivamente, le condotte maltrattanti e quelle di *mobbing*.

Sull'applicabilità dell'art. 572 c.p. alle ipotesi di vessazione nei luoghi di lavoro, si registrano due orientamenti giurisprudenziali differenti, l'uno più risalente, l'altro più recente e oggi sicuramente predominante. Il primo ritiene applicabile la fattispecie a tutte le tipologie di rapporti di lavoro subordinato, senza alcuna distinzione. In particolare, la Corte di Cassazione ha ritenuto che “il rapporto intersoggettivo che si instaura tra datore di lavoro e lavoratore subordinato, essendo caratterizzato dal potere direttivo e disciplinare che la legge attribuisce al datore nei confronti del lavoratore dipendente, pone quest'ultimo nella condizione, specificamente prevista dalla norma penale testé richiamata [art. 572 c.p.], di “persona sottoposta alla sua autorità”, il che, sussistendo gli altri elementi previsti dalla legge, permette di configurare a carico del datore di lavoro il reato di maltrattamenti in danno del lavoratore dipendente”<sup>68</sup>. Il secondo orientamento, invece, sostiene che le condotte di *mobbing* possano essere ricondotte nella sfera applicativa della fattispecie dei maltrattamenti contro familiari o conviventi, “soltanto se il rapporto tra datore di lavoro e il dipendente o tra il preposto e il lavoratore soggetto all'autorità del primo assuma natura para-familiare, in quanto ca-

---

<sup>65</sup> Si vedano sul punto, MOSSO, *L'elemento soggettivo nel reato abituale e nel reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 197 ss.; C. F. GROSSO, *Maltrattamenti di più persone in famiglia: reato unico o pluralità di reati?*, in *Riv. dir. matr.*, 1963, 165 ss., i quali, per giunta, sottolineano come i maltrattamenti abbiano la loro matrice psichica in uno stato di malanimo del reo.

<sup>66</sup> F. COPPI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>67</sup> F. COPPI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>68</sup> Cass. Pen., sez. VI, n. 10090/2001; Cass. Pen., sez. VI, n. 28553/2009; Cass. Pen., sez. V, n. 3364/2006. Tutte reperibili su [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)

ratterizzato da relazioni intense ed abituali, da consuetudini di vita tra i detti soggetti, dalla soggezione di una parte nei confronti dell'altra, dalla fiducia riposta dal soggetto più debole del rapporto in quello che ricopre la posizione di supremazia"<sup>69</sup>.

A ben vedere, quest'ultimo indirizzo ermeneutico non convince del tutto<sup>70</sup>. Seppur risulti apprezzabile lo sforzo della Suprema Corte di restringere il campo di operatività della disposizione – probabilmente per frenare futuribili e possibili derive interpretative – e ci appaia condivisibile anche l'assunto, più volte ribadito<sup>71</sup>, secondo cui l'art. 572 c.p. non costituisce norma precipuamente volta alla tutela penale del *mobbing* lavorativo, riteniamo che il criterio della “para-familiarità” non sia il più adeguato per stabilire cosa è *mobbing* e cosa non lo è; soprattutto, non crediamo sia un parametro sufficientemente determinato e affidabile dal quale far dipendere la punibilità delle condotte di volta in volta considerate.

In primo luogo, attraverso un'interpretazione siffatta, la Cassazione conferisce rilievo alle sole relazioni familiari o a queste assimilabili, escludendo tutti gli altri rapporti menzionati dalla norma, i quali – come abbiamo avuto modo di osservare nei paragrafi precedenti – sono rapporti diversi da quelli esistenti in un contesto familiare, ma ad essi accomunati, in quanto parimenti fondati sulla posizione di debolezza di uno dei due soggetti della relazione. In secondo luogo, con il riferimento al requisito della “para-familiarità” il giudice di legittimità sembra abbracciare quell'orientamento interpretativo che vede nella famiglia il bene giuridico tutelato dalla norma – o quanto meno il bene giuridico prevalente – ignorando completamente il dato normativo, la Costituzione e i mutamenti che sono intervenuti nella realtà sociale, i quali, valutati nel loro insieme, portano a ritenere che il bene giuridico salvaguardato dalla disposizione sia la personalità dell'individuo.

In realtà, anche a voler ritenere che la famiglia sia il vero o il principale oggetto della tutela, l'introduzione nella norma di un elemento non previsto, quale è quello della “para-familiarità”, è operazione interpretativa che in maniera inequivocabile possiamo ricondurre all'analogia, vietata espressamente in materia penale.

Reputare configurabile il delitto di maltrattamenti solo in quei casi in cui vengano in rilievo rapporti di lavoro caratterizzati da “relazioni intense” o “consuetudini di vita” significa creare un'inaccettabile disparità di trattamento tra lavoratori, in quanto restano scoperti dall'ombrello della tutela offerto dall'art. 572 c.p. quei dipendenti che, nonostante siano comunque sottoposti ad un superiore gerarchico, sono inquadrati in un rapporto di lavoro subordinato che potremmo definire ‘impersonale’ o ‘spersonalizzato’.

Infine, e più in generale, va osservato come la fattispecie dei maltrattamenti presenti un notevole limite rispetto al fenomeno del *mobbing*: essa risulta applicabile soltanto al *bossing*, non essendo in grado di coprire né il *mobbing orizzontale*, né quello *verticale discendente*; ipotesi

---

<sup>69</sup> Cass. Pen., sez. VI, n. 685/11; In senso conforme: Cass. Pen., sez. VI, n. 44589/15; Cass. Pen., sez. VI, n. 40320/15; Cass. Pen., sez. VI, n. 28603/13. Sentenze tutte reperibili su [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)

<sup>70</sup> R. BARTOLI, *Mobbing e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, I, 90.

<sup>71</sup> Da ultimo, si veda Cass. Pen., sez. VI, n. 45077, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it), in cui viene precisato che «la figura di reato di cui all'art. 572 c.p. non costituisce la tutela penale del c.d. *mobbing* lavorativo, il quale, ove dante luogo a condotte autonomamente punibili (ingiurie, diffamazione, minacce, percosse, lesioni personali, violenza provata), trova nelle corrispondenti figure di reato il relativo presidio”

quest'ultima indubbiamente rara, ma più diffusa di quanto si possa pensare (es. nomina di un dirigente che intende apportare riforme organizzative)<sup>72</sup>.

5. Nonostante l'art. 572 c.p. presenti il grosso inconveniente di non riuscire a ricomprendere tipologie di *mobbing* diverse dal *bossing*, una parte della dottrina lo ritiene comunque la norma più adeguata per contrastare il fenomeno<sup>73</sup>. Alla luce di un'interpretazione teleologicamente orientata alla tutela del bene giuridico della personalità dell'individuo, è stato sostenuto che non vi è alcuna ragione ostativa all'applicazione della fattispecie di maltrattamenti ad ogni rapporto di subordinazione, svincolandola da una dimensione strettamente familiare: sarebbe la menzione nella stessa disposizione di rapporti diversi da quello familiare a legittimare una simile interpretazione estensiva.

In alternativa all'accoglimento di una simile soluzione ermeneutica, è stata prospettata un'interessante ipotesi di riforma: l'introduzione nel nostro codice penale di una fattispecie di "maltrattamenti sul lavoro", un eventuale art. 572-bis. c.p., dal seguente tenore letterale: "Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona con la quale intrattiene rapporti di subordinazione o di colleganza in ambiente di lavoro pubblico o privato, è punito con la reclusione..."<sup>74</sup>.

Anche se la formulazione della norma reca il non trascurabile vantaggio di rendere punibili anche il *mobbing orizzontale* e quello *verticale discendente*, riteniamo che la locuzione "maltratta", già criticata all'indomani dell'entrata in vigore del codice Rocco perché eccessivamente generica, non sia la più adatta a ricomprendere la vasta gamma delle condotte mobbizzanti.

Inoltre, siamo dell'idea che l'introduzione di una norma incriminatrice *ad hoc* per combattere il *mobbing* non sia la soluzione più corretta e che lo strumento penale non sia quello più efficace. Pur in assenza di un apposito reato "di" *mobbing* o di una normativa specifica in materia, infatti, la vittima può avvalersi di un'ampia rosa di strumenti di matrice civilistica, ferma restando l'applicazione, ove ne ricorrano i presupposti, delle figure di reato già esistenti ed idonee a reprimere i singoli tasselli, ovvero le singole offese espresse dalla complessa condotta mobbizzante: dai delitti di ingiuria, diffamazione, minacce, percosse, lesioni<sup>75</sup>, alle fattispecie più generiche di violenza privata o abuso di ufficio nel pubblico impiego<sup>76</sup>.

Com'è noto, il principio di sussidiarietà del diritto penale consente il ricorso allo strumento penalistico solo nel caso in cui tutte le altre forme di tutela si rivelino inefficaci<sup>77</sup> e tale condizione,

<sup>72</sup> R. BARTOLI, *Mobbing e diritto penale*, cit., 91; ID., *Fenomeno del mobbing e tipo criminoso forgiato dalla fattispecie di maltrattamenti in famiglia* in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28 Ottobre 2011; C. LONGOBARDO, *Mobbing e diritto penale: un binomio possibile?* in N. BOTTA - C. LONGOBARDO - R. STAIANO - A. ZINGAROPOLI, *Mobbing, stress e diritti violati*, Napoli, 2003, 197.

<sup>73</sup> M. SCALIA, *La problematica rilevanza penale delle condotte persecutorie sul luogo di lavoro*, cit., 1315; C. PARODI, *Ancora su mobbing e maltrattamenti in famiglia*, cit., 13.

<sup>74</sup> M. SCALIA, *La problematica rilevanza penale delle condotte persecutorie sul luogo di lavoro*, cit., 1316.

<sup>75</sup> Propende per una maggiore valorizzazione del delitto di lesioni personali nel contrasto al *mobbing*, S. BONINI, *Sulla tutela penale di vittime fragili. Questioni sospese in materia di atti persecutori e di femminicidio (dopo il D. L. 93/2013). A margine un'apertura della Cassazione in tema di Mobbing e lesioni personali*, in *Ind. pen.*, 2014, 2, 697-698.

<sup>76</sup> È di questo avviso C. LONGOBARDO, *Mobbing e diritto penale: un binomio possibile?*, cit., 203.

<sup>77</sup> Sul principio di sussidiarietà in diritto penale, si veda, in particolare, S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, in AA. VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2002, 133 ss.

nel caso del *mobbing*, è ancora tutta da dimostrare<sup>78</sup>. Pur senza entrare nel merito di una questione che, per la sua complessità, esula dai confini della presente indagine, non è da sottovalutare la tesi, di origine civilistica, che attribuisce al risarcimento del danno patrimoniale (a cui il giudice civile può condannare i *mobbers*)<sup>79</sup> “l’idoneità a svolgere ancora un utile ruolo di ‘prevenzione’ e di ‘retribuzione’”<sup>80</sup>.

Nutriamo, poi, dei dubbi anche circa la capacità di una norma incriminatrice *ad hoc* di orientare le condotte dei *mobbers* più efficacemente di quanto non facciano le norme penali esistenti o le norme provenienti da altri settori dell’ordinamento. Le nostre perplessità, quindi, concernono l’effettività della norma penale, intesa come idoneità della fattispecie a perseguire lo scopo di tutela selezionato dal legislatore<sup>81</sup>. Il paradigma dell’ineffettività è rappresentato generalmente dalla legislazione penale simbolica, cui appartengono le leggi ‘emotivo-conflittuali’ “destinate non a risolvere un problema sociale, ma a canalizzare attraverso il ricorso emotivo alla pena i relativi conflitti”<sup>82</sup> e le leggi di ‘appello morale’, volte a generare, attraverso il forte segnale dello stigma della pena, campagne di moralizzazione diffuse. Una disciplina specifica del ‘problema *mobbing*’ rischia di materializzarsi, appunto, in una legge simbolica, riconducibile probabilmente ad entrambe le categorie appena menzionate. Se, come si legge nella Relazione che accompagna uno degli ultimi progetti di legge presentati in tema di *mobbing*, alla base delle richieste di nuove e più severe incriminazioni si collocano “ragioni etiche, umane, di giustizia e correttezza nei rapporti umani”<sup>83</sup>, e non esigenze razionali ed empiricamente fondate, è assai probabile che un’eventuale legge emanata per soddisfare tali esigenze nasca già affetta da gravi distorsioni<sup>84</sup>.

Anche ammettendo che lo scoglio dei principi di sussidiarietà e di effettività del diritto penale possa essere superato, si prospettano insormontabili difficoltà nella fase di tipizzazione delle condotte incriminabili<sup>85</sup>. La nozione di *mobbing*, com’è stato osservato, è il frutto dell’elaborazione delle scienze sociali che lo hanno definito come processo in evoluzione, come stillicidio di azioni o omissioni che, singolarmente considerate, potrebbero anche risultare del tutto insignificanti. Sotto l’etichetta ‘*mobbing*’, se ci si affidasse agli esiti degli studi effettuati dalla psicologia del lavoro, si finirebbe per inserire una pluralità di condotte, dal contenuto più vario, dai contorni incerti e prive di materialità. Né può venire in soccorso la definizione di *mobbing* elaborata dalla Corte Costitu-

<sup>78</sup> A. SZEGO, *Mobbing e diritto penale*, cit., 69.

<sup>79</sup> Sulla questione del danno esistenziale da *mobbing*, per tutti: H. EGE, *La valutazione peritale del danno da mobbing*, cit., *passim*; L. GRECO, *danno esistenziale e risarcimento da mobbing*, in *Riv. crit. lavoro*, 2001, II, 411 ss.; P. TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, 251 ss.

<sup>80</sup> G. BONILINI, *Danno morale*, in *Dig. disc. priv.*, V, Torino, 1989, 87.

<sup>81</sup> C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 460 ss.

<sup>82</sup> C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 538-539.

<sup>83</sup> Relazione al disegno di legge 22 dicembre 2004, n. 3255, presentato dal Senatore Magnalbò. Il progetto, recante “Norme per contrastare il fenomeno del *mobbing*”, riproduce e amplia la Proposta di legge n. 1290, presentata il 7 marzo 2002, dal Senatore Eufemi.

<sup>84</sup> A. SZEGO, *Mobbing e diritto penale*, cit., 71.

<sup>85</sup> Ne sono un esempio i diversi progetti di legge presentati in materia di *mobbing*, tutti censurabili sotto il profilo della determinatezza/tassatività delle incriminazioni previste. Si vedano soprattutto i seguenti progetti: il n. 1813/1996, presentato dal deputato Cicu, il n. 6410/1999 presentato dal deputato Benvenuto e il n. 6667/2000 di iniziativa del deputato Fiori. Per un’analisi critica e puntuale di questi progetti, si rinvia a A. SZEGO, *Mobbing e diritto penale*, cit., 36 ss. e a C. LONGOBARDO, *Mobbing e diritto penale: un binomio possibile?*, cit., 188-196. Si vedano, anche i più recenti progetti n. 3048/2009, presentato dal deputato Turco e n. 3469/2010 di iniziativa dell’onorevole Miglioli.

zionale nella sentenza n. 359/2003, secondo cui “le condotte” (realizzate dal *mobber*) “possono estrinsecarsi sia in atti giuridici veri e propri sia in semplici comportamenti materiali aventi in ogni caso, gli uni e gli altri, la duplice peculiarità di poter essere, se esaminati singolarmente, anche leciti, legittimi o irrilevanti dal punto di vista giuridico, e tuttavia, acquisire comunque rilievo quali elementi di una complessiva condotta caratterizzata nel suo insieme dall’effetto, talvolta, secondo alcuni, dallo scopo di persecuzione ed emarginazione”. Anche una nozione di *mobbing*, così formulata, difficilmente si presterebbe ad essere importata nel diritto penale, in quanto in palese contrasto con il principio di determinatezza/tassatività<sup>86</sup>.

Dunque, date le premesse, “il suggerimento al riformatore dovrebbe così, sommessamente suonare: si astenga”<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Sull’importanza e sulla valenza del principio di determinatezza, si vedano in particolare, S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 11 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 51 ss.; G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla pena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 307 ss.

<sup>87</sup> C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 920.

# **La doppia crisi brasiliana delle fonti del diritto e della legalità processuale: i suoi riverberi sulla nullità nel processo penale**

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER

## **ABSTRACT**

*This article provides an analysis of the characterization of the criminal procedure from the point of view of its constitutional instrumentality. In its core, the debate will be given about the normative structure of the nullities theory in face of the impact provoked by the criminal process constitutionalization phenomena. Thus, it intends to allow a wide discussion about the methodological correctness of the contemporary nullity's theory in confront with a democratic and accusatory conception of criminal procedure.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Strumentalità della Procedura Penale e la nullità degli atti: una relazione complessa. – 3. Alcune note sulla limitazione concettuale. – 4. Le ragioni della riforma della teoria della nullità.

1. In Brasile, possiamo dire che impera una crisi doppia: crisi della teoria delle fonti del diritto e crisi della legalità processuale. La prima è più generica e grave, perciò ha avuto ed ha riverberi non soltanto sul processo penale, ma sul sistema giuridico nella sua interezza. Siamo davanti alla disgregazione dei paradigmi classici dello Stato Democratico di Diritto, sebbene il sistema non sia quello dei precedenti, come quello americano, i poteri della magistratura brasiliana sono capaci di introdurre diverse modificazioni che negano l'efficacia dei principi d'ordine costituzionale e consentono la manutenzione di un codice di procedura penale ispirato a quello italiano del 1930.

Questa crisi delle fonti giuridiche permette, inoltre, la costruzione di una teoria giurisprudenziale della nullità, attraverso la 'manipolazione' dei suoi precetti più elementari, cioè di quelli che consentono la tutela dei diritti fondamentali. In tal modo il processo penale diviene un insieme di elementi senza organizzazione sistematica, in un campo del più puro decisionismo, dove all'imputato non si garantisce adeguatamente l'adempimento delle forme processuali.

In buona sostanza, le due crisi camminano insieme: la crisi delle fonti del diritto è anche quella del principio di legalità processuale e, purtroppo, dello Stato di Diritto.

Se si vogliono individuare le cause non bisogna commettere l'errore di ritenere che tutto ciò sia classificabile come un insieme di sintomi. Le vere cause sono altre e vanno messe in un regime di visibilità, andando all'origine del problema, cioè analizzando la tradizione dottrinarie e giurisprudenziale, essendone patrimonio ereditario. Per questa via si mette a nudo una tradizione autoritaria incline a comandare ed a condizionare l'insieme di principi, che formano le categorie elementari della disciplina della nullità.

Per la verità, vi è una serie di principi informatori di tale teoria della nullità che originatosi da un contesto politico autoritario è poi traslato nello Stato di Diritto. Siamo davanti ai condizionamenti di un'incompatibilità logica, ad un processo penale trasformato in una machina di persecuzione senza limiti, che neppure la sovrabbondanza di diritti fondamentali, formalmente riconosciuti dalla Costituzione Brasiliana, riesce a frenarne la deformalizzazione delle garanzie.

Tre esempi possano servire come elementi d'identificazione della debolezza della teoria della nullità nel processo penale brasiliano, generalmente collegata alla nozione (metafisica e autoritaria) dell'impunità.

Ad esempio il caso del magistrato brasiliano, signor Fausto de Sanctis. Questo giudice, adesso magistrato di doppio grado del tribunale federale della terza regione di Brasile ha dichiarato, in un'intervista al giornale "Folha de São Paulo" nel maggio 28, che «c'è una parte di professionisti che si sono specializzati nelle nullità, sia perché non hanno condizioni di affrontare il merito, sia perché il ritardo del processo generata dai medesimi professionisti agevola il lavoro e anche genera guadagno facile. Una mancanza di vincolo con la verità e con quello che stabilisce la Costituzione rispetto alla necessità dei suoi lavori, qui incluso il lavoro degli avvocati». Com'è possibile osservare, le nullità appaiono vincolate ad una visione delle invalidità come ostacoli alla sentenza o anche come forme che pregiudicano la verità (una visione che nel medioevo consentiva l'accesso ad una verità materiale).

Una seconda esemplificazione è offerta dal Superiore Tribunale Federale (organo massimo nella struttura giuridica brasiliana), che ha trasformato tutte le nullità in nullità relative. In una pronuncia del 2011, originatasi dall'azione di *habeas corpus* numero 103.094-SP, il Supremo Tribunale Federale ha addossato alla difesa la dimostrazione del pregiudizio subito, nonostante si trattasse di una nullità assoluta, applicabile soltanto quando è logicamente possibile la prova del gravame. Questo orientamento risale ad una elaborazione giurisprudenziale più antica secondo cui «non si astringe alle nullità relative il dominio del principio fondamentale della disciplina delle nullità processuali – il vecchio *pas de nullité sans grief* – corollario della natura strumentale del processo (...) dove – sempre che possibile – deve essere dimostrata la prova del pregiudizio, nonostante si tratti di nullità assoluta (...)».

Allora siamo davanti ad un fenomeno interessante e importante nell'attuale cultura giuridica brasiliana: l'avanzare di una flessibilità o meglio, di una sorte di plasticità implicita degli atti processuali, cioè, la crescita di certe cause tacite di convalida degli atti processuali, costruita senza nessuna base epistemologica e, quindi, scientificamente indifendibile.

Più specificamente, il fondamento dell'orientamento è stato rinvenuto nel principio della strumentalità delle forme, di cui parlerò più avanti.

Il terzo caso non è veramente un esempio, ma credo che possa spiegare, almeno parzialmente, come è sorta l'idea di un'"avversione" alle forme ovvero l'idea che la nullità sia una categoria di cui beneficia in via unilaterale la difesa. L'origine della "relativizzazione delle nullità assolute", com'è possibile verificare nei casi appena riferiti, è basata sulle dottrine processualistiche, che governavano i criteri di individuazione delle finalità del processo penale. Purtroppo, siamo di fronte alla dottrina di un codice d'ispirazione autoritaria.

Ciò si evince chiaramente dalle parole del Ministro della Giustizia brasiliano allora, signor Francisco Campos, nell'esposizione della *ratio* sottesa al codice di procedura penale brasiliano del 1941, nella parte delle nullità processuali: «come già è stato detto dall'inizio, il progetto è avverso all'eccessivo rigorismo formale, che dà opportunità all'infinita serie di nullità processuali. Secondo la giusta avvertenza di un illustre processualista italiano, 'un buono diritto processuale deve limitare le sanzioni di nullità a quello stretto minimo che non può essere sottratto senza lesionare quei legittimi e gravi interessi dello Stato e dei cittadini. Il progetto non lascia spiraglio per il frivolo modo curiale, che ha piacere in ricercare le nullità. È consacrato il principio che nessuna nullità succede senza pregiudizio all'accusa o alla difesa. Non sarà dichiarata la nullità di nessun atto processuale, quando il medesimo non ha influenzato concretamente nella decisione della causa o nella depurazione della verità sostanziale».

Ma come si potrà osservare nel prossimo paragrafo, una teoria debole della nullità contribuisce sensibilmente alla produzione e alla conservazione di un regime autoritario; anche se ciò dipende in maniera incisiva dalla concezione della procedura penale adottata. Nessuna teoria della nullità può essere costruita senza una connessione con le finalità della procedura penale, cioè, la teoria della nullità ha le sue radici più profonde nel pensiero giuridico.

Così dal principio della strumentalità delle forme discende che nessuna nullità può essere dichiarata quando l'atto irregolare raggiunge le sue finalità. Ma quali sono queste finalità? Sono esse indipendenti dalle medesime finalità del processo penale oppure ne sono completamente dipendenti? .

2. Certo non è una novità che il processo penale sia uno strumento. Il rapporto tra diritto materiale e processuale è un problema presente da tempi lontani nella dottrina processuale; e da questa relazione, negli anni, sono scaturite molteplici questioni. Le teorie dell'azione e la loro applicazione alla procedura penale costituiscono l'esemplificazione di una discussione basata su errori metodologici.

Una derivazione dei gravi problemi trovati nella relazione fra diritto sostanziale e processuale può essere rinvenuta nella finalità del processo o anche, nella stessa configurazione concettuale assunta dal processo.

La strumentalità del processo, come regola, va definita dal punto di vista della sua relazione con il diritto materiale. Dunque, questo campo è quello della legittimazione del processo verso le sue radici sostanziali. Così, la legittimazione appare come il fondamento di sua medesima esistenza. La legittimazione o il fondamento della procedura penale è prodotto della sua capacità di operare le regole di diritto penale e di farle funzionare. Questo è così giacché il diritto penale non ha vita propria; pertanto, richiede uno strumento. Tuttavia, questa circostanza non può essere descritta come una relazione unilaterale; deve essere bilaterale, che è qualcosa di logico. Pertanto, ridotta appare la prospettiva secondo cui la strumentalità del processo sia offrire vita al diritto materiale.

La strumentalità del processo penale assume contorni concreti nel momento in cui si osserva il suo principio fondatore. Se nel diritto penale il suo *leitmotiv* può essere concepito come la garanzia della legalità materiale, nel processo penale il fondamento si ripete. Qui, come principio orienta-

tore si trova quello della necessità del processo verso la pena<sup>1</sup>, che opera, come ha detto Salvatore Satta, come una necessità ontologica<sup>2</sup>. In altre parole, non è ammissibile nessuna pena senza processo (*nulla poena sine iudicio*)<sup>3</sup>. Evidentemente, saremmo davanti alle connessioni specifiche tra processo e presunzione d'innocenza<sup>4</sup>. Quest'ultima, insomma, governa la relazione processuale penale, come diceva Carrara<sup>5</sup>.

Ora, se il processo è il cammino inesorabile per l'applicazione della pena (che è nulla, vuota senza questo *iter*), è possibile concepire il processo penale come uno strumento indispensabile al sistema punitivo. Tuttavia, non è questa caratteristica (di essere uno strumento per l'applicazione della pena) che offre ad esso legittimazione. La sua legittimità (la medesima strumentalità) non significa niente se non è connessa ad altro aspetto, che deve essere esaminato.

Vero è che il fenomeno punitivo è connesso alla figura del potere: potere e punizione sono elementi collegati. Il sistema penale è prodotto di dispositivi di potere che compongono una rete, essendo percepito come uno dei suoi più percettibili nodi. Infatti, così come la società è composta da strumenti e dispositivi che percorrono la società sotto una forma capillare (Foucault), il potere non è sufficiente a se stesso. La tendenza del potere è di esaurire i suoi limiti, oltrepassare le sue barriere, insomma, oltrepassare tutti gli ostacoli imposti<sup>6</sup>. Come afferma Eberhard Schmidt, il potere statale si mette davanti agli individui di forma notevole e pericolosa. Ma qualche tratto del potere coinvolge la possibilità di abusi<sup>7</sup>.

La legittimità oppure la strumentalità della procedura penale manifesta la sua rilevanza, quindi, non come la faccia apparente o inesatta della sua esistenza, ascisa al suo vettore principale, com'è possibile verificare nel senso della maggioranza dottrinarie. La strumentalità del processo penale, *stricto sensu*, si sostanzia nei suoi vincoli rispetto ai diritti fondamentali dell'imputato.

In altre parole, se il potere è tendente all'espansione, è compito del processo limitare il potere punitivo con la forma che minimizzare al massimo i rischi ai diritti fondamentali dell'imputato. Quindi, l'espressione strumentalità sarà trattata come strumentalità costituzionale della procedura penale. La sua legittimazione si trova garantita nel momento in cui si evita che la volontà statale di punire produca violazioni ai diritti di non-ingerenza statale.

---

<sup>1</sup> E. GOMEZ ORBANEJA, V. HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, VII ed. Madrid, Ediciones Madrid, 1972, *passim*.

<sup>2</sup> S. SATTA, *Il Mistero del Processo*. Milano, 1994, 25.

<sup>3</sup> Per Pisapia, il processo penale sarebbe il mezzo necessario e indefettibile dalla applicazione della legge penale sostanziale, si affermando nel senso cui la pena non può essere applicata tranne nel processo. G. D. PISAPIA, *Appunti di Procedura Penale*, vol. I, Milano, 1973, 44. Anche Conso e Gallo tracciano il principio della necessità come caratteristica distintiva della sfera civile e penale, considerando che la nota di necessità distingue il processo penale dal contenzioso civile. M. GALLO, G. CONSO, *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*, Milano, 1964, 5.

<sup>4</sup> Non si può dimenticare che l'idea di presunzione è etimologicamente pensata come una pré-occupazione. R. WHATELY, *Elements of Rethoric*, Nashville: Southern Methodist Publishing House, 1861.

<sup>5</sup> F. CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal Dictado en la Real Universidad de Pisa*, v. II trad. S. S. R. Gavier e R. C. Nuñez, Buenos Aires, 1944.

<sup>6</sup> N. BOBBIO, Prólogo, in L. FERRAJOLI, *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, 2004.

<sup>7</sup> E. SCHMIDT, *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*, trad. de Jose Manuel Nuñez, Buenos Aires, 2006, 26.

Secondo Goldschmidt<sup>8</sup>, il processo penale è come un termometro capace di misurare il grado di elementi autoritari o corporativi di un dato Stato. In similari parole dice Hassemer che la procedura penale non è altra cosa che diritto costituzionale applicato<sup>9</sup>.

In Brasile predomina la funzione che concepisce la strumentalità con un cristallino accento etico-politico, minando giustamente l'idea di limitazione di potere statale. Cioè, siamo davanti ad una concezione che opera nella stessa ottica hegeliana, con tutti i problemi coinvolti, nello specifico l'attualizzazione della sua teoria della pena e lo svolgimento della neoributizione. Così, per esempio, il pensiero di Dinamarco, che sostiene il carattere etico del processo, con la critica ai livelli intollerabili di prevalenza del principio dispositivo, in pieno stato interventista<sup>10</sup>. Inoltre, questa specie di strumentalità mantiene relazione troppo intima con la forma processuale. Secondo il pensatore, nell'uso di una concezione etica e sostanzialista di processo, il giudice dovrà creare modi di trattare la prova, di guidare l'istruzione o di sentire le pretese delle parti, senza le forme sacramentali del processo tradizionale<sup>11</sup>.

La relativizzazione delle forme, unita all'ampliamento degli spazi dei poteri giudiziari costituiscono l'inevitabile ingranaggio di un processo penale imperniato su parametri d'efficienza, che compongono una dimensione eticizzante del sistema punitivo (nello stesso senso di uno stato etico hegeliano). Ritorniamo alle parole di Dinamarco e vedremo, così, il rapporto dell'assunzione di un primato etico della procedura verso la riduzione della formalità processuale, cioè la riferita relativizzazione delle nullità: «relativizzare le nullità: ecco la chiave strumentalista ad essere intelligentemente azionata dai giudici impegnati a fare la giustizia, senza l'autoindulgenza intellettuale consistente nel sopportarsi il formalismo e sclerosare il processo»<sup>12</sup>.

Come è evidente nel discorso processualistico brasiliano la riduzione dei livelli di garanzia attraverso le nullità è impresa da sforzo accademico e giurisprudenziale volta a trasformare il processo in una macchina senza limiti formali. La mancanza di limiti giuridici e anche la predominanza del pensiero giuridico che guarda al processo come ad un servo muto del diritto penale, come ha osservato Padovani<sup>13</sup>, diventa il processo penale in un luogo privilegiato di politica criminale e di con-

<sup>8</sup> «Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución». J. GOLDSCHMIDT, *Principios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Buenos Aires, 1935.

<sup>9</sup> Parte della dottrina sostiene che quest'espressione utilizzata da Hassemer, rinvii al pensiero di Henckel. W. HASSEMER, *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, trad. de Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001; IDEM, *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal, Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre, 2005; IDEM, *Três Temas de Direito Penal, Três Temas de Direito Penal*. Porto Alegre, 1993.

<sup>10</sup> C. R. DINAMARCO, *A Instrumentalidade do Processo*, XII, Ed. São Paulo, 2005, 41. Anche: «Sua natureza instrumental impõe que todo o sistema processual seja permeado dessa conotação, para que realmente apareça e funcione como instrumento do Estado para a realização de certos objetivos por ele traçados; com o aspecto ético do processo não se compadece o seu abandono à sorte que as partes lhe derem, ou uma delas em detrimento da mais fraca, pois isso desvirtuaria os resultados do exercício de uma atividade puramente estatal e pública, que é a jurisdição». IDEM, *A Instrumentalidade do Processo*, 64.

<sup>11</sup> C. R. DINAMARCO, *A Instrumentalidade do Processo*, cit., 156.

<sup>12</sup> C. R., DINAMARCO, *A Instrumentalidade do Processo*, cit., 157.

<sup>13</sup> T. PADOVANI, Il Crepuscolo della legalità nel processo Legalità-Riflessioni Antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale, in *Ind. pen.*, Padova, 1999, 259.

trollo sociale<sup>14</sup>. Ma ciò è criticabile da vari aspetti, soprattutto per quanto concerne la trasformazione della procedura penale in uno strumento unilaterale di difesa sociale. Tuttavia, questo non è l'obiettivo specifico di questo lavoro.

Dopo le osservazioni circa la mutazione del processo penale e l'emergenza di un discorso che ne attribuisce innumerevoli funzioni collettive, non è difficile immaginare che la teoria della nullità soffra alcune involuzioni antigarantistiche. Almeno tre problemi possono essere diagnosticate nell'avvenimento e trasformazione della nullità assoluta in relativa.

La prima causa della modifica introdotta nello scenario processuale penale appare con le leggi d'emergenza<sup>15</sup>, cioè, la riduzione della procedura penale ad uno strumento a servizio delle esigenze antiformalistiche, effetto immediato delle nuove fattispecie penali. Le domande punitive introdotte dalla legislazione contro la criminalità organizzata, i reati dei poderosi (*golden criminality*) e anche della configurazione di un diritto penale del rischio hanno modificato criteri processuali.

In particolare, la flessibilità di alcuni mezzi di prova, l'estensione delle regole di eccezione alle norme d'esclusione probatoria sono esempi di una lunga deformalizzazione della procedura penale. Non sembra difficile credere, perciò, che questo panorama sia congeniale ad una teoria della nullità, basata sul sacrificio delle forme a favore di determinate funzioni collettive o di difesa sociale.

La seconda causa dell'attenuazione del rigore delle forme processuali è meritevole di attenzione. Nonostante l'avvertenza d'alcuni settori dottrinali circa la stanchezza concettuale delle categorie 'accusatorio' ed 'inquisitorio', indicando il bisogno del suo abbandono, tanto il sistema accusatorio quanto quello inquisitorio hanno relazione troppo intima con le teorie della nullità. Secondo Cordero<sup>16</sup>, il sistema inquisitorio è amorfo, cioè, un modello processuale che non conosce limiti rigidi.

Insomma, sebbene non sia possibile sviluppare con maggior profondità questo tema nel contesto di queste riflessioni, va detto che la deformalizzazione della procedura penale rinviene la sua ragione in un'operazione di chiaro stampo inquisitorio.

La terza causa del progressivo abbandono e svuotamento delle forme processuali può essere ricondotta alla sua matrice teorica francese e anche alle nuove accezioni della strumentalità delle forme.

3. Ebbene, questo principio di strumentalità delle forme processuali prevede, per la dichiarazione della nullità, la dimostrazione della lesione ad un interesse del soggetto processuale, che allega il vizio dell'atto. Il principio trae origine dalla procedura francese ed il suo risvolto immediato è la fissazioni di limiti alla dichiarazione di nullità. Ne consegue che il vizio di un atto processuale non è riconosciuto se l'interessato non chieda la dichiarazione giudiziale invocando e dimostrando violazioni ai suoi interessi, cioè provando il pregiudizio che ha sofferto dalla produzione precaria degli effetti dell'atto.

Parimenti, il principio è valido per la procedura civile, configurandosi come una sorta di pilastro essenziale anche al campo civile. Specificamente nel codice di procedura penale brasiliano,

---

<sup>14</sup> C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, 2008, Padova, 92.

<sup>15</sup> S. MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 2000.

<sup>16</sup> F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986.

l'articolo 563 dispone che «nessun atto sarà dichiarato nullo, se dalla nullità non derivi pregiudizio per l'accusa o per la difesa». Com'è possibile vedere, si tratta del recepimento di un principio di origine francese, determinando la valutazione del pregiudizio sofferto dalle parti dopo eventuale dichiarazione della nullità. In Brasile, esso è conosciuto come strumentalità delle forme ed è previsto anche nella legislazione civile. In questo settore il principio si giustifica affermando che «le forme soltanto devono essere rispettate quando e nei limiti nei quali sono necessarie per riuscire la loro finalità: garantire la sicurezza alle parti e l'oggettività al procedimento»<sup>17</sup>. Com'è possibile osservare, si tratta della concezione processuale che considera le forme come ostacolo alla verità materiale. Le forme processuali rappresentano molto più che istituti cui l'obiettivo è l'oggettività del procedimento o ancora, offrire sicurezza alle parti. Essi sono collegati alle garanzie più elementari del processo penale. La sua mancanza trasforma il processo in un puro arbitrio.

Questa concezione tradizionale della procedura penale, che ha in Brasile vari addentellati, concepisce il principio della strumentalità delle forme<sup>18</sup> come un vantaggio sul principio di legalità in senso formale. Ne costituisce un'esemplificazione la soggezione delle forme processuali al postulato dell'efficienza<sup>19</sup>, non rare volte attraverso il ricorso al postulato dell'economia processuale<sup>20</sup>. Anche Garraud nel commentare la dottrina della nullità ha distaccato il problema della trasposizione di questi precetti al processo penale<sup>21</sup>.

Il ricorso al sistema francese e ad una nuova sistematica delle forme degli atti processuali «ha determinato l'evoluzione del processo penale francese in direzione di un sistema di nullità per pregiudizio, secondo il quale non è la violazione della legge, né la gravità che costituisce la nullità, ma soltanto il danno che è sopravvenuto»<sup>22</sup>. Il *topoi* secondo cui il processo non è fine a se stesso corrisponde alla logica d'efficienza, mossa da postulati economicisti, diventando così, irrefutabile.

Il principio della strumentalità delle forme appare già nei lavori del Codice Rocco, che ha tentato di imporre una sorta di convalidazione degli atti<sup>23</sup>. Dalle parole di Manzini anche è possibile verificare la stessa situazione di trasmutazione della teoria della nullità: «la procedura penale non è un esercizio accademico e le nullità processuali non sono un fine a se stesso. Ogni atto processuale

---

<sup>17</sup> A. P. GRINOVER, A. S. FERNANDES, A. M. GOMES FILHO, *As Nulidades no processo penal*, X ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, 20.

<sup>18</sup> «No tradicional processo legalista assume o papel de válvula do sistema, destinada a atenuar e racionalizar os rigores das exigências formais; no processo marcado pela liberdade das formas, o princípio da instrumentalidade tem a importância de parâmetro da própria liberdade e serve para amparar o respeito às garantias fundamentais, como penhor da obtenção dos resultados e, portanto, da validade do ato». C. R. DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, cit., 158.

<sup>19</sup> P. LEGENDRE, Pierre, *Leçons VII. Le Desir Politique de Dieu: etude sur les montages de l'Etat et du Droit*, 101-103.

<sup>20</sup> C. MASSA, *L'acquiescenza nel processo penale*, Napoli, 1954, 59-60.

<sup>21</sup> Il principio *pas de nullité sans grief*, nelle parole di Garraud è un sistema assorbito dalle nullità civili e inadattabile alle nullità penali, in cui le sanzioni non si esauriscono esclusivamente negli interessi delle parti. R. GARRAUD, *Traité Théorique et Pratique D'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale*, t. III, Paris, Librairie Recueil Sirey, 1912, 422.

<sup>22</sup> J. CONDE CORREIA, *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*, Coimbra, 1999, 70.

<sup>23</sup> Secondo Bellavista, il Codice di 1930 rappresenta un'involuzione rispetto il Codice di 1913, affinché l'atti processuali non conoscevano le nullità assolute e anche l'insanabilità. Tutte le nullità erano relative secondo l'articolo 184 del C.P.P.: «tutte le nullità potranno essere sanati nei modi stabiliti dalla legge. G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, IV ed., Milano, 227.

ha una finalità e se questa finalità ha raggiunto tutti gli interessati, è evidente che nel caso concreto l'irregolarità non ha nessuna importanza»<sup>24</sup>.

L'idea del pregiudizio, vincolata al principio della strumentalità delle forme, richiede un'analisi nei termini di un binomio pregiudizio-vantaggio. Da un lato, per far valere la nullità la parte processuale dovrà dimostrare il pregiudizio e il danno sperimentato attraverso la pratica irregolare dell'atto. Ci sono le esigenze della dimostrazione di elementi probatori nello scopo di formare il convincimento del giudice.

D'altro lato, la parte processuale dovrà invocare il vantaggio derivato dalla rinnovazione dell'atto. Da qui l'esistenza di un binomio che orienta le decisioni sul problema del principio di strumentalità. Nonostante il suo consolidamento, siamo davanti ad un problema logico: come sarà possibile la prova di un vantaggio processuale derivato da un atto mai realizzato? Com'è possibile la valutazione di un atto processuale virtuale?

Ed è qui che la dottrina, sebbene non in forma esplicita, dimostra l'esistenza di un sorta di onore probatorio in tema di nullità. Per esempio, secondo Conde Correia, l'interessato dovrà portare al processo tutti gli elementi capaci di dimostrare il pregiudizio e anche il vantaggio»<sup>25</sup>. Ma questa ripartizione della materia probatoria in tema di nullità è compatibile con il principio della presunzione d'innocenza? Essa ammette una riduzione del suo campo d'incidenza?

Si tratta di interrogativi ai quali non si può rispondere facilmente, perché nel processo penale, come riferito, vige il principio della necessità, che costituisce una specificità della procedura penale e che provoca effetti, oltre che la mera invocazione del brocardo *nulla poena sine iudicio*. In sostanza, una adozione più ampia del principio d'innocenza nel processo penale include necessariamente le materie di diritto e, in questo modo, anche le processuali.

Il principio della strumentalità delle forme potrebbe essere chiamato a ragion veduta il principio di economia delle nullità, secondo cui la prima attività deve essere quella di manutenzione dell'atto processuale irregolare. In quest'ottica la dichiarazione di nullità costituisce *l'extrema ratio*, l'ultimo rimedio verso l'atto viziato. Se qualcuno confronta l'origine del riferito principio, vedrà come la sua costituzione semantica ed epistemologica si adegua alla struttura degli atti giuridici in generale, cioè, dalla teoria generale dell'atto giuridico ad una teoria generale degli atti processuali si può dire che le cose seguono uno stesso cammino.

Nel periodo del processo napoleonico, periodo in cui è nato il principio della strumentalità delle forme, vigeva in Francia l'orientamento prevalente della dottrina francese che ricostruiva la natura giuridica del processo come quasi-contratto<sup>26</sup>. Quella tesi riconduceva il processo agli stessi

---

<sup>24</sup> V. MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tratado de Derecho Procesal Penal*. III trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996, 124.

<sup>25</sup> J. CONDE CORREIA, *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*, cit., 71.

<sup>26</sup> Sulla trasmissione concettuale vale la pena ricordare Carnelutti. Secondo Carnelutti, la teoria del fine dell'atto è la più conosciuta, sul nome della teoria della causa. Questo elemento dell'atto fu scoperto, anticamente, nel terreno di quel tipo d'atto che è il contratto, per conto di questo è che si parla nel Codice Civile (articoli 1325, 1343 e seguenti) come si parlava d'essa nel codice anteriore. Di questa categoria il concetto è trasferito alla più ampia del negozio, ma la sua successiva espansione è stata difficile e laboriosa, in una maniera che non si è parlata negli ambiti degli atti processuali e, particolarmente, degli atti della procedura penale, terreno nel quale la vegetazione del negozio giuridico non è tanto vigorosa come nel diritto civile. F. CARNELUTTI, *Lições Sobre o Processo Penal*, v. III trad. por Francisco José Galvão Bruno, Campinas: Bookseller, 2004, 85.

Sul processo come un quasi-contratto vedere A. GUËNYVAU, *Du Quase Contrat Judiciaire*. Paris: Pothiers, 1859.

modelli della teoria del negozio giuridico civile, cioè, in un ambito privatistico per eccellenza. Di conseguenza, gli atti sono paragonati ai difetti del contratto. E soltanto in uno schema teoretico privatistico è possibile ammettere la distribuzione delle cariche probatorie, nello stesso senso che Goldschmidt ha impiegato nella sua teoria del processo come situazione giuridica. Teoria che *en passant* dimostra l'inesattezza di vari concetti, categorie e problemi eredi della teoria del rapporto giuridico, un vero cliché pandettistico, come ha evidenziato da lungo tempo Fazzalari. La prova del pregiudizio fa molto senso in questo regime epistemico privatistico. Chi vuole vedere come riconosciuto un difetto del negozio giuridico dovrà provare il vizio, l'estensione, ecc. La distribuzione di carichi giuridici trova come paragone le cause estintive, modificative o anche costitutive dei diritti.

Troviamo qui un campo fertile per la diffusione di categorie privatistiche, provenienti dalla teoria unitaria dei difetti dei negozi giuridici<sup>27</sup>, certamente inammissibile in una concezione contemporanea del processo penale. Viceversa siffatta elaborazione teorica, di matrice privatistica, ha trovato nel Codice Rocco un terreno fertile per il suo sviluppo.

Si ricordano le parole di Luigi Carelli e Raffaele Garofalo su questo punto: «abbiamo inoltre cercato di dileguare un equivoco generalmente diffuso, che può menare alle più assurde conseguenze. La *sacramentalità* delle forme di procedure, che fu sancita da altre istituzioni e fu osservata in altri tempi, è un concetto che oggi ripugna alle istituzioni processuali, le quali sono forme vive, ed hanno un scopo pratico e concreto. Secondo noi, come all'imputato non si chiede conto se *materialmente* egli abbia trasgredito le sanzioni della legge, ma *se ne violò il contenuto*, così per potere riconoscere la *nullità* di un atto, bisogna vedere, se lo *scopo* delle legge è stato in fatto *raggiunto*, se dalla lieve trascuranza di forma è venuta *realmente* meno quella *garanzia* di legge, dettata nell'interesse dell'imputato o della difesa sociale<sup>28</sup>».

Dunque, è possibile affermare che la sovrapposizione fra la concezione privatistica degli atti processuale penali e l'ideologia autoritaria che hanno governato il Codice napoleonico, il Codice Rocco e anche l'attuale Codice di Procedura Penale brasiliano dimostrano il ruolo servente della teoria della nullità rispetto al panorama di deformalizzazione della procedura penale.

Da qui alcuni problemi d'ordine epistemologico sull'attuale tradizione della forma processuale e la sua indovuta trasmissibilità alla procedura penale.

4. Mi sembra opportuno concludere questa mia breve analisi descrivendo per punti i corollari della strumentalità della procedura penale e della teoria della nullità.

1) La strumentalità della procedura penale non può essere ridotta, come fa la maggior parte della dottrina, all'idea del processo come strumento di punizione.

2) La strumentalità costituzionale del processo, cioè, una strumentalità qualificata, significa limitazione (minimizzazione) del potere punitivo, che è sempre tendente all'espansione.

---

<sup>27</sup> Nelle parole di Binder, lo sforzo fatto dai primi teorici del diritto processuale per dislocare il processo del suo posto scientifico minore, puramente strumentale e senza cautela, senza prestigio nella accademia e carente di regole proprie, ha guidato essi ad utilizzare tutte le grandi categorie del pensiero giuridico per spiegare teoricamente la attività processuale. Fra queste, il binomio forma-validità. A. M. BINDER, *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 35.

<sup>28</sup> R. GAROFALO, L. CARELLI, *Riforma della procedura penale in Italia: progetto di un nuovo codice*, Torino, 1889. CXIII.

3) Il sistema inquisitorio è un modello processuale tendente all'amorfismo processuale.

4) La tendenza all'amorfismo significa una sorta d'illegalità congenita, non essendo corrette due conclusioni utilizzate dalla dottrina in quanto contraddittorie fra loro: a) che il sistema inquisitorio opera secondo forme rigide; b) che il sistema inquisitorio non conosce le forme processuali.

È la flessibilità tra gli estremi che permette la malleabilità processuale.

5) Il non adempimento delle forme è visto, in Brasile, come un ingiustificato e illegittimo ritardo, anche una formalità eccessiva e dispensabile, che minaccia l'ordine processuale.

6) Il principio della strumentalità delle forme è una specie di sovrapposizione tra un'indovuta trasmissione dei precetti del diritto privato al processo civile e dopo incorporata al processo penale.

7) Il principio della strumentalità delle forme è accolto dai sistemi autoritari, come gli esempi del Codice Napoleonico, Rocco e anche il contemporaneo codice di procedura penale brasiliano. Il suo potenziale di essere sequestrato dai sistemi autoritari indica la sua debolezza costituzionale, cioè, il suo potenziale di relativizzazione della forma processuale.

8) Il principio della strumentalità delle forme è così compatibile con i sistemi di riduzione della tutela della libertà o, vale dire, la preoccupazione con la mancanza di limiti del potere punitivo non si trova nel suo D.N.A.

9) Una strumentalità costituzionale del processo penale in senso forte è incompatibile con la teoria della strumentalità delle forme, poiché questa è derivata da una strumentalità semplice della procedura penale, cioè, di un processo penale pensato unicamente come strumento per la applicazione di sanzioni all'condannato.

10) Infatti, una configurazione costituzionalmente adeguata delle forme processuale indica la necessità della revisione del paradigma delle due strumentalità: a) quella del processo e b) quella della forma.

# Regole cautelari ed esigibilità in materia di colpa tra politica e giurisdizione

MARIANO MENNA

## ABSTRACT

*The doctrine and jurisprudence have provided valuable informations about the check of negligence in the accident prevention studies . The article 49, paragraph 2, of the Criminal Code, detects even in non-intentional crimes, so it always poses a precautionary rules violation issue and associated comparison of interests*

SOMMARIO: 1. Teoria normativa della colpa e “creazione” della regola cautelare. – 2. Le condizioni per una determinazione non arbitraria delle regole cautelari in materia di colpa tra giurisdizione e politica. – 3. Regola di copertura della “causalità della colpa” in materia infortunistica tra essere e dover essere. – 4. Creazione della regola cautelare e prevedibilità delle norme in materia di colpa.

1. Come è noto, si è da tempo affermata la concezione normativa in materia di colpa penale nel senso che più che alla connotazione psicologica del rapporto tra reo e delitto, il considerato elemento soggettivo viene riannodato al rimprovero da muovere al soggetto agente<sup>1</sup>.

In questo senso si reputa comunemente che il giudizio di colpevolezza vada riannodato all'inosservanza di regole cautelari scritte e non scritte. Queste ultime vanno individuate sulla base di giudizi *ex ante* che a loro volta si riannodano in ultima analisi a valutazioni di prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo<sup>2</sup>.

I parametri precauzionali vengono talvolta ritenuti selezionabili in riferimento ai comportamenti che fosse chiamato a porre in essere l'*homo eiusdem professionis et condicionis*, altre volte vengono agganciati agli arresti della “migliore scienza ed esperienza del momento storico negli specifici settori”<sup>3</sup>

Rispetto alla regola cautelare si stabilisce che l'evento colposo debba essere quello che l'accennato parametro miri ad evitare e sarebbe poi indispensabile operare un giudizio controfattuale per stabilire se la compressione del bene giuridico tutelato dalla norma penale si sarebbe comunque verificata qualora si fosse osservata la norma cautelare.

<sup>1</sup> In proposito, cfr., per tutti, V. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Lecce, 2013, 925 ss.

<sup>2</sup> Vedi per tutti F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2001, 367 ss.

<sup>3</sup> Tra gli altri, vedi F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, 351.

In sintesi, al di là del possibile riferimento anche al parametro dell'uomo medio, ci si riferisce alternamente soprattutto al criterio dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* ed a quello della “Miglior scienza ed esperienza del momento storico negli specifici settori”. Sul punto, vedi per tutti, V. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 925 ss.

Siffatto giudizio controfattuale sarebbe quello che andrebbe operato sia per stabilire il nesso causale tra condotta ed evento sul piano dell'elemento obiettivo del reato, sia per determinare il nesso di causalità tra la violazione del parametro cautelare e l'evento colposo<sup>4</sup>.

Come si è detto, le regole cautelari sono anch'esse in ultima analisi riferite alla prevedibilità ed evitabilità dell'accadimento che il legislatore mira a prevenire, ma nondimeno la valutazione della colpa si scinde, poi, da un lato, nella verifica dell'elemento oggettivo della componente del reato considerata, rappresentato dalla "concretizzazione del rischio" in cui si sia tradotta la violazione della regola precauzionale e, dall'altro lato, nel sindacato del profilo soggettivo della colpa che è connesso più nello specifico al giudizio di prevedibilità dell'evento da parte di un agente modello che si trovi nondimeno in una determinata situazione concreta<sup>5</sup> ed al connesso sindacato di esigibilità della condotta alternativa lecita in ipotesi non posta in essere, che si stabilisce sempre tenendo conto delle circostanze peculiari in cui si ritrovi l'agente.

Ora, il giudizio sulla cosiddetta "concretizzazione del rischio" si opera *ex post*, mentre la verifica della prevedibilità è una valutazione effettuata *ex ante* con riferimento, come si è detto, all'agente modello calato nel contesto concreto delle circostanze della situazione da giudicare.

Per la verità, in dottrina si distinguono i casi in cui l'attività dell'ipotetico agente sia nello stesso tempo pericolosa e totalmente vietata dall'ordinamento dalle altre situazioni in cui l'attività comporti un pericolo di offesa di beni giuridici, ma per verificare l'avvenuta lesione bisognerebbe concretizzare il comportamento in relazione al rischio non consentito e solo quando si superi il livello del rischio ammesso scatterebbe il rimprovero per colpa<sup>6</sup>.

Ora, il problema dell'inosservanza delle regole cautelari sorgerebbe solamente in relazione alla seconda delle situazioni delineate perché quando una attività rischiosa sia di per sé vietata, la censura del comportamento per colpa discenderebbe direttamente dalla norma che introduca il divieto comportamentale e si riannoderebbe esclusivamente al sindacato di prevedibilità ed evitabilità dell'evento. Conseguentemente, all'inverso, solo in relazione a situazioni di rischio la cui ricorrenza vada verificata in concreto si porrebbe il problema della violazione di regole cautelari perché in proposito sorgerebbe l'esigenza di un vero e proprio bilanciamento di interessi onde stabilire il limite oltre il quale l'agente non si debba spingere nel tenere un determinato comportamento<sup>7</sup>.

In relazione alle coordinate offerte sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza in materia di accertamento della colpa, anche nel settore infortunistico, va subito sottolineato che, innanzi tutto, nell'ottica del necessario adeguamento al caso concreto di tutte le condotte colpose, un problema di violazione di regole cautelari e di connesso bilanciamento di interessi nello specifico – in connes-

---

<sup>4</sup> In proposito, secondo G. FORTI "il vero problema è quello di selezionare gli anelli causali (o le modalità dell'evento) di cui è necessario accertare la presenza nell'ambito dell'accadimento concretamente prodottosi, determinando altresì a quali condizioni la loro successione all'interno del decorso causale configuri effettivamente l'evento "finale" come realizzazione del rischio in considerazione del quale la condotta era stata vietata, senza arrestarsi al mero riscontro che tale evento fosse in effetti uno di quelli che la regola cautelare mirava a prevenire" (*Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 439).

<sup>5</sup> In merito, G. MARINUCCI sottolinea che "lo standard della diligenza, della perizia e della prudenza dovute (...) sarà quella del modello di agente che "svolga" la stessa professione, lo stesso mestiere, lo stesso ufficio, la stessa attività, insomma dell'agente reale, nelle medesime circostanze concrete in cui opera quest'ultimo" (*La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 19).

<sup>6</sup> Sul tema G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2004, 511 ss.

<sup>7</sup> In proposito, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 363

sione con la prevedibilità ed evitabilità dell'evento - si pone sempre, anche quando si ponga in essere un comportamento espressamente vietato dall'ordinamento.

Ed allora, nell'ambito di quanto solitamente si afferma in materia di accertamento della colpa, in relazione al cosiddetto "profilo oggettivo" dell'accennato elemento del reato, e, cioè, alla necessità di "concretizzazione del rischio" ed alla connessa "causalità della colpa", solitamente si affronta il problema distinguendo sempre il concetto di regola cautelare da quello dell'incidenza causale sull'evento della violazione della norma precauzionale senza considerare i due elementi in termini dinamici quasi che l'individuazione del criterio precauzionale fosse sempre e solo un *prius* rispetto alla definizione del rapporto causale tra l'inosservanza della regola cautelare e l'evento.

Al contrario, va in proposito preliminarmente stabilito che l'applicazione al caso concreto del parametro in base al quale si stabilisce la rimproverabilità per colpa corrisponde né più né meno che alla sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta tipica di una qualsiasi norma.

Se si considera la dinamica di individuazione della regola cautelare nell'ambito del procedimento penale, le considerazioni su articolate risultano più esplicite.

In particolare, trascurando la fase ricostruttiva delle indagini, può stabilirsi che la fissazione nell'imputazione del parametro precauzionale violato non va disgiunta dal seguito delle attività probatorie e decisorie nel senso che anche se l'accennato parametro in via di ipotesi si determina inizialmente in maniera disgiunta dalla determinazione – sempre in via ipotetica - del nesso causale tra la violazione del criterio e l'evento, successivamente, attraverso le attività inventive, si controlla se la norma violata abbia prodotto effettivamente una "concretizzazione del rischio" ed un superamento del rischio ammesso. Se siffatto sindacato produce esito negativo, non ci si limita nel processo a prosciogliere l'imputato, ma in considerazione dei profili peculiari del fatto si indagherà – se esiste - sul diverso parametro cautelare che alla luce delle prove raccolte sia capace di spiegare la concretizzazione del rischio ed il superamento del rischio ammesso da porre all'origine dell'evento. Conseguentemente, nel caso di rinvenimento di siffatto nuovo criterio – che può costituire anche solo una specificazione del parametro inizialmente addebitato – si procederà a nuova contestazione nel processo, oppure, in caso di inerzia del pubblico ministero a riguardo, il giudice stabilirà il difetto di correlazione tra accusa e sentenza e si procederà *ex novo* sull'addebito frutto della modifica della regola cautelare.

Come si vede, anche se inizialmente la posizione della norma precauzionale è da considerare distinta dall'accertamento della concretizzazione del rischio, del superamento di quest'ultimo e del nesso causale relativo alla colpa, nell'ambito della dinamica accertativa si può produrre la genesi di un nuovo parametro precauzionale che dipenda proprio dalla verifica anche del rapporto di causalità e che – si badi – in ultima analisi è riconducibile allo stesso circolo ermeneutico che sorge in sede di verifica della possibilità di applicare una qualsiasi norma al caso concreto.

A questo proposito, va allora precisato che se si sia di fronte ad un parametro cautelare scritto e, quindi, tipizzato in modo generale ed astratto – nell'ambito delle situazioni di colpa specifica – effettivamente si rinviene un criterio preconstituito distinto dal fenomeno del suo adattamento al caso peculiare, ma va subito aggiunto che l'applicazione alla situazione concreta del parametro avviene nell'ambito di un'operazione interpretativa che – come rispetto a qualsiasi norma scritta generale ed astratta – genera un "circolo ermeneutico".

Questa spirale a sua volta comporta nella maggior parte dei casi la “creazione” di una nuova regola per il caso specifico. Ne discende, allora, che la vera regola cautelare per la situazione concreta è appunto quest’ultima e non la norma scritta che ha rappresentato solo uno spunto per l’esercizio di una discrezionalità interpretativa.

Le considerazioni articolate presuppongono l’adesione all’idea di interpretazione tipica dei sostenitori della cosiddetta “ermeneutica” che si lascia preferire agli indirizzi positivistici per il fatto che anche questi ultimi devono riconoscere che l’integrazione normativa è in ultima analisi figlia di un esercizio di discrezionalità<sup>8</sup>.

Se l’opzione di pensiero è sostenibile, è proprio la verifica della cosiddetta “concretizzazione del rischio”, del superamento di quest’ultimo e dell’incidenza causale della colpa che genera contemporaneamente il vero parametro cautelare.

Al di fuori del fenomeno applicativo – a differenza di quanto comunemente si sostiene – non esiste un reale criterio cautelare.

Il problema affrontato assume termini ancora più evidenti nelle situazioni di colpa generica in relazione alle quali i parametri cautelari adeguati a “concretizzare il rischio” sono sempre frutto di una “creazione” più manifesta perché in modo ancora più chiaro nascono nel mentre si stabilisce l’incidenza causale degli stessi sull’evento.

2. E’, a questo punto, il caso di chiedersi se a causa del *modus generandi* del parametro cautelare, la determinazione del medesimo sia inevitabilmente arbitraria.

A tal proposito, va chiarito che nel mondo dei valori, quando le scelte pratiche possono essere plurime, può avvenire che le medesime siano frutto di un accordo tra i consociati o siano determinate da un potere, legittimato o meno dal consenso sociale.

In termini ideali, nondimeno, è possibile – stando ad un certo orientamento di filosofia pratica – dedurre in termini razionali le scelte dell’agire – se non da norme immutabili universali – almeno da una legittimazione argomentativa (o discorsiva) ovvero da una dialettica di interessi che alla fine trovi un suo temperamento ideale, sebbene storicamente determinato<sup>9</sup>.

Invero, anche la dialettica degli interessi, se è razionale, non può che andare a combinarsi alla fine con la legittimazione procedimentale di tipo più discorsivo.

Se veramente questo tipo di definizione delle scelte pratiche può essere all’origine della fissazione dei criteri dell’agire, per un verso, bisognerebbe in un’*“open society”* informare l’esercizio del potere e le sue manifestazioni istituzionali e regolamentari più generali all’accennato tipo di legittimazione di tipo argomentativo ed al corrispondente progressivo bilanciamento degli interessi, per altro verso, in situazioni più particolari, quando manchino criteri precostituiti che orientino le

---

<sup>8</sup> Per un concetto di interpretazione riconducibile al filone di pensiero “ermeneutico” vedi, per tutti ALEXY, *Teoria dell’argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998, trad. it., *passim*.

Sulla discrezionalità che entra anche nell’ambito ricondotto all’interpretazione dal pensiero positivistico, vedi, per tutti, V. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, 2009, *passim*.

<sup>9</sup> Sulla legittimazione procedimentale – legata o meno alla dinamica degli interessi di un sistema – vedi LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, 1968, *passim* e HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main, 1981, *passim*.

scelte pratiche o quando in occasione dell'adeguamento dei medesimi ai casi concreti bisogna creare il vero parametro da adattare allo specifico – come anche nel caso della fissazione di regole cautelari nel settore della colpa penale – è necessario riscoprire il metodo di legittimazione che comunemente si definisce democratico e che in definitiva deve essere frutto di una dialettica procedimentale allargata a tutta una comunità.

E' possibile che tutto questo accada nel processo penale anche a proposito dell'individuazione dei parametri cautelari necessari a definire la colpa?

Invero, il giudice – che alla fine decide quale sia il criterio precauzionale – nel nostro sistema non è un organo che ha un diretto mandato politico.

Egli dovrebbe rappresentare solo la catena di trasmissione tra la volontà popolare tradottasi in norma scritta e precostituita e l'individuazione del criterio per la situazione specifica.

Siccome l'organo giudicante può, cioè, solo attuare la legge, non crearla<sup>10</sup>, il medesimo non dovrebbe ritenersi nemmeno legittimato ad operare un rinnovato bilanciamento di interessi per individuare quei parametri, come quelli cautelari, che siano promanazione delle regole più generali in cui stabilisce cosa sia la colpa.

La sua attività razionale dovrebbe essere solo di tipo deduttivo delle conseguenze regolamentative desumibili dai profili tipici della fattispecie normativa generale ed astratta.

Invero, un orientamento per la sua attività di applicazione della norma l'organo giudicante lo riceve – anche attraverso il collegamento sistematico con i principi – deducendo i criteri da applicare attraverso la lettura degli atti del procedimento genetico della norma scritta (i cosiddetti lavori preparatori) ed i loro eventuali rinvii alle esperienze che si pongono all'origine delle regole scritte, o mediante le logiche interrelazioni con le altre norme del sistema o ancora grazie alle logiche applicazioni delle norme in via analogica.

Ma di più non si potrebbe operare ed alla fine anche nell'elaborazione della regola cautelare per il caso concreto che dia sostanza alla previsione della colpa, bisognerebbe dal basso operare una nuova legittimazione discorsiva ed un corrispondente nuovo bilanciamento di interessi che – entro i limiti delle norme scritte, se si vuole - in modo razionale stabiliscano il nuovo criterio, dal momento che pur con tutti gli ausili orientativi che nascono dalle deduzioni originate dalle evidenze di significato dei segnalati processi interpretativi, residuerà sempre uno *spatium deliberandi* entro il quale il giudice dovrebbe dare rilievo a nuovi profili particolari di interesse o a nuovi argomenti per cogliere il parametro adatto alla situazione concreta.

Tutto ciò non dovrebbe essere compito di un giudice che non è nel nostro sistema concepito all'apice di un processo di legittimazione politica capace di creare una nuova regola per il caso concreto.

Bisognerebbe, allora, lasciare al giudice solo l'applicazione delle regole evidentemente adatte al caso concreto come, in ipotesi, i divieti di autorizzazione a svolgere determinate attività che valgono *tout court* nei casi in cui la colpa si riannodi al solo svolgersi del comportamento vietato, a patto che nello specifico anche in tal caso non emergano profili fattuali che facendo sorgere il dub-

---

<sup>10</sup> Sono sempre di monito in proposito le parole di MONTESQUIEU, secondo il quale il giudice dovrebbe essere espressione di un "potere nullo" proprio perché deputato solo ad attuare la legge (*De l'Esprit des Lois*, vol. XI, t. II, Paris, 1955, 155).

bio sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento comportino un rinnovato bilanciamento di interessi che potrebbe sottrarsi all'applicazione di un criterio evidente e, nell'ottica delle considerazioni su articolate, allo spazio di un intervento democraticamente legittimato – e non solo legittimo - del giudice.

Non lo stesso si potrebbe dire, per esempio, per i cosiddetti casi di colpa “speciale” o “professionale” in cui si ammette un rischio consentito ed il problema sta proprio nell'individuazione specifica del criterio cautelare corrispondente da adeguare al caso concreto.

Di qui, la necessità di affiancare al giudice un organo ausiliario legittimato politicamente che, in quanto tale, ( e pur con le difficoltà connesse al problema della rappresentanza politica e del margine di discrezionalità non orientato dai mandanti dei politici nelle scelte dei criteri comportamentali, che però non è chiaro se possa neutralizzarsi o meno) operi quel procedimento di creazione del parametro cautelare dal basso tenendo conto della sintesi di interessi di cui sia espressione.

3. A questo punto, va, in definitiva considerato che l'individuazione del parametro precauzionale rilevante ai fini della colpa – per come si combina, dinamicamente sempre con la sua vicenda applicativa e, quindi, con la determinazione della concretizzazione del rischio e del superamento di quest'ultimo in maniera causalmente incidente sull'evento – non può avvenire sempre in termini di evidenza e dar luogo conseguentemente alla possibilità di rinvenire in ogni caso l'”alternativa lecita” al presunto comportamento trasgressivo.

Non è sempre chiaro quale sia questa condotta alternativa perché non essendo sempre palese il criterio rispetto al quale determinarla, bisogna prima operare in concreto quel bilanciamento di interessi a cui riannodare la regola cautelare del caso specifico e poi stabilire l'azione lecita che avrebbe potuto evitare l'evento lesivo.

A questo proposito, va, poi, chiarito un equivoco.

Invero, proprio nel settore infortunistico la giurisprudenza ha sancito che l'incidenza causale di un parametro cautelare si determini non solo quando sia “certo” che l'ipotizzato comportamento alternativo impedisca la compressione del bene giuridico tutelato, bensì anche quando sia solo “possibile” che questo accada, purché la possibilità sia reale e non meramente congetturale<sup>11</sup>.

In ciò consisterebbe la differenza tra il modo di determinazione del nesso causale nell'ambito dell'elemento oggettivo del reato e l'accertamento della “causalità della colpa”.

In altri termini, l'individuazione di una legge di copertura scientifica del rapporto tra causa ed effetto e la sua applicazione in termini di “probabilità logica” e non “statistica”<sup>12</sup> – che normalmente presiedono alla determinazione di un nesso causale -, opererebbe in modo differente nell'ambito della “causalità della colpa” perché la dimensione solo possibilistica dell'esclusione dell'evento da ricondursi ad un comportamento alternativo si spiega o concependo in termini di mera possibilità l'esistenza della legge di copertura dell'evento, oppure stabilendo che sia da valutarsi in termini di sola possibilità l'applicazione nel caso concreto di una legge di copertura scientifica e, cioè, attri-

---

<sup>11</sup> In merito, vedi, per tutte, Cass. pen., 22 novembre 2007, n.5117, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>12</sup> Per questa distinzione vedi la pronuncia antesignana di tutto il nuovo corso giurisprudenziale in tema di nesso di causalità costituita da Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002 n.30328, Franzese, in <http://www.giustizia.it>.

buendo il carattere solo possibilistico non alla regola scientifica bensì all'accertamento della sua operatività in concreto.

Ebbene, siccome la "causalità della colpa" presuppone che prima in concreto si determini la regola cautelare (anche attraverso l'accennato bilanciamento di interessi da operare nello specifico) e siffatto parametro precauzionale corrisponde in ipotesi alla legge di copertura scientifica del nesso causale inerente al profilo oggettivo del reato, per poi solo successivamente consentire che si stabilisca se un'alternativa comportamentale lecita escluda l'evento, bisogna sottolineare che il termine di riferimento – di natura normativa – dell'opposta condotta lecita non può essere individuato in termini di mera possibilità, né in proposito si può – a differenza di quanto si può affermare per la legge di tipo statistico che presiede alla determinazione del nesso causale dell'elemento oggettivo del reato – dire che la regola cautelare possa fondare su una bassa frequenza di incidenza statistica sulle situazioni regolate.

Non bisogna dimenticare, infatti, che la regola cautelare, a differenza di quella statistica relativa all'elemento oggettivo del reato, ha una dimensione valoriale nascente innanzi tutto da un concreto bilanciamento di interessi ed allora, anche se sia riconducibile – come si è visto - ad un esercizio di discrezionalità di tipo creativo, nel momento in cui si ponga la suddetta regola, non si può che farlo in termini certi così che il termine di riferimento del comportamento alternativo lecito non sia una mera possibilità, bensì un dato certo.

Il fatto che una legge di copertura del nesso causale relativo all'elemento oggettivo del reato possa fondarsi su una bassa frequenza statistica, mentre non possa sussistere una mera "possibilità" di fondatezza della regola di copertura del nesso causale relativo alla colpa, dipende dalla circostanza secondo cui la prima si colloca sul piano dell'essere, mentre la seconda attinge al livello del dover essere e, cioè, a quella dimensione in cui il fatto ipotetico, per la sua generalità ed astrattezza, non può che essere posto in termini certi, anche in relazione alla sua incidenza su altri eventi, come accade nell'ambito del parametro di copertura della causalità della colpa.

Ora, quanto alla prima regola, che non a caso si stabilisce *ex post*, sul piano dei concreti accadimenti di tipo naturalistico, la bassa frequenza statistica di validità di una legge può ben essere compensata dal fatto che in concreto proprio quel parametro possa essere giudicato come operante in relazione all'alternativa comportamentale immaginabile rispetto alla condotta posta in essere, ricorrendo la quale la dimensione degli avvenimenti sicuramente non avrebbe condotto all'evento delittuoso.

Avendo chiarito come la regola di copertura della causalità della colpa si collochi, invece, sul piano del dover essere e non dell'essere, bisogna precisare che se lo stesso parametro fosse apprezzato solo sul piano della mera "possibilità" della sua fondatezza, non si potrebbe nemmeno con certezza stabilire una compensazione all'insicura validità della regola in astratto attraverso l'analisi di cosa sarebbe accaduto se si fosse posta in essere la condotta alternativa a quella richiesta all'agente modello; e ciò perché trattandosi di una precauzione dall'insicura validità non si potrebbe mai escludere sul piano dell'essere il verificarsi dell'evento delittuoso anche in caso di sua adozione.

In altri termini, entrerebbe in crisi quell'elemento che in materia infortunistica la giurisprudenza ha associato alla dimensione solo possibilistica del valore della regola cautelare e cioè il fatto

che la possibilità di esclusione dell'evento delittuoso favorita dal rispetto del parametro precauzionale sia reale e non solo congetturale<sup>13</sup>.

Per quanto si è detto, in presenza di una regola che scientificamente potrebbe essere anche infondata non potrebbe mai distinguersi la mera congetturalità dalla possibilità concreta di concretizzazione del rischio da ricondursi al rispetto del parametro.

Non essendo scientificamente sicura la legge di copertura, il fatto che adottando la precauzione imposta dal parametro precauzionale non si verifichi in casi analoghi l'evento delittuoso potrebbe spiegarsi con una diversa legge scientifica rispetto alla quale potrebbe non avere senso la precauzione imposta.

In siffatta prospettiva, solo se riconducibile ad una legge scientificamente inattaccabile sul piano della spiegazione degli eventi - almeno nell'ambito di una determinata temperie storica e di una storicamente determinata convinzione della comunità scientifica di riferimento - si potrebbe stabilire quale precauzione in termini di certezza e non di mera possibilità riuscisse in concreto ad escludere l'evento delittuoso.

Quando la giurisprudenza citata pone a confronto la mera possibilità concreta di esclusione dell'evento delittuoso con la certezza di prevenzione della lesione, considerando che sussiste colpa anche solo a fronte della prima, confonde il piano dell'essere con quello del dover essere della regola cautelare.

Solo sul livello deontologico si può ritenere sufficiente e, quindi, realmente concreta la mera possibilità di esclusione dell'evento delittuoso come conseguenza dell'adozione di una determinata precauzione nel senso che anche l'alternativa comportamentale lecita può essere vista come capace in concreto di escludere la lesione solo nella prospettiva di una politica accettazione di tale eventualità e non invece - in presenza di una legge scientifica di valenza incerta - nell'ambito di un decorso oggettivo degli eventi.

Quindi, il ritenere che la condotta richiesta all'agente modello dalla regola cautelare sul piano fattuale non sempre sia capace di escludere l'evento lesivo ma per la mera "possibilità" concreta che ciò avvenga confermi "in ogni caso" la regola cautelare applicata, è un modo sbagliato di concepire la dimensione di rimproverabilità per colpa del reo perché delle due l'una: o il parametro precauzionale prescelto non è mai in grado di prevenire l'evento lesivo, ma allora non manca solo il nesso causale della colpa perché più in radice bisogna immaginare una diversa regola cautelare o, in alternativa, bisogna affermare che non esista alcun parametro precauzionale violato. Oppure, il criterio precauzionale non è sicuro che in tutti i casi prevenga l'evento lesivo ed allora può essere prescelto come termine di riferimento del comportamento alternativo lecito solo in una dimensione valoriale, nell'ambito di un bilanciamento di interessi che ha non solo individuato il rischio, bensì ha anche stabilito in che termini il rischio non sia consentito.

Si sottolinea ciò perché sul piano degli interessi si può anche giungere ad una situazione opposta a quella della giurisprudenza citata secondo cui la mera "possibilità" che si verifichi un evento delittuoso, non adottando un certo tipo di precauzione, giustifichi il rimprovero per colpa.

---

<sup>13</sup> Cass. pen., 22 novembre 2007, n. 5115, cit., in <http://www.giustizia.it>.

Infatti, quando non esista una regola che debba essere applicata in termini evidenti ed anzi anche quando sembri che esista in astratto una regola da rispettare in termini palesi – come nel caso di un chiaro divieto di svolgere a fini precauzionali generali una determinata attività – potrebbe sempre in concreto emergere un interesse prevalente – magari di rilievo costituzionale – che, reagendo in ipotesi sulla costituzionalità di una norma contenente la regola cautelare, induca a ritenere come consentito un rischio che in altri casi simili non lo sia. Qui la mera “possibilità” che un comportamento alternativo a quello che genera il rischio avrebbe la possibilità di escludere l’evento lesivo non conta.

Per esemplificare, il rischio di uso di un determinato materiale che può essere nocivo è sostenibile che in genere debba essere evitato, ma se in una determinata situazione l’impiego di quello stesso materiale abbia una possibilità apprezzabile come equivalente di produrre benefici ad una specifica persona su un piano diverso da quello della possibile lesione e ciò sia da ritenere alla fine vantaggioso per lo stesso individuo, si potrà adottare un trattamento diverso da quello solito ed escludere la rimproverabilità per colpa che un ragionamento in termini solamente statistici sulla possibilità della lesione ricondotta alla violazione della regola cautelare nella generalità dei casi avrebbe al contrario affermato.

4. Se quanto detto è sostenibile e se in determinate situazioni, come si è detto, la regola cautelare deve essere creata perché non si conosce in anticipo il bilanciamento di interessi da cui scaturisca in concreto il parametro precauzionale, si pone un problema di tassatività della normativa penale in materia di colpa e di connesso rispetto del principio di legalità per la pratica imprevedibilità del trattamento penale.

A tal proposito, si è affermato che il diritto vivente connesso alle massime giurisprudenziali che rappresentino il precipitato interpretativo delle norme dovrebbe salvaguardare il principio di legalità e salvaguardare l’esigenza di prevedibilità del regime applicabile al caso concreto<sup>14</sup>.

Senonché, come si è detto, l’accennato diritto vivente è spesso frutto del travalicamento dei limiti dell’attività ermeneutica consentita e, quindi, non rappresentando un diritto realmente legittimato politicamente non può ergersi a termine di riferimento valido. Esso, in altri termini, non è riconducibile in modo “deduttivo” e perciò realmente prevedibile alle norme scritte che gli organi giudicanti dicono di interpretare e che forniscono spesso ai medesimi solo l’occasione per creare altre norme<sup>15</sup>.

Ne deriva che anche nel settore delle regole cautelari a cui ricollegare il rimprovero per colpa non può ritenersi il diritto giurisprudenziale vero baluardo del rispetto del principio di legalità.

Per la verità, anche la creazione di un nuovo organo politico ausiliario del giudice che stabilisca – nell’ottica di quanto si è proposto – i parametri precauzionali adeguati al caso concreto potrebbe sembrare *prima facie* più una forma di legittimazione per l’applicazione futura degli stessi criteri a casi analoghi piuttosto che garanzia del rispetto del principio di legalità e della connessa e-

---

<sup>14</sup> Sui rapporti tra diritto giurisprudenziale e principio di legalità cfr. , tra gli altri, G. CONTENUTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Scritti 1964-2000*, 225 ss. e G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008, *passim*.

<sup>15</sup> Sul punto, vedi, per tutti, G. CONTENUTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Scritti 1964-2000*, 225 ss.

sigenza di prevedibilità dei parametri nel momento in cui si creino le stesse regole per applicarle coevamente ai casi concreti.

Al fine, quindi, di consentire il rispetto del principio di legalità sul versante del potere di previsione del trattamento penale, bisogna procedere con ordine ed, innanzi tutto, esaminare la situazione relativa alla colpa specifica. In relazione a quest'ultima, bisogna distinguere le ipotesi in cui la necessità di creazione di una nuova regola per il caso specifico rimanga contenuta - quasi che la si possa apprezzare dal punto di vista quantitativo - entro i profili tipici della norma scritta in cui si racchiuda il criterio precauzionale, dalle situazioni in cui il parametro individuato in concreto se ne distingua qualitativamente.

Nella prima situazione la prevedibilità è assicurata perché il cittadino deve fare i conti nel porre in essere una condotta con tutti i comportamenti vietati nell'insieme chiuso di condotte immaginate dal legislatore.

Nell'altro caso, per la mancanza del criterio preconstituito da far valere nel concreto non si potrà muovere il rimprovero per colpa e si dovrà inevitabilmente prosciogliere.

A questo punto, va precisato, però, che solamente quando sia "evidente" che il nuovo criterio sia irriducibile al dettato nella norma precauzionale scritta deve operare la situazione del proscioglimento.

Infatti, anche nell'ambito dei casi di colpa specifica, l'esplicitazione dei criteri cautelari attraverso regole scritte potrebbe comportare l'uso di clausole elastiche e, comunque, l'esistenza di significati normativi che in relazione a determinati casi concreti possano rivelarsi equivoci.

In tal caso, dovrebbe scattare lo stesso apparato di garanzie a cui bisogna ricorrere in tema di colpa generica.

Venendo a queste ultime, bisogna, allora, sottolineare che il descritto fenomeno di creazione della regola cautelare valida per la situazione specifica non intacca l'astratta riconducibilità del parametro alle clausole generali elastiche della negligenza dell'imprudenza e dell'imperizia per cui sembrerebbe non esistere una distinzione qualitativa tra criteri che non possa essere ricondotta in ultima analisi alle categorie qualitative della colpa previste dal legislatore.

Si vuole dire che non esiste un *deficit* di tipicità delle norme sulla colpa intesa come esistenza di limiti normativi esterni all'insieme di comportamenti vietati, pur diversi dalle limitazioni più specifiche a cui si accennerà subito in appresso come ambito delle scelte dell'organo politico ausiliario al giudice.

Quel che potrebbe mancare potrebbe essere al contrario la tassatività intesa come determinatezza delle regole quale ulteriore requisito necessario ai fini della prevedibilità del trattamento penale.

Ebbene, in proposito, va ricordato che la tassatività sussiste sempreché possa essere provato il comportamento da sussumere nel profilo normativo di cui verificare la determinatezza<sup>16</sup>.

Questo ben può accadere rispetto ai dati normativi di natura valutativa - oltre che a fronte di quelli di marca naturalistica - quando le aspettative sociali che danno contenuto concreto alle clausole elastiche nei casi concreti siano chiare in modo che sul piano fattuale, e non di un disorientato

---

<sup>16</sup> Vedi, in proposito, Corte. cost., 8 giugno 1981 n.96, in <http://www.giustizia.it>.

dover essere, ogni cittadino possa sapere in anticipo quale comportamento una certa comunità consideri rimproverabile per negligenza imperizia o imprudenza.

In tal caso, attraverso il contraddittorio estrinsecantesi, per esempio, in perizie sociologiche, si potrà dare significato alle clausole elastiche delle generiche previsioni di colpa senza dover prevedere in anticipo per iscritto tutti i comportamenti censurati.

Muovendosi su un registro di dati evidenti, siffatta attività può essere condotta dal giudice senza dover ricorrere al proposto organo politico ausiliario a cui andrebbe affidato il solo potere di creare le regole per i casi specifici esclusivamente nei casi in cui le aspettative sociali non siano chiare<sup>17</sup>.

In proposito, quando, invece, sia confuso il quadro di ciò che si aspetti una comunità e sorga nondimeno l'esigenza di individuare una nuova regola comportamentale per un caso concreto, l'accennato organo politico dovrebbe stabilire il parametro in questione, ma per la sua imprevedibilità da parte del cittadino, sembrerebbe che quest'ultimo debba andare esente da punizione in relazione al comportamento tenuto che possa sussumersi non nel quadro delle norme scritte per come interpretate alla luce delle aspettative sociali evidenti, bensì esclusivamente nel nuovo parametro forgiato creativamente dall'organo ausiliario<sup>18</sup>.

Senonché, è bene precisare che se per il cittadino esista la possibilità non meramente congetturale di immaginare che la dizione normativa dal significato incerto possa corrispondere ad un'aspettativa sociale concreta, sebbene non evidentemente prevalente, deve ritenersi che sussista comunque la prevedibilità della regola cautelare e della connessa previsione penale, sia pure quanto ai limiti esterni del tipo di parametro individuabile in modo più specifico rispetto al quadro delle limitazioni della norma scritta.

Ora, questa situazione effettivamente ricorre perché l'individuazione del parametro precauzionale, pur rimanendo di tipo creativo nell'ipotesi prospettata, non avverrà mai in modo arbitrario, bensì nell'ambito di un concreto quadro di limiti contenutistici perché oggetto di un confronto "argomentativo" scandito da passaggi procedurali e, quindi, da categorie interpretative di riferimento, nonché da dati informativi desunti dall'esperienza ed apprezzabili conseguentemente come forieri di una fissazione di significati normativi preventivamente almeno entro una cornice esterna che condiziona la determinazione delle alternative.

Sarà l'esito del bilanciamento di prospettive ricostruttive ad essere incerto, ma la procedura, le categorie di approccio alla realtà ed i dati di riferimento saranno chiari e come tali possono far prefigurare i limiti anche contenutistici entro cui si iscriverà il precipitato dell'attività di fissazione della regola.

Tutta questa dinamica vale non solo per l'individuazione della regola cautelare relativa, come si è detto, al profilo oggettivo della colpa, bensì deve trovare applicazione anche relativamente al

---

<sup>17</sup> Sulla possibilità di provare con il solito strumento del contraddittorio la serie di comportamenti da cui sia desumibile l'aspettativa prevalente da ricondurre, poi, alla clausola elastica della previsione normativa cfr. M. MENNA, *Giurie elettive di esperti per favorire un dialogo "creativo" tra le Corti*, in *Dir. pen. e processo* 2012, *passim*.

<sup>18</sup> Sulla necessità di intervento di una giuria elettiva di esperti che quale organo politico ausiliario al giudice stabilisca quale debba intendersi come aspettativa sociale prevalente ad una clausola normativa elastica – come quelle in tema di colpa generica – cfr. IDEM, *Giurie elettive di esperti per favorire un dialogo "creativo" tra le Corti*, in *Dir. pen. e processo* 2012, *passim*.

profilo soggettivo della rimproverabilità per colpa e, quindi, alla prevedibilità ed evitabilità dell'evento colposo ed alla convergente esigibilità della condotta nella situazione umana concreta dell'agente.

Pure a tal proposito, il rimprovero può scaturire da un parametro di esigibilità che raccordandosi alla natura elastica della normativa sulla colpa può ricevere significato anche solo dalla prova in contraddittorio delle palesi aspettative sociali relativamente a quanto si possa esigere da un soggetto che versi in una determinata situazione.

Ed allora è salva la prevedibilità della previsione penale.

Se, invece, si dessero situazioni in cui le situazioni concrete all'attenzione del giudice non fossero chiaramente riconducibili ad una aspettativa sociale di cui si possa provare attraverso il contraddittorio processuale – eventualmente traducendosi in perizie sociologiche - la prevalenza, dovrebbe intervenire l'organo politico ausiliario a cui si è accennato per stabilire cosa debba intendersi per aspettativa della comunità in ordine ad un caso concreto nuovo, relativamente ad una clausola elastica non applicabile in termini certi alla ipotizzata situazione.

Rispetto a siffatto criterio, la prevedibilità quanto meno dei limiti contenutistici esterni che siano sul tappeto ai fini dell'individuazione pur creativa del significato della regola sussiste per quanto si è detto e, quindi, il cittadino non dovrebbe andare esente dalla punizione per colpa.

Anche rispetto alle fattispecie relative al profilo soggettivo della rimproverabilità per colpa, naturalmente, vi è poi da sottolineare che quando le stesse fossero riconducibili ad un *novum* apprezzabile in termini solo quantitativi e tale, quindi, secondo un principio di continenza, da poter essere riannodato in termini deduttivi – e non solo di limitazione esterna - ai confini tipici della previsione penale, non sarebbe necessario scomodare l'apparato di garanzie a cui si è accennato per individuare il parametro da applicare al caso concreto.

# L'accertamento processuale della causalità omissiva e la prova logica del fatto ai limiti dell'accusatorietà

CLELIA IASEVOLI

## ABSTRACT

*Public prosecutor has the burden of proving the facts constituting the offense, making elimination the reasonableness of the doubt; instead, the function of the defense is aimed to strengthen the reasonableness of the uncertainty regarding the liability of the accused. The operation is not as simple when it comes to assess failure crimes, because the borders involved are those of legality and mandatory.*

SOMMARIO: 1. La causalità omissiva nel diritto giurisprudenziale. – 2. Il ruolo dell'esperto. – 2.1. La perizia. – 3. Il giudizio contro-fattuale. – 4. Il modello legale del ragionamento inferenziale ed il libero convincimento del giudice.

1. «Per la procedura penale l'uomo su cui cade l'inquisizione e il giudizio è un innocente e non può che essere tale. [...] Assoluta condizione della legittimità del procedimento e del giudizio [...] non è che una sola parola: fate questo perché l'uomo da voi preso in sospetto è un innocente e voi non potete negare la sua innocenza, finché non abbiate dimostrato la sua reità»<sup>1</sup>.

La dimostrazione consiste nel porre in discussione la presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.): la pubblica accusa ha l'onere di provare i fatti costitutivi del reato, facendo venir meno la ragionevolezza del dubbio; viceversa, la funzione della difesa è volta a rafforzare la ragionevolezza dell'incertezza in ordine alla responsabilità dell'imputato<sup>2</sup>.

L'operazione non è così semplice quando si tratta di accertare fattispecie omissive improprie; non lo è quanto alla prova della tipicità dell'elemento oggettivo del reato, poiché i confini implicati sono quelli della legalità, della tassatività e della responsabilità per fatto proprio. Al giudice si richiede il giudizio ipotetico su cosa sarebbe accaduto se fosse intervenuta la condotta doverosa, in

<sup>1</sup> F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1881, 13.

<sup>2</sup> G. CANZIO, *L' "oltre il ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 306; G. SPANGHER, *La legge Pecorella: i nuovi motivi di ricorso per cassazione e la regola di giudizio per la condanna*, in *Studium juris*, 2006, 1213; P. FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di L. Filippi, Padova, 2007, 150; M. PISANI, *Riflessioni sul tema del "ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1243; M. DANIELE, *Una prima applicazione giurisprudenziale della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 258; F. CAPRIOLI, *L' accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 64; G. PIERRO, *Accertamento del fatto e colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio*, Roma, 2011, 27 ss.; G. UBERTIS, *Argomenti di procedura penale*, vol. III, Milano, 2011, 180; C. CONTI, *Ragionevole dubbio e "scienze delle prove": la peculiarità dell'esperienza italiana rispetto ai sistemi di common law*, in *Archivio pen.*, 2012, n. 2, 3; G. RICCIO, *Centralità della motivazione e ragionevole dubbio*, in *Gazz. for.*, 2012, 65.

termini di elevata probabilità logica, cioè, si richiede la ricostruzione dell'avvenimento naturalistico in termini di certezza processuale<sup>3</sup>.

Quanto alla struttura, i reati omissivi non si traducono nell'impiego di forze o energie materiali, ma nel legame ipotetico tra l'azione dovuta, che è mancata, e l'evento concreto, che si è realizzato<sup>4</sup>. Da qui derivano i contenuti prognostici del ragionamento giurisdizionale in ordine alle conseguenze eventuali del compimento dell'azione omessa e della sua idoneità ad impedire l'evento e, in tal senso, a modificare il corso degli avvenimenti<sup>5</sup>.

Più specificamente, il punto di crisi nella successione teleologica degli atti processuali è da rinvenirsi nell'imputazione del concreto evento lesivo alla condotta di un soggetto, dovendo il giudice stabilire se la condotta sia raffigurabile come condizione necessaria, attraverso un giudizio di rilevanza causale, orientato da parametri non indeterminati, né determinabili in virtù del libero apprezzamento<sup>6</sup>. In altri termini, il nesso di causalità non può essere accertato con criteri valutativi diversi da quelli applicati per gli altri elementi costitutivi del reato; per pronunciare una condanna sono necessarie le prove, che possono essere anche indiziarie e logiche, ma in questo caso il terreno dell'accertamento è alquanto accidentato.

Tuttavia, è abbastanza pacifico l'assunto secondo cui la causalità omissiva implichi processi esplicativi identici a quelli della causalità dell'azione, essendo richiesto, per entrambe le categorie, il requisito dell'alto grado di credibilità razionale. Al fine di spiegare i nessi di condizionamento tra condotta ed eventi naturalistici, penalmente rilevanti, sin dagli anni Novanta la giurisprudenza<sup>7</sup> ha ritenuto fondamentale l'individuazione di una specifica legge *scientifica*, poiché un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo a patto che sia riconducibile al novero di quegli antecedenti, che conducano ad eventi del tipo di quello verificatosi in concreto, sulla base di una successione conforme ad una legge dotata di validità *scientifica*: la legge di copertura<sup>8</sup>. In particola-

<sup>3</sup> Cass. pen., sez. IV, 1 settembre 2014, n. 36476, in <http://www.giustizia.it>. Sul versante dottrinale, si osserva che «in rapporto a tali ipotesi, il legislatore ha scaricato parte della sua responsabilità di politica del diritto sull'interprete: formalmente l'obbligo penalmente rilevante è deducibile dal combinato disposto della norma incriminatrice di parte speciale con la clausola di equivalenza cui all'art. 40 co. 2 c.p.; si tratta di una soluzione del tutto inappagante che, secondo i moduli consueti delle clausole generali, è orientata in senso diametralmente opposto a quello della realizzazione di finalità di determinatezza. Si affida, infatti, al giudice non solo la definizione dell'ambito di applicabilità della disposizione di cui al capoverso dell'art. 40 c.p., ma anche l'individuazione del contenuto degli obblighi di agire. In questo caso è difficilmente sostenibile che un soggetto sia in grado di riconoscere preventivamente se la sua omissione sia punibile». S. MOCCIA, *La 'Promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 68.

<sup>4</sup> F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 1217.

<sup>5</sup> M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione «per l'aumento del rischio». Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 32.

<sup>6</sup> F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1990, 314.

<sup>7</sup> Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 1990, n. 4793, Rv. 191793.

<sup>8</sup> «Le leggi universali sono quelle in grado di affermare che la verifica di un evento è invariabilmente accompagnata dalla verifica di un altro evento. Queste leggi soddisfano perfettamente le esigenze di certezza e rigore scientifico giacché non ammettono eccezioni. Quindi sono le più «apprezzate» anche da un punto di vista giuridico-penale, vista la garanzia di certezza che offrono. Le leggi statistiche, invece, non presentano la certezza assoluta delle leggi universali, ma affermano che un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento soltanto in una certa percentuale di casi. In altri termini, più alta è la probabilità di verifica dell'evento, più alta sarà la validità scientifica, o, meglio, la capacità di soddisfare i postulati riguardanti le leggi scientifiche». Così, C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011, 207.

re, se essa è di origine scientifica può avere sia una valenza universale sia una valenza statistica; la funzione non muta, essendo volta ad attribuire una caratterizzazione generalizzante ad una serie di accadimenti, che, viceversa, sarebbero collegati in modo arbitrario, attraverso presunzioni non fondate su leggi dotate di un pari grado di credibilità<sup>9</sup>.

Ed è questo il rischio che si vuole arginare con il ricorso alle generalizzazioni causali: esse costituiscono il tentativo di circoscrivere la discrezionalità del giudice nello stabilire la regolarità o meno di una particolare successione di eventi; si pongono come premessa per risalire all'affermazione che, senza quell'azione, l'evento non si sarebbe realizzato<sup>10</sup>.

In un secondo momento l'evoluzione giurisprudenziale è pervenuta all'identificazione del rapporto tra il fondamento probabilistico del nesso causale e la certezza processuale, adeguata a fondare la pronuncia di condanna.

Sono state le Sezioni unite ad aver chiarito che il giudice applica le nozioni probabilistiche offerte dalla legge di copertura, attraverso un procedimento logico, non dissimile dal ragionamento inferenziale in tema di valutazione della *prova indiziaria* (ex art. 192 comma 2 c.p.p.), ponderando le ipotesi antagoniste (art. 546 comma 1, lett. e c.p.p.) al di là del ragionevole dubbio, radicato su elementi di insufficienza, di contraddittorietà o di incertezza del riscontro probatorio. Sono questi gli effetti processuali del carattere condizionalistico della causalità omissiva sul giudizio di certezza inerente al ruolo della condotta mancante<sup>11</sup>.

Nello scenario dell'itinerario probatorio, ancora oggi, sono punti fermi i passaggi più significativi della pronuncia Franzese<sup>12</sup>: a) il superamento dell'alternativa tra certezza e probabilismo; b) la valorizzazione del criterio della certezza processuale; c) la necessità per il giudice di applicare il parametro di *prova* dell'elevata credibilità razionale, che è il risultato della valutazione del compendio probatorio, e di attenersi al criterio della probabilità logica, quindi, non soltanto a quello della probabilità statistica.

La linea argomentativa, tracciata dalla Corte, si fonda sulla premessa secondo cui le astrazioni causali non possono prescindere dall'analisi delle contingenze fattuali del caso concreto:

---

<sup>9</sup> Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, Bartalini, Rv. 235657.

<sup>10</sup> G. CANZIO, *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*, in *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di C. Conti, Milano, 2011, 61 ss.; IDEM., *Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale*, in *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano, 2005, 73.

<sup>11</sup> Cfr. Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, Rv. 222138. Il merito, unanimemente riconosciuto, alle sezioni unite "Franzese" è quello di aver rimosso l'equivoco di una diversità di accertamento della causalità omissiva e soprattutto, proprio sotto questo profilo, di aver ritenuto non accettabile la teoria della certezza o della quasi certezza, prossima ad uno, quasi che in questi casi fosse possibile prevedere un differente modo di accertamento del fatto e del rapporto eziologico e fosse possibile una certezza assoluta, contrastata, persino, dalla filosofia della scienza, che, secondo quanto sostenuto dai più accreditati filosofi del ramo, si fonda sulla cd. "causa probabile", giacché appartiene "all'innocenza del pensiero scientifico del passato" il riferimento alla certezza assoluta.

<sup>12</sup> Sull'evoluzione ermeneutica della sentenza Franzese, cfr. P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 1229. In particolare, l'Autore evidenzia il rafforzamento della regola di giudizio volta ad evitare la totale discrezionalità del libero convincimento: «anche se vi è una prova scientifica, ma vi è il dubbio ragionevole sull'esistenza di una ricostruzione alternativa, si impone l'assoluzione». Secondo Cass. pen., sez. I, 24 ottobre 2011, n. 41110, in *Ced. Cass.* 251507: «la regola dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio» impone al giudice un metodo dialettico di verifica dell'ipotesi accusatoria secondo il criterio del "dubbio", con la conseguenza che il giudicante deve effettuare detta verifica in maniera da scongiurare la sussistenza di dubbi interni (ovvero la auto-contraddittorietà o la sua incapacità esplicativa) o esterni alla stessa (ovvero l'esistenza di una ipotesi alternativa dotata di razionalità e plausibilità pratica)»

l'imputazione delinea e delimita la specifica sequenza fenomenologica, nell'ambito della quale si assume che la condotta attesa abbia determinato la verificazione dell'evento dannoso, come realizzati<sup>13</sup>. Il ragionamento giurisdizionale si radica nella concretezza della storicità del fatto, per risalire poi alle conseguenze connesse al comportamento – omesso – richiesto all'imputato dall'ordinamento<sup>14</sup>.

La partita, quindi, si gioca sul versante dell'esistenza dell'obbligo giuridico di impedire l'evento. Esemplicando, in materia di infortunistica sul lavoro, la posizione di garanzia va valutata sotto il profilo dell'inosservanza della regola cautelare specificamente violata, tenendo in considerazione la concretizzazione del rischio e la prevedibilità dell'evento dannoso<sup>15</sup>; su entrambe le componenti si fonda l'attribuzione di responsabilità per fatto proprio.

Sul piano processuale, l'operazione intellettuale del giudice si articola in due momenti legati da un rapporto di antecedenza logica<sup>16</sup>. Il momento esplicativo si sostanzia nella descrizione di ciò che è accaduto ed è espresso sulla base di un fatto certo, desunto da una serie di elementi indiziari. Il momento contro-fattuale è volto a stabilire l'attitudine salvifica del comportamento mancato alla luce delle emergenze istruttorie: esso attiene più strettamente al profilo dell'imputazione causale.

D'altra parte, è evidente la complessità della verifica processuale, essendo oggetto di prova un comportamento che non esiste in natura e che si immagina secondo la teoria della causalità condizionalistica. Qui i profili dell'imputazione oggettiva e soggettiva si intrecciano e si confondono; la rimproverabilità dell'evento al soggetto si spiega nell'ottica in cui se fosse stato posto in essere, avrebbe significativamente diminuito il rischio di verificazione.

La questione non è di facile soluzione; non lo è soprattutto in alcuni peculiari contesti, ci riferiamo alla responsabilità medica e all'esposizione lavorativa a sostanze dannose, in cui vi è l'interazione tra fattori di segno diverso. L'indagine di tipo causale nei reati omissivi non raggiunge facilmente lo *standard* della certezza, anche con riguardo alla colpa, che diventa un vero e proprio problema causale. Ma allontanarsi dalla rilevanza delle leggi scientifiche, comporta la 'resa' ad un «diritto penale del rischio», fondato esclusivamente sul pericolo.

«Diverso è, invece, il caso in cui, facendosi carico della preoccupazione di contemperare il rigore scientifico con le esigenze della repressione penale, si asserisce che l'aiuto del sapere scientifico (al giudice) non significa necessariamente procedimento di sussunzione sotto leggi o spiegazione dell'evento mediante leggi scientifiche, ma può anche significare riferimento agli ipotizzabili processi esplicativi. Si deve pretendere che il giudice fondi l'imputazione causale dell'evento sul sapere «nomologico» della scienza, ma non si può pretendere che egli offra sempre una spiegazione dell'evento mediante le leggi della scienza. L'imputazione causale sarà cioè possibile non solo quando il giudice riesca ad applicare il modello della sussunzione sotto leggi universali o statistiche,

---

<sup>13</sup> Da ultimo: Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>14</sup> In altra occasione si è precisato che le incertezze alimentate dalle generalizzazioni probabilistiche possono essere in qualche caso superate dal giudizio focalizzato sulle particolarità del caso concreto, quando l'apprezzamento conclusivo può essere espresso in termini di elevata probabilità logica. Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010 n. 43786, Cozzini, Rv. 248943; Cass. pen., sez. IV, 10 luglio 2014, n. 30469, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>15</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 6 novembre 2009, n. 43996, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>16</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 31 gennaio 2013, n. 23339, Giusti, Rv. 256941.

ma anche quando la condotta dell'agente risulti condizione necessaria in tutti gli ipotizzabili (o in probabili) processi esplicativi»<sup>17</sup>.

D'altra parte, nemmeno le leggi scientifiche sono in molte ipotesi in grado di esprimere la condizione che rende inevitabile un determinato accadimento, senza che si dubiti della loro intrinseca razionalità. Il percorso è impervio. Esse si fondano sull'esperienza passata e sono destinate a valere per nuovi casi, ma la loro validità perdura fino a quando non ne sia dimostrata l'erroneità.

In particolare, se si ricorre nella valutazione probatoria a criteri di verosimiglianza o a massime di esperienza si deve poter escludere ogni alternativa spiegazione, che invalidi l'ipotesi all'apparenza più verosimile, per questa via uno specifico dato può assumere valore probatorio; viceversa, resta un mero indizio<sup>18</sup>.

Per non parlare dei criteri di probabilità statistica che sono soltanto uno strumento utile ai fini della prevenzione dei rischi, risolvendosi – appunto – in un indizio da poter valorizzare, insieme ad altri, nell'accertamento *ex post* del legame. Difatti, l'organo della giurisdizione non può attingere soltanto ad essi, dal momento che la probabilità logica consente «la verifica aggiuntiva, sulla base dell'intera evidenza disponibile, dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva e razionale credibilità dell'accertamento giudiziale»<sup>19</sup>.

La spiegazione è affidata alle sequenze del ragionamento probatorio, modellato sul paradigma di cui all'art. 192 comma 2 c.p.p., di esso il giudice rende conto nella motivazione sia quanto ai criteri applicati, sia quanto ai risultati acquisiti (art. 192 comma 1 c.p.p.). La condotta omissiva è attribuibile all'imputato come fatto proprio soltanto nell'ipotesi in cui sia stata esclusa l'interferenza di decorsi alternativi ed essa sia apparsa, sul versante probatorio, come condizione necessaria dell'evento<sup>20</sup>.

Dalle affermazioni delle Sezioni unite trapela la consapevolezza del carattere probabilistico delle leggi scientifiche, ma anche la consapevolezza che esse siano indispensabili a dare credibilità razionale all'accertamento del nesso eziologico, come lo sono quelle statistiche e le massime generalizzate di comune esperienza<sup>21</sup>. Per immaginare cosa sarebbe accaduto in una specifica vicenda, divenuta oggetto di accertamento nel processo, è necessario sapere cosa accade nei casi simili. L'asserzione legittima l'uso di astrazioni scientifiche o esperienziali, che entrano nella successione teleologica degli atti attraverso la figura dell'esperto. Ma il coefficiente probabilistico della regolarità causale, rilevante ai fini della responsabilità penale, va stabilito nel processo penale che «è sicuramente sostanza, ma è anche forma, tempi, diritti (ordinari e costituzionali). La violazione delle regole processuali e di quelle probatorie porta ad espungere dal processo il materiale (invalido) che potrebbe essere posto alla base di un giudizio di responsabilità»<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, cit., 210.

<sup>18</sup> P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 1342 ss.

<sup>19</sup> Il riferimento è alla nota pronuncia: Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, Rv. 222138.

<sup>20</sup> Ancora: Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328 Rv. 222138.

<sup>21</sup> Da un punto di vista più generale sul ruolo delle leggi scientifiche, K. POPPER, *Problemi, scopi e responsabilità della scienza*, in *Scienza e filosofia*, Torino, 1969, 151. Il dibattito sul metodo scientifico nell'epistemologia contemporanea è sintetizzato da F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., 447.

<sup>22</sup> G. SPANGHER, *Brevi note su verità e processo penale*, in AA.VV., «Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo», a cura di G. Forti, G. Varraso, M. Caputo, Napoli, 2014, 177.

2. Dunque, il modello dell'accertamento del nesso causale è strutturato sull'ipotesi (abduzione) inerente alla spiegazione degli accadimenti e la concreta caratterizzazione del fatto storico (induzione). All'interno di questa dimensione dialettica, l'induzione (il fatto) non è altro che il substrato storico sul quale va verificata l'ipotesi esplicativa, rispetto alla quale l'imputato prospetta alternative ricostruzioni al fine di porre in discussione il legame logico tra elemento indiziante e regole scientifiche o di esperienza.

Le molteplici manifestazioni del diritto di difendersi provando si colgono nella ricerca delle prove in grado di dimostrare una diversa ipotesi ricostruttiva; sia nell'attività dialettica di argomentazione circa le emergenze processuali, le regole di scienza o di esperienza da applicare. Se l'imputato, con l'ausilio di un esperto, riesce a far venire meno la validità in concreto della regola scientifica utilizzata, è scardinata sul piano logico l'alta probabilità dell'imputazione causale.

Da qui la centralità del confronto tra l'ipotesi ed i fatti. Ma esso a quali mezzi processuali è affidato? E come si fa a risalire alla ricostruzione maggiormente rispondente alla concretezza dei connotati di ciascuna fattispecie?

Vero è che la congruenza dell'ipotesi dipende dalla corrispondenza ai fatti, a sostegno di una determinata situazione, quindi, il punto di partenza non può che essere costituito dagli stessi fatti.

In primo luogo, le parti hanno la facoltà di presentare memorie ed istanze in ogni stato e grado del procedimento. Ed è l'incidenza dell'art. 121 c.p.p. sulla conformazione dialettica del processo a postulare l'obbligo del giudice di provvedere sulle richieste senza ritardo entro quindici giorni, salve specifiche disposizioni di legge. Si ricorda che l'omessa valutazione e/o il rigetto immotivato di una memoria difensiva determinano la nullità di ordine generale, prevista dall'art. 178 comma 1 *lett. c)* c.p.p., in quanto impediscono all'imputato di intervenire nel processo ricostruttivo e valutativo effettuato dal giudice, comportando la lesione dei diritti di intervento o assistenza difensiva, oltre a configurare una violazione delle norme, che presiedono alla motivazione delle decisioni giudiziarie<sup>23</sup>. Si tratta di un vizio, che può essere fatto valere anche in sede di appello, in quanto va ad inficiare la motivazione per la mancata considerazione degli elementi cognitivi descritti nella memoria, inerenti alle questioni devolute con l'impugnazione<sup>24</sup>.

In buona sostanza, in quelle situazioni in cui i fatti impongono metodologie di individuazione, qualificazione e ricognizione che fuoriescano dalle conoscenze dell'uomo comune, diviene indispensabile il ricorso a competenze specialistiche al fine di integrare il sapere del giudice; ciò avviene attraverso una successione necessitata di atti: conferimento dell'incarico a periti e consulenti, formulazione dei relativi quesiti, escussione degli esperti in dibattimento<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Cass. pen., sez. VI, 3 ottobre 2013, n. 13085, Rv. 259488; Cass. pen., sez. I, 7 ottobre 2010, n. 37531, Rv. 248551; Cass. pen., sez. I, 7 luglio 2009, n. 31245, Rv. 244321; Cass. pen., sez. I, 14 ottobre 2005, n. 45104, Rv. 232702; Cass. pen., sez. I, 6 maggio 2005, n. 23789, Rv. 232518.

<sup>24</sup> Ad analoghe conclusioni si perviene, peraltro, anche alla luce del diverso, minoritario, orientamento secondo cui, pur escludendosi che l'omessa valutazione di memorie difensive possa essere fatta valere in sede di gravame come causa di nullità, si riconosce che essa possa influire sulla congruità e la correttezza logico-giuridica della motivazione, che definisce la fase o il grado nel cui ambito siano state espresse le ragioni difensive. In tal senso, Cass. pen., sez. VI, 5 novembre 2013, n. 269, Rv. 258456; Cass. pen., sez. VI, 28 febbraio 2012, n. 18453, Rv. 252713.

<sup>25</sup> Cass. pen., sez. IV, 17 gennaio 2012, n. 80, in <http://www.giustizia.it>. In dottrina, R. E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici*, Milano, 1993, *passim*.

Gli strumenti fondamentali, che introducono il sapere scientifico nel processo, sono la consulenza tecnica e la perizia<sup>26</sup>.

Il sistema processuale penale prevede diversi paradigmi di consulenza tecnica a seconda della fase in cui interviene l'esperto: quest'ultimo può essere nominato in sede di indagini preliminari dal pubblico ministero (artt. 359 e 360 c. p.p.) o dal difensore delle parti private nell'ambito dello svolgimento delle attività difensive (art. 327 *bis* comma 3 c.p.p.); oppure può essere nominato dal pubblico ministero e dalle parti private nell'ipotesi in cui il giudice disponga la perizia (art. 225 c. p.p.); fuori dai casi di perizia (art. 233 c.p.p.), ciascuna parte può nominare, in numero non superiore a due, i propri consulenti tecnici, che possono esporre al giudice il proprio parere, anche presentando memorie *ex art.* 121 c.p.p.

Nelle situazioni in cui il consulente tecnico collabori con una parte privata svolge una funzione di ausilio alla difesa.

Nell'esperienza giuridica previgente l'esperto era ammesso soltanto attraverso l'incarico peritale disposto dal giudice, essendo un soggetto incapace di compiere valutazioni tecniche dotate di un intrinseco valore probatorio: le sue indicazioni si riducevano a mere sollecitazioni, non entrando nel processo se non attraverso la mediazione dell'organo della giurisdizione, a sua volta, ritenuto *peritus peritorum*. Il merito di aver ricondotto il ruolo dell'esperto alla funzione del difensore va riconosciuto ad una risalente pronuncia della Corte costituzionale<sup>27</sup>; l'attestazione di quest'equivalenza si rinviene nella rilevanza penale del patrocinio infedele e della consulenza infedele (artt. 380 e 381 c.p.), nonché all'interno dell'insieme normativo, che delinea i tratti caratterizzanti la facoltà di avvalersi di un consulente tecnico come manifestazione peculiare dell'art. 24 Cost.

In questa progressiva evoluzione si inserisce l'esplicita previsione della possibilità per le parti di ricorrere ai consulenti tecnici al di fuori del contesto della perizia (art. 223 c.p.p.).

Ma vi è di più. Nell'ambito delle garanzie di libertà del difensore, l'art. 103 comma 2 c.p.p. vieta il sequestro di carte o di documenti relativi all'oggetto della difesa presso il consulente, e al comma 5 vieta l'intercettazione relativa a conversazioni dei consulenti tecnici e dei loro ausiliari ed altresì quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite. Si ricorda, inoltre, la tutela del segreto professionale dei consulenti tecnici *ex art.* 200 comma 1 lett. b) c.p.p. L'impostazione è confermata dalla pronuncia della Corte costituzionale<sup>28</sup> (sentenza n. 33 del 1999), che ha attribuito ai non abienti il diritto di farsi assistere da un consulente per ogni accertamento tecnico ritenuto necessario, a spese dello Stato.

In sintesi. Qualora nella fase delle indagini preliminari si presenti l'esigenza di specifiche cognizioni tecniche il pubblico ministero affida l'attività di consulenza alle forme procedurali di cui all'art. 360 c.p.p., che prevedono avvisi e garanzie strumentali ad un'attività partecipata o alla procedura non garantita prevista dall'art. 359 c.p.p., che si sostanzia in un accertamento sempre ripetibile. In quest'ultimo caso le risultanze avranno valore solo endofasico, all'indagato è sottratta la

---

<sup>26</sup> G. VARRASO, *Ricostruzione della colpa e reati a struttura omissiva: tra completezza probatoria e verità giudiziale*, in AA.VV., «*Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*», cit. 430.

<sup>27</sup> Corte cost., 29 ottobre 1987, sent. n. 345, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>28</sup> Corte cost., 19 febbraio 1999, sent. n. 33, in <http://www.giustizia.it>.

possibilità di intervento attraverso propri consulenti tecnici per controllare l'operato dell'esperto. Si tratta di moduli procedurali differenziati che si muovono su presupposti diversi; il dato comune è costituito dal fatto che le attività richiedono osservazioni critiche su basi tecnico-scientifiche da parte di soggetti qualificati. Secondo l'orientamento prevalente<sup>29</sup>, quando l'esperto è incaricato dal pubblico ministero, assume natura di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio (artt. 357 e 358 c.p.) concorre, cioè, all'esercizio della funzione giudiziaria ed ha il dovere di imparzialità, posto che l'organo dell'accusa svolge indagini su fatti e circostanze anche a favore della persona sottoposta alle indagini (art. 358 c.p.p.).

L'art. 501 c.p.p. estende ai consulenti tecnici le regole per l'esame testimoniale «in quanto applicabili» senza ignorare le differenze, che intercorrono tra la posizione del consulente tecnico e la posizione del testimone. Difatti, l'esperto può «affermare il falso o negare il vero» (art. 372 c.p.), o «rendere dichiarazioni false» (art. 371 *bis* c.p.), ad esempio tacendo o alterando determinati esiti degli accertamenti espletati, pur essendo escluso ogni controllo su aspetti meramente valutativi relativi a tali attività. Egli è tenuto a rispondere secondo verità sulla natura e sulla consistenza dei fatti che abbia accertato e che sono posti a fondamento delle sue valutazioni tecniche: la sua posizione, limitatamente alla descrizione di meri fatti, non differisce da quella del testimone.

Viceversa le valutazioni tecnico-scientifiche *stricto sensu* si traducono in un'opinione dell'esperto, che non è compatibile con un apprezzamento in termini di verità-falsità; in tal caso non vi può essere reato di falsa testimonianza. La qualità di testimone, ai fini della rilevanza penale del fatto di cui all'art. 377 c.p., è assunta nel momento in cui il giudice autorizza la citazione del soggetto *ex art. 468 comma 2 c.p.p.*

In effetti, il testimone-esperto può apportare conoscenze ed elementi utili ai fini della deliberazione, se escusso in dibattimento nella piena dialettica del contraddittorio e dell'esame incrociato; il contributo tecnico-scientifico ed i qualificati pareri possono essere veicolati nel novero delle prove utilizzabili qualora le relative conclusioni appaiano oggettivamente fondate, esaustive e sostenute da spiegazioni convincenti. L'elaborazione scientifica da privilegiare nella contrapposizione dinamica tra tesi ed antitesi è quella che 'resiste' alla tensione dialettica.

Tale modalità di accertamento non pregiudica il diritto al contraddittorio vuoi perché la parte può sottoporre a controesame i testimoni, vuoi perché può indicare a prova contraria un consulente ovvero testimoni 'tecnici' di propria fiducia, soprattutto qualora gli esperti non abbiano formulato considerazioni di tipo valutativo, se non nei limiti strettamente necessari ad illustrare le loro constatazioni in fatto circa la non corrispondenza di elementi specifici. Le dichiarazioni del testimone "tecnico", che riferisca elementi di fatto nella percezione qualificata consentita dalle sue speciali conoscenze, sono ammissibili ed utilizzabili; non lo sono, invece, le considerazioni secondo il soggettivo apprezzamento del testimone, che potrebbero entrare a far parte del materiale probatorio soltanto attraverso una consulenza tecnica oppure una *perizia*<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Cass. pen., sez. VI, 5 dicembre 1995, n. 2675, Tauzilli, Rv. 204516; Cass. pen., sez. VI, 7 gennaio 1999, n. 4062, Pizzicaroli, Rv. 214142. In senso contrario: Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2013, n. 5901, Anello, Rv. 254308.

<sup>30</sup> *Ex plurimis*: Cass. pen., sez. II, 19 settembre 2007 n. 40840, in <http://www.giustizia.it>. In senso conforme: Cass. pen., sez. II, 11 novembre 2010 n. 44326, in <http://www.giustizia.it>.

In definitiva, l'esperto esprime un giudizio su elementi probatori, coniugando l'acquisizione di elementi a determinate conclusioni induttive. Si tratta di un'attività che comprende momenti diversi: *a)* l'identificazione delle leggi scientifiche valide ad inferire un fatto da un altro e la possibilità per le parti di venire a conoscenza, oltre al giudice; *b)* l'inferenza sulla base di elementi probanti già acquisiti con altri mezzi di prova, ovvero sulla base di dati raccolti con una propria investigazione e ricavati dal patrimonio delle conoscenze scientifiche riconosciute in un determinato periodo storico. Spetterà al giudice indicare nella motivazione le ragioni che lo hanno indotto a ritenere affidabili e valide le impostazioni scientifiche dell'esperto nominato dal pubblico ministero, dopo averle comparate con quelle del consulente di parte per escludere ogni spiegazione alternativa, che ponga in discussione l'ipotesi all'apparenza più verosimile.

2.1. Qualora l'organo della giurisdizione disponga la perizia (art. 220 comma 1 c.p.p.) le parti partecipano attraverso i propri consulenti tecnici, esercitando una funzione di controllo dialettico sulla correttezza delle attività, evidenziando lacune ed eventuali contraddittorietà.

Se la perizia è acquisita nella fase delle indagini preliminari mediante l'incidente probatorio, essa è utilizzabile in dibattimento senza alcuna necessità di rinnovazione, altrimenti ad essere vanificata sarebbe la stessa funzione della procedura, cioè, la precostituzione di una prova formata attraverso il contraddittorio<sup>31</sup>. L'esposizione orale del parere del perito in udienza ed il successivo eventuale esame ad opera delle parti sono momenti essenziali del procedimento probatorio. D'altro canto, le forme di acquisizione delle prove sono quelle dibattimentali, per l'esplicito rinvio di cui all'art. 401 comma 5 c.p.p.

Pertanto, non si condivide l'orientamento che riconduce ad una mera irregolarità l'eventuale differimento non concordato dalle parti, che svilisce l'oralità del contraddittorio. A nostro avviso, l'ipotesi configura la causa di nullità di cui al combinato disposto degli artt. 178 lett. c) c.p.p. e 180 c.p.p.

Diversa è la situazione in cui l'audizione del perito non si è avuta nel dibattimento di primo grado, essendo già avvenuta durante l'incidente probatorio. L'organo della giurisdizione può ritenere, già ampiamente, esperito il contraddittorio in ordine alla perizia e, quindi, decidere di non citare nuovamente i periti e di non disporre l'audizione dei consulenti, indicati nella fase degli atti preliminari al dibattimento. Si tratta di una decisione endoprocessuale, pienamente legittima ed attinente alle modalità di acquisizione della prova e che, certamente non dà vita ad una violazione del diritto di difesa. Essa può essere sottoposta al controllo del giudice di appello a causa di erronea e/o insufficiente acquisizione e/o valutazione della prova ed al fine di ottenere la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, tenendo pur sempre conto del fatto che il giudice d'appello possa ritenere ampiamente esperito il contraddittorio.

Le tesi prospettate dai periti di ufficio devono essere discusse con i consulenti della difesa. Ad esempio è compito del difensore far conoscere le ulteriori evenienze istruttorie, acquisite nel dibattimento di primo grado, ai periti che hanno espletato il mandato nell'incidente probatorio; ponendo le condizioni affinché gli stessi siano in grado di rivedere il giudizio tecnico già espresso. Senza

---

<sup>31</sup> Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 2006, n. 36613, in <http://www.giustizia.it>.

dubbio la loro audizione comporta una dilatazione temporale, ma se fosse impedita dal giudice d'appello costituirebbe violazione del contraddittorio.

Quanto al rimedio offerto alle parti per far valere l'eventuale insussistenza delle condizioni che legittimano il sub-procedimento di cui agli artt. 392 c.p.p. e seguenti, esso si esaurisce nelle deduzioni di cui all'art. 396 c.p.p., essendo innopugnabili i provvedimenti che intervengono nella fase di ammissione dell'incidente probatorio<sup>32</sup>. D'altro canto, l'art. 568 c.p.p. statuisce il principio di tassatività dell'impugnazione.

L'ordinanza ammissiva di incidente probatorio non ha natura decisoria, ma strumentale all'acquisizione di elementi probatori; non lede in alcun modo il diritto di difesa dell'indagato. Soltanto in sede di impugnazione l'imputato può contestare la correttezza dell'accertamento peritale e delle sue conclusioni, la rilevanza della prova scientifica acquisita, ma non può contestare l'irritualità dell'ordinanza al fine di invalidare l'eventuale esito sfavorevole dell'incidente probatorio; né può dolersi della mancata audizione di un proprio consulente da parte del giudice per le indagini preliminari durante l'espletamento della perizia «perché l'esigenza di speditezza dell'incidente ben giustifica il rinvio dell'incombente alla fase successiva del giudizio, senza che ciò comporti pregiudizio alcuno per la difesa»<sup>33</sup>.

Il perito, ai fini dello svolgimento dell'incarico, può richiedere notizie all'imputato, alla persona offesa o ad altre persone. Gli elementi in tal modo acquisiti possono essere utilizzati esclusivamente ai fini dell'accertamento peritale (art. 228 comma 3 c.p.p.), cioè, per rispondere ai quesiti. La loro utilizzazione, sebbene consentita nell'ambito della funzione percettiva e recettiva, è limitata all'esercizio dell'attività critico-scientifica. Secondo la giurisprudenza di legittimità<sup>34</sup> la disposizione va estesa anche al consulente per identità di *ratio legis*; di conseguenza, quest'ultimo ha la facoltà di chiedere notizie alla persona offesa, tanto più se essa sia l'oggetto degli accertamenti tecnici.

Per quanto concerne il diritto delle parti ad una nuova consulenza tecnica nel giudizio di appello, è stato affermato<sup>35</sup> che i pareri dei consulenti tecnici, espressi a mezzo di memoria *ex art.* 121 c.p.p., sono rilevanti sul versante della deliberazione, anche in assenza del previo esame del consulente tecnico, qualora le parti non ne abbiano posto in discussione il contenuto ed il giudice abbia ritenuto superfluo disporre in sostituzione una perizia; invece, non può ritenersi altrettanto, se le controparti si oppongono alla loro rilevanza.

L'orientamento è confermato dalla lettura in combinato disposto degli artt. 233 comma 1 e 227 c.p.p., secondo cui le relazioni non sono utilizzabili senza la previa esposizione orale di quanto è stato scritto ed il successivo esame ad opera delle parti.

Nella dinamica processuale non è consentito né al pubblico ministero, né alla difesa introdurre una consulenza sotto forma di parere *pro-veritate*, a discapito delle conclusioni peritali assunte in un contraddittorio aperto alle diverse possibilità<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Si tratta di un orientamento risalente consolidatosi nel tempo: Cass. pen., sez. I, 26 febbraio 1990, Tavoletta, Rv. 183674.

<sup>33</sup> Così: Cass. pen., sez. II, 3 aprile 2009, n. 28819, Crosas-so, Rv. 245255.

<sup>34</sup> Il riferimento è a Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 2011, n. 6887, Rv. 249569.

<sup>35</sup> Cass. pen., sez. IV, 1 dicembre 2011, n. 3986, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>36</sup> Cass. pen., sez. I, 19 marzo 2014, n. 12937, in <http://www.giustizia.it>; Cass. pen., sez. I, 28 aprile 2014, n. 37212, in <http://www.giustizia.it>.

Il giudice, a sua volta, ha l'obbligo di motivare il proprio convincimento con criteri scientifici, oltretutto logici, ma non può fare legittimamente propria l'una piuttosto che l'altra tesi, senza dare congrua ragione della scelta e senza dimostrare di essersi soffermato sulla tesi o sulle tesi, che ha creduto di non dover seguire. Qualsiasi lettura di un sapere diverso da quello giuridico non può avere come esito il consolidarsi di un sistema di prova legale, che limiti la libera formazione del convincimento del giudice.

3. Dunque, le conoscenze scientifiche costituiscono un indispensabile strumento nell'accertamento delle fattispecie omissive improprie, tuttavia, appare problematica l'affidabilità delle informazioni che entrano nel processo, essendo l'affidabilità parte integrante del giudizio, che l'organo della giurisdizione è chiamato ad esprimere sulle valutazioni di ordine extragiuridico.

Una volta fissate le generalizzazioni attraverso i periti e i consulenti nel contraddittorio tra le parti, il passaggio successivo è il collegamento di tali generalizzazioni al fatto concreto.

Si ricorda che lo scopo del processo è la ricostruzione del fatto secondo il canone dell'alta probabilità logica, ovvero di elevata credibilità razionale, giacché la constatazione del regolare ripetersi di un fenomeno non ha rilevanza soltanto in ambito statistico, ma rafforza la plausibilità dell'astrazione, derivante dall'osservazione dei casi passati. L'analisi degli esperti deve essere critica e rigorosa, setacciata dal metodo del contraddittorio e dalla verifica delle diverse prospettazioni scientifiche.

Il sistema penale integrato affida all'organo della giurisdizione il giudizio contro-fattuale inerente alle possibili ricostruzioni della fenomenologia causale; questo 'metodo' ermeneutico svolge un ruolo decisivo soprattutto nel campo della responsabilità medica, in cui la sequenza causale, nella molteplicità dei casi, non è nota nell'esatto concatenarsi dei fatti<sup>37</sup>.

Al riguardo, si ricorda che la Corte di cassazione<sup>38</sup> ha ritenuto la sussistenza del *nesso di causalità* tra l'omessa adozione da parte del medico specialistico di idonee misure atte a rallentare il decorso della patologia acuta, colposamente non diagnosticata, ed il decesso del paziente, in quanto la condotta doverosa avrebbe inciso positivamente sulla sopravvivenza del paziente, nel senso che l'evento non si sarebbe verificato ovvero si sarebbe realizzato in epoca posteriore o con minore intensità lesiva. Il giudizio contro-fattuale si sostanzia nella valutazione ipotetica secondo cui, se fosse stato posto in essere il comportamento dovuto, l'evento lesivo sarebbe stato evitato come epilogo di un ragionamento orientato all'oltre ogni ragionevole dubbio<sup>39</sup>.

Seguendo quest'impostazione, si è pervenuti da ultimo all'elaborazione del principio di diritto secondo cui: «nei reati omissivi impropri, la valutazione concernente la riferibilità causale dell'evento lesivo alla condotta omissiva che si attendeva dal soggetto agente, deve avvenire rispetto alla sequenza fenomenologica descritta nel capo di imputazione. Pertanto, nelle ipotesi di omicidio o le-

---

<sup>37</sup> Sulla perenne mutabilità della scienza medica, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, 453. In giurisprudenza: Cass. pen., sez. IV, 14 febbraio 2013, n. 9170, Rv. 255397; Cass. pen., sez. IV, 6 marzo 2012, n. 17758, Rv. 253502; Cass. pen., sez. IV, 26 marzo 2008, n. 17523, Rv. 239542; Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2008, n. 4941, Rv. 242630; Cass. pen., sez. IV, 24 maggio 2007, n. 35115, Rv. 237452; Cass. pen., sez. IV, 2 marzo 2005, n. 20560, Rv. 231356; Cass. pen., sez. IV, 26 maggio 2004, n. 39062, Rv. 229832; Cass. pen., sez. IV, 23 giugno 2004, n. 40183, Rv. 229834.

<sup>38</sup> Sul punto, in particolare: Cass. pen., sez. IV, 14 febbraio 2013, n. 18573 Rv. 256338.

<sup>39</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 4 ottobre 2012, n. 43459, Rv. 255008.

sioni colpose ascritte all' esercente la professione sanitaria, il ragionamento contro-fattuale deve essere sviluppato dal giudice di merito in riferimento alla specifica attività (diagnostica, terapeutica, di vigilanza e salvaguardia dei parametri vitali del paziente od altro), che era specificamente richiesta al sanitario e che si assume idonea, se realizzata, a scongiurare l'evento lesivo, come in concreto verificatosi, con alto grado di credibilità razionale»<sup>40</sup>.

Al centro dell'esperienza processuale vi è l'imputazione, ma anche l'uomo che giudica la storicità del fatto, proiettandola in un contesto di supposizioni<sup>41</sup>. Da qui il bisogno di una riflessione sul momento della decisione e sulla molteplicità dei fattori, che determinano il convincimento del giudice.

In questo delicato contesto, pare che l'organo della giurisdizione affronti il versante gnoseologico, privilegiando la componente intuitiva, psicologica, e, talvolta, emozionale della decisione.

La notevole complessità, che può connotare l'attività di verifica del nesso di causalità, non giustifica la riproduzione anacronistica del postulato del giuspositivismo ottocentesco, che si fondava sull'autosufficienza del sistema logico-normativo e sulla riduzione della razionalità del giudizio ad un paradigma formale e meccanico.

Il giudice intraprende il percorso attraverso cui si perviene alla ricostruzione di un fatto come conseguenza logicamente possibile di un atto<sup>42</sup>, valutando con quale grado di probabilità logica, in assenza di quell'atto, l'evento si sarebbe ugualmente realizzato<sup>43</sup>.

L'analisi parte dalle componenti storiche del caso ed è proiettata verso un giudizio basato su parametri di certezza processuale: essi sono individuati considerando che, a fronte di concause con effetti cumulativi sinergici, il giudizio contro-fattuale sia da costruire non più in termini di probabilità logica, ma di certezza scientifica, in quanto il procedimento di eliminazione mentale non è sufficiente a risolvere il tema del rapporto di causalità, poiché ciascuna causa è idonea a determinare l'evento, sul presupposto che ciascuna di esse lo sarebbe alternativamente, se l'altra non esistesse.

Secondo l'insegnamento delle sezioni unite Franzese<sup>44</sup>, si può ritenere sussistente il nesso di causalità anche qualora sia in gioco una legge scientifica a bassa probabilità, purché in tali situazioni, appaia fornita la prova che esista un rapporto causale oltre ogni ragionevole dubbio, sulla base di tutte le risultanze processuali.

---

<sup>40</sup> Di recente: Cass. pen., sez. IV, 10 luglio 2014, n. 30469, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>41</sup> M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 65.

<sup>42</sup> M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 193 ss.

<sup>43</sup> F. CENTONZE, "Il nuovo corso della giurisprudenza di Cassazione sulla spiegazione causale: la necessità del ricorso a leggi universali o statistiche con coefficiente percentualistico vicino a cento, il ruolo del giudice e del consulente medico legale"; in *Guid. al dir.*, n. 19, 2002, 93; F. D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione antica di Carrara e la lezione moderna della Corte di Cassazione sull'oltre ogni ragionevole dubbio*; in *Guid. al dir.*, 2002, n. 38, 73.

<sup>44</sup> Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, Rv. 222138. Sul versante dottrinale: A. FIORI, G. ALBERTACCI, G. LA MONACA, *Le Sezioni Unite penali della Cassazione riaffermano l'esigenza di elevata probabilità logica del nesso causale sulle condotte mediche omissive: ma nel contempo confermano, pur dichiarando prescritto il reato, la responsabilità del medico in un caso di colpa e nesso causale poco probabili. Nota a Cass. Pen., S.U., 10 luglio (11 settembre) 2002, n. 30328, Franzese*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 1616; O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, II, 609; G. F. IADECOLA, *La causalità dell'omissione nella responsabilità medica prima e dopo le Sezioni Unite Franzese*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 4-5/2005, 732; A. R. DI LANDRO, *L'accertamento del nesso causale nella responsabilità penale del medico: dopo la sentenza delle Sezioni Unite, un confronto tra la dottrina penalistica e quella medico legale*, in *Ind. pen.*, n. 1/2005, 102.

D'altro canto, le cause sopravvenute possono interrompere il legame tra condotta ed evento qualora siano tali da essere state per sé sole sufficienti a determinarlo (art. 41 comma 2 c.p.). In questa categoria sono annoverabili anche quei fattori che, pur inserendosi nella serie causale dipendente dal comportamento dell'imputato, agiscono per esclusiva forza propria, in modo che il comportamento assuma il ruolo di mera occasione, sebbene costituisca un antecedente necessario<sup>45</sup>.

L'apprezzamento inerente alla natura eccezionale ed imprevedibile del fatto sopravvenuto rientra nei confini valutativi dell'attività giudiziale.

In particolare, il giudice, riferendosi al passato, si interroga su ciò che sarebbe accaduto, se l'agente avesse posto in essere la condotta che gli era richiesta: qui si radica la similitudine con i connotati del paradigma indiziario<sup>46</sup>.

In definitiva, per le fattispecie omissive improprie la valutazione contro-fattuale rappresenta il modello euristico della valutazione causale demandata al giudice, essa – lo ripetiamo – è strettamente ancorata al «singolo comportamento storico», alla «singola situazione storica», alla «singola conseguenza storica»<sup>47</sup>, descritti nell'imputazione.

Volendo esemplificare, se è noto che una determinata percentuale di persone sopravviva dopo essere stata curata a seguito di infarto del miocardio, non si conosce, tuttavia, il peso dei diversi fattori di rischio come l'età, il sesso, le condizioni generali e numerose altre variabili individuali. Per la verità, non vi è quasi mai uno strumento deduttivo sufficientemente affidabile. La misura di certezza o d'incertezza che caratterizza la generalizzazione utilizzata si trasferisce, infatti, dalla premessa maggiore alla conclusione del sillogismo probatorio.

Questa circostanza rende opinabili *in radice* le inferenze della causalità omissiva. Sicché le astrazioni disponibili, suscettibili di un'applicazione in chiave deduttiva, sono integrate da un passaggio di tipo induttivo ad opera del giudice che raccorda il sapere scientifico, veicolato nel processo, alle peculiarità del caso concreto. Estendendo l'osservazione all'esemplificazione precedente, ne discende che nell'ipotesi in cui il paziente sia giovane e le condizioni siano buone, ad evitare l'evento sarebbe bastata, in termini di elevata probabilità logica, la tempestività della diagnosi e del trattamento.

Il ragionamento probatorio è, dunque, congetturale: la falsificazione oppure la corroborazione di ciascuna ipotesi causale dipende dalla conformità o meno allo scopo dei riscontri rappresentati dalle specificità dell'avvenimento naturalistico. Al riguardo, la locuzione 'corroborazione' sintetizza meglio di ogni altro l'esito della discussione critica sulle prove, connotata da segni di conferma o

---

<sup>45</sup> In argomento: Cass. pen., sez. IV, 26 ottobre 2005, n. 1214, Rv. 233173; Cass. pen., sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 6215 Rv. 246421; Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2007, Rv. 237659. In dottrina, si osserva che «la definizione dei reati di obbligo secondo i fondamentali criteri di certezza e offensività, propri del diritto penale, permette, infatti, di ridimensionare notevolmente il problema della equivalenza tra azione ed omissione per tutte le fattispecie incriminatrici in cui è tutelata la funzionalità di settori della vita di relazione che hanno già una loro configurazione giuridica. Per tali ipotesi il legislatore rispetta il principio tassatività/determinatezza, rinviando a doveri che sono stati fissati tra gli interessati al di fuori dell'ambito del diritto penale: in questi casi, infatti, posto che l'infrazione riguarda una situazione di obbligo che deriva da un ruolo sociale accettato ed integra determinate fattispecie, appare chiaramente indifferente, dal punto di vista della problematica del *nullum crimen*, se tale infrazione avviene tramite un fare od un omettere». S. MOCCIA, *La 'Promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit., 69.

<sup>46</sup> Più specificamente, Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Rv. 248943.

<sup>47</sup> Si rinvia alla risalente pronuncia: Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 1990, n. 4793, in <http://www.giustizia.it>.

di confutazione delle ipotesi esplicative. Esso esprime un'esigenza di concretezza e di attenzione ai fatti. Sicché la stessa locuzione *probabilità* assume il significato di relazione di conferma, rivestendo un ruolo determinante nella spiegazione «mediante leggi», per questa ragione, la spiegazione causale ha una struttura probabilistica.

Nella motivazione il giudice deve rendere conto dell'affidabilità delle basi scientifiche del proprio ragionamento, considerando l'imparzialità e l'autorevolezza dell'esperto che trasferisce nel processo le conoscenze tecniche ed i saperi esperienziali.

Tuttavia, per poter affermare la responsabilità dell'imputato occorre dimostrare «oltre ogni ragionevole dubbio» l'interferenza dell'opera o dell'omissione di un'azione dovuta.

L'alto grado di credibilità razionale, cioè, di certezza processuale, non ammette l'interferenza di percorsi alternativi, in virtù del rilievo normativo secondo cui l'oltre ogni ragionevole dubbio (art. 533 comma 1 c.p.p.) legittima la pronuncia di condanna, quando le prove acquisite escludano solo eventualità remote<sup>48</sup>, che non siano riscontrabili nei risultati processuali, alla luce dei quali, e rispetto all'imputazione, si pongano al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della razionalità umana<sup>49</sup>.

In definitiva, smentisce la validità dell'operazione inferenziale la descrizione di una radicale tesi alternativa da parte della difesa, e non il tentativo di confutare, in modo atomistico, ogni singolo indizio prospettato dall'accusa.

Pertanto, si condivide l'idea di chi afferma che «la ragionevolezza è la misura di tutte le cose, dell'accusa come della difesa. [...] In questo senso la critica del dubbio è il criterio cognitivo per valutare la gravità ed univocità degli indizi. Il ragionevole dubbio è la tecnica che svela la prova insufficiente. Il ragionevole dubbio è il criterio di giudizio della motivazione della sentenza impugnata. La sentenza di assoluzione è meno vulnerabile al vizio logico rispetto alla sentenza di condanna, che deve superare il ragionevole dubbio. Se dalla motivazione di una sentenza di condanna emerge il ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato, la sentenza va cassata»<sup>50</sup>.

In siffatto contesto argomentativo, l'art. 533 comma 1 c.p.p. si risolve nel metodo legale del ragionamento giudiziale, che impone all'organo della giurisdizione di procedere ad una completa analisi degli elementi di prova rilevanti, di argomentare adeguatamente circa le opzioni valutative della prova, dimostrando, con percorsi razionali idonei, che non residuino dubbi in ordine alla responsabilità dell'imputato. Si tratta della codificazione della regola di origine giurisprudenziale del-

---

<sup>48</sup> Il principio consolidato si ricava da queste fonti giurisprudenziali: Cass. pen., sez. un., 21 aprile 1995, n. 11, Rv. 202001; Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, Rv. 222139; Cass. pen., sez. un. 30 ottobre 2003, n. 45276, Rv. 226094; Cass. pen., sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456, Rv. 240763; Cass. pen., sez. I, 11 maggio 2006, n. 20371, Rv. 234111. Sul versante dottrinale si afferma che « se, tuttavia, il dubbio ragionevole non può essere quantificato, occorre individuare qualche significato accettabile dello standard in questione che non faccia capo a calcoli probabilistici. Una proposta interessante a questo riguardo è nel senso che si ha un dubbio ragionevole, a fronte di un'ipotesi di colpevolezza che risulta provata, se però è possibile formulare un'altra ipotesi plausibile che consente di spiegare gli stessi fatti che risultano provati, ma che è compatibile con l'innocenza dell'accusato. Questa proposta evita qualunque quantificazione arbitraria e consente di attribuire un significato razionale all'espressione «dubbio ragionevole», impedendo la condanna quando l'innocenza dell'accusato non può essere esclusa sulla base dei fatti che sono stati provati». M. TARUFFO, *La verità nel processo*, in AA.VV., «Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo», cit., 197. La tesi alla quale si riferisce l'Autore è quella di J.FERRER BELTRÀN, *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2012, 153.

<sup>49</sup> Al riguardo, si ricordano le pronunce: Cass. pen., sez. VI, 8 aprile 1997, n. 1518, Rv. 208144; Cass. pen., sez. II, 10 settembre 1995, n. 3777, Rv. 203118.

<sup>50</sup> F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 440.

la certezza processuale<sup>51</sup>, come manifestazione peculiare della presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.), che si estende ad ogni altro grado di giudizio.

4. Ma qual è l'*iter* attraverso cui il giudice individua la reale consistenza del dubbio?

L'apparente contraddizione tra giudizio contro-fattuale e regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio è sanata dalla corretta applicazione dei paradigmi valutativi della prova indiziaria attraverso la lettura unitaria e complessiva dell'intero compendio probatorio, che non si esaurisce in una mera addizione, ma implica la determinazione della valenza qualitativa di ciascun indizio al fine di evidenziare la confluenza in un medesimo contesto dimostrativo<sup>52</sup>. L'identificazione del grado di conferma o di probabilità logica dell'ipotesi ricostruttiva del fatto delineata dall'accusa coincide con lo *standard* probatorio dell'oltre il ragionevole dubbio, richiesto per gli elementi costitutivi del fatto di reato<sup>53</sup>.

Ebbene, il procedimento logico sottostante al giudizio predittivo è affine alle valutazioni indiziarie: quanto più alta è l'affidabilità, la coerenza e la consonanza dei segni, tanto maggiore risulta la forza del giudizio finale. Esso presenta i tratti caratterizzanti le sequenze del ragionamento inferenziale di cui all'art. 192 comma 2 c.p.p., da un punto di vista più in generale, è strutturato sulla «concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie» (art. 546 comma 1, lett. e) c.p.p.).

Sul versante dell'idoneità rappresentativa e dello specifico contenuto informativo rispetto al fatto da provare, è annoverabile nella categoria della prova indiziaria ogni contributo cognitivo, che concorre all'affermazione del fatto ignoto. Sicché l'indizio ha una sua autonoma capacità dimostrativa, che attiva nella mente del giudice un meccanismo di inferenza logica idoneo a condurre ad un accettabile risultato di conoscenza di ciò che rileva ai fini del giudizio. Si tratta, però, di un *deficit* strutturale che ha indotto il legislatore ad ancorare il risultato probatorio alla sussistenza di caratteristiche peculiari degli elementi su cui si fonda l'inferenza: gravità, precisione, concordanza, *ex art.* 192 comma 2 c.p.p.

Nel modello legale della prova 'logica', la valenza conoscitiva del ragionamento è determinata da canoni normativi, che orientano l'inferenza giudiziale; la motivazione del giudice consente il controllo sulla razionalità del procedimento deduttivo.

Se, da un lato, è legittimo il ricorso alla verosimiglianza ed alle massime di esperienza, dall'altro, affinché il giudizio di verosimiglianza conferisca valore probatorio all'elemento considerato, è necessario che si possa escludere ogni alternativa spiegazione che invalidi l'ipotesi all'appa-

---

<sup>51</sup> In particolare, si rinvia a Cass. pen., sez. II, 9 ottobre 2012, n. 7035, Rv. 254025; Cass. pen., sez. II, 9 novembre 2012, n. 7035, Rv. 254025; Cass. pen., sez. II, 2 aprile 2008, n. 16357, Rv. 239795; Cass. pen., sez. II, 7 giugno 2006, n. 19575, Rv. 233785.

<sup>52</sup> In merito, Cass. pen., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, Rv. 231678.

<sup>53</sup> «Il dubbio scettico cancella ogni certezza: ma solo il dubbio ragionevole impedisce al giudice penale di coltivare credenze razionalmente giustificate e di attingere alla 'conoscenza' dei fatti. Quando mancano dubbi ragionevoli circa la colpevolezza dell'imputato, noi dunque non possiamo che ritenere che il giudice stia dicendo la verità». F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in AA.VV., «Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo», cit., 216.

renza più verosimile. Viceversa, quell'elemento costituirà un indizio da valutare insieme a tutti gli altri elementi risultanti dagli atti.

Applicando questi criteri ermeneutici al giudizio contro-fattuale, si scopre che esso riproduce il ragionamento sulla prova critica (*rectius*: indiretta), cioè, si sostanzia nell'attività di deduzione di un fatto ignoto da un fatto noto, attraverso un procedimento conoscitivo che ricorre a regole di esperienza, ricavate dall'osservazione del normale ordine di svolgimento delle vicende naturali e di quelle umane.

Il giudizio di certezza processuale sul ruolo della condotta omessa presenta connotazioni simili al paradigma indiziario, esso parte dai tratti caratterizzanti il fatto storico e culmina nell'affermazione dell'elevata probabilità logica, *id est* di corroborazione dell'ipotesi.

Al riguardo, nella giurisprudenza di legittimità sono stati chiaramente enunciati i principi che regolano la prova indiziaria, sottolineando che il procedimento indiziario debba muovere da premesse certe, nel senso che queste debbano corrispondere a circostanze fattuali non dubbie e non possono, quindi, consistere in mere ipotesi o congetture<sup>54</sup>. Gli indizi devono essere gravi, precisi e concordanti, secondo l'esplicita previsione dell'art. 192 comma 2 c.p.p., che subordina alla presenza di questi tre concorrenti requisiti l'equiparazione della prova critica o indiretta alla prova rappresentativa o storica o diretta: con la conseguenza che, in mancanza anche di uno solo di essi, non si raggiunge l'esito della certezza razionale, indispensabile per la condanna dell'imputato.

Il procedimento logico si articola in due distinti momenti: *a)* il primo è volto a verificare il maggiore o minore livello di gravità e di precisione degli indizi, ciascuno valutato singolarmente considerando che il livello è «direttamente proporzionale alla forza di necessità logica con la quale gli elementi indizianti conducono al fatto da dimostrare ed è inversamente proporzionale alla molteplicità di accadimenti che se ne possono desumere secondo le regole di esperienza»; *b)* il secondo consiste nell'analisi complessiva ed unitaria finalizzata a dissolverne la relativa ambiguità, poiché l'insieme può assumere il pregnante ed univoco significato dimostrativo nella composizione unitaria in cui è esaltata l'incidenza probatoria. Attraverso quest'*iter* ermeneutico l'insieme può assumere il pregnante e univoco significato attestante la prova logica del fatto. Quest'ultima non si risolve in uno strumento meno qualificato rispetto alla prova diretta, tutte le volte in cui sia raggiunta attraverso il rigore metodologico, posto a fondamento del libero convincimento del giudice.

Si perviene, così, al riconoscimento del legame tra fatto noto e fatto da provare in termini di elevato grado di probabilità o di frequenza statistica, che costituisce la giustificazione razionale della regola di inferenza, su cui, peraltro, poggia il metodo logico-deduttivo di valutazione.

Dunque, è possibile accertare l'efficacia condizionante delle fattispecie omissive improprie, sulla base di un giudizio *ex post*, che si traduca in un corretto ragionamento inferenziale, ancorato ad un solido paradigma eziologico ed all'intera piattaforma probatoria<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Le linee dei paradigmi valutativi della prova indiziaria sono state ribadite dalle Sezioni unite che hanno evidenziato che il metodo di lettura unitaria e complessiva dell'intero compendio probatorio non si esaurisce in una mera sommatoria degli indizi e non può, perciò, prescindere dalla operazione propedeutica che consiste nel valutare ogni prova indiziaria singolarmente, ciascuna nella propria valenza qualitativa, tendente a porre in luce i collegamenti e la confluenza in un medesimo contesto dimostrativo. Sul punto si segnalano: Cass. pen., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, in <http://www.giustizia.it>; in tal senso già Cass. pen., sez. un., 4 febbraio 1992, n. 6682, Ballan, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>55</sup> Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, Rv. 222138.

In altri termini, le leggi statistiche ipotizzano un rapporto causale tra fenomeni senza provare di per sé il nesso eziologico, quindi, non sono altro che un indizio da valutare, insieme ad altri, nell'ambito di un giudizio *ex post* sulla condotta omissiva nelle loro rispettive 'posizione di garanzia' sia sotto il profilo della violazione della regola cautelare specificamente violata, sia sotto il profilo della concretizzazione del rischio. Si parte, cioè, dall'evento in concreto per accertare se la conseguenza dell'agire rientrava tra gli eventi, che la regola cautelare inosservata mirava a prevenire<sup>56</sup>.

L'opera interpretativa del giudice, per la ricostruzione delle fattispecie omissive improprie, non deve uniformarsi a teoremi e ad astrazioni, ma deve fondarsi sul rigoroso vaglio dell'effettivo grado di inferenza della legge di copertura, che rappresenta un imprescindibile e determinante strumento. Essa non è un limite al libero convincimento del giudice, nella misura in cui egli deve compenetrarsi con la correttezza di giudizio, consequenziale alla loro applicazione. Il limite sorge con la previsione di forme di automatismo<sup>57</sup>, i cui effetti sono incompatibili con le regole del *giusto processo* (art. 111 Cost.), poiché implicano il distacco del metodo probatorio dal giudice e dalle parti, condizionando le decisioni in maniera contraria al libero convincimento.

Si vuole richiamare l'attenzione sul rilievo che, nella prova indiziaria, la percezione della situazione concreta costituisce una valutazione immediata del giudice, là dove nella presunzione egli è costretto a ricorrere ad una valutazione *ex ante* operata dal legislatore: nel primo caso, la massima di esperienza è lasciata al giudice, nel secondo caso, è imposta dall'ordinamento, che sottrae al giudice il calcolo di probabilità avente ad oggetto il nesso tra fatto noto e fatto ignoto. Nella prima ipotesi sarà sufficiente dimostrare che la massima selezionata dal giudice non esiste o non è stata correttamente individuata; nella seconda ipotesi la prova contraria potrà essere vietata del tutto o ammessa soltanto con particolari cautele.

In definitiva, l'organo della giurisdizione valuta criticamente le leggi di copertura o le massime d'esperienza, tenendo conto delle variabili di una determinata situazione; il substrato storico è il punto di partenza del giudizio ipotetico, il cui contenuto generale va oltre le singole situazioni, dalle quali esso è dedotto<sup>58</sup>. Il limite non è da rinvenirsi nelle massime d'esperienza, ma nella correttezza del giudizio<sup>59</sup>. Vero è che la sperimentazione del caso contrario è l'altra faccia di ogni principio scientifico, ma ciò non è sufficiente a negare il ricorso alla legge di copertura.

---

<sup>56</sup> E' stato evidenziato che «non è possibile la ricostruzione degli anelli causali, il giudice può ricorrere a leggi scientifiche di copertura, che enuncino una regolarità nella successione di eventi non continui nel tempo e non contigui nello spazio; in questo caso, la prova particolaristica consiste nella concretizzazione della legge di copertura, nella dimostrazione che gli antecedenti astratti, elencati dalla generalizzazione causale, si sono concretamente verificati, e cioè nella sussunzione degli antecedenti concreti sotto gli antecedenti astratti, cui fa riferimento la legge scientifica utilizzata per la spiegazione». F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., 417.

<sup>57</sup> «Si tende così ad identificare l'essenza del libero convincimento nel rispetto delle massime d'esperienza, senza che il procedimento volto ad utilizzare tale strumento di organizzazione dell'esperienza passata, possa essere concepito in termini di automatismo». Così, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, cit., 289.

<sup>58</sup> E. AMODIO, *Dalla intima conviction alla legalità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 19 ss.

<sup>59</sup> «Dalla regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio consegue che anche per le massime di esperienza occorre adottare il metodo scientifico; e cioè, è necessario far seguire, all'induzione ed alla conferma, il tentativo di smentita. Da un lato, il metodo induttivo deve ricavare da fatti simili alla circostanza indiziante la "migliore" regola di esperienza. Da un altro lato, occorre poi valutare se la regola è applicabile al caso concreto, alla luce di tutte le particolarità che lo caratterizzano. Si tratta di una valutazione che prescinde dalla probabilità che in astratto connota la massima di esperienza. Inoltre, come per la legge scientifica, è indispensabile operare il tentativo di smentita, andando a ricercare in concreto se vi sono tutte quelle conseguenze che dovrebbero riscontrarsi se la massima di esperienza ipotizzata avesse davvero ope-

La riaffermazione della validità di quel ‘processo’ di generalizzazione dell’esperienza e di organizzazione del conoscere in regole generali, che è comune ad ogni attività umana, svela un punto di frizione con la delicatezza del procedimento di applicazione di tali conoscenze generali al caso concreto. Nel bilanciamento di queste due esigenze si annida la *vis* del libero convincimento del giudice<sup>60</sup>, che sceglie tra le varie massime di esperienza possibili quella rispondente all’oggetto di accertamento e, in tal modo, innesca la verifica giudiziale della stessa attraverso il criterio ermeneutico del ‘prudente apprezzamento’.

Nel giudizio sulla ricostruzione storica del fatto, ricondotto alla fattispecie legale astratta, il giudice deve porre alla base della sequenza argomentativa le acquisizioni processuali, valutandole in maniera analitica e completa, dando conto dell’uso del potere discrezionale di selezione di quelle che, con esclusione di altre, siano state ritenute decisive e/o maggiormente rilevanti. In particolare, l’apprezzamento positivo o negativo dell’elaborato peritale o di un consulente e delle relative conclusioni, se logicamente e congruamente motivato è insindacabile in sede di legittimità; il giudice può attenersi alle conclusioni dell’uno o dell’altro, ove le condivide, rimettendo al suo elaborato il relativo supporto razionale; viceversa ha l’obbligo di motivare il dissenso ed evidenziare gli elementi in contrasto sui quali ritenga di ripudiare l’atto processuale di valutazione critico-probatoria.

Secondo il consolidato indirizzo interpretativo della Cassazione non rappresenta vizio della motivazione l’omesso esame critico di ogni più minuto passaggio della perizia o della consulenza, poiché la valutazione delle emergenze processuali è affidata al potere discrezionale del giudice del merito, il quale non deve considerare espressamente tutte le argomentazioni critiche dedotte o deducibili per adempiere compiutamente all’onere della motivazione, ma è sufficiente che enunci con adeguatezza e logicità gli argomenti che si sono resi determinanti per la formazione del suo convincimento<sup>61</sup>.

La gestione non corretta di tale ordine concettuale si risolve in un vizio logico soggetto al sindacato di legittimità, anche se in questa sede il giudice non è giudice del sapere scientifico e non detiene proprie conoscenze privilegiate<sup>62</sup>.

In sintesi, l’imputazione causale dell’evento avviene sulla scorta di astrazioni causali, che sebbene ancorate alle contingenze fattuali dell’avvenimento naturalistico, implicano un giudizio che si muove sulla sottile linea rossa tra probabilismo e certezza processuale<sup>63</sup>.

Sicché l’affermazione di responsabilità diventa possibile qualora il giudice sia convinto, con alto grado di credibilità razionale – cioè, di certezza processuale – che la condotta dell’imputato sia stata condizione necessaria dell’evento. Il contesto deve essere tale da oltrepassare il *ragionevole*

---

rato nel caso di specie. All’evidenza, occorre procedere nel medesimo modo in cui si applica una legge scientifica». Così, P. TONINI, *L’influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, cit., 1232.

<sup>60</sup> M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 290. Di recente, G. RICCIO, *Centralità della motivazione e ragionevole dubbio*, cit., 65.; IDEM, *La Procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 238 e ss.

<sup>61</sup> Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 2013, n. 692, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>62</sup> Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Rv. 248944; Cass. pen., sez. IV, 30 settembre 2008, n. 42128, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>63</sup> In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Rv. 248943; Cass. pen., sez. IV, 16 giugno 2010 n. 32121 Rv. 248210; Cass. pen., sez. IV, 4 ottobre 2012, n. 43459 Rv. 255008.

*dubbio*, fondato su elementi di insufficienza, contraddittorietà o incertezza del riscontro probatorio<sup>64</sup>.

Il che significa che «la conseguenza circa l'esistenza del *factum probandum* deve necessariamente configurarsi se non come l'unica in assoluto possibile, almeno come l'unica dotata, nel caso concreto, di alta credibilità razionale»<sup>65</sup>. L'oltre ogni ragionevole dubbio rappresenta il metodo legale del ragionamento probatorio, che consente la verifica del grado di probabilità logica attribuibile alla sequenza inferenziale con cui si ricollega, sulla base delle prove raccolte, il fatto storico all'ipotizzata giustificazione causale. Se nella valutazione emerge il ragionevole dubbio, fondato su specifici elementi, l'esito non può che essere l'assoluzione ex art. 530 comma 2 c.p.p., giacché permane il dubbio non meramente congetturale – cioè, ragionevole – in ordine alla possibilità che il fatto noto possa trovare una giustificazione alternativa. Il convincimento del giudice risente della strettissima correlazione tra presunzione di non colpevolezza e metodo probatorio. Si assiste, talvolta, ad un'incondizionata libertà del giudice nella formazione della decisione sul fatto, nonché ad un'eccessivo ampliamento della discrezionalità, proprio nel momento dell'accertamento, addirittura ponendo in discussione la funzione garantista del metodo probatorio.

Non a caso, quando si tratta di accertare il nesso di causalità delle fattispecie omissive improprie il pericolo costante è che la successione teleologica degli atti muti in uno strumento asservito alla discrezionalità del giudice, orientata da leggi di copertura. Il risvolto è l'accentuazione di una necessità di razionalità, che può avere quale eccesso una forma di autoritarismo processuale di tipo tecnocratico.

In altri termini, privilegiare oltre misura la componente della probabilità logica all'interno del procedimento conoscitivo può comportare il distacco dalla concezione argomentativa della prova, con il ritorno di scenari inquisitori, in cui il giudice finisca per sacrificare il contraddittorio, nel perseguire necessità di razionalità. Egli non può esimersi dal considerare tutte le 'piste' alternative e privilegiare quella che 'resiste' alle verifiche istruttorie.

«Si può dire che la 'ragionevolezza' del dubbio sia da escludere quando l'accusa abbia trovato solida conferma negli elementi a carico e nessuna significativa smentita in quelli della difesa; qui l'onesto riconoscimento della fallibilità di ogni accertamento non deve impedire la condanna. Ma, oltre questa generica e intuitiva indicazione, non è possibile andare: enigmatico come il sorriso della Gioconda, l'aggettivo 'ragionevole' lascia interamente al giudice la responsabilità della sua definizione in rapporto al caso concreto»<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> E. M. CATALANO, *Il concetto di ragionevolezza tra lessico e cultura del processo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 96.

<sup>65</sup> Cass. pen., sez. IV, 27 ottobre 2014, n. 44803, in <http://www.giustizia.it>

<sup>66</sup> Così P. FERRUA, *Metodo scientifico e processo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, (dossier), 2008, 16

## **I frutti dell'albero velenoso**

GIUSEPPE SASSONE\*

### **ABSTRACT**

*The principle known as “fruit of the poisonous tree” mandates that evidence obtained illegally must be excluded from trial. The Legislative Decree 259/03 modified article 240 of the Italian Code of Criminal Proceeding, applying the “fruit of the poisonous tree” doctrine: it introduced the Public Prosecutor's obligation to request Preliminary Investigation Judge that documentary evidences, which have been obtained through illegal collection of information, and illegally acquired documents and devices concerning data and contents of conversations and communications relating to call and telematic traffic be destroyed, after being kept secret. According to the law, the Judge is bound to endorse this request.*

*This rule has been applied in the case called "Lista Falciani", although the Court of Cassation had underlined that objects which are sequestered during an illegal search must be anyway accounted as acquired under the power-duty given to the investigative police by article 354 of the Italian Code of Criminal Procedure and this doesn't allow possible defects of the search to nullify the validity and the usability of the sequester.*

*The principle is also examined in two sentences pronounced by the European Court of Human Right*

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'albero velenoso nel nostro ordinamento. – 3. La giurisprudenza della CEDU. – 4. L'art. 240 c.p.p. e la cd. “Lista Falciani”.

1. In un bellissimo film di pochi anni fa, “il caso Thomas Crawford”, il protagonista, magistralmente interpretato da Anthony Hopkins, in una sorta di delitto perfetto, spara alla moglie colpendola alla testa e riducendola in uno stato comatoso irreversibile.

All'arrivo della polizia egli confessa immediatamente e reiteratamente il proprio crimine alla presenza dell'ispettore Robert Nunally.

Il pubblico ministero, di fronte a così ampia confessione, non esita a rinviarlo a giudizio, senza ulteriori indagini e, soprattutto, senza aver trovato l'arma del delitto.

Nel corso del dibattimento il colpo di scena. Thomas chiede che la sua confessione sia dichiarata del tutto inutilizzabile perché resa in condizioni di soggezione psicologica: l'ispettore Robert Nunally, infatti, intratteneva una relazione amorosa con la vittima e la sua presenza in conflitto di interessi aveva “avvelenato” la prova così raccolta.

Farei un imperdonabile torto al film se ne raccontassi gli ulteriori, imperdibili, sviluppi, ma se qualcuno volesse capire la teoria cd. dei “frutti dell'albero velenoso (o avvelenato)”, dovrebbe cominciare dalla sua visione.

Con l'espressione *fruit of poisonous tree* negli Stati Uniti ci si riferisce, infatti, ad una prova che sia stata ottenuta in maniera illegale. Essa tende a rendere plasticamente l'idea che quando la scaturigine, la sorgente, di una prova sia stata *avvelenata, contra jus* noi diremmo, anche il frutto, la prova, lo è e, come tale, è inutilizzabile.

Siffatta conclusione nel sistema americano trova fondamento nel quarto emendamento<sup>1</sup> che tutela i cittadini da perquisizioni e sequestri illegittimi e disegna i confini della legittimità di tali attività.

In virtù della dottrina dei “*frutti dell'albero velenoso*” nessuna prova illegittimamente acquisita potrà mai entrare in un processo americano.

L'origine di questa espressione risale al 1920 nel caso deciso dalla Suprema Corte che vedeva la Silverthorne Lumber co. contro gli Stati Uniti d'America<sup>2</sup>.

La *ratio* di questa regola viene individuata nella funzione “pedagogica” della stessa volta a dissuadere la polizia dall'utilizzare metodi illegali per ottenere prove.

Sarà facile ascoltare studiosi o appassionati del sistema americano sostenere che nulla come questa regola, neppure la previsione di dure sanzioni penali o disciplinari a carico degli agenti di polizia, potrà garantire i cittadini dalla violazione delle proprie prerogative di libertà da parte degli organi inquirenti.

Solo la previsione di totale inutilizzabilità di quanto acquisito in violazione delle regole di procedura potrà, per costoro, rendere definitivamente efficace la protezione della inviolabilità della persona.

Siffatta regola, invero, anche nel sistema americano, trova delle attenuazioni.

Comunemente si riconosce come legittimamente acquisita la prova, anche in caso di “albero velenoso” quando questa sia stata – sia pure in parte – frutto anche di attività non “contaminata”, ovvero quando sarebbe stata comunque scoperta anche a prescindere dell'attività avvelenata, ovvero quando la violazione da parte degli agenti sia avvenuta in buona fede.

2. Nel nostro ordinamento è stata introdotta di recente una norma che può dirsi applicazione della regola dell'albero avvelenato: si tratta degli ulteriori commi aggiunti all'articolo 240 del codice di procedura penale, novellato con D. L. 22/9/2009 n. 259 convertito con modificazioni nella legge 20/11/2009 n. 281.

Tale norma ha aggiunto cinque commi all'originario articolo del codice. In essi viene espressamente fatto obbligo al pubblico ministero di richiedere al giudice per le indagini preliminari, ed a

---

\*Magistrato presso il Tribunale di Napoli.

<sup>1</sup> Amendment 4 - Search and Seizure, ratificato il 15/12/1791.

*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*

<sup>2</sup> Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920), decisione della U.S. Supreme Court nella quale la Silverthorne aveva tentato di evadere il pagamento delle tasse dovute. Agenti Federali erano penetrati abusivamente nella sede della società, avevano preso i libri contabili e li avevano illegalmente copiati. Il punto di diritto riguardava la possibilità di utilizzare dinanzi alla Corte una siffatta prova illegalmente acquisita. Le copie estratte dagli agenti furono considerate inammissibili. Nella decisione la Corte affermò che permettere l'ingresso di tali prove avrebbe incoraggiato le forze di polizia ad aggirare il *Fourth Amendment*. Questo precedente (e si consideri che nel sistema americano esso è *binding*, vincolante) è noto come *Fruit of the poisonous tree* ed è una estensione della *exclusionary rule*.

quest'ultimo di disporre, la distruzione, dopo una immediata secretazione, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni relativi al traffico telefonico e telematico illegalmente formati o acquisiti, nonché dei documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni. Il contenuto di tali documenti non potrà essere utilizzato.

E', peraltro il caso di osservare, prima di soffermarsi su una recente rilevante applicazione di tale norma (il caso della cd. *Lista Falciani*), che la "teoria dei frutti dell'albero velenoso" è stata espressamente citata in almeno una delle sentenze della nostra Suprema Corte, la n. 3626 del 19-30/1/2006, anche se la regola ivi enunciata, di contenuto nettamente più circoscritto rispetto a quello d'oltreoceano, può dirsi decisamente consolidata nel nostro ordinamento.

Nel caso in esame, la polizia aveva sequestrato alcuni oggetti atti allo scasso a seguito di una perquisizione personale<sup>3</sup>.

Il sequestro, convalidato dal giudice per le indagini preliminari con provvedimento confermato dal Tribunale del Riesame, veniva impugnato dinanzi alla Corte di Cassazione per vari motivi. Con il primo di questi – che qui interessa – si sosteneva la nullità del sequestro per essere stata originata la perquisizione degli indagati da una telefonata anonima, che non avrebbe potuto costituire legittima *notitia criminis* e – passaggio per noi rilevante – che la nullità della perquisizione si sarebbe riverberata anche sul sequestro, pur essendo, nel caso di specie, il compendio corpo di reato rispetto al quale era obbligatoria la confisca a norma dell'art. 240 cpv. c.p., n. 2, trattandosi di cose, la detenzione delle quali costituisce reato.

Sul punto la risposta della Corte è stata chiara: «la cosiddetta teoria dei "frutti dell'albero velenoso", fortemente resistita da autorevole dottrina<sup>4</sup>, e rievocata, anche in tempi recenti, sotto il profilo della inutilizzabilità della prova incostituzionale, ha rinvenuto significative smentite da parte della giurisprudenza di questa Corte, più volte chiamata a pronunciarsi sul tema».

Hanno argomentato i giudici di legittimità che l'accertata illegittimità della perquisizione non produce alcun rilievo preclusivo, *qualora vengano acquisite cose costituenti corpo di reato o a questo pertinenti*, dovendosi considerare che il potere di sequestro, in quanto riferito a cose obiettivamente sequestrabili, non dipende dalle modalità con le quali queste sono state reperite, ma è condizionato unicamente dalla acquisibilità del bene e dalla insussistenza di divieti probatori espliciti o univocamente enucleabili dal sistema.

A riprova dell'assunto la Corte ha sottolineato che le cose sequestrate nel corso di una perquisizione illegittima, devono comunque considerarsi apprese in forza del potere-dovere attribuito alla polizia giudiziaria dall'art. 354 c.p.p. comma 2. D'altra parte, l'autonomia strutturale e funzionale che contraddistingue i presupposti e le forme dell'attività di ricerca della *res*, da un lato, e quella di apprensione ed assicurazione della cosa reperita, dall'altro, giustificano – sul piano della stessa coerenza sistematica – una valutazione differenziata tra la "perquisibilità" e la "sequestrabilità", che impedisce agli eventuali vizi della prima di infirmare, per "contaminazione", la validità e l'efficacia della seconda, anche per ciò che attiene ai profili di utilizzazione processuale.

---

<sup>3</sup> L'ipotesi di reato rinvia all'art. 707 c.p.

<sup>4</sup> E' verosimile ipotizzare che la Corte stia facendo riferimento alla teoria di Cordero del cd. *male captum bene retentur*, efficacemente illustrata in F.CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 147 e ss; ed in particolare 159.

La decisione della Corte si inserisce in un orientamento decisamente consolidato ed ha quale base forte un precedente delle Sezioni Unite<sup>5</sup> nel quale – pronunciandosi, proprio, in una fattispecie relativa a perquisizione illegittima ed a successivo sequestro di cose pertinenti a reato, ritenuto atto dovuto – si sottolineava che «l'inosservanza delle formalità prescritte dalla legge ai fini della legittima acquisizione della prova nel processo non è, di per sè, sufficiente a rendere quest'ultima inutilizzabile, per effetto di quanto disposto dal primo comma dell'art. 191 c.p.p»<sup>6</sup>.

3. E' utile, peraltro, confrontare i risultati, che a questo punto possiamo definire consolidati, ai quali è pervenuta la giurisprudenza nazionale con il quadro europeo e, in particolare, con la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi CEDU).

La CEDU, com'è noto, in caso di violazioni della Carta, può pronunciare condanna ad una equa riparazione in danno degli Stati. L'esperienza di questi anni, inoltre, ha già dimostrato che l'evoluzione delle legislazioni nazionali corre lungo una via di fuga ad un orizzonte, che si sovrappone ai principi enunciati dalla Corte<sup>7</sup>.

Inoltre, con la recente sentenza additiva della Corte costituzionale 7 aprile 2011, n. 113 è stata dichiarata la «illegittimità costituzionale dell'art. 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

Con tale decisione la Corte ha risolto il problema degli strumenti per conformarsi alle decisioni della Corte di Strasburgo.

Può dirsi in tal modo completato il processo di integrazione e coordinamento dei due ordinamenti considerando, che è principio ormai acquisito nel nostro ordinamento che le norme della Convenzione, nell'interpretazione fornita dalla Corte Europea, sono vincolanti per i giudici Nazionali<sup>8</sup>, con il solo limite del rispetto dei principi costituzionali.

Va ricordato che, anche prima dell'intervento additivo della Corte, in alcuni casi nel nostro ordinamento si era giunti ad una riapertura del processo, dopo una sentenza dei Giudici di Strasburgo, che ha ritenuto la violazione dell'articolo 6.

Ed invero nel caso Drassich<sup>9</sup>, la Corte europea aveva stabilito che, in mancanza di richiesta di equo soddisfacimento, «l'avvio di un nuovo procedimento o la riapertura del procedimento su richiesta dell'interessato rappresenta in linea di massima un modo adeguato di porre rimedio alla violazione contestata» e la Corte di Cassazione aveva ritenuto che in virtù di tale decisione era possibile una parziale "rimozione" del giudicato, nella parte in cui esso si era formato nel giudizio di legittimità.

---

<sup>5</sup> Si tratta di Cass. pen., sez. VI, 15 marzo 1996, n. 5021, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>6</sup> Una panoramica più ampia delle successive decisioni della Suprema Corte consente di dire che queste hanno confermato le affermazioni sopra riportate. Cass. pen., sez. II, 7 novembre 2007, n. 40833; Cass. pen., sez. VI, 25 ottobre 2010, n. 37800; Cass. pen., sez. II, 12 luglio 2010, n. 26819, tutte in <http://www.giustizia.it>.

<sup>7</sup> Basti pensare che l'Italia ha inserito l'articolo 111 nella Costituzione e la Francia norma di analogo tenore tra le disposizioni preliminari del codice di procedura penale, norme entrambe modellate sull'articolo 6 della Convenzione.

<sup>8</sup> Vedi l'applicazione che di esse hanno fatto Cass. pen., sez. Unite, 14 luglio 2011, n. 27918, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>9</sup> Corte eur. dir. uomo, sez. II, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, in *Giur. it.*, 2008, 2581

timità mediante un *vulnus* al diritto di difesa, che si era tradotto in una "iniquità" della sentenza, "iniquità" che non era scaturita da preclusioni processuali addebitabili al ricorrente, bensì dal "governo" del processo da parte del giudice ed aveva conseguentemente disposto la riapertura del processo<sup>10</sup>.

Ciò, quindi, giustifica, anzi impone, la verifica se la regola del nostro ordinamento secondo la quale può utilizzarsi come prova il corpo del reato o la cosa pertinente al reato anche se sono state illegittime le modalità della sua acquisizione alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo violi o meno la previsione di cui all'articolo 6.

Una risposta positiva condurrebbe alla grave conseguenza della possibilità di riapertura dei relativi processi.

La Corte, com'è noto, giudica, infatti, tra l'altro, sulle questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste dagli articoli 33, 34 e 47 (art. 32, 1 comma).

Orbene, tra le norme della Convenzione che costituiscono la porta di ingresso del tema dell'albero avvelenato, vanno senz'altro considerati gli articoli 3 e 6.

In virtù dell'art. 6 della Convenzione: «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia.

4. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata».

Quanto all'art. 3 esso così dispone: «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Ne discende che, a differenza della Costituzione americana<sup>11</sup>, la Convenzione dedica un articolo al ripudio assoluto della tortura

Il punto è, quindi, quello di verificare se tali articoli, nella interpretazione che risulta dalle decisioni della CEDU consentano di affermare che il corpo del reato o le cose pertinenti al reato possano essere legittimamente acquisiti anche a fronte di una perquisizione o altra attività illegittima della polizia giudiziaria, anche se questa comporti una violazione dell'articolo 6.

Sono di estremo interesse a tal fine in tale ricerca due importanti decisioni: Jalloh e Gafgen, entrambi ricorrenti contro la Germania.

---

<sup>10</sup> Cass. pen., sez. VI, 11 dicembre 2008, n. 45807, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>11</sup> Visitando <http://www.youtube.com/watch?v=T72vgAEX66M> è possibile ascoltare una intervista ad Antonin Scalia, Giudice della U.S. Supreme Court, titolata come "Torture is not unconstitutional".

Può dirsi, in premessa, che ad una prima lettura l'una sembra affermare, mentre l'altra sembra negare, che è ingiusto il processo in cui sia stata utilizzata una prova ottenuta illegittimamente ed in violazione del diritto di non auto incriminarsi.

Esse, tuttavia, meritano un'analisi più attenta.

Nel caso *Jalloh vs Germania* (decisione dell'11 luglio 2006), la Grande Camera<sup>12</sup> fu investita per decidere del seguente caso: il 29/10/1993 quattro poliziotti in borghese avevano osservato un giovane che in almeno due occasioni prelevava dalla propria bocca piccole bustine di plastica e le consegnava ad altre persone ricevendone del denaro. Convinti di aver assistito ad atti di cessione di sostanza stupefacente, gli agenti intervenivano ed arrestavano il giovane che, peraltro, inghiottiva un'altra bustina che aveva nella propria bocca. I poliziotti non rinvenivano sostanza stupefacente indosso all'indagato. Il Pubblico Ministero ordinava, pertanto, che ad opera di un dottore venisse somministrato all'indagato un emetico (*Brechmittel*) per indurlo a vomitare. Jalloh venne, quindi, accompagnato presso un ospedale. Dopo un colloquio con un dottore, egli rifiutò di assumere il farmaco ed allora fu immobilizzato dai quattro poliziotti ed il dottore gli somministrò con la forza l'emetico attraverso un tubo che raggiungeva lo stomaco attraverso il naso. Il dottore gli iniettò, oltre all'*ipecacuanha*, anche un ulteriore emetico derivato dalla morfina. L'indagato vomitò una bustina contenente g 0,2182 di cocaina. Dopo circa un'ora lo stesso fu visitato da un dottore e giudicato pronto per essere arrestato. Visitato in cella dalla polizia circa due ore dopo, l'arrestato, che non parlava tedesco, ma un pessimo inglese, disse che era troppo stanco per formalizzare un reclamo contro l'operato della polizia. Colpito da misura cautelare, egli fu sottoposto a custodia in carcere. Nei tre giorni successivi egli fu in grado solo di assumere cibi liquidi ed il suo naso sanguinò ripetutamente a causa delle ferite che aveva ricevuto quando il tubo era stato inserito, circostanza quest'ultima contestata dal Governo tedesco in quanto sfornita di prove.

Due mesi e mezzo dopo, fu sottoposto a gastroscopia nell'ospedale della prigione e gli fu diagnosticata un'irritazione della parte bassa dell'esofago causata dal reflusso di acido gastrico. Il referto non associava espressamente ciò alla somministrazione dell'emetico. Jalloh fu rilasciato il 23/3/1994. Egli ha sostenuto di essere stato costretto a sottoporsi ad ulteriori trattamenti medici in conseguenza della somministrazione forzata dell'emetico.

Nel corso del successivo processo l'indagato deduceva la inutilizzabilità come prova di quanto ottenuto illegalmente attraverso la somministrazione dell'emetico, in violazione dell'art 136a<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> E' da rimarcare che il caso sia stato devoluto alla Grande Camera perché, ai sensi dell'art 30 della Convenzione «*se la questione oggetto del ricorso all'esame di una Camera solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi protocolli, o se la sua soluzione rischia di condurre ad una contraddizione con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte, la Camera, fino a quando non abbia pronunciato la sua sentenza, può spogliarsi della propria competenza a favore della Grande Camera a meno che una delle parti non vi si opponga*». L'attribuzione a questo organo, quindi, è già sintomatica della delicatezza del tema.

<sup>13</sup> Che qui si riporta nella traduzione inglese contenuta nella sentenza in esame: «1. *The freedom of the accused to make decisions and to manifest his will shall not be impaired by ill-treatment, induced fatigue, physical interference, the administration of drugs, torment, deception or hypnosis. Coercion may be used only in so far as it is permitted by the law on criminal procedure. Threatening the accused with measures that are not permitted under the law on criminal procedure or holding out the prospect of an advantage that is not contemplated by statute shall be prohibited.*  
2. *Measures which impair the accused's memory or ability to understand and accept a given situation [Einsichtsfähigkeit] shall not be permitted.*

del codice di procedura tedesco che vietava la somministrazione di sostanze tossiche. Sosteneva inoltre che le sue funzioni corporee erano state manipolate e così il controllo del corpo e della mente e che ciò costituiva misura sproporzionata e non consentita in virtù dell'art 81a<sup>14</sup> del codice di procedura e che ciò gli aveva provocato una irritazione allo stomaco. Deduceva, infine, che sarebbe stato possibile ottenere il corpo del reato semplicemente aspettando che questo venisse espulso naturalmente.

La Corte in primo grado lo condannò ad un anno di reclusione, negando che la somministrazione dell'emetico fosse rimedio sproporzionato per ottenere il sequestro della bustina di cocaina.

Il successivo giudizio di appello confermò la condanna, sia pure riducendola a mesi sei. Il giudice confermò che la condotta degli inquirenti doveva considerarsi legittima poiché un'ulteriore attesa avrebbe frustrato le indagini ed era necessaria, quindi, per ottenere la prova della cessione dello stupefacente. La somministrazione, necessaria, era avvenuta sotto controllo medico, secondo la migliore scienza medica, e non aveva messo a rischio la salute dell'indagato.

Jalloh ricorse in punto di legittimità, affermando che l'art 81a non consentiva la somministrazione di sostanze con metodi pericolosi. Dedusse altresì la violazione degli artt. 1<sup>15</sup> e 2<sup>16</sup> della *Grundgesetz*.

Anche tale ricorso fu respinto.

Egli ricorse altresì alla Corte Costituzionale Federale, ma questa dichiarò inammissibile il ricorso: essa affermò che la somministrazione di emetici, tra cui le amorfine, sollevavano seri problemi di costituzionalità con il diritto alla integrità fisica che le corti criminali non avevano ancora risolto. La Corte, peraltro, rilevò che il ricorrente non aveva previamente esperito tutti i rimedi possibili per contestare la misura dianzi ai giudici di merito.

La CEDU veniva, quindi, adita dal ricorrente che lamentava, in primo luogo, che la somministrazione forzosa dell'emetico per ottenere la prova della cessione di stupefacenti costituiva trattamento inumano e degradante proibito dall'art. 3 della Convenzione e, in secondo luogo, che l'uso di una prova così illegalmente ottenuta aveva violato il suo diritto ad un giusto processo come garantito dall'art. 6 della Convenzione.

E', quindi, possibile procedere ad una approfondita ricognizione dei passaggi seguiti dalla Corte per giungere, con decisione non unanime (sono state depositate due *dissenting opinion*), alla decisione finale.

---

3. *The prohibition under sub-paragraphs 1 and 2 shall apply even if the accused has consented [to the proposed measure]. Statements obtained in breach of this prohibition shall not be used [in evidence], even if the accused has agreed to their use.»*

<sup>14</sup> Anch'esso così riportato nella sentenza «1. *A physical examination of the accused may be ordered for the purpose of establishing facts of relevance to the proceedings. To this end, blood samples may be taken and other bodily intrusions effected by a doctor in accordance with the rules of medical science for the purpose of examination without the accused's consent, provided that there is no risk of damage to his health.*

2. *Power to make such an order shall be vested in the judge and, in cases in which delay would jeopardise the success of the examination, in the public prosecutor's office and officials assisting it ...».*

<sup>15</sup> Id. «The dignity of human beings is inviolable. All public authorities have a duty to respect and protect it».

<sup>16</sup> Id. «1. *Everyone shall have the right to the free development of their personality provided that they do not interfere with the rights of others or violate the constitutional order or moral law*

2. *Every person shall have the right to life and physical integrity. ...»*

Questa ha dapprima osservato che l'ordinamento interno della Germania non è giunto a risultati univoci circa la questione se la somministrazione di un emetico ad un sospettato di traffico di stupefacenti sia o meno legittima ai sensi dell'art 81a. Anche la scienza medica non è concorde circa la sussistenza o meno di pericoli alla salute nei casi di somministrazione di un emetico mediante un sondino naso gastrico.

Quanto alla disciplina internazionale, la Corte ha ricordato l'articolo 1§1 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Tortura ed altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti (approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10/12/1984), che ricomprende nel termine "tortura" ogni atto attraverso il quale viene intenzionalmente inflitta una sofferenza severa, sia fisica che mentale, ad una persona con l'intento di ottenere da questa o da un terzo una informazione o una confessione, ovvero per punirlo per un atto posto in essere, o del quale vi è il sospetto, ad opera sua o di una terza persona, ovvero intimidire o costringere lui o una terza persona o per qualsiasi ragione basata su ogni sorta di discriminazione, quando tale sofferenza inflitta da un organo inquirente o con il consenso di un pubblico ufficiale o altra persona che agisce con poteri ufficiali. Non è, invece, ricompreso il dolore o la sofferenza scaturente in maniera incidentale o derivata da sanzioni legittime.

Si è poi osservato che in alcuni casi analoghi esaminati dalle Corti americane (caso *Rochin v. California*, 342 US 165, 1952) la sostanza stupefacente acquisita mediante somministrazione di un emetico è stata considerata acquisita in violazione del Quarto Emendamento.

La Corte ha, poi, proceduto ad una ricognizione delle normative interne dei singoli paesi aderenti alla Convenzione circa la somministrazione di emetici ai fini considerati, rilevando che in numerosi Stati essa era vietata.

Sulla base di tali premesse la Corte ha innanzitutto esaminato la prospettata violazione dell'articolo 3.

Con riguardo a tale norma, la Corte ha osservato che i trattamenti dannosi devono avere, per giungere al livello di "tortura", un livello di gravità che è relativo e va valutato in concreto e che deve essere adeguatamente provato.

Nel caso di specie, nonostante il Governo abbia sostenuto che la somministrazione dell'emetico nella specie potesse essere considerato un trattamento medico per evitare i rischi alla salute derivanti dalla ingestione della bustina di cocaina, la Corte ha osservato che questa era stata disposta ex art 81 e quindi non con finalità mediche, ma di giustizia, cioè esclusivamente finalizzata all'acquisizione della prova.

Ogni condotta medica contro la volontà della persona così finalizzata, anche se non viola di per sé l'art. 3, deve essere sottoposta, per la Corte, ad uno scrutinio molto rigoroso sulla base di precisi parametri:

1) la necessità del trattamento: a tal riguardo la Corte ha notato che, pur essendo il commercio di sostanze stupefacenti tra i crimini più gravi, e che tutte le nazioni stanno concentrando gli sforzi per combatterlo attesi i gravi danni che esso produce alle relative società, nel caso di specie era chiaro fin dall'inizio che si trattava di un commercio di piccola scala e ciò è riflesso anche nel lieve ammontare della pena inflitta (sei mesi di reclusione), che è al limite più basso del *range* editale;

inoltre sarebbe stato sufficiente aspettare che la bustina fosse espulsa naturalmente, procedura normalmente seguita da molti Stati membri del Consiglio d'Europa per acquisire in tali casi il reperto;

2) i rischi alla salute: premessa la nota disputa anche a livello scientifico in ordine ai rischi della assunzione dei farmaci somministrati e della modalità di somministrazione, la Corte ha osservato che in due casi analoghi vi era stata la morte della persona sottoposta al trattamento e che ciò, in uno a tale incertezza, costituiva rischio non trascurabile; l'uso della forza, inoltre, ha aumentato il rischio come si rileva dal fatto che in entrambi i casi di decesso questa era stata usata. La Corte ha, infine, ritenuto decisivo il fatto che tale somministrazione era vietata in molti paesi (ed anche in molti Land della stessa Germania);

3) le modalità violente: queste hanno causato panico ed ansia; egli ha subito anche intrusioni corporee ulteriori essendogli stato poi iniettato un secondo emetico; è stato costretto sotto stretta sorveglianza di medici e dottori ad attendere che i farmaci facessero effetto ed a vomitare alla presenza di questi con ciò subendo ulteriori umiliazioni;

4) la supervisione medica: benché sia controverso tra le parti se la somministrazione dei farmaci sia stata preceduta o meno da un'adeguata anamnesi volta a valutare la eventuale sussistenza di controindicazioni soggettive, la Corte ha osservato che è certo che l'indagato non parlasse tedesco e si esprimesse in un pessimo inglese così da render dubbio che egli sia stato in grado di relazionarsi compiutamente con i medici ed a rendere un'adeguata anamnesi;

5) gli effetti sulla salute: la Corte ha osservato che la mancanza di prova del nesso causale tra le operazioni di somministrazione dell'emetico e le sofferenze patite dall'indagato anche a due mesi e mezzo di distanza dal fatto, non pone in discussione il fatto, sopra evidenziato che la condotta medica tenuta non era priva di rischi.

La considerazione in concreto dei suddetti fattori ha portato la Corte a ritenere superato – nel caso di specie – il livello oltre il quale si configura la violazione dell'art. 3, avendo le autorità tedesche sottoposto l'indagato ad una grave interferenza della sua integrità fisica e mentale contro la sua volontà con modalità che gli hanno provocato un sentimento di paura e di angoscia, di inferiorità e di umiliazione, sottoponendolo anche a rischi per la salute.

Venendo a quanto più interessa ai nostri fini, la Corte ha ritenuto violato anche il diritto di Jalloh ad un giusto processo e, quindi, l'articolo 6.

L'argomento sostenuto dal ricorrente era stato così articolato:

l'uso dell'unica prova ottenuta attraverso la illegittima somministrazione dell'emetico aveva reso ingiusto il processo ed evidenziato la violazione dell'articolo 6, in particolare sotto il profilo del diritto a non incriminare sé stessi;

l'uso illegittimo della coercizione aveva reso illegittimo anche l'oggetto così ottenuto;

la forzata somministrazione dell'emetico per ottenere il corpo del reato era equiparabile alla somministrazione del siero della verità per ottenere una confessione e ciò rientrava nel divieto di cui all'art. 136a codice di procedura tedesco.

Il Governo tedesco si era, invece, difeso secondo i seguenti passaggi:

la somministrazione dell'emetico non era illegittima, né violava l'art. 3 o 8 della Convenzione e quindi l'uso come prova della bustina così ottenuta non determinava la violazione dell'articolo 6;

il diritto di non incriminare sé stessi implica il divieto di costringere una persona a compiere un atto contro la propria volontà, mentre la somministrazione dell'emetico provoca una reazione del corpo che non potrebbe essere comunque controllata dalla volontà;

la Corte aveva ritenuto in precedenti casi<sup>17</sup> legittimo l'uso di sangue o DNA, prelevati dall'imputato, a fortiori doveva ritenersi legittimo l'uso della droga che non era parte del corpo dell'imputato;

non era comparabile la somministrazione dell'emetico alla somministrazione del siero della verità perché nel primo caso l'imputato era meramente passivo, mentre il siero induceva un comportamento attivo (la confessione) e quindi le due ipotesi non potevano essere riunite sotto la previsione dell'art. 136a.

La Corte, come di consueto, ha dapprima ricapitolato in termini di diritto la regola *juris*, osservando che il suo giudizio non poteva entrare nel merito delle valutazioni in fatto ed in diritto in tema di prova da parte delle Corti Nazionali, ma aveva solo il compito di valutare se il processo così come si era svolto poteva considerarsi giusto *ex* articolo 6, che non detta regola in materia di prove; quindi, ha ribadito di non aver il compito di affermare se una prova sia legittima o meno secondo la legislazione domestica e men che mai se un imputato sia colpevole o meno.

La valutazione in ordine all'articolo 6 imponeva la verifica del rispetto del diritto di difesa dell'imputato e, in particolare, se questi avesse avuto o meno la possibilità di contestare l'autenticità della prova e di opporsi al suo uso. Osservava, inoltre, che se in alcuni precedenti casi aveva rilevato che la illegittimità della acquisizione di alcune prove<sup>18</sup> non determina automaticamente l'ingiustizia del processo, quando la illegittimità riguarda il contrasto di queste con l'articolo 3, la questione diventa di particolare rilievo, posto che l'articolo 3 tutela i valori più importanti delle società democratiche. Anche nei casi più gravi, laddove si tratti di combattere il terrorismo e le organizzazioni criminali, la Convenzione proibisce la tortura ed i trattamenti inumani.

Quanto poi al diritto al silenzio, questo è ordinariamente riconosciuto a livello internazionale con la inutilizzabilità delle prove ottenute in dispregio dello stesso e ciò rientra tra gli obiettivi dell'articolo 6, che esclude le prove ottenute coercendo la volontà dell'accusato.

Per verificare se la procedura abbia effettivamente violato il divieto di autoincriminazione occorre tener presente: la natura ed il livello di costrizione, l'esistenza di garanzie nel corso della procedura.

Il diritto di non auto incriminarsi, ha ancora osservato la Corte, è stato posto in prevalente collegamento con il rispetto della volontà di una persona di rimanere in silenzio. Non va però ricompreso tra i risultati inutilizzabili in un processo penale, ciò che può essere ottenuto attraverso un uso di poteri di costrizione, ma che ha una esistenza indipendente dalla volontà dell'indagato, come ad esempio, acquisizioni previo mandato, respiri, sangue, urine, capelli o campioni della voce e tessuti corporei per l'esame del DNA.

Nel caso di specie, tali premesse hanno portato la Corte alle seguenti conclusioni:

l'acquisizione del corpo del reato non era avvenuta in violazione della legge del paese, posto che l'articolo 81a del codice di procedura penale tedesco consentiva la somministrazione

---

<sup>17</sup> Saunders Vs United Kingdom – 17 dicembre 1996, Reports 1996 -IV

<sup>18</sup> Ad esempio l'uso di intercettazioni illegittime che viola l'articolo 8, ma non l'articolo 6.

dell'emetico, ma cionondimeno il ricorrente era stato sottoposto ad un trattamento degradante ed inumano che contrastava sostanzialmente con la previsione dell'articolo 3 e la prova così ottenuta era il risultato diretto di una violazione di uno dei diritti garantiti dalla Convenzione. L'uso di una prova ottenuta in violazione dell'articolo 3 in un processo penale poneva un serio *vulnus* alla "giustizia" del processo. Orbene, anche se il trattamento subito non poteva assurgere al rango di "tortura", esso era certamente qualificabile come condotta inumana e degradante che superava la soglia di proibizione di cui all'articolo 3, pur non essendo intenzione degli inquirenti infliggere dolore e sofferenza psichica, infrangendo uno dei principali diritti tutelati dalla Convenzione.

Inoltre, la droga così ottenuta era stata, pacificamente, elemento decisivo per la condanna del ricorrente. L'interesse pubblico a giungere alla condanna del ricorrente non poteva, peraltro, essere considerato di un tal peso da consentire che quella prova fosse usata nel processo.

La Corte ha così ritenuto che l'uso di siffatta prova ha reso il processo ingiusto.

Invero, ha osservato, il divieto di non autoincriminarsi si estende non solo alle confessioni, ma anche a tutte quelle evidenze "reali" ottenute in violazione di tali diritto<sup>19</sup> con esclusione di quelle prove, che si sarebbero potute comunque ottenere mediante un uso di poteri, che lo consentivano a prescindere dalla volontà dell'indagato (un mandato di perquisizione, respiro, prelievi di sangue o altri tessuti per l'esame del DNA)<sup>20</sup>.

Quindi, ricapitolando le conclusioni della Corte, può dirsi che la prova di cui al caso Jalloh potrebbe essere ricompresa tra quelle che hanno una materiale esistenza anche a prescindere dalla volontà dell'indagato, il cui uso non è proibito nelle procedure penali<sup>21</sup>. Ci sono, peraltro, vari elementi che distinguono questa ipotesi da altri precedenti casi (es. Saunders)<sup>22</sup>. Ma il grado di forza qui usato differisce significativamente dal grado di forza normalmente richiesto per ottenere i campioni indicati nel caso Saunders.

Per ottenere tali materiali un indagato deve sottostare ad una minore interferenza con la sua integrità fisica. Anche se è richiesta una partecipazione attiva dell'indagato, questa mira ad ottenere materiali prodotti dalla normale attività corporea (respiri, urine, sangue, capelli o voce), mentre nel

---

<sup>19</sup> Al riguardo la corte ha citato il caso *Funke* contro la Francia – in cui l'indagato era stato costretto a consegnare dei documenti nascosti

<sup>20</sup> Come affermato nel caso Saunders (v n. 21)

<sup>21</sup> In Italia tale possibilità è stata regolamentata da ultimo con la legge n 85/09 che, a seguito di Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 224 cpp., ha introdotto nel codice di rito l'art 559 bis che disciplina, appunto, le modalità degli accertamento che comportino il prelievo di capelli, peli, saliva, mucosa del cavo orale in mancanza di consenso dell'interessato (sugli ampi tempi del prelievo coattivo e del diritto di difesa C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Milano 2009).

<sup>22</sup> Nel caso *Saunders vs. UK* (EHHRR, 313 – 1997 dec il 17 dicembre 1996) il ricorrente era stato indagato per avere illegalmente aumentato il valore commerciale delle azioni della sua azienda. Il Company Act 1985 consentiva agli inquirenti di costringere l'indagato a produrre documenti ed a rispondere alle domande, altrimenti avrebbe commesso un "*Attempt to Court*". La Corte nel decidere in senso favorevole al ricorrente il caso ha ribadito il diritto al silenzio dell'imputato sotto l'egida dell'articolo 6 ed ha precisato che tale diritto si fonda sull'esigenza di proteggere l'accusato da improprie forzature da parte dell'autorità procedente. Il diritto a non autoincriminarsi ha come corollario l'onere per l'Accusa di provare la responsabilità senza fare uso di metodi coercitivi lesivi delle libertà fondamentali dell'individuo. La Corte ha, peraltro, precisato che tale divieto non si estende all'uso nel processo di materiale biologico ottenuto dall'accusato attraverso il ricorso a metodi coercitivi. Più in generale, secondo i Giudici di Strasburgo la reale differenza non è tra le dichiarazioni e gli elementi materiali, ma nel modo, coatto (ovvero ottenuto dietro minacce) o no, con cui tali elementi vengono acquisiti.

presente caso vomitare la prova ha richiesto la forzosa introduzione di un tubo attraverso il naso per provocare una patologica reazione corporea e ciò non senza rischi per la salute.

La procedura per conseguire la prova ha violato l'articolo 3 ed anche questo la distingue dai casi in cui occorre prelevare campioni di sangue respiro o urine, procedure che di regola non superano quel minimo livello di severità richiesto dall'articolo 3 e sono giustificate anche alla luce dell'articolo 8, essendo necessarie a prevenire reati.

Sotto il profilo della natura e grado della costrizione usata per ottenere la prova nel caso in esame, costringere il ricorrente a vomitare la droga ha interferito nella sua integrità fisica e mentale.

Quanto al peso dell'interesse pubblico ad ottenere la prova per la condanna del ricorrente, considerato che questi vendeva droga su piccola scala ed è stato condannato solo ad una pena di 6 mesi condizionalmente sospesa, deve concludersi che la gravità del fatto non giustificava una così severa interferenza con la sfera psicofisica del reo.

Quanto alle salvaguardie, l'art. 81a prescriveva che le intrusioni corporee fossero eseguite secondo lo *stato dell'arte* da un dottore in un ospedale e solo se non ci fossero stati rischi per il prevenuto. Nel caso di specie l'indagato nel suo diritto a rimanere in silenzio si era rifiutato di sottoporsi ad una preventiva anamnesi. Egli poteva solo comunicare in un pessimo inglese, il che significa che egli fu sottoposto al trattamento medico senza una preventiva valutazione circa la sua attitudine fisica a sottostarvi.

E' infine, vero che l'indagato è stato messo in condizione di opporsi all'ingresso di tale prova nel processo, ma invano perché la legge nazionale considerava legittima la procedura seguita per ottenere siffatta prova.

Tutto ciò ha reso il processo ingiusto *ex* articolo 6.

A conclusioni apparentemente difformi la Corte sembra giungere nel caso GAFGEN vs Germania (decisione del 30/6/2008).

Il 27/9/2002, Magnus Gafgen, attirò con una scusa nel proprio appartamento il piccolo Jakob von Metzler, figlio di un famoso banchiere di Francoforte sul Meno, di soli 11 anni. Quivi lo uccise soffocandolo.

Egli scrisse poi una lettera ai genitori del piccolo dicendo che questo era stato rapito e chiedendo un milione di euro di riscatto.

Egli, poi, si recò con la propria autovettura presso uno stagno di una proprietà privata vicino a Birstein dove nascose il corpo sotto un pontile presso lo stagno.

Il 30 settembre 2002 il ricorrente raccolse il riscatto presso una stazione dei tram. Da allora fu segretamente osservato dalla polizia. Egli versò parte del riscatto sul suo conto e nascose il resto del denaro nel suo appartamento. Quel pomeriggio la polizia lo arrestò all'aeroporto di Francoforte sul Meno.

Fu condotto presso il quartier generale della polizia e qui interrogato. Egli, dopo essersi consultato con un avvocato, fece il nome di due rapitori ed indicò genericamente il luogo di detenzione.

Al mattino dopo fu interrogato da un diverso ispettore il quale, agendo su ordine del vice capo della polizia di Francoforte, disse al ricorrente che avrebbe sofferto dolori notevoli per mano di una persona addestrata allo scopo se non avesse rivelato dove si trovava il bambino. Secondo il ricorren-

te, l'ispettore lo minacciò di rinchiuderlo in una cella con due enormi persone nere che avrebbero abusato di lui sessualmente.

Nel corso dell'interrogatorio l'ispettore lo colpì, anche una volta al petto, con la mano e lo agitò facendogli sbattere la testa sul muro in un'occasione.

Nel corso di siffatto esame, per timore di essere sottoposto alle misure di cui era stato minacciato, il ricorrente rivelò il preciso luogo in cui si trovava il bambino dopo circa dieci minuti di interrogatorio.

Il Governo tedesco ha giustificato dinanzi alla Corte il proprio operato affermando che secondo la polizia quella mattina la vita del bambino sarebbe stata in grave pericolo, se fosse stato ancora vivo, data la mancanza di cibo e la temperatura esterna. Per salvare la vita del bambino era, quindi, stato ordinato che il ricorrente fosse interrogato dal diverso ispettore e minacciato di sofferenze che non avrebbero causato alcuna ferita. Il trattamento stesso era portato avanti sotto la supervisione di un medico.

Gli organi inquirenti avevano altresì dato ordine ad un altro agente di polizia di procurarsi il siero della verità da somministrare al ricorrente.

Secondo il Governo l'interrogatorio del ricorrente era indirizzato al solo scopo di salvare la vita del bambino più che a portare avanti il procedimento penale sul rapimento. Dato che il ricorrente aveva già confessato dopo essere stato minacciato di dolore dall'ispettore, non era stata portata avanti alcuna misura.

Gafgen, infatti, acconsentì di accompagnare la polizia nel posto in cui aveva nascosto il bambino, chiedendo però di essere accompagnato solo dall'ispettore che lo aveva interrogato il primo giorno. Così fu fatto. La polizia trovò il corpo del bambino sotto un pontile presso lo stagno vicino Birstein su indicazione del ricorrente. Essi registrarono il rinvenimento del corpo su un nastro.

La polizia individuò impronte di pneumatico lasciate dalla macchina del ricorrente presso lo stagno vicino Birstein. Quando fu poi interrogato alla stazione di polizia, il ricorrente confessò di avere rapito ed ucciso il bambino. La polizia inoltre rinvenne il libro di esercizi di scuola, uno zaino, gli abiti indossati dal piccolo quando era stato rapito e la macchina da scrivere usata per la lettera di ricatto in un container indicato dal ricorrente sulla via di ritorno a Francoforte sul Meno.

Essi, inoltre, ritrovarono quasi tutti i soldi del riscatto ed un appunto sul piano del crimine nell'appartamento del ricorrente. In base all'autopsia, il ragazzo era morto per soffocamento.

Il ricorrente ripeté la sua confessione quando fu interrogato dalla polizia il 4 ottobre 2002, da un procuratore il 4, 14 e 17 ottobre 2002, e da un giudice della corte distrettuale il 30 gennaio 2003.

Nel corso del successivo processo, sin dalla prima udienza il ricorrente chiedeva l'interruzione del processo, deducendo di essere stato minacciato dall'ispettore su istruzione del vice capo della polizia e lamentava la violazione dell'art. 136a e dell'articolo 3 della Convenzione<sup>23</sup>, norma quest'ultima che giustificava la richiesta di interruzione. Chiedeva, altresì, che tutte le sue dichiarazioni rese alle autorità investigative, poiché rese a causa del continuo effetto della minaccia di violenza contro di lui non fossero utilizzate come prova. Presentava, inoltre, una dichiarazione in base alla quale, considerata la violazione dell'art. 136° del codice di procedura penale, l'utilizzo nei

---

<sup>23</sup> Per il testo di tali norme v. *supra*.

procedimenti penali di tutti gli elementi di prova, quali il corpo del bambino, del quale le autorità investigative erano venute a conoscenza a seguito delle dichiarazioni estorte al ricorrente, il cosiddetto *frutto dell'albero velenoso*, era vietato (*Fernwirkung*).

La Corte regionale di Francoforte, pur ritenendo provata la minaccia di “considerevoli sofferenze”, ma non quella di abusi sessuali, e pur ritenendo questa illegittima ai sensi dell’art. 136a<sup>24</sup>, degli articoli 1<sup>25</sup> e 104 n. 1<sup>26</sup> della Legge fondamentale, nonché dell’articolo 3 della Convenzione, ritenne che tali violazioni non ostacolassero la prosecuzione del processo penale in quanto l’art. 136° n. 3 rendeva inutilizzabili le dichiarazioni ottenute con l’uso di mezzi di interrogatorio vietati, ma l’uso dei metodi di indagine in questione non aveva ristretto i diritti della difesa in una misura tale da impedire che il procedimento penale non potesse più essere svolto: tenuto conto della gravità delle imputazioni contro il ricorrente da una parte, e della durezza della condotta illegittima del procedimento investigativo dall’altra, non c’era stata una tale eccezionale ed intollerabile violazione del diritto nel procedimento investigativo da impedire il prosieguo del procedimento penale. Con distinta, ma contestuale decisione, la Corte stabiliva che ai sensi dell’art. 136a n. 3 del codice di procedura penale, tutte le confessioni e le dichiarazioni così rese dal ricorrente alla polizia, al procuratore ed al giudice della corte distrettuale non potessero essere utilizzate come prove nel procedimento penale contro di lui, posto che nel primo interrogatorio l’ispettore aveva usato metodi vietati da suddetta norma, minacciandolo di sofferenza. Tale inutilizzabilità si estendeva anche a tutte le successive dichiarazioni rese dal ricorrente alle autorità investigative successivamente a quella data e ciò perché nei successivi interrogatori il ricorrente era stato avvisato della facoltà di non rispondere, ma non della inutilizzabilità delle sue precedenti dichiarazioni.

La Corte, peraltro, rigettava la richiesta del ricorrente di considerare inutilizzabili come prova anche gli altri elementi di prova, quali il corpo del bambino, divenuti noti alle autorità a seguito delle dichiarazioni estorte con la minaccia e, quindi, anch’essi *frutti dell'albero velenoso*. Nel decidere ciò la Corte affermava che bilanciando la durezza dell’ingerenza nei diritti fondamentali dell’imputato e la gravità del crimine di cui è accusato ed oggetto dell’indagine, l’esclusione delle prove rese note a seguito della dichiarazione dell’accusato – in particolare la scoperta del bambino morto ed i risultati dell’autopsia – appariva sproporzionata.

La Corte concludeva il giudizio con la condanna di Gafgen e rilevando che, pur dopo essere stato messo al corrente nuovamente del suo diritto in quanto convenuto di rimanere in silenzio e del fatto che tutte le sue dichiarazioni precedenti non potevano essere usate come prove contro di lui, e dopo che, quindi, gli erano state date le necessarie istruzioni qualificate, il ricorrente aveva di nuovo confessato di aver rapito ed ucciso il bambino ed aveva dichiarato di aver agito con quell’intento ed aveva descritto la sua confessione come «l’unico modo di accettare la sua grave colpa» e come la «la più grande richiesta di perdono possibile per l’omicidio del bambino».

Le sue deposizioni al processo relative alla pianificazione del suo crimine costituivano la base essenziale, se non la sola base, per l’accertamento dei fatti da parte della corte. Questi erano suppor-

---

<sup>24</sup> Per il testo di tale norma v. nota n. 10.

<sup>25</sup> Per il testo di tale norma v. nota n. 12.

<sup>26</sup> L’art. 104 § 1, seconda frase, della Legge fondamentale, sui diritti degli individui in detenzione, prevede: « *Le persone prese in custodia non possono essere sottoposte a maltrattamenti né fisici né mentali* ».

tati dalla testimonianza della sorella del piccolo, dalla lettera di ricatto e dall'appunto sulla pianificazione del crimine rinvenuto nell'appartamento del ricorrente. L'accertamento dei fatti relativi all'esecuzione del crimine, peraltro, si basava esclusivamente sulla confessione del ricorrente al processo. Inoltre, elementi di prova mostravano che egli aveva detto la verità a tale riguardo. Questi elementi includevano i risultati dell'autopsia in merito alla causa della morte del bambino, le impronte di pneumatici lasciate dall'auto del ricorrente vicino allo stagno, dove era stato ritrovato il corpo del bambino e la scoperta di denaro del riscatto ritrovato nell'appartamento e accreditato sul suo conto. Pur dopo tale premessa la Corte osservava, tuttavia, che anche senza la sua confessione, il ricorrente sarebbe stato ritenuto colpevole di rapimento con estorsione che aveva causato la morte della vittima. Egli, infatti, era stato tenuto sotto osservazione della polizia dopo che aveva preso il riscatto, poi rinvenuto nel suo appartamento e accreditato sul suo conto. Inoltre, era stato dimostrato dall'autopsia sul corpo del bambino che questi era stato soffocato, e impronte dei pneumatici lasciati dall'auto del ricorrente erano state rinvenute nel luogo in cui era stato ritrovato il corpo.

Il ricorrente proponeva appello dinanzi alla Corte federale di giustizia, reiterando le sue difese e lamentandosi della mancata interruzione del processo da lui richiesta, nonché deducendo che con l'utilizzo delle sue dichiarazioni, pur ritenute illegittimamente acquisite, la Corte aveva fatto un «salto oltre» l'esclusione della prova e creato un ostacolo al procedimento.

La Corte federale di giustizia, senza dare ulteriori motivazioni, rigettava l'appello del ricorrente su questioni di diritto in quanto infondato.

Gafgen si rivolgeva, quindi, alla Corte federale costituzionale lamentando in base all'art. 1 § 1 e all'art. 140 § 1, seconda frase, della Legge fondamentale il modo in cui egli era stato interrogato dalla polizia la mattina del 1° ottobre 2002. Nelle circostanze del caso, il trattamento subito si configurava quale tortura ai sensi dell'art. 3 della Convenzione e violava l'art. 104 § 1 della Legge fondamentale. Sosteneva, inoltre, che fosse stato violato il suo diritto assoluto alla dignità umana ai sensi dell'art. 1 della Legge fondamentale, ma la Corte federale costituzionale respingeva l'esame della denuncia costituzionale in quanto inammissibile. Non ci sarebbe stata violazione dei diritti fondamentali, avendo le Corti di merito vietato l'utilizzo come prova delle dichiarazioni ottenute in tal modo, non avendo il ricorrente spiegato perché i metodi contestati di indagine non solo comportavano il divieto di utilizzare le dichiarazioni ottenute in tal modo come prova, ma rappresentassero anche un ostacolo al procedimento penale contro di lui.

Nelle more i poliziotti coinvolti nella vicenda venivano sottoposti a processo penale e condannati e nella relativa sentenza la Corte aveva osservato che il metodo di indagine non era giustificabile come necessario, perché violava la dignità umana come statuito dall'art. 1 della Legge fondamentale. Il rispetto della dignità umana è anche alla base dell'art. 104 § 1, seconda frase, della Legge fondamentale e dell'articolo 3 della Convenzione.

Il vicecapo della polizia veniva altresì trasferito ad altro incarico, mentre all'ispettore era stato vietato di svolgere attività rilevanti nell'ambito di procedimenti penali.

Così ricostruita la vicenda processuale interna, va rilevato che la CEDU ha, in primo luogo, esaminato la dedotta violazione dell'articolo 3 della Convenzione che il ricorrente fondava sulle modalità dell'interrogatorio nel corso del quale egli era stato costretto ad auto incriminarsi rendendo una confessione al solo scopo di far procedere le indagini criminali contro di lui. A fronte di questa

ricostruzione il Governo, riconoscendo con rammarico la minaccia di violenza fisica e negando quella di violenza sessuale, aveva ammesso la violazione, ma l'aveva giustificata dicendo che nella mattina in cui i fatti si erano verificati i poliziotti incaricati ritenevano ancora che il bambino fosse vivo e che la sua vita si trovasse in grave pericolo.

Ebbene, premessa la fondamentale importanza dei principi espressi dall'articolo 3 e la inammissibilità di deroghe o eccezioni, anche nel caso di eventi di pericolo pubblico che minaccino la vita della nazione, la Corte osservava che il maltrattamento deve avere un minimo livello di gravità da valutare caso per caso, e che deve essere provato al di là di ogni ragionevole dubbio, perché possa rientrare nell'ambito dell'art. 3, e richiamava i parametri (sopra esaminati) elaborati, tra l'altro, nel caso Jalloh per concludere che un trattamento è "degradante", quando è tale da suscitare nelle vittime sentimenti di terrore, angoscia ed inferiorità al punto di umiliarle e svilirle ed eventualmente rompere la loro resistenza fisica e morale, o quando è tale da portare la vittima ad agire contro la sua volontà o coscienza.

Nel caso di specie, pur ritenute provate le minacce di violenza fisica (e non sessuale) nel corso dell'interrogatorio del 1 ottobre la Corte ha ritenuto infondata la dichiarazione del ricorrente di essere stato direttamente costretto a svelare elementi di prova reali.

A tal proposito la Corte ha così argomentato: il ricorrente aveva acconsentito a condurre la polizia presso lo stagno dove aveva nascosto il bambino alla presenza dell'agente che lo aveva interrogato con modalità corrette il primo giorno e mentre l'altro, che lo aveva minacciato, non era più presente e nulla suggeriva che il ricorrente fosse stato di nuovo minacciato da uno degli agenti di polizia presenti perché rivelasse elementi reali di prova.

I Giudici, pertanto, hanno ritenuto che nel corso dell'interrogatorio da parte dell'ispettore il 1° ottobre 2002 il ricorrente sia stato sottoposto a trattamento inumano vietato dall'art. 3 della Convenzione, ma che al momento del ricorso alla Corte il suo *status* di vittima fosse cessato.

Su tale secondo punto, infatti, i giudici hanno rilevato che ricade in primo luogo sulle autorità nazionali il compito di rimediare a qualunque violazione della Convenzione e che la questione se un ricorrente possa lamentare di essere vittima della presunta violazione è rilevante in ogni stadio del processo ai sensi della Convenzione: una decisione o una misura favorevole al ricorrente non è in principio sufficiente a privarlo del suo *status* di "vittima" per gli scopi di cui all'art. 34 della Convenzione a meno che le autorità nazionali abbiano riconosciuto, espressamente o nella sostanza la violazione della Convenzione e in tal caso stabilito una riparazione.

Nel caso di specie, la Corte regionale di Francoforte sul Meno, nella sua decisione del 9 aprile 2003, aveva espressamente affermato che la minaccia di causare dolore al ricorrente al fine di estorcergli una dichiarazione non solo costituiva un metodo vietato di interrogatorio ai sensi dell'art. 136a del Codice di procedura penale, ma la minaccia contravveniva anche all'art. 3 della Convenzione, che è l'essenza di quella disposizione del codice di procedura penale. Analogamente la Corte federale costituzionale, facendo riferimento alle conclusioni della Corte regionale nel senso di una violazione dell'art. 3, aveva confermato che la dignità umana del ricorrente ed il divieto di sottoporre i detenuti a maltrattamenti erano stati ignorati. Nella sua sentenza del 20 dicembre 2004 che condannava gli agenti di polizia responsabili dei metodi di interrogatorio in questione per incitamento alla coercizione e coercizione, la Corte regionale di Francoforte sul Meno aveva rilevato che tali

metodi non erano giustificabili come necessari, dato che avevano violato la tutela assoluta della dignità umana ai sensi dell'art. 1 della Legge fondamentale, anch'essa essenza dell'art. 3 della Convenzione.

Alla luce di ciò, la Corte ha ritenuto sufficiente che le corti nazionali chiamate a pronunciarsi su tale questione hanno riconosciuto espressamente ed in modo inequivocabile che il trattamento ricevuto dal ricorrente durante l'interrogatorio del 1° ottobre 2002 violava l'art. 3 della Convenzione.

Nel definire, in secondo luogo, se al ricorrente sia stata fornita sufficiente riparazione per tale violazione dell'art. 3 a livello nazionale, la Corte ha osservato che i due agenti di polizia coinvolti nella minaccia del ricorrente sono stati condannati per coercizione ed incitamento alla coercizione e sono stati puniti nella sentenza finale della Corte regionale di Francoforte sul Meno e quindi una riparazione sostanziale era stata garantita al ricorrente come risultato della responsabilità penale degli agenti. Si è rilevato, inoltre, che in considerazione delle minacce contro il ricorrente, tutte le confessioni e le dichiarazioni rese da quest'ultimo nell'intero procedimento di indagine non fossero utilizzabili come prove durante il processo ed anche questo è stato ritenuto un efficace metodo di riparazione della posizione di svantaggio in cui era stato posto il ricorrente nel procedimento penale contro di lui.

Il ricorrente non aveva ancora ottenuto il pagamento di alcun indennizzo nel procedimento per responsabilità funzionale che aveva avviato, ed era pendente, contro il Land di Hesse.

Questa ha, tuttavia, ritenuto che in un caso quale quello di specie, in cui la violazione dell'art. 3 risiede nella minaccia di maltrattamento (come tale opposto al reale maltrattamento fisico che rappresenta la condizione per l'applicazione dell'art. 3), la riparazione per tale violazione fosse essenzialmente garantita dall'effettivo processo seguito da condanna delle persone responsabili.

Sul punto, quindi, la CEDU ha ritenuto che Gafgen avesse ricevuto già nell'ordinamento interno una riparazione in un modo diverso dal pagamento di una somma di denaro e che tale riparazione dovesse considerarsi sufficiente: il ricorrente, pertanto, non poteva più lamentare di essere vittima di una violazione dell'art. 3.

La riparazione più ampia richiesta dal ricorrente, in particolare, l'esclusione nel processo degli ulteriori elementi di prova (quali i risultati dell'autopsia sul corpo della vittima, le impronte di pneumatico lasciate dalla sua auto e le sue orme vicino allo stagno in cui era stato ritrovato il corpo, nonché gli abiti e l'attrezzatura da scuola del bambino e la macchina da scrivere usata per la lettera di ricatto) ottenuti a seguito della confessione estortagli con le minacce e l'imposizione di una sentenza più clemente, riguardano, secondo la Corte – e questa affermazione è particolarmente rilevante ai nostri fini – la questione se il processo contro di lui sia stato equo e richiede, quindi, un esame ai sensi dell'art. 6.

Al riguardo, il ricorrente ha corroborato le proprie doglianze sostenendo che tali prove non gli hanno consentito un'adeguata difesa ed ha posto in evidenza che a seguito dell'estorsione della confessione al più tardi, le autorità non agivano più per salvare la vita del bambino, che sapevano essere morto, ma lo avevano condotto solo circa due ore dopo e senza un dottore presso lo stagno in cui aveva nascosto il corpo.

Nel corso del processo, attesa la ritenuta utilizzabilità di tali prove, era chiaro che sarebbe stato ritenuto colpevole e condannato a dieci anni di detenzione o all'ergastolo sulla base degli ele-

menti di prova, che erano il risultato di una confessione estortagli anche se fosse rimasto in silenzio per tutta la durata del processo. Rendendo una confessione durante il processo, irrilevante ai fini di dimostrazione della sua colpevolezza di omicidio, egli aveva ritenuto che ciò, come sempre, sarebbe stato preso in considerazione come fattore attenuante al momento della definizione della sentenza. Tuttavia, in considerazione dell'uso degli elementi di prova ottenuti a mezzo di minacce, anche la sua confessione era stata ritenuta senza valore, laddove senza la confessione e senza che fosse stato costretto attivamente a rivelare le prove, il corpo, che egli aveva nascosto in una proprietà privata isolata a circa 60 chilometri dal suo luogo di residenza, e tutti gli altri elementi di prova non sarebbero mai stati rinvenuti o non si sarebbe mai stabilito un collegamento con il suo crimine.

Egli ha, quindi, concluso sostenendo che l'utilizzo di qualunque prova conseguita attraverso la violazione dell'art. 3 sarebbe dovuto essere escluso in ogni caso ed ha al riguardo richiamato proprio la precedente decisione della Corte nel caso Jalloh.

La Corte ha riaffermato la regola secondo la quale l'uso delle prove ottenute in violazione del diritto al silenzio e al diritto a non auto incriminarsi viola l'essenza della nozione di giusto processo; che comunque occorre verificare se al ricorrente sia stata data l'opportunità di contestare l'autenticità delle prove e di opporsi al loro utilizzo. Inoltre, la qualità delle prove deve essere presa in considerazione, anche se le circostanze nelle quali sono state reperite sollevano dubbi sulla loro fondatezza o accuratezza, sebbene – ha chiarito – essa non debba occuparsi della ammissibilità o meno delle prove secondo il diritto interno, ma solo valutare se il procedimento nel suo complesso, incluso il modo in cui le prove sono state ottenute, sia stato equo. A tal riguardo la Corte ha chiarito che l'utilizzo di prove ottenute in violazione dell'articolo 3 solleva sempre serie questioni in merito all'equità del procedimento (come nel caso Jalloh).

Peraltro, applicando tali principi al caso di specie la Corte è giunta ad un risultato sorprendente.

Essa, infatti, ha rilevato che la confessione estorta con la minaccia di violenza era già stata esclusa dalle corti nazionali.

Quanto alle altre evidenze, l'utilizzo delle stesse non ha reso ingiusto il processo perché esse non devono considerarsi frutto dell'albero velenoso.

La Corte è giunta a questa conclusione sulla base di due criteri: il primo relativo alle modalità con le quali le prove sono state raccolte. A tal riguardo essa ha osservato, da un lato, che non c'era nulla che indicasse che il ricorrente fosse di nuovo stato minacciato direttamente da alcuno degli agenti presenti durante il viaggio per e da Birstein con l'intento di fargli svelare elementi reali di prova.

Le autorità investigative avevano, in secondo luogo, a loro disposizione elementi di prova quali la lettera di ricatto ed un appunto relativo alla pianificazione del crimine grazie al fatto che avevano osservato segretamente il ricorrente dal momento in cui questi aveva preso il riscatto. La Corte si è detta convinta che le autorità investigative sono state in grado di ottenere gli elementi di prova impugnati solo come “risultato indiretto” di dichiarazioni rese a seguito dell'effetto continuativo dell'uso di metodi di interrogatorio in violazione dell'art. 3 ed ha ritenuto che l'uso durante il processo contro il ricorrente degli elementi di prova in questione non ricade nella categoria di casi in cui tale uso rende iniquo il processo automaticamente in ogni circostanza.

I Giudici hanno rilevato che vi è una forte presunzione che l'utilizzo di elementi di prova ottenuti come frutto di una confessione estorta attraverso mezzi contrari all'art. 3 renda un processo nel suo complesso iniquo allo stesso modo dell'uso della confessione estorta in sé e che per determinare l'equità del processo (ed il superamento della presunzione) occorre esaminare tutte le circostanze del caso ed in particolare: le circostanze stabilite da prove incontaminate; il peso attribuito agli elementi di prova impugnati; il rispetto dei diritti di difesa del ricorrente e in particolare la possibilità per lui di contestare l'ammissione e l'utilizzo di tali prove nel processo contro di lui.

A tal fine, è stato valorizzato il dato che la prova della responsabilità del ricorrente è stata in larga prevalenza fondata sulla sua ampia confessione resa in dibattimento dopo che era stato avvertito che le sue precedenti dichiarazioni erano inutilizzabili, e quindi in maniera completamente libera e spontanea. Le risultanze di tale libera confessione erano state supportate da altri elementi non avvelenati quali la testimonianza della sorella del bambino, dal testo della lettera di ricatto e dall'appunto rinvenuto nell'appartamento del ricorrente riguardante la pianificazione del crimine. Alla luce del fatto che il ricorrente era stato segretamente osservato dalla polizia dal momento in cui aveva preso il riscatto, non si può ritenere che tale ulteriore prova sia stata ottenuta come risultato della prima confessione estorta al ricorrente. Il ricorrente, inoltre, era stato osservato mentre prelevava il riscatto (ed anche tale osservazione era "incontaminata").

Ulteriori elementi, quali i risultati dell'autopsia sulle cause della morte della vittima e le impronte di pneumatici lasciate dall'auto del ricorrente vicino allo stagno in cui era stato rinvenuto il corpo del bambino, così come il denaro del riscatto che era stato ritrovato nel suo appartamento o versato sul suo conto, sono stati utilizzati dalla Corte solo per testare la veridicità. Essi, comunque, erano elementi di prova che sarebbe stato possibile ottenere indipendentemente dalla prima confessione estorta al ricorrente.

La Corte, insomma, ha ritenuto che la confessione non avvelenata, costituisca la prova su cui si è fondata l'accusa e che tutte le altre prove incluse le prove reali impuginate, siano state di natura accessoria e siano state utilizzate solo per testare la veridicità della confessione<sup>27</sup>.

Nel ricorso alla CEDU Gafgen ha affermato di aver confessato solo perché sapeva che gli elementi acquisiti, i frutti dell'albero avvelenato, sarebbero stati usati contro di lui, ma la Corte ha sottolineato che dinanzi alle corti interne egli aveva sempre affermato di confessare liberamente solo perché preso dal rimorso e con l'intenzione di chiedere perdono e si è detta non convinta del fatto che egli non avrebbe potuto tacere e non avesse altre opportunità di difendersi se non confessare al processo. Egli invero ha confessato all'inizio ed alla fine del processo in termini diversi, dal che – ne evincono i giudici di Strasburgo – si può dire che abbia variato la sua strategia di difesa. La sua confessione non può, quindi, essere considerata il risultato di misure che hanno annientato l'essenza dei suoi diritti di difesa al processo contro di lui.

La Corte ha quindi concluso per l'insussistenza della violazione dell'articolo 6 della Convenzione.

Si è reso necessario un esame approfondito delle sentenze CEDU di cui sopra per evidenziare quanto si rilevava in premessa e cioè che non sembra esatto far scaturire dalla sentenza Jalloh il

---

<sup>27</sup> Sembra la Corte fare qui riferimento ad una sorta di *corroboration rule*.

principio generale della inutilizzabilità dei frutti dell'albero avvelenato (anche con riferimento al Corpo di reato), né far discendere il principio opposto dalla sentenza Gafgen.

Ed invero, quanto alla prima, può certamente affermarsi che essa stabilisca che l'uso come prova del corpo di reato acquisito illegittimamente<sup>28</sup>, rende il processo ingiusto ai sensi dell'articolo 6.

Ove tale decisione venisse riassunta in questa enunciazione il caso da cui siamo partiti (deciso da Cass. n. 3626/06) sarebbe in contrasto con tale principio di diritto ed anche quel processo si sarebbe svolto, potenzialmente, in violazione dell'articolo 6.

La CEDU, peraltro, ha posto alla sua decisione confini molto più ristretti. Essa, invero, ha precisato che intendeva limitare la propria affermazione in diritto alle sole prove acquisite in violazione dell'articolo 3 della Convenzione.

Nel caso Jalloh si è ben chiarito che le intercettazioni captate illegittimamente costituiscono violazione dell'articolo 8, non dell'articolo 6.

D'altra parte nella sentenza Gafgen non si è giustificato l'uso di prove avvelenate, giacché, come si è visto, la Corte ha ritenuto – discutibilmente – che nel processo dinanzi alle Corti nazionali non si sia violato l'articolo 3 e non si sia fatto alcun uso di prove frutto dell'albero velenoso.

In altre parole, la sentenza JALLOH non basta a fondare l'affermazione che l'uso dei frutti dell'albero velenoso renda il processo ingiusto ex art. 6 CEDU così come la sentenza GAFGEN non è idonea a giustificare l'affermazione opposta.

Si possono, quindi, porre alcuni punti fermi dalla base della giurisprudenza della CEDU:

1) l'accertata violazione dell'articolo 6 può portare nell'ordinamento interno ad una richiesta di riapertura del processo che costituisce giusto indennizzo;

2) non così l'accertata violazione dell'articolo 8 che può portare solo ad un indennizzo pecuniario;

3) l'utilizzabilità del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato pur a seguito di un'attività illegittima che ha portato alla loro acquisizione, come più volte affermato dalla nostra giurisprudenza di legittimità, non viola l'articolo 6 e non potrà portare mai ad una richiesta di riapertura del processo;

4) l'uso di intercettazioni illegittime non viola l'articolo 6, non rende ingiusto il processo, ma va valutata in relazione all'articolo 8.

4. Sulla base di queste schematiche considerazioni può passarsi all'esame del citato articolo 240 c.p.p., come novellato con D. L. 22/9/2009 n. 259, convertito con modificazioni nella legge 20/11/2009 n. 281, e, soprattutto, all'esame di alcune sue importanti recenti applicazioni.

Siffatte norme, nate in un clima in cui il legislatore era particolarmente sensibile alle esigenze di tutela della *privacy*, hanno portato le Procure di gran parte del nostro Paese a ritenere di non poter dar corso ad alcuna indagine sulla base della cd. "Lista Falciani".

Hervé Falciani, ex dipendente informatico della HSBC Private Banking, nel 2010 consegna alla magistratura francese l'elenco di 80.000 correntisti, sottratto alla filiale di Ginevra di quella

---

<sup>28</sup> Dalla bustina ottenuta con modalità illegittima, i giudici tedeschi avevano ricavato la prova che quella ingerita e, quindi, quella poco prima ceduta, fosse sostanza stupefacente.

banca, corredato da movimenti di conti correnti bancari accessi da soggetti privati, attestanti il versamento di somme di denaro.

Partendo da tale movimentazione bancaria le autorità francesi, ritenendo di trovarsi di fronte a redditi sottratti all'imposizione fiscale, avviavano le relative indagini.

Essendo presenti nell'elenco circa 7000 nominativi di contribuenti italiani, la Procura di Nizza nel giugno del 2010 trasmetteva, a seguito di rogatoria internazionale, l'elenco degli stessi alla Procura di Torino che, a sua volta, lo inoltrava alle Procure nazionali competenti per territorio.

A fronte di ciò, peraltro, il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Pinerolo<sup>29</sup>, su conforme richiesta del pubblico ministero, disponeva l'archiviazione del procedimento, avviato per la violazione degli artt. 4 e 5 del d.lgs. 74/00, e la distruzione dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti l'illegale raccolta di informazioni in danno dell'indagato.

Osservava il giudice per le indagini preliminari, che i documenti erano stati formati attraverso la raccolta illegale di informazioni, trattandosi di stampa di *files* contenuti in un sistema informatico riservato nel quale il Falciani si era abusivamente introdotto e quindi in violazione dell'art. 615 *ter* cp. Ciò rendeva il documento assolutamente inutilizzabile e da distruggere in virtù del disposto dell'articolo 240, 2° comma, c.p.p.<sup>30</sup>.

Può, peraltro, osservarsi che la documentazione era giunta in Italia a seguito di regolare rogatoria in Francia: era cioè una *notitia criminis* in sé legittima.

---

<sup>29</sup> Trib. Pinerolo, 4 ottobre 2011, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>30</sup> Può essere interessante osservare che il Cons. di St., 18 gennaio 2011, n. 6472, quindi negli stessi giorni della decisione del Gip di Pinerolo riteneva, in ordine al medesimo documento, che esso rientrasse tra quelli di cui all'art. 2, co. 1, lett. b) D.M. 20 ottobre 1996 n. 603, ovvero quelli "attinenti ad accordi di cooperazione, anche di carattere investigativo nei settori istituzionali sviluppati con l'apporto e la collaborazione di organismi di polizia, fiscali e doganali esteri", intende sottrarre all'accesso "gli accordi strategici mediante cui, in sede investigative, vengono pianificate e coordinate le attività di indagine per prevenire e contrastare comportamenti illeciti", essendo ciò finalizzato ad "evitare che dalla conoscenza delle strategie investigative . . . i terzi possano trarre indicazioni utili per aggirare controlli e verifiche e non anche a limitare il diritto di difesa sottraendo il materiale probatorio acquisito al controllo del soggetto sottoposto al procedimento accertativo"; sulla base di tale premessa esso ha ritenuto che legittimamente l'amministrazione aveva ritenuto che il documento fosse ricompreso tra quelli per i quali è escluso il diritto di accesso ex articolo 24 l.n. 241/90. La sentenza evidenzia come sia stato legittimamente escluso il diritto di accesso al documento in questione, sia in virtù dell'art. 4, co. 1, lett. b) del D.M. n. 603/1996, che si riferisce ad "*atti istruttori, comunicazioni su ipotesi di frodi in materia tributaria e segnalazioni dei servizi della Commissione dell'Unione europea o di altri organismi internazionali o Stati esteri ai fini della prevenzione e repressione delle frodi stesse*", sia in virtù dell'art 2, co. 1 lett. a) del medesimo DM, che sottrae all'accesso i "*documenti relativi all'attività investigativa ed ispettiva la cui diffusione può pregiudicare l'attività di indagine di organismi nazionali ed esteri, incidendo sulla correttezza delle relazioni internazionali*".

Ciò che preme qui sottolineare è che nella sentenza in esame il Consiglio di Stato ha evidenziato che il documento in questione era stato acquisito per il tramite della cooperazione del Governo francese e per tale emotivamente rettammente classificato come rientrante nelle categorie di atti di cui al DM del 1996 e che le disposizioni del D.M. n. 603/1996 non appaiono in contrasto con i principi generali del diritto di difesa e del giusto procedimento, garantiti innanzi tutto dalla Costituzione (artt. 24 e 97).

Ma il punto di maggiore contrasto tra le conclusioni cui perviene il Consiglio di Stato ed il Gip di Pinerolo viene in evidenza laddove i giudici amministrativi affermano che: «se oggetto dell'accesso sono documenti non tanto volti a dimostrare la consistenza dei fatti contestati (...), quanto documenti volti a dimostrare le legittime modalità di acquisizione, e quindi di utilizzabilità, delle notizie dell'illecito, il processo tributario e penale, per come disciplinati dai rispettivi ordinamenti, consentono ogni possibilità di accertamento della legittima acquisizione delle fonti di prova"... "nel caso in esame, ciò che osta all'accesso è l'appartenenza del documento alla categoria degli atti acquisiti da Autorità di altro Stato, con le conseguenti limitazioni derivanti dalla cooperazione internazionale: il diritto di difesa (comunque in altre sedi garantito), non è, quindi, posto in correlazione con le sole esigenze dell'attività amministrativa di individuazione e repressione degli illeciti tributari, bensì con i valori, altrettanto garantiti, di cooperazione internazionale e di prevenzione e repressione delle frodi e della criminalità».

Nel caso di specie il giudice ha valutato nel suo provvedimento cosa c'era a monte della trasmissione da parte della Procura di Nizza ed ha ritenuto in contrasto con la nostra legge una condotta sulla base della quale le Autorità francesi stavano regolarmente indagando.

Né, come si è visto, un processo che fosse nato in tal modo sarebbe stato *unfair* ai sensi dell'articolo 6 CEDU, anzi va rimarcato come già soffermato a proposito della sentenza JALLOH che la Corte considera le intercettazioni illegittime una violazione – semmai – dell'articolo 8 e non dell'articolo 6.

Né, infine e soprattutto, sembra essere stato affrontato il problema se la norma in esame non si riferisca ai documenti suscettibili di divenire prove nel successivo processo, come sembra essere avvalorato dalla sanzione di “inutilizzabilità” contenuta nell'ultima frase del secondo comma.

In altre parole tale elenco ben poteva essere considerato alla stregua di una mera *notitia criminis* e fondare semplicemente lo svolgimento di rituali indagini volte all'acquisizione di corpi di reato o cose pertinenti al reato (le somme giacenti su quei conti e frutto della evasione comunque da accertare), che sarebbero stati assolutamente legittimi a fronte della sopra esaminata giurisprudenza di legittimità consolidata e, come detto, non in contrasto con l'articolo 6.

D'altra parte, la Suprema Corte ha avuto modo di affermare che, consistendo la inutilizzabilità nella impossibilità giuridica da parte del giudice di servirsi ai fini del proprio convincimento della prova di un determinato fatto in quanto assunta in violazione di un esplicito divieto, essa non colpisca il fatto come rappresentazione della realtà, ma il mezzo attraverso il quale il fatto viene documentato. Di conseguenza, tale fatto può costituire oggetto di una successiva prova assunta nelle forme di legge. Né in materia di inutilizzabilità trova applicazione il principio della inutilizzabilità consecutiva in analogia a quanto fissato dall'art. 185, primo comma, c.p.p. in tema di nullità<sup>31</sup>.

Sorge altrimenti un dubbio di costituzionalità dell'art. 240 commi 2 c.p.p. e ss. nella parte in cui la norma pone un ostacolo all'acquisizione del corpo di reato, che sarebbe utilizzabile anche in caso di *notitia criminis* illegittima.

I profili di dubbio sono, evidentemente, quelli di cui agli artt. 3 e 97 della Carta fondamentale.

Risulta certamente violato un generale principio di ragionevolezza. Ed invero se l'articolo 240 c.p.p. commi 2 e ss. si riferisce anche a documenti processualmente inutilizzabili e non avendo, quindi, una influenza processuale, già esistendo l'articolo 191 cpp., lo stesso si pone unicamente come tutela avanzata dell'impunità.

Inutilizzabili le intercettazioni illegali o i documenti attraverso la raccolta illegale di informazioni, la secretazione immediata e la distruzione degli stessi implicano la impossibilità di cercare prove non avvelenate per il fatto stesso di tale vizio originale. Si pensi all'ipotesi che una intercettazione illegale portasse alla scoperta di un imminente grave attentato: sarebbe possibile indagare sugli elementi di fatto desumibili dalla conversazione o andrebbe immediatamente secretata e distrutta? Se dalla norma in esame discendesse la prima conseguenza, la conclusione alla quale è giunto il giudice di merito andrebbe rivista, se, invece, discendesse la seconda, un dubbio di costituzionalità sarebbe ineludibile (e secondo quest'ulteriore diverso aspetto, la decisione sul caso Falciani parimenti presenta profili che la rendono scarsamente condivisibile).

---

<sup>31</sup> Cass. pen., sez. I, 10 marzo 1997, n. 949, in <http://www.giustizia.it>.

Ed allora:

1) non esiste nel nostro ordinamento la regola dei frutti dell'albero velenoso nella sua assolutezza;

2) essa non è imposta dalla giurisprudenza CEDU sull'articolo 6, salvi i casi di tortura;

3) la lista Falciani, provenendo da un'autorità giudiziaria, straniera non è frutto velenoso, ma rientra tra gli «atti istruttori, comunicazioni su ipotesi di frodi in materia tributaria e segnalazioni dei servizi della Commissione dell'Unione europea o di altri organismi internazionali o Stati esteri ai fini della prevenzione e repressione delle frodi stesse» di cui all'art. 4, co. 1, lett. b) del D.M. n. 603/1996;

4) l'articolo 240 commi 2 e ss cpp, si riferisce solo agli atti destinati a diventare prove nel dibattimento e ne rafforza la sanzione di inutilizzabilità invero già prevista dall'articolo 191 cpp;

5) se interpretato nel senso di ricomprendere qualunque documento, impedendo che esso possa fungere anche solo da *notitia criminis*, esso non si sottrae ad un dubbio di costituzionalità.

Ove ciò non si condivida, valutando sinotticamente il caso di cui alla sentenza della Suprema Corte n. 3626 del 2006 ed il provvedimento di archiviazione della cd. Lista Falciani, si deve concludere che per il nostro ordinamento i due ladruncoli con il piede di porco potranno essere processati anche se il corpo del reato viene rinvenuto a seguito di una *notitia criminis* acquisita illegittimamente, mentre gli evasori fiscali in Svizzera di cui alla citata lista non possono neppure essere indagati perché questa, pur trasmessa dall'Autorità giudiziaria francese, è illegittimamente acquisita e va immediatamente distrutta.

## GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

## ***Praeclusio pro iudicato in materia di sequestro***

### **TRIBUNALE DI NAPOLI**

#### **Sezione decima riesame**

#### **in funzione di riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale e dei sequestri**

Il Tribunale, nelle persone dei magistrati:

***Dott.ssa Paola Faillace***

Dott. Giuseppe Sassone

Dott. Michele Ciambellini

***Presidente***

Giudice est.

Giudice

Sull'istanza di riesame depositata il 19.8.2015 nell'interesse di ..... avverso il decreto di sequestro emesso il 13.7.2015 dal GIP del Tribunale di Napoli con il quali era disposto il sequestro preventivo fino all'ammontare di 96.327.534,80;

ha pronunciato la seguente

### **ORDINANZA**

Con decreto impugnato, il GIP, ritenuto il carattere transnazionale del sodalizio criminale sub capo 1) finalizzata alla commissione di un numero indeterminato di reati di truffa aggravata ai danni della SIAE ed altri illeciti diretti ad evadere l'imposizione fiscale, diretta ed indiretta (capi 3 e ss. del decreto che dispone il giudizio), disponeva, tra l'altro, il sequestro preventivo e per equivalente "ai fini della futura confisca ex art. 11 legge 146/2006" dei beni intestati a o comunque nella disponibilità dei soggetti rinviati a giudizio con decreto del 10/7/2015, tra i quali l'odierno ricorrente, sino all'importo di euro 96.327.534,80, corrispondenti al profitto individuato per i reati di cui sopra.

Con il ricorso in esame la difesa ha chiesto la revoca di tale decreto.

A sostegno di tale revoca la difesa ha articolato in sede di discussione orale i motivi che di qui a breve partitamente si esamineranno.

Occorre preliminarmente fare alcune preliminari considerazioni.

In primo luogo non v'è spazio in questa procedura per questioni che attengo alla competenza di questo giudice.

Ed invero, come si è già rilevato, in data 10/7/2015 vi è stata la emissione del decreto che dispone il giudizio nei confronti del ricorrente per i reati cui il sequestro in esame afferisce.

Ne discende che si è radicata la competenza di questo giudice. Ed invero, in tema di impugnazione di misure cautelari, la sindacabilità, da parte del tribunale del riesame, della competenza territoriale del giudice che ha emesso il provvedimento, si esaurisce nella fase delle indagini preliminari, sicchè, una volta chiusa tale fase, ogni questione concernente detta competenza resta preclusa dal sopravvenuto radicarsi della competenza del giudice che procede (cfr Cass.Sez. 1, Sentenza n. 39250 del 16/07/2014).

In secondo luogo, in sede di riesame di provvedimento che dispone il sequestro conservativo, la proponibilità della questione relativa alla sussistenza del "fumus" del reato è preclusa se sia stato disposto il rinvio a giudizio del soggetto interessato (cfr. ad es., Cass sez. 5, Sentenza n. 51147 del 02/10/2014).

Ogni questione attinente al "fumus" deve, quindi, in questa sede considerarsi preclusa.

Passando all'esame delle questioni prospettate ammissibili, in primo luogo va affrontata quella relativa alla violazione del principio del ne bis in idem, ovvero del giudicato cautelare.

A tal fine va premesso che con decreto del 3 aprile 2014, il Pubblico Ministero disponeva, tra l'altro, il sequestro per equivalente, ex art 321 ter cpp., finalizzato alla confisca ex art 322 ter cp. "**ai fini della futura confisca ex art. 11 legge 146/2006**" dei beni intestati a società (tra cui l'unità immobiliare di ..... intestata alla ..... s.r.l.), ma di fatto nella disponibilità dell'indagato ....., nonché di rapporti finanziari, somme di denaro, opere d'arte, autoveicoli e beni immobili comunque di pertinenza dell'indagato, comprese le unità immobiliari in Marciana ed i saldi dei conti correnti formalmente intestati alla moglie .....

Nel corso dell'esecuzione venivano attinti dal provvedimento cautelare anche il saldo attivo del conto corrente ed i veicoli di proprietà della .....s.r.l., anch'essi ritenuti di pertinenza dei ..... nonostante la formale intestazione alla predetta società.

Quindi, con provvedimento del 17 aprile 2014, il Gip, che in precedenza aveva rigettato analoga richiesta di sequestro, precisando che l'art 322 ter cp non risulta applicabile al reato di cui all'art 416 cp. convalidava il decreto di urgenza e disponeva il sequestro di valore finalizzato alla confisca ex art 322 ter cp dei beni di proprietà e nella disponibilità dei soli indagati che rispondevano di reati tributari riconducibili alla *signoria* di ..... (tra cui i saldi di conto corrente, le opere d'arte, i veicoli e gli immobili sopra indicati), sino all'importo di euro **252.340.629,00** (ingiusto profitto corrispondente al mancato versamento delle imposte IVA e IRES ed alla *sottrazione* fraudolenta del compenso SIAE, secondo la quantificazione operata dalla Guardia di Finanza nell'informativa integrativa nr. 151115/14 del 2.4.2014: a) euro 29.966.776,96 per IVA evasa, pari al 20% del valore delle cessioni effettuate per gli anni di riferimento (anni d'imposta dal 2008 al 2011), rilevati dall'interrogazione della banca dati Anagrafe Tributaria – SISTEMA VIES; b) euro 66.360.757,84 per IRES evasa, calcolata sulla base dei proventi conseguiti e non dichiarati, rilevati, sia mediante il computo delle fatture emesse dalle società "cartiere" nell'anno 2008, sia mediante l'interrogazione della banca dati Anagrafe Tributaria – Sistema Vies per gli anni d'imposta dal 2007 al 2011; c) euro 8.111.364,80 per la mancata corresponsione dell'imposta "SIAE", copia privata, calcolati sulla base della capienza dei dati registrabili sui supporti audiovisivi e degli altri articoli sottoposti a sequestro dalla Guardia di Finanza in data 7.10.2008; d) euro 147.901.729,90, per la mancata corresponsione dell'imposta "SIAE"- copia privata, calcolata in base alla somma dei "compensi copia privata" rilevati dalle fatture emesse dalle società "cartiere" nell'anno 2008).

Va precisato che, rispetto all'originario diniego del sequestro, era mutata la imputazione provvisoria perché era stata contestata anche la transnazionalità della associazione di cui al capo1).

Il Tribunale del riesame, investito in sede di riesame avverso l'ordinanza con la quale era stato concesso il sequestro annullò il provvedimento impugnato, dopo avere ritenuto il fumus ed i presupposti del sequestro nei confronti di tutti i ricorrenti, per la erronea quantificazione del profitto.

Il Tribunale, in particolare, muovendo dal principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione in virtù del quale la normativa vigente non conferisce rilevanza penale all'eventuale evasione dell'imposta regionale sulle attività produttive, in quanto: a) l'Irap non deve essere qualificata come "un'imposta sui redditi in senso tecnico"; b) le dichiarazioni costituenti l'oggetto materiale del reato -D.Lgs. n. 74/2000, art. 2- riguardano esclusivamente le imposte sui redditi e l'Iva), ha ritenuto che nel caso in esame non potesse essere incluso nel computo del profitto l'ammontare del compenso non versato alla SIAE né quello determinato con riferimento all'IVA, tenendo conto anche dei periodi di imposta 2009/2011 che, invece, erano "fuori" dall'inculpazione tributaria a carico degli indagati, elevata solo "fino al 7.10.2008". In mancanza di dati puntuali che consentissero di quantificare con esattezza e, dunque, di espungere dal profitto ritenuto dal Gip, la parte "non imputabile" alla condotta criminosa ascritta agli odierni indagati, il Tribunale procedeva al mero annullamento dell'impugnato decreto di sequestro preventivo.

Rispetto a tale provvedimento del Tribunale le difese hanno rilevato una violazione del principio del *ne bis in idem*, lamentando, in sostanza, una *praecclusio pro iudicato* rispetto alla nuova domanda di sequestro.

Osserva il Tribunale che tale eccezione va esaminata, considerando che secondo una pacifica linea interpretativa tracciata dalla Suprema Corte (Sez. 3, n. 42975 del 16/10/2007; Sez. 3, n. 4515 del 19/12/1997; Sez. 6, Sentenza n. 34565 del 22/5/2014) il presupposto del giudicato cautelare in materia di misure coercitive reali deve individuarsi nell'assoluta coincidenza oggettiva e soggettiva tra più provvedimenti inoppugnabili, o non più impugnabili.

La coincidenza assoluta oggettiva nel caso di specie manca proprio in ragione della diversa determinazione del profitto, che sostituisce un punto fondante del *decisum* dell'ordinanza del riesame.

In altre parole, rideterminato il profitto, il nuovo sequestro non viola il giudicato.

Il giudicato è, invero, caduto sul fatto che il profitto non poteva essere quello di euro **252.340.629,00**, né essere determinato nei termini di cui alla prima ordinanza.

In altre parole, il Pm, che rideterminando l'ammontare del profitto in euro **96.327.534,80**, ha ottemperato all'ordinanza del riesame, ed il GIP, che ha concesso il sequestro nei corrispondenti termini, hanno rispettato il precedente giudicato, in relazione al quale, quindi, il provvedimento in esame non viola il principio del *ne bis in idem* alla luce dei parametri appena ricostruiti.

Altra questione sollevata con decisione dalle difese attiene alla quantificazione dell'ammontare del sequestro ed al rilievo che l'ordinanza in esame costituirebbe una indebita duplicazione dell'ordinanza di sequestro per equivalente emesso nei confronti della ..... e senza tener conto del valore dei beni già oggetto di sequestro nei confronti di quest'ultima. Le difese lamentano che non si è proceduto alla quantificazione del profitto maturato da ciascun singolo imputato e non si è sottratto al valore complessivo del sequestro quanto già staggito con il sequestro in danno della .....

Anche tali rilievi sono infondati.

In primo luogo, è erroneo ritenere che il profitto riferibile a ciascun imputato sia quello relativo solo alla propria parte di condotta nei reati satellite.

Questa conclusione non è condivisibile perché basata sulla erronea, perché parziale, affermazione secondo la quale il reato di associazione a delinquere non genera di per sé un profitto.

Tale affermazione non può essere condivisa.

Ed invero la Suprema Corte ha avuto più volte modo di chiarire che il delitto di associazione per delinquere è idoneo a generare un profitto, che è sequestrabile ai fini della successiva confisca per equivalente - nei casi previsti dalla legge - in via del tutto autonoma rispetto a quello prodotto dai reati fine, e che è costituito dal complesso dei vantaggi direttamente conseguenti dall'insieme di questi ultimi, siano essi attribuibili ad uno o più associati, anche non identificati, posto che l'istituzione della "*societas sceleris*" è funzionale alla ripartizione degli utili derivanti dalla realizzazione del programma criminoso (cfr, in tal senso, Cass. Sez. 2, Sentenza n. 6507 del 20/01/2015; Sez. 3, Ordinanza n. 26721 del 04/03/2015).

Ne consegue che il profitto della associazione corrisponde alla somma dei profitti dei reati satellite e ciascun associato, partecipando a detto delitto, ha partecipato di tale profitto ed è pertanto chiamato a risponderne in sede cautelare reale.

In quanto solidalmente responsabile rispetto per la condanna alla restituzione del profitto così determinato, il titolo cautelare bene è stato emesso nella sua interezza nei confronti di ciascuno dei responsabili in solido.

Non ha quindi pregio l'idea che esso debba essere frazionato e che è sottintesa all'eccezione che il sequestro già in precedenza concesso nei confronti della società ..... fosse ostativo di quello in danno dei consociati, ovvero che debba essere a questo sottratto l'ammontare già staggito. Corretta al riguardo è, infatti, l'affermazione del GIP secondo la quale è la esecuzione la sede per determinare l'ammontare complessivo in relazione al quale operare il sequestro, tenendo in debito conto anche il valore dei beni già oggetto di sequestro per il medesimo titolo.

Ed invero il titolo bene è stato emesso per l'intero nei confronti di tutti i consociati attesa la loro responsabilità solidale. Può farsi questione, invero in via del tutto ipotetica in virtù dell'elevato ammontare della somma di cui al titolo, di un superamento nella esecuzione dell'ammontare della somma, ma questa è, appunto, questione che non riguarda il titolo, ma la sua esecuzione e comunque non sono questi i termini nei quali essa è stata proposta.

E comunque a tal riguardo, valutando cioè l'esecuzione in termini di proporzionalità, osserva questo Tribunale che a fronte di un ammontare da sequestrare determinato in oltre 96 milioni di euro, risultano sequestrati solo 33 immobili dei quali, tranne uno di dieci vani ed uno di otto, gli altri sono di modeste dimensioni, poche autovetture, di modesto pregio, ed alcuni conti correnti con giacenze limitate. Tutto ciò consente di affermare che l'ammontare effettivamente sequestrato è ben inferiore all'ammontare del titolo.

D'altra parte, la Suprema Corte ha avuto modo di affermare (cfr Cass. n. 37848/14) che in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, il tribunale del riesame, tranne i casi di manifesta sproporzione tra il valore dei beni e l'ammontare del sequestro corrispondente al

profitto del reato, non è titolare del potere di compiere mirati accertamenti per verificare il rispetto del principio di proporzionalità, con la conseguenza che il destinatario del provvedimento di coercizione reale può presentare apposita istanza di riduzione della garanzia al PM e, in caso di provvedimento negativo del GIP, può impugnare l'eventuale decisione sfavorevole con l'appello cautelare.

Parimenti deve affermarsi che nel caso di specie non v'è dubbio che potesse darsi corso al sequestro per equivalente, ipotesi che presuppone la impossibilità di procedere al sequestro diretto del profitto.

Nel caso di specie, invero, il profitto è dato dal mancato pagamento di imposte dovute e come tale non ha una sua materialità apprensibile. Tale circostanza rende chiaramente esperibile il sequestro per equivalente.

La difesa ha, inoltre, dedotto che il sequestro sarebbe caduto sul un saldo di conto corrente (euro 603) non pignorabile.

Osserva il Tribunale che il denaro giacente sul conto corrente è da equipararsi al denaro contante, bene pignorabile.

Ed invero l'impignorabilità oltre il quinto dello stipendio o di prestazioni alimentari trova fondamento nell'art 545 cpc.

Dall'esame di tale norma emerge con chiarezza che l'impignorabilità è attinente al "credito" avente un oggetto alimentare ed è, infatti, norma posta nell'ambito della disciplina del pignoramento preso terzi.

Dopo il pagamento del credito, il denaro perde la sua causa e diventa pignorabile.

D'altra parte somme giacenti su un conto aventi tutte una origine alimentare ben possono essere mantenute sul conto grazie alla percezione di redditi illeciti e nascosti.

Ne consegue che l'ordinanza va confermata nella sua interezza e le spese della procedura vanno poste a carico del ricorrente

P Q M

Letti gli artt. 322 e 354 c.p.p.,

conferma l'impugnata ordinanza emessa dal GIP del Tribunale di Napoli il 13.07.15 nei confronti di .....

Pone a carico del ricorrente le spese della procedura.

Manda alla Cancelleria per le comunicazioni e gli adempimenti di competenza.

Così deciso in Napoli all'esito della camera di consiglio del 8.9.2015

**I Giudici**

**Il Presidente**

# Il delitto di atti persecutori tra bullismo fisico e bullismo verbale



## TRIBUNALE PER I MINORENNI DI NAPOLI

**REPUBBLICA ITALIANA**  
In Nome del Popolo Italiano

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

- |                        |                     |
|------------------------|---------------------|
| 1) Dott. P. Brunese    | Presidente          |
| 2) Dott. P. Vallario   | Giudice (estensore) |
| 3) Dott. A. Alberti    | Componente Privato  |
| 4) Dott. S. Ferrarelli | “ “                 |

Con l'intervento del P.M. rappresentato dal Procuratore della Repubblica Dott. Rosetti  
E con l'assistenza del Cancelliere sottoscritto ha pronunciato la seguente

### SENTENZA

Nella causa penale

### CONTRO

- ....., n. a Piedimonte Matese (CE) il 23.2.1993, res.te in Via G. De Cesare n. 6 LIBERO ASSENTE
- ....., n. a Piedimonte Matese (CE) il 13.12.91, ivi res.te in Via Piedicastello n. 13 dom. eletto in Via Pizzone n. 4 Piedimonte Matese- LIBERO PRESENTE
- ....., n. a Piedimonte Matese (CE) il 15.4.1993, res.te a Via Di Giacomo n. 36 Alife elett.te dom.to c/o avv. ...., Via Vincenzo Caso n. 37 Piedimonte Matese LIBERO ASSENTE
- ....., n. a Piedimonte Matese il 13.12.94, ivi res.te in Via Pizzone n. 4 LIBERO ASSENTE
- ....., n. a Piedimonte Matese il 25.4.94, res.te ad Alife alla Via Conte Rainulfo n. 9 LIBERO ASSENTE

### IMPUTATI

TUTTI

A) artt. 110- 112 - 612 bis co. 1° e 3° c.p., perché, in concorso tra loro, in numero di cinque, con condotte reiterate, minacciavano, insultavano, percuotevano e molestavano ..... che in gruppo reiteratamente, durante l'orario scolastico, colpivano con pugni e schiaffi violenti continui e provenienti contemporaneamente da ciascun componente del gruppo aggressore, altresì deridendolo in presenza dei compagni di classe, nonché riprendendo le aggressioni con un video telefonino e mettendo in circolazione anche via internet il suddetto video ripreso, in modo tale da cagionare al ..... Un perdurante e grave stato d'ansia o di paura, ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria si da pregiudicare in maniera rilevante la frequentazione scolastica e il suo modo di vivere;  
In Alife dal mese di settembre 2009, al giorno 9 novembre 2009, nell' IPIA "Manfredi Bosco"

N. 354/15 SENT.

N. 215/13 R.G.

N. 3397/09 P.M.M.

UD. del 29.5.15

NOTIF. ESTRATTO  
CONTUMACIALE  
IL

COMUNICATO AL  
P.G. IL

SENTENZA  
IMPUGNATA  
IL  
DA  
IL  
DA

ATTI ALLA C. APP.  
SEZ. MIN.  
IL

E' ESECUTIVA DAL

SPEDITO ESTRATTO  
ESECUTIVO AL  
P.M.M. IL

REDATTA SCHEDA  
PER CASELL.  
IL

N. C.P.

B) dei reati p. e p.; dagli artt. 110 - 81 - 594 c.p. perché, in concorso tra di loro, con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, offendevano l'onore e il decoro del predetto .....; rivolgendogli epiteti volgari con le modalità indicate al capo A); Fatti avvenuti in Alife dal mese di settembre 2009, al giorno 9 novembre 2009, nell'IPIA "Manfredi Bosco"; .

..... :  
C) dei reati p. ep. dagli artt. 582 - 585 c.p., perché, all'interno dell'Istituto Scolastico "Manfredi Bosco", con la parte terminale di un ombrello, sferrando un colpo sull'occhio destro del ..... , volontariamente gli cagionava una lesione personale consistita in "CONGIUNTIVITE POST TRAUMATICA OCCHIO DESTRO" come diagnosticato dai sanitari della clinica GEPOS di Telesse Terme, che non formulavano prognosi sui tempi di guarigione.  
In Alife il 9.11.2009

**CONCLUSIONI DELLE PARTI**

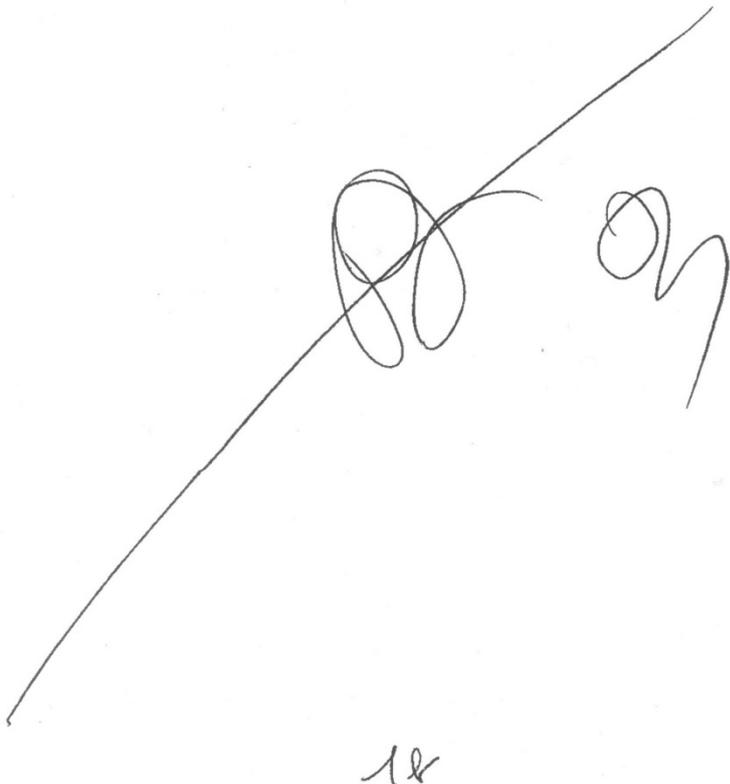
**P.M.M.** chiede la condanna ad anni 1 e mesi 2 di reclusione ciascuno

**DIFENSORE** di ..... : chiede l'assoluzione ex art. 530, I o II comma, c.p.p.; in caso di derubricazione l'assoluzione ex art. 530, I o II comma, c.p.p.; in subordine minimo della pena e benefici

**DIFENSORE** di ..... : chiede l'assoluzione perché il fatto non sussiste, non costituisce reato, l'imputato non lo ha commesso; in subordine assoluzione ex art. 530 cpv; chiede derubricazione del reato in lesioni; minimo pena, generiche e minore età, benefici di legge.

**DIFENSORE** di ..... : chiede l'assoluzione perché il fatto non sussiste; in subordine assoluzione ex art. 530 cpv; in subordine perdono giudiziale **DIFENSORE** di ..... : chiede l'assoluzione per non aver commesso il fatto, in subordine ex art. 530, cpv c.p.p.; in subordine minimo pena e benefici

**DIFENSORE** di ..... : il difensore deposita memoria difensiva a cui il sostituto processuale si riporta



A large handwritten signature, possibly 'M.M.', is written across the page. Below it, there are several scribbles and a small mark that looks like '18'.

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con decreto emesso dal Gup presso questo Tribunale in data 10.4.2013, .....  
e ..... venivano rinviati a giudizio per rispondere dei reati indicati in rubrica.

All'udienza del 21.6.2013, svoltasi nella contumacia degli imputati ad eccezione di ..... il Tribunale, respinta l'eccezione di nullità del capo di imputazione, secondo le difese formulate genericamente in violazione dell'art. 417, II comma lett. B) c.p.p., ammetteva i mezzi di prova richiesti dalle parti e disponeva procedersi all'escussione del teste ..... All'esito il Tribunale acquisiva, su istanza del P.M. che lo aveva esibito in visione al teste, il fotogramma del video intitolato "Bullismo ad Alife" comparso su You Tube. Quindi, stante l'assenza degli altri testi, il processo veniva rinviato in prosieguo.

All'udienza del 20.12.13 veniva escussa la persona offesa ..... e i testi ..... e ..... All'esito venivano acquisiti al fascicolo i provvedimenti disciplinari adottati nei confronti di alcuni degli imputati dal consiglio di classe in data 19.11.2009

Il processo veniva, quindi, rinviato all'udienza del 16.5.2014 per l'escussione del teste ..... All'esito aveva luogo l'esame dell'imputato ..... e veniva acquisito, su istanza del P.M., il verbale del consiglio di classe indetto in via straordinaria il 18.9.2009 per adottare provvedimenti disciplinari nei confronti degli imputati.

A seguito di un'udienza di mero rinvio, all'udienza del 6.2.2015 si procedeva alla visione del CD contenente il filmato relativo alla presunta aggressione consumata in danno di ..... estrapolato da You Tube.

Il processo veniva, quindi, rinviato per l'audizione dei testi della difesa all'udienza dell'8.5.2015.

In tale data aveva luogo l'esame di:

..... Veniva, inoltre, acquisito, stante l'avvenuto decesso, il verbale di sommarie informazioni testimoniali reso da .....

All'esito il Tribunale rinviava il processo in prosieguo all'udienza del 29.5.2015, per la quale disponeva la citazione ex art. 507 c.p.p. di .....

A tale udienza aveva, quindi, luogo l'esame del teste della difesa ..... e del teste citato ex art. 507 c.p.p. ....

All'esito il Tribunale revocava l'ordinanza ammissiva delle prove in relazione ai testi della difesa non escussi, stante la superfluità della loro deposizione alla luce delle risultanze dibattimentali.

Quindi, su istanza della difesa, acquisiva, ai sensi dell'art. 513 c.p.p., le dichiarazioni rese dall'imputato ..... all'udienza preliminare del 10.4.2013.

A questo punto, esaurita l'assunzione delle prove, dichiarata chiusa l'istruttoria dibattimentale ed utilizzabili gli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento, il Tribunale invitava le parti a rassegnare le conclusioni e, all'esito, decideva come da dispositivo letto in udienza.

 12

**MOTIVI DELLA DECISIONE**

L'insieme delle risultanze istruttorie ha consentito di ricostruire la complessa vicenda che ha visto coinvolto il giovane.....

Dalla deposizione del Maresciallo ....., all'epoca dei fatti in servizio presso la Stazione dei Carabinieri di Alife, è emerso che il 16 novembre 2009 ..... si recava, assieme a suo padre, a sporgere denuncia presso i Carabinieri per le molestie e le aggressioni subite nei mesi precedenti da alcuni compagni di classe.

La persona offesa rafforzava il suo assunto accusatorio producendo un certificato medico, rilasciato da una struttura privata di Telesse Terme l'11.11.09, attestante una congiuntivite post traumatica all'occhio destro e un filmato ritraente scene di aggressione ai suoi danni avvenute all'interno della classe, filmato che veniva visionato dal militare sul computer portatile portato dal padre del ragazzo, quindi scaricato sul proprio pc e successivamente masterizzato su un CD rom che veniva allegato alla querela.

Durante la visione del filmato la persona offesa, su richiesta del verbalizzante, forniva indicazioni sull'identità dei giovani che comparivano nel video. Riferiva, infatti, ..... "il giovane con la maglietta a maniche corte che più volte mi colpisce è .....; il giovane con la felpa viola a chiazze è .....ed anch'egli mi colpisce più volte; il giovane con la tuta blu e azzurra è ..... che approfitta delle circostanze facendosi trasportare dai due e anch'egli si scaglia contro di me; il giovane con la maglietta a strisce, che si diverte alla visione dei tre che mi picchiano è .....; il giovane con la maglietta nera, con uno stemma giallo, è ..... che non è intervenuto in mio soccorso; il giovane con il jeans e una felpa bianca e nera è mio cugino..... che si rivolgeva ai tre nel tentativo di farli smettere, ma tuttavia non si è intromesso sicuramente per paura di ripercussioni nei suoi confronti".

Sulla scorta delle indicazioni avute, il Maresciallo ..... acquisiva presso l'Istituto scolastico frequentato dal ..... l'elenco degli alunni iscritti nella sua classe, la ...., e ivi riscontrava la presenza dei nominativi forniti dalla persona offesa.

Di propria iniziativa il militare ricercava, altresì, l'eventuale presenza del video in rete. La ricerca dava esito positivo in quanto, sotto la voce "Bullismo ad Alife" nel sito di You Tube, rinveniva un filmato della durata di sei secondi circa che conteneva le fasi salienti del filmato in possesso del ..... da lui visionato.

A domanda delle difese, il verbalizzante dichiarava che all'atto della proposizione della querela da parte del ..... non aveva riscontrato ematomi o lesioni all'occhio del querelante. Il giovane, però, appariva visibilmente turbato e scosso.

I particolari della vicenda venivano resi noti da ..... nel corso dell'esame dibattimentale.

La persona offesa riferiva che già durante la frequentazione del primo anno della scuola superiore era stato preso di mira da alcuni compagni di classe che lo prendevano in giro. I responsabili si identificavano in .....

Il secondo anno, ai tre compagni sopra menzionati, si erano aggiunti..... ; si era formato un gruppo compatto di ragazzi più grandi di lui (sia il ..... che il ..... erano infatti ripetenti) che si divertiva a prenderlo

2

in giro perché portava i capelli lunghi e ragionava diversamente da loro. Tra di essi colui che aveva un ruolo più attivo, tanto da poter essere considerato il sobillatore, era ..... Nel corso del secondo anno i suddetti compagni dalle parole erano passati ai fatti. Essi avevano, infatti, cominciato a picchiarlo con calci e pugni, ad offenderlo per il modo in cui portava i capelli, in cui si vestiva e si comportava. Gli davano del "gay" e gli dicevano che era diverso. Il ..... in più di una occasione ebbe a minacciarlo intimandogli di non parlare perché altrimenti lo avrebbero ammazzato. Questi episodi si verificavano solo all'interno delle mura scolastiche ma nessuno dei bidelli o degli insegnanti se ne era mai accorto, né lui ne aveva fatto parola con qualcuno per paura delle ritorsioni. Qualche volta aveva provato a ribellarsi ma poi finiva per stare di nuovo al gioco perché lui era il più piccolo ed era isolato. Le condotte denigratorie e aggressive avevano avuto inizio verso la fine del 2008 e si erano protratte per tutto il 2009 anche se lui non aveva portato a termine l'anno scolastico in quanto dopo la denuncia sporta il 16 novembre 2009, non aveva più frequentato.

Nel corso dell'esame, alle numerose domande ricevute sul punto, il teste spiegava che durante questo lasso temporale aveva finto di stare al gioco, subendo violenze fisiche, tra cui cazzotti nella pancia, che a volte venivano anche riprese con i cellulari. Era chiaro che la situazione lo faceva soffrire ("non ero nella massima felicità") ma sentiva di non avere vie di uscita e perciò continuava a tollerare.

La scoperta del video che lo riprendeva steso a terra in classe mentre i compagni lo picchiavano era stata, però, la goccia che aveva fatto traboccare il vaso. In realtà il ..... era venuto a conoscenza dell'esistenza del video in occasione di un episodio di molestia verificatosi ad Alvignano ad opera di altri ragazzi. Costoro, incontratolo per strada, iniziavano a prenderlo in giro e tentavano di gettarlo in un bidone dell'immondizia; nella circostanza, venendo rimproverati da sua madre, si difendevano dicendo che loro non gli avevano mai fatto del male come invece altri ragazzi che lo avevano pure ripreso in un video. Nella circostanza i genitori del ..... venivano, dunque in possesso delle riprese.

Con riferimento a tale filmato il ..... spiegava i ruoli che aveva avuto ciascuno dei compagni coinvolti: ..... gli aveva dato parecchi cazzotti, ..... rideva; ..... lo prendeva a calci quando era steso a terra, ..... aveva girato il video e il cugino ..... guardava.

Infine, ..... aveva fatto da sentinella, controllando fuori alla porta se arrivava l'insegnante.

Con riferimento a ..... dichiarava la sua estraneità sia a quell'episodio che agli altri in cui pure era stato fatto oggetto di percosse.

..... era stato invece il protagonista di un altro episodio. Pochi giorni prima che la persona offesa sporgesse denuncia, mentre lui e i compagni erano in classe in attesa che arrivasse l'insegnante, qualcuno gettava un cassino addosso al ..... e il ..... accusava ingiustamente il ..... della condotta. Il ..... che evidentemente si era fatto male, dando credito al ..... si scagliava per vendetta contro il ..... colpendolo all'occhio con un ombrello.

Quando arrivò, l'insegnante venne messa al corrente dell'accaduto ma non prese provvedimenti.



Per come riferito dal teste l'aggressione gli aveva procurato dei problemi all'occhio tant'è che qualche giorno dopo, al rientro del padre dalla località in cui lavorava, aveva effettuato una visita oculistica privatamente.

Questo episodio, unitamente all'altro che aveva visto protagonisti altri giovani, che come già detto, avevano tentato di spingerlo nel bidone dell'immondizia, gli aveva fatto superare la soglia di sopportazione; di qui la decisione di sporgere denuncia.

In merito ai motivi per cui fino ad allora non aveva mai raccontato né denunciato le vessazioni di cui era stato fatto oggetto, richiestigli più volte dai difensori, il ..... chiariva che aveva paura di andare incontro ad ulteriori aggressioni e molestie. Anche con riferimento al filmato finito sulla rete internet, in relazione al quale i difensori evidenziavano le scene in cui sembrava che egli ridesse, la persona offesa precisava: "ero costretto a ridere per evitare altre botte, dovevo farmelo piacere! ...dovevo starci...Ma secondo voi una persona prende le botte e, dico: che bello picchiatemi?"

A riprova di quanto detto, a domanda del P.M., ..... spiegava che, a seguito dei comportamenti vessatori subiti, era dovuto andare da uno psicologo perché non usciva più di casa per la paura. Inoltre, della vicenda si parlava anche in paese e la cosa lo aveva scosso. Ci era voluto più di un anno per riprendersi, ma l'esperienza patita lo aveva comunque reso insicuro, gli aveva reso difficile prendere qualsivoglia iniziativa in quanto si sentiva scoraggiato.

..... è compagno di classe del ..... all'epoca dei fatti, dopo aver premesso di aver avuto con la persona offesa un rapporto di amicizia anche extrascolastico, riferiva che in classe, tra loro compagni, vi era l'abitudine di scherzare simulando azioni di violenza e prendendosi in giro. Talvolta, sempre con finalità scherzose, si davano qualche schiaffetto e sicuramente qualcuno venne dato anche ad ..... ma si trattava di condotte giocose che vedevano coinvolti, sia dal lato attivo che passivo, tutti loro. Ricordava l'episodio del video, ma anche esso riprendeva alcuni compagni di classe che scherzavano, ..... compreso. Era in classe anche quando ..... colpiva ..... con un ombrello, ma era certo che si fosse trattato di una condotta involontaria. Tuttavia, per quest'episodio, l'indomani i genitori di ..... si erano recati a scuola ed avevano avuto un colloquio con il preside. Sta di fatto che da allora il ..... non aveva più frequentato la scuola.

..... cugino nonché compagno di classe della persona offesa, nella sua deposizione enfatizzava molto il clima scherzoso regnante nella loro classe, sostenendo di non aver mai visto il cugino oggetto di aggressioni, motivo per il quale non si era saputo dare una spiegazione alla denuncia da questi sporta.

Solo a seguito di contestazione del P.M. il ..... ammetteva, con riferimento all'episodio del video, che quel giorno mentre rientrava in aula, aveva visto ..... a terra con addosso ..... e subito dopo entrambi i compagni rialzarsi e ridere. A quel punto, alla sua richiesta di sapere cosa fosse successo, il ..... gli mostrava il video appena girato che riprendeva ..... mentre veniva colpito da ..... e ..... , tentando di schivare i colpi. Sebbene non fosse stato presente ai fatti era certo che ..... fosse consenziente, in quanto era questo un loro modo di giocare. Alcune volte anche ..... aveva giocato con queste modalità con lui. Inoltre se fosse accaduto qualcosa di grave, il cugino glielo avrebbe sicuramente confidato, come era solito fare ogni qualvolta aveva un disagio. Dalle sue dichiarazioni emergeva, però, che tale abitudine era più radicata alle scuole medie che pure avevano frequentato nella stessa scuola.

Quanto all'episodio che aveva visto come protagonista ..... , inizialmente il teste dichiarava di non essere sicuro di come fossero andate le cose, poi, a seguito di contestazione operata dal P.M., confermava di aver notato, al rientro in classe durante il cambio dell'ora, che ..... presentava un rossore sotto l'occhio sinistro e che ..... sporco di gesso sul petto, arrabbiato usciva fuori dall'aula. Gli altri compagni gli riferivano che ..... aveva colpito ..... con un ombrello. Quando arrivava in classe, la professoressa Anziano si rendeva subito conto del rossore presentato da ..... e di ciò portava a conoscenza il preside che, sollecitamente intervenuto, chiedeva a ..... se aveva dolore e voleva essere visitato, ricevendo tuttavia una risposta negativa da .....

Anche il teste ..... , altro compagno di classe della persona ottesa, rendeva dichiarazioni con le quali inquadrava l'episodio del video in un gioco al quale il ..... aveva partecipato divertito. A tal riguardo gli veniva contestato dalla difesa avv. .... che durante le indagini aveva dichiarato: " Ricordo di avere invitato ..... a rappresentare ai genitori che il ..... aveva girato un video con lui protagonista che conservava e che lui mi disse che non c'erano problemi perché si trattava di uno scherzo come tanti." Il teste confermava le suddette dichiarazioni e alle domande del Tribunale che gli chiedeva come mai avesse dato quel consiglio ad' ..... se si trattava solo di un gioco, l' ..... rispondeva: " Almeno così erano a conoscenza di questi giochi, perché poi comunque siamo in un paesino, che da un pezzetto poi si ingrossa la cosa, uno può pensare chissà cosa è successo, invece no."

In merito all'episodio dell'ombrello riferiva, invece, che lo stesso ..... gli aveva raccontato di essere stato colpito "accidentalmente" da' ..... ( vds. fl. 10).

Veniva poi sottoposto ad esame ..... Costui dichiarava di aver saputo dell'esistenza del video dal Preside che, tuttavia, gliene fece vedere solo una parte. Con riferimento all'episodio ripreso riferiva che si era trattato di uno scherzo e che in classe capitava spesso che simulassero i movimenti della lotta sumo, che piaceva molto anche ad ..... Per quanto a sua conoscenza quello era l'unico video che era stato girato. Era però sicuro che sia in quella che in altre circostanze calci e cazzotti veri non erano mai stati dati. Per questi motivi non sapeva proprio spiegarsi i motivi della denuncia sporta dal'......

La visione diretta del filmato da parte del Tribunale, avvenuta nel corso dell'udienza del 6.2.2015, consentiva di accertare che lo stesso conteneva le immagini di un ragazzo fatto oggetto di accerchiamento da parte di altri giovani e successivamente colpito con calci e schiaffi che, all'esito dell'aggressione, si rialzava dal pavimento e veniva nuovamente colpito con gli schiaffi.

Il Tribunale non riusciva ad identificare i partecipanti, trattandosi di persone ad esso sconosciute; un contributo alla suddetta identificazione proveniva dal verbale del Consiglio di Istituto del 18.11.2009 che, dopo aver per l'appunto visionato il video, deliberava l'allontanamento dalla scuola di ..... e ..... ; quali partecipò all'aggressione e di ..... quale autore del filmato.

Dall'esame degli insegnanti ( ..... , ..... che avevano partecipato al consiglio di classe della II B, indetto in via straordinaria il 18.11.2009, emergevano le seguenti circostanze:

- dalla visione del filmato si aveva l'impressione che ..... e gli altri compagni stessero facendo un gioco violento e che, dunque, se anche dei colpi ad ..... venivano dati, essi non sembravano finalizzati a fare del



5

male ( secondo il prof. .... "dai movimenti sembrava che lo stessero picchiando, però i movimenti a suo avviso erano un po' lenti per quella azione"; secondo la prof.ssa ..... si vedeva ..... a terra che rideva e anche gli altri ridevano).

- i provvedimenti disciplinari nei confronti di ..... e ..... vennero adottati per stigmatizzare che in ambito scolastico non potevano farsi né video né giochi simili;
- nessuno aveva mai percepito situazioni di disagio dell'alunno ..... né costui aveva mai riferito agli insegnanti di soprusi o violenze subite dai compagni di classe;
- ..... come alunno non era "nulla di eccezionale" ma, sebbene introverso, era abbastanza integrato nel gruppo classe;
- Quanto all'episodio dell'ombrello la prof.ssa ..... dichiarava di non avervi assistito; di aver visto solo ..... che si strofinava l'occhio e, avendo saputo dai compagni che nel cambio dell'ora avevano giocato lanciandosi un cassino, aveva ritenuto di chiamare il Preside il quale, interpellato il ..... , veniva da questi rassicurato che non era successo nulla e che stava bene;

..... , alunno frequentante all'epoca dei fatti la classe II B, confermava, in relazione a quest'ultimo episodio, la ricostruzione dei fatti data dalla teste ..... e dell'ombrellata data dal ..... , riferiva che era stata involontaria. In merito al video dichiarava che esso riprendeva ..... a terra e ..... che tiravano calci finti, calci cioè il cui intento non era quello di fare del male. Ricordava che tra i vari video fatti in classe quello era l'unico finito in rete e in particolare su You Tube. ...

Attraverso la deposizione di ..... , si apprendevano, invece, le modalità attraverso cui la famiglia ..... era venuta in possesso del video.

La teste, dopo aver premesso di essere amica della mamma di ..... e della famiglia tutta da circa venti anni, riferiva che, avendo saputo da un ragazzo di Alvignano, tale ..... , che ..... a scuola veniva picchiato, lo aveva riferito alla mamma della persona offesa. Costei aveva chiesto conferma allo stesso ..... ma il figlio la aveva rassicurata che giocavano soltanto.

Una domenica, mentre era a casa dei ..... le chiese se poteva accompagnarlo nella sua passeggiata, in quanto dei ragazzi volevano buttarlo nel cestino dell'immondizia. .... cercava in lei "una spalla forte" in quanto il padre era un buono, proprio come lui. La ..... apprendeva che la notizia della spedizione punitiva era stata data alla madre di ..... dalla madre del ..... , alla quale il figlio aveva rivelato il piano ordito nei confronti di ..... da lui e da altri ragazzi già la sera precedente. La ..... esortava il ..... ad uscire ugualmente ed ..... si incontrava alla stazione di Alvignano con ..... e ..... , che stavano lì ad aspettarlo per portare a compimento il loro piano. Orbene, incrociando le dichiarazioni della ..... con quelle di ..... , si apprendeva che ad un tratto i tre venivano raggiunti da un gruppo di ragazzi più grandi i quali, rivolgendosi allo ..... e al ..... chiedevano spiegazioni sul perché volevano buttare ..... nel cestino dell'immondizia. Stando a quanto riferito dalla ..... e dallo stesso ..... tra i giovani vi era ..... , amico della figlia della ..... , al quale, quasi a



6

giustificarsi, lo ..... diceva : “ *Tu devi vedere a scuola cosa gli combinano..* ” . In questa circostanza il ..... veniva così in possesso del cellulare dello ..... e del video ritraente il ..... , che provvedeva a copiare sul suo cellulare. La nonostante le contestazioni messagli dai difensori, si diceva certa del fatto che il filmato, dal cellulare del ..... , venne direttamente trasferito sul computer del padre di ..... . Lei era presente a questa operazione, che venne effettuata a casa dei ..... . Quando spuntò fuori il video, ..... confidò ai genitori che si trattava di bullismo. Il ragazzo rivelò alla madre che non andava volentieri a scuola proprio perché lo picchiavano. Sta di fatto che l'indomani i genitori andarono a parlare con il preside della scuola e successivamente ..... smise di frequentare. Ad esplicita domanda del P.M., che chiedeva se l'interruzione della frequenza scolastica da parte di ..... era dipesa solo da questo episodio, la ..... rispondeva che ..... era un ragazzo a cui già non piaceva andare a scuola..” *questa era stata la goccia che aveva fatto traboccare il vaso*”.

Circa il contesto familiare della persona offesa, la teste riferiva che negli ultimi dieci anni la madre del ..... era molto cambiata caratterialmente, in paese non parlava quasi più con nessuno. La ..... si diceva a conoscenza del fatto che anni prima, quando ..... frequentava le scuole elementari, i genitori avevano denunciato un suo compagno di classe per un calcio che avrebbe dato al figlio. La teste, a domanda della difesa, confermava che si trattava di una famiglia litigiosa. Di ..... diceva che era un ragazzo buono, un po' mamnone, che però nel paese veniva isolato da tutti. In particolare i ragazzi lo avevano allontanato dopo l'episodio della denunciata nei confronti del compagno delle elementari. Dopo quest'ultima denuncia la situazione si era aggravata in quanto ..... era “*proprio solo*”.

Il ..... veniva, invece, definito integrato da ..... . Il teste, dopo aver premesso di essere, all'epoca dei fatti, amico di ..... da sei anni e di frequentarlo quotidianamente, dichiarava di non aver mai ricevuto da lui confidenze su eventuali atti di bullismo subiti; che era venuto a conoscenza del filmato intitolato “*Bullismo ad Alife*” solo dal TG5 e successivamente, da You Tube, dove lo aveva visionato una volta sola; che ..... era un ragazzo integrato. Solo a seguito di contestazione del P.M. il ..... confermava di aver reso al P.M. in data 19.4.2010 le seguenti dichiarazioni: “ *...ad un certo punto, perché stavo con lui, io ho visto che ..... parlava con uno di quei ragazzi e spontaneamente gli mostrava il suo cellulare, gli faceva visionare un video. Il ragazzo disse: Ma questo è ..... che viene preso a calci? ..... rispose di sì. Il ragazzo disse a ..... di consegnare l'indomani il video al preside della loro scuola e si allontanarono in direzione del luogo ove erano fermi i genitori di .....* ”

Il ..... confermava, altresì, che questo episodio era accaduto nei pressi della stazione, in un'occasione in cui lui, lo ..... e il ..... venivano avvicinati da quattro ragazzi uno dei quali chiedeva loro cosa volessero fare a ..... . Avveniva quindi un chiarimento tra ..... e questo ragazzo, a cui lo ..... mostrava il video per poi successivamente passarglielo. Lui, però, non riusciva a vederne il contenuto in quanto era un pò in disparte rispetto a loro.

La versione della finalità scherzosa della simulazione di lotta ripresa nel video, del fatto che ..... aveva buoni rapporti con i suoi compagni di classe e della involontarietà dell'ombrellata veniva ribadita anche dal teste ..... e dal teste citato ex art. 507 c.p.p. .... Costui, sia pure con molta riluttanza,

confermava anche l'episodio accaduto nei pressi della stazione, di cui aveva per prima riferito la ..... dichiarando che nella circostanza un giovane che successivamente aveva saputo chiamarsi ..... ; aveva rimproverato lui e ..... del fatto che volevano gettare ..... nel secchio della spazzatura. Costui poi gli chiese di dargli il cellulare, ma il ..... non sapeva dire se il giovane si era anche trasferito sul suo telefono il video ritraente ..... Di tale video lui era in possesso per averlo avuto dal ..... negava di aver detto in quella circostanza al ..... la frase " *Ma devi vedere a scuola cosa gli combinano a .....*". Dichiarava, infine, che da quel momento aveva interrotto i suoi rapporti con ....., essendo rimasto molto contrariato del fatto che aveva richiesto in suo aiuto l'intervento di un gruppo di ragazzi più grandi di loro.

Alla luce delle risultanze istruttorie dianzi esposte ritiene il Tribunale che sia stata raggiunta la prova in ordine alla consumazione del reato sub A) e che lo stesso debba ritenersi ascrivibile a tutti gli imputati ad eccezione del .....

Le condotte accertate attraverso le emergenze dibattimentali, prima ancora che configurare gli estremi del reato ascritto, integrano quella forma di comportamento prevaricatorio adottato tra pari, comunemente noto come bullismo.

La caratteristica di tale relazione comportamentale è data dal fatto che il bambino/ragazzo prevaricato è generalmente contraddistinto da una maggiore vulnerabilità e viene identificato dall'agente come debole ed incapace di difendersi.

Il bullismo è, dunque, caratterizzato dalla presenza di uno squilibrio di potere tra il bullo e la vittima, dalla tendenza a ripetersi nel tempo, dall'intenzionalità dell'attacco messo in atto dal/i prevaricatore/i. È possibile riconoscere come "prepotenza" qualunque aggressione, esplicita o nascosta, qualunque umiliazione od intimidazione perpetrata da uno o più bambini/ragazzi ai danni di uno o più compagni.

Esistono, infatti, diversi tipi di bullismo. Vi è il bullismo fisico, che si verifica quando la vittima viene colpita con colpi, calci, spintoni, sputi o viene molestata sessualmente, il bullismo verbale, caratterizzato dal fatto che il bullo prende in giro la vittima, dicendole frequentemente cose spiacevoli o denigratorie (anche a connotazione sessuale o connesse all'appartenenza a minoranze etniche o religiose o alla presenza di handicap), o chiamandola con nomi offensivi; il bullismo psicologico, che si concretizza quando la vittima viene completamente ignorata o esclusa dal suo gruppo.

Tuttavia in misura crescente le prepotenze vengono riportate nel contesto virtuale di internet (ad esempio attraverso la pubblicazione in rete di filmati che riprendono le prevaricazioni) o vengono messe in atto per mezzo delle tecnologie (uso di sms, chat-line, e-mail). In questi casi si parla di cyberbullismo o bullismo elettronico.

In qualunque forma si manifestano, gli atti di bullismo avvengono prevalentemente entro o nei dintorni del contesto scolastico.

Il bullismo, talvolta, ha una linea di confine poco definita rispetto al semplice scherzo. In virtù di meccanismi psicologici di giustificazione ed autogiustificazione spesso il bullismo viene presentato dai prepotenti e dai loro compagni come azione scherzosa. Ciò nonostante un sicuro punto di riferimento per individuare gli estremi del bullismo è rappresentato dal disagio mostrato dal prevaricato. Invero, ogni qual volta il bambino/ragazzo che subisce la situazione esprime con parole o atteggiamenti di essere in difficoltà è possibile ravvisare l'evento come un episodio di prepotenza.



Altrettanto fluida, talvolta, è la linea di confine tra comportamenti di mero bullismo e comportamenti violenti, sia di tipo fisico che psicologico, che hanno in comune con il bullismo le motivazioni iniziali, i destinatari, le condizioni in cui si manifestano, ma sfociano poi in veri e propri reati. Aggressioni fisiche violente, utilizzo di armi o oggetti pericolosi, minacce gravi, molestie o abusi sessuali, atti persecutori sono condotte che rientrano nella categoria dei comportamenti antisociali e devianti che integrano specifiche fattispecie di reato.

Correttamente, dunque, è stata contestata agli imputati la fattispecie di reato di cui all'art. 612 bis c.p., atteso che, nel caso in esame, gli atteggiamenti di prepotenza posti in essere nei confronti di .....; sebbene aventi tutti i connotati del bullismo fisico, psicologico ed elettronico, per la reiterazione nel tempo e per il tipo di conseguenze cagionate, hanno assunto il connotato di veri e propri atti persecutori, penalmente rilevanti.

Il delitto di atti persecutori, inserito con l'art. 612 bis c.p. dall'art. 7 d.l. 23.2.2009, richiede, ai fini della sua consumazione, una condotta minatoria o molesta, reiterata, che determini nella vittima l'insorgenza degli eventi di danno alternativamente contemplati dall'art. 612 bis c.p. (perdurante e grave stato d'ansia o di paura; fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto; alterazioni delle abitudini di vita). Esso è un reato abituale di evento, per la cui sussistenza, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, è sufficiente il dolo generico, il quale è integrato dalla volontà di porre in essere le condotte di minaccia e molestia nella consapevolezza della idoneità delle medesime alla produzione di uno degli eventi innanzi menzionati.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità "*integrano il delitto di atti persecutori anche due sole condotte di minaccia o di molestia, come tali idonee a costituire la reiterazione richiesta dalla norma incriminatrice*" (Cass. pen. sez. V, 26 marzo 2010, n. 11945).

Delineati gli elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, del reato in contestazione, occorre ora accertare se la fattispecie concreta accertata nel corso del dibattimento sia riconducibile nell'alveo previsionale della norma incriminatrice prevista dall'art. 612 bis c.p..

Dalle risultanze dibattimentali è emerso che, nel paese di residenza, ..... viveva una condizione di isolamento. Tale condizione veniva ricondotta dalla teste ..... , amica di lunga data della ..... , sia al carattere estremamente buono di ..... sia alla condotta ostile avuta dai suoi genitori nei confronti di un compagno di classe delle scuole elementari, che era stato da loro denunciato per aver dato un calcio ad ..... . A seguito di tale iniziativa dei genitori, ..... si era alienato non poco le simpatie dei suoi coetanei.

Anche nel contesto scolastico delle scuole superiori ..... non era riuscito ad ambientarsi. Fin dal primo anno veniva dileggiato dai compagni di classe. A rendersi autori di tali prese in giro erano soprattutto ..... e ..... Nel corso del secondo anno le condotte di dileggio si intensificavano. .... veniva preso in giro per il taglio di capelli che aveva, per il suo animo gentile e, in generale, perché appariva diverso dal resto dei compagni, alcuni dei quali, peraltro, come ..... e ..... più grandi di lui per aver ripetuto qualche anno scolastico. Ai giovani in precedenza nominati veniva ora dato supporto anche da ..... e ..... Le condotte sgradevoli poste in essere nei confronti della persona

offesa non si limitavano più allo scherzo pesante e alla ridicolizzazione, ma gradualmente assumevano i contorni di vere e proprie offese (ad ..... sempre più spesso veniva, infatti, detto che era “gay”), di percosse ( gli venivano dati calci, pugni e schiaffi) e di minacce di aggressione fisica, queste ultime poste in essere soprattutto da ..... , il quale glielo rivolgeva per indurlo a tacere. Cosa che ..... faceva fino alla fine, essendosi accertato nel corso del dibattimento che la persona offesa si determinava a raccontare ai suoi genitori le vessazioni subite per circa due anni solo quando, più o meno contestualmente, subiva l’ennesimo scherno da parte di un gruppo di giovani diverso da quello solito e i suoi genitori venivano in possesso del video pubblicato su You tube.

Non vi è dubbio che le condotte riferite dal ..... ; complessivamente considerate, costituiscono atti di molestia, reiterati nel tempo; tra di esse, sono, inoltre, ravvisabili anche autonome condotte di minaccia.

La prova della loro sussistenza è stata raggiunta precipuamente attraverso le dichiarazioni della persona offesa, che, secondo questo organo giudicante vanno ritenute del tutto attendibili e pienamente idonee a fondare l’affermazione di responsabilità degli imputati.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza le dichiarazioni della persona offesa possono essere assunte, anche da sole, come fonte di prova, purchè siano valutate con opportuna cautela e siano sottoposte ad un’indagine accurata circa i profili di attendibilità oggettivi e soggettivi ( Cass. Pen. sez. IV, 9 aprile 2004, n. 16860). Il rigore deve essere estremo allorché la dichiarazione della vittima di un reato risulta contrastata da più elementi probatori e in tal caso il contenuto della stessa, a fronte degli elementi di contrasto, per essere positivamente apprezzato e utilizzato a fini probatori, deve essere sottoposto a verifica dettagliata e non accettato con generica giustificazione argomentativa, specie per l’evidente interesse accusatorio che inevitabilmente è connaturato alla testimonianza resa da persona portatrice di interessi confliggenti con quelli dell’imputato ( Cass. Pen. sez. I, 14 giugno 2000, n. 7027).

Nel caso di specie con riferimento alle dichiarazioni rese da ..... risultano soddisfatti i requisiti della precisione, della coerenza logica, della costanza e della spontaneità, ritenuti dalla consolidata giurisprudenza di legittimità parametri indispensabili per la valutazione positiva della attendibilità intrinseca delle dichiarazioni della persona offesa di un reato.

Il teste, infatti, ha riferito con pacatezza e dovizia di particolari gli episodi delittuosi di cui è rimasto vittima.

Il racconto dei fatti offerto in sede processuale è, poi, pienamente sovrapponibile con quello che lo stesso ..... ha fornito ai Carabinieri in sede di querela. Nel corso della deposizione non è, infatti, emersa alcuna contraddizione.

Inoltre è da escludere che la persona offesa nello sporgere la querela sia stata animata da intenti calunniatori, non essendo emersi pregressi motivi di astio nei confronti degli imputati, che, del resto, non si sono mai difesi dando una simile chiave di lettura.

La attendibilità della persona offesa non è affatto inficiata dalla tardività della denuncia e dal fatto che, per un apprezzabile lasso temporale, ..... non abbia rivelato nulla né ai genitori né al cugino ..... che pure frequentava la sua stessa classe. Si è detto in precedenza che i comportamenti bullistici sono attivati soprattutto



10

dalla “sottomissione” della vittima, che viene scelta proprio tra ragazzi/e che dimostrano di possedere delle tendenze passive o che comunque le inibiscono di reagire.

E’, inoltre, comprensibile che un adolescente che già vive una condizione di mancata integrazione e in un contesto familiare particolarmente apprensivo eviti ulteriori iniziative ( le cui conseguenze negative sono state peraltro già sperimentate in passato) che possano finire per isolarlo.

La persona offesa ha inoltre motivato la scelta effettuata di tacere, a causa del timore di subire conseguenze pregiudizievoli ancor più gravi, di cui peraltro era stato minacciato.

La credibilità della persona offesa è resa, inoltre, particolarmente evidente dal fatto che le sue accuse non sono genericamente rivolte verso il gruppo classe ma si indirizzano verso precisi compagni con riferimento ai quali appaiono sufficientemente delineate anche le condotte di cui si resero responsabili.

Di .....la persona offesa si è limitata a dire che talvolta si posizionava fuori all’aula per segnalare alla classe l’arrivo degli insegnanti e ciò, nonostante potesse ravvisarsi un particolare interesse accusatorio nei confronti del compagno, avendo lo stesso ideato, assieme ad altri, anche lo scherzo del “bidone dell’immondizia”. Con riguardo a ..... il ..... precisava il suo coinvolgimento solo nell’episodio di aggressione realizzato con l’ombrello, escludendo espressamente la sua partecipazione alle altre condotte moleste, in relazione alle quali diversificava il ruolo avuto dai compagni indicati quali autori.

L’istruttoria dibattimentale ha, inoltre, fornito parziali riscontri al racconto della persona offesa.

In tema di riscontri, si impone, nel caso di specie, una considerazione di carattere generale.

I testi escussi nel presente processo erano, all’epoca dei fatti, o compagni o insegnanti di classe della persona offesa. Con le dovute differenze tra le due categorie, si tratta, comunque, di persone che avrebbero dovuto comprendere il disagio avvertito dal ..... , ad onta della apparente leggerezza con cui il ragazzo subiva gli scherzi e le derisioni e che, dunque, se non lo intuirono all’epoca, difficilmente avrebbero potuto riferire di un coinvolgimento di ..... in dinamiche bullistiche nel corso del dibattimento. Quanto agli insegnanti, la loro assenza dalla classe nei momenti di pausa dalle lezioni, momenti preferiti dagli imputati per la consumazione delle angherie ai danni di ..... , li ha lasciati all’oscuro di parte della vita scolastica dei propri alunni impedendogli di cogliere dinamiche che, se tempestivamente percepite, avrebbero trovato soluzione nella stessa sede- quella scolastica appunto- in cui erano maturate.

Nonostante quanto finora detto, va evidenziato che il racconto della persona offesa ha comunque trovato parziali riscontri nell’istruttoria svolta.

..... ; stimolato a tal riguardo dal P.M., dopo una iniziale titubanza ammetteva che, nell’ambito di dinamiche scherzose esistenti nella classe, venne dato “qualche schiaffetto” ad .....

Il teste ..... pur sostenendo la riconducibilità del video ad atteggiamenti normalmente avuti tra compagni di classe, riferiva, tuttavia, che, venuto a conoscenza del filmato ritraente ..... consigliava al compagno di parlarne con i genitori, senza fornire al P.M. una spiegazione plausibile del perché ..... avrebbe dovuto farlo, visto che, a suo dire, il video non conteneva nulla di anomalo.

11

La teste ..... riferiva che già prima che ..... sporgesse denuncia era a conoscenza del fatto che questi venisse picchiato a scuola e dichiarava che tale circostanza venne riferita ad un amico della figlia; ..... , da ..... con la famosa frase “ ....tu non sai cosa gli fanno a scuola...”

Del resto che ..... non giocasse con i compagni di classe in una posizione di parità e che il giovane fosse oggetto di scherno da parte loro lo dimostra il più volte menzionato filmato, della cui esistenza e del cui contenuto, sia pure diversamente interpretato, tutti concordano.

I difensori degli imputati, infatti, ritengono che il suddetto video, lungi dal rappresentare la principale fonte di accusa, costituisca invece la dimostrazione che accettava di buon grado di essere coinvolto nei giochi organizzati dai compagni di classe e che, nel caso in esame, il filmato abbia ripreso le scene non di una aggressione ma di una simulazione di lotta, alla quale ..... partecipava divertito, essendo un appassionato di lotta sumo.

..... nel corso del suo esame, a domanda dei difensori, non ha negato che nelle scene riprese egli apparisse ridente; ha però spiegato “che era costretto per evitare altre botte, doveva farselo piacere!”

Inoltre dalla maggior parte dei compagni di classe chiamati a deporre come testi della difesa, è stato riferito che in classe c’era l’abitudine di fare filmati per riprendere scene divertenti; tutti, però, hanno convenuto sul fatto che quello fu l’unico video ad essere inserito sulla rete internet. La quale circostanza, unita al titolo con cui il filmato venne denominato – “ BULLISMO AD ALIFE” - ed inserito su You Tube, conferma appieno quanto riferito dalla vittima circa il fatto che egli venisse di continuo deriso e preso in giro. Dimostra in definitiva che le scene riprese erano senz’altro divertenti, ma non certo per il ..... che di quel divertimento era il motivo, al punto che i compagni di classe, tra cui ..... , si fecero inviare il video sui propri cellulari da .....

Ed allora, ritenuta provata la finalità di derisione con cui veniva girato e divulgato il video ritraente ..... , ritenuto dimostrato che la pubblicazione in rete di filmati che riprendono le prevaricazioni ai danni di una persona costituiscono sia una manifestazione di bullismo che una condotta molesta; ritenuta, altresì, provata, stante la riconosciuta attendibilità della persona offesa, la consumazione in danno del ..... di episodi di minaccia, di percosse e di ingiuria, deve ritenersi ampiamente dimostrata la sussistenza nel caso di specie di veri e propri atti persecutori posti in essere ai danni di ..... dal settembre al giorno 9 novembre 2009. Invero le citate condotte moleste facevano insorgere nella persona offesa un perdurante e grave stato di ansia e di paura, così come dimostrato dalle dichiarazioni rese al processo dalla vittima, da ..... e dal referto medico rilasciato in data 25.11.2009 dall’Unità operativa assistenza riabilitativa dell’ASL Caserta 1.

Il ..... , infatti, dichiarava che a seguito delle prevaricazioni subite e, in particolare, della divulgazione del video, di cui in paese si fece un gran parlare, egli cominciò ad aver paura di uscire, a provare grande insicurezza, vedendosi da ciò costretto ad andare in cura da uno psicologo. Quanto riferito dalla ..... circa l’aiuto richiestole dal ..... la sera in cui sapeva che, uscendo, sarebbe stato gettato nel cestino dell’immondizia da un gruppo di ragazzi di Alvignano, fornisce un formidabile riscontro alla versione della persona offesa.



Inoltre, in data 25.11.2009, all'esito di una visita specialistica effettuata presso la Asl di Caserta, a ..... veniva diagnosticato "un disturbo post traumatico da stress da maltrattamento fisico e morale in ambito scolastico con conseguente rifiuto scolastico", che faceva consigliare al giovane, da parte dei sanitari, un percorso psicoterapeutico individuale e familiare per almeno sei mesi. La rilevanza probatoria del suddetto certificato non viene minimamente sminuita dal fatto che la visita medica fu effettuata successivamente alla denuncia. Si è detto, infatti, che la denuncia fu sporta immediatamente dopo che si verificarono i fatti più gravi- ombrellata e divulgazione del video- e che fino ad allora ..... non aveva rivelato ai genitori quanto accadeva in classe. Sembra più che comprensibile che una volta apprese le vicende che avevano visto coinvolto il figlio e, soprattutto, comprese le dinamiche che le avevano scatenate, i ..... si rivolsero a medici esperti per un consulto.

Tra gli eventi dannosi causalmente ricollegabili agli atti persecutori accertati vi è senz'altro l'abbandono scolastico da parte del .....

Dalle deposizioni della teste ..... e delle insegnanti di classe, si evince che ..... non era uno studente brillante, né motivato, ma piuttosto uno che andava a scuola perché spronato dai genitori. ...., non può escludersi che questa disaffezione alla scuola e allo studio dipendesse anche dal clima ostile che incontrava tra le mura scolastiche ed anzi, in questo senso, si è pronunciata la persona offesa. Sta di fatto che fino a quel momento ..... , sia pure con alti e bassi nel rendimento scolastico, aveva frequentato le lezioni. Da quel momento in poi i sentimenti di paura, di insicurezza e di scoraggiamento di cui divenne preda, lo demotivarono del tutto.

Ritiene, pertanto, il Tribunale che l'istruttoria dibattimentale abbia dimostrato l'esistenza di tutti e tre gli eventi dannosi alternativamente richiesti dalla norma incriminatrice (circa il timore per la propria incolumità seguito alle minacce del ..... ; il ..... ha riferito esaurientemente nel corso dell'esame) e la loro riconducibilità, sotto il profilo causale, agli atti persecutori posti in essere dagli imputati volontariamente e con la consapevolezza della loro idoneità a creare un effetto destabilizzante della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima.

Prova ne sono i consigli dati dall' ..... ad ..... affinché rivelasse ai genitori l'esistenza del filmato e la "soffiata" fatta da ..... a ..... , giunto in aiuto del ..... la sera in cui questi si trovava alla stazione di ..... con ..... e ..... , in merito alle prevaricazioni che venivano fatte in classe ad .....

Le condotte moleste venivano attribuite dalla persona offesa a ..... , cui attribuiva il ruolo di istigatore, a ..... e a ..... per quanto riguarda il primo anno della scuola superiore; il secondo anno ( quello cioè in contestazione), a ..... sempre particolarmente attivo, a ..... , e a ..... e ..... , che in un secondo momento si aggiungevano ai primi.

Nel corso dell'esame la persona offesa precisava però che ..... aveva avuto un ruolo attivo solo nell'episodio dell'ombrellata.

Quanto all'episodio del video, la indicazione nominativa dei responsabili data dalla persona offesa agli insegnanti nell'immediatezza dei fatti ( responsabili che venivano indicati in ..... e ..... ) veniva integrata sia in sede di denuncia ( vds. esame ..... ) che nel corso dell'esame dibattimentale, con l'indicazione, tra i partecipanti all'aggressione, di ..... il quale "facendosi trasportare dai due

13

si scagliava anche lui contro di me". Anche al ..... va, dunque, ascritto il reato di cui al capo A), essendo emersa, dalla deposizione della persona offesa, la sua partecipazione non solo all'aggressione filmata, con un ruolo senz'altro più defilato di quello dei correi, ma anche alle altre condotte moleste tenute dal gruppo dei bulli dal settembre al novembre 2009.

Quanto a .....; appare provata la condotta attiva consistita sia nel riprendere con il proprio telefono cellulare l'aggressione posta in essere dai compagni di classe nei confronti di .....; sia nel mettere in circolazione il suddetto video, traferendolo, tra gli altri, certamente a .....

Alla luce del numero di responsabili accertati, va esclusa l'aggravante di cui all'art. 112 c. p. prevista qualora il numero dei partecipanti al reato sia di cinque o più.

Nel reato di cui al capo A) deve ritenersi assorbita anche la contestazione di cui al capo B), in quanto, come già precisato, le ingiurie contribuiscono a integrare gli atti persecutori contemplati nella fattispecie di cui all'art. 612 bis c.p.

Con riferimento a ..... , appare, invece, provata la sola condotta lesiva di cui al capo C). A tal riguardo, sebbene l'imputato e tutti i testi escussi hanno parlato di involontarietà del colpo che il ..... avrebbe dato alla vittima con un ombrello, deve darsi credito alla versione riferita dal ..... , il quale ha, invece, sostenuto che il ..... lo colpì all'occhio con un ombrello volontariamente in quanto, dando ascolto a quanto dettogli da un compagno, lo ritenne responsabile del lancio di un cassino che lo aveva colpito in petto, facendogli male. Con l'ombrellata intendeva dunque vendicarsi. Tale versione, a differenza di quella inverosimile fornita dal ..... , trova un indiretto riscontro nelle dichiarazioni di ..... il quale riferiva che, sebbene in quel momento non fosse stato presente ai fatti, vedeva però ..... arrabbiato uscire fuori dalla aula. Tale rabbia non avrebbe avuto ragione di esistere se, come detto dal ..... il ..... gli avesse lanciato il cassino per scherzo e lui avesse usato l'ombrello solo per pararsi dal lancio. Un riscontro alla suddetta lesione proviene inoltre dal referto medico, attestante una congiuntivite post traumatica all'occhio destro, rilasciato al ..... all'esito di una visita oculistica effettuata dalla persona offesa due giorni dopo l'accadimento dei fatti, in quanto impossibilitata ad effettuarla prima per l'assenza del padre da .....

Dagli elementi acquisiti risulta che l'imputato era nel pieno possesso delle facoltà intellettive ed in grado di comprendere il disvalore penale della condotta.

In considerazione dell'allarme sociale determinato dalle condotte di reato e dell'assoluta mancanza di resipiscenza degli imputati, non appaiono concedibili le circostanze attenuanti generiche. Va invece applicata la diminuzione obbligatoria della minore età con giudizio di equivalenza rispetto alla aggravante di cui al III comma dell'art. 612 bis c.p., ravvisabile nel caso di specie, stante la minore età della persona offesa.

Pertanto, valutati i criteri di cui all'art. 133 c.p., con particolare riferimento all'intensità del dolo e alla gravità del pericolo cagionato alla persona offesa, stimasi equo applicare a

..... , in ordine al reato di cui al capo A), in cui va assorbito il reato di cui al capo B), *la pena di mesi dieci di reclusione*, cui si perviene previo giudizio di equivalenza tra la diminuzione della minore età e la aggravante di cui al III comma dell'art. 612 bis c.p., sussistente nel caso di specie stante la minore età della persona offesa.



In considerazione della incensuratezza degli imputati, vi è da ritenere che gli stessi non abbiano effettuato una scelta di vita deviante e che i fatti delittuosi accertati siano rimasti un'esperienza isolata.

Ciò consente di formulare un giudizio prognostico favorevole in ordine alla futura astensione dei rei dalla commissione di ulteriori reati e di concedere, pertanto, agli imputati innanzi menzionati il beneficio della sospensione condizionale della pena e della non menzione.

Quanto a ....., valutati i criteri di cui all'art. 133 c.p., con particolare riferimento all'intensità del dolo e alla gravità del pericolo cagionato alla persona offesa, stimasi equo applicare *la pena di mesi quattro di reclusione*, previo giudizio di equivalenza tra aggravante contestata e diminvente della minore età.

Tuttavia, sussistono i presupposti per la concessione all'imputato del beneficio del perdono giudiziale.

Va premesso che il giudizio inerente alla concessione o al diniego del perdono giudiziale, più che involgere una diagnosi completa del passato del minore, comporta un giudizio prognostico sul futuro dello stesso e, quindi, sulla possibilità che la mancata irrogazione della pena contribuisca al recupero del prevenuto in termini di ragionevole prevedibilità. Tale apprezzamento implica, pertanto, l'esame oltre che della gravità del fatto e della modalità esecutiva di esso, della personalità del soggetto e del suo comportamento contemporaneo e susseguente al reato.

Nel caso di specie, la lieve entità del danno cagionato e l'incensuratezza dell'imputato, sono tutti elementi che fanno ragionevolmente presumere la futura buona condotta dello stesso.

Inoltre la pena applicata rientra nei limiti di legge previsti per la concessione del perdono giudiziale.

P.Q.M.

Visto l'art. 533 c.p. dichiara

colpevoli del reato contestato al capo A) esclusa l'aggravante p. e p. dall'art. 112 c.p., in esso assorbito il reato sub B), e, concessa la diminvente della minore età equivalente alla aggravante di cui all'art. 612 bis. comma 3 c.p., li condanna alla pena di mesi dieci di reclusione ciascuno. Pena sospesa e non menzione.

Visto l'art. 530, comma 2, c.p.p. assolve ..... dai reati sub A) e sub B) per non aver commesso il fatto.

Visti gli artt. 169 c.p., 531 c.p.p. dichiara non doversi procedere nei confronti di ..... in ordine al reato sub C) previa concessione al medesimo della diminvente obbligatoria della minore età equivalente alla aggravante contestata, per concessione del perdono giudiziale.

Indica in giorni quarantacinque il termine per il deposito della sentenza.

Napoli, 29.5.2015

Il Giudice est.  
Dott.ssa Paola Vallario



DEPOSITATA IN CANCELLERIA  
Napoli 13-7-2015  
Il Cancelliere  
Dott.ssa Daniela Di Rosa

Il Presidente  
Dott.ssa Paola Brunese

13

## NOTE A SENTENZA

# ***Ne bis in idem* processuale e dialogo tra ordinamenti: problematiche, possibili soluzioni ed implicazioni sistemiche**

VINCENZO GIORDANO

## **ABSTRACT**

*The aim of the paper is to focus on ne bis in idem principle in Italian case-law after Grande Stevens vs. Italy case decided by ECHR Court in 2014. The paper explains different ways opted by Italian judges to solve the contrast between art. 649 of Italian Criminal procedure code and ECHR well-established case law about art. 4 An. VII of Covenant. Mainly, Constitutional Court has been called by several Italian judges for solving the issue. Finally, the paper sheds some light on differences between art. 15 of Criminal code (Lex specialis derogate generali) and ne bis in idem principle.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il Tribunale di Bergamo fornisce l'occasione per ricostruire i termini della questione. – 2. La sentenza Grande Stevens c. Italia. Principi di diritto. – 3. Le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale in tema di abusi di mercato. – 4. I termini della questione nel diritto penale tributario. – 5. La nuova via del Tribunale di Bergamo. – 6. Prospettive e problematiche.

1. Con l'ordinanza del 16 settembre 2015 il Tribunale di Bergamo ha introdotto un'ulteriore prospettiva, già paventata in dottrina<sup>1</sup>, nell'analisi degli intricati rapporti tra la disciplina convenzionale del principio del *ne bis in idem* processuale ed il sistema sanzionatorio italiano.

Il Tribunale si è interrogato sui rapporti tra l'art. 10 *ter* d.lgs. 74 del 2000, che sanziona con la reclusione da sei mesi a tre anni «l'omesso versamento dell'IVA dovuta in base alla dichiarazione annuale, entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo di imposta successivo», e l'art. 13 co. 1 d.lgs. 471 del 1997, a tenore del quale «chi non esegue, in tutto o in parte, alle prescritte scadenze, i versamenti in acconto, i versamenti periodici, il versamento di conguaglio o a saldo dell'imposta risultante della dichiarazione, detratto in questi casi l'ammontare dei versamenti periodici e in acconto, ancorché non effettuati, è soggetto a sanzione amministrativa pari al trenta per cento di ogni importo non versato».

L'instaurazione del procedimento penale per perseguire l'omesso versamento IVA dopo che il soggetto sia stato già sanzionato definitivamente in sede amministrativa ai sensi dell'art. 13 co. 1 d.lgs. 471/1997 può rappresentare una violazione del divieto del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta di Nizza, motivo per il quale il giudice interno di prime cure ha deciso di rinviare in via pregiudiziale la questione alla Corte di Giustizia dell'UE, ai sensi dell'art. 267 del vigente Trattato

<sup>1</sup> Il riferimento è a F. VIGANO', *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art 50 della Carta?*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2014, 3-4, 219.

sul funzionamento dell'Unione Europea. Nel caso di specie sussistevano, secondo il Tribunale, sia l'identità soggettiva tra il destinatario della sanzione amministrativa (persona fisica) ed il soggetto rinviato a giudizio (titolare di omonima ditta individuale), sia l'identità del fatto storico concreto.

L'ordinanza si dimostra di peculiare interesse in quanto, con motivazione sintetica, ma allo stesso tempo incisiva, ha identificato i punti nodali della questione, sia nella prospettiva europea sia in quella nazionale. Nella prospettiva europea, in considerazione del rapporto susseguente con la normativa interna, il Tribunale ha delineato i principi di fondo, soffermandosi sull'individuazione dei concetti di "materia penale", "misure afflittive" e "medesimo fatto" rilevanti in relazione al principio del *ne bis in idem* processuale. La disposizione di riferimento è indicata nell'art. 50 della Carta di Nizza interpretato, però, non soltanto secondo gli orientamenti della Corte di Giustizia, ma anche alla luce della giurisprudenza della stessa Corte di Strasburgo in virtù del principio sancito dall'art. 52 della Carta medesima, secondo cui «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione». Nella prospettiva interna, invece, il Tribunale ha analizzato i rapporti tra il sistema sanzionatorio amministrativo e la disciplina penale nell'ambito del diritto tributario, nel percorso esegetico delineato dalle sezioni unite della Corte di cassazione.

Appare, pertanto, opportuno dapprima indagare le due prospettive indicate dal Tribunale, cogliendo l'occasione per ricostruire il quadro giurisprudenziale e normativo di riferimento, per poi soffermarsi sulla precipua soluzione enucleata in seno all'ordinanza in commento.

In questo senso, preliminare deve ritenersi l'esame del contenuto precettivo della cd. sentenza "Grande Stevens" in tema di *market abuse* e delle conseguenze dei principi espressi dalla Corte EDU nel sistema del diritto penale tributario, per poi giungere, infine, all'esame della soluzione proposta dal Tribunale di Bergamo. Soltanto all'esito di tale *iter* ermeneutico sarà possibile soffermarsi sui valori in gioco in questo ennesimo 'capitolo' del dialogo tra ordinamenti giuridici.

2. La sentenza pronunciata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nel marzo del 2014, sul caso Grande Stevens<sup>2</sup> c. Italia ha dato la stura ad un animato dibattito avente ad oggetto il controverso tema dei rapporti tra il sistema sanzionatorio interno ed il principio del *ne bis in idem*, sancito nell'art 4 Protocollo 7 CEDU<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, ric. N. 18640/10, pubblicata in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), con nota di TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*. Numerosi i contributi dottrinali. Tra i principali, G.M. FLICK- V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte Edu del 4 marzo 2014 sul market abuse*, in [www.aic.it](http://www.aic.it), n.3, del 2014; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio; prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento interno*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2014, 3-4, 201 s.

<sup>3</sup> Oltre al profilo esaminato nel proseguo, la Corte ha individuato un secondo profilo di frizione tra la disciplina italiana e quella convenzionale. In particolare, la Corte ha ritenuto sussistente la violazione dell'art 6 CEDU da parte della disciplina italiana che regola il procedimento innanzi alla CONSOB. Nello specifico, la Corte ha evidenziato l'assenza di contraddittorio, il mancato svolgimento di un'udienza pubblica e l'assenza di terzietà da parte degli organi che hanno poteri di indagine e di giudizio.

In quell'occasione la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sui rapporti tra l'art. 187 *ter* TUF, che prevede una sanzione amministrativa per la fattispecie di manipolazione del mercato, e l'art. 185 del medesimo Testo unico, il quale, con una formulazione letterale quasi identica a quella dell'art. 187 *ter*, contempla, invece, l'omonimo delitto di manipolazione del mercato.

Il percorso argomentativo si è snodato tra premesse concettuali e valutazioni di fatto. I giudici di Strasburgo si sono preoccupati di stabilire il contenuto ed i confini del principio del *ne bis in idem*. In questo senso, è stato osservato come la garanzia consacrata dall'art. 4 Prot. 7 CEDU rappresenti, nella prospettiva europea, un vero e proprio diritto fondamentale dell'individuo, mentre nell'ambito della disciplina nazionale italiana, dove il principio è disciplinato soltanto in via ordinaria dall'art. 649 c.p.p., il *ne bis in idem* non assurge al rango di diritto costituzionalmente protetto, quanto meno non in forma esplicita.

Sicché, in chiave convenzionale, la violazione dell'art. 4 cit. scatta – secondo la Corte – prima ancora che un soggetto possa essere punito due volte per il medesimo fatto: il *ne bis in idem* si ritiene violato fin dallo stesso momento in cui il soggetto viene sottoposto una seconda volta a processo per un fatto di reato per il quale sia già stato giudicato, qualunque sia stato l'esito della prima vicenda processuale. Nella dimensione convenzionale il principio si interpreta in una prospettiva assolutamente sostanzialistica e ciò per due distinti ordini di ragioni. In primo luogo, è indifferente la qualificazione formale fornita dall'ordinamento interno sulla natura giuridica del provvedimento definitivo, che chiude il primo procedimento sul medesimo fatto. A partire dalla sentenza Engel<sup>4</sup>, è stato adottato un criterio di qualificazione autonomo per individuare la materia penale, ossia per identificare gli illeciti, i procedimenti e le sanzioni cui applicare le garanzie previste dalla CEDU, tra cui appunto rientra il divieto del *bis in idem*. Nel caso Engel, sono stati individuati tre distinti e specifici criteri: la qualificazione dell'illecito secondo l'ordinamento nazionale; la natura della violazione; la natura, la gravità e lo scopo della sanzione.

Di conseguenza, qualora l'ordinamento nazionale non qualifichi come penale una determinata sanzione, un determinato illecito o un determinato procedimento, la Corte è libera di interpretare ugualmente come penale quel singolo istituto, attraverso l'applicazione dei due ulteriori criteri sostanziali, alternativi tra loro.

Per quel che qui rileva, il *ne bis in idem* inibisce, quindi, un secondo procedimento penale anche quando il soggetto sia stato già giudicato in virtù di una norma che, seppur formalmente amministrativa, sia sostanzialmente, secondo i ricordati criteri, penale. In definitiva, è stata declinata un'interpretazione del divieto del tutto differente da quella vigente nell'ordinamento italiano. I giudici europei, richiamando la propria giurisprudenza culminata nel caso Zolotoukhine c. Russia del 2009, hanno affermato che il concetto di reato rilevante ai sensi ed ai fini di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU deve essere inteso come fatto storico naturalistico.

La garanzia convenzionale opera, cioè, nel momento in cui un soggetto sia sottoposto ad un secondo procedimento in ordine al medesimo fatto storico, individuato alla stregua di precise coordinate spazio temporali. Si prescinde, pertanto, dalla fattispecie astratta o dal “fatto giuridico”, a dif-

---

<sup>4</sup> Corte EDU, Engel c. Paesi Bassi, n. 5100/71, 8 giugno 1976, in <http://www.giustizia.it>.

ferenza di quanto accade per l'art. 649 c.p.p., come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità italiana<sup>5</sup>. Detto altrimenti, il punto di riferimento della disciplina convenzionale è costituita dalla condotta dell'agente, nella sua concretezza materialistica.

Sulla base di siffatte premesse concettuali, la Corte ha valutato la disciplina italiana in tema di *market abuse* come contrastante con l'art. 4 Prot. 7 CEDU e, quindi, convenzionalmente illegittima, in virtù del rilievo che risultano integrati entrambi i requisiti richiesti dall'art. 4 Prot. 7 CEDU: le sanzioni comminate per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187 *ter* TUF sono qualificabili come penali alla luce dei parametri indicati nel caso Engel.

Al riguardo la Corte si è soffermata, prima ancora che sulla sanzione irrogata nel caso specifico, sulla previsione astratta dell'art. 187 *ter*, il quale prevede una sanzione amministrativa pecuniaria che oscilla tra i ventimila ed i cinque milioni di euro, aumentabile «fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito quando, per le qualità personali del colpevole, per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dall'illecito ovvero per gli effetti prodotti sul mercato, esse appaiono inadeguate anche se applicate nel massimo», a cui possono aggiungersi le sanzioni interdittive previste dall'art. 187 *quater* e la confisca prevista dall'art. 187 *sexies*.

In applicazione del terzo criterio Engel, la Corte ha qualificato come sostanzialmente penali le sanzioni previste dall'art. 187 *ter*, in quanto, in relazione al grado di severità delle stesse, devono ritenersi asservite ad una natura repressivo-punitiva e ad una funzione dissuasiva tipiche del diritto penale. Essa ha ritenuto integrato anche il requisito dell'identità del fatto storico. Nel dettaglio, invero, il fatto storico era costituito dalle falsità contenute in un comunicato stampa del 23 agosto 2015 in relazione alle quali i ricorrenti erano già stati sanzionati dalla Consob, con provvedimento divenuto definitivo nel giugno 2009, prima che iniziasse il procedimento penale innanzi al Tribunale di Torino, con richiesta di rinvio a giudizio nel novembre del 2008.

Il Governo, fedele alla propria prospettiva astratta, di stampo strutturalista, ha obiettato l'assenza di un medesimo reato in virtù delle differenze tra il delitto *ex art.* 185 TUF e l'illecito amministrativo *ex art.* 187 *ter*. Secondo tale impostazione, l'illecito penale si differenzia dall'illecito amministrativo in quanto rappresenta un reato di pericolo concreto, punibile soltanto a titolo doloso, mentre l'illecito amministrativo configura un pericolo astratto, punibile anche a titolo colposo.

La Corte ha superato questa obiezione proprio in virtù della diversa prospettiva di fondo: il principio del *ne bis in idem* richiede l'identità del fatto storico, e non della fattispecie astratta. È l'insieme delle circostanze concrete fattuali in cui l'agente pone in essere la condotta il parametro che l'interprete deve adoperare ai sensi dell'art. 4 Prot. 7 CEDU<sup>6</sup>. L'ultimo profilo esaminato ha riguardato la riserva apposta dall'Italia all'art. 4 Prot. 7 CEDU.

---

<sup>5</sup> Cfr. Cass. pen., sez. III, 11 novembre 1993, n.11603; Cass. pen., sez. II, 27 maggio 2010, n. 26251; Cass. pen., sez. I, 11 dicembre 2008, n.16703; Cass. pen., sez. Unite, 28 giugno 2005, n.34655, tutte in <http://www.giustizia.it>.

<sup>6</sup> Giova ricordare che i giudici Karakas e Pinto de Albuquerque, nella loro opinione parzialmente dissenziente, avevano ritenuto che anche laddove il concetto di medesimo reato fosse interpretato nel senso di fattispecie giuridica, nel caso di specie il requisito sarebbe comunque soddisfatto. Infatti, il reato di manipolazione del mercato si pone in un rapporto di specialità rispetto alla fattispecie generale *ex art.* 187 *ter* TUF, di guisa la sovrapposibilità tra il procedimento penale ed

La Corte EDU ha sancito l'invalidità di siffatta clausola ai sensi dell'art 57 CEDU. Tale disposizione consente di apporre soltanto riserve di natura specifica alle norme della Convenzione, di converso vieta clausole di riserva generale, come quella apposta dall'Italia, in cui non si specificano le norme da escludere dall'ambito di applicazione dall'art. 4 Prot. 7 CEDU<sup>7</sup>. I principi di diritto indicati nella pronuncia hanno determinato nell'ordinamento interno un fenomeno sismico. Si contano, allo stato, tre ordinanze di rimessione al giudice delle leggi, un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e diverse sentenze della giurisprudenza di merito. Si tratta di un movimento giurisprudenziale che travalica il confine del *market abuse* per abbracciare svariati settori dell'ordinamento, caratterizzati tutti dalla presenza di un cumulo sanzionatorio.

L'ordinamento italiano, infatti, con una precisa scelta, in diversi settori, ha coniugato la funzione deterrente del diritto penale con l'effettività della sanzione amministrativa o disciplinare.

In realtà, si tratta di un'impostazione politico-criminale comune a diversi Paesi europei, soprattutto quando a venire in gioco sono interessi finanziari o monetari.

La sentenza Grande Stevens ha avuto il merito, pertanto, di far emergere un contrasto sistemico tra le garanzie protette dalla CEDU e le ragioni sottese alla disciplina del cumulo sanzionatorio, motivo per il quale grande attesa vige intorno alle prossime pronunce della Corte Costituzionale.

3. Come facilmente prevedibile, a pochi mesi dalla sentenza Grande Stevens, la giurisprudenza non ha perso l'occasione per rimettere la questione alla Corte costituzionale.

Nel settore degli abusi di mercato si contano al momento due ordinanze di rimessione, una da parte della quinta sezione penale della Corte di cassazione<sup>8</sup> ed una della sezione tributaria<sup>9</sup>. La prima non si è occupata del reato di manipolazione del mercato, bensì del delitto di abuso di informazioni privilegiate *ex art. 184 TUF* e del suo rapporto con l'art. 187 *bis* TUF. Secondo la Corte la situazione è la medesima affrontata dalla Corte EDU nella sentenza Grande Stevens in quanto sussiste lo stesso cumulo sanzionatorio, penale ed amministrativo, parimenti afflittivo. Ciò premesso, due sono le questioni di legittimità costituzionale, una principale ed una sussidiaria. In via principale, l'ordinanza ha sollevato questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art 117 Cost., comma 1, in relazione all'art. 4 Protocollo 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle Libertà fondamentali, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n.58, art. 187 *bis* comma 1 nella parte in cui prevede «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», anziché «salvo che il fatto costituisca reato». La Corte si è preoccupata in primo luogo di motivare la rilevanza della questione, ben conscia del fatto che l'art. 187 *bis* non è la norma da applicarsi nel giudizio *a quo*. La questione è rilevante perché “manipolando” la norma nel senso indicato nell'ordinanza, verrebbe meno il presupposto del *ne bis in idem*. In un apprezzabile (ma forse vano) sforzo argomentativo, sono stati valorizzati due indici normativi.

---

amministrativo, anziché costituire una evenienza, rappresenta la regolare conseguenza del rapporto strutturale tra le norme.

<sup>7</sup> Una riserva al Protocollo 7 è stata apposta, validamente, anche da altri Paesi, tra cui la Germania ed il Regno Unito.

<sup>8</sup> Cass. pen., sez. V, 15 gennaio 2015, n. 1782, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>9</sup> Cass. civ., sez. V, 21 gennaio 2015, n. 950, in <http://www.giustizia.it>.

Il giudice remittente si è soffermato sull'art. 30 della legge 87 del 1953, ritenendo che, qualora fosse accolta la questione di legittimità, la norma imporrebbe alla Consob di adottare le necessarie determinazioni<sup>10</sup>. Nel prosieguo del suo *iter* argomentativo, è prevalsa l'interpretazione estensiva dell'art. 187-*terdecies* TUF, secondo cui il meccanismo compensativo tra sanzione amministrativa e pena pecuniaria previsto dalla norma opera anche nell'ipotesi inversa rispetto a quella prevista testualmente. Alla luce della combinazione tra le due norme, si è ritenuto che nel caso in cui fosse accolta la questione sollevata in via principale sarebbe possibile la totale esazione della multa, in quanto verrebbe meno il provvedimento sanzionatorio amministrativo come necessaria conseguenza delle determinazioni della Consob.

In questo modo si è cercato di dimostrare come il provvedimento amministrativo, nonostante sia divenuto definitivo, continui ad esplicare un'efficacia sul giudizio penale, di guisa che l'accoglimento della questione realizzerebbe effetti immediati anche nel giudizio *a quo*. Dopo aver argomentato in merito alla rilevanza della questione, la Corte ha spiegato il motivo per il quale non ritiene praticabile la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata.

Oltre al tenore letterale dell'*incipit* dell'art. 187 *bis* è l'intera disciplina in materia di *market abuse* ad essere ispirata alla logica del cumulo sanzionatorio, come dimostra il meccanismo compensatorio dell'art. 187 *terdecies* e la previsione dell'art. 187 *duodecies*, che sancisce l'autonomia del procedimento amministrativo in pendenza di quello penale. Pertanto, un'interpretazione costituzionalmente orientata si risolverebbe in un'interpretazione *contra legem*.

Significative sono anche le parole spese in tema di non manifesta infondatezza della questione. Ricostruito il "contenuto rilevante" della sentenza Grande Stevens, la Corte ritiene tale sentenza il frutto di un orientamento consolidato della giurisprudenza europea, sia per quanto riguarda l'individuazione dei criteri per definire sostanzialmente penale una sanzione, sia per quanto concerne l'interpretazione del concetto di reato come medesimo fatto storico naturalistico.

Attraverso tale indicazione, la Corte ha soddisfatto il requisito di recente indicato dal giudice delle leggi nella sentenza del 26 marzo 2015, n. 49, secondo cui «solo nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione»<sup>11</sup>.

Inoltre, secondo la Corte non è ostativo all'accoglimento della questione sollevata l'assenza, nella sentenza Grande Stevens, di misure di carattere generale che l'Italia dovrebbe assumere ai sensi dell'art. 46 CEDU. La vicenda, per i giudici di Piazza Cavour, assume un valore paragonabile

---

<sup>10</sup> La Corte ritiene che l'art. 30 co 4 si possa applicare teleologicamente anche al caso di sanzione soltanto formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale. In questo modo supera il tenore letterale della norma.

<sup>11</sup> Per un commento alla sentenza v. F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C.cost., sent. 26 marzo 2015, n.49, Pres. Criscuolo, Rel. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 30 marzo 2015.

al caso Scoppola, accertando anch'essa una incompatibilità di tipo sistemico. Tale incompatibilità discende, peraltro, da una scelta autonoma del legislatore e non da un obbligo eurounitario<sup>12</sup>.

Infatti, la direttiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003, in applicazione della quale il legislatore ha introdotto la disciplina del *market abuse*, individua la sanzione amministrativa quale adeguata risposta principale agli abusi di mercato, fermo restando la possibilità per gli Stati membri di adottare discrezionalmente sanzioni penali, per assicurare misure efficaci, proporzionate e dissuasive.

L'Unione Europea, quindi, non impone ma nemmeno vieta il cumulo di sanzioni amministrative e penali. Tale diverso approccio, secondo la Corte di Cassazione, manifestato anche dalla Corte di Giustizia dell'UE nel caso Fransson<sup>13</sup>, impedisce un'applicazione diretta dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>14</sup>, imponendo la via della questione di legittimità costituzionale. I giudici di legittimità hanno spiegato anche le ragioni che la inducono a preferire la modificazione dell'art. 187 *bis* TUF rispetto ad un intervento sull'art. 649 c.p.p.

La modificazione dell'*incipit* dell'art. 187 *bis* permetterebbe, in un sol colpo, di adeguarsi alla nuova direttiva europea in tema di abusi di mercato<sup>15</sup> e di conformarsi al monito della Corte europea dei Diritti dell'Uomo.

La nuova direttiva, preso atto dell'incapacità del precedente modello, incentrato sulla sanzione amministrativa, a prevenire e combattere gli abusi di mercato muta impostazione e privilegia la risposta sanzionatoria penale.

L'accoglimento della questione principale determinerebbe l'inapplicabilità dell'illecito amministrativo in tutti i casi di *insider trading* primario, riducendo il suo ambito applicativo, così che la sanzione penale possa rappresentare la principale e prioritaria risposta dell'ordinamento<sup>16</sup>, ossia proprio l'obiettivo perseguito dal legislatore europeo.

Così delineato, inoltre, il nuovo assetto normativo assicurerebbe il rispetto dei parametri di effettività, proporzionalità e dissuasività indicati dal legislatore europeo, generando al contempo la certezza del tipo di risposta sanzionatoria. Ciò ha indotto la giurisprudenza di legittimità a relegare come subordinata la questione di legittimità avente ad oggetto l'art. 649 c.p.p., che non determinerebbe una soluzione efficace, proporzionale e dissuasiva. Si è osservato che in assenza di strumenti preventivi<sup>17</sup>, che evitino sul nascere l'insorgere di simultanei procedimenti, una riformulazione dell'art. 649 c.p.p. estesa anche ai casi di precedente condanna formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale determinerebbe una "incongruenza sistemica": da strumento rimediabile ad un evento patologico, il 649 c.p.p. si trasformerebbe in "sbocco necessario" di uno dei due procedi-

---

<sup>12</sup> La locuzione eurounitario è dovuta a A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche di interpretazione*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, I, 125 ss.

<sup>13</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea 26/02/2013 *Aklagare vs. Akeberg Fransson*, C-617/10, sulla quale vedi *infra*, paragrafo 5.

<sup>14</sup> Più diffusamente nel paragrafo 5.

<sup>15</sup> Direttiva 2014/577/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014, da recepirsi entro il 03/07/2016, che si salda con il regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014.

<sup>16</sup> M. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte Costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 17 novembre 2014.

<sup>17</sup> Il riferimento è alla disciplina dei conflitti positivi di competenza *ex art. 28 ss. c.p.p.*, nonché alla disciplina tra uffici del pubblico ministero *ex art. 54 bis c.p.p.*

menti (con maggiore probabilità quello penale, stante la diversa tempistica dei due procedimenti). Evidenti sono le ricadute in termini di effettività della tutela e della risposta sanzionatoria.

Ciononostante, come ancora di salvataggio, la Corte ha sollevato in via sussidiaria il quesito costituzionale proprio in merito all'art. 649 c.p.p.

La questione risulta così formulata: «questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost., comma 1, in relazione al Protocollo n. 7 Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli».

Minore fatica hanno speso i giudici di legittimità ad argomentare la rilevanza della stessa; qualora la questione fosse accolta, il giudizio potrebbe essere definito grazie alla nuova formulazione dell'art. 649 c.p.p., con una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere. La sua non manifesta infondatezza deve affrontare, a questo punto, la critica sollevata nella stessa ordinanza, vale a dire il rischio di “un'incongruenza sistemica”.

Secondo la Corte, allora, la manipolazione dell'art. 649 c.p.p. rappresenta un primo presidio di tutela nei confronti del *vulnus* costituzionale emerso a seguito della sentenza Grande Stevens.

L'eventuale pronuncia additiva avrebbe il merito, quanto meno, di fornire una tutela nel caso concreto, fermo restando l'obbligo per il legislatore nazionale di adeguarsi alla direttiva 2014/57/UE, sanando in via definitiva l'incompatibilità sistemica dell'ordinamento italiano.

L'ordinanza di rimessione della sezione tributaria, invece, è altrettanto complessa, ma ha molte meno probabilità di essere accolta<sup>18</sup>. La sezione tributaria ha avuto la possibilità di pronunciarsi sull'art. 187-ter TUF, la medesima norma oggetto della sentenza Grande Stevens, in un caso in cui, in virtù del ricorso al rito *ex art.* 444 c.p.p., era già intervenuta la sentenza del giudice penale, divenuta definitiva a seguito della dichiarazione di inammissibilità del ricorso per Cassazione.

Le incertezze sull'esito dell'ordinanza nascono già dal *petitum*: si oscilla tra una richiesta di diretta declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 187-ter TUF ed una non precisata rivisitazione della disposizione nell'ottica di un principio del doppio binario attenuato.

Tralasciando un'opinabile interpretazione del principio del *prospective overruling*<sup>19</sup>, l'ambiguità del *petitum* lascia presumere una declaratoria di inammissibilità.

D'altronde, nella seconda delle ipotesi prospettate nel *petitum*, per ottenere un'attenuazione del cumulo sanzionatorio, la Corte avrebbe dovuto proporre una sentenza additiva<sup>20</sup>, alla stregua

---

<sup>18</sup> S.G. GUIZZI, *Hic Rodus, hic salta: l'incidenza del principio del ne bis in idem sulla disciplina del market abuse all'esame del Giudice delle leggi*, in *Il Corriere Giuridico*, 2015, V, 597 ss.

<sup>19</sup> La Corte ammette la produzione tardiva della documentazione attestante la formazione del giudicato esterno, in violazione degli artt. 369 e 372 c.p.c., in assenza di un imprevedibile mutamento giurisprudenziale, come invece insegna il leading case Cass. civ., sez. Unite, 11 luglio 2011, n. 15144, sul quale F. TRONCONE, *Overruling evolutiva e overruling correttiva*, in *Giustizia Civile*, 2012, 782 ss.

<sup>20</sup> Secondo la terminologia di G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 676.

della questione principale sollevata dalla quinta sezione penale. La formulazione compiuta, invece, pecca di astrattezza e di indeterminatezza, inibendo probabilmente una risposta da parte della Corte Costituzionale<sup>21</sup>.

4. Il diritto penale tributario ha rappresentato in maniera paradigmatica il settore chiave in cui si esprime lo scontro sistematico tra cumulo sanzionatorio e garanzie convenzionali. Paradigmatica perché in apparenza il settore tributario non è retto dalla logica del doppio binario, come si evince dall'art. 19 del d.lgs. 74 del 2000: «quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale».

Il principio di specialità dovrebbe scongiurare alla radice il rischio di una doppia sanzione.

Tuttavia, ad una lettura più approfondita del testo normativo, così come interpretato dal diritto vivente, emerge invece una disciplina in cui le ragioni del fisco ispirano la ricerca continua dell'efficienza, anche a costo della duplicazione sanzionatoria.

In particolare, il principio di specialità non riesce a prevenire lesioni del principio del *ne bis in idem* processuale in virtù di molteplici meccanismi normativi. Bisogna aver presente il punto di partenza dell'ordinamento convenzionale: il divieto è violato già nel momento in cui inizia un secondo procedimento per il medesimo fatto storico per il quale sia già intervenuta una decisione definitiva, qualunque sia il segno della pronuncia.

Leggendo allora l'art. 20 del d.lgs. 74 del 2000 («il procedimento tributario non può essere sospeso nel caso in cui sia pendente un procedimento penale per i medesimi fatti») e l'art. 21 («l'ufficio competente irroga comunque le sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato») affiora una disciplina teleologicamente orientata alla riscossione del tributo evaso nel minor tempo possibile<sup>22</sup>. Il risvolto processuale di questo meccanismo è costituito da un procedimento penale che si instaura dopo una condanna fiscale definitiva, il che costituisce evidentemente una violazione del principio, come prima delineato.

Non rappresenta più un punto di frizione l'art. 13, a seguito della modifica intervenuta con il d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158. La formulazione precedente, infatti, prevedeva quale circostanza attenuante di alcuni dei reati previsti il pagamento del debito pecuniario, comprensivo delle sanzioni amministrative, affermando implicitamente la naturale coesistenza delle due sanzioni, penale (diminuita) ed amministrativa. Il comma due *bis*, inoltre, subordinava l'accesso al rito del patteggiamento alla circostanza di cui sopra, in contraddizione con il canone generale della specialità. In buona sostanza, la riforma ha eliminato la circostanza attenuante mutandola in una causa di non punibilità; sembrerebbe essere stata eliminata la possibilità di una duplicazione sanzionatoria.

---

<sup>21</sup> Medesima critica è avanzata da G.M. FLICK- V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in [www.aic.it](http://www.aic.it), 11.

<sup>22</sup> Infatti, il secondo comma dell'art. 21 sancisce che le sanzioni amministrative non sono eseguibili, salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto. L'art. 21 assicura, quindi, l'amministrazione tributaria dal pericolo di instaurare un nuovo contenzioso successivamente all'eventuale esito negativo del processo penale.

Ed invece puntuale interviene l'introduzione dell'art. 13 *bis*, il quale ripropone la circostanza attenuante, fuori dai casi di non punibilità, del pagamento integrale del debito tributario prima della dichiarazione dell'apertura del dibattimento, così come al secondo comma esprime di nuovo la necessità di tale pagamento come condizione per accedere al rito *ex art. 444 c.p.p.* (la norma si riferisce, secondo un'interpretazione letterale, ai casi in cui non è esclusa la punibilità, quindi ai reati diversi da quelli previsti dagli artt. 10 *bis*, 10 *ter* e 10 *quater*<sup>23</sup>).

Sotto questo aspetto, quindi, è comunque presente un aspetto di frizione con la disciplina della CEDU ed è ancor più significativo che la modifica sia intervenuta dopo la sentenza Grande Stevens.

In altri termini, nel momento in cui ha operato la riforma del settore tributario penale, il legislatore ha avuto la possibilità di eliminare in via definitiva questa criticità ma non lo ha fatto, confermando l'indirizzo di politica criminale volto all'efficienza<sup>24</sup>.

Nel caso specifico del reato di omesso versamento IVA è l'orientamento granitico della giurisprudenza di legittimità sui rapporti con l'omologa fattispecie amministrativa a creare un ulteriore profilo di disagio.

Ci si riferisce all'orientamento secondo cui non intercorre un rapporto di specialità tra il reato di omesso versamento di ritenute certificate o dell'IVA e l'illecito amministrativo di omesso versamento periodico delle ritenute o dell'IVA, inaugurato dalla sentenza delle Sezioni Unite penali del 28 marzo 2013 n. 37425 e recentemente riproposta dalla sentenza della terza sezione penale, 8 aprile 2014 (depositata il 15 maggio) n.20266. Questa decisione si occupa proprio del rapporto tra il principio del *ne bis in idem*, così come delineato dalla sentenza Grande Stevens, ed il concorso tra sanzioni amministrative e penale per l'omesso versamento di ritenute. La Corte ritiene che il settore tributario penale sia estraneo alle critiche avanzate dalla Corte di Strasburgo alla disciplina in tema di *market abuse*. La sanzione fiscale, secondo l'interpretazione fornita, non rappresenta una sanzione sostanzialmente penale: il debito tributario da adempiersi, seppur maggiorato di una sovrattassa, è cosa diversa da una sanzione penale.

Inoltre, il decreto legislativo n.74 del 2000<sup>25</sup> non attribuisce alcuna rilevanza al pagamento del debito tributario, comprensivo della sanzione amministrativa, se non quella stabilita dall'art. 13 (circostanza attenuante).

D'altronde, richiamando il precedente delle Sezioni Unite «il reato di omesso versamento di ritenute certificate di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 10 *bis*, che si consuma con il mancato versamento per un ammontare superiore ad Euro cinquantamila delle ritenute complessivamente risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti entro la scadenza del termine finale per la presentazione della dichiarazione annuale, non si pone in rapporto di specialità ma di progressione illecita con il D.Lgs. n. 471 del 1997, art. 13, comma 1, che punisce con la sanzione amministrativa l'omesso versamento periodico delle ritenute alla data delle singole scadenze mensili, con la conseguenza che al trasgressore devono essere applicate entrambe le sanzioni».

---

<sup>23</sup> Come chiarisce la relazione n. III/05/2015 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, settore penale.

<sup>24</sup> Per un primo commento alla riforma S. FINOCCHIARO, *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al decreto 158 del 2015 appena pubblicato*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 9 ottobre 2015.

<sup>25</sup> La sentenza si riferisce alla normativa precedente alla modifica del 2015.

In definitiva, pur in presenza di una comunanza di presupposti, oltre che della condotta, i due illeciti si differenziano per alcune componenti essenziali quali, «il requisito della "certificazione" delle ritenute, richiesto per il solo illecito penale; dalla soglia minima dell'omissione, richiesta per il solo illecito penale; dal termine di riferimento per l'assunzione di rilevanza dell'omissione, fissato, per l'illecito amministrativo, al giorno quindici (poi passato al sedici) del mese successivo a quello di effettuazione delle ritenute, e coincidente, per l'illecito penale, con quello previsto per la presentazione (entro le date del 30 settembre ovvero del 31 ottobre) della dichiarazione annuale di sostituto di imposta relativa al precedente periodo d'imposta»<sup>26</sup>. In tale orientamento si rintraccia la disciplina convenzionale del *ne bis in idem*, che viene ritenuta non violata per l'assenza di un medesimo fatto e per la natura non penale dalla sanzione amministrativa.

In realtà, molto discussi sono entrambe le valutazioni compiute.

Nella prospettiva europea, sussiste l'identità del fatto poiché medesima è la condotta, ossia il mancato versamento del tributo e sarebbe un inutile formalismo fondare la eventuale diversità del fatto incriminato sul diverso termine di riferimento delle due fattispecie.

Non a caso la dottrina ha criticato la ricostruzione del rapporto tra le norme in tema di progressione criminosa, in quanto la consumazione del reato richiede, per necessità logica, il passaggio attraverso l'illecito amministrativo<sup>27</sup>.

La recente riforma del 2015 ha sicuramente diminuito, seppur non eliminato, il rischio di una duplicazione delle sanzioni, attraverso un aumento esponenziale della soglia di punibilità sia del reato di omesso versamento delle ritenute (allargato, però, anche alle ritenute dovute oltre che certificate) che dell'omesso versamento IVA, provocando una depenalizzazione sostanziale.

Ciò non toglie, tuttavia, che il problema permane, quanto meno da un punto di vista di disciplina astratta e la sua complessità è attestata dall'erroneità, nella prospettiva di Strasburgo, del secondo presupposto argomentativo delle due sentenze citate. Più specificamente anche l'applicazione di una esigua sovrattassa costituisce una sanzione sostanzialmente penale, come affermato nella pronuncia della Corte europea dei Diritti dell'uomo del 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia*<sup>28</sup>.

La Corte, richiamando i propri precedenti<sup>29</sup>, chiarisce che l'esiguità della sovrattassa<sup>30</sup> non interferisce con la qualificazione come penale ai sensi della Convenzione europea. Il pagamento di una somma, seppur minima, in aggiunta all'imposta evasa esplica una funzione deterrente-repressiva che in base al terzo dei criteri indicati dalla Corte nel caso *Engel* qualifica come penale la sanzione. È stata la giurisprudenza di merito, a questo punto, a farsi carico di un contrasto che ormai non poteva più ignorarsi.

---

<sup>26</sup> Le considerazioni valgono sia per l'art. 10 bis che per l'art. 10 ter.

<sup>27</sup> G.M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 14 settembre 2014, 16-17.

<sup>28</sup> Per un commento della sentenza M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 5 giugno 2014.

<sup>29</sup> C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sentenza del 23 novembre 2006, n.73053/01 *Jussila c. Finlandia*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

<sup>30</sup> Nel caso in esame pari a 1.700 euro.

Prima ancora del Tribunale di Bergamo, è stato il Tribunale di Bologna<sup>31</sup> a proporre una diversa soluzione, sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.

Il Tribunale si occupa dei rapporti tra l'art. 10 *ter* d.lgs. 74/200 e l'illecito amministrativo previsto dall'art. 13 d.lgs. 471/1997 (le medesime norme oggetto dell'ordinanza del Tribunale di Bergamo). Nell'ordinanza, molto simile a quella formulata in via sussidiaria dalla Corte di Cassazione<sup>32</sup>, quinta sezione penale, si ripercorrono tutti gli snodi concettuali affrontati.

Chiarito il valore che la CEDU assume nell'ambito delle fonti dell'ordinamento e ripercorsa l'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo del principio del *ne bis in idem*, il Tribunale evidenzia le criticità del diritto tributario penale.

Il sistema è principalmente orientato al cumulo delle sanzioni amministrative e penali, nonostante la previsione generale del principio di specialità. Assumono valore centrale in questa argomentazione della Corte gli artt. 13 e 21 del d.lgs. 74/2000: essi dimostrano come l'ispirazione reale del sistema sia quella volta ad un *surplus* di efficienza, garantito propria dall'applicazione congiunta della sanzione amministrativa e penale. Esso è compatibile con la Carta Costituzionale in virtù della qualificazione formale amministrativa della sanzione prevista dall'art. 13 d.lgs. 471/1997 ma non con l'ordinamento convenzionale, dove la sanzione amministrativa assume natura penale, secondo il terzo criterio Engel.

Ciò considerato, dopo aver preso atto dell'impossibilità di una interpretazione conforme dell'art. 649 c.p.p., stante il perentorio tenore letterale della norma, e dopo aver criticato l'orientamento delle Sezioni Unite secondo il quale intercorre un rapporto di progressione criminosa tra le due fattispecie e non di specialità, il Tribunale solleva questione di legittimità costituzionale, ritenendo "la pronuncia manipolativa invocata l'unico rimedio in grado di scongiurare l'incompatibilità del regime del doppio binario previsto dal legislatore italiano in materia tributaria con il divieto convenzionale del *bis in idem*".

5. La scelta del Tribunale di Bergamo, di proporre il rinvio pregiudiziale, arricchisce il quadro appena descritto di un'ulteriore opzione, proposta già in dottrina<sup>33</sup>, ma poco familiare ai giudici di merito. A cambiare è l'interlocutore e con esso la base normativa di riferimento. Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Giustizia è finalizzato a comprendere se la disciplina italiana di repressione dell'omesso versamento IVA sia compatibile con l'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, nella misura in cui prevede la possibilità «un procedimento penale avente ad oggetto un fatto per cui il soggetto imputato abbia riportato sanzione amministrativa irrevocabile».

---

<sup>31</sup> Trib. Bologna, 21 aprile 2015, pubblicata in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), con nota di M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento IVA: il rinvio della questione alla Corte Costituzionale*, 18 maggio 2015.

<sup>32</sup> "Appare non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale proposta in via subordinata, in relazione all'art. 649 c.p.p. nella parte in cui detta disposizione non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione, alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della CEDU e dei relativi protocolli".

<sup>33</sup> F. VIGANO, *Doppio binario sanzionatorio*, cit., 234 ss.

Come si evince è il medesimo caso esaminato dal Tribunale di Bologna<sup>34</sup>, con l'unica differenza che ora non vi è alcun dubbio sulla medesimezza del soggetto. Il procedimento penale, infatti, si celebra nei confronti della medesima persona fisica, nella sua qualità di imprenditore individuale, e non, come avvenuto per il Tribunale di Bologna, come legale rappresentante di una persona giuridica.

L'ordinanza si rivolge alla Corte di Giustizia dell'UE, per verificare la possibilità di pronunciare una sentenza di non luogo a procedere – una volta constatata la violazione dell'art. 50 CDFUE – direttamente tramite la normativa eurounitaria, scavalcando la disciplina interna.

Per esaminare la soluzione escogitata è necessario rammentare in sintesi il funzionamento della Carta di Nizza. Il suo valore giuridico è stigmatizzato dall'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, secondo cui essa ha lo stesso valore giuridico dei Trattati. Ciò significa che assume il rango di diritto primario dell'Unione Europea, autorizzando il giudice comune, dinanzi ad una eventuale antinomia tra una norma di diritto interno ed un diritto tutelato dalla Carta, a disapplicare la norma interna contrastante<sup>35</sup>.

Tuttavia, non qualsiasi disposizione interna distonica sarà destinata alla disapplicazione. Leggendo, infatti, l'art. 51 della medesima Carta si comprende come soltanto nell'attuazione del diritto dell'Unione gli Stati membri devono osservare le statuizioni contenute nella Carta che, sottolinea la norma «non estende l'ambito di applicazione dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati».

Notevole importanza sistematica assume l'art. 52, in merito alla portata dei diritti e dei principi tutelati dalla Carta. Dopo aver stabilito che eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti riconosciuti siano ammissibili, purché previste dalla legge, per assecondare finalità di interesse generale dell'Unione, al terzo paragrafo la norma si preoccupa dei rapporti tra i diritti sanciti dalla Carta e quelli tutelati dalla CEDU, stabilendo la cd. clausola di equivalenza: nel caso in cui i due testi prevedano diritti corrispondenti «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione», fatta salva la possibilità di una protezione più estesa da parte del diritto dell'Unione Europea<sup>36</sup>.

Le 'spiegazioni' relative alla Carta dei diritti fondamentali chiariscono, in maniera importante, che il riferimento alla CEDU riguarda anche i Protocolli. Inoltre, il richiamo alla Convenzione non è limitato al testo della stessa bensì all'interpretazione che di quel testo fornisce la Corte di Strasburgo. Così impostato il discorso, i quesiti a cui il Tribunale di Bergamo ha dovuto in via preventiva rispondere riguardano due profili.

---

<sup>34</sup> Nel caso di specie, inoltre, l'omesso versamento IVA ammonta ad oltre 280.000 euro, superando anche le soglie di punibilità dell'art. 10 bis d.lgs. 74/2000, così come modificate nel 2015.

<sup>35</sup> È questo addirittura un obbligo, secondo quanto stabilito dalla nota sentenza *Simmenthal* della Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 1978, causa C 106/77, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>36</sup> Per una diffusa spiegazione del valore della Carta G. STROZZI-R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, Torino, 2011, 235 ss. Per una, invece, disamina dei principi di diritto penale presente nella Carta, S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in V. MANES-V. ZAGRELBESKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 147 ss.

Innanzitutto se la materia dell'IVA rientri nell'ambito di applicazione dell'Unione e, in conseguenza della risposta affermativa, se il diritto tutelato ai sensi dell'art. 50 CDFUE sia "corrispondente" al diritto tutelato dall'art. 4 Prot. 7 CEDU, il che altro non vuole dire che individuare quale sia il significato del *ne bis in idem* in ambito eurounitario.

Prima di illustrare le risposte avanzate dal Tribunale di Bergamo, bisogna sottolineare che un problema simile era già stato sollevato dinanzi alla Corte di Giustizia da parte dello Stato svedese, nella nota vicenda Fransson<sup>37</sup>.

La vicenda presenta dei profili di similitudine con quella ora in esame, vertendosi sempre in tema di IVA. La Corte di Giustizia ha in via preliminare affermato la propria competenza ad esprimersi sulla vicenda, riconoscendo la materia IVA come compresa nell'ambito di applicazione della Carta di Nizza, ai sensi dell'art. 51.

Pur non trattandosi, infatti, di una trasposizione e, quindi, di una attuazione diretta del diritto dell'Unione, la Corte ha colto un collegamento, oltre che su alcune norme della direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006, con due norme dei Trattati.

Si tratta in particolare dell'art. 4, paragrafo 3, del TUE, il cd. principio di leale collaborazione, e l'art. 325 TFUE, che protegge gli interessi finanziari dell'UE. La violazione delle norme in tema di IVA costituisce, secondo la Corte, una violazione degli interessi finanziari dell'UE, traducendosi nella mancata messa a disposizione delle risorse evase per il bilancio dell'UE. È significativo come il medesimo ragionamento sia stato di recente riproposto dalla Corte di Giustizia nei confronti dell'Italia, nella sentenza Taricco<sup>38</sup>, in cui la disciplina italiana della prescrizione è stata giudicata incompatibile con obblighi europei di tutela penale degli interessi finanziari, con alcune valutazioni che incidono anche sul tema in esame.

Affermata la propria competenza<sup>39</sup>, la Corte si è pronunciata sul merito della vicenda, con valutazione sul contenuto precettivo dell'art. 50 CDFUE.

In una trama argomentativa non esente da profili di ambiguità, si è affermato che l'art. 50 «non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di imposta sul valore aggiunto, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale, qualora la prima sanzione non sia di natura penale, circostanza che deve essere verificata dal giudice nazionale».

---

<sup>37</sup> Corte di Giustizia dell'UE, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, C-617/10, pubblicata in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), con nota di D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, 15 aprile 2013.

<sup>38</sup> Corte di Giustizia dell'UE, Grande Sezione, sentenza 8 settembre 2015, *Taricco*, causa C-105/14, pubblicata in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), con commento di F. VIGANO', *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione delle frodi in materia di IVA?*, 14 settembre 2015.

<sup>39</sup> Diversamente da quanto accaduto, invece, in tema di ritenute d'imposta, dove la Corte di Giustizia ha dichiarato la propria incompetenza, trattandosi di materia che non presenta alcun nesso con il diritto dell'Unione. Corte di Giustizia, ordinanza 15 aprile 2015, *Burzio*, C-497/14, pubblicata in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), con nota di M. SCOLLETTA, *Omesso versamento delle ritenute d'imposta e violazione del ne bis in idem: la Corte di Giustizia dichiara la propria incompetenza*, 8 maggio 2015.

I criteri a cui il giudice nazionale deve attenersi nel compiere siffatta valutazione sono proprio quelli tipici per individuare la materia penale nell'ambito della CEDU (la cui giurisprudenza sul punto è d'altra parte richiamata): qualificazione interna, natura e grado di severità della sanzione.

Pertanto, alla luce di tali valutazioni, un secondo procedimento penale per il medesimo fatto già sanzionato definitivamente da un provvedimento di natura sostanzialmente penale si traduce in una violazione dell'art. 50 CDFUE, fermo restando l'obbligo degli Stati membri di assicurare l'effettività, la proporzionalità e la dissuasività delle rimanenti sanzioni.

Le indicazioni della Corte non sono di facile lettura e chiamano il giudice comune, che diviene il reale protagonista dell'applicazione della Carta di Nizza, a valutazioni complesse e rispetto alle quali forse non ha gli strumenti adatti.

Esemplificativo, d'altronde, della linea cauta<sup>40</sup> della Corte è l'assenza di un qualsiasi richiamo all'art. 4 Prot. 7 CEDU ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nonostante il contenuto corrispondente tra i due diritti e quanto affermato nelle "Spiegazioni ufficiali della Carta" sull'art. 50, dove espressamente si legge «il diritto garantito ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU».

Tale rumorosa assenza si spiega forse con l'intento della Corte di fornire una lettura restrittiva del divieto di *bis in idem*, sottoposto a bilanciamento con l'esigenza di adeguata tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Propria tale interpretazione, però, aveva influenzato, prima dell'ordinanza del Tribunale di Bergamo, una certa chiusura da parte della giurisprudenza interna verso un dialogo con la Corte di Giustizia.

Le precedenti sentenze esaminate, ad esempio, prima di adire la Corte costituzionale (interlocutore certo più familiare), avevano immaginato la possibilità di un'applicazione diretta dell'art. 50 CDFUE.

La quinta sezione penale della Corte di Cassazione scarta questa possibilità rilevando "un differente approccio" tra la Corte di Giustizia e la Corte di Strasburgo, che si traduce nella richiesta di una valutazione ulteriore nell'ambito del diritto dell'Unione, ossia un giudizio di adeguatezza delle rimanenti sanzioni a tutela degli interessi finanziari. Secondo i giudici di legittimità, quindi, è preclusa la possibilità di un'applicazione diretta dell'art. 50 CDFUE. Medesima conclusione cui giunge implicitamente il Tribunale di Bologna nel momento in cui ricorda che la sentenza Fransson impone al giudice comune di valutare l'eventuale natura penale della sanzione fiscale.

Il Tribunale di Bergamo si fa portavoce delle difficoltà del giudice comune e chiede esplicitamente alla Corte di Giustizia ulteriori chiarimenti da cui poter desumere se l'applicazione dell'art. 50 CDFUE costituisce un reale strumento a disposizione del giudice.

Nel caso di specie, l'ordinanza qualifica come sostanzialmente penale l'applicazione di una sovrattassa del 30% dell'importo non pagato prevista dalla normativa tributaria, adempiendo la valutazione che la Corte di Giustizia demanda al giudice comune, e ritiene sussistente i presupposti richiesti dalla giurisprudenza di Strasburgo per ritenere accertata una violazione del *ne bis in idem*.

---

<sup>40</sup> Espressione di F. VIGANO', *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA*, cit., 5.

Oltre all'identità soggettiva, come prima chiarito, è presente anche l'identità del fatto. Per giungere a tale conclusione il Tribunale si discosta dall'orientamento delle Sezioni Unite in merito ai rapporti tra l'art. 10 *bis* d.lgs. 74/2000 e l'art. 13 d.lgs. 471/1997 in termini di progressione criminosa.

Nel solco del Tribunale di Bologna, si afferma che tale interpretazione, oltre a costituire una violazione del principio dell'assorbimento, è distonica rispetto ai criteri sostanzialistici elaborati dalla Corte EDU. Seguendo quest'ultima via, il procedimento penale si riferisce al medesimo fatto oggetto del procedimento tributario: identico è il periodo temporale di riferimento, così come l'ammontare dell'imposta.

Per queste motivazioni, il Tribunale rinvia gli atti alla Corte di Giustizia, nel tentativo di ricevere una risposta netta sulla compatibilità di un sistema che consenta di celebrare un procedimento penale su un fatto già sanzionato irrevocabilmente in via amministrativa con la garanzia prevista dall'art. 50 CDFUE. È molto difficile prevedere la risposta della Corte di Giustizia. Si potrebbe limitare a ribadire i principi già sanciti nella sentenza Fransson, evitando di prendere una posizione netta sul tema.

La difficoltà della Corte di Giustizia deriva anche da un vizio di fondo del sistema di tutela dei diritti fondamentali all'interno della macroarea europea, come segnalato dalla dottrina che si è occupata del tema<sup>41</sup>. Ci si riferisce al difetto di coordinamento tra fonti (Costituzioni interne, Carta di Nizza, CEDU) che tutelano tutti i diritti in parte sovrapponibili, mettendo in forse il tanto propugnato meccanismo del *multilevel constitutionalism*.

In particolare, nei rapporti tra diritto dell'Unione e CEDU, l'art. 52 dovrebbe scongiurare i rischi di antinomie ermeneutiche almeno per i diritti corrispondenti. In realtà, però, questo rischio continua a corrersi perché è difficile rispondere alla domanda su cosa debba intendersi per corrispondenza di un diritto.

Inoltre, non bisogna dimenticare che la Carta si inserisce pur sempre nel sistema giuridico dell'Unione<sup>42</sup> e vive confrontandosi con le caratteristiche di tale sistema. Basti pensare al già citato art. 52 CDFUE, laddove chiarisce che i diritti tutelati dalla Carta possono incontrare limitazioni quando necessarie per finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione, alle condizioni previste.

La diversità di esigenze e di principi tra i due sistemi determina, quale effetto naturale, anche a causa dell'assenza di una gerarchia formale, una difficoltà nell'opera di coordinamento tra fonti, che si traduca in possibili difformità contenutistiche<sup>43</sup>. Gli interessi finanziari rappresentano forse il campo applicativo dove tali difficoltà rinvergono la loro massima espressione.

L'importanza degli interessi finanziari emerge dalla già citata sentenza Taricco, in cui la Corte obbliga il giudice comune italiano a disapplicare il combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p.,

---

<sup>41</sup> G. STROZZI-R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 241-242.

<sup>42</sup> Significativa è anche la previsione del terzo paragrafo dell'art. 6 TUE, che statuisce che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

<sup>43</sup> La prevista adesione dell'Unione alla CEDU, ai sensi dell'art. 6 TUE, potrà consentire una maggiore armonizzazione.

nella misura in cui tale normativa impedisce di adempiere agli obblighi di tutela imposti dall'art. 325 TFUE.

Citando proprio il precedente Fransson, la Corte ritiene che qualsiasi lacuna nella riscossione dell'IVA a livello nazionale si traduce automaticamente in un pregiudizio per le finanze dell'Unione. Sulla base di siffatte premesse, la Corte addirittura obbliga il giudice comune a condannare l'imputato nonostante sia già decorso il termine prescrizione, disapplicando gli artt. 160-161 c.p., «nella misura in cui detta normativa nazionale impedisce di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione».

A prescindere da come si concluderà<sup>44</sup>, la vicenda dimostra come il medesimo diritto vive di una logica diversa in relazione all'ordinamento in cui viene applicato, proprio perché sottoposto a bilanciamento con esigenze e principi di volta in volta diversi; dimostra, inoltre, il ruolo centrale che assume il giudice comune nell'applicazione del diritto dell'Unione.

In entrambe le sentenze della Corte di Giustizia, infatti, si delegano al singolo giudice valutazioni ed indagini (la natura della prima sanzione nella sentenza Fransson, il grado di incapacità delle disciplina nazionale ad infliggere sanzioni effettive in un numero considerevole di casi di frodi gravi) complesse che impongono una seria valutazione sulla reale possibilità di essere esperite e sui possibili rischi che in questo modo subisce il principio di uguaglianza.

6. Il quadro giurisprudenziale e normativo evidenziato attesta il carattere magmatico della vicenda a cui è difficile fornire una soluzione definitiva realmente appagante.

Le ordinanze di rimessione nel settore del *market abuse* corrono il rischio di non essere esaminate dalla Corte per difetto di rilevanza, sebbene per motivi diversi.

La prima questione sollevata in ambito penale, nonostante lo sforzo argomentativo, richiede una modifica dell'art. 187 *bis* TUF, non suscettibile di applicazione. L'ordinanza della sezione tributaria, che pure aveva avuto la possibilità di pronunciarsi sull'illecito amministrativo, pecca tuttavia di eccessiva indeterminatezza.

Viceversa, più solida appare la problematica sussidiaria avanzata dalla quinta sezione penale sull'art. 649 c.p.p., duplicata dal Tribunale di Bologna con riferimento al settore tributario.

Al riguardo, bisogna valutare con attenzione le conseguenze di un'eventuale sentenza di accoglimento.

---

<sup>44</sup> Infatti, prontamente la Corte di Appello di Milano, con ordinanza del 18 settembre 2015, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 con cui viene ordinata l'esecuzione nell'ordinamento italiano del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona, "nella parte che impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 §§ 1 e 2 TFUE, dalla quale - nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza in data 8.9.2015, causa C-105/14, Taricco - discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160 ultimo comma e 161 secondo comma c.p. in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, anche se dalla disapplicazione discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione, in ragione del contrasto di tale norma con l'art. 25, secondo comma, Cost.". Per un commento alla vicenda F. VIGANO', *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte di Appello di Milano sollecita la Corte Costituzionale ad azionare i controlimiti*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 21 settembre 2015.

Attenta dottrina ha fatto notare sul punto come tale soluzione rischia di trasformare l'art. 649 c.p.p. in una "mina vagante"<sup>45</sup>, pronta ad esplodere in qualsiasi settore dell'ordinamento, annichilendo il senso della sanzione penale (quella più probabilmente destinata ad arrivare "seconda").

D'altronde i giudici di legittimità hanno sottolineato<sup>46</sup> che si tratta di una soluzione di ultima istanza, da applicare al caso concreto, non esistendo meccanismi di coordinamento con i procedimenti amministrativi.

Ad ogni modo, anche a voler accogliere con favore la proposta modificativa sollevata, resta il nodo gordiano rappresentato dall'individuazione dei provvedimenti formalmente amministrativi, ma sostanzialmente penali, rimessa all'organo giudicante chiamato ad applicare il nuovo eventuale 649 c.p.p., con evidenti e fisiologiche disparità di valutazioni, con tutto ciò che ne consegue in termini di eguaglianza e certezza del diritto.

È proprio questo il motivo per il quale bisogna essere molto prudenti nel valutare l'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p. proposta da una parte della giurisprudenza di merito, la quale ha ritenuto di poter superare il tenore letterale della norma, applicandola in via estensiva anche nei casi in cui vi sia già un precedente provvedimento definitivo afflittivo, a prescindere dalla sua qualificazione giuridica<sup>47</sup>.

Sull'art. 649 c.p.p. pende, per completare il quadro e comprendere l'esigenza di una definitiva chiarificazione concettuale sulla norma, anche una seconda questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale di Torino<sup>48</sup>.

L'ordinanza si occupa di una vicenda nota, segnalandosi per alcuni profili di notevole interesse<sup>49</sup>. Il Tribunale adopera quale parametro costituzionale l'art. 117 Cost., in relazione proprio all'art. 4 Prot. 7 CEDU.

In particolare, ci si sofferma su un aspetto diverso da quello esaminato nelle precedenti pronunce: viene in rilievo non il presupposto processuale dell'art. 649 c.p.p., ossia la precedente decisione derivante da sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili, bensì il presupposto oggettivo del medesimo fatto.

Secondo il Tribunale non è il tenore letterale dell'art. 649 c.p.p. ad impedire un'interpretazione conforme alle istanze sostanzialistiche sovranazionali. Paradossalmente, è proprio la norma del nostro codice di rito a richiedere un medesimo fatto mentre il Protocollo 7 CEDU adopera il termine "reato". La diversa formulazione letterale non ha impedito, però, di interpretare il

---

<sup>45</sup> L'espressione è di G. M.FLICK- V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., 14.

<sup>46</sup> Vedi paragrafo 3.

<sup>47</sup> Come ha fatto, ad esempio, il Tribunale di Brindisi, il 17 ottobre 2014, nei confronti di un detenuto già sanzionato in via disciplinare e successivamente citato in giudizio per danneggiamento aggravato. Per un commento alla vicenda M.L. DI BITONTO, *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 438.

<sup>48</sup> Trib. Tor., ordinanza del 24 luglio 2015, pubblicata in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), con un commento di I. GITTARDI, *Eternit "bis in idem"? sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU*, 27 novembre 2015; v. anche E. SCORINA, *Ancora sul caso Eternit: la "giustizia" e il sacrificio dei diritti*, in *Archivio penale*, 2015, 3.

<sup>49</sup> La vicenda Eternit ha sollevato un intenso dibattito in merito a numerosi profili del diritto penale (nesso di causalità, reati di pericolo, reati permanenti, nozione di disastro, prescrizione), non esaminabili nell'economia del presente lavoro. Per un quadro di sintesi G.L. GATTA, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 24 novembre 2014.

medesimo fatto dell'art. 649 c.p.p. come "fatto giuridico" ed il "reato" dell'art. 4 Prot. 7 CEDU come fatto storico-naturalistico.

Di conseguenza, è il diritto vivente consolidatosi a violare il precetto costituzionale integrato dalla disciplina convenzionale. La Corte di cassazione, infatti, richiede una coincidenza dell'intera materialità del reato, nei suoi tre elementi: condotta, evento, nesso causale.

È in tema di concorso formale di reati che emerge, tuttavia, con maggiore chiarezza la lettura in termini giuridici del requisito del "fatto". La giurisprudenza unanime ritiene che il giudicato formatosi rispetto ad uno degli eventi non impedisce il celebrarsi di un nuovo processo nei confronti dell'altro evento, scaturito dalla medesima condotta.

La dottrina da tempo<sup>50</sup> contesta siffatta scelta ermeneutica. Qualora, infatti, sia già scesa una condanna o assoluzione definitiva su un determinato fatto, non sarà più esercitabile l'azione penale, nemmeno in caso di concorso formale eterogeneo<sup>51</sup>.

Si tende, quindi, in ambito dottrinale, a valorizzare la *ratio* garantista della norma per escludere "processi parziali"<sup>52</sup> e salvaguardare l'individuo dagli effetti negativi che l'essere sottoposto a procedimento penale comunque cagiona, indipendentemente dall'esito.

L'esegesi suggerita dal Tribunale di Torino e dalla dottrina maggioritaria spinge la pubblica accusa verso la contestazione simultanea dei reati in concorso formale, valutando un'unica volta l'intero disvalore del fatto.

L'ordinanza, da salutare con favore, è molto significativa e tende a ricongiungere, attraverso un intervento del giudice delle leggi, le linee ermeneutiche della Corte EDU e della Corte di Cassazione verso una maggiore latitudine del profilo garantista della norma.

Una siffatta interpretazione sarebbe da ausilio anche per le problematiche in esame, non in via risolutiva, ma per colmare parte della distanza tra i due ordinamenti.

Pertanto, alla luce delle considerazioni espresse, un intervento sull'art. 649 c.p.p., per quanto necessario, non determina una soluzione globale e ragionevolmente affidabile.

Nel settore del *market abuse* il legislatore ha una grande opportunità che deriva dalla nuova direttiva europea, occasione per una riformulazione degli assetti di tutela, quanto mai necessari, che alla luce anche di scarsa effettività del precedente sistema, formuli scelte di valore e soluzioni tecniche precise ed univoche.

Diversamente, nel settore tributario la riforma c'è stata e proprio la valutazione di tale riforma dovrà occupare gli interpreti. E' compito dell'attività esegetica verificare l'impatto delle nuove soglie di punibilità introdotte e valutare la nuova formulazione dell'art. 13 d.lgs. 74/2000. Tuttavia, l'impianto del decreto legislativo n. 74 del 2000 resta improntato su una logica di sovrapposizione dei procedimenti, laddove esigenze di efficienza lo richiedano.

A dimostrazione, però, dell'urgenza di una soluzione concettuale chiara e precisa giunge una recente pronuncia del Tribunale di Terni<sup>53</sup>, in cui si adotta una soluzione del tutto innovativa.

---

<sup>50</sup> F.CORDERO, *Considerazioni sul principio di identità del fatto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, 943.

<sup>51</sup> T.RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Annali*, III, Milano, 2010, 7-8.

<sup>52</sup> F.CORDERO, *Procedura penale*, VIII, Milano 2012, 1175.

Sempre in tema di omesso versamento IVA, contestato ad un soggetto già sanzionato in via amministrativa, il Tribunale ricorre ad una applicazione diretta della sentenza Grande Stevens, in combinato disposto con l'art. 19 d.lgs.74/2000, attraverso la quale giunge ad emettere una sentenza, ex art. 529 c.p.p. di non doversi procedere.

In sintesi, si ipotizza un vuoto normativo all'interno del nostro ordinamento che permette l'applicazione diretta del contenuto della sentenza Grande Stevens (meglio dell'art. 7 Prot. 4 così come interpretato nella sentenza Grande Stevens). Sottesa a tale soluzione è la valutazione secondo la quale l'insegnamento delle sentenze gemelle della Corte Costituzionale del 2007 sul valore della CEDU all'interno del nostro ordinamento è valido soltanto laddove vi sia un conflitto normativo, mentre in presenza di una lacuna nulla impedisce un'applicazione diretta delle norme convenzionali, che, per il tramite della legge di autorizzazione alla ratifica, sono parte integrante del nostro ordinamento<sup>54</sup>.

Si rafforza tale motivazione tramite il richiamo all'art. 19 d.lgs. 74 del 2000: il principio di specialità espresso dalla norma secondo il Tribunale di Trani è stato annichilito dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione mentre, invece, rappresenta fedele estrinsecazione del principio convenzionale del *ne bis in idem*.

In disparte la valutazione secondo cui l'art. 19 conduce all'applicazione della sanzione penale e non amministrativa, la sentenza dimostra una certa sovrapposizione concettuale, frutto anche, oltre della complessità del tema, di una indebita commistione.

Il tema è quello dei rapporti tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale, argomento complesso ed oggetto di approfondite analisi<sup>55</sup>.

La dottrina maggioritaria ha sempre chiarito la diversa *ratio* che muove i due principi, da cui consegue la difformità dei presupposti applicativi.

Il principio processuale è retto da un'esigenza di economia dei giudizi e certezza delle decisioni giudiziali, onde scongiurare conflitti pratici tra giudicati, tutelando per questa via anche il profilo soggettivo del valore certezza, vale a dire scongiurare per il singolo (ma anche per la collettività) il pericolo di essere sottoposto eternamente a processo per un medesimo fatto<sup>56</sup>.

Il principio sostanzialistico, invece, tende a tutelare pretese di equità e giustizia sostanziale.

---

<sup>53</sup> Tribunale di Terni, sentenza del 12 giugno 2015 (de. 1 settembre 2015) pubblicata in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), con nota di S. CONFALONIERI, *Ancora in tema di omesso versamento IVA e ne bis in idem: il Tribunale di Terni dichiara di non doversi procedere per la sanzione penale*, 2 dicembre 2015.

<sup>54</sup> È questo il contenuto di una recente proposta dottrinale di F. VIGANO', relazione al Convegno "Il *ne bis in idem* tra diritto penale e processo", Milano, 8 maggio 2015.

<sup>55</sup> Tra gli altri F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 983 ss.; P.P. RIVIELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 476 ss.; G. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale*, Milano, 1974, 56 ss.; F. ANTOLISEI, *Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*, in *Giust. pen.*, 1942, 609 ss.; G.P. VOENA, *Ne bis in idem e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 1976, 321.

<sup>56</sup> Per una disamina completa delle ragioni ispiratrici del principio in esame F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 970 s.

Il *ne bis in idem* sostanziale, inoltre, vive di un maggior dibattito, special modo in dottrina, in merito all'individuazione dei presupposti applicativi, tanto è vero che si auspica la sua positivizzazione<sup>57</sup> in una prospettiva *de iure condendo*.

Sul piano operativo, la violazione del principio processuale non necessariamente comporta violazione del divieto di doppia punizione (basti pensare che il divieto di *bis in idem* scatta anche in presenza di una sentenza assolutoria), e viceversa.

Nonostante tali considerazioni, attenta dottrina<sup>58</sup> ritiene che una valorizzazione del principio di specialità, inteso quale manifestazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, possa costituire una valida soluzione trasversale ai problemi affrontati finora. Infatti, in un'ottica funzionale, laddove sul piano sostanziale si configuri un solo illecito, in virtù dell'applicazione del concorso apparente di norme, la celebrazione di un secondo processo rappresenta ipotesi patologica e non la scelta del sistema. D'altra parte, nei rapporti tra diritto sanzionatorio amministrativo e diritto penale, l'art. 9 l. 689 del 1981 identifica nel principio di specialità il criterio discrezionale per individuare il tipo di sanzione da applicare ove più disposizioni convergono sul medesimo fatto.

Proprio il settore tributario dimostra, secondo tale prospettiva, che laddove si privilegiano letture restrittive del canone della specialità, aumentano le probabilità di violazione del *ne bis in idem* processuale<sup>59</sup>. Una valorizzazione della specialità potrebbe rappresentare una chiave di volta opportuna nello studio della materia.

D'altronde questo versante meriterebbe una soluzione condivisa e chiara sia per quanto riguarda la precisazione dei contenuti del *ne bis in idem* sostanziale sia per quanto attiene ai criteri ad esso connessi<sup>60</sup>, onde evitare ondivaghe applicazioni influenzate dalla ricerca della giustizia del caso concreto<sup>61</sup>.

Ma l'incisiva rivalutazione del principio di specialità esige, in via prioritaria, l'elaborazione di una teoria dell'illecito che finalmente chiarisca il ruolo della sanzione amministrativa, prima ancora del suo rapporto con la sanzione penale.

In siffatta prospettiva assume carattere centrale, prima ancora dei valori convenzionali, il principio di sussidiarietà, in combinato disposto con la funzione della pena, *ex artt. 2-3-25-27 Costituzione*<sup>62</sup>.

Nel valutare, infatti, gli assetti di tutela, in particolar modo nella prospettiva di riforma a cui il legislatore si accinge, nella formulazione delle fattispecie non può non tenersi conto della natura della sanzione cui essa è orientata. Il diritto penale esige l'individuazione di precise oggettività giuridiche da tutelare rispetto ad altrettanto precise modalità di aggressione.

---

<sup>57</sup> Per una puntale ricostruzioni delle teorie sul principio, anche in un'ottica comparata, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1996 e la bibliografia ivi citata.

<sup>58</sup> G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., 19 ss.

<sup>59</sup> Ci si riferisce alla già citata vicenda dei rapporti tra il delitto di omesso versamento IVA e il parallelo illecito amministrativo ed alla giurisprudenza delle Sezioni Unite che sposa la tesi della progressione criminosa in luogo del rapporto di specialità.

<sup>60</sup> Si allude all'irrisolto dibattito tra teorie moniste e teorie pluraliste, sul quale M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 3

<sup>61</sup> Secondo F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2012, 476, il tema del concorso apparente di norma rappresenta il fianco più vulnerato del principio costituzionale di legalità.

<sup>62</sup> Fondamentale sul punto S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 2006, 111 ss.

In tale ottica la specialità può esplicare una adeguata funzione di argine alla duplicazione sanzionatoria, in quanto siano chiari, in origine, gli ambiti applicativi rispettivamente del diritto penale e del diritto amministrativo sanzionatorio, nonché la funzione delle corrispondenti sanzioni.

Alla luce delle considerazioni espresse, le valutazioni cui l'intera comunità giuridica, a partire dal legislatore, sarà chiamata a compiere a seguito del monito della Corte europea dei diritti dell'uomo travalicano i confini del *market abuse* o del diritto penale tributario per abbracciare tematiche generali, a partire dal riconoscimento dei confini della materia penale, fino a giungere ai meccanismi processuali volti ad evitare processi parziali.

Nell'itinerario giuridico descritto le norme europee assumono una duplice funzione: valutativa, come parametri di riferimento, e monitoria, laddove impongono al legislatore scelte chiare, senza truffe delle etichette.

Se questo è lo scenario, appare evidente il rischio di aggrapparsi a soluzioni tampone, come la modifica dell'art. 649 c.p.p., o settoriali, come l'art. 50 della Carta di Nizza. La soluzione non può che passare attraverso scelte sistemiche, espresse tramite la via legislativa.

# I reati di opinione dal codice Rocco alla CEDU, passando per il caso De Luca

MARTINA MALVAGNI

## MASSIMA\*

«Affinché possa ravvisarsi la materialità del delitto di istigazione a delinquere di cui all'art.414 c.p., occorre che sia posta in essere pubblicamente la propalazione di propositi aventi ad oggetto comportamenti rientranti in specifiche previsioni delittuose, effettuata in maniera tale da poter indurre altri alla commissione di fatti analoghi: di talché è indefettibile l'idoneità dell'azione a suscitare consensi ed a provocare "attualmente e concretamente" - in relazione al contesto spazio-temporale ed economico-sociale ed alla qualità dei destinatari del messaggio - il pericolo di adesione al programma illecito. Sicché è necessario che la condotta vietata presenti un contenuto immediatamente offensivo per il bene tutelato al fine di superare le garanzie poste dal sistema costituzionale a tutela della libera manifestazione del pensiero».

## ABSTRACT

*Despite the advent of the Constitution and with it the principle of free expression of thought ex art 21 cost., the category of crimes of opinion is far from being expunged from our juridical system. Indeed, the Constitutional Court, in line with the CEDU, has decided to maintain the entire system of the crimes of defamation as well as the particular cases of incitement to murder, the crime's apology and that of racist propaganda, by repealing exclusively those cases focused on behaviours less directly disrespectful towards moral, spiritual, ideal and super-individual values and not actually offensive towards goods or interests equally guaranteed and protected by the Constitution. From this perspective, judgment no. 4573/15 expressly found that "the line between freedom of expression and crimes of incitement and apology is marked by the element of concrete danger" which threatens the interests and goods protected by the incriminating rule.*

SOMMARIO: 1. I reati di opinione: dal Codice Rocco del 1930 alla riforma apportata con legge n. 85/2006. – 2. Il confine tra l'incriminazione dei reati di opinione ed il diritto di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost.: sent. trib. di Torino n. 4573/2015. – 3. La libertà di manifestazione della giurisprudenza della Corte europea.

1. La categoria dei reati di opinione comprende tutte quelle fattispecie criminose che hanno ad oggetto una condotta lesiva di interessi e valori super-individuali considerati meritevoli di tutela.<sup>1</sup>

\* Tribunale di Torino, sez. I., 19 ottobre 2015, n.4573, De Luca imp.

Tali tipi di reati non sono altro che derivati dei vecchi delitti di lesa maestà: delitti la cui connotazione offensiva essenziale era quella di rappresentare una turbativa in relazione ad una serie di valori morali facenti capo allo Stato: l'idea di Nazione, il prestigio delle istituzioni, l'obbedienza alle leggi penali statali. Si comprende, pertanto, la centralità assunta da tali reati in un sistema giuridico-politico, come quello fascista, ove la lesione dei valori morali incarnati nell'idea di Stato rappresentava un fatto meritevole di particolare riprovazione giuridico-penale che, dunque, andava punito.

Ed invero, nel Codice Rocco, limitando l'attenzione al quadro normativo ancora vigente prima della riforma operata dalle legge n. 85 del 2006, la nozione di reato di opinione poteva impiegarsi in riferimento a quattro categorie di ipotesi criminose: le varie forme di vilipendio, propaganda e apologia incriminate tra i delitti contro lo Stato *ex art. 270 ss.*; l'apologia di delitto *ex art. 414 comma 3 c.p.* incriminata nei delitti contro l'ordine pubblico; i diversi casi di vilipendio contro la religione di Stato e i culti ammessi *ex artt. 403 ss. c.p.* e la propaganda razzista di cui alla prima parte della lett. a del primo comma dell'art. 3 della Legge n. 654/1975. Tale classificazione dimostrava concretamente come l'assetto costituzionale del sistema fosse imperniato sulla centralità dello stato e della nazione. Centralità che andava garantita e tutelata incriminando condotte per il solo fatto di avere come oggetto l'espressione di un pensiero o di un'idea contrastante con i valori suddetti e prevenendo così l'altrui presa di conoscenza del pensiero offensivo.

Come evidente, tale quadro normativo, con l'avvento della Costituzione, risultò incompatibile con il mutato clima politico e sociale basato non più sulla centralità dello Stato e della Nazione, ma, innanzitutto, della persona e della sua dignità individuale e sociale.

Si sentì, dunque, l'esigenza di adeguare la categoria dei reati di opinione ai nuovi valori costituzionali quale per primo la libertà di manifestazione di pensiero di cui all'art. 21 Cost. Adeguamento che si è realizzato solo con la riforma operata dalla legge del 2006 n. 85, la quale ha inteso incidere sul profilo della determinatezza delle fattispecie dei reati di opinione, almeno nella parte in cui ha cercato di precisare, di delimitare meglio, la portata offensiva di alcune delle fattispecie in questione, giungendo anche ad abrogare quelle fattispecie considerate non più rispondenti alle attuali esigenze di tutela.

Prima di esaminare il contributo apportato da tale riforma, appare utile e necessario esaminare nello specifico il quadro normativo previgente al fine di poter individuare più facilmente i profili innovativi introdotti dalla legge suddetta.

Come già sottolineato, nella formulazione originaria del codice Rocco erano individuabili quattro categorie di reati di opinione. La prima comprendeva le varie forme di vilipendio, apologia e propaganda contro lo Stato e le sue istituzioni: art. 266 c.p. istigazione di militari a disobbedire alle leggi; art. 269 c.p. attività antinazionale del cittadino all'estero; art. 270 c.p. associazioni sovversive; art. 271 c.p. associazioni antinazionali; art. 272 c.p.: propaganda e apologia sovversiva; art. 278 c.p. offese all'onore e al prestigio del presidente della repubblica, art. 279 c.p. lesa prerogativa

---

<sup>1</sup> Nello specifico si tratta di reati che consistono nella espressione di un certo pensiero avente contenuto particolare, non meramente informativo o narrativo, ma critico. Oggetto dell'incriminazione è il fatto in sé della comunicazione di un'opinione a prescindere dall'obbiettiva capacità della condotta o dalla soggettiva intenzione del legislatore di provocare nel mondo esterno alcunché di diverso dalla mera ricezione del messaggio valutativo espresso.  
F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Padova, 2014.

dell'irresponsabilità del presidente della repubblica, art. 241 c.p. attentati contro l'integrità, l'indipendenza o l'unità dello Stato; art. 283 c.p. attentato contro la costituzione dello Stato; art. 289 c.p. attentato contro organi costituzionali e contro le assemblee regionali; art. 290 c.p. vilipendio della Repubblica, art. 291 c.p. vilipendio alla nazione italiana, art. 292 vilipendio alla bandiera o ad altro emblema dello Stato; art. 299 c.p. offesa alla bandiera o ad altro emblema dello Stato estero.

Le diverse fattispecie di vilipendio, così come definite dal legislatore, si differenziano esclusivamente per il destinatario della condotta (determinate istituzioni, determinate entità) o per l'identità del soggetto attivo di essa. Il termine "vilipendere" significa "tenere a vile" "mostrare sprezzo" per qualcuno o qualcosa. Generalmente tale condotta assume rilevanza in quanto pubblica. Ne consegue che nei reati in questione la condotta illecita consiste nel manifestare pubblicamente disprezzo con coscienza e volontà di ledere il prestigio o l'onore della collettività nazionale, interesse che, dal punto di vista del legislatore, è meritevole di un particolare rispetto<sup>2</sup>. In realtà la manifestazione di disprezzo non denota una categoria di comportamenti, ma semplicemente il significato, che si può riconoscere dietro la realizzazione di una qualsiasi condotta. E' evidente un'elevata indeterminazione e genericità di tale requisito: difatti qualsiasi contegno, commissivo o omissivo, potrebbe costituire vilipendio, sol che vi si possa leggere l'esteriorizzazione di un certo significato, ossia del disprezzo per qualcuno o per qualcosa. Inoltre, risulta difficilmente individuabile il bene tutelato da tali norme incriminatrici. Ciò comporta una difficoltà di sussunzione, nella fattispecie astratta, della condotta concreta tutte le volte che questa non rientri nel novero dei casi facili (una condotta che, sebbene irrispettosa, non sia brutalmente vilipendiosa).

La condotta di vilipendio risultava riprovevole e perciò punibile non solo quando offensiva delle istituzioni. Ed invero, gli artt. 403 ss c.p. punivano la condotta vilipendiosa laddove fosse offensiva della religione di Stato. Questa poteva realizzarsi attraverso differenti modalità: o attraverso le offese perpetrate nei confronti del ministro di culto (art. 403 c.p.), o mediante vilipendio di cose consacrate che formano oggetto di culto (art. 404 c.p). Inoltre costituiva reato ai sensi dell' art. 405 c.p. anche il turbamento delle funzioni religiose del culto cattolico compiute con l'assistenza di un ministro del culto medesimo. Risulta utile sottolineare che tali fattispecie incriminatrici si riferivano unicamente alle offese perpetrate nei confronti della religione di Stato, quale appunto quella Cattolica, a dimostrazione, dunque, del differente trattamento riservato a questa e agli altri culti. Ed invero, vi fu bisogno di un'ulteriore disposizione, quale quella dell' art. 406 c.p., affinché tali incriminazioni venissero estese, sebbene con pena diminuita, anche a quei comportamenti offensivi dei culti ammessi nello Stato differenti, dunque, dalla religione Cattolica.

Come già sottolineato, ad essere punita non era solo la condotta vilipendiosa. Anche le condotte di istigazione, apologia e propaganda erano considerate rilevanti ai fini di una incriminazione. Con il termine propaganda si intende *"la divulgazione di opinioni finalizzata ad influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico e a raccogliere adesioni"*.<sup>3</sup> Su un piano diverso, invece, si ponevano, e si pongono tutt'ora, le condotte di istigazione e apologia incriminate non solo nell' ambito dei delitti contro lo Stato, ma anche nei delitti contro l'ordine pubblico *ex art. 414 c.p.*

---

<sup>2</sup> Cass. pen., sez. I, 21 Marzo 2013, n. 28730, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>3</sup> Cass. pen., sez. III, 23 Giugno 2015, n. 36906, in <http://www.giustizia.it>.

Nel termine “istigazione” ex comma 1 art. 414 c.p. rientrano tutte quelle condotte con le quali il soggetto agente determini direttamente la nascita in un terzo di un proposito criminoso prima inesistente o semplicemente provochi il rafforzamento di un proposito preesistente. Differentemente, con il termine “apologia” si intende non una incitazione diretta al reato, bensì comportamenti che manifestano approvazione o glorificazione dello stesso, in guisa tale da palesare una spinta psichica diretta alla sua realizzazione.

In ambedue le ipotesi, la condotta deve essere esercitata pubblicamente così da essere percepita da una pluralità di persone ed innescare un pericolo che presenta dimensione collettiva.

Come evidente, qui la soglia di punibilità risulta estremamente anticipata rispetto alla verifica dell’evento. In riferimento all’apologia di delitti si rischia di punire una condotta di rilievo puramente interno e psichico. Invece, in relazione all’istigazione punita a prescindere dalla verifica dell’evento, si deroga implicitamente all’ art. 115 c.p. secondo cui non è punibile colui che istiga alla commissione di un reato, se l’istigazione è stata accolta, ma il reato non è stato commesso<sup>4</sup>. Tale deroga trova la sua *ratio* nell’esigenza, avvertita durante il periodo dell’emanazione del codice Rocco, di operare un massimo controllo sulla collettività anche, dunque, colpendo mere condotte di approvazione solo per il pericolo che queste avrebbero potuto spingere terzi alla commissione di un reato o alla disobbedienza delle leggi di ordine pubblico, ovvero all’odio fra le classi sociali ex art. 415 c.p.

Il quadro normativo, così delineato, non poteva essere compatibile con i principi costituzionali. Ed invero fino al 2006, anno in cui vi fu la modifica legislativa, la Corte costituzionale, preso atto del mutato sistema socio-politico di valori, è intervenuta per limitare la portata delle suddette norme incriminatrici caratterizzate, invece, da connotati di particolare rigidità repressiva, tipica dei sistemi statali di matrice autoritaria.

Il giudice delle leggi dichiarò, con sent., 5 aprile 1974 n.108, l’illegittimità dell’ art. 415 c.p. «*nella parte in cui prevede come reato l’istigazione all’odio tra le classi sociali, senza specificare che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità*».

Successivamente, anche l’ art. 272 comma 2 c.p. fu dichiarato incostituzionale, con sent., 22 giugno 1966, n.87 in quanto «*tale disposizione nella parte in cui punisce chiunque fa propaganda per distruggere o deprimere il sentimento nazionale finisce per dare rilevanza ad una condotta che si sviluppa soltanto nell’intimo della coscienza di ciascuno sicché questa se non indirizzata a suscitare violenze e reazioni non può essere vietata (...)* Nella propaganda, la manifestazione è rivolta e stret-

---

<sup>4</sup> E’ opportuno delineare i confini che la separano rispetto all’istigazione rilevante come concorso morale nel reato, in base all’art. 110 c.p. In particolare, è necessario evidenziare che l’incriminazione di cui all’art. 414 c.p., avente ad oggetto la mera istigazione, si fonda sull’innescamento di un pericolo concreto, sicché è sufficiente accertare la potenziale lesività della stessa per l’ordine pubblico sulla scorta di un giudizio “ex ante” ed in concreto, basato sulla tecnica della cd. “prognosi postuma”, attraverso il quale il giudice si colloca idealmente nella situazione in cui è stata realizzata la condotta penalmente rilevante; e ciò tenendo conto di tutte le circostanze conosciute dall’imputato o conoscibili in base all’ordinaria diligenza.

Al contrario, il riscontro della responsabilità concorsuale di cui all’art. 110 c.p. deve necessariamente avvenire sulla scorta di un giudizio “ex post” che si fonda sul parametro della “causalità agevolatrice”. Ne consegue, che l’imputato risponderà a titolo di concorso morale nel reato materialmente realizzato ove si pervenga, con ragionevole ed umana certezza statistica e logica, a dimostrare che la sua condotta istigatrice abbia quantomeno agevolato (nel senso di un rafforzamento del progresso proposito criminoso) la realizzazione del reato stesso.

tamente collegata al raggiungimento di uno scopo diverso, che la qualifica e la pone su un altro piano»<sup>5</sup>. Precipitato di tale pronuncia fu, inoltre, la declaratoria di incostituzionalità dell' art. 271 c.p. con sent., 5 luglio 2001, n. 234. Ed invero, non essendo più vietata la condotta di propaganda diretta a distruggere o deprimere il sentimento nazionale, non risultava più giustificata la sopravvivenza dell'incriminazione di un gruppo associativo avente come scopo la stessa attività resa liberamente praticabile, soprattutto alla luce dell'art. 18 Cost., che riconosce la libertà di associazione per fini che non siano “vietati ai singoli dalla legge penale”.

In secondo luogo, con sent., 25 novembre 1958, n. 74, la Corte precisò che l' art. 5 della legge 20 giugno 1952 n. 645 «non prevede come contravvenzione qualsiasi manifestazione fascista, ma soltanto le pubbliche manifestazioni anche se commesse da una sola persona, idonee a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostruzione di organizzazioni fasciste».

La Corte è altresì intervenuta, con riferimento all' apologia di delitto prevista dall' art 414 comma 3 c.p., con sent., 23 aprile 1970, n.65 sottolineando che «l'apologia punibile non è la pura manifestazione di pensiero ma quella che sia concretamente idonea a provocare la commissione di delitti», interpretando, quindi, tale fattispecie in chiave di pericolo concreto<sup>6</sup>.

Infine la Consulta, ripetutamente chiamata a pronunciarsi sulla tutela penale del sentimento religioso, ha preso in esame le fattispecie incriminatrici previste dagli artt. 402, 404 e 405 c.p., accogliendo, in riferimento agli artt. 3 e 8 Cost., le questioni di legittimità costituzionale sollevate per disparità di trattamento tra la religione cattolica e le altre religioni, nella parte in cui, per le offese alla religione cattolica, sono previste pene differenti anziché la pena diminuita stabilita dall' art. 406 c.p.<sup>7</sup>

A tale adeguamento giurisprudenziale si è affiancata la riforma legislativa n. 85 del 2006. Con l'attuale disciplina, vengono espunte dal codice alcune fattispecie di delitti contro la personalità dello Stato, che non hanno trovato larga applicazione e che non risultano più rispondenti alle mutate esigenze di tutela: è il caso della disciplina di cui agli artt. 269, 279, 292-bis e 293, 406 c.p.; altre ipotesi di reati, sempre inerenti alla manifestazione di opinioni ed ideologie politiche, di contro, sono stati riformulati in modo da presentare una connotazione maggiormente specifica rispetto alla dizione precedente, integrando la condotta perseguita non più meri “*fatti diretti*”, bensì “*atti violenti diretti ed idonei*” (così il nuovo testo degli artt. 241, 283, 289 c.p.).

---

<sup>5</sup> A differenza, invece, del primo comma della stessa disposizione che punisce la propaganda in quanto diretta al ricorso alla violenza come mezzo per conseguire un mutamento dell'ordine vigente, ed il diritto di libertà della manifestazione del pensiero non può ritenersi leso da una limitazione posta a tutela del metodo democratico. Principio, tra l'altro, confermato anche da Corte Cost., 2 Aprile 1969, n. 84, secondo cui «la libertà di propaganda è espressione di quella di manifestazione del pensiero ed è assicurata fino al limite oltre il quale risulti leso il metodo democratico».

<sup>6</sup> In tal modo, la Corte ha espunto dalla nozione del reato di apologia tutto ciò che potrebbe rientrare nella propaganda di “puro pensiero e pura opinione”, Corte Cost., 22 giugno 1966, n.87; dall'altro ha accostato il reato di apologia al reato di istigazione, ritenendo conseguentemente punibile solo chi, blandendo o glorificando l'autore di un delitto, ponga in essere un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti. Corte cost., 23 Aprile 1970, n. 65, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>7</sup> Corte Cost., 14 novembre 1997, n. 329, in <http://www.giustizia.it>; Corte Cost., 1 luglio 2002, n. 327, in <http://www.giustizia.it>; Corte Cost., 18 aprile 2005, n.168, in <http://www.giustizia.it>.

Altre ipotesi delittuose, invece, sono state perfezionate affinché si potesse individuare più facilmente la loro portata offensiva. E' il caso della riformulazione dell' art. 292 c.p. (vilipendio alla bandiera o ad altro emblema dello Stato): laddove dapprima era genericamente incriminato il fatto di vilipendere la bandiera nazionale o un altro emblema nazionale dello Stato, oggi la disposizione cerca di precisare più accuratamente la condotta incriminata.

A tal fine, si è scelto di scindere quello che prima era un unico reato in due fattispecie diverse: il primo comma della disposizione incrimina il fatto di vilipendere con espressioni ingiuriose la bandiera nazionale o altro emblema dello Stato; al secondo comma, invece, è ora espressamente incriminata la condotta di “*chiunque pubblicamente e intenzionalmente distrugge, disperde, deteriora, rende inservibile o imbratta la bandiera nazionale o altro emblema dello Stato*”. Secondo la dottrina prevalente, la locuzione “espressioni ingiuriose” si riferisce non unicamente a quelle verbali, linguistiche, orali o scritte, bensì alla necessità che le manifestazioni di disprezzo avvengano mediante espressioni già di per sé offensive.

Una ristrutturazione analoga a quella subita dall' art. 292 c.p., ha riguardato anche l' art. 404 c.p. La nuova formulazione del secondo comma dell' art. 404 c.p.<sup>8</sup> relativo al danneggiamento vilipendio di cose di culto richiede, ai fini della tipicità della condotta, una precisa intenzione di vilipendere pubblicamente una confessione religiosa, escludendo dall'oggetto del divieto tutte quelle condotte di danneggiamento, in cui il vilipendio della confessione religiosa costituisca oggetto di un dolo indiretto o eventuale e quindi poste in essere, non allo scopo di vilipendere, ma a tutt'altro scopo. Come emerge, inoltre, dal confronto tra la vecchia e la nuova disciplina, l'espressione “religione di Stato”, contenuta negli art. 403, 404 e 405, è stata sostituita con la locuzione “confessione religiosa”, al fine di garantire eguale protezione al sentimento religioso a prescindere, dunque, se si tratti di religione cattolica o di altri culti ammessi nello Stato i quali, come già detto, essendo stato abrogato l' art. 406 c.p., non godono più di un trattamento di tutela differenziato.

Un ultimo intervento, al fine di rendere più determinata la fattispecie, è infine quello che ha riguardato l'art. 3 primo comma, legge n. 654/1975: la novella ha sostituito le precedenti locuzioni “chi diffonde in qualsiasi modo idee” e “incita” rispettivamente con “chi propaganda idee” e “istiga”.<sup>9</sup>

L'intervento di portata più generale, tra quelli contenuti nella riforma, è comunque quello relativo alla comminatoria edittale delle pene: la riforma opera un generalizzato ritocco al ribasso del-

---

<sup>8</sup> L' art. 404 c.p. 2 comma prevede che «chiunque pubblicamente e intenzionalmente distrugge, disperde, deteriora, rende inservibili o imbratta cose che formino oggetto di culto o siano consacrate al culto o siano destinate necessariamente all'esercizio del culto è punito con la reclusione fino a due anni».

<sup>9</sup> La nuova formulazione dell' art. 3 primo comma, della legge n. 654/1975 così recita, in particolare: “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, anche ai fini dell' attuazione dell' art. 4 della convenzione di New York del 1966, è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni, chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

le sanzioni previste per quei reati di opinione che le sono sopravvissuti. In alcuni casi, la pena è rimasta dello stesso tipo e della stessa specie, ma ne è stato ridotto il *quantum* edittale.<sup>10</sup>

In altri casi, invece, la modificazione comminatoria edittale di pena ha comportato il passaggio a pene di specie diversa rispetto a quelle precedentemente previste: nella gran parte delle ipotesi delittuose rimaste vigenti, si è passati dalla pena della reclusione alla pena pecuniaria<sup>11</sup>. La riforma, inoltre, ignora del tutto l'apologia di delitto di cui al comma 3 dell' art. 414 c.p. il cui bene giuridico tutelato consiste nell'ordine pubblico<sup>12</sup>. Anzi, come già detto, per superare i problemi che una tale fattispecie poteva causare in riferimento ai principi di materialità e offensività del reato nonché al diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero *ex art. 21 cost.*, è stata interpretata in chiave di pericolo concreto. Tuttavia non manca chi ha sostenuto che sarebbe stato più coerente, sia con i principi fondamentali del diritto penale, sia con la contestuale abrogazione dell' art. 272 c.p. in tema di propaganda e apologia sovversiva, se la legge del 2006 avesse abrogato il reato di apologia di delitti previsto dall' art. 414 comma 3 c.p. Il legislatore, peraltro, non solo non ha abrogato tale fattispecie, ma si è spinto oltre estendendo la sua portata applicativa.

Ed invero, la legge n. 172 del 2012 con cui è stata ratificata la Convenzione di Lanzarote sulla protezione dei minori, ha inserito l'art. 414 *bis* disciplinante la condotta di istigazione e apologia a pratiche di pedofilia e pedopornografia. Tale disposizione al primo comma descrive la condotta di istigazione; al secondo comma tratta della condotta di apologia. Rinviando a quanto già osservato, in relazione alla differenza tra istigazione e apologia, non ci resta che esaminare l'elemento soggettivo del reato.

Parte della dottrina, configurando i reati di istigazione e apologia quali reati di mera condotta, ha evidenziato la necessità, per la realizzazione degli stessi, di un dolo specifico. D'altro canto, la giurisprudenza ha ricostruito la fattispecie in termini di reato a dolo generico, ritenendo sufficiente per la configurazione del reato, la coscienza e volontà dell' agente di realizzare una condotta di incitamento diretto o indiretto, che innesca un pericolo potenziale nella realizzazione di reati da parte di terzi, prescindendo dall'analisi del suo volere interno, nonché del fine particolare perseguito e dei motivi dell'agire<sup>13</sup>.

Il percorso evolutivo tracciato fin ora consente di affermare che la categoria dei reati di opinione è ben lungi dall'essere espunta dal nostro ordinamento giuridico. Ed invero, con i suddetti interventi legislativi e giurisprudenziali, si è optato per il mantenimento dell'intero sistema dei reati di vilipendio nonché delle fattispecie di istigazione a delinquere, di apologia di delitto e quella di pro-

---

<sup>10</sup> E' il caso dell' art. 292 c.p. il quale prima della riforma puniva in maniera indifferenziata ogni condotta di vilipendio alla bandiera nazionale con la reclusione da uno a tre anni. Il nuovo testo dell' art. 292 che come detto distingue tra vilipendio con espressioni ingiuriose e danneggiamento vilipendioso, punisce solo questa seconda ipotesi con la pena della reclusione fino a due anni.

<sup>11</sup> Questo ad esempio è accaduto nelle ipotesi di vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate *ex art. 290 c.p.*, nonché del vilipendio alla nazione italiana *ex art. 291 c.p.* o di offesa a una confessione religiosa mediante vilipendio di cose con espressioni ingiuriose *ex art. 404 comma 1 c.p.*

<sup>12</sup> Dopo l'avvento della Costituzione si è passati da una concezione di ordine pubblico "ideale" ad una concezione di ordine pubblico inteso in senso "sostanziale" affinché, dunque, comprendesse una serie di valori oggettivamente afferribili quali la regolare convivenza civile, la sicurezza pubblica, la tranquillità sociale, l'assenza di violenza e di disordine.

<sup>13</sup> Cass. pen., sez. I, 16 ottobre 2008, n. 40684, in <http://www.giustizia.it>.

paganda razzista, abrogando esclusivamente fattispecie incentrate su condotte meno direttamente irrispettose nei confronti di valori morali, spirituali, ideali e sopra-individuali.

2. Rilevata la persistenza, nel nostro diritto penale, di norme incriminatrici di reati c.d. di opinione, non ci resta che esaminarne il rapporto con il diritto di libertà di espressione di cui all' art. 21 Cost.

Come già rilevato, il reato di opinione ha ad oggetto l'espressione di un'opinione, di un'idea o di un punto di vista che contrasta con valori morali o spirituali sopra-individuali.

Ma è legittimo vietare penalmente l'espressione di un pensiero? E soprattutto, ammesso che in certi casi sia legittimo, quali sono i valori che richiedono una così ampia tutela?

Per rispondere a tali quesiti risulta indispensabile esaminare in via preliminare la tematica della libertà di espressione.

Tale diritto è riconosciuto dall' art. 21 Cost. secondo cui «tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione», legittimando solo quelle limitazioni, che abbiano ad oggetto manifestazioni contrarie al buon costume. Tale norma, come evidente, tende a garantire a ciascun individuo la libera manifestazione del pensiero nell'accezione sia di rilievo interno – quale quello del contenuto – sia di rilievo esterno, cioè quale forma attraverso cui il contenuto di pensiero è stato espresso. La Corte Costituzionale, con sent., 29 aprile 1985, n. 126, ha precisato che la garanzia di cui all' art. 21 comprende anche «le forme collettive di tale manifestazione, come essenziali alla libertà di cui si tratta, essendo necessarie al fine di dare corpo e voce ai movimenti di opinione concernenti interessi superindividuali». La libertà di manifestazione del pensiero rientra, quindi, secondo la Corte, tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all' art. 2 Cost.<sup>14</sup>, con la conseguenza, da un lato, che la Repubblica ha il dovere di garantirla anche nei confronti dei privati ( nel senso che il diritto a manifestare il proprio pensiero è attribuito all'uomo in quanto tale e non all'uomo nella qualità di membro della comunità) e, dall'altro, della non sopprimibilità della stessa, se non per tutelare altri beni protetti dalla Costituzione.

Ne consegue che, se una norma sia in contrasto con un principio costituzionale, come può appunto essere il caso di una norma che prevede un reato c.d. di opinione, in relazione alla libertà di manifestazione del pensiero, non per questo va considerata incostituzionale. Tale contrasto può semmai essere giustificato in vista della salvaguardia di un altro principio o diritto che possa ritenersi prevalente rispetto a quello che subisce la restrizione. Ed invero, con riferimento, per esempio, alle condotte di vilipendio, il legislatore ha ritenuto prevalente al principio di libertà di manifestazione del pensiero, l'esigenza di tutelare l'onore dello Stato e delle sue istituzioni, affinché tale tutela, risulti funzionale a garantire l'espletamento dei compiti ad essi affidati<sup>15</sup>.

Coerentemente con tale impostazione, nel caso delle condotte offensive di una confessione religiosa attraverso vilipendio di chi la professa, la Corte parla genericamente di “lesione della perso-

---

<sup>14</sup> Corte Cost., 29 aprile 1985, n. 126, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>15</sup> Corte Cost., 24 gennaio 1974, n. 20, in <http://www.giustizia.it>.

nalità del credente”, includendo l’onore tra i diritti inviolabili dell’uomo e per questo non sopprimibile<sup>16</sup>.

Ne deriva che la previsione costituzionale del diritto di manifestare il proprio pensiero non integra una tutela incondizionata e illimitata di suddetta libertà, giacché a questa sono posti limiti derivanti dalla tutela del buon costume<sup>17</sup> e dall’esigenza di tutelare beni o interessi diversi che siano parimenti garantiti o protetti dalla Costituzione tra cui non possono non includersi i diritti inviolabili dell’uomo, in quanto essenzialmente connessi con la persona. Una limitazione siffatta, però, è consentita solo ove le condotte da incriminare risultino concretamente offensive di beni o interessi considerati meritevoli di tutela, in quanto, solo a tale condizione, risulta ragionevole comprimere la libera manifestazione del pensiero. Il principio risulta, dunque, intimamente connesso con il principio di materialità del reato: una norma sarà costituzionalmente illegittima per violazione dell’art 21 cost. unicamente laddove vieti una condotta solo per il fatto che questa rappresenti l’espressione di un certo pensiero, in quanto a nessuno può essere vietato di “dire” quel che pensa.

Ne consegue la necessaria previsione, da parte della norma incriminatrice, di un nesso causale effettivo tra espressione del pensiero e danno causato.

Da tale assunto trae origine la sentenza di assoluzione n. 4573/2015 emanata dalla prima sezione del Tribunale di Torino nei confronti di Erri De Luca, imputato per il reato di istigazione a delinquere ex art. 414 c.p. comma 1.

La vicenda processuale aveva ad oggetto alcune dichiarazioni<sup>18</sup> che il De Luca aveva rilasciato, il 1 settembre 2013, durante un’intervista diretta dalla giornalista Eduati, pubblicata sull’ *Huffington Post*, nonché quelle rese all’ ANSA, il 5 settembre 2013, nelle quali il De Luca asserì che la costruzione della Tav in Val di Susa andasse “sabotata in quanto opera inutile”.

Da qui la contestazione del reato di istigazione a delinquere e nella specie, a compiere atti illeciti al fine di operare il suddetto sabotaggio.

Il percorso motivazionale della sentenza è di rilievo centrale nella misura in cui si iscrive in quel cammino evolutivo inaugurato dalla Corte Costituzionale da sempre impegnata a rendere compatibili le incriminazioni dei reati di opinione con i nuovi valori emersi dalla Costituzione.

A tal fine, infatti, la sentenza, riprendendo la ricostruzione prospettata dalla Cass. pen., sez. I, sent. 10641/1997 e ancor prima dalla Corte cost., 22 aprile 1970, n.65, sottolinea che «la linea di confine tra la libertà di manifestazione del pensiero e i delitti di istigazione e apologia è segnata dall’elemento della concretezza del pericolo» posto in essere con riferimento al bene tutelato dalla norma incriminatrice.

<sup>16</sup> Corte. Cost., 15 dicembre 1988, n. 1150, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>17</sup> Corte Cost., 9 luglio 1992, n. 368. In quell’occasione, la Corte, ha precisato che il concetto di buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, l’inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori che nell’ambito della famiglia, della dignità personale e del sentimento morale dei giovani.

<sup>18</sup> Nello specifico, il De Luca, durante l’intervista con la giornalista Eduati, faceva le seguenti dichiarazioni «la Tav va sabotata. Ecco perché le cesoie servivano: sono utili a tagliare le reti. Nessun terrorismo». Domanda della giornalista: *Dunque sabotaggi e vandalismi sono leciti?* Risposta del De Luca: «Sono necessari per far comprendere che la Tav è un’opera nociva e inutile». In una successiva dichiarazione, resa all’ ANSA, il De Luca affermava «Resto convinto che il Tav sia un’opera inutile e continuo a pensare che sia giusto sabotare quest’opera».

In tal senso, dunque, si opera un condivisibile bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti rappresentati, da un lato, dalla libertà di manifestazione del pensiero e, dall'altro, dall'esigenza di punire condotte concretamente lesive del bene dell'ordine pubblico. Solo il requisito della concretezza del pericolo di lesione può giustificare la prevalenza accordata alla tutela di quel bene/valore a scapito della libertà di manifestazione del pensiero. Pertanto, ciò che risulta rilevante è la modificazione della realtà che la condotta comunicativa provoca o può provocare e non il solo contenuto del pensiero comunicato.

Ma vi è di più: la sentenza in esame, infatti, procedendo all'accertamento, in concreto, del requisito della concretezza, propone un metodo di indagine basato su determinati parametri. In primo luogo, ha evidenziato che una condotta di istigazione è concretamente pericolosa e, quindi, idonea nel suo intento, quando non si possa registrare un ampio lasso di tempo tra la condotta posta in essere e la prospettiva della realizzazione del fatto. In altre parole, trattandosi di reato di pericolo e non di evento, ai fini dell'incriminazione, non si richiede che l'istigazione venga accolta e, quindi, che provochi la commissione di un reato<sup>19</sup>. Ciò che risulta necessario, invece, è l'elemento dell'attualità e immediatezza del pericolo: quanto più la condotta risulti lontana dal creare nei destinatari l'intento criminoso, tanto più questa sarà penalmente irrilevante.

In realtà non si può non rilevare che le origini di tale requisito sono da rinvenire nella pronuncia della Cassazione n.11578/1997. In quell'occasione la Corte Suprema interpretando il delitto di apologia, come quello di istigazione, in chiave di pericolo concreto, precisò che il primo «consiste nella rievocazione pubblica di un episodio criminoso diretta e idonea a provocare la violazione delle norme penali, nel senso che l'azione deve avere la concreta capacità di provocare l'immediata esecuzione di delitti, o quanto meno, la probabilità che essi vengano commessi in un futuro più o meno prossimo».

D'altronde, se così non fosse, si finirebbe per operare un'inammissibile anticipazione della soglia di punibilità rischiando, inoltre, di punire condotte che non costituiscono effettivamente l'antecedente causale del processo innescato.

In secondo luogo, si richiede l'idoneità del contesto storico nel quale tale condotta viene posta in essere. Più specificamente, la condotta di istigazione, per essere considerata rilevante ed idonea, deve essere realizzata in un contesto «particolarmente predisposto al recepimento di un messaggio istigatorio specifico». In quest'ottica, assumono rilevanza non solo le caratteristiche del mezzo di comunicazione adoperato, se questo è idoneo o meno ad assicurare una capillare diffusione, ma risulterà necessario valutare anche la tipologia di destinatari a cui generalmente quel mezzo di comunicazione fa riferimento<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Ricostruzione da ultimo confermata da Cass. pen., sez. I, 23 ottobre 2015, n. 42727, in <http://www.giustizia.it>, secondo cui con riferimento al reato di istigazione razziale ha evidenziato che «trattasi di un reato di pericolo che si perfeziona indipendentemente dalla circostanza che l'istigazione sia accolta dai destinatari (...)».

<sup>20</sup> In tal senso Cass. pen., sez. I, 23 ottobre 2015, n. 42727, in <http://www.giustizia.it>, secondo cui risulta «necessario valutare la concreta ed intrinseca capacità della condotta a determinare altri a compiere un'azione violenta, con riferimento al contesto specifico ed alle modalità del fatto».

Tuttavia, non si può non rilevare come l'assenza di criteri direttivi finisca per affidare un'indagine siffatta alla totale discrezionalità del giudice. Indagine che, inoltre, rischierebbe di subire inevitabili condizionamenti provenienti dal contesto sociale e politico di riferimento.

3. Per ragioni di completezza di tale trattazione, non si può non esaminare la posizione di centralità che viene attribuita al diritto in esame nell'ambito della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale circostanza assume rilevanza nella misura in cui, come noto, comporta implicazioni nel diritto interno.

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ratificata dall'Italia con l. 4 Agosto 1955, n. 848 tratta della libertà di espressione all'art. 10.<sup>21</sup> Questa libertà viene riconosciuta, non solo nell'ottica di una autonomia privata garantita da ingerenze esterne, ma anche in una dimensione pubblica intesa quale «libertà di ricevere o comunicare informazioni o idee», presupposto fondamentale per elevare il tasso di democraticità del sistema costituzionale del Paese.

Per queste ragioni, in passato, la Corte tendeva a garantire massima espansione al diritto in esame ricomprendendo all'interno della garanzia di cui all'art. 10 ogni tipologia di manifestazione del pensiero, indipendentemente dalla forma ovvero dallo specifico contenuto delle comunicazioni nonché qualsiasi opinione a prescindere dalla natura e dalla condivisibilità delle stesse.

Tuttavia, a fronte di tale espansione di tutela, il secondo comma dell'art. 10 prevede numerose cause per le quali gli stati membri possono imporre limitazioni a siffatto diritto. Si tratta, infatti, di tutti quei casi in cui le misure restrittive si rendono necessarie in una società democratica. Il termine necessario implica l'esistenza di un "bisogno sociale imperioso"<sup>22</sup>. E' evidente, dunque, l'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati Membri nella fase in cui devono giudicare se esiste oppure no tale bisogno. Per tali ragioni, si è resa necessaria un'attività interpretativa della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ed invero, questa, a più riprese, ha precisato che le limitazioni poste dallo Stato alla libera manifestazione del pensiero debbono essere necessariamente previste dalla legge, perseguire scopi legittimi e configurarsi come misure necessarie in una società democratica.

In tale prospettiva, nella recente giurisprudenza si è registrata una significativa regolarità applicativa dei reati di opinione legati ai casi di *hate speech*, conseguenza di profonde diffidenze nutrite verso minoranze etniche a causa dei più recenti fenomeni migratori che interessano principalmente soggetti con tradizioni religiose e culturali differenti da quelle occidentali<sup>23</sup>, nonché in rela-

<sup>21</sup> L'art. 10 CEDU sancisce che ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive.

2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.

<sup>22</sup> Corte Edu., sez. II, 17 luglio 2007, ric. n. 30278/04, Ormani c. Italia.

<sup>23</sup> Corte Edu., sez. II, 16 luglio 2009, ric. n. 15615/2007, Feret c. Belgio.

zione ai casi di vilipendio alle istituzioni. In più occasioni la Corte ha affermato che non è affatto escluso che talune categorie di espressione non siano coperte dall' art. 10, in particolare quando attraverso frasi offensive si ha il mero intento di offendere le istituzioni e non di esprimere delle opinioni critiche.

In definitiva, è come se la Corte accanto ai limiti espressi dal 2 comma dell' art. 10 consacrasse la fondatezza di un nuovo limite logico alla libertà di espressione: non rappresenta manifestazione del pensiero un'offesa allo Stato qualora essa non possa definirsi tecnicamente una critica al potere o, in generale, un disappunto che serva a sensibilizzare l'opinione pubblica, o, ancora, l'espressione di sentimenti personali legati alle proprie credenze o a valori identitari, che l'ordinamento da parte sua rinnegherebbe.

# La prassi *contra legem* dei riconoscimenti informali: una legalità tradita

CHIARA NAIMOLI

## ABSTRACT

*The paper deals with a Court of appeal decision in compliance with an established case-law about informal recognitions in criminal trials. According to that, informal photo recognition obtained during pretrial investigation is considered fully usable, as well as informal recognition of the offender by witnesses right in courtrooms.*

*The paper focuses on the relationship between detection as investigative technique and recognition as means of proof: they have different structure and function with regard to principles of new Criminal Procedure code.*

*Finally, the paper puts forth a critical analysis of established case law, that has been highlighting means of proof freedom and free convincement for the judge inappropriately, justifying an unacceptable practice in due process of law.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Individuazione e ricognizione di persone nel codice di rito. – 3. Tassative modalità procedurali previste per la ricognizione di persone. – 4. «L'atto ricognitorio psicologicamente autentico avviene una sola volta»<sup>1</sup>. – 5. L'individuazione a mezzo di fotografia. – 6. L'espedito giurisprudenziale: l'art. 189 c.p.p. – 7. Il riconoscimento informale parte integrante della prova dichiarativa. – 8. L'imprudente riferimento al prudente apprezzamento del giudice. – 9. Conclusioni.

1. Il perno attorno cui ruotano le maggiori problematiche del processo penale – come emerge in tutta evidenza anche nella pronuncia in esame – è costituito indubbiamente dai delicati e quanto mai complessi rapporti tra i principi che orientano l'intero processo e le loro inevitabili eccezioni; tra bisogno di garanzie e ricerca della verità; tra rigore del metodo probatorio ed esigenza di non dispersione della prova. E la cornice che decide gli spazi di espansione dell'una e dell'altra esigenza all'interno del quadro normativo è talvolta espressione dell'altalenante rapporto tra giudice e legge, che più che all'insegna di un'equilibrata miscela tra insopprimibile legalità e libertà del giudicante, alle volte – o ancora una volta, come nella fattispecie analizzata – ci appare un miscuglio in cui predomina una giurisprudenza vivente al di sopra di una sofferente legalità.

La sentenza della VI Sez. della Corte di Cassazione in commento – appiattita su uno stabile orientamento e perseverante nel medesimo approccio metodologico – offre l'occasione di riflettere

<sup>1</sup> L'espressione è di F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 773; osserva l'Autore citato parlando delle individuazioni «Questi atti ricognitori non sono puri espedienti investigativi: consumano l'effetto psicologico, svuotano l'eventuale messinscena allestita poi».

su una tanto granitica quanto deprecabile giurisprudenza di legittimità, che ormai da tempo continua ad eludere il principio di legalità nella formazione della prova.

Si fa riferimento alla prassi dei riconoscimenti informali dell'imputato effettuati nel corso dell'esame testimoniale. La sentenza, sostenendo la legittimità di tale *modus operandi* e richiamando stralci di pronunce precedenti, si inserisce nell'ormai datato solco tracciato dalla giurisprudenza di legittimità; evidenziando nuovamente quanto da tempo risulta oramai incontestabilmente ammesso, seppur discutibilmente legittimo.

Nella vicenda che ha dato origine alla sentenza, il giudizio di penale responsabilità dell'imputato per il reato di rapina aggravata risulta provato alla luce delle dichiarazioni e del positivo riconoscimento fotografico operato dalla persona offesa in dibattimento.

La Cassazione ha avuto così modo di ribadire che, *nel ritenere pienamente utilizzabile il riconoscimento fotografico informale, la Corte territoriale si è attenuta alla consolidata giurisprudenza di legittimità, secondo cui i riconoscimenti fotografici effettuati durante le indagini dalla polizia giudiziaria ed i riconoscimenti informali dell'imputato operati dai testi in dibattimento costituiscono accertamenti di fatto utilizzabili nel giudizio in base ai principi della non tassatività dei mezzi di prova e del libero convincimento del giudice.*

Dunque, trattandosi di accertamento di fatto liberamente apprezzabile dal giudicante, la decisione ben può fondarsi su tale informale riconoscimento, *seppur privo delle cautele e delle garanzie previste per il relativo mezzo di prova; e quindi, per questa via, cadendo in quel «sostanziale oblio applicativo cui sembra essere destinata la ricognizione, quantomeno in sede dibattimentale<sup>2</sup>».*

Si sa che l'atto del riconoscere una persona come autore del reato imputatogli, si traduce in un atto di comparazione tra quanto la memoria raccoglie nel presente e quanto percepito in precedenza, sotteso a formulare un giudizio di corrispondenza tra il percepito ora e il ricordato allora<sup>3</sup>. Si pone, quindi, l'accento proprio in questo aspetto critico-comparativo, che rappresenta di tale atto l'elemento di caratterizzazione<sup>4</sup>.

<sup>2</sup>L'espressione è di M. BONTEMPELLI, *La ricognizione*, in AA. VV., *la Prova Penale*, Torino, 2013, 481, P. FERRO, E. MARZADURI, G. SPANGHER (a cura di); Tra gli altri, rileva il non frequente impiego della ricognizione nel dibattimento, G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, 2010, 139.

<sup>3</sup> «Nell'operazione ricognitiva qualcuno viene guidato a percepire qualcosa: e ripensando a quel che aveva percepito in un dato contesto compara le due esperienze. «Riconoscere», nel senso in cui coniugato tale verbo gli artt. 213-217, designa eventi mentali a tre fasi: *N* è guidato a percepire *x*; e ripensa *y*, che aveva percepito; comparati *x* e *y*, stabilisce se collimino o differiscano», F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 771; «L'atto del riconoscere essenzialmente finalizzato ad ottenere la prova o l'elemento di prova della identità tra una persona o una cosa attinente ai fatti per i quali si procede e la persona o la cosa che è stata oggetto di percezione sensoriale da parte di un osservatore in una determinata occasione», A.M. CAPITTA, *Ricognizioni ed individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, Milano, 2001, 5.

<sup>4</sup> L'atto ricognitivo consiste «non già nel mero ricordarsi di una persona già conosciuta [...], bensì nell'individuare le analogie e le differenze morfologiche tra una pluralità di dati percepiti contemporaneamente – persone, cose, immagini o foto segnaletiche – e la persona o cosa oggetto di una percezione passata, per poter trarre un giudizio di identità o di difformità tra consimili», A.M. CAPITTA, *Ricognizioni ed individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, cit., 11 ss., riportato da F. VARONE, in *La metamorfosi inquisitoria dell'individuazione fotografica*, in *Giur. mer.*, 2008, n. 11, 2938, con nota critica circa l'assunto sostenuto da Capitta, per il quale «non può rientrare nella fattispecie ricognitiva la mera indicazione da parte del ricognitore dell'unica persona presente [identico discorso se a lui esibita una sola immagine fotografica], [...] perché questa operazione si configura quale atto privo della connotazione psicologica consistente nell'esame critico-comparativo tra consimili» rilevando di contro – l'Autore citato – come «anche nell'ipotesi di individuazione diretta, l'individuo chiamato ad effettuarla deve pur sempre mettere in atto un processo mentale di

Calandoci nel codice di rito, l'accertamento ricognitivo, risulta di fatto sdoppiato tra due distinti strumenti: quello dell'individuazione – atto di indagine, in quanto tale non utilizzabile di regola ai fini decisionali –, e quello della ricognizione – mezzo di prova, invece rientrante nel novero del materiale potenzialmente fondante il giudizio di penale responsabilità –; la differenza ovviamente non è di poco conto.

D'altro canto, la *ratio* dell'operare di due distinti moduli operativi riposa nella reiterabilità dell'atto di individuazione – compiuto dapprima, e solo, per finalità correlate alle vicende investigative – nel contesto dibattimentale, con le forme previste per il relativo mezzo di prova. Ciò in forza di una separazione funzionale, che tutt'altro prospetta che un rapporto di alternatività tra i due istituti, bensì un uso dosato del primo ai fini dell'accertamento individuatorio, tale da scongiurare il pericolo di alterazione probatoria del successivo esito ricognitivo.

A rigor di completezza – prima di affrontare la complessa trattazione della problematica sottesa alla pronuncia in esame, e per meglio comprendere come alla differente nomenclatura dei due strumenti operativi appena citati, corrisponda una diversità tanto materiale quanto strutturale, seppur non contenutistica – occorrerà inquadrare le due diverse dinamiche alla luce dell'impianto complessivo del nostro ordinamento processuale, e sol così facendo, meglio delineare i contorni di quel terzo strumento ricognitivo elaborato dalla fantasia giurisprudenziale e costituito appunto dai riconoscimenti informali.

2. Travalicando un'impostazione che poneva nella fase istruttoria, anziché in quella dibattimentale, il vero fulcro del processo, e celebrando il rigoroso rispetto delle formalità non più facilmente eludibili ai fini dell'accertamento del fatto, il nuovo codice sconvolge la logica del sistema precedente. Si scardina quella egregiamente definita «*bulimia inquisitoria*»<sup>5</sup> del codice Rocco, che si rovesciava in un processo teso nell'affannosa ricerca di una verità materiale; e per questa via si inaugura una nuova prospettiva dal sapore si vorrebbe accusatorio, che proprio nel settore delle prove rispecchia un elevato risalto ideologico e culturale verso la legalità<sup>6</sup>.

Il legislatore, difatti, valorizzando il rispetto del metodo come garanzia e presentando allo stesso tempo un'elasticità che consenta di evitare dispersioni di saperi a fronte di eccessivi formalismi, sceglie di penetrare attivamente nel procedimento di ammissione e acquisizione delle prove, scandendo un complesso sistema di separazione delle fasi, e con ciò privilegiando come luogo eletto per la formazione della prova la sede dibattimentale, nel contraddittorio tra le parti<sup>7</sup>.

La nuova cultura della legalità – il cui maggior rigore si rende tanto più emblematico proprio nel capovolgimento del vorace approccio inquisitorio, e quindi tanto più superbo nel superamento di

---

comparazione tra l'unico soggetto sottoposto alla sua percezione (direttamente o in foto) ed il ricordo della persona precedentemente vista», sottolineando come nel caso del riconoscimento informale, il problema si sposti sul piano della legalità della prova a fronte del mancato rispetto delle forme previste per la ricognizione, ovvero per la minore attendibilità dell'esito ricognitivo a cagione del minor numero di comparazioni critiche.

<sup>5</sup> L'espressione è di F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, 24.

<sup>6</sup> L'intento del legislatore è reso esplicito dalla *Relazione al progetto preliminare*, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988 n. 250, suppl. ord. n. 2, 58-60.

<sup>7</sup> Molto tempo prima dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito, aveva egregiamente ammonito F. CORDERO: «Se per un istante si pensasse di usare come prova una voce captata fuori dal contraddittorio, il sistema andrebbe in frantumi», in *Linee di un processo accusatorio*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, 1965, 75.

un sistema che non ha avvertito l'esigenza di disciplinare accuratamente il fenomeno probatorio – ha spinto a creare, di contro, un libro intero del codice, il terzo, tutto dedicato alle prove<sup>8</sup> e ad elaborare una disciplina dell'inutilizzabilità come ipotesi di invalidità rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, e con ciò prediligendo una sanzione forte per rendere incontrovertibile che i divieti probatori stabiliti dalla legge costituiscano sbarramenti a fronte dei quali il giudice non può che fermarsi.

Non è un caso che, nel codice, all'esito delle norme poste per il giudizio dibattimentale, si potrà leggere la norma di chiusura che definisce il materiale probatorio da utilizzare ai fini della decisione e che – nel suo *incipit* formulato in negativo, quasi a rafforzarne il contenuto – ci dice all'art. 526 c.p.p. che il giudice *non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento*.

Principio di separazione delle fasi processuali, questo; e principio del doppio fascicolo sancito dagli artt. 431 e 433 c.p.p. – non altro, il secondo, se non una estrinsecazione del primo – che «costituisce una delle espressioni più significative e qualificanti il nuovo rito»<sup>9</sup> e da cui si coglie con rigorosa chiarezza la linea di confine tracciata dal legislatore tra atti di indagine e mezzi di prova<sup>10</sup>.

D'altro canto, è lo stesso legislatore che sceglie di tratteggiare in modo più o meno capillare il procedimento di formazione della prova, predisponendo il rispetto di cautele e formalità, a cagione della rilevanza che le stesse saranno destinate ad acquisire ai fini decisionali.

Separazione delle fasi processuali, dunque, e legalità nel procedimento di formazione della prova, rappresentano le istanze del nuovo sistema delle prove che – in punto di diritto di difesa – lo celebrano come garanzia per l'imputato, e – in punto di accertamento del fatto – come spinta all'attendibilità del suo esito<sup>11</sup>.

All'interno di questo articolato impianto normativo si è scelto di differenziare l'attività procedimentale di individuazione, con finalità meramente investigative, disposta laddove ciò sia necessario alla prosecuzione delle indagini; dalla – seppur sostanzialmente simile sotto il profilo contenutistico – attività processuale di ricognizione, finalizzata invece ad acquisire la prova della identità tra quanto percepito e quanto contenuto nel processo.

<sup>8</sup> Secondo V. GREVI, in G. CONSOB – V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, IV ed., Padova, 2008, 296: «Per dimostrare il superamento di una simile prospettiva la via più facile sarebbe stata forse quella di concentrare le norme sulla prova nel libro dedicato al giudizio, così da evidenziare anche sotto il profilo topografico il rapporto essenziale tra prova e dibattimento, nel quale si traduce uno dei caratteri salienti del nuovo processo»

<sup>9</sup> L'inciso è di F. M. MOLINARI, Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria, in *Cass. pen.*, 1996, 194, n. 83; v., per tutti M. CHIAVARICO, *La riforma del processo penale*, Torino, 1988, 174 ss.; G. FRIGO, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, sub art. 431, a cura di M. Chiavarico, vol. V, Utet, 1990, 713 ss.; G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.*, 1988, vol. V, 355 ss.; E. ZAPPALA', *Prime note sugli atti utilizzabili per il giudizio nella legge-delega del 1987 per il nuovo codice di procedura penale*, in *Leg. pen.*, 1988, 93 ss.

<sup>10</sup> Non meno emblematico lo «scrupolo terminologico che ha condotto a denominare gli atti tipici delle indagini preliminari in modo diverso dai corrispondenti mezzi di prova», così A. SCCELLA, *L'utilizzabilità degli atti di indagine: problemi e prospettive*, in *Cass. pen.*, 2000, 3187.

<sup>11</sup> Per una attenzione alla legalità del procedere, in stretto riferimento al tema oggetto di analisi, e per la riconduzione delle due diverse figure giuridiche – individuazione e ricognizione – all'interno del *genus* dell'atto ricognitivo, v. A.M. CAPITTA, *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, Milano, 2001, 13 ss. e 26, che parla del principio di legalità delle prove come «fenomeno incentrato su regole probatorie legali poste in funzione di canoni di razionalità operanti come limiti negativi al metodo di accertamento del fatto».

Sul presupposto che la finalità dell'atto di individuazione risulta – come reso chiaro dall'art. 361 c.p.p. che la disciplina – strettamente correlato alla immediata prosecuzione delle indagini, appare così svincolata dal rispetto di alcuna formalità; definito, difatti, dalla dottrina un atto a forma «liberissima»<sup>12</sup>, documentato tramite verbalizzazione soltanto riassuntiva (art. 373, comma 3, c.p.p.), è un atto informale privo di qualsivoglia garanzia, tanto sul piano del diritto di difesa della persona individuata, quanto su quello della tensione verso una maggiore attendibilità dell'esito dell'accertamento di colui che è chiamato a riconoscere.

Ciò – come espresso poc'anzi – trova giustificazione nella funzione propria della fase investigativa, tale per cui «la destinazione naturale di tutto il materiale frutto delle indagini preliminari è nella finalizzazione delle indagini stesse»<sup>13</sup>, e non anche – di regola – nel diverso cammino dibattimentale che porta alla formazione della prova.

Inoltre l'individuazione trova altra caratterizzazione in una situazione di urgenza o – per dirla con le parole del codice – di *necessità per l'immediata prosecuzione delle indagini*<sup>14</sup>, dai contorni comunque troppi vaghi che, unitamente all'assenza di sanzione laddove non sia rispettato tale requisito, è causa di una ampiezza dell'ambito applicativo di detto istituto, di cui si vedrà nel proseguo<sup>15</sup>.

La ricognizione, di converso, si configura quale mezzo di prova tipico, cui procede il giudice, curando l'osservanza di minuziose formalità in vista dello sviluppo probatorio cui essa è destinata.

---

<sup>12</sup> Espressione di A. M. CAPITTA, *Ricognizioni ed individuazioni nel diritto delle prove penali*, cit., 23.

<sup>13</sup> Così ha chiarito il Giudice delle Leggi, con una nota sentenza con cui ha rigettato una questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Roma, in riferimento agli artt. 24, comma 2, e 77 della Costituzione, dell'art. 364 c.p.p. «nella parte in cui non prevede che la disciplina ivi prevista si applichi anche alla individuazione (art. 361 c.p.p.) cui debba partecipare la persona sottoposta alle indagini»; escludendo la censura ha avuto modo di chiarire che «In un sistema nel quale la prova si forma in dibattimento, o comunque davanti al giudice in sede di incidente probatorio, quale anticipazione del dibattimento, gli atti compiuti dal pubblico ministero hanno una funzione esclusivamente endoprocessuale (lo stesso art. 361 consente di procedere all'individuazione solo “quando è necessario per l'immediata prosecuzione delle indagini”), [...] se quindi l'individuazione è in sostanza un puro atto di indagine finalizzato ad orientare l'investigazione, ma non ad ottenere la prova, non può dirsi violato né il diritto di difesa dell'indagato, né il principio di parità delle parti, ben potendo il legislatore graduare l'assistenza difensiva in funzione del rilievo conferito all'atto che, si ripete, esaurisce i suoi effetti all'interno della fase in cui viene compiuto», Cort. Cost., 12 giugno 1991, n. 265, in *Giur. cost.*, 1991, 2136.

<sup>14</sup> *Rel. Prog. prel. c.p.p.*, 135, in G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, *Il Progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, 858: «E' prevedibile che il pubblico ministero si avvalga dell'art. 361 solo nella prima parte delle indagini, ad evitare che la necessità di compimento dell'atto possa incidere sul convincimento del giudice in occasione della valutazione degli esiti della eventuale, successiva ricognizione». Si discosta da questa impostazione, Cass., Sez. I, 15 giugno 1994, in *Giust. pen.*, 1995, III, c. 273, secondo cui «gli atti di individuazione fotografica o personale compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria implic[ano] attività strumentali necessarie per l'esecuzione della ricognizione», considerazioni riportate da M. BONTEMPELLI, *La ricognizione*, cit., 531. Facendo notare che proprio sotto il profilo della *necessità* «l'atto converge strutturalmente con la ricognizione svolta in incidente probatorio, che presuppone *ex art.* 392, lett. g), c.p.p., la ricorrenza di “particolari ragiorni di urgenza”. Entrambi gli atti sono assai peculiari, perché oltre ad essere, nel suddetto senso atecnico, irripetibili, sono anche tendenzialmente non rinviabili».

<sup>15</sup> Così E. ANDOLINA, *Individuazione di persona “in immagine” e successivo riconoscimento informale*, in *Ind. pen.*, 2012, nota 13, 565: «Proprio l'estrema indeterminatezza, e vaghezza, del presupposto oggettivo della necessità per l'immediato seguito delle indagini [...] ha contribuito ad alimentare, in sede applicativa, interpretazioni largheggianti degli ambiti di efficacia dell'istituto ben al di là dei limiti fisiologici dello strumento investigativo, a scapito del ricorso alla prova ricognitiva». Per l'impiego dibattimentale delle individuazioni, attraverso il meccanismo contestativo, Cass., Sez. IV, 25 febbraio 2009, in *Cass. CED*, n. 243212; Cass. Sez. IV, 7 luglio 2000, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, 83; Cass., Sez. II, 23 aprile 1997, in *Guida dir.*, 1997, . 27, 84; Cass., Sez. III, 27 ottobre 1995, in *Cass. CED*, n. 203906; Cass., Sez. I, 7 settembre 1994, in *Cass. pen.*, 1996, 190; Cass. Sez. fer., 2 agosto 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 2482.

Come chiarito dalla Relazione al Progetto preliminare del codice, «una marcata diffidenza verso l'attendibilità dei risultati di questo mezzo di prova e l'esigenza di assicurare nella maggior misura possibile il rispetto di regole dirette ad evitare esiti influenzati e precostituiti, hanno indotto ad accentrare una regolamentazione minuziosa delle attività preliminari alla ricognizione vera e propria»<sup>16</sup>.

3. Ciò che distingue nettamente perciò la ricognizione dalla individuazione, oltre che la naturale sede di espletamento dell'atto ricognitivo, è la predisposizione di tutta una serie di cautele che – di fatto – nella individuazione non sono per giunta richieste.

Le particolari modalità di acquisizione del mezzo di prova trovano, infatti, fondamento nello sforzo di maggiore attendibilità del risultato, nonché di verificabilità dell'esito ricognitivo; divenendo tratti essenziali della disciplina, ed espressione quanto mai tangibile dell'anima che il nuovo processo intende evocare.

Per di più, il legislatore – più che per ogni altro mezzo di prova disciplinato nel Titolo II, e forse solo al pari di quel complesso articolato normativo previsto per le intercettazioni<sup>17</sup> – mostra una cura dettagliata nel disciplinare il momento acquisitivo della ricognizione, cadenzando ogni singolo momento temporale e spaziale dell'atto.

E' fondamentale che l'atto del riconoscere inizi con una previa descrizione del soggetto, avendo cura di indicare tutti i particolari, e se precedentemente lo stesso sia stato già visto, individuato o descritto<sup>18</sup>; dunque gli atti preliminari alla ricognizione, come disciplinati dall'art. 213 c.p.p., sono svolti in assenza del soggetto che si intende riconoscere.

Si procede poi allo svolgimento dell'atto ricognitivo vero e proprio.

«*Allontanato colui che deve eseguire la ricognizione*», questo l'incipit dell'art. 214 c.p.p.

A ben vedere, tenuto conto delle successive indicazioni normative che sono nel senso di porre il soggetto tra consimili, si lascia facilmente immaginare, a rigor di logica, che il ricognitore non debba partecipare al posizionamento della persona che si intende riconoscere tra gli altri soggetti; eppure il legislatore ha sentito l'esigenza di porre espressamente nella norma l'allontanamento del ricognitore, ed imporre ogni singolo passaggio dell'atto, a sottolinearne – non, quindi, la potenziale superfluità dello stesso – bensì il suo inderogabile rispetto.

Prosegue l'art. 214 c.p.p.: «*Il giudice procura la presenza di almeno due persone il più possibile somiglianti, anche nell'abbigliamento, a quella sottoposta a ricognizione. Invita quindi quest'ultima a scegliere il suo posto rispetto alle altre, curando che si presenti, sin dove è possibile nelle stesse condizioni nella quali sarebbe stata vista dalla persona chiamata alla ricognizione*»; tra

<sup>16</sup> Rel. Prog. prel. c.p.p., cit., 608.

<sup>17</sup> Nota questo aspetto F. VARONE, *La metamorfosi inquisitoria dell'individuazione fotografica*, cit., 2949; oltre che F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 772 e 775; T. RAFRACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, Cass., Sez. II, 15 Novembre 1996, n. 6404, in *Giust. pen.*, 1998, III, 1742; A. M. CAPITTA, *Ricognizioni ed individuazioni nel diritto delle prove penali*, cit., 19 ss.; A. CAMPO, *Appunti in tema di ricognizione e "ravvisamento"*, cit., 129; M. F. MOLINARI, *Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria*, cit., 194.

<sup>18</sup> Per riflettere su quanto queste indicazioni siano utili per il tema della insidiosità intrinseca al mezzo di prova a cagione della forza suggestiva che il precedente atto individuatorio riversa nella successiva ricognizione, v. infra, § 4.

le formalità richieste dalla norma, quella di porre il soggetto tra somiglianti, è indubbiamente la cautela che maggiormente risulta finalizzata alla ricerca di una maggiore attendibilità dell'accertamento, valorizzandone per questa via lo spirito critico all'insegna del quale si svolge l'atto: «l'atto ricognitorio vale tanto meno quanto più sia eterodiretto, come avverrebbe se *N* fosse presentato da solo o fra dissimili: perciò il ricognitore ha descritto un figura; solo se appartengono al relativo modello, i termini comparativi stimolano sforzi selettivi; i diversi deviano artificiosamente l'attenzione sulla persona *de qua*»<sup>19</sup>.

«Nuovamente introdotta quest'ultima (la persona chiamata ad eseguire la ricognizione), il giudice chiede se riconosca taluno dei presenti e, in caso affermativo, la invita a indicare chi abbia riconosciuto e a precisare se ne sia certa»; ancora una volta l'ultimo passaggio scandito della norma, segnala lo zelo di un legislatore che non tralascia ma espressamente prevede la semplice *precisione di certezza*.

In virtù del suesposto quadro normativo, si coglie come tali atti siano tutti preordinati a garantire una maggiore attendibilità dell'accertamento, e siano intessuti di tassatività, e di indefettibile infungibilità<sup>20</sup>, tali che sostituire tale mezzo di prova con altro non restituendone il canone di tipicità ma supponendo non necessario il rispetto delle modalità procedurali, significherebbe null'altro che generare una prova illegittima.

4. L'*incipit* dell' art. 213 c.p.p. prevede come criterio di ammissione dell'accertamento ricognitivo quello dell'*occorrenza*<sup>21</sup>; da ciò i dubbi interpretativi.

Per taluni il legislatore nel precisare la sussistenza di tale criterio, ha voluto sottolineare l'occorrenza della predisposizione del mezzo probatorio soltanto laddove non si possa giungere ad una dimostrazione sulla base della identificazione diretta da parte del teste oculare nel contesto dibattimentale. In riferimento alla ricognizione di cose si è detto che «solo quando secondo il prudente apprezzamento del giudice l'identità tra la cosa acquisita al processo ed il corpo del reato non è dimostrabile a mezzo della semplice identificazione diretta da parte della persona offesa nell'ambito della prova testimoniale e delle sue regole per l'inattendibilità od inidoneità del mezzo nel caso di specie, occorre procedere con le forme e le garanzie dell'art. 213 c.p.p.»<sup>22</sup>.

Ovviamente quest'assunto risulta poco condivisibile anche soltanto sulla base delle considerazioni sopra esposte circa la pungente attenzione alla legalità nel procedimento di formazione della prova, che altro non pretende se non che vengano rispettate le modalità previste per acquisire quell'accertamento. D'altronde non si può pretendere che la legge dica più di quanto voglia, nel conferire al criterio dell'occorrenza una funzione di circoscrivibilità nell'adozione del

<sup>19</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 774.

<sup>20</sup> Infungibilità richiamata da T. RAFRACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, cit., 1741; oltre che M. NOBILI, sub art. 189 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. CHIAVARIO, II, 1990, Torino, 398 ss.; E. ANDOLINA, *Individuazione di persona "in immagine" e successivo riconoscimento informale*, cit., 569; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 274 ss.

<sup>21</sup> Si legge nell'art. 213 c.p.p. «Quando occorre procedere a ricognizione personale, il giudice invita chi deve eseguirla a descrivere la persona [...]».

<sup>22</sup> A. SAPONARO, *Brevi riflessioni in tema di ricognizione informale: una mai sopita e dibattuta querelle*, in *Cass. pen.*, 1995, 3038 ss.

mezzo, soltanto in relazione della non dimostrabilità altrimenti; e non invece interpretare quel criterio – per giunta presente anche in altri mezzi di prova<sup>23</sup> – nei limiti di una semplice opportunità di procedere all'atto ricognitivo tutte le volte in cui, per quel contesto processuale, ci sia la possibilità di confrontare percezioni sensoriali.

Invocare il parametro dell'*occorrenza* della ricognizione e confonderlo con quello della *necessità* dell'individuazione -l'unico che a ben vedere dovrebbe avere quell'efficacia di circoscrivere l'adozione dell'atto, per una serie di considerazioni che vedremo legate alla suggestione che l'atto stesso esercita nelle successive percezioni-, significherebbe non trarre conforto da una disciplina che abbiamo visto tratteggiarne vistosamente il confine; e soprattutto significherebbe invocare il primo parametro per consentire -noteremo nel proseguo- l'assunzione dell'elemento probatorio della ricognizione, ma con mezzi diversi dalla ricognizione, quand'anche non ne fossero rispettate le formalità<sup>24</sup>.

A conferma di ciò, tra l'altro, è lo stesso art. 213 c.p.p che, predisponendo con attenzione le modalità di svolgimento, addirittura scandendo il passaggio temporale successivo alla descrizione offerta dal ricognitore (si allude al *poi* della norma), invita quest'ultimo a chiarire *se sia stato in precedenza chiamato ad eseguire il riconoscimento, se, prima e dopo il fatto per cui si procede, abbia visto, anche se riprodotta in fotografia o altrimenti, la persona da riconoscere, se la stessa gli sia stata indicata o descritta e se vi siano altre circostanze che possano influire sull'attendibilità del riconoscimento*.

Orbene, si coglie chiaramente come il legislatore lungi dall'intendere il rapporto tra individuazione e ricognizione in termini di alternatività tra moduli operativi, ma al contrario ha considerato e trasfuso espressamente nella norma «la fisiologica evenienza della ripetizione dell'atto a contenuto ricognitivo»<sup>25</sup>; una pregressa individuazione quindi, e una successiva ricognizione, come sviluppo naturale del processo ricognitivo<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Nota il parallelo requisito dell'occorrenza nella perizia M. BONTEMPELLI, *La ricognizione*, cit., 502, «Tuttavia, nella disciplina della perizia il parametro elastico della "occorrenza" è inserito in una fattispecie costitutiva del dovere del giudice di ammettere la prova in cui compaiono anche estremi compiutamente descritti dalla legge (la specificità delle competenze tecniche, scientifiche o artistiche): la fattispecie ammissiva della prova peritale è costruita nei termini logici della discrezionalità vincolata»

<sup>24</sup> Infatti è proprio dall'inciso iniziale che altra dottrina, desume «un divieto indiretto all'ammissione di un ravvisamento comunque ottenuto, ove risultino i presupposti di utilità e di fungibilità della ricognizione» A. CAMPO, *Appunti in tema di ricognizione e "ravvisamento"*, in *Cass. pen.*, 1994, n. 101, 131; in senso adesivo, T. RAFRACI, *Ricognizione informale*, cit., 1743 e nt. 17, che altresì osserva: «un dato mezzo di prova dovrà essere assunto solo se ma anche tutte le volte che la fattispecie denoti i segni distintivi della funzione per la quale esso è designato»; v. N. TRIGGIANI, *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*, Milano, 1998, 189; G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., 143, secondo cui la mancata osservanza delle forme prescritte per la ricognizione determina l'inutilizzabilità del risultato in altro modo raggiunto «tutte le volte in cui la ricognizione risulti necessaria per risolvere una situazione di incertezza, valutata discrezionalmente dal giudice, sull'identità dell'oggetto da riconoscere (persona, o cosa o altra percezione sensoriale)».

<sup>25</sup> E. ANDOLINA, *Individuazione di persone "in immagine" e successivo riconoscimento informale*, cit., 64.

<sup>26</sup> In questo senso Cass., Sez. II, 27 gennaio 2009, in *Cass. CED*, n. 243298; Cass., Sez. III, 6 novembre 2000, in *Guida. dir.*, 2001, n. 2, 110; Cass., Sez. VI, 18 febbraio 1994, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 256, con nota di M. CERESA GASTALDO, secondo cui non può «certo affermarsi l'esistenza di un rapporto di alternatività tra individuazione e ricognizione, cosicché, una volta disposta la prima, non potrebbe mai procedersi alla seconda [...], risultando l'individuazione, come tale, sempre ripetibile attraverso il mezzo di prova rappresentato dalla ricognizione»

Occorre perciò scansare la fuorviante, e fortunatamente superata, deviazione giurisprudenziale che ha riconosciuto la natura irripetibile dell'individuazione «sia come tale, risultando del tutto superate le condizioni del contesto in cui l'individuazione venne operata, sia, soprattutto, sotto forma di riconoscimento di persona al dibattimento, esplicando la precedente individuazione di persona un effetto pregiudicante in ordine all'attendibilità del riconoscimento»<sup>27</sup>

L'art. 431 c.p.p., nel consentire che atti di natura non ripetibile possano confluire nel fascicolo per il dibattimento, e ricalcando la similare norma costituzionale di cui all'art. 111, comma 5, si pone in punto di eccezione rispetto a quella che abbiamo visto essere la logica del nostro sistema, improntato all'esigenza che la prova si formi nel contraddittorio tra le parti; e si impone perciò come norma di stretta interpretazione. Ne consegue -anche attraverso la lettura costituzionalmente orientata<sup>28</sup> - che l'irripetibilità deve essere intesa in termini di una obiettiva non reiterabilità dell'atto di indagine nel dibattimento, e ricollegata, dunque, ad atti ricomprendenti situazioni sottoposte, per lo più, ad irreversibili processi di modificazione<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Pret. Torino, 16 marzo 1990, in *Giur. it.*, 1990, II, 232. In senso adesivo v. G.I.P. Trib. Roma, 10 gennaio 1991, *inedita*, che ha ravvisato la medesima irripetibilità sulla base del rilievo per cui «l'individuazione operata nei confronti della persona sottoposta alle indagini da parte di teste oculare o addirittura da parte della persona offesa, coincide in tutto e per tutto, come fatto storico, ad una ricognizione, e per così dire, la esaurisce rendendo del tutto inutile la successiva assunzione formale della prova, che avrà esito scontato»; Cass., Sez. II, 10 giugno 1994, in *Cass. pen.*, 1995, 1293, con nota critica di R. CANTONE, *Le ricognizioni informali di cose diventano atti irripetibili*. Questa pronuncia ritiene atti irripetibili ex art. 431 lett. b), c.p.p. i c.d. «verbali di riconoscimento e di restituzione dei beni sottratti al proprietario, ai quali va riconosciuta natura di un atto di accertamento di fatto e non di ricognizione di cose, in quanto finalizzati alla descrizione di beni suscettibili di essere alienati o trasformati da parte dei proprietari cui sono stati riconsegnati; infatti, sono da considerarsi tali quegli atti mediante i quali la polizia giudiziaria prende diretta cognizione di fatti, situazioni o comportamenti umani dotati di una qualsivoglia rilevanza penale e suscettibili, per loro natura, di subire modificazioni o, addirittura, di scomparire in tempi, più o meno brevi, sì da risultare suscettibili di essere, in seguito, soltanto riferiti»; ancora, e più di recente, Cass., Sez. V, 21 ottobre 2010, secondo cui «sono inseribili nel fascicolo per il dibattimento le fotografie utilizzate per l'individuazione fotografica svolta nel corso delle indagini preliminari».

<sup>28</sup> In ossequio a quanto esposto v. C. cost., 25 ottobre 2000, n. 440, in *Giur. cost.*, 2000, 5 ss., con nota di P. FERRUA, *Ottima accoglienza a Corte per il «111»*, e confermata, con riguardo al tema dell'individuazione fotografica, da C. cost., 22 novembre 2001, n. 375, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1500 ss.; Cass. Sez. un., 17 ottobre 2006, 41281, in *Cass. pen.*, 2007, 952 ss; con osservazioni di VESSICHELLI.

<sup>29</sup> In coerenza con tale assunto v. C. cost., 22 novembre 2001, n. 375, cit.; Cass. 31 maggio 200, n. 8034, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2001, 83 ss., con nota di FAVINO, *Individuazione fotografica e ricognizione personale*; Cass., Sez. II, 15 novembre 1996, n. 6404, in *Giust. pen.*, 1998, III, 370; Cass., Sez. I, 15 giugno 1994, in *Cass. pen.*, 1996, 190 : non può essere accolta «una nozione di irripetibilità così ampia da potervi includere qualsiasi situazione nella quale debba salvaguardarsi l'esistenza dell'accertamento della verità dai pericoli connessi al decorso del tempo, siano essi di ordine materiale che di ordine concettuale, nel senso di una probabile progressiva riduzione della genuinità della prova da raccogliere»; In dottrina si ha cura di notare come, tra l'altro, «sussistono altri indici normativi che di regola si accompagnano all'irripetibilità dell'atto e che dimostrano, senza ombra di dubbio, come il legislatore processuale abbia ritenuto la natura ripetibile dell'individuazione ex art. 361 c.p.p. Innanzitutto la previsione della "garanzia difensiva", cioè della possibilità per il difensore di assistere al compimento dell'atto medesimo, poiché il codice autorizza il "recupero" a dibattimento dei soli atti irripetibili "garantiti" (ad eccezione delle intercettazioni in ragione della loro speciale natura), mentre l'individuazione di persone, ai sensi dell'art. 364 c.p.p., non lo è. In secondo luogo, la previsione della verbalizzazione integrale dell'atto: ne sono conferma gli artt. 373, comma 1, c.p.p., e 357, comma 2, c.p.p., che, al loro interno, prevedono questo tipo di documentazione proprio perché concernono atti non più reiterabili (ispezioni, perquisizioni, accertamenti tecnici irripetibili); mentre per l'individuazione è sufficiente la semplice verbalizzazione o annotazione "riassuntiva o sommaria". F. M. MOLINARI, *Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria*, cit., 196 ss.; escludono ancora che l'individuazione sia un atto irripetibile A. SANNA, *In tema di ricognizione personale mediante incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1670; G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., 141, nt. 197; T. RAFRACI, *Ricognizione informale*, cit., 172 e 248.

Tuttavia, il carattere di atto ripetibile della individuazione non è stato ritenuto così facilmente scontato.

Si è parlato talvolta di una «irripetibilità congenita» in virtù del fatto che le «espressioni immediatamente desumibili dal volto o dal corpo del dichiarante» costituirebbero elementi di inafferrabile efficacia dimostrativa [...]; “riconosciuto *N* da *P*, sarebbe pura *mise en scène* una ripetizione: le conferme aggiungono poco o niente; e l’eventuale ripensamento conta meno della prima risposta»<sup>30</sup>.

A ben vedere, fugato qualsiasi dubbio circa la natura oggettivamente ripetibile dell’atto di individuazione, non si può non notare, senza temere di cadere in contraddizione, che tutte le volte in cui si sostiene una sorta di *irripetibilità congenita* – lontana dai presupposti della irripetibilità di cui al 431 c.p.p., ma ricadente invece nella valutazione di attendibilità della successiva ricognizione a fronte della pregressa individuazione – probabilmente si coglie nel segno, a cagione dell’influenza suggestiva e persuasiva che quest’ultima riversa nel successivo atto ricognitivo.

La psicologia forense<sup>31</sup> ci consegna, difatti, una fondamentale verità – sorretta da comprovati studi empirici – che mina l’attendibilità dell’atto ricognitivo, e che anzi milita verso la scarsa valenza dimostrativa dello stesso<sup>32</sup>. La ragione di tale assunto riposa nella considerazione per cui l’accertamento ricognitivo risulta di fatto influenzato dall’evenienza di pregresse percezioni sensoriali del medesimo oggetto di riconoscimento: «una volta avvenuta l’osservazione diretta di una persona da parte del soggetto ricognitore, il relativo processo mnemonico, che ha presieduto alla rievocazione dell’esperienza passata, è destinato – per una sorta di effetto di congelamento del ricordo – ad influenzare sul piano psicologico l’eventuale, successiva, ricognizione che cada sullo stesso oggetto; sì da incidere sulla obiettività e genuinità dell’atto stesso»<sup>33</sup>.

Diretta conseguenza è l’insidiosità intrinseca del mezzo di prova, perché nelle fasi successive al primo atto ricognitivo, chi è chiamato a riconoscere sarà orientato dalla memoria di quanto abbia riferito in occasione della individuazione, piuttosto che di quanto abbia effettivamente percepito all’epoca del fatto storico.

Del resto, può non essere un caso, che lo stesso art. 213 c.p.p. – che, si è notato, minuziosamente scandisce nel dettaglio la procedura temporale che va dalla previa descrizione del soggetto riconosciuto e di tutti i particolari che ricorda, al successivo invito ad indicare «se sia stato *in precedenza* chiamato a eseguire il riconoscimento, se, *prima* o dopo il fatto per cui si procede, abbia visto, anche se riprodotta in fotografia o altrimenti, la persona da riconoscere, se la stessa gli sia stata indicata o descritta » – aggiunge, immediatamente dopo, l’invito ad indicare se – ecco il

<sup>30</sup> Così F. CORDERO, *Linee di un processo di parti*, in *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, 1966, 183; F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, Utet, 1990, 412 ss.; PAOLA, voce *Individuazione di persone e di cose*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Utet, vol. V, 1990, 378.

<sup>31</sup> Affrontano l’argomento: ALTAVILLA, *Psicologia giudiziaria*, IV ed., Torino, 1955; CAPITTA, *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, cit., 316 ss.; DE CATALDO NEUBURGER, *Psicologia della testimonianza e prova penale*, Milano, 1988, 131 ss.; PANSERI, *La ricognizione di persona: aspetti psicologici e giuridici*, in AA. VV., *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, GULLOTTA (a cura di), Milano, 1987, 553 ss.

<sup>32</sup> Nel sistema inglese le individuazioni, in particolare quelle fotografiche, sono collocate all’ultimo stadio nella scala di attendibilità probatoria.

<sup>33</sup> E. ANDOLINA, *Individuazione di persona “in immagine” e successivo riconoscimento informale*, cit., 563.

punto – «vi siano *altre* circostanze che possano influire sull’attendibilità del riconoscimento»<sup>34</sup>. Pare che il legislatore, in quell’inciso «altre» avesse intuito, quanto gli studi empirici di psicologia forense hanno poi comprovato: ovvero tutto quanto precede l’inciso – compreso quindi il pregresso riconoscimento – può effettivamente essere causa di alterazione della genuinità del riconoscimento stesso, e quindi saggiarne la sua scarsa attendibilità<sup>35</sup>.

Dubbia affidabilità del mezzo probatorio che dovrebbe, dunque, segnare con prudenza le decisioni giurisprudenziali che talvolta la collocano come prova determinante le sorti del processo<sup>36</sup>.

5. Se, per le ragioni appena esposte, si dovesse convenire nella ridotta efficacia dimostrativa del mezzo, notando quanto la carica suggestiva della precedente individuazione, si riversi nel suc-

<sup>34</sup> Contrariamente a quanto sostenuto da A. MELCHIONDA, *Sub artt. 213 – 217*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavarico, vol. II, Torino, 1990, 545: per cui i precedenti riconoscimenti sono «atti di ricognizione», si ritiene di condividere l’opinione per cui i «riconoscimenti» di cui parla la norma, rappresentano gli atti di individuazione. Si veda sul punto M. BONTEMPELLI, *La ricognizione*, cit., 506: Se si interpretassero i precedenti riconoscimenti come precedenti ricognizioni «se questa fosse l’interpretazione corretta, la norma avrebbe scarsa utilizzabilità pratica, dal momento che la finalità di guadagnare al giudice la conoscenza di una ricognizione assunta con l’incidente probatorio è già assicurata dall’art. 431, lett. e), c.p.p., [...] Sembra, allora, ragionevole aderire all’interpretazione consolidata e, forzando il dato letterale riferire i “riconoscimenti” di cui parla l’art. 213, comma 1, c.p.p. alla eterogenea categoria degli atti funzionali ad accertare se vi sia o meno un rapporto di identità tra l’oggetto sottoposto a “riconoscimento”, in relazione ai diversi fini posti dalla sede di compimento dell’atto». Sottolinea ancora l’importanza interpretativa di quell’inciso «altre» N. TRIGGIANI, *La ricognizione personale: struttura ed efficacia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 739.

<sup>35</sup> A. BERNASCONI, *La ricognizione di persone. Struttura e procedimento probatori*, Torino, 2003, 60, per l’Autore citato l’espressione “influire” anziché quella di “prevenire” del vecchio codice: «è in grado di dischiudere maggiori spazi all’apprezzamento del giudice sulla affidabilità del ricordo della persona chiamata ad eseguire l’atto ricognitivo»; in giurisprudenza di merito, Pret. Torino 16 marzo 1990, cit., 232 con nota contraria di G. DE ROBERTO, *Prime riflessioni sull’assunzione della prova in sede dibattimentale*: l’individuazione ha un «effetto pregiudicante in ordine all’attendibilità del riconoscimento» effettuato con la successiva ricognizione. In senso contrario parte della giurisprudenza di merito, v. Trib. min. L’Aquila, 2 aprile 1992, in *Dir. fam.*, 1993, 613, con nota di G. DI CHIARA, *Individuazione fotografica e ricognizione di persona: profili problematici ed aspetti interpretativi tra l’eredità del codice Rocco e il dibattito de iure contendo*, secondo cui «l’attendibilità della ricognizione formale di persone, avente efficacia di prova piena, non è infirmata, né è indebolita dai precedenti atti di individuazione formale, differiscono profondamente dalla ricognizione formale per struttura e funzione; mentre infatti, la ricognizione di persona è un mezzo di prova tipico, per il quale sono previsti precisi requisiti di forma a pena di nullità, le individuazioni di persona poste in essere nel corso delle indagini dispiegano un’efficacia limitata alla fase di queste ultime, innestandosi nell’ambito dello svolgimento e dello sviluppo dell’attività investigativa».

<sup>36</sup> V. Cass., Sez. I, 11 giugno 1992, in *Cass. pen.*, 1994, 1289; Cass., Sez. III, 26 settembre 2000, in *Giust. pen.*, 2022, III, c. 294 in cui si afferma «Una ricognizione personale soggettivamente certa ed oggettivamente attendibile è sufficiente per l’affermazione della responsabilità; essa può essere inficiata da dati certi idonei a contrastarla, ma non da mere supposizioni, né da un alibi rimasto sfornito di prova o la cui prova sia ritenuta dubbia»; Cass., Sez. I, 20 gennaio 2009, in *CED Cass.*, rv. 242763: «La ricognizione di persona può risultare decisiva, e cioè determinare, se assunta, una diversa decisione del giudice, consentendo il superamento di eventuali contrasti o dubbi emergenti dal quadro probatorio acquisito ovvero inficiando l’efficacia dimostrativa di prove di segno contrario». Degna di nota invece, perché non in linea con quanto esposto è di recente una giurisprudenza di merito: Trib. Lamezia Terme, 29 maggio 2013, in *Arch. pen.* 2014, n. 1, con nota di R. LOMBARDO, *Ricognizioni fotografiche: “il pericolo di poter sbagliare sicuri del proprio errore”*, in cui si afferma: «Sebbene venga esperito con tutti i crismi e le formalità previsti dagli artt. 213 e 214, il riconoscimento fotografico (come del resto la ricognizione) restituisce un risultato probatorio che il giudice deve saggiare con estrema prudenza e attenzione, dal momento che tutte le prove riconoscitive, per il fatto stesso di essere affidate alla memoria del testimone oculare, non sono garanzia di un risultato che permetta di scongiurare l’esistenza di dubbi»; e nella giurisprudenza di legittimità: Cass. Sez. II, 10 novembre 2006, in *CED Cass.*, rv. 235310: «La ricognizione personale non rientra nella categoria della prova decisiva, di cui all’art. 606 lett. d) c.p.p., perché essa è prova aperta ad ogni esito e pertanto non le si può riconoscere preventivamente efficacia decisiva, e cioè la capacità di contrastare le acquisizioni processuali contrarie, elidendone l’efficacia e provocando una decisione contraria».

cessivo atto ricognitivo; non c'è motivo di dubitare che il pericolo di tale insidiosità sia ancor maggior, laddove si proceda – come nella fattispecie che ha dato origine alla sentenza in esame – ad una individuazione fotografica.

Si è autorevolmente evidenziato che l'individuazione di persona operata su materiale fotografico «svuota di significato ogni posteriore riconoscimento»<sup>37</sup>, perché la memoria del successivo atto ricognitivo evocherà più facilmente il ricordo – non dell'immagine, del volto, o del sagoma della persona percepita al momento dell'esperienza originaria – quanto piuttosto l'immagine a lui esibita in sede di individuazione fotografica<sup>38</sup>.

Ne consegue una sorta di deterioramento del ricordo tutte le volte incidono, sovrapponendosi, sull'oggetto percepito, informazioni *post factum*: «è un dato scientificamente acclarato che l'individuazione in generale, e, in particolare, quella fotografica, sia dotata di una notevole capacità di innescare quel fenomeno che in psicologia è noto come procedimento di integrazione fantastica (che influenza tanto l'esattezza quanto la certezza della reminescenza), per il quale l'individuo umano è portato a completare il proprio ricordo [...] identificando gli elementi mancanti del ricordo con quelli che gli derivano, direttamente o indirettamente, dai soggetti interessati alla rievocazione dello stesso (nel caso che ci occupa, gli inquirenti)»<sup>39</sup>.

Il pericolo insito all'individuazione fotografica riposa, tra l'altro nella scarsa efficacia rappresentativa del mezzo: la fotografia riflette una realtà statica che solo parzialmente restituisce la verità di particolari storici; occorrerà valutare se l'immagine sia recente o non, se riprenda il solo volto, ovvero l'intera sagoma del soggetto riconosciuto, se dia al contempo una dimensione spaziale tale da offrire punti di raffronto che consentano di cogliere altri particolari, come l'altezza o la corporatura<sup>40</sup>.

Ne deriva un indubbio maggior grado di inattendibilità del mezzo quanto minori siano le componenti di riferimento appena descritte.

A tacer d'altro, inoltre, è proprio dalla lettura dell'art. 214, comma 1, c.p.p. (il giudice procura la presenza di almeno due persone il più possibile somiglianti), che si coglie con lucidità l'intento del legislatore di disciplinare una ricognizione personale e non anche una ricognizione su base foto-

<sup>37</sup> G. TRANCHINA, *Il valore probatorio del riconoscimento di persone mediante fotografia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 1009.

<sup>38</sup> V. in giurisprudenza di merito, Ass. Milano 26 novembre 2007 (dep. 21 gennaio 2008), in *Giur. mer.*, 2008, 2935 con nota di F. VARONE, *La metamorfosi inquisitoria dell'individuazione fotografica*, nt. 47, 2951, la sentenza in esame pur collocandosi nel solco tradizionale che ritiene ammissibile il riconoscimento fotografico in dibattimento, sulla base della lettura interpretativa dell'art. 189 c.p.p., merita di essere citata perché afferma in tema di individuazioni fotografiche che «esse non potrebbero trovare spazio in sede di incidente probatorio e neppure nell'ambito di accertamenti tecnici, dovendo trovare soltanto nelle esigenze investigative il presupposto per la loro esecuzione, mirato alle finalità proprie della fase preliminare».

<sup>39</sup> F. VARONE, *La metamorfosi inquisitoria dell'individuazione fotografica*, cit., 2952.

<sup>40</sup> Come fa notare A. BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale, Procedura penale. Studi*, Torino, 2003, 22 e 120, così riportato da E. ANDOLINA, *Individuazione di persone in "in immagine" e successivo riconoscimento informale*, cit., 567: «per vero, anche al di fuori dei casi in cui presenti alterazioni, conseguenti a fattori tecnici o ambientali, dei tratti fisionomici della persona ritratta, la fotografia è un mezzo statico che, come tale, non può che restituire profili parziali, e momentanei, della persona; così non dando conto né delle specificità o dettagli somatici della medesima, né degli elementi dinamici della realtà cognitiva (quali i mutamenti d'espressione della persona, un certo modo di camminare o di gesticolare)»; ancora medesime considerazioni da S. PRIORI, *La ricognizione di persona: cosa suggerisce la ricerca psicologica*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1287 ss.; riguardo le foto segnaletiche utilizzate dagli inquirenti che «obbligano il ricognitore ad una visione bimodale: frontale o di profilo».

grafica, tanto da poter ritenere sussistente un divieto probatorio indiretto per quest'ultima dinamica operativa nel contesto dibattimentale.

Perciò il punto sarà quello di chiedersi quanto e come una previa individuazione – questa ammessa in qualsiasi forma, sia essa personale o fotografica – possa essere capace di incidere in un contesto, come quello dibattimentale, in cui il relativo mezzo di prova esclude che l'accertamento ricognitivo possa avvenire mediante fotografia.

Nella pronuncia in epigrafe, la previa individuazione fotografica è lontana dall'essere considerata come un atto d'indagine funzionale solo alle indagini stesse, bensì riversa la sua carica di incisività anche nel dibattimento, sulla base di un comodo espediente: *allorchè - come nel caso di specie - il testimone abbia proceduto ad un riconoscimento fotografico informale nel corso delle indagini preliminari e, nel corso dell'esame dibattimentale, abbia confermato di avere compiuto detta ricognizione informale e quindi reiterato il riconoscimento positivo, il convincimento del giudice può ben fondarsi su tale riconoscimento, seppure privo delle cautele e delle garanzie delle ricognizioni, trattandosi di accertamento di fatto liberamente apprezzabile dal giudicante in base al principio della non tassatività dei mezzi di prova.*

6. La giurisprudenza perviene alla soluzione circa l'ammissibilità dei c.d. riconoscimenti informali, osservando innanzitutto l'art. 189 c.p.p. e traducendo nel nostro ordinamento processuale, tramite esso, il principio di non tassatività dei mezzi di prova.

A parere della Corte siffatti riconoscimenti vanno tenuti distinti dalle ricognizioni vere e proprie, costituendo atti di identificazione diretta, quindi dichiarazione orale e perciò stesso non richiedenti l'osservanza delle formalità previste per la ricognizione; «né in contrario si può invocare un preteso principio di tassatività del mezzo probatorio, in forza del quale, nella specie, posta l'esistenza di uno specifico mezzo probatorio costituito dalla ricognizione formale, gli effetti propri di quest'ultima non potrebbero essere perseguiti mediante altro mezzo di natura diversa come, appunto, quello costituito dall'esame testimoniale nel cui corso si dia luogo al riconoscimento diretto. Non vi è, infatti, elemento alcuno sulla cui base possa affermarsi che il suddetto principio di tassatività sia stato recepito dal vigente codice di rito, ma anzi la presenza dell'art. 189 c.p.p., che prevede l'assunzione di prove non disciplinate dalla legge, appare dimostrativa del contrario»<sup>41</sup>.

Senonchè – affermando ciò – la pressochè unanime giurisprudenza di legittimità, dagli anni '90<sup>42</sup> sino ad oggi, dimentica l'intera architettura complessiva del nostro attuale codice di rito, e con essa la *ratio* del nuovo sistema delle prove, intrisa di inderogabile tipicità dei mezzi di prova; palese, di contro, la caparbieta nel non distinguere prove non disciplinate dalla legge, da prove illegittimamente acquisite; e si spinge a considerare come appiglio normativo il principio di non tassatività dei mezzi di prova, e non anche a riconsiderare l'art. 189 c.p.p. in termini di una -vedremo - *consacrazione* del principio di legalità nella formazione della prova<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Così, Cass., Sez. IV, 27 maggio 2004, n. 34354, T., in *CED Cass.*, 2004, n. 229086.

<sup>42</sup> Si allude al precedente storico: Cass. Sez. I, 11 maggio 1992, in *Cass. pen.*, 1994, 125, n. 101, con nota di A. CAMPO, *Appunti in tema di ricognizione e «ravvisamento»*.

<sup>43</sup> Si legge in T. RAFRACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) infungibilità delle forme probatorie*, cit., 1740,: «Affermare [...] che solo il canone di tassatività del mezzo di prova potrebbe esigere il rispetto del rapporto che

A ben vedere, alla constatazione per cui il codice abbia scelto di disciplinare mezzi di prova tipici, pur ammettendo la possibilità che le parti possano richiedere l'ammissione di prove non disciplinate dalla legge, non si può – se non a costo di tradire *l'intentio* del legislatore – far discendere un principio di non tassatività dei mezzi di prova che si traduca in una acquisizione di prove che tipiche sono, ma in violazione delle formalità previste per quel mezzo.

E' atipica la prova che non ha nulla di *previsto*, nel senso di prestabilito *ex ante* dal legislatore circa le modalità della sua assunzione, non anche quella prova che si svolge con modalità diverse da quelle previste con il relativo un mezzo di prova tipico; difatti l'ammissione di prove non disciplinate dalla legge è altro rispetto al diverso, e aberrante, e purtroppo praticato, fenomeno dell'acquisizione irrituale di prove che, pertanto, disciplinate dalla legge sono<sup>44</sup>.

D'altra parte il fine perseguito con la formulazione dell'art. 189 c.p.p., così come sottolineano i lavori preparatori della norma, è quello di «evitare eccessive restrizioni ai fini dell'accertamento del fatto, tenuto conto del continuo sviluppo tecnologico che estende le frontiere dell'investigazione, senza mettere in pericolo le garanzie difensive»<sup>45</sup>. Quindi, altro non tende l'art. 189 c.p.p. se non ad un allargamento delle potenzialità di accertamento del fatto dettate dal progresso socio-tecnologico, permettendo, perciò, l'utilizzazione probatoria di mezzi di prova generati dalle nuove o più progredite tecnologie; ed altro non pretende se non di evitare che proprio il principio di tassatività dei mezzi di prova, ne potesse restringere l'utilizzo a quelli soltanto rientranti nel catalogo normativo<sup>46</sup>.

Paradossalmente, è proprio dalla disciplina del 189 c.p.p. che si coglie la premessa interna al nostro sistema probatorio, proiettato non verso il principio di libertà delle forme, bensì operante attraverso quello opposto di legalità della prova: «la prova non nasce mai, neppure quando sia innominata, a forma libera»<sup>47</sup>.

---

vincola una certa funzione probatoria al mezzo, e alle sue forme, stabilito dal legislatore per realizzarla e che, quindi, la non vigenza dello stesso canone valga ad escludere, almeno in via di principio, ogni intralcio alla fungibilità delle forme dei mezzi di prova tipici e, addirittura, dei medesimi mezzi di prova tra loro, conduce diritto alla più inaccettabile svalutazione della *ratio* interna alla disciplina normativa delle prove nonché, per questa via, al riproporsi di una ben nota versione oltre le righe del principio del libero convincimento del giudice, denunciata in passato dalla migliore dottrina anche per i suoi chiari risvolti autoritari»; approfondiscono il malinteso significato dell'art. 189 c.p.p. ancora: A. CAMPO, *Appunti in tema di ricognizione e "ravvisamento"*, cit., 127 ss; F. VARONE, *La metamorfosi inquisitoria dell'individuazione fotografica*, cit., 242 ss.

<sup>44</sup> Secondo F. VARONE, *La metamorfosi dell'individuazione fotografica*, cit., 2943, occorre richiamare l'argomento letterale «per cui se l'art. 189 c.p.p. è stato dettato *expressis verbis* per regolare il fenomeno dell'assunzione di prove non disciplinate dalla legge, com'è fatto palese dalla rubrica e dall'inciso iniziale della disposizione *de qua*, nessuna efficacia normativa può spiegare, all'evidenza, rispetto al diverso fenomeno dell'acquisizione irrituale di prove disciplinate dalla legge».

<sup>45</sup> *Relazione al progetto preliminare del 1988*, in CONSO GREVI NEPPI MEDONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati, IV, Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, 553.

<sup>46</sup> A parere di T. RAFRACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) infungibilità delle forme probatorie*, cit., 1740; vede nella «pervicace tendenza a rinvenire nell'alternativa tassatività/non tassatività del mezzo di prova, la risposta a problemi che [...] andrebbero invece affrontati sul piano, ben diverso, della "legalità della prova", intesa come soggezione del conoscere giudiziale a regole di "razionalità gnoseologica" e/o di *fairness* processuale essenzialmente tipizzate in sede legislativa e destinate ad operare *ex ante*, quali limiti ai metodi dell'accertamento, invece che *ex post*, quali criteri di critica del risultato probatorio al momento della valutazione e in sede di motivazione»

<sup>47</sup> T. RAFRACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) infungibilità delle forme probatorie*, cit., 1742 : «L'esigenza probatoria, percepitane la natura, s'imprime sempre in forme individuate *a priori* come le più idonee a soddisfarla».

La norma citata, difatti, prevede dei requisiti alla stregua dei quali poter ammettere prove atipiche: esse devono essere *idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti* e tali da *non pregiudicare la libertà morale della persona*; ma non solo – e qui si posa l'accento –, la norma predispone che *il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova*.

E' facile comprendere che anche laddove si tratti di ammettere prove non rientranti nel novero di quei mezzi di prova le cui modalità di assunzione siano previste dal legislatore, queste ultime non sono lasciate alla completa libertà del giudice, tutt'altro: sarà lo stesso giudice a compiere per le prove atipiche quanto il legislatore abbia già previsto per le prove tipiche, ovvero sarà chiamato – in contraddittorio – a riempire *ex ante* di contenuto normativo le modalità di assunzione della prova, rappresentando quest'attività la garanzia di prevedibilità e controllabilità che il legislatore intende sottoporre a tutte le prove, tipiche o atipiche che siano<sup>48</sup>.

Foss'anche per le sole considerazioni sinora svolte, la questione circa la legittimità o meno dei riconoscimenti informali compiuti direttamente in dibattimento, ivi inclusi quelli fotografici, avrebbe dovuto essere risolta dalla Cassazione nel senso di scongiurare il pericolo di una reminescenza inquisitoria tesa ad eludere e trascurare facilmente gli argini normativi (come, difatti, accade tutte le volte in cui si afferma quella *non necessarietà* del rispetto delle formalità previste, come nella fattispecie in esame); tutt'altro: l'attenzione andava riposta non già su una sola norma – l'art. 189 c.p.p. – al fine di trarre da essa un principio generale utile ad una ammissione di prove al di là dei tratti legislativamente stabiliti; quanto piuttosto guardare all'intero sistema legale delle prove – nei termini in cui sopra si è cercato di riassumere – per poi ritornare a quella stessa norma di cui all'art. 189 c.p.p. e notare in essa non una eccezione al principio di legalità del sistema delle prove, quanto piuttosto una sua indubbia affermazione.

7. La sentenza in epigrafe non è esente dal cadere in una palese contraddizione laddove, pur facendo riferimento al principio di non tassatività dei mezzi di prova, nei termini poc'anzi accennati, sostiene – sulla scia della quasi unanime giurisprudenza di legittimità – che *il momento ricognitivo costituisce invero parte integrante della testimonianza, di tal che l'affidabilità e la valenza probatoria dell'individuazione informale discendono dall'attendibilità accordata al teste ed alla deposizione dal medesimo resa, valutata alla luce del prudente apprezzamento del decidente che, ove sostenuto da congrua motivazione, sfugge al sindacato di legittimità*.

Ebbene delle due una: o si configura lo strumento atto al recupero dell'accertamento ricognitivo privo delle formalità della ricognizione, all'interno dello schema previsto dall'art. 189 c.p.p. richiamato, e dunque prova atipica sarà; ovvero risulterà assorbito all'interno della disciplina della prova dichiarativa, e null'altro sarà, allora, se non una testimonianza, in quanto tale tipica.

---

<sup>48</sup> V. per tutti, T. RAFRACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) infungibilità delle forme probatorie*, cit., 1742: «Queste modalità non possono dirsi rimesse all'arbitrio del giudice ma si coordinano con gli specifici presupposti di ammissione della prova innominata. Per un verso pertanto, al pari del mezzo di prova in sé stesso, neppure le modalità assuntive possono essere tali da incidere sulla libertà morale della persona; per altro verso – ed è quello che più interessa – le stesse modalità vengono a fissare *ex ante* le forme più idonee ad assolvere la funzione probatoria specificata dalla natura dei fatti o dal tipo di accertamento per il quale la prova è stata ritenuta utile dal giudice».

Eppure la Corte ancora una volta ricalca tale contraddizione<sup>49</sup>, richiamando tanto il principio di non tassatività, quanto la presunta omogeneità con la prova dichiarativa dei riconoscimenti informali, non avendo questi ultimi ragione per differenziarsi dalla dichiarazione testimoniale<sup>50</sup>.

Si giunge in tale modo ad affermare l'ammissibilità del riconoscimento informale condotto senza le modalità previste per la ricognizione<sup>51</sup>, in ragione della comune – sia per il ricognitore, che per il testimone – rievocazione dell'esperienza del passato, che confluisce in una comune «dichiarazione rappresentativa dell'esperienza del narrante»<sup>52</sup>.

La tesi non appare condivisibile per una serie di riflessioni: prima fra tutte la diversità esistente tra i due mezzi di prova, sbiadita agli occhi della giurisprudenza che, di contro, continua ad appiattirne la differenza.

Tutte le volte in cui si ammette uno stesso nucleo essenziale, caratterizzato dal comune ricordo di una esperienza passata, non si tiene evidentemente conto che il testimone si limita a rievocare accadimenti passati, laddove soltanto il ricognitore, invece, sarà chiamato a porre un parallelo di questi ultimi con fatti del presente dinanzi al giudice e nel contesto dibattimentale; sarà, quindi, tenuto ad un atto di comparazione tra quanto percepito in sede del fatto storico e quanto sia, nel presente, oggetto della ricognizione: nella fase del riconoscimento, la «componente sensoriale» non «lascia spazio alla componente raziccinante», come invece accade nella testimonianza, ma continua a lavorare plasmando la rappresentazione del fatto offerta dal ricognitore<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Sottolinea tale contraddizione O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, 97, nt. 37; M. BONTEMPELLI, *La ricognizione*, cit., 481.

<sup>50</sup> Circa il rapporto tra ricognizione e testimonianza v. M. BONTEMPELLI, *La ricognizione*, cit. 479 e 493 ss.; T. RACFRACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) infungibilità delle forme probatorie*, cit., 1742; Per una ricostruzione alla luce del precedente codice di procedura del 1930 v. CANTARANO, *Ricognizioni e confronti*, in *Enc. for.*, vol. VI, Giuffrè, 1961, 474; MANZIONE, *Ricognizione e confronti*, in *Nss. dig. it., Appendice*, vol. VI, Utet, 1986, 739; MELCHIONDA, *Ricognizione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, 1989, 529 ss.; MOSCARINI, *Ricognizione (proc. pen)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Treccani, 1991, 1 ss.; PASINI, *Le ricognizioni nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 1983, 677; SANTORO, *Ricognizioni e confronti*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Utet, 1968; VIGONI, *La ricognizione personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 172.

<sup>51</sup> Per indicazioni circa alcuni tra i tanti precedenti in tal senso v. Cass, Sez. II., 5 febbraio 1993, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, 812; Cass., Sez. IV, 18 luglio 1996, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 835, (con nota di S. GAVINI); Cass., Sez. I, 28 marzo 1997, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, 519; Cass., Sez. IV, 20 marzo 1997, in *Riv. pen.*, 1998, 205; Cass., Sez. II, 23 luglio 1993, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, 304.

<sup>52</sup> Di *dichiarazione rappresentativa* parla A. M. CAPITTA, *Ricognizioni*, cit., 38; e A. CAMPO, *Appunti in tema di ricognizione e "ravvisamento"*, cit., 128; sostiene inoltre l'affinità dei mezzi di prova in questione F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 769, per cui: «memorie empiriche; i testimoni le rievocano; i ricognitori operano più laboriosamente»; D. SIRACUSANO, in D. SIRACUSANO, DALIA, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALA', *Manuale di diritto processuale penale*, vol. II, Milano, 1991, 423, precisa che le informazioni preliminari alla ricognizione «corrono lungo il filo della testimonianza (per autorevole dottrina il "ricognitore è sempre un testimone") perché implicano la narrazione di un fatto che appartiene all'esperienza del soggetto chiamato alla ricognizione»; v. anche A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, III ed., Milano, 1992, 277 ss., «la ricognizione è la particolare testimonianza di colui che viene richiesto di identificare una persona, una cosa, una voce, un suono o qualsiasi altro oggetto di percezione sensoriale, dichiarando se la persona, la cosa o l'oggetto presentatogli dal giudice con opportune cautele (artt. 214 e 215) sia lo stesso di cui egli ha parlato allorchè ha riferito una sua passata esperienza».

<sup>53</sup> Il passo è riportato dal M. BONTEMPELLI, *Ricognizioni*, cit., 495; gli incisi in corsivo appartengono a C. MIUCCI, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, Milano, 2011, 35. Ancora v. F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 205: «la ricognizione non è soltanto una testimonianza perché essa non solo presuppone un giudizio passato e consiste, prima di tutto, nella sua narrazione, ma deve proseguire con un giudizio attuale intorno alla identità della esperienza passata con la esperienza presente».

Inoltre – seppur non si fosse convinti circa la differenza tra atto riconoscitivo e contributo testimoniale, in virtù della suddetta presenza nel primo di un giudizio comparativo, di fatto assente nel secondo – occorrerebbe comunque tener presente che se nella testimonianza l'elemento della rievocazione mnemonica può essere talvolta stimolato dalle domande rivolte al teste, nell'accertamento ricognitivo viene tutto affidato alla memoria del soggetto chiamato al riconoscimento, tale che «la forza persuasiva della ricognizione, data dalla immediata fruibilità probatoria del riconoscimento, è fortemente controbilanciata dalla scarsa attendibilità di questo risultato di conoscenza»<sup>54</sup>.

Ancora – e non da ultimo – non si può fare a meno di notare un altro fondamentale tratto distintivo, che riposa nella constatazione per cui, a ben vedere, nessuna deposizione testimoniale, in quanto tale, viene posta in essere dal ricognitore<sup>55</sup>: la testimonianza infatti risulta caratterizzata da un costrutto narrativo, capace di sollevare quell'attenzione dialogica che il legislatore ha tradotto nella tecnica dell'esame e del controesame: una dialettica processuale che realizza l'anima di un contraddittorio funzionale alla formazione della prova; nell'atto riconoscitivo – più che un racconto narrativo del testimone volto ad ottenere informazioni utili ai fini dell'accertamento del fatto – si ottiene un *monosillabo* confermativo o non, di un dato già esistente all'interno del processo<sup>56</sup>.

Ed infine – anche laddove si volesse confidare nell'ammissibilità della prassi dei riconoscimenti informali, vuoi assumendone il carattere di prova atipica, vuoi assumendo l'asserita equivalenza con la prova dichiarativa – risulta tuttavia ancor più perseverante e ancor meno condivisibile l'orientamento giurisprudenziale che ne conferma la legittimità, allorché si eluda – o peggio, ci si dimentichi – di una norma fondante le regole per lo svolgimento dell'esame e del controesame: l'art. 499, commi 2 e 3, c.p.p.

La norma fa divieto *nel corso dell'esame testimoniale delle domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte; e nell'esame condotto dalla parte che ha chiesto la citazione del testimone e da quella che un interesse comune sono vietate domande che tendono a suggerire le risposte.*

Ebbene, non pare si possa contestare che chiedere al testimone se riconosce o non l'autore del reato in una persona presente, il più delle volte seduta e bene in evidenza al banco degli imputati, o nel peggiore dei casi, costretta dietro le sbarre di un'aula dibattimentale, abbia una tale carica

<sup>54</sup> L'espressione è di M. BONTEMPELLI, *La ricognizione*, cit. 482; continua l'autore: «il contributo del ricognitore resta in gran parte inesplorabile, perché manca di sostrato logico-narrativo ed è esposto alla forza perturbatrice delle variabili emotive tipiche del processo, e del dibattimento in particolare, in misura ben maggiore di quando accade per il contributo del testimone»; v. F. CONRDERO, *Procedura penale*, cit., 768; e in giurisprudenza di merito: Trib. S. Maria Capua Vetere, 7 gennaio 1992, in *Nuovo dir.*, 1994, II, 408, con nota di M. CUSATTI, *I rapporti tra individuazione e ricognizione di persona*, secondo cui la ricognizione comporta «una ben maggiore aleatorietà per la inevitabile presenza perturbatrice di fattori emotivi e per la sua non agevole verificabilità, in assenza di un costrutto logico narrativo quale si ravvisa nella testimonianza».

<sup>55</sup> Rimarca la distinzione tra testimonianza e ricognizione sotto il profilo del racconto, N. TRIGGIANI, *Ricognizioni*, cit., 20; G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., 141; parte della dottrina ravvisa poi nella ricognizione un «grado minore di rappresentatività» rispetto alla testimonianza, così A.M. CAPITTA, *Ricognizioni*, cit., 46.

<sup>56</sup> Secondo A. CAMPO, *Appunti in tema di ricognizione e "ravvisamento"*, cit., 129: «il culmine dell'operazione riconoscitiva, invece, consiste, non già in un racconto articolato di una personale esperienza ma in un processo psicologico sotterraneo che affiora appena in un monosillabo affermativo o negativo oppure in una resa all'incertezza».

suggestiva da scontrarsi brutalmente con la norma appena citata e scontare con ciò tutti i dubbi di una prassi che la giurisprudenza suppone invece legittima<sup>57</sup>.

8. Eppure, il tratto sostanzialmente aberrante e suggestivo che si impone nelle conclusioni ormai da tempo consacrate nella giurisprudenza di legittimità, e che la sentenza in commento pare sterilmente confermare ma abilmente offuscare, è costituito dal quel veloce ma altrettanto infido richiamo al *principio del libero convincimento del giudice*.

Nel momento stesso in cui si afferma che l'atto ricognitivo *costituisce invero parte integrante della testimonianza, di tal che l'affidabilità e la valenza probatoria dell'individuazione informale discendono dall'attendibilità accordata al teste ed alla deposizione dal medesimo resa*, si commette un errore tanto più grave quanto meno sia la consapevolezza del valore dell'attendibilità dell'accertamento che il legislatore ha inteso riferire non solo al momento della valutazione della prova, quanto piuttosto già a quello della sua assunzione<sup>58</sup>.

Ne consegue una deprecabile confusione tra le fasi del procedimento probatorio – del resto facilmente evocata dal richiamo al *prudente apprezzamento del decidente* – che il nuovo codice di rito ha inteso nettamente differenziare: le fasi di ammissione e assunzione del mezzo probatorio, difatti, risultano abilmente governate dalla mano del legislatore, che ne dirige i tratti e le modalità di svolgimento, presponendo – si è visto – formalità rispecchianti lo sforzo tutto legale, di una maggiore attendibilità dell'esito ricognitivo già punto di assunzione, prima ancora che in punto di valutazione. E' solo infatti in quest'ultima fase che ha senso parlare di libero o prudente apprezzamento del giudice, in cui il legislatore allenta – senza lasciare – le redini della prova, consegnando al giudice un accertamento probatorio che in tanto potrà *liberamente* valutare in quanto risulti legittimamente acquisito, e dunque, soltanto laddove superi quel primo vaglio di attendibilità previsto dal legislatore nella fase probatoria precedente alla valutazione vera e propria.

Il vaglio potrà, pertanto, dirsi superato soltanto se siano rispettate le formalità di cui sinora se ne è sostenuta l'essenzialità ed inderogabilità, in spregio del granitico orientamento giurisprudenziale che con agghiacciante superficialità le ritiene di fatto trascurabili.

A ciò si aggiunge che il fatto stesso che la valutazione di attendibilità dell'accertamento confluisca nella valutazione di attendibilità della testimonianza, palesa, oltre che la confusione tra

<sup>57</sup> Allo scopo di sostenere un divieto indiretto ben più pregnante di quello derivante dalla norma di cui all'art. 499, commi 2 e 3, c.p.p., si è obiettato che «l'insincerità» o il «suggerimento» non deriva dalla domanda (cioè da una premessa dialogica) ma proprio da quel «contesto esteriore pregiudizievole dal quale in modo speciale la genuinità della ricognizione, e non quella della testimonianza, deve essere salvaguardata», così T. RAFRACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, cit., 1743.

<sup>58</sup> Si nota in M. BONTEMPELLI, *La ricognizione*, cit., 496, che la giurisprudenza affronta i problemi di tale prassi con riferimento alla fase della valutazione, con la conseguenza di equivocare sulla funzione delle tecniche processuali. V. Cass. Sez. I, 19 giugno 1992, in *Cass. pen.*, 1994, 1037; in dottrina: E. D'AMBROSIO, *Sub artt. 213 – 214*, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da G. CONSO E V. GREVI, Padova, 2005, 661 ss.; G. BOCCHINO – M. SCARPELLI, *Sub artt. 213-214*, in AA.VV., *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di A. GAITO, t. I, II ed., Torino, 2006, 925 ss.; S. BARBIERA, *Sub artt. 213-214*, in AA.VV., *Codice di procedura penale*, a cura di G. TRANCHINA, t. I, Milano, 2008, 1678 ss.; L. PARLATO, *Sub artt. 213-214*, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, a cura di P. CORSO, II ed., Piacenza, 2008, 845 ss.; M. MENNA, *Sub artt. 213-214*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA e G. SPANGHER, IV ed., vol. I, Milano, 2010, 2152 ss.

fasi diverse del procedimento probatorio, una *amputazione* dell'atto ricognitivo del suo aspetto critico-comparativo, e con essa sconta «l'inidoneità della disciplina della testimonianza ad assicurare l'attendibilità del ravvisamento»<sup>59</sup>.

Occorre, ancora, notare, sempre all'interno dell'ambito di valutazione di attendibilità del testericognitore, i riflessi di tale asserita equivalenza in punto di contestazioni *ex art.* 500 c.p.p., in quanto tali e a rigor di legge, utili ai fini della credibilità del teste.

Allargando i confini della testimonianza, fino a ricomprendersi la dichiarazione diretta di colui che è chiamato a riconoscere, si aprono le porte ad una utilizzazione dei risultati della previa individuazione fotografica ai fini contestativi.

A ben vedere, dall'art. 361 c.p.p. si ricava un divieto indiretto di utilizzare i risultato dell'accertamento individuatorio a fini probatori, in quanto questo utilizzabile solo in relazione alle esigenze investigative: eppure questa regola di esclusione – ragionando nei termini dell'equivalenza sopra esposta – non opererebbe al punto di impedire che i risultati dell'individuazione siano utilizzati per le contestazioni di cui all'art. 500 c.p.p.<sup>60</sup>.

Talvolta, invece, si critica tale tesi sul rilievo della natura dell'atto del riconoscere che «non costituendo per sua struttura in una narrazione, non presenta contraddizioni suscettibili di valutazione critica e, perciò, a differenza della testimonianza, non può essere oggetto di una vera e propria contestazione»<sup>61</sup>.

Si ritiene di convenire con quella dottrina che sagacemente ha posto l'attenzione sull'inciso di cui all'art. 500, comma 1, c.p.p., ovvero *sulle circostanze su cui il teste abbia già deposto*: «occorre considerare tale regola e attribuire rilievo alla parziale diversità esistente tra i fatti percepiti dal soggetto ricognitore e i fatti percepiti dal soggetto individuatore. Anche se in entrambi i casi il soggetto attivo mette a frutto una percezione (di una persona o di altro oggetto) avvenuta al momento del fatto rilevante, resta assai diverso il contesto processuale in cui si svolge l'individuazione, rispetto a quello in cui si assume la ricognizione. Ciò preclude di dire che il testimone abbia già deposto “sui fatti o sulle circostanze da contestare”»<sup>62</sup>.

9. La sostituzione delle forme testimoniali alle inderogabili formalità previste dalla norma sulla ricognizione, tradendo la logica dell'impianto legale così predisposto, genera una prova

<sup>59</sup> A. CAMPO, *Appunti in tema di ricognizione e “ravvisamento”*, cit., 129 «In questa ipotesi, invero, il rispetto del contraddittorio nella formazione della prova è solo apparente poiché si trascura che nell'attuazione di detto principio, affinché risulti effettivo e non utile lustra, bisogna tener conto delle proprietà del mezzo di prova di cui si tratta».

<sup>60</sup> V. G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., 141, riportato da M. BONTEMPELLI, *La ricognizione*, cit., 535, nt 202.; v. in senso positivo, G. DE ROBERTO, *Prime riflessioni sull'assunzione della prova*, cit., 235. In senso negativo: App. Bologna, 15 febbraio 1993, in *Giust. pen.*, 1993, III, c. 432, in cui si afferma che «il mancato esperimento della ricognizione non può, giammai, essere “aggirato” o supplito dalla contestazione al testimone in dibattimento delle dichiarazioni da costui rese in sede di espletamento dell'atto di “individuazione di persona” con conseguente acquisizione al fascicolo dell'atto stesso ed il conseguimento di effetti che sono propri della ricognizione»; esclude l'utilizzo del verbale di individuazione a fini di contestazione, Cass., Sez. II, 15 novembre 1996, cit., secondo cui, peraltro, laddove il riconoscimento informale compiuto durante le indagini preliminari venga poi reiterato al dibattimento nel corso dell'esame testimoniale, l'esame stesso «ben può svolgersi anche sulle modalità della pregressa individuazione al fine di procedere ad una valutazione globale di chi rende la dichiarazione».

<sup>61</sup> A.M. CAPITTA, *Ricognizioni*, cit., 239.

<sup>62</sup> M. BONTEMPELLI, *La ricognizione*, cit., 539.

illegittima ed illegittimamente acquisita, sia che la si voglia inquadrare nell'ambito della prova atipica – pagando il prezzo del capovolgimento del sistema di legalità delle prove così come prospettato dal nuovo codice di rito –, sia che la si ponga sullo stesso piano della prova testimoniale, capovolgendo questa volta la struttura del racconto dichiarativo e riducendolo a quel mosillabo confermativo o non, da cui si pretenderebbe di trarne l'attendibilità del riconoscimento stesso.

Questo l'assunto che si ritiene di convenire sulla base delle considerazioni svolte: la prassi dei riconoscimenti informali, null'altro che un'elaborazione giurisprudenziale sofferente di legalità, ci consegna un accertamento ricognitivo *contra legem*, ed in quanto tale inutilizzabile *ex art. 191 c.p.p.*

Risulterà, difatti, inutile – come pure è stato obiettato – richiamare la disciplina sulle nullità, al fine di sottolineare la diversità di una prospettata nullità nell'art. 213 c.p.p. ricollegata all'inosservanza delle disposizioni ivi previste, rispetto alla nullità presente nel successivo articolo che non presenta un parallelo con la prima, perché ricollegherebbe la sanzione solo alla mancata verbalizzazione delle modalità di svolgimento. Assunto, questo della ritenuta diversità, poco condivisibile a maggior ragione laddove se ne faccia discendere una non inderogabilità delle modalità di svolgimento della ricognizione previste dall'art. 214 c.p.p., tale da giustificare altrimenti la non necessità delle cautele legali ivi previste.

Sarebbe contraddittorio, oltre che banalmente sostenibile, ritenere che l'omessa verbalizzazione delle modalità di svolgimento dia luogo a nullità, mentre l'inosservanza delle stesse ad una mera irregolarità<sup>63</sup>.

Si conclude, dunque, nel ritenere che la sentenza in commento, eclissandosi dietro quell'orientamento giurisprudenziale che continua a sostenere l'ammissibilità della prassi dei riconoscimenti informali – a cagione delle argomentazioni sinora esposte e per ogni subbio di legittimità sollevato – si impone in quello che, si notava in premessa, essere il complesso rapporto tra giudice e legge in termini di pervicace e pericolosa preponderanza dell'uno rispetto all'altra.

Eludere le forme e tralasciare le radici legali del nuovo codice di rito, significa libertà di acquisire la prova e sganciarla da formalismi; significa ricordare quella *bulimia inquisitoria* e incondizionata ricerca della verità materiale; significa rigenerare nel nuovo quanto abbandonato perché vecchio e perché tavalicante le garanzie poste a tutela della verità –tutta e solo – processuale.

Appare perciò indivisibile la superficialità dell'esegesi giurisprudenziale, che da anni segue un percorso inverso rispetto alla direzione segnata dal nostro codice di rito; come indivisibile è il riproporsi – così ragionando – di *metamorfosi inquisitorie*, tanto suggestive quanto inaccettabile alla luce del principio di legalità del processo.

---

<sup>63</sup> Secondo A. CAMPO, *Appunti in tema di ricognizione e "ravvisamento"*, cit., 131: «la salvaguardia del sistema della coerenza del sistema processuale impone di ritenere che ove sia sancita la nullità per l'omessa menzione del verbale del compimento di un atto secondo le modalità prestabilite, a fortiori debba essere colpito dalla medesima invalidità l'atto compiuto in maniera difforme dallo schema legislativo, considerando la necessaria strumentalità del controllo sulle regolarità della documentazione rispetto al controllo sulla regolarità stessa dell'atto»

## In materia di nullità assoluta dell'omesso avviso dell'udienza camerale al difensore di fiducia

RAFFAELE COPPOLA\*

### MASSIMA<sup>1</sup>

«L'omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia tempestivamente nominato dall'imputato o dal condannato, integra una nullità assoluta ai sensi degli artt. 178, comma primo lett. c) e 179, comma primo cod. proc. pen., quando di esso è obbligatoria la presenza, a nulla rilevando che la notifica sia stata effettuata al difensore d'ufficio e che in udienza sia stato presente un sostituto nominato ex art. 97, comma quarto, cod. proc. pen. (In motivazione, la Suprema Corte ha, in particolare, evidenziato che ove, in presenza di una rituale e tempestiva nomina fiduciaria effettuata dall'interessato, il giudice proceda irritualmente alla designazione di un difensore d'ufficio, viene ad essere lesa il diritto dell'imputato "ad avere un difensore di sua scelta", riconosciuto dall'art. 6, comma terzo lett. c), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo)».

### ABSTRACT

*The United Sections of the Court of Cassation ruled that missed notice of the hearing to the trusted lawyer promptly appointed by the accused or the convict, poses an absolute nullity based on articles 178, paragraph 1, letter c) and 179, paragraph 1, of the Criminal Procedure Code.*

SOMMARIO: 1. Il contrasto giurisprudenziale: tra nullità assoluta e nullità intermedia. – 2. La soluzione fornita dalle Sezioni Unite del 26 marzo 2015, n. 24630. – 3. Gli ampi risvolti della sentenza delle Sezioni Unite. – 4. Poteri del giudice in caso di omessa notifica: la regressione abnorme del procedimento. – 5. Conclusioni.

1. La sentenza in commento interviene a risolvere un contrasto giurisprudenziale profilato tra le sezioni semplici della Corte di cassazione in merito alla natura assoluta o intermedia della nullità, derivante dal mancato avviso dell'udienza camerale nel procedimento di esecuzione.

Tuttavia, l'indiscutibile rilevanza anche per il procedimento di cognizione del tema sviscerato dal Supremo Consesso deriva non solo dall'assistenza difensiva necessaria in tale frangente processuale, ma anche dall'applicazione diretta delle norme sull'invalidità degli atti (ex artt. 177 c.p.p. ss.) in tale fase e la loro applicazione alla fase esecutiva solo in forza dell'interpretazione estensiva fornita dalla giurisprudenza alle disposizioni generali concernenti l'intervento e l'assistenza dell'imputato o del suo difensore.

\*Giudice penale presso il Tribunale di Napoli Nord.

<sup>1</sup> Cass. pen., sez. un., 10 giugno 2015, Maritan, rv. 263598.

Al fine di risolvere il predetto contrasto giurisprudenziale, l'attenzione esegetica delle Sezioni Unite si è soffermata sull'aggettivo possessivo di terza persona singolare che affianca la locuzione "difensore" nella seconda parte dell'art. 179, comma 1, al fine di chiarire se in esso fosse distillato un rapporto fiduciario, *id est* difensore di fiducia, o riassume una valenza spaziale limitata all'udienza.

La prima interpretazione è stata sostenuta dalla giurisprudenza minoritaria per lungo tempo, affermando che la nullità assoluta di cui all'art. 179 c.p.p. attenesse non solo all'ipotesi estrema in cui l'imputato rimasse sfornito di "qualunque" difensore in udienza, ma anche al caso più frequente in cui, scalzata la volontà dell'interessato, fosse stato nominato un difensore d'ufficio nonostante la nomina di un difensore di fiducia da parte dell'imputato prima dell'emissione del decreto di citazione o dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale.

Questo primo orientamento, per quanto minoritario, faceva leva sul rapporto fiduciario intercorrente tra l'imputato e il suo difensore instaurato con la nomina a questi conferita, nonché sul diritto del primo a non essere privato della persona che avesse riscosso la sua fiducia professionale<sup>2</sup>.

Di diverso avviso altra parte della giurisprudenza, la quale, forte dell'avallo delle Sezioni Unite, ha ritenuto che il mancato rispetto del predetto rapporto fiduciario tra difensore e imputato configurasse un'ipotesi di nullità generale a regime intermedio, *ex art.* 178, comma 1, lett. c, c.p.p., con conseguente sanatoria nel caso di mancata eccezione da parte dell'imputato o del difensore designato d'ufficio<sup>3</sup>.

Benché la pronuncia delle Sezioni Unite atteneva al mancato avviso al difensore di fiducia – nominato dall'indagato detenuto ai sensi dell'art. 123 c.p.p. – dell'interrogatorio di garanzia, essa è stata il viatico per consentire alla giurisprudenza di legittimità successiva un'interpretazione più ampia del principio di diritto in essa cristallizzato.

Più specificamente, è stato precisato che la locuzione "suo difensore" richiamata nell'art. 179 c.p.p. attiene alla sola difesa tecnica, la quale può ricomprendere tanto il difensore d'ufficio quanto quello di fiducia secondo una nozione unitaria di "difesa", in questo modo rientrando in una nullità a regime intermedio l'ipotesi di mancato avviso al difensore di fiducia dell'udienza camerale, come tale sanabile qualora non eccepita ai sensi dell'art. 182, comma 2 c.p.p. prima dell'apertura del dibattimento<sup>4</sup>.

Quest'ultimo orientamento si fonda sulla piena equiparazione del difensore d'ufficio e di quello di fiducia, entrambi tenuti ad adempiere con diligenza al ministero difensivo, dovendo il difensore d'ufficio farsi carico di eccepire il mancato avviso dell'udienza camerale al difensore di fiducia; pertanto, la presenza del difensore, sia esso di fiducia o d'ufficio ne esclude la nullità assoluta.

Inoltre, si è affermato che qualora alla locuzione "suo difensore" si attribuisse il significato di difensore di fiducia, si porrebbe all'assurdo esegetico di escludere la nullità assoluta allorché non vi sia alcuna nomina fiduciaria e ciò nonostante manchi un difensore d'ufficio che assicuri l'assistenza difensiva là dove obbligatoria.

---

<sup>2</sup> Cass. pen., sez. III, 14 gennaio, 2009, n. 6240, Plaka, rv. 242530; Cass. pen., sez. I, 28 marzo 2014, n. 20449, Zambon, Rv. 259614; Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 7968 Di Mattia, rv. 258615.

<sup>3</sup> Cass. pen., sez. un., 26 marzo 1997, n. 2, Procopio, rv. 208269.

<sup>4</sup> Cass. pen., sez. I, 1 ottobre 2014, n. 52408, Depalmas, n.m.; Cass. pen., sez. II, 23 ottobre 2004, Medile, rv 230225.

D'altro canto, è onere del difensore d'ufficio assicurare una difesa adeguata, potendo a tal fine avvalersi dei termini a difesa concessi dall'art. 108 c.p.p.

Tale ultimo orientamento risponde all'impostazione classica per la quale le nullità assolute operino solo in casi di patologie radicali che comportino uno svolgimento solo apparente del processo, senza un giudice "capace", senza l'iniziativa del pubblico ministero, senza la citazione dell'imputato o senza la partecipazione del difensore quando obbligatoria.

L'obiettivo, come vedremo, per quanto lodevole, perché volto a restringere le ipotesi di nullità che compromettano l'equilibrato svolgersi del processo, evitando che esso possa essere alla mercé di un'opportunistica scelta delle parti circa l'*an* e il *quando* far valere l'invalidità predetta, è causa di un *vulnus* alla preferenza che il codice di rito attribuisce alla difesa di fiducia rispetto a quella d'ufficio, con il rischio di ridurre la prima ad un vuoto simulacro.

Prima di procedere verso la soluzione fornita dalle Sezioni Unite, giova soffermarsi sulla precisazione operata dalla giurisprudenza pocanzi richiamata in merito al termine processuale entro il quale la predetta nullità intermedia debba essere eccepita.

Richiamando, infatti, l'art. 182, co. 2 c.p.p., la Corte di cassazione ha chiarito che esso vada identificato in *limine litis* con l'apertura del dibattimento.

Tale termine è stato da ultimo richiamato dalla Suprema Corte in caso di non osservanza dei termini a comparire, precisando che tale violazione davanti al Tribunale, previsto dall'art. 552, comma terzo, cod. proc. pen., in giorni sessanta, non determina la nullità assoluta del decreto di citazione a giudizio, bensì una nullità generale di carattere intermedio, rilevabile d'ufficio *ex art.* 180 c.p.p. e deducibile, *ex art.* 182, comma secondo, c.p.p., dalla parte interessata all'osservanza della norma violata, a pena di decadenza, prima dell'apertura del dibattimento; qualora la parte compaia dichiarando che la comparizione è determinata dal solo intento di fare rilevare l'irregolarità, ha diritto, *ex art.* 184, comma secondo, c.p.p., ad un termine a difesa che deve essere tale da assicurare all'imputato il godimento dei termini complessivamente stabiliti dall'art. 552, comma terzo, c.p.p. a fare data dalla prima notifica<sup>5</sup>.

In entrambe le ipotesi in esame, dunque, l'apertura del dibattimento *ex art.* 492 c.p.p. è identificato quale termine, *ex art.* 182 c.p.p., immediatamente successivo alla nullità della citazione, *id est* identificando nelle questioni preliminari la sede processuale eccepirla.

2. La sentenza in commento lueggia su di un tema di grande rilievo, nel tentativo fornire un'interpretazione alla locuzione "suo difensore", contenuta nell'art. 179 c.p.p., alla luce dei canoni sistemici dell'ordinamento processuale.

A tal fine, la Corte di Cassazione procede a un'analisi della portata del Titolo VII libro I nel codice di rito e al ruolo in esso attribuito dal legislatore alla difesa fiduciaria, giungendo ad attribuire a essa lo stigma di diritto e garanzia assicurata all'imputato.

Una prima considerazione assiologica emerge dalla struttura sistematica degli istituti; l'art. 96 c.p.p., con il quale il Titolo VII si apre, è dedicato alla difesa di fiducia, laddove l'art. 97 c.p.p. disciplina la difesa d'ufficio solo successivamente alla prima, discende la priorità riconosciuta alla

---

<sup>5</sup> Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2007, n. 1765, Panariti, rv. 239097.

prima e l'operatività della seconda solo qualora venga a mancare un difensore di fiducia, *id est* la sussidiarietà della difesa d'ufficio rispetto a quella fiduciaria.

Tale principio è ribadito dalla regola della cessazione della difesa d'ufficio non appena l'interessato provveda alla nomina di un difensore di fiducia.

La norma diretta ad assicurare che l'imputato non resti sprovvisto di un difensore è riconosciuta nell'art. 97, comma 4 c.p.p., il quale attribuisce al giudice il potere di nominare un difensore sostituito immediatamente reperibile nel caso in cui quello di fiducia o d'ufficio, nominato ai sensi dei commi 2 e 3, non è stato reperito, non è comparso o ha abbandonato la difesa.

Da quanto esposto emerge che la nomina di un sostituto postula il regolare avviso dell'udienza al difensore d'ufficio, nominato ai sensi dell'art. 97 comma 1, o a un difensore di fiducia, in difetto del quale è illegittima la successiva nomina del suo sostituto, a prescindere dalla *vexata quaestio* nella natura nella nullità generale che discenderebbe dall'omesso avviso al difensore di fiducia preventivamente nominato.

Le conclusioni alle quali pervengono le Sezioni Unite si fondano su di un'interpretazione logico-sistematica, nonché letterale, delle locuzioni "assenza" e "suo difensore"; infatti, mentre la prima evoca la non presenza del difensore già nominato e ascrivibile al mancato avviso dell'udienza, la seconda attiene tanto al difensore d'ufficio quanto a quello di fiducia, benché postuli la preesistenza di un rapporto finalizzato ad assicurare la difesa tecnica e la legittima instaurazione dello stesso.

In buona sostanza, l'aggettivo possessivo di terza persona singolare sintetizza e richiama il pregresso rapporto difensivo e la legittimità di esso, per cui non sarà possibile annoverare in esso anche quel difensore che sia stato irregolarmente nominato.

Discende, che la nomina di un sostituto *ex art. 97*, comma 4 c.p.p. presuppone l'assenza di un difensore rispetto al quale il rapporto processuale sia stato correttamente instaurato mediante la notifica dell'avviso dell'udienza, non potendo il giudice nominare un difensore d'ufficio *ex art. 97*, comma 1 c.p.p. là dove già esista una nomina fiduciaria. Diversamente l'autorità giudiziaria sarebbe legittimata a sostituirsi all'imputato, in palese violazione dei principi fondamentali, in particolare, del diritto di difesa<sup>6</sup>.

Dall'assetto complessivo del codice di rito emerge l'impossibilità di una piena sovrapposizione assiologia tra la difesa di fiducia e quella d'ufficio, infatti, l'introduzione del comma 8 *bis* dell'art. 157 c.p.p., operato dall'art. 2 comma 1, D.l. 21.2.2005, n. 17, convertito con modificazioni con l. 22.4.05, n. 60, è sintomatica di una presunzione di conoscenza da parte dell'imputato dell'atto notificato al suo difensore solo nel caso di rapporto fiduciario che attribuisca a quest'ultimo maggiori doveri professionali e deontologici e che consenta di ritenere sussistente in capo all'imputato un onere costante di conoscenze dello stato del procedimento.

Inoltre, del tutto infondata risulta la tesi secondo cui il difensore d'ufficio nominato ai sensi dell'art. 97, comma 4 c.p.p. possa avvalersi del termine a difesa previsto dall'art. 108 c.p.p. al fine di assicurare un'assistenza difensiva adeguata, anche eccedendo nei termini di cui all'art. 181, comma

---

<sup>6</sup> Cass. pen., sez. VI, 3 maggio 2001, n. 18725, Desiderato, rv. 219502; Cass. pen., sez. III, 13 marzo 2007, n. 26076 Shehu, rv. 237201.

2 c.p.p., la mancata notifica dell'avviso dell'udienza al difensore di fiducia, atteso che la Corte costituzionale (sentenze n. 450 del 1997, n. 162 del 1998, n. 17 del 2006) ha chiarito che esso non opera nel caso di sostituzione temporanea e di persistenza della titolarità dell'incarico in capo al difensore originario.

Dunque, per quanto possano ritenersi apprezzabili gli sforzi di restringere le ipotesi di nullità assolute al fine di assicurare una ragionevole durata del processo, esso dovrà necessariamente essere temperato con gli ulteriori principi di rilevanza costituzionale emergenti dal sistema, con particolare riferimento al diritto di difesa dell'imputato e del contraddittorio, che risentono di un incremento di valore in forza dell'art. 6 della C.e.d.u. e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

3. Come accennato la *quaestio iuris* affrontata dalla Corte di cassazione ha una portata che va ben oltre l'udienza camerale tipica del procedimento di esecuzione, assumendo rilievo in sede di udienza preliminare, nonché nella fase di cognizione del processo.

Nella prima ipotesi, la necessaria partecipazione del difensore prescritta dall'art. 420 c.p.p. va letta in combinato disposto con l'art. 419 comma 2 c.p.p., là dove è prevista la notifica dell'avviso del giorno dell'udienza al "difensore dell'imputato", inteso, evidentemente, quale difensore di fiducia nominato dall'interessato o d'ufficio dal giudice ai sensi dell'art. 97 c.p.p., richiamato dall'art. 418 c.p.p.

La presenza all'udienza preliminare del difensore nominato dall'imputato ha come conseguenza che, ai sensi dell'art. 424 comma 2 c.p.p., la lettura del provvedimento emesso all'esito dell'udienza equivale a notificazione alle parti presenti, con la conseguenza che il difensore non ha diritto ad un successivo atto di notifica.

Diversa l'ipotesi di processi a citazione diretta, di rito direttissimo, *ex art.* 450 comma 5 c.p.p., o di rito immediato, *ex art.* 456 comma 5 c.p.p.

I dettami forniti dalle Sezioni Unite nel caso di omessa notifica dell'udienza al difensore di fiducia ne chiariscono la natura di nullità generale assoluta, come tale non sanabile ai sensi dell'art. 182, comma 2 c.p.p. qualora non eccepita dalla parte che vi assista prima del suo compimento ovvero quando ciò non è possibile, subito dopo, laddove il termine parte si riferisce tanto all'imputato quanto al suo difensore.

Tale ultimo orientamento avrà dei risvolti anche nella simile ipotesi in cui l'imputato abbia nominato due difensori di fiducia e solo ad uno di essi vi sia stata la notifica dell'avviso dell'udienza; infatti, l'orientamento classico che riteneva che anche in questa ipotesi fosse configurabile una nullità intermedia di ordine generale<sup>7</sup> si fondava sulle medesime argomentazioni che giustificavano una nullità intermedia per l'ipotesi di omessa notifica all'unico difensore di fiducia, asserendo che la predetta omissione incideva sulla sola assistenza dell'imputato, *ex art.* 178,

---

<sup>7</sup> Cass. pen., sez. un. 16 luglio 2009, n. 3960, Aprea, in <http://www.giustizia.it>; Cass. pen., sez. un., 27 giugno 2001, n. 33540, Di Sarno, in <http://www.giustizia.it>.

In dottrina A. SCARELLA, *Nullità a regime intermedio derivante dall'omesso avviso al secondo difensore: oneri, sanatoria "inerziale" del con difensore e termini di deducibilità*, in *Cass. pen.*, 2010, 895. Cass. pen., sez. un., 27 giugno 2001, n. 33540, Di Sarno, in <http://www.giustizia.it>.

lett. c) c.p.p. e che essa potesse essere eccepita dal difensore d'ufficio o dall'imputato *in limine litis* ex art. 181 comma 2 c.p.p.

Si era, inoltre, affermato che nell'ipotesi in cui uno dei componenti del collegio difensivo fosse comparso e non avesse rilevato la nullità derivante dall'omesso avviso al codifensore – desumibile dagli atti di causa – e avesse partecipato all'intero dibattimento, si sarebbe verificata la sanatoria di cui all'art. 184 c.p.p. e la conseguente decadenza dalla possibilità di dedurla successivamente (art. 182 c.p.p.), poiché la nozione di "parte interessata" andava interpretata riferendosi al collegio difensivo e non separatamente al singolo difensore che, anzi, avrebbe dovuto tutelare l'intera posizione processuale da lui rappresentata ed assistita nel superiore interesse del suo ministero<sup>8</sup>.

Risulta, quindi, evidente che nel caso in esame non sarà più sufficiente la regolare notifica ad uno dei due difensori nominati dall'imputato, atteso che, nel caso di collegio difensivo, la locuzione "suo difensore" assume una veste complessa, articolata nel ministero difensivo attribuito a due differenti difensori, con la prevedibile conseguenza, anche in questa ipotesi, di una nullità assoluta della citazione.

Va aggiunto che l'orientamento giurisprudenziale della nullità di natura intermedia, riguardando tutte le fasi processuali per le quali è prevista la partecipazione necessaria del difensore, siano esse camerali o meno, è stato, fino alla sentenza in commento, prioritario anche nelle ipotesi di omessa notifica dell'avviso al difensore dell'udienza fissata dinanzi al Tribunale del riesame, la quale ai sensi dell'art. 309 comma 8 c.p.p., si svolge secondo le forme prescritte dall'art. 127 c.p.p.

La Corte di cassazione ha avuto modo di chiarire, nel caso di specie, che qualora successivamente alla proposizione della richiesta, al difensore impugnante sia succeduto, a seguito della relativa nomina, un difensore di fiducia, l'avviso di udienza, sempre che non sia stato precedentemente spedito, deve essere notificato a quest'ultimo, a nulla rilevando che la richiesta di riesame sia stata proposta dal difensore di ufficio, il quale, ai sensi dell'art. 97 comma 6 c.p.p. «cessa dalle sue funzioni se viene nominato un difensore di fiducia».<sup>9</sup>

4. Altra questione posta all'attenzione della giurisprudenza di legittimità riguarda i poteri del giudice nel caso in cui rilevi l'omessa notifica dell'avviso dell'udienza o del decreto di citazione diretta a giudizio al difensore.

È sorta la necessità di perimetrare le ipotesi in cui sia il giudice, mediante il rinvio ad altra udienza a disporre la notifica, da quelle in cui debba restituire gli atti all'Ufficio di procura determinando una regressione del procedimento, e quando tale ipotesi rientri nelle ipotesi di atto anormale.

Sul punto si sono espresse le Sezioni Unite della Cassazione<sup>10</sup> distinguendo tra regresso tipico (consentito dalla legge), regresso illegittimo (compiuto nell'esercizio non corretto di un potere

---

<sup>8</sup> Cass. Sez. Un. 16 luglio 2009 m. 3960, Aprea, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>9</sup> Cassa. pen., sez. VI, 17 febbraio 2000, Moktar, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>10</sup> Cass. pen., sez. un., 26 giugno 2009, n. 25957, <http://www.giustizia.it>.

attribuito dalla norma) e regresso fonte di abnormità in quanto atipico e conseguente ad atto compiuto in carenza di potere.

A tal fine, si è definita l'abnormità strutturale come quella sussistente nelle sole ipotesi di carenza di potere in astratto, laddove non sussista una norma attributiva del potere, o in concreto, configurabile qualora il potere esercitato fuoriesca dallo scopo prescritto dalla norma costitutiva.

Di contro, l'abnormità funzionale viene in rilievo qualora il provvedimento del giudice imponga al p.m. il compimento di un atto nullo, la cui invalidità possa essere rilevata nel prosieguo del procedimento.

Orbene, circa i poteri attribuiti al giudice in caso di omessa notifica al difensore del decreto di citazione, le Sezioni Unite si erano già pronunciate nel 2002<sup>11</sup> distinguendo tra citazione (dell'imputato, del suo unico difensore o di entrambi i difensori fiduciari) omessa e quella irregolare, ritenendo applicabile solo in questo secondo caso la norma di cui all'art. 143 disp. att. c.p.p., che stabilisce: «negli atti preliminari al dibattimento, in tutti i casi in cui occorre, per qualunque motivo, rinnovare la citazione a giudizio o la relativa notificazione, vi provvede il presidente».

«Poiché, infatti, solo nel caso di citazione omessa il giudice ha il potere-dovere di restituire gli atti al pubblico ministero (posto che, in tal caso, in realtà mai il fascicolo processuale avrebbe dovuto pervenirgli, ex art. 553 c.p.p.) la restituzione degli atti al pubblico ministero non costituisce atto abnorme nel caso di omessa notificazione (anche quando vi sia un errore di fatto del giudice nel ritenere tale omissione: caso di regressione indebita ma nell'esercizio non corretto di un potere attribuitogli dalla norma), mentre configura l'abnormità quando si verta in mera irregolarità di una notifica comunque effettuata, perché in tal caso il giudice determinerebbe una regressione atipica e compiuta in carenza di potere»<sup>12</sup>.

Sul punto non sono mancate pronunce che hanno ampliato considerevolmente i poteri del giudice di regressione del procedimento; a tal fine, merita di essere ricordata la pronuncia a Sezioni Unite del 1998 che proprio in tema di dichiarazione di nullità del decreto di citazione a giudizio, con restituzione degli atti al p.m., hanno affermato che «spetta al giudice del dibattimento provvedere alla rinnovazione dell'atto nullo (citazione a giudizio o relativa notificazione) ad esclusione dei casi nei quali vengano rilevate invalidità o carenze incidenti sulla regolarità della stessa costituzione del rapporto processuale attinente al giudizio». Ed hanno poi ribadito che «la rinnovazione della citazione compete al giudice del dibattimento, tranne l'ipotesi in cui sia resa necessaria da una nullità che ha impedito un valido passaggio dalla fase delle indagini preliminari a quella del giudizio: in quest'ultimo caso, al quale sono riconducibili anche la nullità della notificazione del decreto di citazione a giudizio e l'inosservanza del termine per comparire di cui al terzo comma dell'art. 555 c.p.p., l'invalidità attiene ad un atto necessario, cioè, alla progressione *del*

---

<sup>11</sup> Cass. pen., 26 luglio 2002, n. 28807, in <http://www.giustizia.it>.

<sup>12</sup> Cass. pen., sez. VI, 22 febbraio 2010, n. 7088, in <http://www.giustizia.it>; Cass. pen., sez. un., 18 giugno 1993, Garonzi, in <http://www.giustizia.it>.

procedimento, di talché, risultando impedita la regolare costituzione del rapporto processuale, la rinnovazione del decreto non può che spettare al p.m. al quale, perciò, vanno restituiti gli atti»<sup>13</sup>.

Nel caso di specie la Corte ha ritenuto corretta la trasmissione degli atti al giudice per le indagini preliminari per nullità del decreto che dispone il giudizio per insufficiente specificazione dei fatti posti a base dell'accusa, poiché la sua nullità investendo l'atto propulsivo ha impedito il passaggio dalla fase procedimentale a quella processuale.

Tale orientamento è stato seguito, anche in tempi più recenti, dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale ha sostenuto che «non è abnorme il provvedimento con cui il giudice del dibattimento, constatando l'omessa notifica del decreto di citazione a giudizio al difensore di fiducia dell'imputato, rinvia il procedimento ad altra udienza, disponendo che la pubblica accusa si preoccupi alla notificazione del suddetto atto»<sup>14</sup>.

Inoltre, nel tentativo di distinguere tra omissioni e irregolarità, di recente la Corte di cassazione ha precisato che «in tema di notificazione della citazione dell'imputato, la nullità assoluta e insanabile prevista dall'art. 179 c.p.p. ricorre soltanto nel caso in cui la notificazione della citazione sia stata omessa o quando, essendo stata eseguita in forme diverse da quelle prescritte, risulti inidonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto da parte dell'imputato; la medesima nullità non ricorre invece nei casi in cui vi sia stata esclusivamente la violazione delle regole sulle modalità di esecuzione, alla quale consegue la applicabilità della sanatoria di cui all'art. 184 c.p.p.<sup>15</sup>(). Nel caso in esame la notificazione, in applicazione di detti principi, non può certo definirsi inesistente e quindi equiparabile ad una notificazione "omessa" ma deve piuttosto reputarsi idonea, in concreto, a determinare la conoscenza dell'atto da parte dell'imputato. Con la conseguenza che la nullità determinatasi, essendo non assoluta ma generale e di natura intermedia, non può essere eccepita per la prima volta in Cassazione. A parte il fatto che l'imputato che intenda eccepire la nullità assoluta della citazione o della sua notificazione, non risultante dagli atti, non può limitarsi, come nel caso di specie, a denunciare la inosservanza della relativa norma processuale, ma deve rappresentare al giudice di non avere avuto cognizione dell'atto e indicare gli specifici elementi che consentano l'esercizio dei poteri officiosi di accertamento da parte del giudice<sup>16</sup>». Inoltre, la Corte di Cassazione sembra aver sposato la tesi della nullità assoluta anche qualora essa involga la notificazione del decreto di citazione diretta a giudizio all'imputato, sottolineando che «in tema di nullità della notificazione del decreto di citazione a giudizio all'imputato, devono essere annullate le sentenze di primo e secondo grado, laddove la notifica del decreto, per un errore inerente l'indirizzo dell'imputato eletto come luogo per le notificazioni, sia stata effettuata al difensore d'ufficio nonostante nel frattempo fosse stato nominato il difensore di fiducia. La nullità della notificazione del decreto di citazione a giudizio dell'imputato, qualora incida direttamente sulla vocatio in iudicium, e quindi sulla regolare instaurazione del contraddittorio, deve essere equiparata

---

<sup>13</sup> Cass. pen., sez. un., 12 febbraio 1998 n. 17, in <http://www.giustizia.it>. In senso conforme Cass. pen., sez. un., 24 marzo 1995, Cirulli, <http://www.giustizia.it>.

<sup>14</sup> Cass. pen., sez. I, 12 aprile 2010, n. 13531, ord., <http://www.giustizia.it>.

<sup>15</sup> Da ultimo, Cass. pen., sez. VI, n. 1742/2013, rv. 258131; Cass. pen., sez. un., 27 ottobre 2004, n. 119, Palumbo, rv. 229539.

<sup>16</sup> Cfr. Cass. pen., sez. II, 15 settembre 2014, n. 37675, in <http://www.giustizia.it>.

all'omessa citazione dell'imputato medesimo, in quanto impedisce a quest'ultimo di conoscerne il contenuto e di apprestare la propria difesa ed è, pertanto, assoluta e insanabile<sup>17</sup>».

5. Volendo tirare le fila del discorso, appare pregievole l'intento della Corte di cassazione, con la sentenza in commento, di contemperare la delimitazione operata nel tempo dalla giurisprudenza delle ipotesi di nullità assolute con l'esigenza che alle stesse non sia negata cittadinanza là dove vengano in rilievo diritti costituzionalmente riconosciuti; infatti, se da un lato è impellente la necessità di evitare che il naturale progredire del processo non sottostia alla discrezione delle parti circa l'*an* e il *quando* dell'eccezione di nullità, dall'altro, sarebbe impensabile che tale intento operi a discapito di diritti fondamentali delle parti come quello difensivo.

Tale aspetto assume un peso prassiologico alla luce delle devianze che possono caratterizzare la difesa d'ufficio nel nostro ordinamento giuridico: non è raro, infatti, assistere ad un ministero difensivo che - in assenza di un rapporto fiduciario, *id est* di una consapevole scelta da parte dell'imputato del difensore che riterrà più idoneo ad assisterlo in giudizio - sia svolto con disinteresse e sciatteria a fronte di una nomina *ex art. 91 co. 1 c.p.p.* che, nella maggior parte dei casi, è sopperita in tutte le udienze da un difensore sostituito estemporaneamente *ex art. 97 co. 4 c.p.p.* e, dunque, all'oscuro degli atti del processo e dell'attività processuale pregressa.

Tale risvolto, rende del tutto priva di suggestione l'argomentazione secondo la quale spetterebbe al difensore d'ufficio eccepire l'omessa notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza o del decreto di citazione a giudizio al difensore nominato dall'imputato, fornendo una risoluzione dell'invalidità del tutto priva di fattibilità pratica.

Ovviamente, tali aspetti non devono indurre a ritenere che la Corte di cassazione abbia fornito una soluzione giuridica ad una problematica pratica, appiattendo, in questo modo, la propria decisione alla risoluzione di una prassi distorta, tenuto conto che i vantaggi empirici che discenderanno dalla soluzione giuridica fornita sono un epifenomeno alla *quaestio iuris* del rapporto tra difesa di fiducia e difesa d'ufficio adombrata nel codice di rito.

---

<sup>17</sup> Cfr. Cass. pen., 20 luglio 2011, n. 28860, in <http://www.giustizia.it>.

# Sulla facoltà dell'imputato di chiedere il rito abbreviato quando è contestata un'aggravante nel corso del dibattimento

SIMONE FARINA\*

## MASSIME<sup>1</sup>

«È illegittimo l'articolo 517 del c.p.p. nella parte in cui, nel caso di contestazione di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato oggetto della nuova contestazione».

«È infondata la questione di legittimità costituzionale del medesimo art. 517 del codice di procedura penale nella parte in cui, nel caso di contestazione di un reato concorrente o di circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato anche in relazione ai reati diversi da quello che forma oggetto della nuova contestazione, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione».

## ABSTRACT

*The Constitutional Court declared the unconstitutionality of article 517 of the Criminal Procedure Code to the extent that, in the event of dispute as an aggravating circumstance which already resulted from the acts of investigation at the time of prosecution, does not provide the right of the accused to ask the trial judge for the shortened about the crime subject to the new challenge.*

SOMMARIO: 1. L'art. 517 c.p.p. e le circostanze aggravanti risultanti dall'istruttoria dibattimentale. – 2. I precedenti interventi della Consulta in materia di contestazioni suppletive. – 3. I presupposti per le contestazioni suppletive e i diritti spettanti all'imputato. – 4. Il ragionamento seguito dalla Consulta nella sentenza 139/2015. – 5. L'infondatezza dell'altra questione sollevata.

1. Con la sentenza in commento la Corte costituzionale interviene nuovamente sulla tematica delle contestazioni suppletive, disciplinate dall'art. 517 del codice di rito, norma che, a più riprese, è passata al vaglio della Consulta e che, altrettante volte, è stata oggetto di censura.

\*Giudice penale presso il Tribunale di Napoli Nord.

<sup>1</sup> Corte cost., 9 luglio 2015, n. 139, in <http://www.giustizia.it>.

L'art. 517 c.p.p. stabilisce che «qualora nel corso dell'istruzione dibattimentale emerga un reato connesso a norma dell'art. 12 comma 1 lettera b) ovvero una circostanza aggravante e non ve ne sia menzione nel decreto che dispone il giudizio, il pubblico ministero contesta all'imputato il reato o la circostanza, purché la cognizione non appartenga alla competenza di un giudice superiore. Si applicano le disposizioni previste dall'art. 516, commi 1 *bis* e 1 *ter*».

I fatti, che hanno portato al giudizio di legittimità costituzionale, possono essere ricostruiti nel modo che segue.

Davanti al Tribunale di Lecce, in data 9 luglio 2014, si celebra un processo in cui imputato è un padre accusato originariamente di aver abusato, a più riprese, della figlia minore della sua convivente (oltre che di maltrattamenti e violenza sessuale continuata nei confronti della moglie).

Il pubblico ministero procede, in seno al dibattimento, a modificare ed integrare l'originaria imputazione relativa proprio ai reati commessi in danno della minore, sulla scorta di elementi emersi già in sede di indagine, segnatamente sulla scorta delle dichiarazioni rese dalle persone offese in sede di incidente probatorio: è, innanzitutto, contestata l'aggravante di cui al n. 1 dell'art. 609 *ter* (violenza sessuale nei confronti di minore infraquattordicenne), nonché il delitto di cui all'art. 609 *quater*, con riferimento, in particolare, agli atti sessuali compiuti con la minore quando quest'ultima era ormai quattordicenne e convivente con l'imputato.

Il difensore dell'imputato chiede, a quel punto, che il processo sia definito nelle forme del giudizio abbreviato per tutti i capi d'imputazione o, in subordine, per i soli reati oggetto di nuova contestazione.

Tre mesi dopo, anche il Tribunale ordinario di Padova solleva la medesima questione di legittimità costituzionale in ordine all'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di chiedere la definizione del procedimento nelle forme del giudizio abbreviato nel caso di contestazione di una circostanza aggravante, che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.

In particolare, davanti al suddetto tribunale è in corso un processo nei confronti di un soggetto accusato di cessione continuata di sostanza stupefacente; nel corso del dibattimento, il pubblico ministero procede alla modifica dell'originario capo di imputazione, contestando l'aggravante di cui all'art. 80, co. 1 lett. a) del T.U. 309/90, ossia la consegna della sostanza stupefacente a persona minore; anche in questo caso, l'aggravante di cui sopra emergeva pacificamente dalle indagini preliminari.

Entrambi i giudici *a quo* rilevano che l'art. 517 c.p.p. nella sua attuale formulazione, non prevede la possibilità per l'imputato di accedere al rito "premiante" del giudizio abbreviato, a seguito della contestazione di una circostanza aggravante di cui non sia fatta menzione nel decreto che dispone il giudizio ma che, pacificamente, risulti già dagli atti di indagine; da questa considerazione muovono, i medesimi, per sollevare questione di legittimità costituzionale, deducendo la violazione degli artt. 3 e 24 Cost.

Del resto, con la recentissima sentenza n. 184 del 2014, la Corte Costituzionale aveva già dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non consente all'imputato

l'accesso al rito ai sensi degli artt. 444 e ss. c.p.p. proprio in seguito alla contestazione, in seno al dibattimento, di una circostanza aggravante, già risultante in sede di indagini preliminari.

A parere dei rimettenti, le ragioni addotte a fondamento di quest'ultima sentenza ben potrebbero attagliarsi anche all'ipotesi della richiesta di giudizio abbreviato.

2. Non è certo la prima volta che la Consulta interviene in materia di nuove contestazioni.

La sentenza in esame si iscrive, come detto, nell'ampio solco già tracciato da una serie di pronunce con cui la Corte costituzionale ha censurato gli artt. 516 e 517 c.p.p.

Per quello che concerne, in particolare, l'art. 517 c.p.p., la Consulta, già con la sentenza n. 530 del 1995, ne aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui *«non prevede la facoltà dell'imputato di proporre domanda di oblazione, ai sensi degli artt. 162 e 162 bis del codice penale, relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento»*.

Successivamente, con sentenza n. 333 del 2009, era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma in questione nella parte in cui *«non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato in ordine al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale»*.

In ultimo, con la già richiamata sentenza n. 184 del 2014, la Consulta aveva nuovamente censurato l'art. 517 c.p.p. nella parte in cui *«non attribuisce all'imputato la facoltà di chiedere, al giudice del dibattimento, l'applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., allorché nel dibattimento medesimo sia contestata una circostanza aggravante»*.

Mancava, a questo punto, proprio una specifica previsione che consentisse all'imputato di accedere al rito abbreviato nell'ipotesi di contestazione suppletiva di una circostanza aggravante "patologica", basata, cioè, su elementi già perfettamente cristallizzati all'esito delle indagini preliminari; sarebbe stato, infatti, del tutto irragionevole una previsione normativa che prevedesse, in una situazione come quella delineata, la sola facoltà, per l'imputato, di chiedere la definizione del procedimento nelle forme del rito *ex art. 444 c.p.p.*

Proprio per questo, era lecito aspettarsi che la Consulta fosse investita, ancora una volta, di una questione di legittimità costituzionale in ordine all'art. 517 c.p.p., così come era pacifico che la Corte dichiarasse fondata la stessa, riconoscendo all'imputato, altresì, la facoltà di accesso al giudizio abbreviato, rito che, tra l'altro, in tutti i casi in cui non è condizionato all'assunzione di prove, è la risultante di un' "insindacabile" scelta processuale dell'imputato medesimo.

3. È opportuno, in questa sede, rimarcare la differenza che intercorre, nell'ambito delle contestazioni suppletive, tra le contestazioni cosiddette "fisiologiche" e quelle cosiddette "patologiche".

Orbene, si definiscono fisiologiche le contestazioni, aventi ad oggetto un reato connesso o una circostanza aggravante, scaturenti proprio dall'istruttoria dibattimentale, fondate, cioè, su elementi emersi per la prima volta in questa fase, elementi che il pubblico ministero non aveva a disposizione al momento dell'esercizio dell'azione penale; con il termine patologiche, di contro, suole farsi riferimento a quelle contestazioni ben possibili già all'esito delle indagini preliminari, in quanto fonda-

te su elementi già raccolti dalla pubblica accusa, che, tuttavia, vengono introdotti nel giudizio solo successivamente e che comunque comportano una variazione dell'addebito originariamente mosso all'imputato.

L'art. 517 c.p.p., atteso il tenore letterale dello stesso, sembrerebbe prendere in esame unicamente la prima categoria di contestazioni suppletive, ossia quelle fisiologiche; la norma, del resto, fa riferimento, testualmente, alle risultanze probatorie emerse «nel corso dell'istruttoria dibattimentale» dalle quali emerga un reato connesso oppure una circostanza aggravante.

In realtà, il dibattito sull'ammissibilità delle contestazioni suppletive cosiddette "patologiche" o tardive, è stato già da diversi anni composto dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione con la sentenza "Barbagallo"; con tale pronuncia si è chiarito che «in tema di nuove contestazioni, la modifica dell'imputazione di cui all'art. 516 c.p.p. e la contestazione di un reato concorrente o di una circostanza aggravante di cui all'art. 517 c.p.p. possono essere effettuate dopo l'avvenuta apertura del dibattimento e prima dell'espletamento dell'istruzione dibattimentale, e dunque anche sulla sola base degli atti già acquisiti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari»<sup>2</sup>.

Se l'ammissibilità delle contestazioni suppletive patologiche, nel corso dell'istruttoria dibattimentale, costituisce un dato reale, è necessario, al contempo, assicurare all'imputato quelle fondamentali facoltà che la legge riconosce all'imputato e che sono espressione del diritto di difesa costituzionalmente garantito (art. 24 Cost.)

Tra le menzionate facoltà, un posto di indubbio rilievo occupa la possibilità di definire il procedimento con un rito alternativo; tuttavia, per poter ponderare sufficientemente tale scelta, l'imputato deve essere messo a parte, in maniera completa, di quelli che sono gli addebiti che la pubblica accusa gli muove con l'esercizio dell'azione penale, anche perché il codice di rito individua dei limiti temporali ben precisi entro i quali optare, eventualmente, per un rito alternativo.

In caso contrario, il diritto di difesa sarebbe ingiustamente sminuito.

Tale *vulnus* al diritto sancito dall'art. 24 Cost. certamente non si verifica in presenza di una contestazione suppletiva fisiologica, dal momento che, in siffatta ipotesi, l'emersione di elementi, che giustifichino la variazione dell'originaria imputazione, è strettamente connessa allo svolgimento dell'istruttoria dibattimentale, non essendo gli stessi elementi nel patrimonio di conoscenze del pubblico ministero al momento dell'esercizio dell'azione penale.

Diversamente, allorché si verta in tema di contestazioni suppletive patologiche, è evidente che l'imputato subisce un intollerabile pregiudizio, non potendo determinarsi consapevolmente in ordine all'eventuale scelta di un rito alternativo, essendogli contestato un addebito "incompleto", spesso a causa della colposa inerzia dell'organo della pubblica accusa. In tale ultima ipotesi, infatti, il pubblico ministero avrebbe tutti gli elementi per contestare, in maniera chiara e completa, il fatto di reato all'imputato; il recupero di taluni elementi, già pacificamente risultanti dalle indagini, solo nella fase dell'istruttoria dibattimentale si traduce in un evidente pregiudizio del diritto di difesa dell'imputato, *sub specie* del diritto di effettuare l'eventuale scelta del rito alternativo in misura calibrata a quelli che sono gli addebiti a lui effettivamente mossi.

---

<sup>2</sup> Cass. pen., sez. un., 28 ottobre 1998, n. 4, <http://www.giustizia.it>.

Proprio per questo la Corte costituzionale è intervenuta sul punto, a più riprese, rilevando l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p. dapprima per la parte in cui non consente l'accesso ai riti alternativi del patteggiamento e del giudizio abbreviato, in ordine al reato concorrente oggetto di contestazione tardiva, quindi, rilevando, ancora l'illegittimità costituzionale della norma in riferimento alla mancata previsione, per l'imputato, di formulare istanza di patteggiamento, allorché sia contestata in dibattimento, tardivamente, una circostanza aggravante.

Mancava all'appello, come detto, proprio una pronuncia che censurasse l'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non prevede la facoltà per l'imputato di chiedere il rito abbreviato a seguito della tardiva contestazione di una circostanza aggravante.

4. Alla base della pronuncia di illegittimità dell'art. 517 c.p.p., da parte della Consulta vi è la chiara violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione.

Orbene, certamente l'art. 24 Cost. che tutela il diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento, sarebbe svilito dall'attuale formulazione della norma oggetto del giudizio di legittimità; in effetti, la scelta del rito da seguire, che del diritto di difesa costituisce espressione, come rilevano anche i giudici rimettenti, viene, in concreto, a dipendere dall'impostazione data al processo dal pubblico ministero. Sarebbe, dunque, assolutamente lesivo del suddetto diritto precludere all'imputato l'accesso al giudizio abbreviato a seguito della sostanziale modifica dell'originaria imputazione, dovuta, ricordiamolo ancora, non all'emersione, in seno al dibattimento, di nuovi elementi fino a quel momento non conosciuti dall'accusa, ma ad elementi già risultanti dalle indagini preliminari ed erroneamente non trasfusi nel capo di imputazione formulato all'esito delle stesse.

Per quello che concerne l'art. 3 Cost. appare di tutta evidenza la violazione del medesimo sotto un duplice profilo: innanzitutto perché l'imputato verrebbe discriminato in ragione della maggiore o minore completezza dell'impianto accusatorio impostato dal pubblico ministero al momento dell'esercizio dell'azione penale; in secondo luogo, perché l'imputato non potrebbe optare per il giudizio abbreviato, a seguito della tardiva contestazione di una circostanza aggravante, quando, di contro, è già stata riconosciuta, con la sentenza 184 del 2014, la facoltà di richiedere il patteggiamento.

In virtù delle esposte ragioni, la Consulta conclude, quindi, per l'ennesima pronuncia di parziale illegittimità dell'art. 517 c.p.p. nella parte in cui, appunto, non consente all'imputato l'accesso al rito, premiale, del giudizio abbreviato, a seguito della contestazione suppletiva "patologica" di una circostanza aggravante.

5. La Corte Costituzionale, di contro, rigetta la seconda questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Lecce; in particolare, il giudice *a quo* pugliese aveva investito la Consulta di un ulteriore quesito: se sia, cioè, illegittimo l'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non consente all'imputato l'accesso al rito abbreviato ai reati ultronei rispetto a quello per cui interviene la contestazione suppletiva cosiddetta patologica.

Il ragionamento della Corte è abbastanza chiaro: 1) è certamente necessario garantire il pieno rispetto del diritto di difesa costituzionalmente garantito, e delle strategie processuali ad esso sottese.

se, restituendo all'imputato la facoltà di chiedere il rito abbreviato al cospetto di una contestazione intervenuta tardivamente, ma possibile sin dal momento dell'esercizio dell'azione penale, proprio perché l'imputato non si trovava nelle condizioni di poter operare una scelta pienamente consapevole; 2) è altrettanto evidente che, nel caso di una pluralità di imputazioni, non è necessario operare alcun ripristino di legalità nei confronti dell'imputato in ordine ai reati che non sono oggetto di contestazione suppletiva, in quanto alcun *vulnus* al diritto di difesa è dato riscontrare, anzi, sottolinea la Corte sarebbe addirittura illogico che, a fronte della contestazione suppletiva di un reato concorrente o di una circostanza aggravante (che risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale) «l'imputato possa recuperare, a dibattimento inoltrato, gli effetti premiali del rito alternativo anche in rapporto all'intera platea della imputazioni originarie, relativamente alle quali si è scientemente astenuto dal formulare la richiesta nel termine».

## ESPERIENZE

# L'identificazione dello straniero con particolare riferimento al minore non accompagnato: complessità di un percorso

VALERIA CANGELOSI\*

## ABSTRACT

*In this short work, that deals with the problems related to the identification of the stranger with a particular reference to the condition of the minor stranger, the approach developed has been both juridical and operative, and it has tried to understand and manage the experience of the operators who work in this delicate sector. The immigration law, that is developing in this last period like an independent branch, has been analyzed to understand if it's able to solve the problems of the immigration.*

*The identification of the minor stranger is a very delicate matter for different reasons: every nation has to protect the minor rights more than in case of identification of an adult and the existent system of law is, at present, not so clear and complete.*

*The examination of the national and supranational law, complex and changing, strongly affected by the changes of immigration flows, hasn't been very easy for the main reason that the events are changing very rapidly and so it's impossible or it's very difficult to have an organic law system.*

*In the last two years, after the terrible shipwreck in the island of Lampedusa of the October 2013, two different search and rescue operations have been organized, Mare Nostrum and then Triton, and due to these two operations the appearance of the immigration has deeply changed.*

*The correct interpretation in the study of the immigration matter is the difficult relation between the protection of human rights, particularly when the identification concerns a minor, and the duties that a nation has to follow to realize a real control system in compliance of the applicable law.*

SOMMARIO: 1. Identificazione come accertamento ed attribuzione di un'identità. – 2. L'identificazione dello straniero minore. – 3. La "preidentificazione": un istituto nato sul campo. – 4. Il fotosegnalamento nell'ordinamento italiano: la difficile ricerca di un punto di incontro tra tutela della persona ed obbligo giuridico. Fonti normative e pronunce giurisprudenziali. – 5. La normativa europea ed il sistema Eurodac. – 6. La tutela dei diritti dei migranti e limiti all'uso della forza nell'adempimento del dovere di foto segnalamento. – 7. Le ultime e più recenti evoluzioni dell'indirizzo politico europeo: la procedura di *relocation*. Un sistema organizzato: *Hotspots e Hubs*. – 8. Voci dal porto: il volto di un'accoglienza. L'applicazione della normativa.

1. Il concetto di identificazione è un concetto estremamente vasto che si presta a diverse possibili interpretazioni. Nel linguaggio giuridico per identificazione si intende l'attività diretta a stabilire l'identità di una persona, attribuendo alla stessa delle generalità, un nome un cognome, un luogo ed

una data di nascita, una residenza o un domicilio, una paternità ed una maternità. Tutti questi elementi sono necessari e sufficienti per identificare una persona in modo inequivocabile, senza incorrere in problemi di omonimia<sup>1</sup>.

Nell'ambito delle attività istituzionali di polizia l'identificazione è il primo contatto con la persona che normalmente avviene tramite un documento amministrativo rilasciato dalla Pubblica Amministrazione e rappresenta uno strumento idoneo a consentire l'identificazione del soggetto.

Le diverse ipotesi di identificazione previste dal nostro ordinamento trovano applicazione nel caso in cui si debba identificare, a fini preventivi o di polizia giudiziaria, uno straniero ma, ovviamente, non chiudono il quadro normativo che è stato adeguato ad alcune ipotesi di identificazione specificamente individuate per lo straniero.

Il Decreto Legislativo n. 286 del 1998, il cosiddetto Testo Unico dell'Immigrazione all'art. 6 comma 4 prevede che «qualora vi sia motivo di dubitare della identità personale dello straniero, questi è sottoposto a rilievi foto dattiloscopici e segnaletici». Il comma 3 dello stesso articolo prevede che lo straniero che a richiesta degli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza non esibisca senza valido motivo il documento di identificazione sia punito con l'arresto o con l'ammenda<sup>2</sup>.

La norma prevede un foto segnalamento obbligatorio; essa consente agli organi di pubblica sicurezza di procedere ai rilievi anche in assenza di reato, cioè, anche quando la mancanza di esibizione di un documento possa dipendere da un giustificato motivo.

In termini generali lo straniero è colui il quale abbia una cittadinanza diversa da quella italiana, intendendo per non stranieri i cittadini dei paesi appartenenti al cosiddetto Spazio Economico Europeo (SEE), costituito il 1 Gennaio 1994, nell'ambito del quale sono da ricomprendersi, oltre ai cittadini degli Stati dell'Unione Europea, anche i cittadini di quegli Stati che abbiano aderito all'accordo per la sua creazione<sup>3</sup>.

Ai cittadini degli stati membri dell'Unione Europea non si applica la normativa sugli stranieri di cui al T.U.I. come espressamente previsto dall'art. 1 dello stesso testo, a meno che non si tratti di norme più favorevoli.

La categoria dei rifugiati ha assunto un significato ed un peso numerico sempre maggiore in questi ultimi anni, ed è quella in cui vengono ricompresi gli stranieri, ai quali è applicabile la Convenzione di Ginevra del 28 Luglio 1951.

La Costituzione italiana all'art. 10 concede a questa categoria di stranieri il diritto di asilo nel territorio proprio perché nel paese di provenienza è impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche. A tale categoria di stranieri è applicabile il Decreto Legislativo n.25 del 28 Gennaio

---

\*Primo Dirigente della Polizia di Stato.

<sup>1</sup> F. DEL GIUDICE, *Manuale di Legislazione ed Ordinamento di Pubblica Sicurezza*, vol. 29/2, Napoli, 2014, 165.

<sup>2</sup> Art. 6. commi 3 e 4 T.U.I.

(Facoltà ed obblighi inerenti al soggiorno)

<sup>3</sup> Lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato è punito con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda fino ad euro 2.000.

<sup>4</sup> Qualora vi sia motivo di dubitare della identità personale dello straniero, questi è sottoposto a rilievi fotodattiloscopici e segnaletici.

<sup>3</sup> G. CALESINI, *Leggi di Pubblica Sicurezza e illeciti amministrativi*, Laurus, Roma, Gennaio 2015, 511.

2008, che disciplina le procedure di riconoscimento dello *status* di rifugiato ed il recente Decreto Legislativo n. 142 del 18 Agosto 2015, recante norme sull'accoglienza dei richiedenti la protezione internazionale.

Ciascuno Stato, nell'ambito della propria potestà, detta delle regole di ingresso nel proprio territorio dello straniero ispirandosi ad una politica degli ingressi che può diversificarsi nel tempo a seconda delle evoluzioni sociali e che, intuitivamente, è maggiormente restrittiva per l'ingresso a scopi di lavoro e meno rigorosa per gli ingressi a scopo turistico.

I fenomeni migratori degli ultimi anni hanno finalmente portato in maniera seria l'attenzione dell'Unione Europea sul fenomeno dell'immigrazione, essendosi, a causa di molteplici eventi drammatici verificatisi in alcuni paesi, sviluppati e consolidati veri e propri esodi di massa verso l'Europa, a seguito ed in conseguenza dei quali il fenomeno è diventato un problema di una tale gravità ed attualità da renderne sempre più complessa la gestione.

Non può non evidenziarsi a tal proposito che la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale sono collegate alla ponderazione ed al bilanciamento di diversi interessi pubblici, che vanno dalla sicurezza alla sanità pubblica o all'ordine pubblico, e che, in relazione al temperamento di tali componenti, la politica nazionale in tema di immigrazione può percorrere strade molto diverse.

La Carta costituzionale all'art. 10 stabilisce che «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge. Non è ammessa l'extradizione dello straniero per reati politici».

Inoltre, l'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale prevede che allo straniero siano assicurati gli stessi diritti civili attribuiti al cittadino italiano in condizione però di reciprocità.

Così come il concetto di straniero è un concetto aperto e mutevole altrettanto mutevole è, come si andrà esaminando, l'applicazione di diversi sistemi di norme nazionali e sovranazionali a seconda delle diverse categorizzazioni e la modifica e l'adattamento di testi legislativi, già in vigore in relazione all'influenza che può avere sul legislatore una certa situazione politica e sociale in un determinato periodo storico.

L'ingresso è consentito a patto che lo straniero sia in possesso di un passaporto valido o di un documento equipollente e, quando previsto, di un visto, attraverso i valichi di frontiera esistenti.

L'art. 10 bis del T.U.I.<sup>4</sup>, inserito dalla Legge n. 94 del 15 Luglio del 2009, prevede il reato di ingresso e soggiorno illegale in Italia, che sanziona penalmente il comportamento dello straniero che fa ingresso o si trattiene illegalmente in Italia.

---

<sup>4</sup> Art. 10 bis (Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (Legge 15 luglio 2009, n.94, art.1)

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale.

Ai sensi dell'art. 5 comma 2 bis del T.U.I. ogni cittadino straniero o apolide che presenti domanda di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno è sottoposto a rilievi fotodattiloscopici effettuati dalla Questura.

In ultimo ogni cittadino straniero o apolide di età non inferiore ai 14 anni è sottoposto al rilevamento delle impronte digitali di tutte le dita, qualora abbia presentato una domanda di asilo o qualora sia fermato dalle competenti autorità a seguito dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera italiana in provenienza da un paese terzo e non sia stato respinto ai sensi degli artt. 9 e 14 del Regolamento (UE) n. 603/2013.

2. La problematica dell'identificazione del migrante straniero diventa ancora più complessa nell'ipotesi in cui lo straniero da identificare sia un minore. La tematica è di grande attualità in quanto sempre più elevato è il numero dei minori che negli ultimi due anni sono arrivati nel nostro paese, soprattutto non accompagnati. In questo caso molte sono le Istituzioni coinvolte.

Il Tribunale per i Minorenni, il giudice tutelare, i servizi sociali del comune del luogo in cui il minore è approdato, la Direzione Generale dell'Immigrazione del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, la Prefettura e la Questura si occuperanno, ognuno per la propria parte, dell'assistenza e della tutela del minore, rendendo ovviamente estremamente complessa la gestione del minore straniero.

Il quadro normativo implicato è complesso, coinvolgendo il contesto europeo, oltre che circolari amministrative interne, direttive interpretative e protocolli specificamente adottati da vari organi istituzionali.

Esigenza preminente dell'Unione europea sarebbe quella di realizzare, attraverso l'operato e la cooperazione dei diversi Stati membri, una rete di informazione e di gestione dei dati inerenti al flusso di ingresso di minori stranieri non accompagnati in modo da poter delineare in maniera chiara ed univoca la fisionomia di un'accoglienza "a misura di minore" nel rispetto dei principi posti a sua tutela.

Si dovrebbe, in primo luogo, implementare e rendere coerente la rete di raccolta di informazioni e trattamento dati, potenziando il complesso dei sistemi operanti nelle Agenzie Europee e negli apparati di cooperazione quali Frontex ed Europol, nonché migliorando gli strumenti di prevenzione e lotta all'immigrazione clandestina ed alla tratta dei minori d'età. In tal modo si renderebbe più efficiente il sistema dei mezzi di accoglienza al fine di tendere sin dai primi tempi ad un avvio del processo di inserimento del minore nel tessuto sociale ospitante.

La normativa italiana richiama i principi di diritto internazionale in materia di tutela dei diritti del minore primi tra tutti quelli contenuti nella Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza di New York del 1989 (resa esecutiva in Italia con la Legge n. 176 del 1991), che costituiscono ancora oggi un costante punto di riferimento.

Esistono poi, in tema di fonti normative, una serie di circolari del Ministero dell'Interno, che trattano di identificazione di migranti minorenni evidenziando la fondamentale esigenza di accertamento dell'identificazione dello straniero come minorenne o come maggiorenne in relazione alla

profonda diversità dei provvedimenti applicabili in maniera consequenziale a seconda delle diverse ipotesi.

Le già ricordate direttive emanate da varie Procure della Repubblica presso i Tribunali per i Minorenni in Italia hanno delineato una serie di indicazioni operative per gli agenti operanti nell'ambito della polizia giudiziaria circa l'identificazione, differenziando tra il minore accompagnato o non accompagnato, che non abbia commesso un reato e l'ipotesi in cui il minore abbia commesso un reato.

Volendo delineare un quadro di ripartizione degli stranieri minori che raggiungono le frontiere dell'Unione Europea si può tentare di definirli secondo categorie molto più semplici sulla carta, che rintracciabili nella realtà.

Secondo tale ripartizione si può parlare di minori stranieri non accompagnati, intendendo con questa categoria persone di età inferiore ai diciotto anni, cittadini di paesi terzi, che giungono nel territorio dell'Unione Europea non accompagnati da un genitore o da un adulto maggiorenne che ne sia legalmente responsabile. Rientrano in questa definizione anche i minori che vivono con adulti diversi dai genitori, che non sono loro tutori affidatari in base ad un provvedimento formale.

Con l'espressione minore accompagnato si intende una persona di età inferiore ai diciotto anni, che giunga sul territorio europeo accompagnata da un adulto maggiorenne che ne sia legalmente responsabile.

La ripartizione per categorie di trattazione distingue le ipotesi dei minori stranieri richiedenti asilo, dei minori stranieri potenziali vittime di tratta e, in ultimo, dei minori stranieri potenziali autori di reato.

Il minore straniero non accompagnato, che tema di subire persecuzioni nel suo paese, per motivi di razza religione, nazionalità o appartenenza ad un determinato gruppo sociale, ha diritto a presentare una domanda di protezione internazionale.

Ogni minorenni di origine straniera è una potenziale vittima di tratta o di sfruttamento e costituisce un caso di particolare vulnerabilità, vivendo quasi sempre in questa ipotesi una situazione di estremo disagio sia fisico che psicologico, ragion per cui ancora di più deve essergli assicurata accoglienza e protezione in comunità autorizzate.

Complessa è la definizione di minore autore di reato. In termini generali si può dire che per essere dichiarato responsabile di un reato è necessario che il minore sia imputabile, ovvero in grado di comprendere appieno la natura dei suoi comportamenti. I principi di carattere generale in materia stabiliscono, che prima dei quattordici anni il minorenni non sarà mai imputabile, mentre tra i quattordici ed i diciotto la sua capacità di intendere e di volere andrà accertata caso per caso.

L'identificazione dei minori stranieri non accompagnati è un diritto del minore ed è un dovere dello Stato, che si aggiunge a quello di averne cura. Chiunque trovi un minore non accompagnato può recarsi presso la pubblica autorità (ad esempio un ufficio di servizio sociale territoriale, un commissariato di Polizia o una stazione dei Carabinieri), affinché si proceda ai sensi dell'art. 403 c.c., collocando il minore in luogo sicuro.

In questa prima fase il Comune, nel cui territorio il minore si trova, ha l'obbligo giuridico di provvedere: in particolare sarà un servizio sociale territoriale a collocare in via d'urgenza il minore

presso una comunità di accoglienza; senza che ciò comunque escluda, in futuro, migliori soluzioni, come l'affidamento del minore a parenti od anche a terzi affidatari.

Dopo aver collocato in via d'urgenza il minore, l'ente locale dovrà procedere alle necessarie segnalazioni al competente ufficio per i minori non accompagnati presso la Direzione Generale dell'Immigrazione del Ministero del Lavoro ed alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni per l'accertamento dell'eventuale stato di abbandono del minore oppure al Giudice Tutelare per l'apertura della tutela.

Al rintraccio e alla collocazione provvisoria del minore in una struttura di accoglienza consegue l'applicazione dell'art. 3 della Legge n. 184 del 1983, norma che prevede l'esercizio provvisorio dei poteri tutelari in capo al legale rappresentante della struttura di accoglienza sino a che non sia nominato un tutore dall'autorità giudiziaria, alla quale lo stesso soggetto onerato della tutela provvisoria deve proporre istanza affinché provveda in tal senso.

I minori sono stranieri per cui l'attività di identificazione è ancora più problematica. Nella stragrande maggioranza dei casi non hanno documenti con sé, spesso perché si tratta di maggiorenni, che per varie motivazioni si fingono minorenni, sia per usufruire delle maggiori garanzie offerte ai minori sia per non essere separati da adulti con i quali viaggiano.

L'accertamento dell'età di un minore implica diversi passaggi: l'esame degli eventuali documenti, non soltanto di riconoscimento, in suo possesso; l'analisi di informazioni fornite attraverso colloqui con il minore stesso; la valutazione del suo livello di maturità cognitiva e comportamentale; la valutazione del suo sviluppo fisico per quanto quest'ultimo elemento sia probabilmente uno dei più incerti.

Non esistono metodi scientifici, infatti, che consentano di stabilire con certezza l'età del minore soprattutto in quella fascia di età estremamente critica, che è quella adolescenziale. Un esame medico non può fornire che una stima dell'età cronologica di un individuo ed è, per sua natura, soggetto ad un margine di errore quantificabile in un intervallo corrispondente ad almeno due anni superiore o inferiore rispetto all'età rilevata.

Secondo l'orientamento dell'Unione europea in questo ambito la possibilità di servirsi di mezzi di accertamento medico in luogo di percorsi di identificazione ed accertamento dell'età più articolati e meno invasivi è da considerarsi come *ultima ratio*.

Al riguardo, si ricorda la circolare n.17272 del 9 Luglio 2007 con la quale il Ministro dell'Interno ha emanato direttive, seppur non di carattere operativo, in merito all'identificazione di migranti minorenni, stabilendo dei punti cardine nella delicata materia e sottolineando che, sia nell'ipotesi del minore rintracciato in posizione irregolare sul territorio nazionale sia per quello giunto in Italia regolarmente, l'ambito è quello delle categorie protette previste dall'art. 19 del T.U.I.<sup>5</sup>, per il quale è sancito il divieto di espulsione, derogabile solo per motivi di ordine e sicurezza pubblica.

---

<sup>5</sup> Art. 19 T.U.I. (Divieti di espulsione e di respingimento. Disposizioni in materia di categorie vulnerabili.) (Legge 6 marzo 1998, n. 40, art. 17)

1. In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecu-

Appare, quindi, ancora più indispensabile l'accertamento dell'età dello straniero in relazione alla conseguente possibilità di adottare nei suoi confronti provvedimenti gravemente lesivi dei suoi diritti come l'espulsione, il respingimento o il suo trattenimento.

Sarà necessario fare ricorso a tutti gli accertamenti possibili individuati dalla legislazione in materia e, poiché non sempre da tali accertamenti sarà possibile arrivare a risultati univoci, occorrerà sempre, nei casi incerti, propendere per la scelta del trattamento riservato al minore. In tal senso si è espresso anche il Comitato sui diritti dell'infanzia dell'Unicef nel Commento Generale del 2005 alla Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia del 1989.

In merito il D.P.R. n.448 del 22 Settembre 1998 fissa il principio di presunzione della minore età a carico degli imputati, minorenni, principio che, fondandosi sul dovere di garantire al minore la più ampia tutela dei diritti, deve necessariamente trovare applicazione, in via analogica, anche in materia di immigrazione in tutte le analoghe ipotesi in cui sia necessario accertare l'età.

La circolare del 2007, come si è già avuto modo di osservare, non fornisce dettagli operativi, ma costituisce sicuramente un punto di partenza importante per quello che attiene ai principi basilari di salvaguardia dei minori per quanto concerne l'accertamento dell'età.

Per delineare, sia pure sommariamente, le procedure operative in vigore in Italia si può prendere spunto da una delle direttive in uso, quella emessa dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale dei Minorenni di Milano.

Secondo tale direttiva, in primo luogo, si verifica se il minore sia in possesso di un valido documento di identificazione in originale, ovvero se vi sia un adulto che possa esibire tale documentazione, tenendo presente che solo alcuni documenti sono ritenuti idonei ai fini dell'identificazione. Nell'ipotesi in cui il minore dichiari di essere accompagnato da un adulto questi dovrà essere identificato e dovrà essere verificato il suo grado di parentela con il minore per poterglielo affidare.

Il principio di carattere generale sul fotosegnalamento dei minori è, come si è detto, quello di utilizzarlo solo nel caso in cui sia strettamente necessario.

Se il minore non può essere identificato in alcun modo, come accade negli sbarchi via mare, bisognerà valutare se procedere al fotosegnalamento almeno nel caso in cui abbia commesso un reato o, qualora si tratti di un minore non accompagnato, allo scopo di verificare se dalle banche dati risultino segnalazioni nei suoi confronti ricordando che, in ogni caso, dovrà essere fatta immediatamente la segnalazione alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni per la nomina di un tutore, che possa garantirne i diritti.

Un discorso a parte merita il cosiddetto protocollo Ascone, che è un "protocollo per l'accertamento dell'età dei minori secondo il modello dell'Approccio multidimensionale" redatto

---

zione.2. Non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1, nei confronti: a) degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; b) degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto dell'articolo 9;c) degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana; d) delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui i provvedimenti.2-bis. Il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate.

nel 2009 da un Gruppo Tecnico interistituzionale istituito presso il Ministero del lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali.

Il protocollo Ascone non è stato formalmente adottato in Italia, ma costituisce un punto di riferimento in merito alle procedure di accertamento dell'età, stabilendo alcuni principi fondamentali tra i quali l'esigenza di una valutazione multidisciplinare come quella svolta da un pediatra, che si integri con gli accertamenti medici veri e propri che sono condotti sulla maturazione ossea ed attraverso l'esame fisico. A tale protocollo va riconosciuto il merito di aver fornito il primo quadro organico e di aver dettato degli *standards* omogenei sull'accertamento dell'età dei minori.

È utile richiamare in ultimo un documento del marzo del 2014 dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR), Rappresentanza per il Sud Europa, che contiene una serie di precise raccomandazioni sui metodi da utilizzare per l'accertamento dell'età del minore straniero. In questo documento viene innanzitutto riaffermata l'esigenza di adottare modalità multidisciplinari di accertamento dell'età, il meno invasive possibile e rispettose dei criteri e delle garanzie a tutela del minore.

3. Negli ultimi due anni di attività di identificazione degli stranieri provenienti dai soccorsi effettuati in mare nel corso delle operazioni *Mare Nostrum* e *Triton*, si sono sviluppati dei protocolli operativi che di fatto hanno dato vita a procedure di identificazione, che si è iniziato a tipizzare solo nell'ultimo periodo.

Gli sbarchi massicci in porti spesso non adeguatamente attrezzati all'accoglienza in termini strutturali e l'esigenza di dover trattare e registrare un grosso numero di migranti in tempi relativamente contenuti, tenendo anche conto di problematiche di tipo organizzativo quale quella di dover disporre di aliquote di personale proporzionato ai numeri dei migranti sbarcati contestualmente, hanno fatto sì che gli uffici operanti realizzassero una sorta di "protocollo di preidentificazione" del migrante, che non sostituisce però il foto segnalamento, ma che ha consentito agli operatori di sviluppare un'identificazione veloce, sebbene non esaustiva, sulla quale basare le procedure successive.

La circolare del Ministero dell'Interno, Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Direzione Centrale dell'Immigrazione e della Polizia delle Frontiere n.400/B/I Div del 17 Settembre 2015 recepisce formalmente la ripartizione, derivata dall'analisi più recente del fenomeno migratorio, tra migranti economici e profughi; questi ultimi in fuga da guerre e persecuzioni e nella cui gestione assume un ruolo attivo anche il Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione.

La stessa circolare delinea nel dettaglio le procedure di preidentificazione, che si sostanziano nella compilazione di un foglio notizie che comprenda le generalità, la nazionalità ed il motivo di ingresso nello stato di ciascun migrante a cui si aggiunge lo scatto di una foto del viso, corredata da un corrispondente numero di identificazione.

Quest'attività deve essere svolta dal personale dell'ufficio immigrazione nel luogo dello sbarco, con l'eventuale ausilio di mediatori culturali. Il foglio notizie che viene compilato servirà per rendere più agevole l'attività successiva delle Questure presso le quali i migranti verranno trasferiti.

Le interviste ai migranti in questa prima fase, in quanto attività di accertamento di polizia, non sono delegabili e dovranno essere svolte da personale di polizia, che potrà eventualmente essere assistito dai mediatori culturali, che svolgono esclusivamente una funzione di supporto alle forze di polizia per quello che attiene l'accertamento della nazionalità dei migranti.

La compilazione del foglio notizie semplificato è, infatti, un'attività semplicemente propedeutica all'accompagnamento del migrante all'attività di foto segnalamento, che dovrà sempre essere eseguito per ingresso illegale, reato previsto dall'art. 10 bis del T.U.I., come modificato dalla legge n.94 del 15 Luglio 2009.

Nell'ipotesi di sbarco di minori stranieri si osserva il principio secondo cui il minore accompagnato "segue" il percorso dell'adulto con il quale arriva sul territorio e, in questa ipotesi, l'azione di tutela si sostanzia nella gestione comune.

Tuttavia, nella maggior parte dei casi il minore non è accompagnato, ma arriva senza un adulto maggiorenne. In questi casi la regola è quella sancito dall'art. 19 del T.U.I., secondo cui il minore non sarà mai espulso fatta eccezione per l'ipotesi residuale dei motivi di ordine e sicurezza pubblica, previsti dall'art. 13 comma 1 dello stesso T.U.I. La prima azione, che sul campo viene posta in essere, è quella di interessare i servizi sociali del comune del luogo dove il minore è sbarcato che, d'intesa con la locale Prefettura, provvederà ad individuare una struttura idonea a cui il minore sarà affidato, ai sensi dell'art. 403 del codice civile, affinché questi possa trovare un' immediata sistemazione in attesa dei successivi adempimenti previsti dalla procedura.

4. Il foto segnalamento è previsto nel nostro ordinamento dall'art. 5, commi 2 *bis* e 4 *bis* del T.U.I., che stabilisce che lo straniero che voglia richiedere o rinnovare il permesso di soggiorno debba essere sottoposto a rilievi foto dattiloscopici. L'art.6 comma 4 del T.U.I prevede, inoltre, come già esaminato trattando delle specifiche ipotesi di identificazione rivolte allo straniero, che «qualora vi sia motivo di dubitare della identità personale dello straniero, questi è sottoposto a rilievi fotodattiloscopici e segnaletici».

La disciplina, pertanto, non si limita a prevedere una possibilità, ma introduce una sorta di fotosegnalazione obbligatoria, diretta a consentire la corretta identificazione del migrante.

A livello sovranazionale, invece, la materia trova la sua regolamentazione e la sua ultima implementazione nel Regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio che ha istituito l'Eurodac, il database che permette di confrontare le impronte digitali dei richiedenti asilo politico e dei cittadini di paesi terzi fermati al momento del loro ingresso in uno dei paesi dell'Unione Europea.

Nel fotosegnalamento, oltre a due rilievi fotografici, vengono effettuati un rilievo dattiloscopico e vari rilievi antropometrici. Per impronta digitale si intende il segno lasciato dai polpastrelli delle dita su una superficie liscia, usata come mezzo di identificazione. Al soggetto che viene fotosegnalato è attribuito un codice unico identificativo, cosiddetto codice CUI, che sarà sempre trascritto, di seguito ai dati anagrafici dello straniero su ciascun provvedimento adottato nei suoi riguardi.

Prescindendo dalla puntuale identificazione operata sulla base dell'esibizione del documento di viaggio, se posseduto, ovvero, più in generale, dall'inesistenza di motivi di dubbio sulla dichiarata identità, lo straniero è sempre sottoposto a rilievi fotodattiloscopici e segnaletici al fine di assolvere alla prioritaria funzione identificativa nei confronti dei richiedenti protezione internazionale in maniera da consentire ad un Paese membro di verificare se uno straniero, entrato irregolarmente presente nel proprio territorio ed in assenza di documenti di riconoscimento, abbia già presentato in precedenza una domanda di protezione internazionale.

Ne consegue, quindi, che il fotosegnalamento deve essere necessariamente effettuato nel caso in cui lo straniero abbia chiesto asilo oppure quando sia stato fermato dalle competenti autorità di controllo in relazione all'attraversamento irregolare via terra, via mare o aria della propria frontiera di provenienza da un Paese terzo, qualora non sia stato respinto o sia stato soccorso in mare<sup>6</sup>.

Su questo versante sono intervenute in maniera sicuramente chiarificatrice alcune note emanate dal Dipartimento della Pubblica Sicurezza, in particolare della Direzione Centrale dell'Immigrazione e della Polizia delle Frontiere, precedenti all'emanazione della circolare n. 28197 del 24 Settembre 2014, cosiddetta circolare Marangoni, che ha poi dettato le indicazioni specifiche sulle modalità di rilevamento foto dattiloscopico, stigmatizzando alcune situazioni venutesi a creare nella gestione della difficile situazione dell'ultimo periodo.

Le indicazioni, alle quali si fa cenno, derivanti da un'analisi dell'esperienza operativa, hanno consentito di individuare con lucidità, prendendone atto, le principali questioni che hanno impedito o fortemente limitato la corretta effettuazione delle pratiche del fotosegnalamento nella disomogeneità delle operazioni di soccorso effettuate con l'ausilio di mezzi di varie Forze armate o Corpi dello Stato, nella reticenza e conseguente resistenza al fotosegnalamento di alcune nazionalità di migranti, che non vogliono formalizzare la richiesta di protezione internazionale in Italia, e nell'afflusso massiccio e contestuale di migranti in alcuni porti ove il tempo di sosta deve essere limitato e non c'è la possibilità di effettuarlo per cause logistiche.

Nel richiamare l'art. 6 comma 4 del T.U.I.<sup>7</sup>, che prevede la sottoposizione a rilievi fotodattiloscopici e segnaletici dello straniero della cui identità personale si dubiti, si amplia l'ambito operativo dell'art. 4 del T.U.L.P.S e dell'art. 11 del D.L. n.59 del 21 marzo 1978 convertito in legge n. 191 del 18 Maggio 1978. Da qui l'esigenza di prevedere nella norma nazionale, mediante una disposizione inserita nell'ambito del T.U.I., una norma di dettaglio che sancisca l'obbligo di procedere al fotosegnalamento. Il testo di tale articolo potrebbe essere così formulato: «fermo restando quanto previsto dall'art. 6, comma 4, del presente testo unico, lo straniero è sottoposto a rilievi foto dattiloscopici e segnaletici qualora sia rintracciato in posizione di irregolarità sul territorio nazionale ovve-

---

<sup>6</sup> Regolamento (CE) n.603/2013 art. 14 Rilevamento e trasmissione di dati relativi alle impronte digitali  
«1. Ciascuno Stato membro procede tempestivamente al rilevamento delle impronte digitali di tutte le dita di cittadini di paesi terzi o apolidi di età non inferiore a 14 anni, che siano fermati dalle competenti autorità di controllo in relazione all'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della propria frontiera in provenienza da un paese terzo e che non siano stati respinti o che rimangano fisicamente nel territorio degli Stati membri e che non siano in stato di custodia, reclusione o trattenimento per tutto il periodo che va dal fermo all'allontanamento sulla base di una decisione di respingimento»

<sup>7</sup> Art. 6 comma 4 T.U.I. «Qualora vi sia motivo di dubitare della identità personale dello straniero, questi è sottoposto a rilievi fotodattiloscopici e segnaletici»

ro nel caso sia fermato in relazione all'attraversamento irregolare della frontiera in provenienza da un paese terzo o, comunque, qualora sia soccorso in mare anche nel corso di operazioni di carattere umanitario»<sup>8</sup>. Tale proposta introdurrebbe l'obbligo di rilevamento forzoso delle impronte digitali anche nei confronti degli stranieri identificati, con particolare riferimento a quelli che si trovano in posizione di irregolarità sul territorio nazionale, ovvero di chi sia stato fermato in caso di attraversamento irregolare via terra, via mare o via aria della propria frontiera in provenienza da un paese terzo e che non sia stato respinto, oppure qualora sia stato soccorso in alto mare e sia condotto sul territorio dello Stato, in linea con quanto stabilito dall'art.14 del Regolamento (UE) n. 603/2013.

Le indicazioni del Dipartimento di Pubblica Sicurezza oltre a sollecitare l'opportunità del richiamato intervento legislativo in materia segnalavano l'urgenza di una direttiva, poi emanata (la circolare Marangoni del 24 Settembre 2014), per sensibilizzare gli uffici territoriali sulla necessità di effettuare una corretta identificazione dello straniero, tenendo conto del fatto che l'ordinamento consente di procedere alle operazioni di foto segnalamento, anche in maniera forzosa.

L'ordinamento e la giurisprudenza riconoscono, infatti, all'operatore di polizia di poter far ricorso all'uso della forza nella misura necessaria e proporzionale al compimento delle attività di identificazione e, quindi, anche il prelevamento forzoso delle impronte digitali.

Secondo una risalente pronuncia della Corte costituzionale (sentenza n. 30 del 22 Marzo 1962) «i rilievi dattiloscopici non importano menomazione della libertà personale, anche se essi possano talvolta richiedere una momentanea immobilizzazione della persona per descriverne o fotografarne o misurarne gli aspetti nelle parti normalmente esposte all'altrui vista o richiederne una momentanea costrizione tendente alla fissazione delle impronte digitali».

Sulla stessa linea si pone la Corte di Cassazione, sezione V, con la sentenza n. 38228 del 2008, che, sia pure in tema di accompagnamento in ufficio, resistenza passiva ed uso della forza, osserva che in base alla normativa vigente «anche il semplice “rifiuto” che venga opposto da taluno alla richiesta, da parte di un ufficiale o agente di polizia di dichiarare le proprie generalità legittima l'accompagnamento coattivo del soggetto negli uffici di polizia e giustifica quindi l'uso della forza ove a tale accompagnamento venga opposta resistenza, per quando trattisi (...) di resistenza, in ipotesi puramente passiva, fermo restando, naturalmente, che l'uso concreto della forza deve essere rigorosamente proporzionato al tipo ed al grado della resistenza opposta».

Sebbene tra le due pronunce vi sia un intervallo di tempo così lungo, da esse si ricava che l'utilizzo della forza è ampiamente riconosciuto nelle fattispecie richiamate. D'altra parte nella nota del 16 Luglio 2014 si legge che «l'eventuale utilizzo dell'uso della forza, nelle ipotesi in cui venga opposta una resistenza ancorché passiva, debba essere esercitato proporzionalmente alla tipologia ed al grado di opposizione posta in essere e, comunque, sempre, nel completo rispetto della dignità della persona da identificare, nel caso di categorie vulnerabili, delle singole situazioni personali».

Vero è che la gestione dei flussi migratori sta diventando sempre più un problema di gestione dell'ordine pubblico, in relazione al quale non possono non richiamarsi le già ricordate riserve sulla scrupolosa ed attenta valutazione da parte dell'Autorità di Pubblica Sicurezza di tutte le situazioni

---

<sup>8</sup> Nota del Ministero dell'Interno, Dipartimento della P.S., Direzione Centrale dell'Immigrazione e della Polizia delle Frontiere n.400/A/2014/12.214.50 del 16 Luglio 2014, 2.

contingenti e collegate alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, che possono eventualmente giustificare deroghe alle disposizioni emanate.

In merito, il Regolamento UE n. 603/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio ha implementato dal mese di Luglio del 2015 il meccanismo Eurodac, abbreviazione di *European Dactyloscopy or fingerprint identification*, già istituito con il Regolamento 2725/2000 entrato in vigore nel 2003, il data base che consente di confrontare le impronte digitali dei richiedenti asilo e dei cittadini di paesi terzi, fermati al momento del loro ingresso in uno dei paesi membri dell'Unione Europea.

Il database Eurodac ha introdotto un sistema per il confronto delle impronte digitali e palmari dei richiedenti asilo e di alcune categorie di immigrati clandestini, al fine di individuare lo Stato competente all'esame di una domanda di protezione internazionale.

L'obiettivo prioritario del sistema Eurodac è quello di impedire agli immigrati, richiedenti asilo nell'Unione, di inoltrare la domanda in più di un Paese, vista la difficoltà di accertare l'identità degli stessi e la tendenza di questi ultimi a presentare la richiesta di protezione internazionale in più paesi di transito, nella speranza di non essere rimpatriati.

Si tratta di un sistema creato per ottenere l'immediato e rapido confronto delle impronte digitali dei soggetti richiedenti asilo e delle persone (cittadini di uno stato terzo o apolidi), che abbiano attraversato irregolarmente le frontiere dell'Unione.

Confrontando le impronte, i Paesi dell'UE possono verificare se un richiedente asilo o un cittadino straniero, che si trova illegalmente sul suo territorio, abbia già presentato una domanda in un altro paese dell'UE o se un richiedente asilo è entrato irregolarmente nel territorio dell'Unione.

Ai sensi dell'articolo 14 del Regolamento 603 del 2013 «ciascuno Stato membro procede tempestivamente al rilevamento delle impronte digitali di tutte le dita di cittadini di paesi terzi o apolidi di età non inferiore a 14 anni, che siano fermati dalle competenti autorità di controllo in relazione all'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della propria frontiera in provenienza da un paese terzo e che non siano stati respinti o che rimangano fisicamente nel territorio degli Stati membri e che non siano in stato di custodia, reclusione o trattenimento per tutto il periodo che va dal fermo all'allontanamento sulla base di una decisione di respingimento».

Il meccanismo si basa sulla trasmissione dei dati relativi alle impronte digitali e di altri dati come il Paese dell'UE d'origine, il sesso della persona, il luogo e la data della domanda d'asilo o dell'arresto della persona, il numero d'identificazione, la data in cui sono state prese le impronte digitali tramite punti nazionali di accesso all'unità centrale, dove vengono conservati per dieci anni a decorrere dal rilevamento dell'impronta.

In Italia lo strumento biometrico dattiloscopico utilizzato per il Casellario Centrale della Polizia Scientifica è denominato AFIS– *Automatic Fingerprint Identification System*.

Si utilizza, altresì, il Sistema di Indagine Interforze (SDI) al fine di verificare la posizione di eventuali *aliases*. Per tale motivo, il sistema AFIS riporta le circostanze in cui è avvenuta la rilevazione, nonché i precedenti rilevamenti di chi viene inserito.

Il nuovo Eurodac, implementato dal Regolamento 603/2013 del Consiglio e del Parlamento Europeo, risolve una serie di problemi connessi al ritardo nella trasmissione dei dati da parte di alcuni Stati Membri, che è stata fissata in 72 ore dall'esame e recepisce l'esigenza che la banca dati

possa essere funzionale anche per le azioni di contrasto alla criminalità organizzata e al terrorismo, necessità tristemente confermata dai recentissimi attentati di Parigi.

Il più importante cambiamento introdotto con l'implementazione di Eurodac è la previsione dell'accesso al sistema da parte di Europol e delle autorità designate dagli Stati Membri, per il confronto delle impronte digitali connesse ad indagini penali con i dati Eurodac.

Come specificato nel punto 8 del considerando al Regolamento 603/2013 «nella lotta al terrorismo e ad altri reati gravi è essenziale che le autorità di contrasto dispongano delle informazioni più complete e aggiornate possibili per poter svolgere i loro compiti. Le informazioni contenute nell'Eurodac sono necessarie a fini di prevenzione, accertamento o indagine di reati di terrorismo di cui alla decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 Giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, o di altri reati gravi di cui alla decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI, del 13 Giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri».

È pertanto assolutamente necessario che i dati dell'Eurodac siano messi a disposizione delle autorità designate dagli Stati membri e dell'Ufficio Europeo di Polizia (Europol) al fine di prevenire, accertare o indagare reati di terrorismo o altri reati gravi.

Nell'ottica di creare una politica comune europea nel settore dell'asilo, che tenga in debito conto la tutela dei diritti fondamentali dei migranti, il sistema Eurodac si propone di implementare l'efficace applicazione della Convenzione di Dublino III per realizzare spazi di libertà, di sicurezza e di giustizia aperti a quanti, spinti dalle circostanze, cercano protezione internazionale nell'Unione Europea.

In una prospettiva di tal specie è necessario ed indispensabile che l'attuazione dell'intero sistema comporti l'applicazione degli strumenti legislativi e degli *standards* internazionali posti a protezione dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo.

6. L'attività di rilevamento delle impronte digitali, il più delle volte, è effettuata dalla Polizia contro la volontà dei migranti che, sottraendosi all'identificazione, sperano di sfuggire al meccanismo previsto dal Regolamento 604/2013, c.d. Dublino III, e di circolare liberamente in Europa. Tale modulo procedimentale prevede che lo Stato in cui sbarca lo straniero è anche quello che deve provvedere alla sua identificazione e presso il quale lo straniero deve rimanere in attesa della definizione della sua domanda di asilo.

La questione ha assunto una rilevanza sempre più forte a causa dei frequenti sbarchi sulle coste italiane, pertanto, è necessario delineare in maniera chiara il limite oltre il quale non ci si può spingere nell'uso della forza per l'espletamento dell'attività di rilievo delle impronte.

La Legge n. 121/1981 all'art. 66 prevede che l'appartenente ai ruoli dell'Amministrazione della pubblica sicurezza debba eseguire gli ordini impartiti dal superiore gerarchico od operativo, purché siano attinenti al servizio o alla disciplina e non siano lesivi della dignità personale di coloro cui sono diretti.

In linea generale, si può affermare che la tutela della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico possa ampiamente giustificare l'adozione di misure coercitive, senza che queste rivestano rile-

vanza penale verso chi opponga resistenza al foto segnalamento, in quanto espressione di un adempimento di un dovere imposto dall'ordine dell'autorità.

L'art. 51 del codice penale stabilisce infatti che «l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità». I limiti entro i quali tale ordine deve essere circoscritto sono quindi la sua attinenza al servizio e la sua stretta connessione con i compiti d'istituto, come ampiamente ribadito da costante giurisprudenza.

Oltre alla possibilità di valutazione da parte dell'operatore sulla legittimità sia formale sia sostanziale dell'ordine non bisogna tralasciare la stringente portata, che costituisce un limite invalicabile al potere di coazione fisica dello Stato, rappresentata dalla tutela della libertà personale del privato (art. 13 Cost.).

Il rispetto di tale principio, che rientra nelle guarentigie dell'*habeas corpus* dell'individuo, esige che qualunque limitazione avvenga soltanto se giustificata dalla proporzionalità degli interessi in gioco, anche quando trattasi di esigenze di tutela della sicurezza nazionale e di ordine pubblico.

L'Unione Europea ha di recente posto in essere una procedura di richiamo nei confronti dell'Italia, accusandola di contravvenire al cosiddetto Regolamento Dublino III e di lasciar transitare nei Paesi europei i migranti non identificati.

Il Ministero dell'Interno, come reazione, ha emanato la circolare n. 28197 del 24 Settembre 2014, già più volte menzionata, che testualmente sancisce che «lo straniero deve essere sempre sottoposto a rilievi fotodattiloscopici e segnaletici [...] prescindendo dalla puntuale identificazione sulla base dell'esibizione del documento di viaggio, se posseduto» o anche «dall'inesistenza di motivi di dubbio sulla dichiarata identità. Ciò tanto più se sussista il sospetto che abbia presentato domanda di asilo in qualche altro Paese Ue». Il tenore della circolare è tale da non lasciare dubbi sul fatto che tutti i migranti debbano sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici o segnaletici all'arrivo sulle coste.

Il monito rivolto all'Italia è quello secondo cui il "deliberato" mancato fotosegnalamento di numerosi migranti abbia provocato un conseguente problema di flusso incontrollato degli stessi negli altri Paesi d'Europa, in palese violazione della Procedura Dublino III, che impone al primo Stato d'accoglienza di gestire l'intero *iter* della domanda d'asilo, compresa l'immediata identificazione, facendo sì che i migranti possano chiedere asilo in un altro Paese e non essere rinviiati in Italia.

La circolare n. 28197/2014 ha fissato delle rigorose linee di indirizzo relativamente all'attività di identificazione e fotosegnalamento dei migranti, anche alla luce dello stato emergenziale dell'ultimo periodo e del crescente numero di arrivi stabilendo, quindi, nel rispetto del dettato del Regolamento 2725/2000, sostituito come si è detto dal Regolamento 603/2013, che ogni straniero di età non inferiore a 14 anni sarà sottoposto a rilievi foto dattiloscopici, nel caso sia stato fermato mentre attraversava irregolarmente le frontiere dello Stato membro, in provenienza da un Paese terzo o se sia stato soccorso in alto mare e condotto sul territorio italiano.

Viene, inoltre, ribadita la fondamentale importanza dell'inserimento dei dati rilevati nell'Eurodac, ai fini di una più efficace gestione delle domande di protezione internazionale da parte degli Stati membri.

Per la prima volta con la stessa circolare il Ministero introduce uno strumento di informazione, un volantino informativo compilato in diverse lingue, che deve essere distribuito ai migranti a bordo delle navi subito dopo il soccorso, sullo sbarco sulla terraferma e nelle province di accoglienza allo scopo di rendere più chiare, per il migrante, le conseguenze derivanti dalla mancata collaborazione con le Autorità italiane nella fase dell'identificazione.

La circolare n. 28197/2014 è molto rigida anche rispetto all'inquadramento giuridico del rifiuto da parte dello straniero di sottoporsi a fotosegnalamento, attribuendovi rilevanza penale, poiché il comportamento integra diverse fattispecie di reato esistenti nell'ordinamento.

Al riguardo, si richiama l'attenzione sull'art. 4 del T.U.L.P.S.<sup>9</sup>, secondo cui la persona che non è in grado o si rifiuta di provare la propria identità ovvero nei cui confronti si nutrono sospetti sull'identità può essere sottoposta al rilevamento delle impronte digitali con la conseguente applicazione della contravvenzione di cui all'art.17 dello stesso T.U.L.P.S.<sup>10</sup>

La circolare rinvia, subito dopo le ipotesi regolamentate dagli artt. 650 c.p., in merito al reato di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità per il quale è previsto anche l'arresto fino a tre mesi, e dall'art. 651 c.p., che punisce chi si rifiuta di dare indicazioni sulla propria identità personale, infatti, la fattispecie può applicarsi anche a chi non fornisce le proprie generalità oppure quando vi siano sufficienti indizi per ritenere che le sue dichiarazioni siano false e per tali ragioni è disposto l'accompagnamento negli uffici di polizia ed il trattenimento per l'identificazione ai sensi dell'art.11 del Decreto Legge n. 58 del 21 Marzo 1978 convertito nella legge n.191 del 18 Maggio del 1978<sup>11</sup>.

L'ultima ipotesi richiamata dalla circolare è quella del reato di cui all'art. 495-ter c.p. (Fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali)<sup>12</sup>. Negli anni passati, infatti, si è verificato che alcuni migranti richiedenti asilo di alcune nazionalità come i siriani e gli eritrei siano giunti con i polpastrelli mutilati per non farsi rilevare le impronte digitali e, quindi, poter raggiungere altri paesi del Nord Europa dove inoltrare domanda di protezione internazionale.

In definitiva sia lo straniero sia il non straniero che si rifiutino di farsi identificare commettono un reato, anche se il rifiuto si concretizza in una mera resistenza passiva, come per esempio quella di chi non vuole dischiudere le mani o non vuole tenderle verso l'apparecchio rilevatore ovvero

<sup>9</sup> Art. 4 T.U.L.P.S. «L'autorità di pubblica sicurezza ha facoltà di ordinare che le persone pericolose o sospette e coloro che non sono in grado o si rifiutano di provare la loro identità siano sottoposti a rilievi segnaletici»

<sup>10</sup> Art.17 T.U.L.P.S «Salvo quanto previsto dall'art. 17-bis, le violazioni alle disposizioni di questo testo unico, per le quali non è stabilita una pena od una sanzione amministrativa ovvero non provvede il codice penale, sono punite con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a € 206,00.»

<sup>11</sup> Art. 650 c.p. «Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a duecentosei euro».

Art. 651 c.p. «Chiunque, richiesto da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, rifiuta di dare indicazioni sulla propria identità personale, sul proprio stato, o su altre qualità personali, è punito con l'arresto fino a un mese o con l'ammenda fino a duecentosei euro»

<sup>12</sup> «Art. 495-ter c.p. - (Alterazione o mutilazione delle creste papillari dei polpastrelli delle dita delle mani o di altre parti del corpo utili per consentire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali proprie o di altri). «Chiunque altera, oblitera o, comunque, mutila, anche solo in parte, le creste papillari dei polpastrelli delle dita delle proprie o delle altrui mani o altre parti del proprio o dell'altrui corpo utili per consentire l'accertamento della propria o dell'altrui identità o dello stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona è punito con la reclusione da uno a sei anni».

quella di chi non vuole assumere una posizione pienamente eretta per impedire una corretta operazione fotografica.

Si è già avuto modo di trattare della relazione di proporzionalità che le forze di polizia devono rispettare nel fare uso della forza per vincere le resistenze passive poste in essere da chiunque (cittadino o straniero) durante la fase di identificazione.

La questione è molto delicata, al punto che già nel 1962, con la già ricordata sentenza n. 30, la Corte costituzionale evidenziava la delicatezza della problematica ricordando che stabilire questo limite «spetta unicamente al legislatore, il quale, avendo di mira, nel rispetto della Costituzione, la tutela della libertà dei singoli e la tutela della sicurezza dei singoli e della collettività, potrà formulare un precetto chiaro e completo che indichi, da una parte, i poteri che, in materia di rilievi segnaletici, gli organi della polizia di sicurezza possano esercitare perché al di fuori dell'applicazione dell'art. 13 della Costituzione e, dall'altra, i casi ed i modi nei quali i rilievi segnaletici, che importino ispezione personale, ai sensi dello stesso articolo, possano essere compiuti a norma del secondo e del terzo comma del medesimo art. 13».

7. Negli ultimi mesi è apparso sempre più chiaro all'Europa intera la complessità e la dimensione di un fenomeno migratorio di cui, forse, si era sottovalutata la reale portata.

L'Europa sta assistendo infatti, in questi ultimi mesi, ad un ulteriore incremento del fenomeno migratorio e ad una sua diversificazione che viene convenzionalmente inquadrata nelle definizioni di migranti economici e di migranti richiedenti asilo, intendendo in questo senso la profonda differenza di motivazioni che può spingere lo straniero alla ricerca di una nuova patria per quanto poi sia, in realtà, estremamente difficile inserire rigidamente lo straniero in una delle due categorie.

Nell'ultimo anno si è assistito ad una profonda modificazione nelle rotte di ingresso in Europa con un flusso crescente e sempre più numeroso di migranti che ha scelto la cosiddetta rotta balcanica, ottenendo il duplice risultato di evidenziare una notevole flessione del numero di migranti che arrivano via mare e di far entrare nel circuito di accoglienza in maniera diretta tutta una serie di paesi, che prima non si erano mai confrontati in prima battuta con il problema.

Due recenti decisioni del Consiglio Europeo, la n. 1523 e la n. 1061 del 14 e del 22 Settembre 2015, hanno introdotto la procedura della *relocation* allo scopo di istituire delle misure, seppur temporanee, di "alleggerimento" nel settore della protezione internazionale a beneficio di due stati, l'Italia e la Grecia, che stanno subendo il peso dei flussi migratori diretti in Europa.

La Commissione Europea, infatti, alla luce di numeri sempre crescenti di flussi di persone, oltre ad aver posto il tema delle migrazioni tra le priorità politiche dell'Unione ha cercato di elaborare risposte concrete per affrontare il fenomeno distribuendone con maggior equità il carico derivante dalla gestione.

In particolare la procedura denominata *relocation* «è stata concepita dall'Unione Europea al fine di alleviare la pressione migratoria sul territorio italiano e presuppone, tra l'altro, la presentazione, da parte dell'Italia, di una *Roadmap* (Tabella di marcia- all.1), nonché l'istituzione di specifi-

ci *hotspots* (Aree di sbarco attrezzate) dove assicurare le operazioni di soccorso, prima assistenza, registrazione e foto segnalamento di tutti i migranti»<sup>13</sup>.

In altre parole agli appartenenti alle nazionalità il cui tasso di riconoscimento risulti particolarmente elevato, i cosiddetti in *clear need of protection*, è offerta la possibilità di accedere alla procedura di “ricollocaimento”, consentendo a chi è stato già fotosegnalato ed abbia compilato la domanda di asilo, in deroga a quanto previsto dal regolamento n.604/2013 cosiddetto Dublino III, di essere trasferiti nello stato membro di *relocation* per l’esame della domanda medesima.

Tale opportunità viene aperta per un tempo assai limitato (due mesi) eventualmente prorogabile in alcuni casi espressamente previsti.

Il progetto che emerge nelle decisioni citate e nella politica dell’ultimo periodo è quello di realizzare dei punti di approdo e di accoglienza, definiti *hotspots*, nei quali le strutture predisposte siano in condizioni di accogliere ed effettuare tutti gli adempimenti connessi all’identificazione ed al fotosegnalamento dello straniero in maniera organizzata ed efficace ed in tempi estremamente ristretti.

Nella cosiddetta *Roadmap* presentata dall’Italia sono stati previsti quattro *hotspots* (Lampedusa, Pozzallo, Porto Empedocle e Trapani), ai quali se ne dovrebbero aggiungere altri due (Augusta e Taranto) entro il 2015. Attualmente solo l’*hotspot* di Lampedusa è operativo.

Il meccanismo a regime in termini organizzativi dovrebbe prevedere lo sbarco dei migranti in arrivo via mare in una di queste aree individuate ed attrezzate all’accoglienza dove possano essere svolte, in un arco di tempo circoscritto, tutte le operazioni di *screening* sanitario, preidentificazione con approfondimento della condizione del migrante, registrazione e fotosegnalamento per ingresso illegale.

Le persone che richiedono asilo dovrebbero poi essere trasferite nei Centri presenti sul territorio per la formalizzazione della domanda di protezione internazionale attraverso la compilazione del modello C3. In base alla procedura della *re location*, i migranti appartenenti alle nazionalità definite in *clear need of protection* verrà fornita un’informazione mirata sulla procedura in atto e se manifesteranno la volontà di richiedere asilo verranno trasferite negli *hubs* regionali dedicati, dove verrà fatto compilare un modulo C3 europeo appositamente elaborato.

Ciò che sta realmente accadendo però lascia pensare che il flusso migratorio sta nuovamente modificando la sua fisionomia. Gli appartenenti alle nazionalità in *clear need of protection* tendono a prediligere l’arrivo via terra, in quanto più sicuro e meno complesso rispetto a quello via mare ed i numeri degli stranieri, che hanno effettivamente richiesto di accedere alla procedura sono di gran lunga inferiori alle aspettative per tutta una serie di ragioni molto diversificate tra di loro.

8. Ascoltare le voci dei rappresentanti delle forze di polizia è stato un interessante riscontro in un ambito in cui il processo di identificazione di uno straniero, a maggior ragione di un minore, diventa una trama di vite umane che si intrecciano, di storie complesse di fuga e di disperazione e dove ogni racconto è diverso dall’altro.

---

<sup>13</sup> MINISTERO DELL’INTERNO DIPARTIMENTO PER LE LIBERTÀ CIVILI E L’IMMIGRAZIONE, Circolare del 6 Ottobre 2015, 2

I dirigenti degli Uffici che gestiscono le procedure di accoglienza degli stranieri vivono pienamente la consapevolezza di fare un lavoro particolare nelle condizioni alle volte più difficoltose, con mezzi a volte inesistenti e responsabilità indiscutibilmente gravose. E' inevitabile che un lavoro di tale forza e delicatezza abbia come conseguenza una fortissima componente di coinvolgimento personale, nell'attività che viene svolta in uffici di "frontiera" inadeguati, non pensati per l'accoglienza, dove spesso non ci sono neanche le transenne per far attendere gli stranieri o le sedie per farli sedere o i contenitori per la spazzatura o peggio ancora dove non funzionano i condizionatori, o, come è accaduto negli ultimi due anni, con le operazioni *Mare Nostrum* e *Triton*, sui moli di un porto in base a protocolli non adeguatamente standardizzati.

I funzionari dello Stato di cui si parla, insieme ai loro collaboratori, negli ultimi anni sono stati chiamati, e lo sono ancora adesso, con preavvisi di tempo inesistenti e con difficoltà logistiche, procedurali, o semplicemente umane, a costituire ed a costruire il volto di una accoglienza sofferta e complessa.

La Sicilia ha costituito e costituisce, per la sua posizione al centro del Mediterraneo, punto di approdo per chi giunga dal mare anche se, come si è potuto osservare dall'analisi degli ultimi dati, le correnti migratorie hanno privilegiato negli ultimi mesi degli arrivi diretti a privilegiare altre parti dell'Europa.

Gli uffici di polizia chiamati alla gestione dell'accoglienza dei flussi migratori in questo ultimo periodo sono uffici costituiti da numeri piuttosto piccoli di persone, caratterizzati però da professionalità ad altissima specializzazione nel settore, che si sono trovati, a parità di risorse, a dover fronteggiare un lavoro che ha assunto dimensioni e complessità incredibilmente elevate a fronte di una visibilità minima sulle problematiche affrontate e di un ascolto in termini generali pressoché inesistente.

L'esperienza vissuta sul campo è stata raccontata traducendo il dato normativo in un ambito di applicazione pratica ed i racconti dell'esperienza maturata sul campo sono analizzati con la lucida consapevolezza e con la pacatezza di chi è abituato ad affrontare e risolvere situazioni complesse e di chi comunque, con grandissimo senso di responsabilità, cerca di coniugare il rispetto delle leggi e dei compiti istituzionali con un altrettanto grande rispetto per la persona e, in particolare, per lo straniero, a maggior ragione se minore, per il suo mondo raccolto spesso in poche cose, in fuga da povertà, mancanza di lavoro, guerra, alla ricerca comunque di una possibilità di futuro.

L'accoglienza coinvolge uno straniero che parla tutte le lingue del mondo, per le quali non ci sono gli interpreti, che spesso non ha idea di cosa significhi una vera identità, uno straniero che non sa nemmeno quando è nato, se non in maniera estremamente approssimativa, perché nella sua cultura non è un dato significativo e non esiste un ufficio anagrafe.

Il processo di identificazione dello straniero è, dunque, un cammino complesso in cui ad ogni straniero corrisponde un fascicolo zeppo di carte, talmente voluminoso da doversi utilizzare per gli spostamenti dall'archivio degli incredibili e vecchissimi carrelli, un processo in cui ci si trova a fotosegnalare nuovamente stranieri che cambiano più e più volte le dichiarazioni in merito alla loro nazionalità ed ai loro dati anagrafici; ogni volta gli operatori di questi uffici ricominciano dall'inizio un lavoro certosino ed incredibile che consenta a queste anime, che arrivano da lontano, di poter

trovare il modo di fermarsi in questo nuovo mondo che hanno scelto e di trovarvi uno spazio ed una identità.

La Questura di Palermo, una delle questure prescelte per un'analisi delle attività svolte, è stata protagonista nell'ultimo anno, unitamente ad altri enti istituzionali, di un'intensa e crescente attività volta a garantire l'accoglienza, l'identificazione e la trattazione delle pratiche di richiesta della protezione internazionale nonché il rimpatrio dei migranti economici giunti via mare. Per meglio comprendere le difficoltà operative che l'Ufficio Immigrazione ha riscontrato nella pratica, in relazione all'arrivo di migranti giunti via mare, occorre analizzare brevemente il dispositivo che si mette in moto allorché il porto di Palermo viene individuato, a livello nazionale, come porto di destinazione ed arrivo di uno sbarco di migranti.

La prima cosa che l'Ufficio Immigrazione deve affrontare è quello di “condividere” con gli altri attori principali del sistema un protocollo di attività operativa, spesso non adeguatamente standardizzato, in modo da gestire ognuno, al meglio, la parte di propria competenza. L'arrivo in porto di una nave carica di migranti soccorsi in mare comporta l'attivazione di un dispositivo complesso ed estremamente articolato che, con il coordinamento della Prefettura, vede coinvolti la Questura, talune specialità della Polizia di Stato, altre forze di polizia, la Capitaneria di Porto, la Sanità Pubblica locale e marittima, la Croce Rossa, il Comune, varie organizzazioni di Protezione Civile e di volontariato, imprenditori privati ognuno con propri specifici compiti e competenze il più delle volte con preavvisi temporali estremamente esigui.

Dopo la primissima attività di competenza della Sanità marittima (a bordo del natante) e locale (in banchina), che è volta ad accertare le condizioni di salute del migrante, in banchina il compito specifico dell'Ufficio Immigrazione della Questura è quello che viene definito della “preidentificazione” dello straniero. Nello specifico, in banchina, l'Ufficio Immigrazione predispone proprio personale che, con l'ausilio di mediatori culturali, provvede ad intervistare il migrante anche nel caso in cui si tratti di un minore ed a compilare puntualmente un foglio notizie, contenente vari dati relativi allo straniero, al di là dei semplici dati anagrafici, e che è finalizzato a consentire l'acquisizione delle sommarie informazioni utili all'inquadramento della situazione personale del migrante tra cui, in particolare, quella relativa alla motivazione del viaggio via mare. L'attività di preidentificazione si sostanzia, quindi, nella compilazione del foglio notizie cui si accompagna la fotografia dello straniero, corredata da un numero identificativo progressivo, scattata dal personale del locale Gabinetto Regionale della Polizia Scientifica presente al porto.

Tale attività è propedeutica alla fase successiva dell'accompagnamento del migrante negli uffici del predetto Gabinetto Regionale della Polizia Scientifica ai fini dell'attività vera e propria di fotosegnalamento. Occorre precisare che nella richiesta che l'Ufficio Immigrazione compila ai fini dell'attività di fotosegnalamento, che viene eseguita, su tutti gli stranieri di età non inferiore a 14 anni, quanto ai migranti giunti via mare, viene indicato come motivo “ingresso illegale”; ciò consente che le impronte digitali dello straniero vengano inserite anche nella banca dati Eurodac, che permette di verificare se lo straniero, identificato mediante l'acquisizione delle impronte digitali, abbia già presentato istanza di riconoscimento della protezione internazionale in altro Stato membro

dell'UE ai fini del Regolamento Dublino e della individuazione dello Stato competente a trattare l'istanza di riconoscimento della protezione internazionale.

Ne discende che nel caso di identificazione al primo ingresso nello Stato le generalità declinate, in assenza di un documento di identità ove poterle riscontrare, non raggiungeranno mai il grado di certezza dell'effettiva identità, sebbene nei controlli successivi sarà possibile l'identificazione del soggetto mediante la verifica delle impronte digitali e del connesso codice C.U.I.

Occorre aggiungere, al riguardo, che, a seconda della volontà del migrante di richiedere o meno protezione internazionale l'attività dell'Ufficio Immigrazione, successiva alle operazioni in porto, si svolge seguendo un doppio binario.

Nei confronti di coloro che non hanno manifestato la volontà di presentare istanza di protezione si provvede all'accompagnamento presso il Gabinetto Regionale della Polizia Scientifica per il fotosegnalamento e, successivamente, si provvede all'esame di ogni singola situazione personale che, il più delle volte, si conclude con l'emissione di un decreto di respingimento alla frontiera emesso dal Questore ai sensi dell'art. 10, secondo comma, del T.U.I.

Di contro coloro che hanno manifestato la volontà di richiedere asilo politico solo dopo la preidentificazione vengono avviati, in ossequio alle indicazioni fornite dal Dipartimento delle Libertà Civili tramite la locale Prefettura, nei centri di accoglienza sparsi sull'intero territorio nazionale dove, dopo il fotosegnalamento inizierà l'*iter* per il riconoscimento della protezione internazionale con la formalizzazione dell'istanza nel modulo C3; il rilascio di un permesso di soggiorno per "richiesta asilo" e tutti gli adempimenti successivi.

Ciò, quindi, testimonia l'importanza dell'attività di fotosegnalamento e del corretto sviluppo/lettura sia dei riscontri Afis sia delle risultanze Eurodac per i motivi di cui si è detto.

Sicuramente una delle difficoltà incontrate per assolvere all'obbligo del fotosegnalamento che, ricordiamo, discende direttamente dal Regolamento 603 del 2013, è legata al sempre più rilevante numero dei gruppi di migranti soccorsi in mare con conseguenti problemi connessi alla sicurezza, alle condizioni di tempo e di luogo (come per esempio individuare spazi idonei dove far attendere i migranti prima e dopo il fotosegnalamento), all'organizzazione dei servizi di vigilanza del personale di polizia e a diversi altri problemi simili di tipo organizzativo, tralasciando i sempre possibili casi di malfunzionamento e/o guasto delle apparecchiature.

Il Dipartimento, prendendo progressivamente atto dell'oggettiva difficoltà di procedere al fotosegnalamento dei migranti direttamente nei luoghi di sbarco ha ritenuto più efficace ed utile procedere a tale attività quando i migranti sbarcati siano successivamente trasferiti nelle diverse località del territorio nazionale, secondo il piano di distribuzione comunicato dal Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione.

In merito alla problematica del rifiuto dello straniero di farsi fotosegnalare in base alle indicazioni ricevute dalla locale Procura della Repubblica la Questura di Palermo segue un protocollo operativo, che prevede che debbano essere indagati in stato di libertà i migranti giunti via mare che rifiutino di sottoporsi al fotosegnalamento.

Occorre dire al riguardo che tali stranieri vengono deferiti all'Autorità Giudiziaria in base alle generalità, che hanno declinato in sede di preidentificazione, con tutte le conseguenze, che ciò comporta in assenza di una compiuta identificazione.

Per quanto riguarda la Questura di Catania, la seconda Questura prescelta per l'analisi sul campo delle attività svolte, le indicazioni avute in tal senso dalla locale Procura, vanno nella direzione per cui l'uso delle forze *strictu sensu* non è stato autorizzato e cioè quando i migranti, soprattutto quelli appartenenti a certe etnie (siriani, eritrei, somali e sudanesi) si rifiutano categoricamente di prestare il loro consenso per i rilievi foto dattiloscopici, inscenando anche manifestazioni di protesta o particolari forme di "ammutinamento", gli operatori di polizia si vedono costretti a non proseguire nell'espletamento delle procedure, redigendo un verbale nel quale vengono inviati i nominativi dei sedicenti stranieri, che si sono sottratti al fotosegnalamento da inviare all'Autorità Giudiziaria ai sensi degli artt. 650 e 651 del c.p.

A conclusione di queste riflessioni mi preme richiamare l'attenzione sul dato che l'identificazione dello straniero si sostanzia anche in una metafora, che indica e sintetizza la capacità di saper incontrare il diverso, a volte senza comprenderlo e saper trovare ugualmente un punto di contatto.

D'altra parte, la strage di Parigi del 13 Novembre, così terribilmente recente, così difficile da accettare, ha scosso il mondo dell'Unione Europea, dando crudamente la sensazione di essere attaccati, invasi, assediati, ma è tangibile la sensazione che questi attacchi vengano dagli "stranieri", appunto, perché così diversi.

L'opinione pubblica è sempre più spaventata e di conseguenza sempre più indirizzata a sollecitare politiche di chiusura e di rifiuto, dimenticando però che il processo di inserimento e di scambio con lo straniero è un processo fondamentale ed inarrestabile per la stessa sopravvivenza dell'Europa.