

# DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

*Rivista Giuridica Trimestrale*



1/2 2017 • ANNO V

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, Rossella  
Nicodemo (caporedattore), Gennaro Demetrio  
Paipais  
Maurizio Pierantoni, Ornella Riccio, Sabatino  
Romano, Daniela Savy,  
Massimo Sensale, Paolo Troisi, Adele  
Viciglione

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

SEGRETARIA 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 proces-  
suale 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'OPINIONE

	<b>Problemi attuali della 'politica penale giudiziaria'</b>	
	SERGIO MOCCIA	5

### ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

DIRITTO SOSTANZIALE	<b>Una breve introduzione al tema delle alternative alla detenzione in Italia: situazione attuale e prospettive di riforma</b>	
	ANTONIO CAVALIERE	10
	<b>I reati di sospetto: problemi attuali e prospettive</b>	
	MASSIMILIANO FRADDANNO	15
	<b>Natura della confisca di prevenzione e principio di irretroattività della legge penale. La Sentenza Spinelli alla luce della Direttiva 2014/42/UE recepita con il D.lgs. n. 202 del 2016</b>	
	SERENA UCCI	30
DIRITTO PROCESSUALE	<b>Le dichiarazioni del minore vittima e le forme essenziali all'ascolto</b>	
	MARIA CARLA IAZZETTI	51
	<b>Il patrocinio a spese dello Stato</b>	
	GIUSEPPE SASSONE	73
GIUSTIZIA MINORILE	<b>La Direttiva (UE) 2016/800 e il D.P.R. 448/1988: parallelismi e spunti di riflessione</b>	
	ANNALaura MALINCONICO - LUDOVICA MARTINS	98

### NOTE A SENTENZA

DIRITTO PROCESSUALE	<b>Oscillazioni interpretative sulla disciplina delle statuizioni civili e sulla condanna alle spese.</b>	
	GIANFEDERICO CECANESE	115

## L'OPINIONE

## Problemi attuali della 'politica penale giudiziaria'

SERGIO MOCCIA

### ABSTRACT

*The penal system 'drift isn't without consequences for the entire system*

Il modello di diritto penale di derivazione illuministica – incentrato sul ruolo preminente della legge parlamentare - è oggi in crisi a causa di una pluralità di fattori interni ed esterni che ne hanno minato le fondamenta, aprendo le porte a un pluralismo complesso e disarticolato di fonti, tra cui un ruolo preminente sembrano assumere quelle di matrice giurisprudenziale.

La deriva che sta attraversando il sistema penale non è priva di conseguenze per l'intero ordinamento, arrivando a mettere in discussione la separazione dei poteri, il ruolo della funzione giudiziaria in ambito penale e la natura democratico-rappresentativa delle opzioni politico-criminali che il principio di riserva di legge parlamentare – teoricamente ancora vigente – vorrebbe, invece, garantire.

Si è assistito in taluni casi a un autentico ribaltamento dei ruoli tra poteri, con il legislatore chiamato a ratificare *ex post* decisioni prese in sede giurisprudenziale per colmare 'lacune di tutela derivate' attraverso un'attività ermeneutica libera da vincoli, come nei recenti casi della corruzione per l'esercizio della funzione e del traffico di influenze illecite.

Del resto, la contingente crisi della politica e il ridimensionamento del ruolo dell'Assemblea legislativa hanno finito per legittimare un forte protagonismo giudiziario, conferendo alla magistratura un ruolo di artefice della politica penale, quasi sempre in termini sfavorevoli al reo, tramite la forzata dilatazione di norme incriminatrici preesistenti, con rare eccezioni *in melius*, come nei casi della diffamazione a mezzo stampa o, prima della riforma, della delega di funzioni. Il giudice ha così progressivamente mutato pelle: da mero scopritore di significati preesistenti delle scelte politico-criminali a vero e proprio creatore di norme, con le sembianze di un co-legislatore.

Una tale deriva è sospinta anche da pretese punitive di matrice sovranazionale, derivanti, in particolare, da Convenzioni del Consiglio d'Europa e decisioni-quadro e direttive dell'Unione europea.

Certamente, a monte dei problemi posti dalla prassi giurisprudenziale si pone la questione di una legislazione penale senza qualità, sovente di pessima fattura tecnica, ma soprattutto orientata a soddisfare in modo simbolico bisogni emotivi di punizione e 'rassicurazione'. Essa impiega concetti indeterminati e tende, salvo rare eccezioni, ad un ampliamento della sfera delle condotte punibili e a sterili inasprimenti delle sanzioni. Il sistema diviene, quindi, sempre più ipertrofico; e ciò determina, oltre alla grave limitazione delle libertà dei consociati, un enorme sovraccarico giudiziario ed una tendenza all'ipercarcerizzazione. A fronte di ciò, il legislatore scarica – salve marginali depenalizzazioni, a fronte di ben più numerosi inasprimenti o nuove incriminazioni – il problema della deflazione procedimentale e penitenziaria sulla discrezionalità giudiziaria, ampliandola sempre di più. Ma in tal

modo si contribuisce ulteriormente al ribaltamento dei rapporti tra i poteri dello Stato ed al disorientamento dei consociati dovuto alla già ben nota frantumazione del sistema sanzionatorio.

Tuttavia, per quel che concerne il ruolo della giurisprudenza, destano preoccupazione alcuni orientamenti di fondo. Limitandoci alle Corti superiori, la Corte di Cassazione pare talora tendere ad un sindacato diffuso di legittimità costituzionale, ad esempio supplendo con il proprio intervento “tipizzante” a deficit di determinatezza che comporterebbero, invece, la rimessione alla Corte costituzionale di questioni di legittimità per sospetto contrasto con l’art.25 co.2 Cost. Va detto, in proposito, che è stata una parte della stessa dottrina penalistica ad avallare un simile orientamento, affermando che la legge fosse ‘determinata’ qualora consentisse alla giurisprudenza, ad interpretazione compiuta, di ‘determinarne’ il significato: ma in tal modo la *ratio* del principio di determinatezza, quella di garanzia dall’arbitrio del giudice, viene ad essere completamente frustrata.

Ancora, è stata autorevolmente segnalata la tendenza della Cassazione a far prevalere il ‘diritto vivente’ nella propria giurisprudenza sugli stessi orientamenti della Corte costituzionale: ad esempio, la falsità in dichiarazioni in concreto ‘irrilevanti’, al fine di ottenere il gratuito patrocinio, è stata ritenuta a sezioni unite punibile, nonostante un costante orientamento della Corte costituzionale in tema di offensività e non punibilità *ex art.49 co.2 c.p.*, pianamente applicabile all’ipotesi di specie.

Va, poi, segnalato, specialmente a fronte di un’eccessiva fiducia dei cultori della giurisprudenza come ‘fonte’ ed al vincolo del precedente, l’insuccesso di alcuni, pur apprezzabili, tentativi delle Sezioni unite di esercitare in modo convincente la propria funzione nomofilattica, ad esempio in tema di causalità omissiva (sent. Franzese) o di rapporti tra concussione e corruzione (sent. Maldera). Insuccesso dovuto, talora, all’impossibilità di ottenere la quadratura di un cerchio irragionevolmente disegnato dal legislatore; talaltra, ad una carente solidità dell’impianto dommatico delle motivazioni.

Relativamente all’attività della Corte costituzionale, accanto a pronunce luminose, vanno segnalate alcune ombre, che paiono perpetuare un self-restraint in materia di principi fondamentali come quelli di determinatezza ed offensività. Si pensi, sotto il primo profilo, ad esempio alla pronuncia in tema di atti persecutori o stalking: non è dato comprendere come possa ritenersi conforme a determinatezza una norma incriminatrice di cui non s’intende se, con l’espressione “in modo da”, richieda un evento di danno o solo l’idoneità della condotta a determinarlo, e che descrive l’evento in questione come “grave stato di ansia o dei paura” o quale coazione “ad alterare le proprie abitudini di vita”!

Sotto il secondo profilo, si consideri la sent. n.250/2010, con cui la Corte ritenne conforme al principio di offensività e respinse censure in chiave di *extrema ratio* relativamente al reato di immigrazione irregolare di cui all’art.10 *bis* t.u. immigrazione, una contravvenzione posta, secondo la Corte, a presidio di un bene inafferrabile quale la “regolarità dei flussi” migratori: in realtà si tratta di una mera *ratio* di tutela, posta a fondamento di un reato di mera trasgressione, la cui idoneità a perseguire un qualunque obiettivo di tutela ulteriore rispetto all’espulsione già prevista quale sanzione amministrativa è certamente pari a zero.

C’è, poi, un giudice a Strasburgo ed uno nel Lussemburgo. La giurisprudenza della Corte EDU, se sotto diversi aspetti – d’obbligo il richiamo alla sentenza Torreggiani – ha consentito una miglior tutela di diritti fondamentali della persona, sotto altro profilo si presenta, com’è noto, ondivaga fino

al limite dell'assenza di quella "prevedibilità" che per la stessa Corte costituirebbe l'essenza del principio di legalità di cui all'art.7 CEDU. Si pensi solo all'individuazione del concetto stesso di "materia penale" e quindi, in particolare, dell'ambito di applicazione del principio di legalità e delle garanzie convenzionali del processo penale.

Quanto alla Corte di giustizia dell'Unione europea, è arcinoto quali pericoli, specialmente per la riserva di legge e per la soggezione del giudice alla legge stessa, scaturiscano dalla sentenza Taricco, come è stato segnalato dalla Corte costituzionale nella sua recente ordinanza di rinvio pregiudiziale alla CGUE. Al cosiddetto 'dialogo tra le Corti', e dunque al diritto giurisprudenziale, viene così ad essere rimessa la stessa vigenza dei principi fondamentali della cultura penalistica europea continentale.

Il discorso, ovviamente, si attua sul terreno processuale, finendo col restringerne la finalità cognitiva ed amplificandone di contro la finalità di strumento di lotta ai problemi della criminalità.

La crisi delle fattispecie incriminatrici di matrice legislativa si riverbera a vantaggio di *fattispecie del caso concreto di creazione giurisprudenziale*, accompagnate dalla tendenza, sempre più marcata (sino a divenire quasi fisiologica), all'evanescenza dell'imputazione; si pensi alle ipotesi di contestazione di colpa medica.

A ciò si accompagna il dibattito sulla perdurante attualità dell'obbligatorietà dell'azione penale, ridotta oggi a mero simulacro da una prassi giudiziaria in cui circolari e linee guida emanate dai vertici delle Procure orientano le priorità investigative e dunque condizionano apertamente l'esercizio dell'azione penale.

Questo mutamento genetico solleva molteplici interrogativi sul futuro del diritto penale.

Alcuni appaiono ineludibili:

- Il nuovo ruolo del giudice nel diritto penale contemporaneo e lo sbilanciamento a favore del potere giudiziario rischiano di mettere in discussione l'equilibrio tra poteri costituzionali?

- Il nuovo controllo diffuso della legalità e l'obbligo di interpretazione conforme imposto dalla Corte costituzionale e dalla Corte EDU hanno frustrato la giustiziabilità costituzionale dei principi di determinatezza, offensività e colpevolezza oppure ne hanno ampliato l'operatività, scoprendo dimensioni 'in concreto' prima non considerate?

- La discrezionalità del giudice in materia penale rappresenta ancora un fattore fondamentale per adeguare il sistema penale alle funzioni della pena e per garantire l'attuazione dei suoi principi fondamentali di offensività, proporzionalità ed *extrema ratio* (come nei casi del reato impossibile e della particolare tenuità del fatto) ovvero incarna la principale causa della espansione del diritto penale in spregio al principio di riserva di legge e all'irrinunciabile esigenza ad essa sottesa della democraticità delle scelte politico-criminali?

- Quale il significato che residua al divieto di analogia, considerato che l'esaltazione della natura analogica di ogni procedimento ermeneutico rischia di frustrarne la *vis* garantista, legittimando il protagonismo penale della magistratura?

- Sono più le luci o le ombre dietro la dimensione allargata di legalità proveniente dal diritto sovranazionale e l'esaltazione del c.d. dialogo tra le Corti, come ben compendiate nell'acceso dibattito sul caso Taricco e nel rinvio pregiudiziale disposto dalla Corte costituzionale nella recente ordinanza n. 24 del 2017?

- Si va verso una *processualizzazione del diritto penale* o una *sostanzializzazione del processo*?  
I recenti casi della ridefinizione della causalità e del dolo eventuale in termini processuali.

-Può parlarsi di ruolo – sfigurato e marginale – assunto dalla nomofilachia?

## ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

# Una breve introduzione al tema delle alternative alla detenzione in Italia: situazione attuale e prospettive di riforma\*

ANTONIO CAVALIERE

*Abstract: This essay contains a brief criticism of the actual structure of the sanction system in Italian criminal law and aims to lead the attention on the necessity of a restriction of the criminalisation, and also on the use of intermediate criminal sanctions as an alternative to prison.*

Sommario: 1. L'esigenza di un sistema sanzionatorio conforme ai principi. – 2. I principi costituzionali di riferimento. – 3. Il sistema sanzionatorio codicistico e i correttivi introdotti negli anni '70 e '80. – 4. L'ulteriore 'giro di vite' repressivo e il sovraffollamento carcerario. – 5. Prospettive.

1. La conformazione del sistema sanzionatorio, lo spazio occupato al suo interno dalle pene detentive e le condizioni di detenzione vanno adeguati ai principi costituzionali ed internazionali.

I principi fondamentali che dovrebbero incidere sulla conformazione del sistema sono, in primo luogo, quelli che stabiliscono a quale funzione legittima debbano tendere le sanzioni penali; in secondo luogo, il principio di legalità; ed ancora il principio di *extrema ratio* – che impone di contenere l'intervento punitivo entro limiti di proporzione e stretta necessità – e quello di offensività, che impone un diritto penale “del fatto” socialmente dannoso e non “dell'autore”.

Un sistema orientato alla retribuzione ed alla deterrenza contiene castighi esemplari: pena di morte e/o ergastolo e primato della pena detentiva, eseguita in modo meramente afflittivo e senza possibilità di alternative o di rinuncia statutale alla sanzione. Al contrario, un sistema volto a fini di reinserimento sociale del reo è incompatibile con la pena di morte e con l'ergastolo; in tale sistema, la pena detentiva dev'essere eseguita mirando ad offrire possibilità di recupero sociale e vanno ricercate alternative alla pena detentiva più idonee al reinserimento.

Anche il principio di legalità incide sul sistema sanzionatorio, ad esempio escludendo sanzioni penali indeterminate.

*Extrema ratio* ed offensività influiscono sul sistema sanzionatorio anzitutto riducendo l'ambito legittimo dei precetti penali e spingendo verso la depenalizzazione; in secondo luogo, orientando verso la restrizione della portata dei precetti alle sole condotte realmente dannose o pericolose; ed infine, orientando la conformazione delle sanzioni nel senso di prevedere la detenzione come *extrema ratio*, di dare spazio a sanzioni meno invasive e di commisurare le sanzioni al reato commesso, anziché alla 'pericolosità' o all'atteggiamento interiore del reo.

---

\* Testo - modificato solo con l'aggiunta di note essenziali – della relazione tenuta nel corso della *Summer school*: “I diritti fondamentali ‘alla prova’ della prigione”, a cura delle Università degli Studi di Napoli Federico II - Paris Nanterre - Potsdam, Napoli 29 maggio – 1 giugno 2017.

2. L'art.27 co.3 della Cost. italiana impone che le pene siano conformi al senso di umanità, tendano al reinserimento sociale del reo e mirino pure all'orientamento dei consociati<sup>1</sup>. Dovrebbero essere bandite dall'ordinamento sia una mera retribuzione, sia il perseguimento di finalità di deterrenza o di neutralizzazione<sup>2</sup>.

L'art. 25 co.2-3 Cost. sancisce la legalità di pene e misure di sicurezza.

*Extrema ratio* ed necessaria offensività si evincono da un'agevole interpretazione sistematica<sup>3</sup>.

3. Il sistema legislativo penale o, meglio, il coacervo disordinato di norme attualmente vigente non corrisponde assolutamente al modello delineato dalla Costituzione e necessiterebbe di una riforma globale.

Il codice Rocco del 1930 - che costituisce tuttora l'ossatura del sistema delle pene principali e delle misure di sicurezza - mira, in rapporto alle pene, a finalità di deterrenza e retribuzione e, quindi, contempla ancora l'ergastolo e il primato della pena detentiva rispetto alla pecuniaria. Non erano previste altre pene principali. Relativamente alle misure di sicurezza, il fine perseguito è quello di neutralizzare la pericolosità soggettiva dell'autore.

La parte speciale del codice prevede pene detentive elevate; e i rapporti relativi tra le varie incriminazioni rivelano ancora oggi i residui del primato dei beni superindividuali su quelli individuali, delineato dal legislatore fascista: ad esempio, la pena detentiva prevista per la falsità in atto pubblico 'fidefaciente' va da tre a dieci anni, mentre la lesione personale grave è punibile con la reclusione da tre a sette anni. Poiché i termini di prescrizione dei reati sono commisurati alla pena massima, ciò ha contribuito a far sì che le gravi lesioni inferte da forze di polizia presso la scuola Diaz in occasione del G8 di Genova del 2001 si siano prescritte, mentre è stato condannato chi in quell'occasione aveva falsificato un verbale<sup>4</sup>.

Tra i beni individuali, il codice assegna un rilievo spropositato al patrimonio<sup>5</sup>. Il furto semplice è punibile con la reclusione da 6 mesi a 3 anni; quello pluriaggravato con la reclusione da 3 a 10 anni. Ad esempio, è furto pluriaggravato rubare un'arancia, con destrezza, dal banco della frutta!

Il codice Rocco, nei suoi 86 anni di vita, non ha subito riforme di ampio respiro e coerenti, ma solo innesti settoriali mal coordinati, che hanno dato luogo ad ulteriori inasprimenti delle pene detentive e ad un'incoerenza complessiva delle cornici edittali<sup>6</sup>: ad esempio, per il sequestro di persona a scopo di estorsione l'art.630 c.p. prevede la reclusione da 25 a 30 anni, cioè una pena più grave di quella prevista per l'omicidio volontario semplice, che è la reclusione da 21 a 24 anni.

---

<sup>1</sup> Cfr. per tutti G. FIANDACA, *Art.27, 3° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1991, 222 ss.

<sup>2</sup> S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, p.83 ss.

<sup>3</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss.D.I.*, XIX, Torino 1973, 7 ss.

<sup>4</sup> V. la sentenza della Corte EDU, *Affaire Cestaro c. Italie*, 7 avril 2015, nella banca dati "HUDOC" della Corte: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-153473>.

<sup>5</sup> S.MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, *passim*.

<sup>6</sup> V. per tutti T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 419 ss.

Ma soprattutto, al codice si è aggiunta una mole di leggi penali complementari, che incide gravemente sulla complessiva ipertrofia del sistema, sul sovraccarico giudiziario e, in parte, anche sull'effettiva carcerizzazione: è il caso, in primo luogo, della legislazione in materia di stupefacenti<sup>7</sup>.

I 'rimedi' tradizionali all'ipertrofia penalistica ed al rigore delle sanzioni previste erano costituiti, fino alla metà degli anni '70 del secolo scorso, principalmente da provvedimenti ciclici di clemenza – che lasciavano intatti i problemi strutturali del sistema – e dall'oblio, ossia dalla prescrizione. A partire dal 1974, i legislatori si orientarono, in rapporto al sistema sanzionatorio, verso riforme settoriali relative alla sola parte generale, introducendo o ampliando possibilità di sostituzione, sospensione condizionale o rinuncia alla pena detentiva rimesse al potere discrezionale del giudice<sup>8</sup>.

In particolare, nel 1981 furono introdotte pene sostitutive delle pene detentive brevi, applicabili discrezionalmente dal giudice della cognizione: la semidetenzione, la libertà controllata e la pena pecuniaria. Nel 1975 fu introdotto un nuovo ordinamento penitenziario, con cui vennero previste misure alternative alla detenzione, applicabili discrezionalmente dalla magistratura di sorveglianza, in sostituzione delle pene detentive: oggi esse comprendono l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare, la semilibertà e la liberazione anticipata.

4. A partire dal 1990, si è assistito ad un'inversione di tendenza politico-criminale. In rapporto alla criminalità organizzata e ad alcuni gravi reati si è proceduto alla creazione di un 'doppio binario' sanzionatorio, escludendo, con l'art.4 *bis* ord.penit., gli autori di quei reati dalle misure alternative alla detenzione, a meno che non collaborino con la giustizia; per di più, si è previsto che il Ministro della giustizia abbia la facoltà di disporre, *ex art.41 bis* co.2 ord.penit., l'esclusione di quelle persone dal trattamento rieducativo, per vaghe esigenze di "ordine e sicurezza".

Nel 1992, all'epoca dello scandalo in materia di corruzione noto come Tangentopoli, fu reso molto più difficile emanare amnistie ed indulti, modificando l'art.79 Cost.

Nel 1990 si ebbe un deciso inasprimento della normativa in tema di stupefacenti, poi ulteriormente esasperato dalla legge Fini/Giovanardi del 2006, parzialmente dichiarata incostituzionale nel 2014; dal 1990 in poi, la percentuale di detenuti per reati in materia di stupefacenti è stata costantemente uguale o superiore al 30% del totale, e i tossicodipendenti detenuti – anche per altri reati, in particolare furti e rapine – hanno mantenuto una percentuale analoga. Sempre a partire dagli anni Novanta, si assisteva ad una forte carcerizzazione di stranieri<sup>9</sup>.

L'insostenibilità della carcerizzazione condusse, nel 1999, ad una modesta depenalizzazione; e, nel 2000, alla previsione di una ridotta competenza penale del giudice di pace. Ma il sovraffollamento carcerario continuava a peggiorare. Nel 2006 fu emanato l'unico indulto successivo al 1992, i cui effetti deflattivi, però, dopo tre anni erano già svaniti.

Nel 2005 venne inasprito il regime della recidiva: con il risultato di un aumento della carcerizzazione di autori di lievi reati contro il patrimonio o in materia di stupefacenti.

---

<sup>7</sup> Al riguardo sia consentito rinviare al mio *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Dir. pen. e proc.* n.5/2014, 586 ss.

<sup>8</sup> V., ad es., G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7<sup>a</sup> ed., Bologna 2014, 40 ss.

<sup>9</sup> V. le statistiche pubblicate dal ministero della Giustizia: [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

Nel 2012 il sovraffollamento carcerario raggiunse l'apice: circa 64000 detenuti, a fronte di una capienza regolamentare di circa 49000. Non va trascurato il ruolo dell'abuso della custodia cautelare in carcere, le cui percentuali hanno, talora, raggiunto circa la metà del totale dei detenuti.

A partire dal 2010, la situazione carceraria intollerabile ha indotto all'adozione di numerose leggi denominate 'svuotacarceri', anche per influsso di note sentenze della Corte EDU<sup>10</sup>. Esse si sono concentrate sull'ulteriore ampliamento dei poteri discrezionali del giudice, riconoscendogli più estese facoltà di sostituzione della detenzione carceraria o di rinuncia alla sanzione.

Tutto ciò ha dato luogo ad un'ulteriore frantumazione del sistema sanzionatorio; per altro verso, solo in parte gli ultimi provvedimenti 'svuotacarceri' sono risultati efficaci. Infatti, se in quattro anni il numero dei detenuti era sceso da 64.000 a 54.000 circa, a fronte di una capienza regolamentare di circa 50.000, ora la discesa pare essersi arrestata: al 31 settembre 2017 erano presenti circa 57.500 detenuti.

La composizione dei detenuti per titolo di reato è significativa. Sui 54.000 detenuti presenti al 31 dicembre 2016, quasi il 60% erano detenuti per reati contro il patrimonio – almeno un terzo di loro per furto – ; quasi 19.000, cioè più di un terzo, per reati in materia di stupefacenti; quasi 4.000 per “contravvenzioni” di vario tipo; e quasi 1.800 per reati in materia di immigrazione.

5. La prospettazione di alternative alla situazione tratteggiata va orientata all'attuazione dei principi costituzionali. Occorre, in primo luogo, riprendere e portare avanti l'orientamento delle sanzioni penali all'integrazione sociale.

Ciò significa, in particolare, ridurre i limiti massimi delle pene, mantenendo sempre la proporzione con il fatto commesso: in proposito, non sono accettabili frodi delle etichette realizzate attraverso la denominazione “misure di sicurezza”.

Occorre, inoltre, prevedere sanzioni diverse dalla pena detentiva quali pene principali, anziché sostitutive o alternative. Il ridimensionamento della pena detentiva ne implicherebbe una miglior efficienza sul piano dell'offerta rieducativa e delle condizioni di detenzione, in modo da attuare finalmente l'art.27 co.3 Cost.; d'altro canto, si ridurrebbe così il potere discrezionale del giudice, in modo conforme al principio di legalità. Una proposta simile è stata avanzata all'interno di alcuni progetti di riforma del codice penale italiano, da ultimo, sebbene confusamente, nel progetto Pisapia del 2007<sup>11</sup>.

Occorre prevedere un ristretto catalogo di pene principali intermedie, orientate nel senso della risocializzazione, partendo da una valorizzazione della riparazione del danno e della pena pecuniaria; e introducendo, quali pene principali, l'affidamento ai servizi sociali, eventualmente accompagnato dal lavoro di pubblica utilità, e la detenzione domiciliare con contestuale affidamento ai servizi sociali, per offrire possibilità di recupero.

In secondo luogo, occorrerebbe razionalizzare la sospensione condizionale della pena e il quadro delle sanzioni sostitutive/alternative, riducendone il numero e rivedendone i presupposti.

---

<sup>10</sup> Corte EDU, 2. Section, Affaire Sulejmanovic c. Italie, 6 juillet 2009, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-93563>; Corte EDU, 2. Section, Affaire Torreggiani et autres c. Italie, 8 janvier 2013, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-115860>.

<sup>11</sup> In proposito, sia consentito rinviare al mio *Luci ed ombre nel sistema sanzionatorio dello Schema di legge delega 2007*, in C. FIORE - MOCCIA – CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, Napoli 2009, 635 ss.

Bisogna, peraltro, essere consapevoli che gli inconvenienti attuali del sistema sanzionatorio non sono superabili senza una revisione complessiva delle cornici sanzionatorie previste nella parte speciale e nella legislazione complementare.

In una prospettiva più ampia, occorrerebbe intervenire pure sul sistema dei precetti, per assicurare la conformità del diritto penale ai principi di *extrema ratio* ed offensività. Attualmente, infatti, l'ambito delle condotte astrattamente punibili è tale da rendere 'frammentaria' non la punibilità, ma la libertà<sup>12</sup>: è rimesso alle forze dell'ordine, ai pubblici ministeri – in contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale – ed ai giudici selezionare discrezionalmente le condotte concretamente punite, nella massa enorme di quelle astrattamente punibili. Il sistema penale finisce così per colpire i soggetti più vulnerabili dal punto di vista socioeconomico e culturale<sup>13</sup>.

Bisognerebbe, dunque, intervenire sulle fattispecie di reato, restringendone l'ambito attraverso una descrizione del fatto che escluda fin dal principio condotte meramente bagattellari.

Ma soprattutto, si dovrebbe porre in essere una radicale depenalizzazione in rapporto a tutta la congerie di reati di mera disobbedienza ed ai reati lievi contro il patrimonio. Andrebbe, poi, realizzata un'ampia legalizzazione in materia di stupefacenti, superando l'attuale regime proibizionista: esso, oltre ad aver manifestamente fallito rispetto agli obiettivi di riduzione del consumo, ha determinato un aumento della violenza, il rafforzamento del crimine organizzato, un grave sovraccarico della giustizia penale ed una carcerizzazione di massa di tossicodipendenti.

---

<sup>12</sup> F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna 1990, 11 ss.

<sup>13</sup> V. tra altri spec. A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna 1982, 99 ss.; R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute*, trad. it., Napoli 1994, 32 ss., 145 ss.

# I reati di sospetto: problemi attuali e prospettive

MASSIMILIANO FRADDANNO

**Abstract:** *The topic of this essay is a peculiar kind of crimes, which consist in the mere possession of some instruments that can possibly be used for the commission of a crime against property. Thus, the punishment is based on the suspect that the person who is found in possession of those object aims to commit a crime. Such an extremely inchoate offense seems to be inconsistent with the harm principle.*

SOMMARIO: 1. “La pervicace resistenza” di un antico retaggio. – 2. I profili di contrasto con i principi costituzionali. – 3. Il discutibile orientamento della Corte costituzionale.

1. La previsione di cui all’art. 707 c.p. «*non prefigura una responsabilità “per il modo di essere dell’autore”, in assenza di offesa per il bene protetto; ma mira a salvaguardare il patrimonio rispetto a situazioni di pericolo normativamente tipizzate*».

Così si è espressa la Consulta con la sentenza n. 225/2008<sup>1</sup> allorché è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della fattispecie di «possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli», paradigmatico esempio, unitamente alla disposizione di cui all’art. 708 c.p. – che sanzionava il «possesso ingiustificato di valori» – di fattispecie incriminatrice fondata sul sospetto di reati, con cui si rende punibile un comportamento che non lede, né pone in pericolo alcun bene giuridico, ma che semplicemente lascia presumere l’avvenuta o la futura commissione di un reato<sup>2</sup>.

La vicenda delle due menzionate contravvenzioni – oggetto di una risalente ‘offensiva’ volta ad approdare ad una declaratoria di incostituzionalità<sup>3</sup> per il loro contrasto con diverse garanzie fondamentali – si è risolta in una singolare sorte che fa ancora registrare una “pervicace resistenza dei «reati di sospetto»”<sup>4</sup>; dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 708 c.p. con la sentenza n. 370/1996<sup>5</sup>, la fattispecie di cui all’art. 707 c.p. ancora una volta è uscita indenne dal vaglio di legittimità della Corte costituzionale.

---

<sup>1</sup> Corte Cost., sent. n. 225/2008, in *Giur. cost.*, 2008, 2534.

<sup>2</sup> V., in particolare, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, XIX, Torino 1973, 89 e ss.; R. CALISTI, *Il sospetto di reati, Profili costituzionali e prospettive attuali*, Milano 2003, *passim*; F. COPPI, *Osservazioni sui «reati di sospetto» e, in particolare, sul «possesso ingiustificato di valori»*, in *Giur. cost.*, 1968, 1708 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, IV ed., Padova 2001, pp. 231-232; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale I, Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 2001, pp. 596-597; A. M. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1999, 434 ss. (parte I), 944 ss. (parte II).

<sup>3</sup> V. P. PISA, *I reati di “sospetto” nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. pen. e proc.* 1996, 1477.

<sup>4</sup> V. MANES, *La pervicace resistenza dei «reati di sospetto»*, in *Giur. cost.*, 2008, 2539.

<sup>5</sup> Corte Cost., sent. n. 370/1996, in *Giur. cost.*, 1996, 3351 ss., con nota di G. INSOLERA, *Un deludente epilogo e D. MICHELETTI, Una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta» per «inadeguatezza» della tutela in materia di reati di sospetto*.

L'immediato precedente storico delle disposizioni di cui agli artt. 707 e 708 del codice Rocco è dato dall'art. 492 del codice Zanardelli, che ricomprendeva in un'unica previsione e con una simile formulazione le fattispecie criminose poi separate con la codificazione del '30.

L'art. 492 del codice del 1889, infatti, così disponeva: «chiunque, essendo stato condannato per mendicizia, ovvero per furto, rapina, estorsione, ricatto, truffa o ricettazione, è trovato in possesso di danaro o di oggetti non confacenti alla sua condizione, dei quali non giustifichi la legittima provenienza, è punito con l'arresto sino a due mesi.

Se sia colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte o di strumenti atti ad aprire o sforzare serrature, dei quali non giustifichi la legittima attuale destinazione, è punito con l'arresto sino a due mesi; e da due a sei mesi, se il fatto avvenga di notte»<sup>6</sup>.

Incriminzioni di tal genere potevano attingere ad una copiosa casistica di fattispecie previste nelle legislazioni dell'Italia preunitaria, mosse da una preconcepita sfiducia dello Stato verso determinate categorie di persone<sup>7</sup>.

Come è stato osservato<sup>8</sup>, il particolare interesse della dottrina per le fattispecie in discussione già in sede di teoria generale del reato - ancor prima che nello studio specifico della parte speciale - risale all'affermazione di Manzini<sup>9</sup> ad avviso del quale doveva considerarsi inesatta l'opinione secondo cui per la sussistenza di un reato fosse sempre necessaria l'esistenza di una condotta (nella forma commissiva od omissiva).

L'Autore, ponendo l'attenzione sui reati previsti un tempo dall'art. 492 del codice Zanardelli e successivamente dagli artt. 707 e 708 del codice Rocco, ravvisava l'esistenza di reati consistenti semplicemente in uno "stato individuale" - anziché in un fatto positivo o negativo - "incriminato soltanto per il sospetto che desta"; in tali reati "non è che il sospetto sia sufficiente a supplire alla prova di un determinato reato, che cioè fonda una presunzione di colpevolezza; ma è il *destare sospetto* che costituisce esso medesimo reato, indipendentemente dal fatto che si sospetta commesso"<sup>10</sup>.

Per evidenziare che in tali ipotesi la legge avrebbe punito non una condotta ma uno stato, Manzini proponeva la denominazione di "reati di mero sospetto"<sup>11</sup>.

Di un "sospetto di reato" si sarebbe dovuto, invece, parlare ad avviso di Delitala, il quale

---

<sup>6</sup> Nella Relazione Ministeriale al nuovo codice si legge: «Il possesso ingiustificato di oggetti o valori forma oggetto di due distinte norme, in relazione alla differenza sostanziale delle due ipotesi: l'una, che fa riferimento al pericolo di azioni future, l'altra, che di regola almeno, fa presumere un delitto già avvenuto». V. R. CALISTI, *op. ult. cit.*, p. 23 nota n. 7. Tra le differenze più significative rispetto alle corrispondenti fattispecie del codice Rocco in dottrina si sottolinea la tassativa indicazione dei reati per i quali il soggetto doveva aver riportato condanna ed il regime sanzionatorio meno severo rispetto a quello previsto dal codice Rocco (v., in particolare, F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1708 nota n. 1 e G. SABATINI, voce *Patrimonio (Contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il)*, in *Nov. dig. it.*, XII, Torino 1965, 619).

<sup>7</sup> V. F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1713-1714; R. CALISTI, *op. ult. cit.*, 20 e ss.

<sup>8</sup> V., in particolare, F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1708 ss.; R. CALISTI, *op. ult. cit.*, p. 25; G. CERQUETTI, voce *Valori (possessione ingiustificata di)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano 1993, p. 208.

<sup>9</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino 1920, p. 460. V. F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1709 ss. per un'ampia disamina e per il richiamo anche ad altre edizioni; v. anche R. CALISTI, *op. ult. cit.*, pp. 25 e ss.

<sup>10</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino 1933, 561.

<sup>11</sup> "Il possesso non è né un'azione né un'omissione, bensì un evento, uno stato; l'azione è di chi scopre quel possesso, e non del possessore": V. MANZINI, *op. ult. cit.*, p. 562; in proposito v. F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1709-1710.

osservava che in tali ipotesi “se manca la presunzione di un determinato contegno colpevole, c’è però la presunzione di un contegno colpevole indeterminato, sia che tale contegno costituisca di per sé un reato espressamente previsto dalla legge, del quale però, nel caso concreto, non si riesce a dare la prova, sia che costituisca, invece, un semplice atto preparatorio di un nuovo reato, che, senza questa incriminazione particolare, resterebbe impunito.

Il possesso ingiustificato non è dunque un reato di sospetto, ma un sospetto di reato”<sup>12</sup>.

La teoria di Manzini, che ravvisava la sussistenza di reati senza condotta – reati che avrebbero dovuto condurre ad una autonoma categoria, da contrapporre ai reati commissivi ed omissivi –, non ha goduto, però, di ampio seguito nella dottrina; la presenza di una condotta anche nelle ipotesi in discussione è stata, invero, in vario modo sostenuta.

Si è, infatti, osservato che essa vada ravvisata nel possedere determinate cose o, quantomeno, nell’essersene impossessato<sup>13</sup>; ovvero, tale condotta è stata individuata, più che nel fatto di possedere, nel comportamento attraverso cui è stato acquistato il possesso, “ed è stato affermato che l’azione è qui presunta dalla legge”<sup>14</sup>; più in generale si è sostenuto che la condotta consista nel detenere senza poter dare giustificazione della detenzione<sup>15</sup>.

Si deve anche ricordare l’autorevole osservazione secondo cui non solo una condotta non può dirsi mancante, ma “essa è addirittura della forma cosiddetta mista o plurima”<sup>16</sup> e cioè prima a carattere positivo e poi a carattere omissivo; il soggetto dovrà innanzitutto essere in possesso degli oggetti, ma è anche necessario che non spieghi “quale destinazione (legittima) avrebbe voluto dare agli strumenti menzionati dall’art. 707 c.p., o quale fosse la provenienza dell’oggetto prezioso di cui parla l’art. 708. Condotte queste delle quali è innegabile la struttura tipicamente omissiva”<sup>17</sup>.

In un’ampia disamina sull’argomento<sup>18</sup> sono state svolte ulteriori significative osservazioni. Analizzando separatamente i due elementi dell’azione e dell’omissione<sup>19</sup> si è in primo luogo osservato che se può ritenersi corretto affermare che il soggetto ha compiuto un’azione nel porsi in possesso ‘dei beni sospetti’, si deve, però, tener conto del fatto che ad essa il tenore della norma non riconnette alcuna giuridica rilevanza<sup>20</sup>.

In rapporto alla eventuale esistenza di una condotta omissiva, si è affermato che la fondatezza della tesi che ravvisa un obbligo di fornire la giustificazione del possesso sembra vacillare di fronte

---

<sup>12</sup> G. DELITALA, *Il “fatto”, nella teoria generale del reato*, Padova 1930, pp. 142-143.

<sup>13</sup> In questi termini M. SPASARI, voce *Condotta (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961, p. 842; cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, XVI ed., Milano 2003, p. 221, secondo il quale il “possedere è senza dubbio una azione o per lo meno la presuppone necessariamente”.

<sup>14</sup> Così F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1717 e nota n. 30, che riporta il pensiero di BETTIOL, *Diritto penale*, Padova 1966, pp. 212 e ss.

<sup>15</sup> Così, ad es., G. SABATINI, *op. ult. cit.*, p. 622 e nota n. 1, il quale prosegue osservando che è inesatto opinare, come fa Manzini, “che si tratti di condizione di punibilità poiché all’evidenza si tratta invece di un elemento che caratterizza l’azione del detenere”.

<sup>16</sup> M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, 754.

<sup>17</sup> M. GALLO, *op. ult. cit.*, pp. 754-755.

<sup>18</sup> V. F. TAGLIARINI, *Osservazioni in tema di condotta tipica nei cosiddetti reati di sospetto*, in *Arch. pen.*, XXV, I, 1969, 330 ss.

<sup>19</sup> Ora ritenuti alternativamente presenti, ora invece necessariamente congiunti, v. la dottrina richiamata da F. TAGLIARINI, *op. ult. cit.*, 332-333 e note.

<sup>20</sup> Così F. TAGLIARINI, *op. ult. cit.*, 333; nello stesso senso, R. CALISTI, *op. ult. cit.*, 33.

alla struttura delle norme in discussione, che risultano formulate attraverso ‘proposizioni di carattere potestativo e non imperativo’; ci si troverebbe, dunque, di fronte ad “una norma di carattere processuale e non sostanziale, attinente cioè alla valutazione ed all’onere della prova”<sup>21</sup>.

Il legislatore avrebbe stabilito una determinata situazione processuale del soggetto (sul quale graverebbe l’onere di fornire la prova della legittimità del possesso, perché il giudice lo possa assolvere) che rientra nella categoria dell’onere processuale. Secondo tale orientamento, il prevenuto, non fornendo la prova della liceità del possesso, non viola un obbligo di fare, ma “non si giova di un potere a lui concesso in sede processuale”<sup>22</sup>.

La mancata giustificazione, quindi, non potrebbe qualificarsi come condotta omissiva<sup>23</sup>.

L’analisi dovrebbe, così, valere a confermare che la condotta incriminata è il possesso<sup>24</sup> (o il rapporto di fatto in cui una persona si trova rispetto a determinati oggetti)<sup>25</sup>.

2. Tuttavia, l’individuazione di una condotta esteriore – la cui mancanza avrebbe dovuto necessariamente condurre ad un giudizio di illegittimità costituzionale per contrasto con il principio di materialità *ex art. 25 co. 2 Cost.*, che subordina la punizione alla ‘commissione di un fatto’<sup>26</sup> – non vale ancora ad asseverare la compatibilità di tali disposizioni con i principi costituzionali del nostro ordinamento; diversi sono, infatti, i profili di illegittimità costituzionale posti in evidenza dalla dottrina, tanto che si ritiene di trovarsi in presenza di una ‘plurianomalia’<sup>27</sup>.

L’art. 707 c.p. nel testo attualmente vigente così dispone: «chiunque, essendo stato condannato per delitti determinati da motivi di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio, è colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte, ovvero di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature, dei quali non giustifichi l’attuale destinazione, è punito con l’arresto da sei mesi a due anni»; l’art. 708 c.p. così disponeva: «chiunque, trovandosi nelle condizioni personali indicate nell’articolo precedente, è colto in possesso di denaro o di oggetti di valore, o di altre cose non confacenti al suo stato, e dei quali non giustifichi la provenienza, è punito con l’arresto da tre mesi a un anno».

---

<sup>21</sup> F. TAGLIARINI, *op. ult. cit.*, 334.

<sup>22</sup> F. TAGLIARINI, *op. ult. cit.*, 335.

<sup>23</sup> V. F. TAGLIARINI, *op. ult. cit.*, 336; nello stesso senso, R. CALISTI, *op. ult. cit.*, p. 34.

<sup>24</sup> In argomento v. T. PADOVANI, *Diritto penale*, VI ed., Milano 2002, 104, il quale, non ritenendo corretta l’individuazione, in tali ipotesi, di due condotte (“oltre al possedere, inteso quale azione, anche il non giustificare la destinazione degli oggetti, che costituirebbe un’omissione”), osserva che il non giustificare “non rappresenta propriamente una condotta omissiva, perché non corrisponde alla violazione di alcun obbligo giuridico, ma solo alla inosservanza di un *onere* (il soggetto sorpreso può, giustificando, evitare la condanna; ma non è *tenuto* a fornire spiegazioni)”.

<sup>25</sup> Così F. TAGLIARINI, *op. ult. cit.*, in particolare, 335 nota n. 18, 344; R. CALISTI, *op. ult. cit.*, in particolare, 38. Sul possesso come stato di fatto v. P. NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milano 1942, pp. 283 e ss.

<sup>26</sup> V., in particolare, G. CERQUETTI, *op. ult. cit.*, p. 209; R. CALISTI, *op. ult. cit.*, 32; F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 232; F. TAGLIARINI, *op. ult. cit.*, 339 nota n. 30, 342; G. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell’esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991, 733.

<sup>27</sup> Ciò perché i reati di sospetto “investono i principi costituzionali non solo di offensività, ma della responsabilità penale personale, della presunzione di non colpevolezza e della difesa (nel diritto al silenzio, alla non collaborazione), dovendo provare non il giudice la illiceità ma il sospettato la liceità del fatto (titolo possessorio o destinazione della cosa). In mancanza di una *probatio liberatoria plena*, per ragioni anche da lui non dipendenti, egli viene punito, in definitiva, per un supposto più grave reato, anche se non l’ha commesso o non ha intenzione di commetterlo”: F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 232.

Con la sentenza n. 110/1968<sup>28</sup> la Corte costituzionale dichiarò parzialmente illegittimo l'art. 708 c.p., per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui, attraverso il richiamo al precedente articolo, incriminava chi si fosse trovato nelle condizioni personali di condannato per mendicizia, di ammonito, di sottoposto a misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta.

Negli stessi termini è stata successivamente<sup>29</sup> dichiarata la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 707 c.p. espungendo da tale disposizione le condizioni personali sopra ricordate.

Il possesso di determinati strumenti (*ex art. 707 c.p.*) da parte di un soggetto qualificato fa sorgere il sospetto che egli possa aver consumato un reato contro il patrimonio, ovvero che stia realizzando atti preparatori di tali reati; il possesso di determinate cose (*ex art. 708 c.p.*) non confacenti allo stato dello stesso soggetto faceva sorgere il sospetto che le medesime fossero il provento di un reato contro il patrimonio o che rappresentassero il '*pretium sceleris*'<sup>30</sup> riscosso prima della consumazione del reato.

In dottrina si parla, in proposito, di una funzione repressiva (o sussidiaria) e preventiva delle disposizioni in commento, ritenendosi prevalente<sup>31</sup> la prima in relazione all'art. 708 c.p. e la seconda in relazione al possesso ingiustificato di strumenti atti allo scasso<sup>32</sup>. Si osserva, al riguardo, che «vietare il possesso degli strumenti per aprire le serrature vale ad impedire un reato contro il patrimonio che deve ancora perfezionarsi, mentre sanzionare un possesso ingiustificato di valori serve ad offrire alle forze dell'ordine l'espedito per comunque addossare al ladro la responsabilità di un furto che non si riesca a dimostrare. Nell'uno e nell'altro caso, vi è un addebito presupposto a carico del soggetto: ammettendolo solo ad una faticosa prova contraria, gli si dice drasticamente “stavi andando a rubare” oppure “hai appena rubato”»<sup>33</sup>.

Occorre al riguardo ricordare l'autorevole osservazione secondo la quale, pur potendosi rilevare che il possesso sanzionato dall'art. 708 c.p. poteva essere in funzione non solo di un reato già commesso, ma anche, sebbene meno frequentemente, di un reato da compiere, si sarebbe dovuto tuttavia convenire che il legislatore si fosse «sicuramente mosso dal presupposto che il possesso di denaro, di valori, ecc., in mano di certe persone lascia presumere l'avvenuto compimento di un reato»<sup>34</sup>.

In tale prospettiva, si è osservato che, non avendo senso chiedere a determinate persone la provenienza di quelle cose se non muovendo dal presupposto che le stesse provengano probabilmente da un reato, l'art. 708 c.p. intendeva «colpire coloro che presumibilmente, dati i precedenti, hanno acquistato il possesso di certe cose attraverso un reato e che non possono però essere puniti per questo reato perché ne mancano le prove»<sup>35</sup>.

Tale disposizione, pertanto, incriminava determinati comportamenti perché alla loro base

---

<sup>28</sup> Corte Cost., sent. n. 110/1968, in *Giur. cost.*, 1968, 1704 ss.

<sup>29</sup> Corte Cost., sent. n. 14/1971, in *Giust. pen.*, 1971, I, 219 ss.

<sup>30</sup> G. DELITALA, *op. ult. cit.*, p. 142.

<sup>31</sup> L'osservazione è di A. M. MAUGERI, *op. ult. cit.*, 435.

<sup>32</sup> V., in particolare, G. CERQUETTI, *op. ult. cit.*, 211; P. NUVOLONE, *op. ult. cit.*, pp. 285-286; R. CALISTI, *op. ult. cit.*, 65.

<sup>33</sup> P. MICHELI, *Reati di sospetto vecchi e nuovi: cronaca di una morte annunciata*, in *Riv. pen. ec.* 1994, 52.

<sup>34</sup> F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1728.

<sup>35</sup> F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1728-1729.

presupponeva un reato contro il patrimonio, dando vita ad una incriminazione sussidiaria o di riserva, grazie alla quale (mediante una norma *ad hoc*) era possibile punire un soggetto «sul presupposto del fatto incerto che si sospetta commesso e del quale per altro non si era potuta fornire la prova»<sup>36</sup>.

Relativamente al ‘possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli’ si è osservato che, seppure la sua matrice “è l’intento di bloccare sul nascere imprese criminose”, e per quanto, probabilmente, l’ipotesi che in pratica più facilmente si verifica sia quella di un possesso antecedente al reato, la disposizione finisce per stringere in una “ferrea morsa” la tutela del patrimonio.

«Dato che l’imputato non può giustificare il suo possesso affermando che intendeva compiere un reato e posto che nel caso di reato già commesso, assai meno probabile, ma da non escludere del tutto, l’imputato ha egualmente interesse a tacere, la legge raggiunge lo scopo di tutelare il patrimonio sia, da un lato, estendendo la punibilità fino agli atti preparatori di un reato, sia punendo, dall’altro, comunque ed anche se per via indiretta, la consumazione di un reato di cui mancano le prove»<sup>37</sup>.

Come si è accennato, molti sono i dubbi di legittimità costituzionale che avvengono disposizioni siffatte e sui quali è stata chiamata a pronunciarsi numerose volte la Corte costituzionale.

Si deve, in proposito, ricordare che le fattispecie di cui agli artt. 707 e 708 c.p. hanno suscitato forti critiche in relazione alla presunzione di non colpevolezza e al diritto di difesa costituzionalmente sanciti dagli artt. 27, co. 2, e 24, co. 2, Cost., che si assumono violati attraverso la richiesta, rivolta al soggetto attivo del reato, di giustificare ‘l’attuale destinazione’ delle cose, *ex art. 707 c.p.*, e la ‘provenienza’ dei valori, *ex art. 708 c.p.*

Tali disposizioni, infatti, come si è rilevato, sono strutturate stabilendo a carico dell’imputato un’inversione dell’onere della prova, così liberando l’accusa dalla necessità di provare l’illecita destinazione o provenienza dei beni e facendo ricadere il rischio del dubbio in capo all’imputato; inversione dell’onere probatorio che nasce dalla necessità o dalla intenzione<sup>38</sup> di arrestarsi al sospetto di altri reati<sup>39</sup>.

Si ritiene che il legislatore abbia in tal modo risolto la difficoltà di provare la provenienza o la destinazione dei beni posseduti dall’imputato, e, dunque, un problema processuale, «introducendo nell’ambito della formulazione della norma una presunzione (che i beni posseduti abbiano un’origine illecita, oppure abbiano avuto o abbiano una destinazione illecita)»<sup>40</sup>.

Presunzione che si risolve in una «sostanziale presunzione di colpevolezza in relazione ai reati che si ritiene siano stati commessi o in una presunzione di colpevolezza in relazione ai reati che si avrebbe l’intenzione di commettere»<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1729, 1736-1737.

La disposizione di cui all’art. 708 c.p., si è osservato, “attraverso una incriminazione che potremmo chiamare *sussidiaria* o di *riserva*, mira a restringere al massimo le possibilità di impunità di coloro che commettono reati contro il patrimonio”: F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1729.

<sup>37</sup> F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1727-1728.

<sup>38</sup> V. F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, 89.

<sup>39</sup> V., in particolare, F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1730 ss.; A. M. MAUGERI, *op. ult. cit.*, 973 ss.; R. CALISTI, *op. ult. cit.*, pp. 78 e ss.; V. MANES, *op. ult. cit.*, 2544; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 597.

<sup>40</sup> A. M. MAUGERI, *op. ult. cit.*, 978.

<sup>41</sup> A. M. MAUGERI, *op. ult. cit.*, 978. L’Autrice osserva che in tal modo si viola la presunzione di innocenza “come *regola della prova della colpevolezza*, regola che obbliga le autorità a provare pienamente la colpevolezza del reo, nel senso che non solo l’imputato non deve provare la sua innocenza, ma che l’accusa deve provare la sua colpevolezza” (*op. cit.*, 978)

3. Sulla questione si è più volte pronunciata la Corte costituzionale, con argomentazioni che non convincono la dottrina<sup>42</sup>.

Il giudice delle leggi ha, infatti, affermato che sia «da escludere che le norme denunciate, nel richiedere al prevenuto la giustificazione dell'attuale destinazione delle chiavi oppure degli strumenti atti ad aprire o forzare serrature e, rispettivamente, della provenienza del denaro o degli oggetti non confacenti al suo stato, esigano la prova della legittimità della destinazione e della provenienza, limitandosi, invece, a pretenderne una attendibile e circostanziata spiegazione»<sup>43</sup>.

---

e si viola, altresì, il principio dello *'in dubio pro reo'* e, dunque, la presunzione di innocenza come regola di 'dignità della prova' dovendo il giudice condannare anche qualora abbia dei dubbi sulla illecita origine dei beni o sulla loro destinazione, posto che tale elemento è presunto dal legislatore (*op. cit.*, 978 ss. Cfr. R. CALISTI, *op. ult. cit.*, 86 e ss.).

Si violerebbe, infine, un'ulteriore accezione della presunzione di innocenza: 'come regola dell'esclusività del processo', giacché nei reati di sospetto la punibilità si fonda su dei fatti ("i reati dai quali derivano i *presunti profitti illeciti*, o i reati in cui sono stati utilizzati o erano destinate a essere utilizzate le chiavi alterate o i grimaldelli") che non sono oggetto dell'accusa e non sono dibattuti e provati nel processo (così A. M. MAUGERI, *op. cit.*, 980).

<sup>42</sup> Con lungimiranza, Coppi, nell'esaminare l'interpretazione (della quale si sottolineava tutta la problematicità, trattandosi di interpretazione non vincolante la giurisprudenza ordinaria) offerta dalla Corte costituzionale con la sent. n. 110/1968, osservava che la questione sarebbe stata riproposta all'attenzione della Consulta.

In quell'occasione la Corte aveva affermato che fosse "da escludere che la norma denunciata, nel richiedere che si giustifichi la provenienza del possesso, ne imponga anche la prova".

Si è, in proposito, osservato che, qualora i giudici ordinari avessero sentito come vincolante l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale, l'imputato della contravvenzione di cui all'art. 708 c.p. si sarebbe potuto limitare ad indicare una qualsiasi giustificazione del possesso (si sarebbe potuto limitare a dire, ad esempio, che possedeva il denaro per averlo trovato) incumbendo all'accusa l'onere di dimostrare la mancanza di giustificazione del possesso.

Si rilevava, però, che l'irrigidimento della magistratura ordinaria nel richiedere la dimostrazione della legittima provenienza delle cose non sarebbe risultato difficilmente prevedibile, posto che la Corte aveva distorto "il contenuto della norma in un senso assolutamente non riconducibile al suo dettato" (F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1733).

Si osservava al riguardo che l'art. 708 c.p. non avrebbe potuto non porre a carico dell'imputato, a pena di rendersi inefficace, la prova della provenienza delle cose. Se, infatti, l'accusa avesse dovuto dimostrare che la loro provenienza non fosse in alcun modo giustificabile, l'art. 708 c.p. non avrebbe avuto ragion d'essere: "Se... l'accusa fosse in grado di provare che la provenienza delle cose è ingiustificata, essa allora sarebbe in grado di dimostrare che queste provengono da un furto, da una ricettazione o comunque da un altro reato ed allora l'imputazione verrebbe elevata per l'appunto per questo reato e non certo ai sensi dell'art. 708" (F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1733).

L'art. 708 c.p. rinveniva la sua ragion d'essere nel fatto che l'accusa non poteva provare la provenienza illecita delle cose, pur sospettando che il loro possesso provenisse da un reato (v. F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1733).

L'impossibilità di provare il fatto che si presumeva commesso determinava, perciò, una presunzione di colpevolezza dell'imputato ed una inversione dell'onere nella prova a suo carico (v. F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1733).

Si evidenziava inoltre che era la stessa dizione della disposizione a non lasciare dubbi: "Sembra, infatti, inverosimile che la *giustificazione*... richiesta inequivocabilmente all'imputato, non comprenda anche l'onere di provare l'assunto addotto a giustificazione" (F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1734).

Si deve anche ricordare che l'illustre Autore - posti in evidenza tali inconvenienti e la limitazione del diritto di difesa del soggetto, che non può tacere, dovendo fornire una giustificazione, ponendo in essere, per tal via, una irragionevole differenza tra cittadini rispetto al diritto di difesa costituzionalmente garantito a tutti - osservava che "il contrasto con i principi di fondo, con lo spirito, insomma, della Costituzione" avrebbe dovuto condurre alla espunzione di tali reati dal nostro ordinamento.

"Una carta costituzionale, infatti, che, per quanto riguarda la materia dei delitti e delle pene, appare ispirata a criteri di grande libertà e che intende garantire nella misura più rigorosa il principio di legalità, assicurare i diritti della difesa, personalizzare la pena, che respinge la presunzione di colpevolezza, traccia le linee di un programma di politica criminale con cui male si accordano forme di incriminazione come quelle dei <<reati di sospetto>>, in virtù delle quali i precedenti penali di un soggetto fanno sì che una situazione (possesso di valori non confacenti ecc.) legittimi il sospetto legale della provenienza illecita delle cose e che la mancanza di prove intorno ad un fatto storico - che normalmente determinerebbe o l'indifferenza degli organi di accusa o la loro ricerca di prove di quel fatto - possa risolversi in una imputazione che non rispecchi il fatto che si suppone commesso, ma un fatto diverso (e cioè il possesso ingiustificato) opportunisticamente e surrettiziamente elevato ad oggetto di incriminazione proprio per riuscire a *punire* in definitiva... sempre il fatto sospettato e non provabile" (F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1737-1738).

<sup>43</sup>Corte Cost., sent. n. 14/1971, *cit.*, 221; nello stesso senso, Corte Cost., sent. n. 464/1992, in *Giur. cost.*, 1992, 4186 ss.

Si osserva, però, che continua a risultare inconfutabile l'autorevole osservazione di Bricola, ad avviso del quale «non è agevole distinguere fra la pretesa rivolta al prevenuto di provare la legittimità della destinazione e della provenienza e la pretesa di una... attendibile e *circostanziata* spiegazione»<sup>44</sup>.

Permane, inoltre, la violazione del diritto di difesa *ex art. 24 co. 2 Cost.* in virtù della richiesta rivolta all'imputato di giustificare la destinazione o la provenienza delle cose; egli si vede, infatti, costretto a collaborare, se non vuole incorrere in una condanna.

Si viola, infatti, il diritto al silenzio quale componente essenziale del diritto alla difesa, «che consente all'imputato di non collaborare e di tacere, senza che da tali atteggiamenti il giudice sia obbligato... o autorizzato a trarre automaticamente il convincimento della colpevolezza dell'imputato»<sup>45</sup>.

Va, in proposito, ricordata l'autorevole osservazione per cui l'aggravio della posizione dell'imputato comporta «rispetto al diritto di difesa costituzionalmente garantito a tutti come sacro ed inviolabile... delle differenze che appaiono del tutto prive di ragionevolezza»<sup>46</sup>.

Si deve però osservare che tale orientamento critico non è stato accolto dalla Corte costituzionale.

La stessa con la sentenza n. 236/1975<sup>47</sup> ha affermato che «non è consistente la censura di incostituzionalità per pretesa violazione dell'art. 3 Cost. in relazione all'art. 24, secondo comma: tra i diritti della difesa vi è, bensì, la facoltà di non rispondere all'interrogatorio in qualsiasi fase del procedimento (preistruttoria, istruttoria, giudizio: art. 367, secondo comma, c.p.p.; art. 1 legge 5 dicembre 1969, n. 932); ma se è pur vero che la giustificazione circa le cose indicate nell'art. 707 c.p. implica che una risposta sia data, è altrettanto vero che anche la giustificazione è, essa stessa, un mezzo di difesa offerto dalla legge, al quale l'interessato può liberamente rinunciare qualora ritenga che, ai fini difensivi, sia preferibile il silenzio».

Peraltro la questione relativa alla violazione del principio *nemo tenetur se detegere*, pur se prospettata, non è stata affrontata dalla Corte con le sentenze n. 370/1996 e n. 265/2005<sup>48</sup>.

È stato, inoltre, autorevolmente osservato che all'illegittimità di disposizioni siffatte è possibile pervenire anche in virtù di principi costituzionali di ordine sostanziale; tale tecnica probatoria, si è rilevato, rende «complessa all'imputato la prova dell'*effettiva* insussistenza di quell'elemento oggettivo o soggettivo che forma oggetto dell'inversione dell'*onus probandi*».

Ne consegue la possibilità che l'imputato il quale non sia in grado, per ragioni non dipendenti da una sua effettiva responsabilità, di apparire convincente, venga condannato per un fatto che *in*

---

<sup>44</sup>F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, 89 nota n. 13.

V. R. CALISTI, *op. ult. cit.*, 121; G. CERQUETTI, *op. ult. cit.*, p. 211 nota n. 17; A. M. MAUGERI, *op. ult. cit.*, 977 e nota n. 290, la quale osserva che «si finisce per giocare con le parole, tentando di mistificare una vera e propria inversione della prova».

<sup>45</sup>F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, 90. V. G. CERQUETTI, *op. ult. cit.*, pp. 210-211; A. M. MAUGERI, *op. ult. cit.*, 976; R. CALISTI, *op. ult. cit.*, pp. 110 e ss.; P. MICHELI, *op. ult. cit.*, 53.

<sup>46</sup>F. COPPI, *op. ult. cit.*, 1735. V. anche *retro* nota n. 42.

<sup>47</sup>Corte Cost., sent. n. 236/1975, in *Giust. pen.*, 1976, I, 113 ss.

<sup>48</sup>Corte Cost., sent. n. 370/1996, in *Giur. cost.*, 1996, 3351 ss; Corte Cost., sent. n. 265/2005, in *Nuovo dir.*, 2005, 734 ss.

*concreto* non è offensivo dell'interesse tutelato ovvero è soggettivamente incolpevole: contro ogni principio di necessaria lesività dell'illecito penale o di personalità della responsabilità penale»<sup>49</sup>.

È inoltre evidente il contrasto con il principio di offensività<sup>50</sup> e, così, con il principio di legalità/determinatezza<sup>51</sup> di fattispecie che incriminano un comportamento in virtù di un ritenuto valore sintomatico di un reato commesso o da commettere.

Incriminzioni, queste, che finiscono peraltro con il risolversi in una 'generica attribuzione di responsabilità'<sup>52</sup>.

Neppure il riferimento al principio di offensività ha, però, incontrato l'avallo della Corte costituzionale ai fini dell'espulsione dei reati di sospetto dal nostro ordinamento.

Si deve, in proposito, ricordare che con la stessa sentenza n. 370/1996, con la quale fu dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 708 c.p. per violazione dei principi di ragionevolezza<sup>53</sup> e di tassatività/determinatezza *ex artt.* 3 e 25 Cost., la Consulta rigettò anche le doglianze mosse nei confronti dell'art. 707 c.p. che si assumeva privo di qualsiasi contenuto offensivo.

Con tale decisione la Corte, nel fondare il giudizio di illegittimità dell'art. 708 c.p., pose in evidenza l'anacronismo della disposizione (stigmatizzata come "strumento ottocentesco di difesa sociale"), nonché una carenza di determinatezza, essendo generico il riferimento al denaro, oggetti di valore o altre cose 'non confacenti allo stato' del possessore<sup>54</sup>.

In particolare, occorre osservare, il giudice delle leggi, dopo aver compiuto un'analisi di carattere storico e comparatistico della disposizione, ha affermato che, di fronte all'esistenza di preoccupanti fenomeni di arricchimento personale ottenuto mediante vie illecite e occulte, l'art. 708 c.p. rappresenta «una ipotesi assolutamente marginale e ormai irragionevole nella sua esclusiva riferibilità a coloro che sono pregiudicati "per delitti determinati da motivi di lucro e per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio»<sup>55</sup>.

«La crescita della ricchezza mobiliare, la sua circolazione in ambito internazionale e l'uso dello

---

<sup>49</sup> F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, 90.

<sup>50</sup> Le disposizioni di cui agli artt. 707 e 708 c.p. "configurano fattispecie che non sono idonee ad offendere alcun interesse, a meno che come tale non voglia considerarsi un interesse che certe persone non destino sospetto di aver commesso o di voler commettere un reato contro il patrimonio: mero travestimento formale della fattispecie insuscettibile a fungere da interesse": F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, 90.

<sup>51</sup> V. A. CAVALIÈRE, *L'offensività nella Relazione e nel Progetto preliminare della Commissione Grosso per la riforma del codice penale*, in *La riforma continua, Il riformismo giuridico dell' "era progressista"*, Tentativo di bilancio, a cura di S. MOCCIA, Napoli 2002, 239.

<sup>52</sup> V. le riflessioni svolte da A. M. MAUGERI, *op. ult. cit.*, 977 ss.

Quand'anche la sanzione effettivamente irrogata "dipendesse... dal fatto che alla base del possesso vi fosse un reato o l'intenzione di commetterlo" (R. CALISTI, *op. ult. cit.*, 127), essa non corrisponderebbe al disvalore di un ben determinato fatto socialmente dannoso, finendo peraltro col sanzionare allo stesso modo fatti che in concreto potrebbero risultare connotati da diverso disvalore (in violazione del principio di uguaglianza *ex art.* 3 Cost.).

D'altra parte, come potrebbe accettarsi un intervento punitivo a fronte di un comportamento che in concreto non ha arrecato né era volto ad arrecare alcuna offesa?

<sup>53</sup> La punibilità «<d'una categoria di soggetti composta da pregiudicati per reati di varia natura o entità contro il patrimonio>> "appare alla Corte in contrasto con il principio di ragionevolezza inteso quale espressione del principio di uguaglianza, dando luogo ad una discriminazione nei confronti di una determinata categoria di soggetti non giustificata da valide ragioni": A. M. MAUGERI, *op. ult. cit.*, 438.

<sup>54</sup> La decisione non rinvia una unanimità di interpretazioni in dottrina; in particolare, per il riferimento alla censura sotto il profilo della determinatezza/tassatività, cfr. le diverse posizioni di G. INSOLERA, *Un deludente epilogo*, *cit.*, 3362 ss. e A. M. MAUGERI, *op. ult. cit.*, 952 ss.

<sup>55</sup> Corte Cost., sent. n. 370/1996, *cit.*, 3358-3359.

schermo societario per il suo controllo» rendono la disposizione di cui all'art. 708 c.p. uno strumento «del tutto inadeguato a contrastare le nuove dimensioni della criminalità, non più rapportabile, necessariamente, a uno “stato” o a una “condizione personale”».

È, dunque, irragionevole, osserva la Corte, «la discriminazione nei confronti d'una categoria di soggetti composta da pregiudicati per reati di varia natura o entità contro il patrimonio... che siano colti in possesso di “denaro o di oggetti di valore o di altre cose non confacenti al [loro] stato»<sup>56</sup>.

Si osserva in dottrina che in tale pronuncia la Corte sembra aver ritenuto la discriminazione prevista dall'art. 708 c.p. non “più giustificata dal fine perseguito, essendo divenuta la fattispecie... assolutamente inidonea a perseguire le finalità politico criminali originariamente assegnategli”<sup>57</sup>.

È evidente, aggiunge la Corte, che «i danni all'economia e alla convivenza civile provengono da persone che – svolgendo professionalmente attività legate alla circolazione della ricchezza mobiliare o a questa prossime – hanno modo di eludere, anche per lunghi periodi di tempo, i controlli legali»<sup>58</sup> (i colletti bianchi<sup>59</sup>).

Tuttavia, se il messaggio da ricavare dalle argomentazioni della Corte consistesse nella ritenuta legittimità di una fattispecie che in via sussidiaria possa ‘colpire’ i ‘nuovi criminali’<sup>60</sup> allora non si potrebbe che rimanere delusi.

Preoccupazioni che non possono certo essere fugate da quegli indirizzi, anche giurisprudenziali, poco inclini ad accogliere l'idea di un catalogo ‘chiuso’ di beni giuridici costituzionalmente fondato e del principio di necessaria offensività del reato, che potrebbero condurre a ritenere legittimo un ‘obbligo di trasparenza sui propri redditi’<sup>61</sup>.

Anche il principio di offensività, benché fondato su indiscutibili principi di rango

---

<sup>56</sup>«Riferimento, questo, che si palesa indeterminato per la genericità del disposto normativo e non più adeguato a perseguire i fenomeni degli arricchimenti illeciti quali risultano dall'osservazione della realtà criminale di questi ultimi decenni»: Corte Cost., sent. n. 370/1996, *cit.*, 3359.

<sup>57</sup>A. M. MAUGERI, *op. ult. cit.*, 948. V. F. C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1998, 381-382, il quale riporta la pronuncia in discussione al ‘canone dell'adeguatezza del mezzo allo scopo di tutela’.

Secondo D. MICHELETTI la pronuncia della Corte (che ha peraltro inaugurato un ulteriore “canone diagnostico”, ponendo essa “l'accento sul cambiamento della *realtà criminologica*”) va inquadrata nel novero delle sentenze di incostituzionalità sopravvenuta, mediante cui la Consulta è giunta alla conclusione che il reato di cui all'art. 708 c.p. “sia divenuto incostituzionale solo di recente: e non a causa delle solite ed inveterate questioni che la dottrina (e con essa i giudici di merito) continuava a lamentare, bensì perché incapace di assolvere alla propria originaria funzione, in conseguenza della progressiva degenerazione delle forme di criminalità economica che, sia pure sussidiariamente, era chiamata a colpire” (D. MICHELETTI, *op. ult. cit.*, 3378-3379).

<sup>58</sup> Corte Cost., sent. n. 370/1996, *cit.*, 3359.

<sup>59</sup>Così G. INSOLERA, *op. ult. cit.*, 3373; R. CALISTI, *op. ult. cit.*, 131.

<sup>60</sup>V. le riflessioni svolte da P. PISA, *op. ult. cit.*, 1479.

<sup>61</sup> Sull'argomento v. A. M. MAUGERI, *op. ult. cit.*, 982 ss.; D. MICHELETTI, *op. ult. cit.*, 3384-3385.

costituzionale<sup>62</sup>, stenta però ad imporsi nella coscienza giuridica con tutte le sue implicazioni<sup>63</sup>.

Sulla questione, dopo la sentenza n. 370/1996, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi in due nuove occasioni<sup>64</sup> rigettando sempre - sostanzialmente ripetendosi - le doglianze.

Con quella prima sentenza la Consulta respinse le argomentazioni del giudice rimettente, il quale osservava che la disposizione di cui all'art. 707 c.p. «consisterebbe in un comportamento non lesivo (e non pericoloso) per gli interessi meritevoli di tutela penale, in tal modo enucleando, però, una figura tipica del diritto penale sintomatico o preventivo, che è limite estremo al diritto penale... In mancanza di prova per fatti criminosi ipotetici, non ancora compiuti, l'imputato verrebbe punito per l'eventuale intenzione di commetterli (anche se, nella specie, avesse voluto ad esempio servirsi del cacciavite sequestrato per riparare un ciclomotore)». La Corte, nel rigettare le doglianze sollevate, ha affermato che «la determinazione del fatto-reato circa questa ipotesi criminosa è data... dalla tipologia stessa degli oggetti detenuti (le “chiavi alterate o contraffatte”, le “chiavi genuine”, gli “strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature”) in ordine ai quali è pleonastica la mancata giustificazione della loro attuale destinazione. Ciò, ovviamente, se ben s'intende sia il riferimento agli strumenti atti allo scasso (in relazione alle caratteristiche medie delle serrature o delle difese adottate), sia il presupposto soggettivo con riguardo ad altra commissione di fatti specifici»<sup>65</sup>.

Con la sentenza n. 225/2008 la Consulta, nel rispondere alla questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti dell'art. 707 c.p. (dopo aver ricordato che la stessa ha chiarito da tempo in che termini si atteggi la ripartizione di competenze tra giudice costituzionale e giudice

---

<sup>62</sup> La dottrina è pressoché unanime nel riconoscere rango costituzionale al principio di offensività. V., in particolare, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 81 e ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, 275 ss.; ID., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli 2006, 91 e ss.; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 8 e ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005, passim; F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 192 e ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 449 e ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 173 e ss.

Per un diverso ordine di idee v. G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano 1982, 659 e ss.; G. ZUCCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, III, Milano 1984, 1700 e ss.

Va in proposito ricordato che il principio di offensività ha da tempo fatto ingresso anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, però (pur avendo fatto registrare importanti arresti - si veda, in particolare, la sentenza n. 354/2002, in *Foro it.*, 2003, I, 2923 ss.), si mostra estremamente cauta nell'espungere dal sistema norme della cui legittimità in dottrina si dubita (sull'indirizzo della Corte costituzionale v., in particolare, C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, cit., 91 e ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 209 e ss.).

<sup>63</sup> Il principio di offensività, invero, una volta elevato al massimo grado nella gerarchia delle fonti, deve vincolare innanzitutto il legislatore. In particolare, per le critiche mosse avverso la ritenuta possibilità di 'derogare' al principio di offensività e ad una concezione dello stesso quale mero canone ermeneutico, v. A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA.VV., *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. GIOSTRA e G. INSOLERA, Milano 1998, 154 e ss.; ID., *L'offensività nella Relazione e nel Progetto preliminare della Commissione Grosso per la riforma del codice penale*, cit., 243 e ss.

<sup>64</sup> Prima della ricordata sentenza n. 225/2008 la Consulta, infatti, si è pronunciata sulla legittimità costituzionale dell'art. 707 c.p. con la sentenza n. 265/2005, in *Nuovo dir.*, 2005, 734 ss.

Sembra inoltre opportuno ricordare che recentemente la questione di legittimità costituzionale dell'art. 707 c.p. è stata dichiarata manifestamente infondata dalla Corte di Cassazione in quanto già rigettata dalla Corte costituzionale con Sentenza n. 225 del 21.5.2008 (ved. Cass. pen., Sez. II, 09/02/2016, n. 5135).

<sup>65</sup> Corte Cost., sent. n. 370/1996, cit., 3360.

ordinario<sup>66</sup> e che il rispetto del principio di offensività “in astratto” da parte dell’art. 707 c.p. è già stato acclarato con la sentenza n. 265/2005), ha affermato – come sopra ricordato – che la disposizione di cui all’art. 707 c.p. «non prefigura una responsabilità “per il modo di essere dell’autore”, in assenza di offesa per il bene protetto; ma mira a salvaguardare il patrimonio rispetto a situazioni di pericolo normativamente tipizzate».

Essa, a tal fine, prosegue la Corte, richiede il concorso di tre elementi: in primo luogo, una particolare qualità del soggetto attivo; è poi richiesto il possesso<sup>67</sup> (nel quale il soggetto deve essere colto) di oggetti idonei a vincere congegni a difesa della proprietà e, infine, l’incapacità del soggetto di giustificare la destinazione lecita degli strumenti posseduti.

In presenza di tali elementi non può reputarsi «irrazionale e arbitraria la previsione – nella quale la fattispecie in esame rinviene pacificamente la propria *ratio* – che l’agente si accinga a commettere reati contro il patrimonio mediante violenza sulle cose (quali furti in abitazione o su autovetture)».

Sarà poi compito del giudice ordinario quello di «procedere ad un vaglio accurato sia dell’attitudine funzionale degli strumenti ad aprire o a sforzare serrature; sia delle modalità e delle circostanze di tempo e di luogo con cui gli stessi sono detenuti», così da «evitare che – a fronte della descrizione, per certi versi, non particolarmente perspicua del fatto represso – la norma incriminatrice venga a colpire anche fatti concretamente privi di ogni connotato di pericolosità»<sup>68</sup>.

In sostanza, spetterà al ‘prudente apprezzamento’ del giudice decidere se possa ‘fondatamente sospettarsi’ che il soggetto si accingeva a commettere un reato, per tal via rendendo “la libertà frammentaria”, incerta<sup>69</sup>.

Il legislatore si limita, invero, a sanzionare una mera trasgressione; al magistrato è rimesso il compito di selezionare quelle condotte che possano ritenersi connotate da una ‘potenziale proiezione verso l’offesa’, e ciò in contrasto con il principio di legalità/determinatezza. Deve, infatti, essere il legislatore a descrivere “fin dall’inizio” un fatto realmente offensivo<sup>70</sup>.

Non sembra errato sostenere che la Corte accolga una concezione estremamente lata del principio di offensività (in astratto) e che l’utilizzo in chiave ermeneutica dello stesso possa risolversi

---

<sup>66</sup>«Spetta, in specie, alla Corte – tramite lo strumento del sindacato di costituzionalità – procedere alla verifica dell’offensività “in astratto”, acclarando se la fattispecie delineata dal legislatore esprima un reale contenuto offensivo; esigenza che, nell’ipotesi del ricorso al modello del reato di pericolo, presuppone che la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda all’*id quod plerumque accidit*... Ove tale condizione risulti soddisfatta, il compito di uniformare la figura criminosa al principio di offensività nella concretezza applicativa resta affidato al giudice ordinario, nell’esercizio del proprio potere ermeneutico (offensività “in concreto”): Corte Cost., sent. n. 225/2008, *cit.*, 2534.

<sup>67</sup> Possesso «che – come reiteratamente rilevato da questa Corte – è esso stesso una condotta, o fa comunque seguito ad una condotta, con conseguente insussistenza di un *vulnus* al principio di materialità del reato»: Corte Cost., sent. n. 225/2008, *cit.*, 2535.

<sup>68</sup>«In particolare, quanto meno univoca ed esclusiva risulti la destinazione dello strumento allo scasso – come nel caso in cui si discuta di oggetti di uso comune, suscettibili di impieghi diversi e leciti – tanto più significative dovranno risultare le modalità e le circostanze spazio-temporali della detenzione, nella direzione dell’esistenza di un attuale e concreto pericolo di commissione di delitti contro il patrimonio”: Corte Cost., sent. n. 225/2008, *cit.*, 2535.

<sup>69</sup> Cfr. F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna 1990, 11.

<sup>70</sup> V. A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, *cit.*, pp. 158, 166 e ss.; ID., *L’offensività nella Relazione e nel Progetto preliminare della Commissione Grosso per la riforma del codice penale*, *cit.*, 238-239, 254.

in un espediente sostitutivo di una dichiarazione di illegittimità costituzionale<sup>71</sup>, in contrasto con il suo precipuo ruolo quale canone di valutazione delle scelte di criminalizzazione operate dal legislatore. Sembrerebbe, anzi, che il giudice delle leggi reputi sufficiente che la norma “sia fondata sull’esigenza di tutelare un bene giuridico”<sup>72</sup>; impostazione che – nella sua corrispondenza al modello bindinghiano secondo cui la tutela di beni costituisce il motivo di esistenza della norma, “ma l’illecito è, nella sua essenza, disobbedienza”<sup>73</sup> – priva di contenuto il principio di necessaria offensività del reato, potendosi ritenere offensivo (prescindendo da una effettiva lesione o messa in pericolo del bene giuridico) qualsiasi fatto che contrasti con lo scopo di tutela<sup>74</sup>.

Rimane, comunque, il fatto che, una volta che il giudice abbia compiuto quel «vaglio accurato» suggerito dalla Corte, e quand’anche il soggetto avesse voluto commettere effettivamente un reato (o abbia addirittura “confessato” le sue intenzioni), sarebbero puniti pur sempre atti preparatori, che non possono essere sanzionati “in forza del principio costituzionale della «necessaria offensività» dell’illecito penale”<sup>75</sup>.

La finalità rieducativa della pena costituzionalmente sancita<sup>76</sup> presuppone, infatti, che il reo percepisca l’antisocialità del proprio comportamento; l’inflizione di una sanzione in risposta ad un fatto che non abbia arrecato alcuna reale offesa non può aspirare all’accettazione dell’intervento punitivo statale. Risulta inoltre difficile pensare che una condanna per un fatto che, in concreto, non era volto ad arrecare alcuna offesa, non sia avvertita come un sopruso da parte dello Stato, così accentuando l’ostilità nei confronti dell’ordinamento.

Ma la limitazione dei beni fondamentali della persona – libertà, personalità, dignità – costituzionalmente tutelati, a fronte di un’azione molto lontana dall’offesa del bene giuridico che si vuole tutelare<sup>77</sup>, implica, ancora, il contrasto con una fondamentale esigenza di proporzione desumibile dall’art. 3 Cost. – sì che la pena non sarà avvertita come «giusta», perché sproporzionata – e la strumentalizzazione dell’individuo per finalità generalpreventive di mera intimidazione altrui (l’uomo, da fine dell’intervento punitivo, diviene mezzo per prevenire possibili condotte offensive altrui), in contrasto con il finalismo rieducativo della pena sancito dal 3° comma dell’art. 27 Cost., ma altresì in violazione dei principi di personalità della responsabilità penale e di tutela della dignità

---

<sup>71</sup> V. V. MANES, *La pervicace resistenza dei «reati di sospetto»*, cit., 2541-2542, il quale osserva che dalla pronuncia della Corte esce ulteriormente convalidata “una dicotomia ormai consolidata nella giurisprudenza costituzionale che riconosce al principio di offensività una duplice valenza: quella di parametro di valutazione delle scelte legislative << in astratto >> eventualmente fruibile sul piano dello scrutinio di costituzionalità; e quella, ben più vitale e operativa, di criterio ermeneutico capace << in concreto >> di salvare scelte apparentemente incompatibili con le esigenze allo stesso sottese”.

<sup>72</sup> Cfr. criticamente in proposito A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., 159.

<sup>73</sup> V. A. CAVALIERE, *op. ult. cit.*, p. 160 e nota n. 106; ID., *L’offensività nella Relazione e nel Progetto preliminare della Commissione Grosso per la riforma del codice penale*, cit., 252.

<sup>74</sup> V. A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., pp. 158 e ss.; ID., *L’offensività nella Relazione e nel Progetto preliminare della Commissione Grosso per la riforma del codice penale*, cit., 251-252.

<sup>75</sup> F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, 92 nota n. 4.

<sup>76</sup> Per la ricostruzione, costituzionalmente fondata, di una teoria eclettica della pena (comprensiva degli aspetti positivi della prevenzione generale e speciale) e per le sue implicazioni in rapporto all’oggetto della tutela e alle modalità di aggressione v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 83 e ss., 173 e ss.

<sup>77</sup> V. S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, 188.

della persona *ex artt. 27, co. 1, e 2 Cost.*

Alla luce di tali fondamentali acquisizioni dottrinali<sup>78</sup>, costituzionalmente fondate, non sembra condivisibile il salvataggio, da parte della Corte costituzionale, di disposizioni come l'art. 707 c.p., coerente espressione di una politica-criminale incompatibile con le indicazioni provenienti dalla nostra Legge fondamentale.

Risulta, poi, aberrante il fatto che colui che sia incorso in una precedente condanna possa essere (in uno stato sociale di diritto!) sempre designato come ladro: ciò, infatti, contrasta diametralmente con il finalismo rieducativo di cui all'art. 27 co. 3 Cost.

Sembra, invero, che disposizioni siffatte siano mosse dall'intento di emarginare dalla società coloro che si è deciso di "marchiare" come probabili autori di futuri reati<sup>79</sup>, in una prospettiva, dunque, specialpreventiva negativa<sup>80</sup>, che si pone in totale antitesi non solo con precise indicazioni costituzionali (artt. 2, 3, 25 co. 2 e 27 co. 3 Cost.), ma anche con l'impronta solidaristica che connota il nostro ordinamento costituzionale.

Se la Corte costituzionale – pur al cospetto di argomentazioni che, come si osserva, non sembrano trovare "adeguate smentite"<sup>81</sup> – mostra un atteggiamento di deferenza nei confronti delle scelte di criminalizzazione operate dal legislatore, non si può far altro che sperare in un mutamento di cultura giuridico-penale, da cui scaturisca la consapevolezza che "quando è in gioco l'inflizione di una pena, la tutela dei diritti va perseguita... tenendo in considerazione l'invulnerabilità della libertà personale e i principi di personalità della responsabilità e di finalismo rieducativo, che, a loro volta, costituiscono proprio i fondamenti del principio di offensività"<sup>82</sup>.

*De lege ferenda*, dunque, è auspicabile che il legislatore intervenga al 'semplice' scopo di eliminare dall'ordinamento tutti quei reati che non rinvergono il loro fondamento in un effettivo

---

<sup>78</sup>V. F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, 82-83; S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, 97 e ss., 173 e ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., pp. 154 e ss.; ID., *L'offensività nella Relazione e nel Progetto preliminare della Commissione Grosso per la riforma del codice penale*, cit., 236 e ss.

<sup>79</sup>Qui non è tipizzata neppure una situazione astrattamente pericolosa. È, invece, sanzionato un comportamento che rientra nella piena capacità di dominio finalistico del soggetto attivo del reato; un eventuale pericolo per il bene giuridico potrà, infatti, derivare solo dalla prosecuzione dell'azione criminosa. Non si fa, dunque, nulla più che un processo alle intenzioni. Cfr. G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, 199.

D'altra parte, oltre alla iniquità del regime sanzionatorio previsto dall'art. 707 c.p., rispetto, ad es., a quello previsto per il furto (fatto, questo, offensivo del bene giuridico), entrambi sanzionati con pena detentiva, nel minimo edittale, di sei mesi (del resto, si deve ricordare, nella punizione di fatti inoffensivi l'alternativa è tra la comminatoria di sanzioni particolarmente dure, funzionali ad una impostazione repressivo-deterrente, e sanzioni detentive di breve durata, con tutti gli inconvenienti ad esse connessi - v. S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, 185-186; A. CAVALIERE, *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, a cura di W. HASSEMER, E. KEMPF e S. MOCCIA, München 2009, 127), neppure sembra comprensibile la ragione per cui il non pregiudicato che volontariamente desiste dall'azione di tentativo va esente da pena, mentre il pregiudicato può essere punito per il semplice fatto di possedere strumenti atti ad aprire serrature, senza che l'ordinamento tenga nella minima considerazione il fatto che egli ben potrebbe restare "nell'ambito del diritto" (C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970), in *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. MOCCIA, Napoli 1998, 73).

<sup>80</sup>Coerentemente in tale prospettiva l'offesa al bene giuridico assume un ruolo poco significativo. V. S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, 65-66.

<sup>81</sup>A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., p. 155.

<sup>82</sup>A. CAVALIERE, *L'offensività nella Relazione e nel Progetto preliminare della Commissione Grosso per la riforma del codice penale*, cit., 245-246.

turbamento delle “condizioni di una pacifica coesistenza in libertà”<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.*, p. 174.

# Natura della confisca di prevenzione e principio di irretroattività della legge penale. La Sentenza Spinelli alla luce della Direttiva 2014/42/UE recepita con il D.lgs. n. 202 del 2016

SERENA UCCI

## ABSTRACT

*This paper is meant to analyze and comment the judgement of Court of Cassation (United Section, 26th June 2014, dep. 2th February 2015, application n. 4880, case of Spinelli) which, solving a jurisprudential contrast, have determined that the changes introduced by the law n. 126/2008 and the law n. 95/2009 have not changed the preventive nature of confiscation. So, the confiscation ex article 2-bis of law n. 575/1965, remains assimilated to the security measures with application of article 200 c.p.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La vicenda ed il *thema decidendum*. – 3. La natura giuridica della confisca di prevenzione: l'evoluzione della caotica normativa in materia. – 4. Gli indirizzi della dottrina e della giurisprudenza sulla natura delle misure di prevenzione. – 4.1. *Giurisprudenza: la c.d. Sentenza Ferrara*; 4.2. *L'opinione della Corte Edu.* – 4.3. *La c.d. sentenza Occhipinti.* – 5. La presa di posizione delle Sezioni Unite nella c.d. sentenza "Spinelli": natura non sanzionatoria delle misure di prevenzione. – 6. La sentenza delle Sezioni Unite in commento: una sentenza storica? – 7. Brevi considerazioni conclusive: il d.lgs. n. 202 del 2016 di attuazione della Direttiva 2014/42/UE in tema di congelamento e confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione Europea.

1. La rilevanza della sentenza in commento<sup>1</sup> si manifesta non solo per il risultato offerto nell'ambito della qualificazione giuridica delle misure di prevenzione, ma anche per la risposta data

---

<sup>1</sup> Sentenza Cass. pen., sez. un., c.c. n. 4880 del 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015). Pres. Santacroce-Rel. Bruno-Ric. Spinelli.

a quella che è stata una disputa che da anni ha acceso il dibattito in dottrina<sup>2</sup> e diviso la giurisprudenza<sup>3</sup> soprattutto sulla natura giuridica della confisca di prevenzione<sup>4</sup>, e, di conseguenza, sull'applicabilità del principio di irretroattività in materia penale.

La questione si è ulteriormente accesa a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 125 del 2008<sup>5</sup>, che ha sancito il principio di autonomia tra misure di prevenzione personali e patrimoniali, e dalla legge n. 94 del 2009<sup>6</sup>, che ha decretato il venir meno del requisito dell'attualità della pericolosità sociale per le sole misure di prevenzione patrimoniali<sup>7</sup>. Di conseguenza, oggi, l'applicazione della confisca di prevenzione ex art. 2 *ter* l. 575/65 (oggi art. 24 del codice delle leggi antimafia introdotto dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159<sup>8</sup>), la cui natura "proteiforme" non è più in dubbio<sup>9</sup>, è svincolata non solo dalla preventiva e contestuale applicazione delle misure di prevenzione personali, ma prescinde, altresì, dall'esistenza della pericolosità sociale del proposto al momento dell'irrogazione del provvedimento ablativo.

Ciò ha indotto la dottrina ad un primo ripensamento in ordine all'acclarata, fino a quel momento, natura preventiva della confisca *de quo*<sup>10</sup>, con conseguente capovolgimento dell'indirizzo giurisprudenziale in materia e la nascita di un conflitto in seno alla Suprema corte di cassazione.

<sup>2</sup> G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. delle Disc. Pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 123. Di parere diverso è G. VINCIGUERRA, *Osservazioni sulla confisca antimafia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 220; L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova 1997, 69 ss., 237 ss. Qualificano la confisca come misura di carattere sanzionatorio F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, AA. VV., atti del IX Convegno "Enrico De Nicola", Milano 1975, 59 ss.; E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma 1990, Appendice di aggiornamento, Roma 1996; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, pp. 386 ss.; L. FILIPPI, *La confisca di prevenzione: un'anomalia tutta italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 270; A. MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in AA. VV., *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. MAZZA – F. VIGANO, Torino, 2009, 476 ss.

<sup>3</sup> Cass. pen., Sez. I, 18 luglio 2013 (dep. 31 ottobre 2013), n. 44327, Pres. Chieffi, Est. La Posta, Gabriele e altri, in C.E.D. Cass., n. 257638; Cass. pen., Sez. I, 11 aprile 2013 (dep. 26 settembre 2013), n. 40001, Sineri e altri, Pres. Giordano, Est. Caiazzo, inedita; Cass. pen., Sez. I, 17 gennaio 2014 (dep. 16 aprile 2014), n. 16729. Invece sostengo la natura della confisca come *tertium genus ass. Pen.*, Sez. II, 14 febbraio 1997 (dep. 21 marzo 1997), n. 12541, Nobile e altri, in Cass. pen., 1997, 3170; Cass. Pen., Sez. II, 14 aprile 1999 (dep. 8 luglio 1999), n. 1790, Fici, in *ivi*, 2000, 14111, con nota di P.V. MOLINARI, *Confisca antimafia: si estende il dialogo col morto*; Cass. pen., Sez. 31 gennaio 2005 (dep. 26 maggio 2005), n. 19914, Bruno, in *Guida al dir.* 2005, n. 25, 56; Cass. pen., Sez. Un., 19 dicembre 2006 (dep. 8 gennaio 2007), n. 57, Auddino, in Cass. pen., 2007, 1429; Cass. pen., Sez. V, 11 giugno 2008 (dep. 25 giugno 2008), n. 25676, Alfano e altri, in C.E.D. Cass., n. 240435. Infine Cass. pen., Sez. I, 13 gennaio 2011 (dep. 14 febbraio 2011), n. 5361, Altavilla, cit.; Cass. pen. Sez. I, 18 ottobre 2012 (dep. 4 marzo 2013), n. 10153, Coli e altri, in Cass. pen., 2014, 256, con nota di A.M. MAUGERI; Cass. pen., Sez. VI, 15 gennaio 2013 (dep. 4 giugno 2013), n. 24272, P.M. in proc. Pascoli, cit.; Cass. pen., Sez. I, 17 maggio 2013 (dep. 23 settembre 2013), n. 39204, Ferrara.

<sup>4</sup> Sul tema vi veda E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012, 51 ss.

<sup>5</sup> Legge 8 novembre 2013, n. 128 (in *G.U.* n. 264 dell'11 novembre 2013) - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 settembre 2013, n. 104, recante misure urgenti in materia di istruzione, università e ricerca.

<sup>6</sup> Legge 15 luglio 2009, n. 94, "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica". Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 170 del 24 luglio 2009 - Supplemento ordinario n. 128.

<sup>7</sup> Cfr. A. MANGIONE, *Il volto attuale della confisca di prevenzione: riflessioni a margine dei "pacchetti - sicurezza"*, in G. FIANDACA – C. VISCONTI, *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, 265 s.

<sup>8</sup> In Gazz. Uff., 31 ottobre 2011. Cfr. A. BALSAMO, *Il "codice antimafia" e la proposta di Direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2012, 25;

<sup>9</sup> In argomento, D. PIVA, *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2013.

<sup>10</sup> F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, AA. VV., atti del IX Convegno "Enrico De Nicola", Milano 1975, 59 ss.

La sentenza Spinelli sembra risolvere il contrasto. La comprensione di tale ultimo approdo giurisprudenziale non può che partire dall'analisi del caso concreto.

2. I fatti oggetto della sentenza in commento possono essere così sintetizzati: nel 2010 la Procura della Repubblica di Teramo avanzava nei confronti della Sig.ra Spinelli e della Sig.ra Di Rocco applicazione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno e applicazione della confisca di un bene immobile acquistato nel 2002 e di due libretti postali con saldo 23.000,00 euro e 50.000,00 euro (per la Spinelli), e di un immobile acquistato nel 2000 e di un libretto postale, con saldo 3.700,00 euro (per la Di Rocco).

Con decreto del 18-01-2011, il Tribunale di Teramo rigettava la richiesta di applicazione delle misure personali e confermava le patrimoniali<sup>11</sup>. Avverso tale provvedimento le proposte adivano la Corte d'Appello dell'Aquila che, con decreto, revocava la confisca dell'immobile e del denaro di un libretto postale per quanto riguarda la Sig.ra Spinelli, e revocava la confisca del solo denaro sul libretto postale della Sig.ra Di Rocco. Tali restrizioni erano motivate, come si legge nel decreto, in ragione della ritenuta compatibilità, dei valori confiscati, con i redditi (di carattere risarcitorio) percepiti dalle istanti al momento dei relativi acquisti. Ma veniva confermato il giudizio di sproporzione<sup>12</sup> in riferimento agli altri beni, previa valutazione della pericolosità sociale delle proposte.

La Corte d'Appello definiva le proposte c.d. "pericolose comuni" ai sensi dell'art. 1 della legge n. 1423 del 1956 in quanto "dedite abitualmente ai traffici delittuosi"<sup>13</sup>. I giudici della Corte arrivano a siffatta decisione applicando le novelle del 2008 e del 2009 retroattivamente, ex art. 200 c.p., qualificando, quindi, la confisca di prevenzione alla stregua di una misura di sicurezza<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> A sostegno di questa decisione il Tribunale di Teramo richiamava, nel decreto, la norma di cui all'art. 2bis, comma 6 bis, della legge n. 575/1965 (così come modificato dalle novelle del 2008 e del 2009) che ha sancito il principio di autonomia tra misure di prevenzione patrimoniali e personali consentendo l'applicazione delle misure patrimoniali anche in caso di mancato accoglimento delle personali ed in mancanza dell'attualità della pericolosità sociale del proposto. Secondo il Tribunale l'applicazione della misura della confisca era giustificata dato che gli acquisti degli immobili ed i movimenti sui libretti di risparmio, sia per la Spinelli che per la Di Rocco, erano avvenuti in un periodo in cui le proposte avevano redditi modesti ed i suddetti acquisti risultavano ingiustificati.

<sup>12</sup> Oggi l'art. 24 del c.d. codice antimafia (D.lgs. n. 159/2011), prevede che la confisca venga disposta nei confronti della persona che non può giustificare la legittima provenienza dei beni sequestrati e di cui risulti essere titolare in valore sproporzionato ai propri redditi.

<sup>13</sup> La Corte d'Appello definisce le proposte c.d. pericolose comuni, in quanto entrambe risultavano dedite all'attività delinquenziale (20 furti commessi in passato dalla Sig.ra Di Rocco, accusa di ricettazione e convivenza con un pregiudicato per quanto riguarda la Sig.ra Spinelli). Pertanto entrambe rientravano nella categoria dei c.d. pericolosi comuni di cui all'art. 1 della legge n. 1423 del 1956 che al comma 1 afferma: «I provvedimenti previsti dalla presente legge si applicano a: 1) coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi; 2) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; 3) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica».

<sup>14</sup> Tale orientamento della Corte d'Appello si poneva in continuità con l'orientamento giurisprudenziale che aveva escluso l'applicabilità del principio di irretroattività alle misure di prevenzione personali introdotte con la l. n. 575/1965 (indiziati di appartenenza ad associazione mafiosa) e valorizzava l'argomento secondo cui «il provvedimento ablatorio è norma intimamente collegata a ricchezze accumulate e consolidate attraverso gli anni oncluso il momento in cui la onclusio in questione è divenuta operante»; cfr. Cass. pen., Sez. I, 3 febbraio 1986 (dep. 28 marzo 1986), n. 680, Pullarà, in Cass. pen. 1987, 814; Cass. Pen., Sez. I, 14 gennaio 1987 (dep. 11 febbraio 1987), n. 50, Gambino, in C.E.D. Cass., n. 175090; Cass. pen., Sez. I, 15 febbraio 1989 (dep. 3 marzo 1989), n. 360, Angiollieri, in Giur. It., 1989, II, 193, con nota di F. MARFIOTTA. In tema di sequestro "antimafia" nel corso del processo penale di cognizione; Cass. pen., Sez. VI, 20 agosto

Le proposte, avverso la decisione della Corte d'Appello, ricorrevano in Cassazione adducendo, tra i motivi: a) la violazione di legge per la ritenuta applicazione retroattiva, da parte della Corte d'Appello, delle novelle del 2008 e del 2009; b) l'assimilazione delle misure di prevenzione alle misure di sicurezza, con conseguente applicazione dell'art. 200 c.p.; 3) si insisteva circa il carattere sanzionatorio della confisca di prevenzione ed applicazione, conseguentemente, dell'art. 2 c.p.. A sostegno di ciò, si riportava l'ultimo indirizzo giurisprudenziale in materia (cfr. sentenza Corte di cassazione. Sez. V, n. 14044 del 2013<sup>15</sup>).

La Sesta Sezione della Corte di cassazione, investita della questione, riconoscendo un contrasto interpretativo<sup>16</sup> sulla natura della confisca di prevenzione maturato successivamente all'entrata in vigore della l. n. 125/2008 e della l. n. 94/2009, con ordinanza del 30 gennaio 2014 n. 11752, rimette i ricorsi alle Sezioni unite della Cassazione per la risoluzione della seguente questione di diritto: «... se, in conseguenza delle modifiche introdotte dalle leggi n. 125/2008 e legge n. 94/2009 all'art. 2-bis della legge n. 575/1965, la confisca di prevenzione possa essere equiparata alle misure di sicurezza o abbia assunto connotati sanzionatori e se, quindi, ad essa sia applicabile, in caso di successione delle leggi nel tempo, la previsione di cui all'art. 200 c.p. o quella di cui all'art. 2 c.p.»<sup>17</sup>.

Con la sentenza in commento, la n. 4880 depositata in data 02/02/2015 – decisione da più parti attesa<sup>18</sup> –, le Sezioni unite risolvono il contrasto e, con articolazione di diversi motivi di diritto, equiparano la natura delle misure di prevenzione a quella delle misure di sicurezza con conseguente applicazione retroattiva, ai sensi dell'art. 200 c.p., delle novelle del 2008 e del 2009.

Prima di esaminare le argomentazioni che fondano la sentenza in commento, per comprendere la rilevanza e le dinamiche sottese a questo cambio di orientamento interpretativo della Suprema

---

1992 (dep. 10 settembre 1992), n. 3070, Losapio, in C.E.D. Cass., n. 191020; Cass. pen., Sez. II, 20 febbraio 1995 (dep. 2 marzo 1995), n. 1044, Pepe, ivi, n. 200567; recentemente, Cass. pen., Sez. II, 14 maggio 2009 (dep. 1 settembre 2009), n. 33597, P.G. in proc. Monticelli e altri, in Cass. pen., 2010, 1914, con nota di P.V. MOLINARI, *Ambito di applicabilità delle misure patrimoniali antimafia*.

<sup>15</sup> La sentenza della Cass., Sez. V, 13 novembre 2012 – dep. 25 marzo 2013, n. 14044 Occhipinti, Rv. 255043, esclude che la confisca possa essere applicata in modo autonomo dalle misure di prevenzione personale per le fattispecie realizzate prima dell'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009. A fondamento di tale conclusione, la pronuncia precisa che il venir meno del presupposto della pericolosità sociale attribuisce natura oggettivamente sanzionatoria alla misura di prevenzione patrimoniale, con la conseguenza che ad essa è applicabile il regime di irretroattività previsto dall'art. 11 delle preleggi e non il disposto dell'art. 200 c.p. L'iter argomentativo della sentenza prende l'avvio dalle citate modifiche normative del 2008 e del 2009 e si concentra sulle novità introdotte nel sistema delle misure di prevenzione analizzando, in particolare, come queste abbiano inciso sulla struttura della confisca. La Corte premette che, a partire dal 2009, deve considerarsi “senz'altro possibile disporre una misura di prevenzione patrimoniale pure in difetto del presupposto di un'attuale pericolosità sociale del soggetto destinatario della misura”. Tale possibilità, però, va esclusa con riferimento alle vicende pregresse, non potendosi fare applicazione dell'art. 200 c.p. la cui operatività si fonda, invece, su un accertamento di pericolosità in atto.

<sup>16</sup> Il contrasto in seno alla Corte di cassazione è nato tra la V Sez. che, con la sentenza c.d. Occhipinti n. 14044 del 2012 ha riconosciuto carattere sanzionatorio alla confisca di prevenzione, e la I Sez. che, con la sentenza c.d. Ferrara n. 39204 del 2013 ha equiparato la confisca alle c.d. misure di sicurezza.

<sup>17</sup> Ordinanza di remissione n. 11752/2013.

<sup>18</sup> Cfr. A.M. MAUGERI, “*La resa dei conti: alle Sezioni unite la questione sulla natura della confisca antimafia e sull'applicazione del principio di irretroattività*”, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it); ID, “*Le sezioni Unite devono prendere posizione: natura della confisca antimafia; l'applicabilità del principio di irretroattività; la necessità della “correlazione temporale”*”, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

corte, sembra opportuno procedere alla disamina dei precedenti indirizzi di dottrina e giurisprudenza in relazione alla natura giuridica della confisca di prevenzione<sup>19</sup>.

3. In tema di natura giuridica della confisca di prevenzione, ma prima ancora delle misure di prevenzione – in generale –, sia personali che patrimoniali, non vi è stata quasi mai univocità di consensi, atteso il carattere – per definizione – preventivo di tali misure capaci, tuttavia, da un lato di incidere, in maniera definitiva, sui beni dei soggetti destinatari, e, dall'altro, sulla libertà personale dei propositi pur in assenza di alcun accertamento dell'effettiva commissione di un fatto di reato. Ed è per questo che spesso in dottrina, e non solo, si dubita della natura preventiva delle misure di prevenzione che, in assenza di una sentenza di condanna, vengono applicate in base al solo connotato di pericolosità sociale dei soggetti colpiti, tale da fondare un giudizio di rilevante probabilità che il proposto abbia commesso, stia commettendo o possa commettere determinati reati<sup>20</sup>.

Ovviamente le note di criticità della confisca di prevenzione derivano anche dall'adeguamento del nostro ordinamento ai principi della Cedu che si confronta con istituti non sempre sovrapponibili disciplinati dalle legislazioni nazionali<sup>21</sup>.

Da tempo si scontrano le tesi soprattutto sulla natura preventiva o sanzionatoria della confisca *de quo* in un pendolarismo prasseologico tutt'altro che agevole.

Il tutto è stato reso arduo e condito in particolar modo dall'evoluzione, caotica, della normativa in materia di misure di prevenzione. Anche le Sezioni Unite, nella sentenza in commento, sostengono che «... si rende necessario un breve excursus sulla stratificazione normativa in materia di misure di prevenzione considerando – con esclusivo riferimento all'età repubblicana – gli interventi più significativi, comunque rilevanti ai fini della soluzione del quesito di diritto all'esame delle Sezioni Unite»<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Sul tema si veda E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, cit., 51 ss.

<sup>20</sup> A. MANGIONE, *Il volto attuale della confisca di prevenzione: riflessioni a margine dei "pacchetti – sicurezza"*, cit.

<sup>21</sup> Cfr. F. MENDITTO, *Le Sezioni Unite verso lo "Statuto" della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività, la correlazione temporale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2013, cit. p. 7. «Le nozioni di «materia penale», di «reato» e di «pena», indicate dagli artt. 6 e 7 della Convenzione, sono autonomamente valutate dalla Corte che individua le caratteristiche sostanziali degli istituti, ivi comprese le diverse forme di confisca, per scongiurare la cd. truffa delle etichette, attraverso i criteri della natura dell'infrazione, della natura della sanzione e della concreta gravità della stessa». Principi ribaditi costantemente dopo dalla Corte. eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); Corte eur. dir. uomo, 9.2.1995, Welch c. Regno Unito, ivi e per estratto in *Leg. pen.* 1995, 522: «la tutela offerta dall'art. 7 ... deve essere libera di andare oltre le apparenze e valutare essa stessa se una determinata misura costituisca una 'pena' ai sensi di tale norma. Punto di partenza di ogni valutazione sull'esistenza di una pena consiste nello stabilire se la misura in questione sia stata irrogata in seguito ad una condanna per un reato...altri elementi possono essere ritenuti pertinenti in proposito: la natura e lo scopo della misura in contestazione, la sua qualificazione in diritto interno, i procedimenti connessi alla sua adozione ed esecuzione, nonché la sua severità». Secondo la Corte la pena non è incompatibile con lo scopo preventivo della confisca perché «non può escludersi che una legge che conferisce ai tribunali poteri di confisca così ampi persegua lo scopo di punire il delinquente. Infatti, gli scopi di prevenzione e riparazione si conciliano con quello repressivo e possono essere considerati elementi costitutivi della stessa nozione di pena»; Corte eur. dir. uomo, 30 agosto 2007, Sud fondi e altri. c. Italia, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Per un'analisi dei tre criteri della sentenza Engel cfr. V. MANES, *Commento all'art. 7 Cedu*, in *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, a cura di S. BERTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, Padova, 2012, 260 ss.

<sup>22</sup> Sentenza Sezioni unite n. 4880 del 2015 in commento, 8.

Il fondamentale referente normativo è rappresentato dalla l. n. 1423/1956 che, per la prima volta, ha introdotto nel nostro ordinamento “Le misure di prevenzione nei confronti di persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità”<sup>23</sup>. In tale legge, che ha subito numerose modifiche nel corso dei decenni, sono indicati i soggetti ritenuti pericolosi e destinatari di suddette misure<sup>24</sup>. La successiva l. n. 575/1965 (c.d. legge antimafia) ha esteso il sistema della prevenzione alle persone “indiziate di appartenere ad associazioni di tipo mafioso”, con l’obiettivo primario di controllo di tali categorie di soggetti. In seguito, la legge Rognoni-La Torre n. 646/1982 – oltre ad inserire nel nostro ordinamento l’art. 416-bis c.p. «*al fine di adattare il precetto penale alle peculiarità del fenomeno mafioso*»<sup>25</sup>– ha introdotto le misure di prevenzione patrimoniali per eccellenza, ossia il sequestro e la confisca di prevenzione (art. 2-bis l. n. 575/1965) allo scopo di sottrarre i beni illecitamente acquisiti dai soggetti indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso. Ma, in tale contesto, le misure di prevenzione patrimoniali presentavano un inequivocabile carattere accessorio già rispetto alla prevista sorveglianza di pubblica sicurezza, potendo essere applicate solo unitamente alla misura personale (ai sensi degli artt. 2-bis e 2-ter l. n. 575/1965) ovvero anche successivamente a questa, ma prima della sua cessazione (ai sensi dell’art. 2-ter, comma 6, l. cit.). Per adottare la misura patrimoniale (sequestro e confisca) occorre sempre il previo accertamento della pericolosità (qualificata) della persona indiziata di appartenere ad una associazione mafiosa. Anche per l’imprescindibile dipendenza del sequestro e della confisca dalla misura personale, si affermava che le misure patrimoniali non trovavano fondamento esclusivo nel carattere (illecito) dei beni colpiti essendo rivolte non ai beni come tali, in conseguenza della loro sospetta provenienza illecita, ma a beni che sono nella disponibilità di persone socialmente pericolose, in quanto indiziate di appartenere ad associazioni di tipo mafioso<sup>26</sup>. Negli anni, poi, ci sono stati una serie di interventi legislativi che hanno esteso la portata delle misure di prevenzione patrimoniali, previste dalla legge Rognoni-La Torre, anche al settore della c.d. “pericolosità sovversiva” (l. n. 327/1988) e ad altre “fenomenologie delinquenziali”<sup>27</sup>, come il traffico di stupefacenti. La l. n. 55/1990 ha introdotto, poi, due ipotesi di applicazione (disgiunta) delle sole misure patrimoniali, colmando una lacuna (evidenziata anche nei lavori preparatori) che impediva di aggredire i patrimoni illecitamente accumulati da persone pericolose cui, però, non era consentita l’applicazione della misura personale. Sono stati inseriti i commi 7 e 8 all’art. 2-ter l. n. 575/1965 che hanno previsto l’applicabilità della misura patrimoniale: a) alle persone sottoposte a misura di sicurezza detentiva o a libertà vigilata che, pur ritenute pericolose all’esito di un accertamento giudiziale, non potevano essere destinatarie della misura di prevenzione personale per l’incompatibilità fissata dagli artt. 10 e 12 della l. n. 1423/1956; b) alle persone assenti, residenti o dimoranti all’estero per le quali era, comunque, necessario accertare incidentalmente la pericolosità sociale. In seguito, la l. n. 256/1993 ha introdotto per la prima volta, con riferimento al sequestro di

---

<sup>23</sup> Legge 27 dicembre 1956, n. 1423. Gazzetta Ufficiale del 31 dicembre 1956, n. 327

<sup>24</sup> Si rinvia alla nota n. 13 del presente contributo.

<sup>25</sup> Cfr. sentenza in commento, 9.

<sup>26</sup> La pericolosità del bene, per scelta legislativa, derivava dalla pericolosità in atto della persona che ne poteva disporre, per cui non poteva farsi luogo ad alcuna misura patrimoniale se la persona (per qualunque ragione) non era stata dichiarata pericolosa attraverso l’applicazione della misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza ovvero se detta misura, applicata precedentemente, era cessata. In argomento, F. MENDITTO, *Op. ult. cit.*, pag. 13.

<sup>27</sup> Cfr. sentenza in commento, 9.

prevenzione, l'indizio della "sperequazione" tra valore dei beni posseduti e redditi ufficiali, quale elemento sintomatico di derivazione illecita della ricchezza<sup>28</sup>. Sostengono le Sezioni unite che «l'effetto innovativo della novella risiede(va) nel fatto che, mentre in precedenza era richiesta la "notevole" sproporzione come indizio, tra gli altri, dell'illecita provenienza, l'indizio della mera sproporzione (non richiedendosi più che fosse notevole), si poneva già di per sé come indice di illiceità della medesima ricchezza in quanto nella disponibilità del presunto mafioso»<sup>29</sup>.

Infine vi sono le rilevanti novità introdotte con le novelle del 2008 e del 2009. Innanzitutto la l. n. 125/2008, recante "Misure urgenti in tema di sicurezza pubblica", ha, da un lato, ampliato i soggetti destinatari delle misure di prevenzione, e dall'altro, ha sancito il principio di applicazione disgiunta tra misure di prevenzione patrimoniali e personali, fino a quel momento legate da un vincolo di accessorietà<sup>30</sup>. È stato così introdotto il comma 6-bis all'art. 2-bis della l. n. 575/1965 che testualmente recita: «le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste ed applicate disgiuntamente». L'affermazione di tale principio si colloca nel solco di quei numerosi indirizzi giurisprudenziali<sup>31</sup> che sostenevano la necessità di una deroga alla regola dell'accessorietà tra misure di prevenzione personali e patrimoniali.

In tale quadro legislativo si è da ultimo inserita la l. n. 94 del 2009 che ha ulteriormente modificato il comma 6-bis dell'art. 2-bis della l. n. 575/1965 prevedendo che «le misure patrimoniali preventive possono essere applicate indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione»; inoltre «... le misure patrimoniali possono essere disposte anche in caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione. Nel caso la morte sopraggiunga nel corso del procedimento, esso prosegue nei confronti

---

<sup>28</sup> Tale legge ha modificato il secondo comma dell'art. 2 ter della legge n. 575 del 1965 nei termini seguenti: «... il Tribunale, anche d'ufficio, ordina con decreto motivato il sequestro dei beni dei quali la persona nei cui confronti è iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta, ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego».

<sup>29</sup> Cfr. Sentenza in commento, pag. 10 e Cass., Sez I, n. 5760 del 22/11/1998, dep. 2009, Iorio, Riv. 212442.

<sup>30</sup> Le conseguenze derivanti dal principio di accessorietà furono poste a fondamento, già nel 1983, della verifica di conformità a costituzione della l. n. 575/765 nella parte in cui non consentiva di disporre la confisca dei beni di provenienza illegittima nelle ipotesi di non applicazione della misura personale di prevenzione e di cessazione della stessa per morte del proposto. Veniva colto il profilo di criticità della nuova normativa che non consentiva di disporre la confisca nel caso di mancata applicazione della misura personale di prevenzione (per morte del proposto nel corso del procedimento) o nel caso in cui la misura fosse cessata per decorso del termine o per morte del sottoposto, pur ricorrendo la finalità dichiarata della legge di impedire che beni illecitamente acquisiti consentissero ulteriori comportamenti illeciti o, comunque, recassero danno all'economia della collettività. La Corte, con una sintetica motivazione, dichiarava l'inammissibilità della questione perché diretta a ottenere un intervento «di produzione normativa, in particolare in materia sanzionatoria o, quanto meno, limitativa di diritti», di esclusiva competenza del legislatore. La legge n. 55/1990 introduceva due ipotesi di applicazione (disgiunta) delle sole misure patrimoniali, colmando una lacuna (esplicitata anche nei lavori preparatori) che impediva di aggredire i patrimoni illecitamente accumulati da persone pericolose cui, però, non era consentita l'applicazione della misura personale. Veniva prevista l'applicabilità della misura patrimoniale: a) alle persone sottoposte a misura di sicurezza detentiva o a libertà vigilata che, pur ritenute pericolose all'esito di un accertamento giudiziale, non potevano essere destinatarie della misura di prevenzione personale per la incompatibilità fissata dagli artt. 10 e 12 della legge n. 142/1956; b) alle persone assenti, residenti o dimoranti all'estero per le quali era, comunque, necessario accertare incidentalmente la pericolosità sociale. Seguiva il d.l. n. 306/92, conv. nella l. n. 356/92, con cui venivano inseriti nella l. n. 575/65 gli artt. 3-quater e 3-quinquies, consentendo indagini e provvedimenti patrimoniali in relazione a beni diretti ad "agevolare" l'attività della persona nei cui confronti sia proposta o applicata una misura preventiva personale. Cfr. F. MENDITTO, *op. ult. cit.*, 14.

<sup>31</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 17 luglio 1996, n. 18; Corte cost., 08 ottobre 1996, n. 335.

degli eredi o comunque degli aventi causa». Contestualmente è stato inserito nell' art. 2-ter il comma 11 per cui «la confisca può essere proposta, in caso di morte del soggetto nei confronti del quale potrebbe essere disposta, nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare, entro il termine di cinque anni dal decesso».

Da ultimo il D.lgs. n. 159/2011 (c.d. codice Antimafia), introducendo una disciplina organica delle misure di prevenzione patrimoniali, ha affermato, all'art. 24, che la confisca viene disposta nei confronti della persona che non può giustificare la legittima provenienza dei beni sequestrati e di cui risulti essere titolare in valore sproporzionato ai propri redditi<sup>32</sup>.

Evidente è il travagliato iter legislativo in tema di misure di prevenzione. A dire delle Sezioni Unite, «le misure di prevenzione personali, ab origine pensate per limitare la libertà di soggetti ritenuti pericolosi al fine di renderne più agevole il controllo da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, sono state sottoposte ad un processo di “costituzionalizzazione” per un necessario adattamento ai parametri costituzionali interessando un bene di primaria importanza ex art. 13 Cost.»; ma, continua la Corte, «... hanno anche subito un processo di “giurisdizionalizzazione” allo scopo di assicurare la tutela delle garanzie difensive»<sup>33</sup>. Invece le misure di prevenzione patrimoniali (in principio elaborate come mero supporto a quelle personali al fine di potenziarne l'efficacia preventiva) «... si sono affermate nella loro autonomia in quanto possono essere applicate non solo in distinto contesto procedimentale, ma anche nei casi in cui non sia applicabile la misura personale...»<sup>34</sup>. Inoltre lo sviluppo

---

<sup>32</sup> L'art. 24 del c.d. Codice Antimafia, testualmente recita: «1. Il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. 2. Il provvedimento di sequestro perde efficacia se il Tribunale non deposita il decreto che pronuncia la confisca entro un anno e sei mesi dalla data di immissione in possesso dei beni da parte dell'amministratore giudiziario. Nel caso di indagini complesse o compendi patrimoniali rilevanti, tale termine può essere prorogato con decreto motivato del tribunale per periodi di sei mesi e per non più di due volte. Ai fini del computo dei termini suddetti e di quello previsto dall'articolo 22, comma 1, si tiene conto delle cause di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare, previste dal codice di procedura penale, in quanto compatibili. Il termine resta sospeso per il tempo necessario per l'espletamento di accertamenti peritali sui beni dei quali la persona nei cui confronti è iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente. (comma così modificato dall'art. 1, comma 189, lettera a), legge n. 228 del 2012) 3. Il sequestro e la confisca possono essere adottati, su richiesta dei soggetti di cui all'articolo 17, commi 1 e 2, quando ne ricorrano le condizioni, anche dopo l'applicazione di una misura di prevenzione personale. Sulla richiesta provvede lo stesso tribunale che ha disposto la misura di prevenzione personale, con le forme previste per il relativo procedimento e rispettando le disposizioni del presente titolo».

<sup>33</sup> Cfr. sentenza in commento pag. 13 ove le Sezioni unite affermano *che* «emblematica in tal senso è la sentenza della Corte Cost. n. 93 del 2010 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, per contrasto con l'art. 117 Cost., l'art. 4 della legge n. 1423 del 1956 e l'art. della legge n. 575 del 1965 nella parte in cui non consentivano che, su istanza degli interessati, il procedimento di applicazione delle misure di prevenzione si svolgesse davanti al Tribunale ed alla Corte d'Appello nelle forme di udienza pubblica sul rilievo della violazione dell'art. 6, paragrafo 1, della CEDU».

<sup>34</sup> Cfr. sentenza in commento pag. 13. Inoltre sul processo di giurisdizionalizzazione delle misure di prevenzione la Corte costituzionale ha costantemente affermato la compatibilità delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali, con la Costituzione. Per le misure personali: Corte. cost. sent. 14 giugno 1956, n. 2, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 553; Corte. cost., sent. 5 maggio 1959, n. 27, *ivi*, 1959, I, 1, 721; Corte. cost., sent. 28 dicembre 1962, n. 126, *ivi*, 1963, I, 1, 435; Corte. cost., sent. 23 marzo 1964, n. 23, in *Giur. cost.*, 1964, 193, con nota di P. NUVOLONE, *Legalità e prevenzione*; Corte. cost., sent. 25 maggio 1970, n. 76, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 1014; Corte. cost., sent. 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur. cost.*, I, 1535, con nota di M. BRANCA, *In tema di fattispecie penale e riserva di legge*; Corte. cost., sent. 5 maggio 1983, n. 126, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 412, con nota di C. PELUSO, *Prescrizioni imposte con la sorveglianza speciale e con la libertà vigilata: solo profili di costituzionalità*. Per le misure patrimoniali: Corte. cost., sent. 28 dicembre 1993, n. 465, in *Cass. Pen.*, 1994, 884; Corte. cost., sent. 20 novembre 1995, n. 487, *ivi*, 1996, 1063; Corte. cost., sent. 8 ottobre 1996, n. 335, *ivi*, 1997, 334; Corte. cost., sent. 9 febbraio 2012, n. 21, in *questa Rivista*, con nota di F. MENDITTO, *La confisca di*

legislativo ha determinato il progressivo ampliamento della “platea” dei potenziali destinatari delle misure di prevenzione patrimoniali «... in concomitanza con l’affermazione di linee strategiche di politica criminale volte a farne strumento di efficace contrasto a fenomenologie criminali, mafiose ...»<sup>35</sup>.

4. A causa della mancata chiarezza delle novelle del 2008 e del 2009 si è alimentato un vivace dibattito, sia in dottrina che in giurisprudenza, sull’applicazione retroattiva – o meno – delle nuove disposizioni in materia di misure di prevenzione, senza dubbio più sfavorevoli.

Secondo una prima interpretazione, le nuove disposizioni si sono limitate a riconoscere l’esistenza di ipotesi già previste in cui il nesso di accessorietà tra misure personali e patrimoniali era attenuato, con espressa previsione della confisca dei beni ritenuti nella disponibilità del proposto deceduto dopo il provvedimento di primo grado (già consentita dalla giurisprudenza) ed estensione alle nuove ipotesi a) di morte del proposto prima della confisca di primo grado, ma dopo l’inizio del procedimento; b) alla proposta avanzata dopo il decesso del titolare dei beni, nei cinque anni dalla morte<sup>36</sup>.

Secondo altri è stato ribaltato il principio di accessorietà, divenendo regola generale l’applicazione disgiunta delle misure, con riconoscimento legislativo della “intrinseca” pericolosità dei beni confiscabili alla persona solo perché non in condizione di giustificarne la legittima provenienza e indipendentemente dalla sua pericolosità<sup>37</sup>.

Tuttavia parte della dottrina ha continuato ad affermare la natura sanzionatoria della confisca di prevenzione<sup>38</sup>, mentre, secondo altri, l’introduzione del principio di applicazione disgiunta della misura patrimoniale, ha confermato la natura preventiva della confisca *de quo*<sup>39</sup>. Da ultimo va segnalato un ulteriore orientamento che, valorizzando la finalità di sottrarre alla criminalità – soprattutto

---

*prevenzione nei confronti del ‘morto’*: un non liquet della corte costituzionale, con rinvio a interpretazioni costituzionalmente orientate, anche in *Giur. cost.*, 2012, 242 con nota di F. LICATA, *La costituzionalità della confisca antimafia nei confronti degli eredi: un altro passo verso la definizione della natura dell’actio in rem*.

La Corte costituzionale e la giurisprudenza di merito propongono frequentemente una lettura costituzionalmente orientata delle norme, prima ancora di prospettare lo scrutinio di costituzionalità; cfr. Corte cost., sent. 23 dicembre 1993 n. 465, cit.; Corte cost. sent. 7 luglio 2010 n. 282, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un inquadramento delle problematiche relative al procedimento di prevenzione e al giusto processo, cfr. A. MANGIONE, *Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio del giusto processo: riflettendo sull’art. 111 Cost.*, in AA. VV., *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il “Pacchetto Sicurezza”*, a cura di F. CASSANO, Roma, 2009.

<sup>35</sup> Cfr. sentenza in commento, 13.

<sup>36</sup> Cfr. testualmente F. MENDITTO, *Le Sezioni Unite verso lo Statuto della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 maggio 2014, cit. pag. 19. Sul punto anche G. BATTISTA, *Misure di prevenzione patrimoniali antimafia e “pacchetto sicurezza” del 2008: un equilibrio instabile tra efficienza del sistema e recupero delle garanzie*, in AA. VV. *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il “pacchetto sicurezza”* a cura di F. CASSANO, cit. 333 ss.

<sup>37</sup> Cfr. F. MENDITTO, *Op. ult. cit.*, p. 14; L. FILIPPI, *Il sistema delle misure di prevenzione dopo la «controriforma» del 2008*, in *Atti dell’incontro di studi tenuto dal CSM*, Roma 24-26 settembre 2008.

<sup>38</sup> Cfr. V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e Diritto dell’Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, 43 ss.

<sup>39</sup> In argomento F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92*, cit., 282 ss, 358 ss.

organizzata – la ricchezza di origine illecita, al di là delle formule definitorie, richiede un più rigoroso accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare<sup>40</sup>.

4.1. Con riferimento alle misure di prevenzione, il dato giurisprudenziale presenta forti contrasti soprattutto in ordine all'applicazione retroattiva delle novelle del 2008 e del 2009 e alla natura giuridica (sanzionatoria o preventiva) della confisca prevista all' art. 2-ter della l. n. 575/1965 come riformato.

Prima della riforma introdotta con le citate novelle, l'orientamento prevalente, risalente alla sentenza Simonelli delle Sezioni unite del 1996, considerava la confisca *ex art. 2-ter* non avente carattere penale, nè di prevenzione, ma riconduceva l'istituto nell'ambito di quel "*tertium genus*" costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prescritta dall'art. 240 c.p., co. 2, con conseguente applicazione della disciplina *ex art. 200 c.p.*<sup>41</sup>.

La giurisprudenza ha sempre dedotto dalla natura di misura preventiva della confisca, *ex art. 2-ter*, l'estensione dell'ambito di applicazione di quest'ultima ai beni acquistati prima dell'entrata in vigore della l. n. 646/1982, attesa la non applicabilità del principio di irretroattività alla confisca in questione, che colpisce i beni dell'indiziato posseduti al momento dell'applicazione della misura, allo scopo di impedirne, nel futuro, l'utilizzazione per la commissione di reati<sup>42</sup>. Ad avviso della Suprema corte, nella sentenza Simonelli, tale disciplina non viola l'art. 2 c.p., che si riferisce alle pene inflitte per un determinato fatto-reato e non alle misure di prevenzione; tale principio non risulterebbe violato «stante il chiaro disposto dell'art. 200 comma secondo c.p., né l'art. 25 della Costituzione, il quale non pone limiti di irretroattività alle misure di sicurezza e, quindi, stante il parallelismo tra le due categorie, nemmeno alle misure di prevenzione»<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Cfr. A. M. MAUGERI, *Le Sezioni Unite devono prendere posizione: natura della confisca antimafia; l'applicabilità del principio di irretroattività, la necessità della "correlazione temporale"*, cit.

<sup>41</sup> Cass. pen., sez. un., 3 luglio 1996 n. 18, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. pen., sez. I, 15 giugno 2005 n. 27433.

<sup>42</sup> Corte di cassazione, 12 maggio 1986, Oliveri, in *Riv. pen.* 1987, m. 499; Corte di cassazione, 4 gennaio 1985, Pipitone, in *Cass. pen.* 1986, 378; Cass., 7 agosto 1984, Aquilino, in *Foro it.* 1987, c. 273, con nota favorevole di G. FIANDACA; Cass., 28 febbraio 1995, n. 775; conforme R. CENICCOLA, *Le misure patrimoniali antimafia nell'esperienza applicativa*, in *Giur. mer.* 1985, 1253 ss.; F. CASSANO, *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni*, Giuffrè 1998, 178; P. V. MOLINARI, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. del dir. Aggiorn.*, vol. II, Varese 1998, 579

<sup>43</sup> Cass. pen., sez. un., 3 luglio 1996 n. 18. Cass., 17 maggio 1984, Sibilina, in *Giust. pen.* 1985, III, c. 95; Cass., 30 gennaio 1985, Piraino, in *Cass. pen. Mass. ann.* 1986, 2030; Cass., 24 novembre 1986, Bontade, *ivi*, 1988, 926; Cass., 9 dicembre 1986, Piccolo, in *Giust. pen.* 1988, c. 8; Cass., 11 febbraio 1987, Gambino, in *Ced. Cass.* n. 00050, rv. 175089; Cass., 16 febbraio 1987, Cirillo, in *Cass. pen.* 1988, 926; Cass., 19 settembre 1988, Inchiappa, in *Ced. Cass.*, n. 179305; Cass., 17 novembre 1989, Nuvoletta ed altri, in *Giust. pen.* 1991, III, c. 354; Cass., 20 agosto 1992, Vadalà, in *Cass. pen.* 1993, 2092; Cass., 29 settembre 1995, Trischitta, n. 203314; Cass. 3 ottobre 1996, Sibilina, in *C.P.E.D. Cass.* N. 207140; Cass. 19 maggio 1999, Musliu, *ivi*, n. 213941; Cass. 12 gennaio 2000, Castellazzi, in *C.P.E.D. Cass.* N. 215362; Cass., Sez. I, 19 maggio 2000, Carrozzo, *ivi*, n. 216185; Cass., S.U., 30 maggio 2001, Derouach, in *Foro it.* 2001, II, 502 - 504; Cass. 30 maggio 2001, Penasse, in *Dir. pen. e proc.* 2001, 1375; Cass. 5 aprile 2002, n. 18517, Stangolini, in *Cass. pen.* 2003, 1895. Sono state dichiarate infondate le relative eccezioni di illegittimità costituzionale per violazione degli art. 24, 25 e 42 della Costituzione in quanto la normativa antimafia si riferisce a beni "di cui dispone l'indiziato direttamente o indirettamente (...), nel momento di applicazione della misura in considerazione dell'attuale appartenenza del soggetto ad associazioni mafiose, delle illecite modalità di acquisizione o della riproducibilità di ricchezza inquinata all'origine, sicché anche il bene, per le dette condizioni, finisce con l'essere uno strumento di sviluppo dell'organizzazione mafiosa, dei suoi membri e quindi pericoloso anch'esso". Cass., 18 maggio 1992, Vincenti ed altri, in *Cass. pen.* 1993, 2377; Cass., 15 febbraio 1989, Angiollieri, *ivi* 1990, 673; Cass., 13 febbraio 1989, Riscato ed altro, in *Giust. pen.* 1990, III, c. 457;

Quest'orientamento è stato ripetutamente confermato dalla Suprema Corte anche in seguito alle riforme del 2008 e del 2009<sup>44</sup>, precisando che «le scelte di politica criminale sottese agli interventi operati dal legislatore con le novelle del 2008 e del 2009 incidono sulla sfera dei diritti, costituzionalmente tutelati, di proprietà e di iniziativa economica, il cui ambito di applicazione, tuttavia, ben può essere limitato nell'interesse delle esigenze di sicurezza e dell'utilità generale (art. 41 Cost., comma 2), nonchè della funzione sociale della proprietà (art. 42 Cost., comma 2), secondo contenuti e finalità le cui concrete modulazioni non possono che definirsi nell'ambito della discrezionalità propriamente riservata al legislatore, tenuto conto dell'esigenza, generalmente condivisa e più volte posta in luce dalla giurisprudenza di questa Suprema corte<sup>45</sup> di sottrarre i patrimoni accumulati illecitamente alla disponibilità dei soggetti che non possono dimostrarne la legittima provenienza»<sup>46</sup>.

Anche la pronuncia della Corte costituzionale n. 21 del 2012<sup>47</sup>, – che ha ritenuto conforme ai principi costituzionali il procedimento di prevenzione patrimoniale laddove coinvolga i successori del soggetto defunto prima dell'inizio del procedimento –, ha confermato questo indirizzo, riconoscendo una sorta di costituzionalità alla separazione delle misure personali dalle patrimoniali<sup>48</sup>.

Il tradizionale orientamento secondo cui la confisca di prevenzione soggiacerebbe al canone di cui all'art. 200 c.p., è stato ribadito dalla prima Sezione della Suprema corte di cassazione nella sentenza Ferrara del 2013<sup>49</sup>, in cui si è confermata, pur dopo le novelle del 2008 e del 2009, la riconducibilità della confisca di prevenzione al regime di retroattività previsto in tema di misure di sicurezza<sup>50</sup>: «la più volte menzionata riforma, nel concentrare l'attenzione sulla pericolosità del bene, connessa direttamente alle modalità di acquisto, non [avrebbe] mutato la natura della confisca, che può ancora essere ritenuta priva di carattere sanzionatorio di natura penale e quindi riconducibile, per le oggettive diversità dalle misure di prevenzione in senso stretto, a un “*tertium genus* costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza

---

Cass., 2 aprile 1987, Greco ed altri, in *Cass. pen.* 1987, 2214; Cass., 12 maggio 1986, Oliveri, in *Riv. pen.* 1987, m. 499; Cass., 3 febbraio 1986, Pullarà, in *Cass. pen.* 1987, 814; Cass., 30 gennaio 1985, Piraino, in *Cass. pen. Mass. ann.* 1986, 2030; Cass., 4 gennaio 1985, Pipitone, in *Cass. pen.* 1986, 378; Cass., 7 agosto 1984, Aquilino, in *Foro it.* 1987, c. 273, con nota di G. FIANDACA.

<sup>44</sup> Cass., 9 novembre 2012, n. 12003, B. e altro, *ivi*; Cass., sez. II, 14 marzo 2012, n. 21894, C.F., in *Cass. pen.* 2013, 4, 1600; Cass., sez. V, 20 gennaio 2010, n. 16580, De Carlo, *Rv.* 246863. Cass., 20 gennaio 2010, n. 11006; Cass., 26 maggio 2009, n. 26751.

<sup>45</sup> Si veda, ad es., la pronuncia resa da Sez. Un., n. 18 del 03/07/1996.

<sup>46</sup> Cfr. testualmente A. MAUGERI, *La resa dei conti: alle Sezioni Unite la questione sulla natura della confisca antimafia e sull'applicazione del principio di irretroattività*, in *dir. pen. cont.*. Cfr. Cass., n. 1442 del 2012, 10

<sup>47</sup> Corte cost., sent. 9 febbraio 2012, n. 21. La Corte cost. ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale della L. n. 575/1965, art. 2-ter, c. 11, sollevate in relazione agli artt. 24 e 111 Cost. Cfr. anche Corte cost., ord. 30 luglio 2012, n. 216.

<sup>48</sup> In questa direzione F. LICATA, *La costituzionalità della confisca antimafia nei confronti degli eredi: un altro passo verso la definizione della natura dell'actio in rem*, in *Giur. cost.* 2012, 242 s.. Timori per la violazione dei diritti di difesa e del contraddittorio derivanti dalla separazione in questione, invece, in N. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità «patrimoniale»*, in A. BARGI – A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia penale patrimoniale*, Torino 2011, 125; A. MANGIONE, *La confisca di prevenzione dopo i «due» pacchetti sicurezza*, in S. MAZZARESE – A. AJELLO (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, Milano 2010, 61.

<sup>49</sup> Cass., Sez. I, 17 maggio 2013, Ferrara, in *Mass. Uff.*, n. 256141.

<sup>50</sup> Cfr. G. CIVELLO, *La sentenza “Spinelli” sulla confisca di prevenzione: resiste l'assimilazione alle misure di sicurezza, ai fini della retroattività della nuova disciplina normative*, in *Archivio Penale* 2015, n. 1, 7.

prescritta dall'art. 240, comma 2, c.p.». «La confisca», continua la prima Sezione, «risponde al fine di “eliminare dal circuito economico beni provenienti da attività che [...] devono ritenersi ricollegate alla ritenuta appartenenza del soggetto ad un'associazione di tipo mafioso”, e questa connotazione ne esclude il carattere sanzionatorio di natura penale»<sup>51</sup>.

Alla luce di queste osservazioni, sembra potersi affermare che le novelle normative del 2008 e del 2009 non hanno determinato alcuna inversione di tendenza dell'ordito legislativo, ma hanno sostanzialmente riconfermato i precedenti orientamenti. «*Il vero è*» – concludeva la Suprema corte nella sentenza Ferrara – «che l'interesse pubblico all'eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta illegittima provenienza, per l'appartenenza del titolare ad associazioni di tipo mafioso, sussiste per il solo fatto che quei beni siano andati ad incrementare il patrimonio del soggetto e prescinde dal fatto che perduri in capo a quest'ultimo lo stato di pericolosità, perché la finalità preventiva che si intende perseguire con la confisca risiede proprio nell'impedire che il sistema economico legale sia funzionalmente alterato da anomali accumuli di ricchezza, quale che sia la condizione del soggetto che poi si trovi a farne in qualsiasi modo uso»<sup>52</sup>.

4.2. Tale orientamento abbracciava sicuramente i principi espressi dalla Corte edu in tema di confisca di prevenzione. La Corte edu, infatti, non ha mai negato il riconoscimento della natura preventiva di tale misura<sup>53</sup>, partendo proprio dall'interpretazione sostanzialistica del concetto di “materia penale”<sup>54</sup>. La confisca antimafia rientra tra quelle misure (anche di carattere non penale) necessarie e adeguate alla protezione dell'interesse pubblico.

Tuttavia, la stessa Corte Edu, seppur da un lato ha sempre negato la natura sanzionatoria della confisca di prevenzione e l'applicazione, *ratione materiae*, dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (principio di irretroattività), e dell'art. 6, c. 2 (presunzione d'innocenza), nonché da ultimo dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 (*ne bis in idem*)<sup>55</sup>, dall'altro, a partire dal caso Labita<sup>56</sup>, ha riconosciuto la compatibilità con la Cedu delle misure di prevenzione solo in quanto fondate su una valutazione di pericolosità sociale del destinatario, così considerando non in contrasto con i principi

---

<sup>51</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 17 maggio 2013, Ferrara, cit.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> Per la Cedu la misura ha una funzione e una natura ben distinte rispetto alla sanzione penale; mentre quest'ultima tende a sanzionare la violazione di una norma penale, ed è subordinata all'accertamento di un reato e della colpevolezza dell'imputato, la misura di prevenzione non presuppone un reato e tende a prevenirne la commissione da parte di soggetti ritenuti pericolosi. Cfr. Corte eur. dei dir. dell'uomo, 22 febbraio 1994, Raimondo v. Italy, in Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, 1994, Série A vol. 281, 7; 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/1997; 25 marzo 2003, Madonia c. Italia, n. 55927/2000; 5 luglio 2001, Arcuri e tre altri c. Italia, n. 52024/1999; 4 settembre 2001, Riela c. Italia, n. 52439/1999; Bocellari e Rizza c. Italia, 13 novembre 2007, n. 399/2002; 2 febbraio 2010, Leone c. Italia, n. 30506/2007; 17 maggio 2011, Capitani e Campanella c. Italia, n. 24920/2007; 26 luglio 2011, Paleari c. Italia, n. 55772/2008; 26 luglio 2011, Pozzi c. Italia, n. 55743/2008.

<sup>54</sup> Parte della dottrina riconduce le misure di sicurezza nella nozione di “materia penale” elaborata dalla Corte EDU e, quindi, ne contesta la retroattività perché incompatibile con l'art. 7 della CEDU. Accogliendo tale tesi, che però non trova riscontro nella giurisprudenza della Corte EDU (cfr. nota par. 4.4), l'equiparazione tra misure di prevenzione e misure di sicurezza condurrebbe, comunque, all'applicabilità del principio d'irretroattività. Cfr. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 303 ss.; G. GRASSO, *Commento all'art. 200 c.p.*, in M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano 2011, 455 ss.

<sup>55</sup> Corte eur. dei dir. dell'uomo, 17 maggio 2011, Capitani e Campanella c. Italia, n. 24920/07, §§ 35 ss.

<sup>56</sup> Corte eur. dei dir. dell'uomo, Grande Camera, 1 marzo - 6 aprile 2000, Labita c. Italia, in [www.coe.int](http://www.coe.int).

della Cedu il fatto che le misure di prevenzione siano applicate nei confronti di individui sospettati di appartenere alla mafia anche prima della loro condanna, poiché tendono ad impedire il compimento di atti criminali.

Eppure, venendo meno il requisito dell'attualità della pericolosità sociale per l'applicazione della confisca di prevenzione, si dovrà in futuro verificare se la Corte Edu resterà della medesima opinione<sup>57</sup> o se, alla stregua della scissione temporale tra requisito della pericolosità sociale del proposto ed applicazione della misura patrimoniale, non definisca la stessa quale misura di carattere afflittivo e, pertanto, a natura sanzionatoria<sup>58</sup>.

4.3. Proprio da queste premesse scaturisce la Sentenza Occhipinti n. 1044 del 2013<sup>59</sup> che contrasta l'indirizzo maggioritario e che, in clamorosa rottura con l'orientamento consolidato<sup>60</sup>, ha affermato la natura "oggettivamente sanzionatoria" della confisca di prevenzione, applicando, di conseguenza, il principio di irretroattività. Questa posizione trae origine dall'interpretazione sostanzialistica che la Corte di cassazione dà alla nozione di "materia penale", che, secondo i principi della Corte Edu – a cui si riconosce carattere vincolante<sup>61</sup> – impone di accertare la natura della sanzione, al di là della qualifica formale.

In particolare, la quinta Sezione ha ribaltato l'orientamento tradizionale in *subiecta* materia, sostenendo che, a seguito delle novelle del 2008 e del 2009, la confisca di prevenzione – una volta smarrito il nesso funzionale rispetto ad una accertata ed attuale pericolosità sociale del proposto al momento della misura – avrebbe perso la propria connotazione strettamente preventiva, divenendo sanzione di carattere afflittivo, come tale sottoposta al divieto di retroattività, *ex art. 25, co. 2, Cost. e art. 2, c.p.*<sup>62</sup>

---

<sup>57</sup> La Corte Europea non ha sinora affrontato la questione specificamente, ma anche in recenti sentenze pronunciate in seguito alla riforma ha stabilito che "la confisca dei beni in base all'articolo 2 ter della legge 1965, è volta ad evitare l'uso non autorizzato e socialmente pericoloso di beni la cui provenienza legittima non è stata dimostrata.

<sup>58</sup> In realtà in dottrina si contesta la stessa retroattività delle misure di sicurezza ritenendola incompatibile con l'art. 7 della CEDU facendo rientrare le misure di sicurezza nella nozione autonoma di materia penale elaborata dalla Corte EDU, anche se la Suprema corte e la Corte costituzionale hanno reputato non in contrasto con la Carta costituzionale e segnatamente con il principio di irretroattività sancito dall'art. 25 Cost. la diversa regola dettata dall'art. 200 c.p., facendo essenzialmente leva sul necessario collegamento che deve sussistere tra la misura di sicurezza e la condizione di pericolosità, la quale ultima si fonda su una situazione per sua natura attuale.

<sup>59</sup> Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012 (dep. 25 marzo 2013), n. 14044, Occhipinti, Pres. Zecca, Est. Micheli.

<sup>60</sup> Cfr. A. M. MAUGERI, *Le Sezioni Unite devono prendere posizione: natura della confisca antimafia; l'applicabilità del principio di irretroattività; la necessità della "correlazione temporale"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, cit., 11.

<sup>61</sup> Cfr. Corte cost., 4 aprile 2011, n. 113, D.P., in G.U. 13 aprile 2011 (<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>); Corte cost., 7 marzo 2011, n. 80, in G.U. 13 marzo 2011 (<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>); Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93, S.V., in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, 3, 297; Corte cost., 27 febbraio 2008, n. 39, in *Foro it.*, 2008, 4, I, c. 1037; Corte cost., 30 aprile 2008, n. 129, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 3, 881; Cass., 12 novembre 2008, n. 45807, D., in *Foro it.*, 2009, 2, II, c. 65; Cass., 1 dicembre 2006, Dorigo, in *Cass. pen.*, 2007, 1448 s., con nota di DE MATTEIS; cfr. R. MASTROIANNI, *L'ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con le regole comunitarie e dell'Unione europea. La posizione della Corte Costituzionale Italiana*, in *Dir. com. e degli scambi intern.*, 2009, 439; DRZEMCZEWSKY, *Art. 46. Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*, in S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 685 ss.; T. E. EPIDENIO, *Forza vincolante delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e giudicato penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 94 s.; R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007; V. MANES, *Art. 7, §§ I – XV*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 272 ss.

<sup>62</sup> In argomento, G. CIVELLO, *op. cit.*, 14.

In particolare, ha osservato la Suprema corte, «per effetto delle modifiche apportate dalla l. n. 125 del 2008 all'art. 2-bis, co. 6-bis, della l. n. 575 del 1965, le misure patrimoniali possono applicarsi, ricorrendone i presupposti ai sensi dell'art. 2-ter, co. 2 e 3, anche laddove non vi sia spazio per una misura personale. La possibilità di applicazione di misure di prevenzione patrimoniali, disgiunta da misure personali, pone tuttavia non pochi problemi interpretativi<sup>63</sup>»; «... non è più possibile equiparare la confisca misura di prevenzione ad una misura di sicurezza laddove è venuto meno il comune presupposto e cioè il giudizio di pericolosità sociale attuale: laddove del giudizio di attualità della pericolosità sociale si possa fare a meno, ed una misura di prevenzione (patrimoniale) possa essere disposta anche prescindendo da una tale verifica, non sembra possibile ricavare regole formali per la disciplina di quel procedimento da una norma, l'art. 200 c.p., che fonda la sua ragion d'essere proprio su quell'indefettibile presupposto»<sup>64</sup>.

Tuttavia, come osservato da parte della dottrina, tale modello di confisca antimafia, proposto dalla sentenza Occhipinti, non è scevro da perplessità; non basta, infatti, il riconoscimento della confisca antimafia come “sanzione” e l'applicabilità del principio di irretroattività per rendere, la confisca in esame, magicamente conforme ai principi di uno Stato di diritto. Ci si chiede innanzitutto se si possa ammettere una sanzione – per altro non commisurabile se non in base al valore dei beni confiscabili, in mancanza di una condanna, o comunque dell'accertamento del fatto all'origine della sanzione – se non in termini di giudizio indiziario di pericolosità sociale: può un tale giudizio giustificare e fondare in uno Stato di diritto una sanzione che può colpire un intero patrimonio, limitando non solo il diritto di proprietà ma anche la libertà d'iniziativa economica, e che si applica anche nei confronti di un morto?<sup>65</sup>.

Il contrasto in seno alla giurisprudenza risultava palese e rendeva, quindi, necessaria la remissione della questione alle Sezioni unite. Sicché, la VI Sezione della Cassazione, con ordinanza n. 11752 del 30 gennaio 2014, ha investito le Sezioni unite della seguente questione di diritto: «se in conseguenza delle modifiche introdotte dalla legge n. 125 del 2008 e dalla legge n. 94 del 2009 all'art. 2 bis della legge n. 575 del 1965, la confisca emessa nell'ambito del procedimento di prevenzione possa essere ancora equiparata alle misure di sicurezza o abbia assunto connotati sanzionatori e se, quindi, ad essa sia applicabile, in caso di successione di leggi penali nel tempo, la previsione di cui all'art. 200 c.p. o quella di cui all'art. 2 c.p.».

In altri termini ci si chiede se si ritenga applicabile, alle misure di prevenzione patrimoniali, l'art 200 c.p., dettato per le misure di sicurezza: troverebbe così ingresso il principio di applicabilità della legge in vigore nel momento della decisione, anche con riferimento a beni acquistati prima delle modifiche normative che hanno esteso i presupposti della confisca. Opererebbe, invece, il principio di irretroattività laddove venisse ritenuta la natura sanzionatoria e afflittiva della misura<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr. sentenza Occhipinti, 9.

<sup>64</sup> Cfr. sentenza Occhipinti, 10.

<sup>65</sup> In argomento, A. M. MAUGERI, *op. ult. cit.*, 11 e 12. Cfr. A. MANGIONE, *La confisca di prevenzione dopo i “due” pacchetti-sicurezza, cit.*, 78- 79; *sull'opportunità di applicare la confisca senza condanna*, cfr. E. NICOSIA, *op. cit.*, 83 e in generale 76 ss.; in materia sulle ipotesi in cui si rende opportuna una confisca senza condanna, cfr. M. PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1672, in particolare 1702 ss.

<sup>66</sup> Cfr. F. MENDITTO, *Op. ult. cit.*, p. 18.

5. Le Sezioni unite, con la sentenza in commento, hanno ribadito l'orientamento maggioritario, secondo cui, pur a seguito delle novelle del 2008 e del 2009 – e, dunque, pur al cospetto di una misura ablatoria resasi autonoma dall'accertamento di un'attuale pericolosità in capo al proposto – la confisca di prevenzione non assumerebbe, comunque, le forme di una sanzione afflittiva para-penale e, dunque, soggiacerebbe al canone di retroattività proprio delle misure di sicurezza previste dall'art. 200 c.p.

Invero le Sezioni unite arrivano ad una siffatta scelta interpretativa attraverso un *iter* logico argomentativo non scevro da perplessità.

Innanzitutto, la Corte si chiede se, a seguito del caotico *iter* legislativo in materia, la confisca di prevenzione abbia subito una “mutazione genetica” e debba oggi, a dispetto dell'indirizzo maggioritario, essere equiparata ad una misura a carattere sanzionatorio.

I giudici di legittimità definiscono la confisca come: un istituto neutro, ossia capace di assumere natura e fisionomia diverse a seconda del regime normativo che la contempli; camaleontico, capace cioè di adattarsi all'ambiente normativo di riferimento e di recepirne le peculiari finalità che il legislatore intenda di volta in volta perseguire; ablativo, che consiste (e questo è ovvio) nell'acquisizione coattiva del bene da parte dello Stato con contestuale spoliazione del soggetto destinatario della misura.

Secondo le Sezioni unite, per poter comprendere la natura giuridica della confisca di prevenzione e, conseguentemente, arrivare a dare una risposta in ordine alla sua assimilazione, o meno, alle misure di sicurezza, con conseguente applicazione dell'art. 200 c.p. in materia di retroattività, l'indagine deve orientarsi teleologicamente ed occorre, quindi, individuare il fine, il *telos* che il legislatore ha voluto perseguire con le modifiche apportate con la novella del 2008 e del 2009.

La Corte, in particolare, evidenzia come il profilo interpretativo abbia attribuito alla confisca, di volta in volta, diversa natura: di misura di sicurezza (per esempio confisca *ex art.* 240 c.p.); sanzionatoria (come ad esempio alla confisca per equivalente); amministrativa (per esempio la confisca urbanistica); sanzione penale di natura accessoria (come ad esempio la c.d. confisca stradale)<sup>67</sup>.

Secondo la Corte, inoltre, in merito alla confisca di prevenzione, che ha una vocazione alla definitività, con lo scopo di rimuovere i beni d'illecita provenienza dal circuito legale, le novelle del

---

<sup>67</sup> Affermano le Sezioni unite che «solo in via esemplificativa può ricordarsi che - pacifica, per formale inquadramento sistematico, la natura di misura di sicurezza della confisca di cui all'art. 240 c.p. - è stata attribuita natura sanzionatoria alla “confisca per equivalente” o “allargata” di cui all'art. 12 *sexies* del d.l. n. 306 del 1992 (da ultimo Sez. u. n. 33451 del 29-05-2014, Repaci, Rv. 260247), in linea, peraltro, con l'interpretazione dell'art. 7 CEDU elaborata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza del 09-02-1995 Welch. C. Regno Unito; ed alla confisca per equivalente, introdotta per i reati tributari, dall'art. 1 comma 143, legge n. 244 del 2007 (Sez. U., n. 18374 del 31-01-2013, Adani, Rv. 255037). Invece la “confisca urbanistica” prevista in materia di lottizzazione abusiva dall'art. 44 comma 2, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, è stata considerata, per consolidata interpretazione, una sanzione amministrativa e non già una misura di sicurezza di natura patrimoniale, pur permanendone il carattere sanzionatorio ai sensi dell'art. 7 CEDU, con riferimento alla sentenza Corte EDU 30-08-2007, Sud Fondi S.r.l. c. Italia, (Sez. 3, n. 36844 del 09-07-2009, Contò, Rv. 244923). Ed ancora, alla “confisca stradale”, ossia alla confisca del veicolo coinvolto nel sinistro, nelle ipotesi normativamente previste, la giurisprudenza ha costantemente assegnato natura di sanzione penale accessoria e non di misura di sicurezza patrimoniale (Sez. U., n. 23428 del 25-02-2010, Caligo, Rv. 247042), pur se il nuovo articolo 224ter cod. strada, introdotto dall'art. 44 della legge 20 luglio 2010, n. 120, l'ha qualificata espressamente come “sanzione amministrativa accessoria”. Ed infine, alla confisca in esame, la giurisprudenza pressoché unanime, ha attribuito connotazione preventiva». Cfr. sentenza in commento, 19-20.

2008 e del 2009, pur incidendo sull'attualità della pericolosità sociale, non ne hanno modificato la sua natura giuridico preventiva: «la pericolosità del soggetto inciso è –anche nel nuovo regime normativo – ineludibile presupposto di applicabilità della stessa misura reale, relativamente alla quale è dato ora prescindere solo dalla verifica dall'attualità di quella stessa condizione»<sup>68</sup>.

Tanto premesso, non sembra alle Sezioni unite che il nuovo precipitato normativo consenta di ritenere che l'applicazione della confisca di prevenzione possa risultare avulsa dal presupposto della pericolosità del proposto. Ma l'applicazione della confisca può solo prescindere dalla verifica dell'attualità di siffatta condizione di pericolosità. Secondo la Corte ha senso parlare di “attualità della pericolosità” solo per le misure di prevenzione personali, in quanto sarebbe aberrante una misura di prevenzione applicata ad un soggetto non più socialmente pericoloso, e non anche a quelle patrimoniali<sup>69</sup>. Infatti per quest'ultime è necessaria la pericolosità del proposto solo al “momento dell'acquisto illecito del bene”, e, «se così è, e se tale rapporto è indefettibile, nel senso che in tanto può essere aggredito un determinato bene, in quanto chi l'abbia acquistato fosse, al momento dell'acquisto, soggetto pericoloso, resta esaltata la funzione preventiva della confisca in quanto volta a prevenire la realizzazione di ulteriori condotte costituenti reato, stante l'efficacia deterrente della stessa ablazione»<sup>70</sup>.

In pratica, secondo la Corte, nelle misure di prevenzione personali l'attenzione è rivolta alle qualità soggettive del proposto e non si può prescindere dall'attualità della pericolosità sociale. Invece per le misure patrimoniali l'attenzione si sposta sulla *res* che si reputa “pericolosa”; in pratica la pericolosità sociale del soggetto acquirente si riverbera sul bene acquistato, si “trasferisce” sulla *res* e resta, a prescindere se nel momento in cui viene applicata la confisca non vi è l'attualità della pericolosità sociale in capo al proposto.

In altri termini, secondo la Corte, la pericolosità sussistente in capo al soggetto finisce con l'“oggettivarsi” traducendosi in attributo obiettivo o “qualità” peculiare del bene, e la prova di tale assunto è riscontrabile nella nuova disciplina del 2009, che, appunto, consente di applicare le misure patrimoniali anche in caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione<sup>71</sup>. È, dunque, lo

---

<sup>68</sup> Cfr. sentenza in commento, 22

<sup>69</sup> Le Sezioni unite affermano: «ed infatti, se rispetto alla misura di prevenzione personale il requisito della persistente pericolosità continua ad avere una ragion d'essere, in quanto, ben potendo quella risolversi nel tempo o grandemente scemare, sarebbe aberrante – siccome oggettivamente inutile, se non per finalità surrettizie o pretestuose – una misura di prevenzione applicata a soggetto non più socialmente pericoloso; invece, quanto alla misura patrimoniale, la conotazione di pericolosità è immanente alla *res*, per via della sua illegittima acquisizione, e ad essa inerisce “geneticamente”, in via permanente e, tendenzialmente, indissolubile. Ciò significa che presupposto ineludibile di applicazione della misura di prevenzione patrimoniale, continua ad essere la pericolosità del soggetto inciso, ossia la sua riconducibilità ad una delle categorie soggettive previste dalla normativa di settore ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione. Correttamente, pertanto, la giurisprudenza di questa Corte ha precisato che, anche nei casi di applicazione disgiunta, il giudice della prevenzione debba valutare, sia pure incidenter tantum, la condizione di pericolosità del soggetto nei cui confronti sia richiesta la misura patrimoniale. Ciò in quanto la confisca disgiunta non è istituto che ha introdotto nel nostro ordinamento una diretta *actio in rem*, restando imprescindibile il rapporto tra pericolosità sociale del soggetto e gli incrementi patrimoniali da lui conseguiti (Sez. 1, n. 48882, del 08-10-2013, San Carlo Invest, Rv. 257605)».

<sup>70</sup> Cfr. sentenza in commento, 25-26.

<sup>71</sup> Secondo la Corte: «Ciò è evidente in caso di morte del titolare, già pericoloso, ovvero di trasferimento o fittizia intestazione, posto che il bene è aggredibile anche in capo dell'avente causa, a titolo universale o particolare. Infatti è evidente che, in siffatta ipotesi, la confiscabilità in danno ad eredi o apparenti non può più trovare giustificazione nel rapporto pertinenziale *res* soggetto proposto, potendo giustificarsi solo in ragione della “qualità” oggettiva dello stesso bene, sic-

stesso mantenimento del bene nel sistema legale di circolazione che è pericoloso (c.d. pericolosità dei beni), ed in questo risiede l'acclarata e ribadita natura preventiva della confisca *ex art. 2-ter* della legge n. 575/1965, cioè evitare che il titolare del bene, anche se "attualmente" non più pericoloso (ma lo era al momento dell'acquisto) utilizzi il bene "oramai pericoloso" per commettere reati.

«In conclusione – afferma la Corte – alla stregua del principio di autonomia delle misure patrimoniali e, soprattutto, del principio di confiscabilità in danno agli eredi del soggetto pericoloso, assume una connotazione tutta particolare la dimensione di "pericolosità dei beni" che possono costituire oggetto della misura ablatoria. Con questa espressione deve, infatti, intendersi la qualità del bene siccome frutto di abituale dedizione al delitto ed alla mafiosità e quindi espressione, in entrambi i casi, di un metodo di illecita acquisizione. In quanto tale deve essere rimosso – in virtù di misura *praeter delictum* – dal mercato legale per la ritenuta necessità di impedire al soggetto pericoloso di continuare a disporre, anche in funzione di deterrenza dalla commissione di ulteriore attività illecita: e ciò vale sia che si tratti di pericolosità generica (come nel caso di specie), sia che si tratti di pericolosità qualificata»<sup>72</sup>.

Quindi, secondo le Sezioni unite, seppur le novelle del 2008 e del 2009 hanno da un lato sancito l'autonomia delle misure di prevenzione patrimoniali e, dall'altro, escluso per quest'ultime il requisito dell'attualità della pericolosità sociale del titolare del bene, non hanno inciso sulla natura preventiva della confisca che, come tale, resta assimilabile alle misure di sicurezza e risulta ad essa applicabile l'art. 200 c.p.

Alla luce di queste affermazioni le Sezioni unite aggiungono che: «a detta confisca debba continuare a riconoscersi finalità prettamente preventiva al di là di ogni possibile riflesso "parasanzionatorio", tale da non offuscare l'essenza precipua della confisca, quale strumento inteso, eminentemente, a dissuadere il soggetto inciso dalla commissione di ulteriori reati e da stili di vita contrastanti con le regole del consorzio civile»<sup>73</sup>.

Ciò consente alla Cassazione di affermare che la confisca di prevenzione, non avendo carattere ontologicamente afflittivo, continua a mantenere il proprio carattere *stricto sensu* preventivo e, per ciò, non soggiace al divieto di retroattività di cui all'art. 25, comma 2, Cost<sup>74</sup>.

Le Sezioni unite, risolta la questione di diritto, rigettano i ricorsi e condannano le ricorrenti al pagamento delle spese processuali.

6. Le Sezioni unite risolvono un'importante questione di diritto che da anni divideva la giurisprudenza. Ci si chiede se tale sentenza possa definirsi "storica" e abbia segnato una svolta decisiva in tema di qualificazione della natura giuridica della confisca di prevenzione, o se tale ultimo approdo giurisprudenziale non sia altro che espressione del *trend* politico di riferimento.

---

come, a suo tempo, acquistato da persona socialmente pericolosa e, come tale, presumibile frutto di metodo di acquisizione illecita. E, proprio perché esso stesso è divenuto "oggettivamente pericoloso", va rimosso, eo ipso, dal sistema di legale circolazione». Cfr. sentenza in commento, 26.

<sup>72</sup> Cfr. sentenza in commento, 28.

<sup>73</sup> Ne è una prova, secondo la Corte, «la già rilevata confiscabilità anche in danno degli eredi o aventi causa, costituisce la più eloquente conferma della persistente connotazione preventiva della misura ablatoria, escudendone la natura sanzionatoria».

<sup>74</sup> Cfr. G. CIVELLO, *op. cit.*, 11.

Di certo non si può negare che le Sezioni unite, con la sentenza in commento, abbiano percorso la strada più facile attese le ripercussioni che si sarebbero potute avere riconoscendo alla confisca di prevenzione natura sanzionatoria con conseguente applicazione dell'art. 2 c.p. Ciò avrebbe impedito di applicare retroattivamente le disposizioni –non di favore- contenute nelle novelle del 2008 e del 2009, con conseguente esclusione, dal novero della confisca, di molti beni di presunta derivazione illecita appartenenti alle associazioni di stampo mafioso.

Ma, ciò nonostante, non si può di certo affermare che nella sentenza la Corte abbia seguito un *iter* logico-argomentativo coerente, laddove più volte si contraddice definendo, ad esempio, la confisca di prevenzione una misura di “carattere afflittivo”, “a efficacia deterrente”, caratteristiche proprie della sanzione penale.

Ne sembra convincente l'argomento, descritto dalla Corte, circa la natura di “oggettiva pericolosità” della *res*. Seppur da un lato può verosimilmente apparire esatto l'assunto circa il dinamismo dell'azione umana che impartirebbe alla *res* (di per sé statica e inerte) un permanente suggello di disapprovazione da parte dell'ordinamento<sup>75</sup>, dall'altro ci si chiede se sia altrettanto vero che, una volta venuta meno la pericolosità del soggetto che ha acquistato il bene, la stessa *res*, vada ancora considerata “oggettivamente pericolosa”.

Come sottolineato in dottrina<sup>76</sup>, nel caso in cui il proposto sia un soggetto che abbia ormai perso la propria qualità di “pericoloso”, l'ordinamento non avrebbe più alcuna possibilità di sottrarre lui il bene con il pretesto di espungere definitivamente la *res* dal “circuito economico” di origine, poiché, prima ancora dell'intervento dello Stato, risulta essere radicalmente uscito da quello stesso “circuito di origine” proprio il soggetto che si sia determinato a smettere le vesti dello *status* di pericolosità. Ancora più arduo è, poi, immaginare come possa, ad esempio, un immobile, acquistato dal soggetto “in pendenza” dello *status* di pericolosità, una volta passato in proprietà dei suoi eredi, continuare a mantenere quella “intrinseca pericolosità” di cui la Cassazione cerca – ma solo invano – di dimostrare l'esistenza<sup>77</sup>.

Seppure è vero che, da un lato, possa avere senso sganciare l'applicazione della confisca di prevenzione dal requisito dell'attualità della pericolosità sociale – sì da far venir meno ed eliminare dal sistema legale di circolazione sicuramente un maggior numero di beni che si presume illecitamente acquisiti dal soggetto pericoloso socialmente –, dall'altro dovrebbe, a questo punto, riconoscersi natura sanzionatoria a tale forma di confisca che di “preventivo” ha ben poco nell'attuale scenario legislativo. Difatti l'ablazione del bene da parte dello Stato in un momento successivo alla pericolosità sociale del proposto, colloca la confisca di prevenzione al passato (cioè al momento in cui un “qualcosa presumibilmente è stato fatto”) e non al futuro: cioè la confisca, svincolata dal requisito dell'attualità della pericolosità sociale, non è più una misura ablatoria volta ad impedire che la *res*

---

<sup>75</sup> È pur vero che l'insorgere di un *status* di pericolosità in capo al soggetto è idoneo a imprimere ai beni dallo stesso acquisiti uno stigma di pericolosità (secondo la dialettica “statico/dinamico” prefigurata dalle Sezioni unite), poiché tali beni, nelle mani del soggetto pericoloso, potrebbero essere, ancora e in futuro, impiegati per finalità illecite. Cit. G. CIVELLO, *op. cit.*, 18.

<sup>76</sup> Cfr. G. CIVELLO, *op. cit.*, 15.

<sup>77</sup> Cfr. G. CIVELLO, *op. cit.*, 16.

venga impiegata illecitamente in futuro, ma diventa uno strumento per “punire” un precedente e passato stato di pericolosità sociale del soggetto.

Ed allora risulta chiaro che le Sezioni unite, nella commentata sentenza, sembrano “arrampicarsi sugli specchi”, in quanto è vero che la Corte supera la definizione di c.d. *tertium genus* della sentenza Simonelli; cerca, inoltre, ma disperatamente, di parlare di natura preventiva della confisca, adducendo come base della propria posizione la circostanza che oggi, in base alla nuova normativa, si possono confiscare i beni anche agli eredi del preposto defunto; inoltre parla di osmosi tra *res* e soggetto, ma tutto ciò avrebbe un senso solo proiettando la misura *pro futuro*, di guisa che, in tale ottica, la confisca perderebbe il connotato preventivo (che invece comporta un ragionamento per il passato) e la stessa non si dovrebbe che considerare di natura sanzionatoria.

Sembra che la sentenza in commento rappresenti solo un disperato e mal perseguito tentativo di confermare le scelte di politica criminale sottese all’istituto della confisca di prevenzione, appoggiando il *trend* che esiste in materia, onde evitare una possibile applicazione dell’art. 2 del c.p., con tutte le conseguenze del caso, laddove si riconoscesse – come in realtà è –, natura sanzionatoria alla confisca di prevenzione.

Tutto ciò si ripercuoterebbe sulla solidità del sistema penale e metterebbe in crisi anche l’aggregazione di consensi, che in chiave di prevenzione generale positiva, dovrebbe raccogliersi intorno ai principi fondamentali dell’ordinamento penale. Laddove un soggetto si vedesse confiscare un bene anche in un momento in cui non lo si può considerare pericoloso socialmente, apparirebbe come ingiusta la misura e ciò comporterebbe una disaggregazione, in quanto i consociati, assistendo all’applicazione di una misura ablativa scevra da qualsivoglia giudizio attuale di pericolosità sociale, non percepirebbero come giuste le norme da applicare al caso concreto.

Ma non solo: verrebbe svilito anche la presunzione di non colpevolezza di cui all’art. 27 comma 3 Cost. (*alias* presunzione di innocenza *ex art. 6 Cedu*) laddove, anche in assenza di pericolosità sociale, il consociato correrebbe il rischio di vedersi confiscare dei beni per fatti non provati ma solo presunti in base ad indizi di attività criminale in un periodo, tra l’altro, antecedente all’applicazione della misura.

In conclusione, la confisca di prevenzione, quale misura storicamente nata in ottica di incapacitazione economica del crimine organizzato e di lotta contro i c.d. “patrimoni criminali”, finisce con l’aver, alla luce delle nuove modifiche normative ed anche alla luce dell’inadeguatezza dell’approdo giurisprudenziale – svincolato da qualsiasi ragionamento coerente –, un impatto sanzionatorio e punitivo e non certamente preventivo.

Va segnalata anche la sentenza della Corte costituzionale, la n. 106/2015 che, dichiarando non fondata un’eccezione di illegittimità costituzionale<sup>78</sup> sollevata sempre dalla V Sezione della Corte di cassazione (che si ricorda aveva, con la sentenza Occhipinti, proposto per la natura sanzionatoria della confisca di prevenzione), sembra avere, al momento, confermato la Sentenza Spinelli circa la natura

---

<sup>78</sup> La Corte costituzionale, con la sentenza n. 106/15 ha risolto una questione molto dibattuta: se sia conforme a Costituzione la previsione che, nel caso di ricorso per cassazione contro il provvedimento che applica la misura della confisca in esito al procedimento di prevenzione, possa essere dedotto il solo vizio della violazione di legge, e non anche quelli ulteriori che vengono elencati all’art. 606 c.p.p., tra i quali, soprattutto, il cd. vizio di motivazione. La Corte ha escluso la prospettata illegittimità, dichiarando infondate le questioni sollevate, nella specie, dalla Corte di cassazione.

preventiva della confisca emessa all'esito di un procedimento di prevenzione. Segno, questo, che si vuole evitare di contraddire, in modo evidente, quelle scelte di politica criminale che fondano il sistema delle misure di prevenzione.

7. Da ultimo va segnalato che con il D.Lgs. n. 202 del 2016, pubblicato in G.U. n. 262 del 9 novembre 2016- il legislatore italiano ha dato attuazione agli obblighi stabiliti nella direttiva 2014/42/UE in materia di congelamento e confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione Europea. Le Sezioni unite Spinelli, nelle motivazioni, fanno un breve richiamo alla predetta direttiva prospettando come, anche a livello europeo, il tema della confisca senza condanna (che coinvolgerebbe la disciplina della confisca di prevenzione nel nostro ordinamento) sia attuale e rilevante in quanto appare quantomai necessario un riordino della disciplina sul punto. Tuttavia, la direttiva 2014/42/UE, che detta una serie di norme in tema di confisca volte all'armonizzazione della disciplina tra gli stati membri in ottica di cooperazione internazionale, poco e quasi nulla dice in tema di confisca senza condanna. Infatti, all'art. 4, co. 2, della direttiva, si prevede solo una forma minima di confisca senza condanna dei proventi e degli strumenti del reato, ossia solo in talune ipotesi assolutamente delimitate tra cui la malattia<sup>79</sup> o la fuga dell'indagato (o dell'imputato)<sup>80</sup>, richiedendo, tuttavia, che un procedimento in *personam* sia stato avviato «per un reato che può produrre direttamente o indirettamente un vantaggio economico e detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato»<sup>81</sup>.

Parte della dottrina<sup>82</sup>, parla di “perdita di occasione” dell'Unione Europea di indicare indirizzi univoci in materia di confisca senza condanna. Il Parlamento europeo non ha accolto, sul punto, una proposta di emendamento elaborato dalla Commissione LIBE che proponeva di adottare l'*actio in rem* come modello europeo di confisca senza condanna. Tale modello pretendeva, però, il riconoscimento della natura penale di tale forma di confisca ed il rispetto delle garanzie previste dalla Cedu per la “materia penale” (art. 6 e 7), a partire da un rigoroso *standard* della prova dell'origine illecita<sup>83</sup>, e forse proprio una tale presunzione ha decretato il fallimento della proposta.

Il legislatore Europeo, non accogliendo e non prevedendo una disciplina generale per la confisca senza condanna, ha sicuramente perso un'occasione per indicare linee di condotta univoche ed unitarie che avrebbero potuto portare concretamente alla realizzazione di quell'armonizzazione tanto auspicata in siffatta materia.

---

<sup>79</sup> Intesa come impedimento a comparire nel procedimento penale per un periodo prolungato, per cui il procedimento non può proseguire nelle condizioni normali. Cfr. Considerando n. 16 della direttiva in commento.

<sup>80</sup> Si precisa che nel testo originariamente predisposto dalla Commissione si prevedeva (all'art. 5) l'estensione di tale forma di confisca senza condanna anche in caso di morte del reo.

<sup>81</sup> Cfr. art. 4, co. 2, della direttiva.

<sup>82</sup> Cfr. A. M. MAUGERI, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2012, p. 193 ss.; ID, *La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione Europea tra garanzie ed efficienza: un “work in progress”*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1/2015, p. 323 ss.

<sup>83</sup> Cfr. A. M. MAUGERI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Enc. del Dir.*, Annali VIII 2015, p. 188; sul punto si veda anche ID, *L'Actio in rem assurge a modello di “confisca europea” nel rispetto delle garanzie CEDU?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2013, 252 ss.

Di conseguenza il D.lgs. n. 202/2016 con il quale trova ingresso, nel nostro ordinamento, la direttiva sopra richiamata, prospettando come il nostro sistema sia in realtà già adeguato e conforme alle norme europee, nulla dice in materia di confisca di prevenzione, limitando l'intervento di adeguamento solo ad alcune ipotesi di reato al fine di prevedere, ad esempio, la confisca diretta ove sia presente la sola confisca estesa<sup>84</sup>.

Si è persa, così, l'opportunità di conferire piena legittimazione, anche a livello sovranazionale, al modello italiano di confisca senza condanna, e soprattutto di dettare norme europee in grado di armonizzare la disciplina tra Stati in materia di confisca di prevenzione.

---

<sup>84</sup> Con il D.lgs. n. 202/2016 si interviene: a) sull'art. 240, co. 2 n. 1-*bis*), con riferimento ai delitti relativi agli attacchi di sistemi informatici o telematici (artt. 615-*ter* e ss.), inserendo la confisca obbligatoria del profitto e del prodotto del reato e, in via sussidiaria, la confisca per equivalente del valore pari a quello del profitto o del prodotto; b) viene introdotto l'art. 466-*bis* prevedendo, in caso di condanna o di patteggiamento per i delitti di cui agli artt. 453, 454, 455, 460 e 461 c.p., la confisca obbligatoria delle cose che furono servite a commettere il reato, del prodotto, del profitto e del prezzo e, in via sussidiaria, la confisca per equivalente di quest'ultimi; c) in caso di condanna o di patteggiamento per il delitto punito dall'art. 2635 c.c. (corruzione tra provati) viene prevista la confisca diretta e, in via sussidiaria, per equivalente del profitto del reato; d) in materia di traffico illecito di stupefacenti (D.p.r. n. 309/1990), viene inserito il comma 7-*bis* all'art. 73 prevedendo la confisca diretta e, in via sussidiaria, la confisca per equivalente, del profitto o del prodotto dei delitti puniti dagli artt. 73 (produzione, traffico e detenzione di sostanze stupefacenti) e 74 (associazione finalizzata al traffico di stupefacenti); d) viene modificato l'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306/1992 (convertito con l. n. 356/1992) estendendo le ipotesi di confisca allargata in esso previste, alle ulteriori fattispecie relativamente alle quali la direttiva richiede l'adeguamento (cioè associazione per delinquere finalizzata alla commissione di delitti connessi alla spendita e all'introduzione nello stato di banconote falsificate di cui agli articoli 455 e seguenti c.p., autorinciclaggio, corruzione tra privati) nonché ai delitti previsti dagli artt. 617-*quinquies*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*quinquies* c.p.; e) sempre all'art. 12-*sexies*, comma 1, d.l. n. 306/1992 conv., si aggiunge la qualificazione di «anche internazionale» dopo la parola terrorismo; f) viene modificata la legge antiriciclaggio (l. n. 231/2007) introducendo, per il reato di utilizzazione abusiva di carte di credito o di pagamento (art. 55, comma 9-*bis*), la confisca obbligatoria e per equivalente del prodotto e del profitto. Infine il Decreto legislativo prevede, in attuazione del disposto dell'articolo 11 della direttiva, l'introduzione di disposizioni circa gli obblighi di comunicazione annuale alla commissione dei dati quantitativi e di valore dei sequestri e delle confische eseguite, rilevati, secondo la disciplina anche di natura secondaria vigente, dal Ministero della Giustizia.

## Le dichiarazioni del minore vittima e le forme essenziali all'ascolto

MARIA CARLA IAZZETTI

### ABSTRACT

*The object of the present work is the Italian discipline of the hearing of a minor, in particular in those procedures in which he might have been victim or witness of sexual abuse. As it is known, thanks to the many regulatory measures over the past years, the current Penal Procedure Code provides - in every phase of the trial - particular procedures and precautions for the minor testimony, since preliminary investigation until the hearing in the court. But, what is the reason of this legislation? The analysis of the jurisprudence - both Italian and of the European Court of Human Rights - shows two main reasons: the protection of the minors against the damages the trial can cause, and the protection of the right of defence of the accused. The rules about the hearing of a minor must guarantee that both demands have the same weight, according to the fundamental principles of the Italian law. Does the current law accomplish this goal?*

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo dedicato all'ascolto dei minori nei procedimenti per abuso sessuale. – 2. L'ascolto unilaterale del minore tra 'essere' e 'dover essere'. – 3. Dal previsto ausilio dell'esperto, alla necessità di prevedere altresì la videoregistrazione del colloquio. – 4. L'incidente probatorio tra principi costituzionali e convenzionali.

1. Come è noto, il codice di procedura penale attualmente vigente nel nostro ordinamento, è costellato da una pluralità di disposizioni, che individuano nel minore 'possibile' vittima di abusi sessuali, un soggetto le cui dichiarazioni vadano raccolte, fin dai primissimi momenti di instaurazione del procedimento penale, con peculiari modalità ed accorgimenti.

Più precisamente, quella delineata dal legislatore, è una linea normativa che in alcune occasioni limita l'applicazione della disciplina "speciale" all'ascolto del minore coinvolto in una gamma specifica di reati attinenti alla sfera sessuale – nella quale rientra il reato di violenza sessuale di cui all'art. 609 *bis* c.p.p., ma non solo<sup>1</sup>–, in altri casi fissa come solo discriminare per la deroga alla disciplina ordinaria, il dato della minore età del soggetto.

---

<sup>1</sup> Tanto la speciale disciplina dettata con riferimento all'assunzione unilaterale di informazioni dal minore, quanto quella concernente l'ascolto del minore in sede di incidente probatorio e, sotto alcuni profili, quella attinente all'esame testimoniale del minore in dibattimento, limitano il proprio campo di applicabilità ai reati di cui agli art 572 (maltrattamenti contro familiari e conviventi), 600 (riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù), 600 *bis* (prostituzione minorile), 600 *ter* (pornografia minorile) 600 *quater* (detenzione di materiale pornografico), 600 *quater*.1. (pornografia virtuale), e 600 *quinquies* c.p. (iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile), nonché agli articoli 601 (tratta di persone), 602 (acquisto e alienazione di schiavi), 609 *bis* (violenza sessuale), 609 *quater* (atti sessuali con minorenni), 609 *quinquies* (corruzione di minorenni), 609 *octies* (violenza sessuale di gruppo), 609 *undecies* (adescamento di minorenni) e, infine, 612 *bis* c.p. (atti persecutori).

Il tutto, mediante una articolata serie di rinvii e reciproci richiami che, lo si è più volte sottolineato<sup>2</sup>, non aiutano la ricostruzione del quadro normativo; tale ricostruzione è resa, peraltro, ancor meno immediata dal fatto che, alla disciplina originariamente introdotta, sono seguiti negli anni una pluralità di micro interventi di modifica, forieri, in alcuni casi, di ulteriori complicazioni dovute a dimenticanze legislative<sup>3</sup>.

Ci riferiamo agli articoli 351 comma 1 *ter*, 362 comma 1 *bis*, 391 *bis* comma 5 *bis*, 392 comma 1 *bis*, 393 comma 2 *bis*, 398 comma 5 *bis*, 498 comma 4, 4 *bis* e 4 *ter*, e 190 *bis* comma 1 *bis* c.p.p..

Gli articoli 351 c 1 *ter*, 362 c 1 *bis* e 391 *bis* c 5 *bis*, aggiunti con la l. n 172 del 2012 di ratifica della c.d. Convenzione di Lanzarote, prevedono la disciplina concernente, rispettivamente, l'assunzione di sommarie informazioni ad opera della polizia giudiziaria, di informazioni da parte del pubblico ministero e di informazioni da parte del difensore, nel caso in cui ad esser sentito debba essere un minore e si proceda per i reati indicati dall'art 351 c 1 *ter* c.p.p., tutti attinenti alla sfera sessuale con l'aggiunta del reato di cui all'art. 572 c.p..

---

Come meglio si chiarirà in seguito, non tutta la dottrina è concorde nel sostenere la generale ragionevolezza della scelta fatta dal Legislatore nella delimitazione in termini oggettivi – e per la verità, anche in termini soggettivi – del campo di applicabilità di tale disciplina normativa.

Con riferimento al particolare alla disciplina dedicata al c.d. incidente probatorio “speciale” di cui all'art 392 comma 1 *bis* c.p.p., C. Iasevoli sostiene che «In buona sostanza, l'interpretazione della norma conforme al diritto comunitario non ammette differenziazioni della tutela del minore, in base al connotato ‘sessuale’ dei delitti.» C. IASEVOLI, *Il minore fonte di prova tra assiologia ed effettività*, Napoli, 2012, 83.

Particolarmente forte la critica avanzata da C. Santoriello, che con riferimento in particolare alla previsione normativa dell'ausilio dell'esperto in sede di assunzione unilaterale di informazioni da parte del minore, scrive: «Insomma, secondo il nostro legislatore, quando un giovane parla di sesso – e solo quando parla di sesso – diventa facilmente influenzabile, perde le proprie ordinarie capacità di elaborazione e riflessione, dipende, nel contenuto della sua esposizione, dalla condotta dei suoi interlocutori. Lo abbiamo detto: da tempo il Parlamento italiano non dà buona prova della sua capacità di normazione, ma che fosse così sessuofobico non ce l'aspettavamo.» C. SANTORIELLO, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *Arch. pen.* n. 2 del 2013.

<sup>2</sup> In questi termini commentava la disciplina vigente prima dell'intervento legislativo del 2012 G. Canzio, che in «La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza vulnerabile», scriveva: «Appare estremamente faticosa la ricostruzione del quadro normativo che si è venuto delineando, a partire dalla riforma dei delitti contro la libertà sessuale del 1996 fino alla più recente legislazione del 2009, in ordine alle forme e alle modalità protette di audizione del dichiarante vulnerabile. La farraginoso tecnica legislativa dei rinvii incrociati tra le disposizioni interessate (artt. 392, 398. 5 *bis*, 398 .1, 498 .4 *bis*, 498 .4 *ter*, 190 *bis* c.p.p.) e il conseguente complicato intreccio fra le norme di volta in volta richiamate talora all'esito di contingenti interventi di natura emergenziale e settaria, dettati da asseriti allarmi sociali, non esime peraltro l'interprete dall'impegno di ricomposizione delle disomogenee prescrizioni e dei diversificati livelli di tutela in una sorta di, pur debole, microsistema della testimonianza vulnerabile».

G. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza vulnerabile*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 8, 2010, 988.

<sup>3</sup> Ne è un esempio la discrasia che ha a lungo caratterizzato il dettato dell'art 398 comma 5 *bis* c.p.p., rispetto a quello dell'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p.. La prima norma, nel disciplinare le c.d. modalità protette di assunzione della testimonianza del minore in sede di incidente probatorio per una determinata categoria di reati tassativamente indicati dal legislatore, non prevedeva la necessità del ricorso alle stesse modalità anche nel caso in cui si procedesse per il reato di maltrattamenti contro familiari di cui all'art. 572 c.p., inserito invece nell'elenco di reati per i quali si può procedere ad incidente probatorio “anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1” dall'art 392 comma 1 *bis* c.p.p. . Lasciata intatta dalla legge n. 172 del 2012 di attuazione della c.d. Convenzione di Lanzarote, tale lacuna normativa è stata colmata solo l'anno dopo, con il D.L. n 93 del 2013, poi convertito con modificazioni nella L. n 119 del 2013.

Di «disciplina estremamente disorganica e frammentata in materia di prova dichiarativa del teste (e più nello specifico della ‘vittima’) vulnerabile» in generale e delle “occasioni perdute” dal Legislatore nel dare attuazione alla Convenzione di Lanzarote con la L. 172 del 2012, tra le quali quella della mancata modifica del disposto dell'art 398 comma 5 *bis* c.p.p., scrive S. RECCHIONE, *Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013.

In tali casi, ha stabilito il legislatore, la polizia giudiziaria, il pubblico ministero ed il difensore si avvalgono *dell'ausilio di un esperto di psicologia o psichiatria infantile*.

Con riferimento alla stessa categoria di reati, poi, gli articoli 392 c 1 *bis*, 393 c 2 *bis* e 398 c 5 *bis* c.p.p. delineano i caratteri del c.d. incidente probatorio “speciale” del minore, prevedendo la possibilità di ricorrervi al di là dei limiti ordinariamente stabiliti dal comma 1 del 392 c.p.p. e di garantirne lo svolgimento con modalità “protette”, nonché la necessità che le dichiarazioni siano integralmente documentate «con mezzi di produzione fonografica o audiovisiva».

Attraverso gli articoli 498 c 4, 4 *bis* e 4 *ter* c.p.p., infine, il codice detta particolari regole per l'esame testimoniale del minore. Al quarto comma dell'articolo 498 c.p.p., in particolare, il legislatore non fa distinzione alcuna in ordine alla tipologia di reato per il quale si proceda, stabilendo che di regola, ogni qual volta si procede all'esame testimoniale di un minore, tale esame è condotto dal presidente su domande e contestazioni proposte dalle parti; presidente che «può avvalersi dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto di psicologia infantile». Il comma 4 *ter*, al contrario, riprende ancora la limitazione alla gamma di reati previsti per assunzione di informazioni ed incidente probatorio, per stabilire la possibilità del ricorso all'uso di un vetro specchio con impianto citofonico per la deposizione del minore vittima del reato. Il comma precedente, peraltro, stabilisce l'applicabilità su richiesta di parte dell'art 398 c 5 *bis* c.p.p., e cioè, il ricorso alle cd “modalità protette” per l'ascolto del teste in sede di incidente probatorio.

Un quadro normativo, dunque, che accompagna il minore ‘possibile’ vittima di abuso sessuale dal momento della raccolta delle primissime dichiarazioni dinanzi agli operatori di polizia giudiziaria, fino all'eventuale deposizione in sede dibattimentale.

La norma di chiusura di tale “microsistema” è, da questo punto di vista, contenuta nell'art. 190 *bis* c 1 *bis* c.p.p. che, ancora con riferimento ad una limitata gamma di reati<sup>4</sup>, limita «l'esame del testimone minore di anni sedici»<sup>5</sup>, che abbia già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento in contraddittorio con l'imputato, al caso in cui debba esser sentito su fatti o circostanze diverse, o ciò risulti necessario sulla base di specifiche esigenze.

La linea normativa dedicata all'ascolto del minore nel procedimento penale trova certamente i propri snodi di maggior interesse nei temi dell'ausilio dell'esperto, della fono e/o videoregistrazione delle dichiarazioni rese dal minore, della corretta modalità di svolgimento dell'esame testimoniale e della utilità/necessità delle indagini circa la capacità a testimoniare del minore. Profili del “problema” che si legano indissolubilmente e, in un certo senso, confluiscono nel tema della valutazione della prova dichiarativa raccolta e, quindi, dei criteri in forza dei quali il giudice dovrà stabilire l'innocenza o la colpevolezza dell'imputato per il reato contestatogli.

A testimoniarlo, sono i molti contributi forniti in dottrina e la copiosa giurisprudenza di legittimità, soffermatasi negli anni su ciascuna di queste tematiche. Un dibattito costantemente acceso, che

---

<sup>4</sup> La norma fa riferimento ai soli reati di cui agli articoli 600 *bis* primo comma, 600 *ter*, 600 *quater* anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600 *quater* 1 e 600 *quinquies*, nonché ai reati di cui agli articoli 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinquies* e 609 *octies* del codice penale. Il catalogo non coincide dunque con quello di cui all'art. 351 comma 1 *ter* c.p.p..

<sup>5</sup> Al quale è oggi parificato, in virtù dell'intervento di modifica disposto con il D.L.vo n. 212 del 2015, l'esame testimoniale della persona offesa in condizioni di particolare vulnerabilità.

ha accompagnato e, in molte occasioni, preceduto gli interventi legislativi in materia, indicando la via da seguire. Un dibattito che esclude l'opportunità di un'analisi delle singole soluzioni legislative condotta in modo "atomistico", e mostra, invece, la necessità di una riflessione, che legga tali soluzioni a partire dai pilastri del nostro sistema procedurale, soffermandosi non soltanto sui contributi della psicologia giuridica, ma tenendo in debito conto il fondamentale ruolo assunto negli anni dalle Corti Edu e di Giustizia dell'Unione Europea.

2. Attraverso gli articoli 351 c 1 *ter*, 362 c 1 *bis* e 391 *bis* c 5 *bis* c.p.p., il codice introduce oggi nel procedimento penale avente ad oggetto il compimento di abusi sessuali ai danni di minori, la figura dell'esperto di psicologia e psichiatria infantile, stabilendo che egli fornisca "ausilio" alla polizia giudiziaria, al pubblico ministero ed al difensore quando debbano assumere informazioni da minori che siano – o meglio potrebbero – esser coinvolti nella commissione di tali reati.

Una prima precisazione ha ad oggetto la cautela prevista per l'ascolto unilaterale del minore: «l'esperto deve essere presente non solo quando si escute la vittima del reato, ma in tutti i casi in cui debbano essere raccolte delle dichiarazioni di minori nell'ambito di procedimenti relativi ai reati indicati nell'art. 351 comma 1 *ter* c.p.p. (come modificato).»<sup>6</sup>

E su questo, potremmo dire, *nulla quaestio*.

Il dibattito si sofferma piuttosto sul concetto di "ausilio" genericamente fissato dal legislatore, e, cioè, sul ruolo che l'esperto debba effettivamente assumere, nonché sul carattere obbligatorio – o piuttosto facoltativo – della presenza prevista, nonché sulle conseguenze in termini processualistico-sanzionatori derivanti dall'eventuale assenza.

Sullo sfondo, il dettato della Convenzione di Lanzarote in materia, che assume i connotati di parametro di riferimento per la riflessione circa "l'essere" ed il "dover essere" del dettato normativo, dal momento che la L. n. 172 del 2012 era volta proprio a garantire la ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa redatta nel 2007 a Lanzarote.

Ci si interroga così sul ruolo che il Legislatore abbia voluto assegnare all'esperto, in attuazione del dettato dell'art. 35 della Convenzione, nella parte in cui chiede che «le audizioni del minore siano condotte da professionisti formati a tal fine»<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Così S. RECCHIONE, *Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013, 4.

<sup>7</sup> Come anticipato, la disciplina concernente la presenza dell'esperto di psicologia o psichiatria infantile all'atto dell'assunzione di informazioni dal minore quando si proceda per i reati di cui all'art 351 c 1 *bis* c.p.p., è stata dal legislatore introdotta con la L. n. 172 del 2012, chiamata a ratificare la Convenzione del Consiglio D'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, redatta a Lanzarote il 20 Ottobre del 2007. Il riferimento alla figura dell'esperto, si ritrova in particolare nel dettato dell'art 35 della Convenzione, che al suo primo comma recita:

«Audizioni del minore.

Ciascuna delle parti adotta le misure legislative o di altra natura necessarie affinché:

- a. Le audizioni del minore abbiano luogo senza ritardi ingiustificati, dopo la segnalazione dei fatti alle autorità competenti;
- b. le audizioni del minore si svolgano, ove necessario, in locali concepiti o adatti a tal fine;
- c. le audizioni del minore siano condotte da professionisti formati a tal fine;
- d. il minore sia sentito, ove possibile e necessario, sempre dalle stesse persone;
- e. il numero delle audizioni sia limitato al minimo e allo stretto necessario per lo svolgimento del procedimento penale;
- f. il minore possa esser accompagnato dal suo rappresentante legale o, ove necessario, da un adulto di sua scelta, salvo decisione contraria e motivata presa nei confronti di tale persona.»

Al riguardo, vi è chi ha sottolineato che le «modalità attraverso le quali il giudice può avvalersi dell'ausilio dell'esperto si ricollegano alla tecnica di formulazione delle domande»<sup>8</sup>, guardando agli orientamenti in materia affermatasi in dottrina ed in giurisprudenza già prima della novella del 2012, in un contesto di silenzio normativo cui corrispondeva una realtà di ascolto del minore, che già si serviva degli interventi di esperti. Si è parlato così di un esperto che affianca e “traduce” le domande del pubblico ministero o dell'operatore di polizia giudiziaria in modo da garantirne la piena comprensione da parte del minore; ma anche di un soggetto che rischia di essere a ben vedere protagonista muto della vicenda, con un ruolo destinato alla progressiva ed innegabile irrilevanza sulla sfera processuale, se chiamato «solo a coadiuvare la parte pubblica o privata nello svolgimento dell'esame, suggerendo quale approccio assumere con il minore, quali domande evitare, quali aspetti della vicenda approfondire ecc.»<sup>9</sup>.

La riflessione, peraltro, si sofferma anche sull'ipotesi, lasciata aperta proprio dalla vaghezza dell'intervento legislativo, di un contrasto di opinioni circa il modo in cui vada condotto l'esame tra esperto e pubblico ministero o polizia giudiziaria, immaginando un esperto il cui compito sia sostanzialmente quello di controllare le modalità di svolgimento dell'esame condotto da altri, e ponendo così l'attenzione su due profili che, se pur con considerazioni ed approcci differenti, sono in sostanza alla base di tutte le analisi di tale disciplina proposte e dei molteplici interventi dei giudici di legittimità, chiamati a censurare le modalità di ascolto del minore adottate dai giudici di merito.

Il riferimento è, da un lato, al “problema” della valenza da riconoscere alle indicazioni circa la corretta modalità di ascolto del minore fornite dalla psicologia e psichiatria giuridica; dall'altro, al tema della inopportunità della scelta legislativa rispetto agli scopi perseguiti ed alla soluzione indicata – la videoregistrazione del colloquio – proprio dalla Convenzione del Consiglio D'Europa.

Quanto al primo profilo, va ricordato che in più occasioni la comunità scientifica, attraverso autorevoli esperti, ha stilato documenti condivisi dedicati all'ascolto del minore abusato o, comunque, coinvolto in procedimenti penali, con l'intento di fornire, a coloro che siano chiamati ad interagire con il minore, in qualità di esperti di psicologia o psichiatria infantile, un'utile guida per la conduzione del colloquio con modalità corrette secondo i risultati della scienza.

Rientra tra questi documenti la c.d. Carta di Noto, stilata a termine di un convegno svoltosi nel 1996 con il contributo di autorevoli esperti e, successivamente, aggiornata nel 2002 e nel 2011. Ma vanno ad essa accostate anche le Linee Guida elaborate nel 2002 dalla Società Italiana di Neuropsichiatria dell'Infanzia e dell'Adolescenza (S.I.N.P.I.A), nonché le c.d. Linee Guida Nazionali sull'ascolto del minore testimone, stilate nel 2010 con il contributo di specialisti provenienti da differenti Società Scientifiche<sup>10</sup>. In un contesto normativo, caratterizzato dal silenzio del legislatore circa

---

<sup>8</sup> Così A. CAPITTA, *Legge di ratifica della convenzione di Lanzarote: Le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario*, in *www.penalecontemporaneo.it* 2012, 7.

<sup>9</sup> Il riferimento è alle opinioni espresse da C. SANTORIELLO, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *Arch. pen.*, n. 2 del 2013, 11 e ss.

<sup>10</sup> Tali Linee guida sono state redatte al termine di approfonditi lavori che hanno visto confrontarsi specialisti provenienti dalla Società Italiane di Criminologia, di Medicina Legale, di Neuropsichiatria dell'Infanzia e dell'Adolescenza, di Neuropsicologia, di Psichiatria, e di Psicologia Giudica.

Un commento dettagliato dei singoli articoli costituenti tali Linee Guida è contenuta nel testo *Linee Guida Nazionali. L'ascolto del minore testimone*, a cura di G. GULLOTTA e G.B. CAMERINI, Milano, 2014.

le modalità mediante le quali vada condotto l'esame del minore, questi documenti hanno spesso costituito negli anni un punto di riferimento per gli operatori del settore, ma anche per difensori e giudici, chiamati a valutare le dichiarazioni rese dal minore ai fini della definizione del processo.

Qui si è posto dunque il problema di stabilire quale valenza debba esser attribuita al rispetto e, soprattutto, alla violazione di tali protocolli, in termini di censurabilità dell'inosservanza in sede di legittimità.

Ebbene, del tutto maggioritario è l'orientamento che nega la nullità, così come l'inutilizzabilità della prova dichiarativa, raccolta nell'inosservanza delle indicazioni fornite dalla comunità scientifica. Ne dà conferma, tra le altre, una recente sentenza della Sezione III della Corte di Cassazione<sup>11</sup>, depositata il 10 Ottobre 2016. Dinanzi al rilievo della difesa dell'imputato, che lamentava la violazione dei protocolli previsti dalla c.d. Carta di Noto nella raccolta delle dichiarazioni rese da quattordici ragazze minorenni circa gli abusi sessuali subiti, la Corte afferma che «sul punto va ribadito il costante orientamento di questa Corte, secondo il quale tali previsioni, lungi dall'aver valore normativo, si risolvono in meri suggerimenti diretti a garantire l'attendibilità delle dichiarazioni e la protezione psicologica del minore, come illustrato dalle premesse della Carta medesima, sicché la loro inosservanza non determina né nullità né inutilizzabilità della prova (così, tra le molte, Sez. I, n. 37244 del 13/11/2013, Altamura, Rv. 260531; Sez. 3 n. 45607 del 5/11/2013, A., Rv. 258315; Sez. 3, n. 15157 del 16/12/2010, F. e altro, Rv. 249898; Sez. 3, n. 20568 del 10/04/2008, Gruden, Rv. 239879; Sez. 3 n. 6464 del 14/12/2007, G., Rv. 239091) né essa è, di per sé, ragione di inattendibilità delle dichiarazioni raccolte (Sez. 3, n. 5754 del 16/01/2014, S., Rv. 259133)».

Con riferimento a quest'ultimo profilo, i giudici di legittimità hanno più volte ribadito che l'assunzione di dichiarazioni del minore con modalità contrarie ai predetti protocolli non ne esclude in radice l'attendibilità, facendo piuttosto che gravi sul giudice un dovere di motivazione rafforzata: «Se dunque è vero che il giudice, nella fase di assunzione della prova e nella sua successiva valutazione, non è vincolato al rispetto delle metodiche suggerite dalla Carta di Noto, dalle quali può anche prescindere quando non imposte dal codice di rito, e che la loro violazione non comporta inutilizzabilità della prova così assunta, è altrettanto vero, tuttavia, che egli è tenuto a motivare perché, nonostante ciò, ritenga, secondo il proprio libero, ma non arbitrario, convincimento, attendibile la prova dichiarativa assunta in violazione delle prescrizioni della Carta; quanto più grave e patente sarà stata la violazione dei modelli, protocolli e procedure prescritti dalla Carta di Noto, e quanto più puntuali saranno state, sul punto, le eccezioni difensive, tanto più ampio sarà l'onere del giudice di motivare sulla attendibilità del minore abusato.»<sup>12</sup> In sintesi: l'inosservanza della Carta di Noto e con essa

---

<sup>11</sup> Cass. pen., sez. III, 10 ottobre 2016 (ud. 30.06.2016), n. 42716. Il caso giunto all'attenzione della Corte concerneva l'accusa di violenza sessuale su minori formulata nei confronti di un collaboratore scolastico presso una scuola media inferiore, con riferimento ad una pluralità di episodi consistenti nel toccamento del seno di quattordici alunne, tutte infra-quattordicenni, nonché nel compimento dello stesso atto ai danni di una di queste anche quando ella aveva meno di dieci anni. Condannato in primo grado dal Giudice per le Indagini Preliminari presso il Tribunale di Arezzo, pronunciatosi all'esito di giudizio abbreviato, l'imputato ha visto confermata la propria condanna – se pur con una riduzione di pena sul presupposto dell'eccessiva severità dell'aumento operato dal giudice di prime cure a titolo di continuazione con l'abuso compiuto quando una delle ragazze aveva meno di 10 anni, ritenuto episodio più grave – con sentenza della Corte d'appello di Firenze, ed infine rigettato il ricorso per cassazione proposto.

<sup>12</sup> Cass. pen., sez. III, 13 Marzo 2014, n. 39411 Rv. 262976. L'imputato era in tal caso accusato di abusi sessuali ai danni del figlio, costretto secondo l'accusa con ripetute minacce ad avere rapporti orali con il padre.

di tutti i documenti che dettino linee guida condivise per l'acquisizione delle dichiarazioni del minore che si ritiene abusato o a conoscenza di abusi, non implica né nullità né inutilizzabilità delle stesse, ma solo un onere di attenta valutazione e, quindi, motivazione dell'attendibilità della dichiarazione resa.

Alla stessa conclusione la Corte giunge per l'ipotesi in cui pubblico ministero o polizia giudiziaria assumano informazioni dal minore nel corso delle indagini, in assenza dell'esperto di psicologia o psichiatria infantile. Lo si ribadisce nella stessa sentenza dell'Ottobre 2016 prima citata: «altrettanto infondata è la deduzione con la quale la difesa censura l'inosservanza di cui all'art. 351 c.p.p. comma 1 *ter* [...] anche sul punto va richiamato l'orientamento di questa Corte secondo cui tale inosservanza non comporta la inutilizzabilità delle dichiarazioni assunte, salva la possibilità di incidere sulla valutazione di attendibilità dei contenuti dichiarativi (Sez 3, n. 3651 del 10.12.2013, R., Rv. 259088)»<sup>13</sup>.

Tuttavia, tra le due ipotesi una differenza (determinante?) c'è: nel primo caso si discute dell'inosservanza di protocolli non trasfusi in disposizioni normative, nel secondo della violazione, a seconda dei casi, dell'articolo 351 comma 1 *ter* o 362 c 1 *bis* del codice di procedura penale.

Il problema ruota intorno alla mancanza di una disposizione che espressamente sanzioni l'assenza dell'esperto: la norma chiede la presenza dell'esperto, ma non precisa cosa succeda se l'esperto manchi. Di qui la riflessione circa la possibilità di leggere nel "si avvale" stabilito dalla norma, una regola fissata a pena di inutilizzabilità, o piuttosto la necessità di concludere per l'assenza di una sanzione e, al più, auspicare un intervento riparatore.

Vi è così chi, ritenendo sia indiscutibile che nessuna sanzione sul piano dell'inutilizzabilità sia prevista, arriva a ritenere ci si trovi di fronte ad una mera raccomandazione<sup>14</sup>; chi riconosce nella soluzione individuata dalla Corte l'unica cui si possa effettivamente ricorrere, sottolineando però il pericolo così lasciato aperto di una vittimizzazione secondaria del minore<sup>15</sup>; chi invece guardando alla giurisprudenza della Corte in materia, sottolinea le discrasie dalla stessa generate nell'escludere l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in assenza dell'esperto e contemporaneamente individuare la *ratio* della sua presenza nella necessità di tutelare la genuinità delle dichiarazioni, e si chiede come pubblico ministero ed operatori di polizia giudiziaria dovrebbero, di volta in volta, stabilire se la presenza dell'esperto sia o meno opportuna<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Cass. pen., sez. III, 10 ottobre 2016 (ud. 30.06.2016), n. 42716.

<sup>14</sup> Così C. SANTORIELLO in «La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano» cit. pag. 19, richiamando quanto a tal proposito sostenuto da F. GIUNCHEDI, «Considerazioni introduttive: dagli obiettivi fissati dalla Convenzione di Lanzarote allo spirito della novella», in *Codice di procedura ipertestuale*, a cura di GAITO, Torino.

<sup>15</sup> È F. Delvecchio a porre l'attenzione su questo rischio cui la lacuna normativa apre. L'autrice scrive infatti: «la soluzione praticabile – e praticata – è quella del "depotenziamento" del valore probatorio delle dichiarazioni, sanabile dal giudice attraverso accurate valutazioni che dovranno essere riversate nel percorso motivazionale. Il rimedio, *ex se* dubbio, risolve, tuttavia, solo il problema della genuinità della dichiarazione, disinteressandosi della vittima, che sarebbe così facile bersaglio di episodi di vittimizzazione secondaria». Nell'analizzare le novità in materia di tutela della vittima del reato, introdotte con il D.lgs. n. 212 del 2015, di attuazione della direttiva n. 2012/29/UE, l'autrice sottolinea peraltro l'occasione persa dal Legislatore, che avrebbe potuto cogliere l'occasione per chiarire la sanzione derivante dalla assenza dell'esperto, e non lo ha invece fatto. F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 2016, 25 in nota.

<sup>16</sup> «Interessante è la individuazione della *ratio* dell'affiancamento dello psicologo: esso, secondo la Corte, dovrebbe essere disposto tenendo conto dell'esigenza di garantire l'attendibilità della deposizione e, più ancora, la genuinità dell'elemento

Ma c'è anche chi, valorizzando proprio l'espressione scelta dal legislatore, giunge invece alla conclusione che nella prescrizione normativa sia rinvenibile un divieto implicito e, dunque, l'attività svolta in assenza dell'esperto non potrà che essere inutilizzabile.<sup>17</sup>

Il tema attiene sì al rapporto tra violazione della norma e sanzione processuale, ma ha radici profonde.

Torniamo alla citata sentenza adottata nel 2016 dalla Suprema corte. Dopo aver escluso l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in violazione del 351 c 1 *ter* c.p.p. aderendo alla tesi più volte espressa in precedenti decisioni, i giudici della terza sezione penale aggiungono: «Una tesi questa, che appare del tutto in linea con l'affermazione, sempre ribadita dalla giurisprudenza di questa Corte, secondo cui le norme del vigente codice di rito che prevedono forme protette di acquisizione delle dichiarazioni dei minori, sono in realtà dettate nell'interesse esclusivo degli stessi».

Il vero problema sta tutto qui, cioè, nell'individuazione del regime sanzionatorio da applicare nel caso in cui il minore sia ascoltato in assenza dell'esperto. La risposta è da ricercare nei diritti implicati; da essa dipende la lettura che di quel "si avvale" si darà, così come, a ben vedere, di ogni altra disposizione del quadro normativo che il codice riserva al minore.

Il passo della sentenza citato pone al centro il minore ed individua la *ratio* delle disposizioni del codice, che prevedono forme di ascolto protetto, nella necessità di tutelarlo dal pericolo che lo stesso procedimento penale "gli faccia del male": coinvolgerlo chiedendogli di raccontare, di rievocare, di precisare, aggiunge dolore e disagio a quello eventualmente già vissuto.

3. Tuttavia, se partecipare ad un procedimento penale è per la vittima del reato sempre un'esperienza difficile e psicologicamente pesante, che la espone al rischio di un "trauma da processo", le

---

di prova. Se da un lato, dunque, si nega recisamente che all'assenza dell'esperto sia associabile la sanzione dell'inutilizzabilità, dall'altro si riconosce al tecnico la funzione di garantire la corretta acquisizione delle dichiarazioni, evidentemente con l'obiettivo di evitare interventi manipolativi, suggestivi e comunque lesivi della personalità del teste, ritenuto naturalmente fragile e particolarmente esposto a suggestioni[...] la Corte, tra le righe, ha assegnato all'esperto la funzione di garantire l'attendibilità delle dichiarazioni ed al pubblico ministero, congiuntamente alla polizia giudiziaria il potere di decidere quando tale garanzia deve essere attivata.

Poiché l'esperto dovrebbe entrare in campo fin dalla "prima" dichiarazione giudiziale, viene da chiedersi sulla base di quali elementi il pubblico ministero e la polizia possono decidere di ricorrere alla mediazione del tecnico[...]»: così scrive S. Recchione, per poi aggiungere che, ragionevolmente, tale decisione andrebbe adottata guardando all'età del minore, alla gravità dei fatti emersi, nonché alla presenza di crisi relazionali nella comunità (famiglia, scuola etc.) all'interno del quale si è verificato il presunto abuso ed alla presenza di eventuali patologie della personalità.

La stessa Autrice peraltro precisa che, in ogni caso, l'ipotesi dell'assunzione di informazioni in assenza dell'esperto ad opera del pubblico ministero o della polizia giudiziaria, va tenuta nettamente distinta dall'ipotesi in cui tali informazioni siano assunte dal difensore nell'attività di investigazione difensiva: l'art. 391 *bis* al comma 6 c.p.p., si sottolinea, espressamente stabilisce l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in violazione di una delle disposizioni di cui ai commi precedenti, e dunque anche nel caso di assenza dell'esperto, richiesta dal comma 5 *bis*.

S. RECCHIONE, *La prova dichiarativa del minore nei processi per abuso sessuale: l'intreccio (non districabile) con la prova scientifica e l'utilizzo come prova decisiva delle dichiarazioni 'de relato'*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 2013, pag. 15 e ss.

<sup>17</sup> «[...] l'attività posta in essere sarà, a nostro avviso, inutilizzabile, per violazione di un divieto implicito contenuto nella prescrizione normativa, che ricorrendo all'indicativo presente non lascia discrezionalità al soggetto che 'gestisce' l'ascolto: la sua regolarità dipende dalla presenza dell'esperto, in quanto indispensabile ai fini della corretta acquisizione del 'detto' del minore». Così, C. IASEVOLI, *Il minore 'fonte di prova' tra assiologia ed effettività*, cit., 55.

difficoltà ed i rischi aumentano esponenzialmente nel caso in cui questa vittima sia soggetto particolarmente vulnerabile<sup>18</sup>, e la vulnerabilità caratterizza il minore in quanto tale. È necessario tutelare il minore dal rischio che il procedimento ne causi una “vittimizzazione secondaria”<sup>19</sup>; le cautele disposte dal legislatore devono esser funzionali ad evitare tale effetto.

In quest’ottica, l’esperto potrà aiutare sicuramente a far sì che il minore sia a proprio agio e la conversazione si svolga serenamente. Da questo punto di vista, l’assunzione della testimonianza in sede di incidente probatorio è fondamentale strumento di tutela del minore: l’art 398 c 5 *bis* c.p.p., ammettendo che l’incidente probatorio possa svolgersi in luogo differente dal tribunale e con modalità particolari, protegge il minore dal disagio che potrebbe causargli la deposizione in un luogo freddo ed inospitale, e assicura che il colloquio si svolga invece in ambienti familiari ed in cui il bambino si senta protetto; allo stesso modo proteggono il minore gli articoli 392 c. 1 *bis* e 190 *bis* c.p.p., facendo sì che il ricorso all’incidente probatorio costituisca soluzione privilegiata, cui ricorrere al di là dei limiti ordinari, e sia altresì ridotta al minimo la possibilità che il minore sia chiamato nuovamente a deporre in dibattimento, in tal modo limitando anche il danno che potrebbe derivare dal sol fatto di dover in più occasioni rievocare gli stessi fatti<sup>20</sup>. In questi termini, infine, anche l’art. 498 c.p.p. si pone perfettamente in linea con la *ratio* sottesa alle altre disposizioni, dal momento che, come chiarito in più occasioni dalla Corte di cassazione, la conduzione dell’esame testimoniale da parte del presidente è funzionale alla tutela dei diritti e delle esigenze del minore testimone<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Si veda a tal proposito G. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza “vulnerabile”*, cit. 989.

<sup>19</sup> Nell’espone le innovazioni apportate dal D.lgs. n 212 del 2015, di attuazione della direttiva europea del 2012 che detta norme in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, F. Delvecchio pone l’attenzione sulla tutela della vittima dal pericolo di vittimizzazione secondaria che caratterizza l’intervento normativo e precisa cosa si intenda con questa espressione: «Il fenomeno della vittimizzazione secondaria, da tempo noto alle scienze criminologiche, si sta imponendo all’attenzione delle più recenti riflessioni giuridiche, soprattutto in ambito sovranazionale. Con il termine “seconda vittimizzazione” si indicano quelle conseguenze negative, dal punto di vista emotivo e relazionale, che possono derivare dall’impatto tra la vittima e il sistema della giustizia penale. In altri termini, le vittime possono diventare tali una seconda volta per effetto delle modalità con cui vengono trattate da parte delle forze di polizia e degli appartenenti al sistema giudiziario, sanitario e sociale: infatti, accade spesso che le vittime siano costrette a ripetere più volte le narrazioni dolorose relative al reato, al fine di verificare la loro credibilità e moralità, nonché la personalità del reo; per di più, se a distanza di tempo non ricordano dettagliatamente i fatti, vengano censurate. Emerge, pertanto, la figura di una persona lesa nei suoi diritti e, non di rado, sottoposta a traumi psicofisici non indifferenti.»

F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l’adeguamento dell’Italia alla direttiva 2012/29/UE*, cit., 5 in nota.

<sup>20</sup> Dell’art. 190 *bis* comma 1 *bis* del c.p.p. come norma il cui evidente fine è quello di proteggere adeguatamente la fonte dichiarativa “debole” «dal trauma psicologico di una reiterata e usurante deposizione in sede dibattimentale nel confronto dialettico delle parti e sugli stessi temi» parla G. Canzio. L’analisi dei limiti all’applicabilità di tale norma posti dal legislatore, peraltro, portano l’Autore a denunciare l’incoerenza e la disarmonicità della soluzione normativa, dovute, quanto al profilo soggettivo, al riferimento ai soli testimoni minori di anni sedici, ed a sostenerne il contrasto con il dettato costituzionale: «Va rimarcato che nelle suindicate, incoerenti e disarmoniche soluzioni legislative, almeno per quanto riguarda le esigenze di protezione della dignità e della personalità del testimone vulnerabile che sia minore ultrasedicenne o maggiorenne infermo di mente, sembrano evidenziarsi profili di contrasto della disposizione più riduttiva dell’art. 190-*bis*, comma 1 *bis* c.p.p. con il principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost., attesa la irragionevole differenziazione di disciplina di situazioni soggettive assimilabili e, in altre occasioni, già equiparate dal legislatore o dal giudice delle leggi.» G. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza “vulnerabile”*, cit., 991.

<sup>21</sup> Tra le altre, Cass. pen., sez. III, n. 42899/2009.

Ma, una lettura di queste norme, soltanto da questo angolo visuale, sarebbe totalmente fuorviante.

Le norme dedicate all'ascolto protetto del minore, coinvolto in procedimenti aventi ad oggetto abusi sessuali, sono sicuramente prescritte nell'interesse del minore nei termini sopra indicati, ma non *nell'esclusivo* interesse dello stesso.

*Il procedimento coinvolge il minore, ma accusa l'imputato.*

E se è vero che il minore va tutelato dai danni del processo, non vi sono però soltanto i danni che può subire la vittima a causa di un processo che calpesta le sue fragilità. Il processo causa danni anche quando costruisce una realtà di abuso che non c'è, essi colpiscono tanto il minore quanto l'accusato, danni che trovano la propria origine proprio nella vulnerabilità e fragilità che impongono la tutela del minore.

Guardare al mondo del minore sbalzato nel procedimento penale, vuol dire in altre parole guardare all'esistenza del pericolo che, ad inquinare quel mondo, sia tanto un abuso sessuale compiuto quanto la forzosa costruzione dello stesso dovuta ad una pluralità di fattori esterni che inducono, influenzano, travisano, e rischiano di confondere la realtà con la sola "realtà pensata"<sup>22</sup>. Nel mondo del minore il ricordo assume contorni meno netti e si apre alle suggestioni provenienti dall'esterno, in cui le parole non sempre corrispondono ai pensieri, ed i pensieri non sempre corrispondono ai fatti<sup>23</sup>.

Il procedimento penale, con le sue regole del procedere, non può ignorare questo pericolo e deve anzi porlo al centro, se è vero che la sua ragion d'essere è racchiusa nell'accertamento del fatto-reato e della responsabilità dell'imputato *al di là di ogni ragionevole dubbio*.

Il nostro ordinamento, con la sua rete di principi e diritti fondamentali, di questo pericolo deve tener conto, se è vero che tra quei diritti vi è anche il diritto di difesa dell'imputato.

La delicatezza del procedimento penale instauratosi, nel caso in cui abbia ad oggetto uno dei reati di cui all'art. 351 comma 1 *ter* c.p.p., impone in altri termini la tutela del minore così come del diritto di difesa dell'imputato; richiede la costruzione di una via procedurale che garantisca il bilanciamento tra i due interessi coinvolti, ed elimini il pericolo della sovratutela dell'uno a scapito dell'altro.

È qui che il riferimento alle conoscenze patrimonio della comunità scientifica mostra il suo reale significato, e la disciplina dettata – o da dettare – la propria ragion d'essere.

Tanto la redazione della c.d. Carta di Noto, quanto la definizione delle Linee Guida nazionali sull'ascolto del minore testimone ed ogni altro documento redatto nel corso degli anni da esperti del

---

<sup>22</sup> L'espressione è utilizzata da A. Forza nel commentare quanto statuito dalla Corte d'Appello di Brescia con sentenza del 2005, che ribaltò l'esito della sentenza di primo grado assolvendo le imputate, suore di una scuola materna accusate di violenza ai danni dei bambini accolti nella struttura. L'autore scrive infatti: «Ancora una storia di dichiarato abuso che ha generato una vicenda giudiziaria sol perché di abuso si è iniziato a parlare. Uno dei tanti processi dove si è giudicata la realtà pensata.»

A. FORZA, *La genuinità della prova testimoniale e le garanzie metodologiche della Carta di Noto*, in *Riv. pen.*, n. 11 del 2005.

<sup>23</sup> Meglio, di quanto non accada ad un adulto che non sia in particolari condizioni di vulnerabilità. Il pericolo di suggestione, così come il rischio di vittimizzazione secondaria e di trauma da processo, aumentano e si avvicinano a quelli che caratterizzano il minore, in soggetti adulti ma – per i motivi più vari – in condizioni di particolare vulnerabilità.

settore, nasce infatti dalla consapevolezza che la fragilità del minore si sostanzia, sotto il profilo delle dichiarazioni che verranno dallo stesso rese, nel fortissimo pericolo della sua suggestionabilità, di una manipolazione del ricordo operata a monte, prima e fuori dal contesto processuale, così come nel corso del procedimento stesso.

È illuminante, da questo punto di vista, l'articolo 2.12 delle Linee Guida Nazionali pubblicate nel 2010: «Nei bambini la formazione di ricordi inesatti e non corrispondenti a fatti realmente accaduti può essere il prodotto di confusione interna, acquisizione di ricordi e di esperienze di altri, acquisizione ed elaborazione di notizie da parte dei mezzi di informazione<sup>24</sup>, processi di induzione più o meno consapevoli da parte di terzi. L'induzione può riguardare sia il fatto in sé che i protagonisti.»<sup>25</sup>

Si dice che i bambini “ricordano raccontando”<sup>26</sup>, nel senso che costruiscono il ricordo dell'evento attraverso la sua narrazione: ciò vuol dire che ogni racconto dello stesso evento è legato al racconto precedente, e il ricordo di quel fatto è anche ricordo di come quel fatto è stato narrato la volta precedente, quella ancora prima e così via, in un processo di costruzione del ricordo che lo apre agli stimoli ed ai contributi di terzi.

Se a ciò si aggiunge la peculiarità delle modalità relazionali del bambino, naturalmente orientate in senso adesivo ed imitativo, tali che labile sia il confine tra la sua opinione e quella dell'adulto con cui parla, e forte la tendenza a confermare quanto detto dall'altro piuttosto che negare e proporre una versione diversa, si comprende il nocciolo del problema.

Per accertare l'abuso sessuale subito da un minore, essenziale è il racconto di quest'ultimo; ma se il racconto è l'espressione di un ricordo “fragile” nel senso precisato dagli studiosi, allora determinante è il modo in cui quel racconto è raccolto ed analizzato.

E' necessaria una precisazione: il pericolo è tanto quello di un ricordo che arrivi già deviato nel processo e/o venga deviato da fattori e soggetti esterni allo stesso (genitori, coetanei, notizie ascoltate e informazioni ricevute), quanto quello che sia lo stesso processo a deviarlo, attraverso colloqui condotti da operatori di polizia giudiziaria, pubblico ministero, giudici, avvocati, gli stessi esperti, con modalità tali da determinare quella suggestione, modificazione, “manipolazione” se pur involontaria di cui si è parlato<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Esemplificativo, per quel che riguarda la possibilità che il ricordo del minore sia influenzato anche da contenuti con i quali egli sia venuto a contatto attraverso i mezzi di informazione, è il caso di presunto abuso ai danni di più alunni di una scuola di pittura commesso dall'insegnante, oggetto della sentenza n. 41371 del 6.10.2014 (ud 16.7.2014) emessa dalla terza sezione penale della Corte di Cassazione. L'attento vaglio delle dichiarazioni rese dalla prima bambina che raccontò di un bacio sulla bocca datole dal maestro, ha messo in questa occasione in luce il forte condizionamento operato sulla piccola dai mezzi di informazione. La bambina, ascoltata in sede di incidente probatorio, ha raccontato di aver visto più volte in televisione, nei giorni immediatamente precedenti al fatto, servizi televisivi che raccontavano di abusi sessuali subiti da alunni ad opera dei propri insegnanti, e di aver così maturato la forte paura di esser vittima della stessa sorte. La Corte censura la mancata considerazione da parte dei giudici di merito di questo rilevante fattore di autosuggestione, così come di altri fattori di suggestione riscontrati nel corso del procedimento e determinanti, a ben vedere, per l'esclusione della effettiva commissione della condotta ascritta all'imputato.

<sup>25</sup> Linee guida nazionali sull'ascolto del minore testimone, articolo 2.12, riportato e commentato in «Linee Guida Nazionali. L'ascolto del minore testimone commentate articolo per articolo» cit. pag. 51.

<sup>26</sup> Ancora nelle Linee Guida sull'ascolto del minore testimone, all'articolo 2.22.

<sup>27</sup> «Si assiste spesso alla formulazione, da parte degli interroganti, di comande che affermano più di quanto chiedano e danno per scontato fatti, situazioni ed eventi, indirizzando la risposta nella direzione implicitamente voluta dall'intervistatore, che magari accompagna con gesti di incoraggiamento, apprezzamento o rifiuto quanto il bambino va dicendo. I

Le norme che prevedono le modalità dell'ascolto, devono tutelare la serenità del minore, ma anche tenere a riparo il processo dalle "storture" e l'accertamento del fatto dall'accertamento della "realtà pensata". Occorre bilanciare diritti ed interessi in gioco. Le cautele predisposte per l'ascolto del minore costituiscono forme essenziali alla realizzazione di questo bilanciamento.

Da questo angolo visuale vanno analizzate le singole norme ed è in questi termini che si impone la riflessione sul rapporto tra *essere* e *dover essere* della disciplina in materia, tra soluzione adottata e soluzione che il legislatore avrebbe potuto e dovuto adottare per raggiungere l'obiettivo.

Ritorniamo così alla disciplina dedicata all'ascolto del minore nel corso delle indagini preliminari. L'attenzione ai rischi segnalati dalla comunità scientifica conduce, per un verso, a dare una lettura del ruolo dell'esperto sia sotto il profilo della tutela dai rischi di traumi e vittimizzazione secondaria, sia sotto il profilo della tutela della genuinità della prova; e per altro verso, a concludere per l'insufficienza di questa cautela.

Ed invero, tanto la dottrina quanto quella giurisprudenza che fa affidamento sugli studi dedicati al ricordo ed alla costruzione dello stesso<sup>28</sup>, trae dal prezioso contributo fornito dalla comunità scientifica la conseguenza che la presenza di un esperto di psicologia o psichiatria all'atto della assunzione di informazioni dal minore ad opera della polizia giudiziaria così come del pubblico ministero o del difensore, risponda all'esigenza di garantire modalità di ascolto del minore che non inquinino la genuinità della prova orientandone maldestramente il ricordo e, contemporaneamente, permettano di comprendere se il racconto sia già stato deviato ed in qualche modo "manipolato" dall'esterno.

Ma – lo si è detto – da questo rischio non è esente neanche l'esperto per un duplice ordine di ragioni: a) legge non stabilisce le modalità nel rispetto delle quali l'esperto debba procedere; b) l'esperto è di ausilio ad altri che tali non sono e non è chiaro quale ruolo debba assumere durante il colloquio<sup>29</sup>. È possibile che le stesse modalità di intervento scelte dall'esperto causino quell'effetto

---

bambini sono facilmente influenzabili e la tendenza alla suggestionabilità aumenta tanto più quanto essi credono che l'intervistatore conosca già gli eventi in questione. Essi tendono ad adeguarsi alle aspettative degli interroganti.»

A. FORZA, *La genuinità della prova testimoniale e le garanzie metodologiche della carta di Noto*», in *Riv. pen.*, n. 11/2005.

<sup>28</sup> Ne costituisce un esempio la sentenza n. 24248 del 13 maggio 2010, emessa dalla sezione terza della Corte di cassazione, in cui i giudici di legittimità hanno fatto espresso richiamo al contributo fornito dalla comunità scientifica nel chiarire le peculiarità dei meccanismi di memoria del fatto e formazione del ricordo nel minore, per affrontare il tema delle corrette modalità di ascolto dello stesso nel corso del procedimento penale: «gli studi sulla memoria infantile hanno comprovato come i bambini, della età delle attuali parti lese, presentino modalità relazionali orientate in senso imitativo ed adesivo, siano influenzabili da stimoli potenzialmente suggestivi e – non avendo adeguate risorse critiche e di giudizio ed un distinto sentimento del sé – tendano a non differenziare le proprie opinioni da quelle dello interlocutore. Pertanto, è necessario che colui che li interroga non ponga inopportune domande inducenti o suggestive e non trasmetta informazioni che vengono recepite dai bambini ed utilizzate nel rispondere; ogni occasione narrativa, se posta in essere con un non corretto metodo verificazionista di una tesi preconcepita, potrebbe condizionare negativamente il ricordo del fatto da parte del minore. Per controllare che il bambino non abbia inteso compiacere l'interlocutore ed adeguarsi alle sue aspettative, è utile potere ricostruire la genesi della notizia di reato, cioè, focalizzare quale sia stata la prima dichiarazione del minore (che, se spontanea, è la più genuina perché immune da interventi intrusivi), quali le reazioni emotive degli adulti coinvolti, quali le loro domande; se la narrazione del bambino si è amplificata nel tempo, è necessario verificare se l'incremento del racconto sia dovuto alla abilità degli intervistatori oppure a loro indebite interferenze».

<sup>29</sup> Netta la denuncia che Antonio Forza faceva nel 2005: «Nel nostro paese, si assiste, invece, a modalità di conduzione dell'intervista sui minori, siano parti offese o semplici testi, quasi sempre errate dal punto di vista metodologico, in spregio a quelle che sono le acquisizioni della ricerca nell'ambito della psicologia della testimonianza. Gli errori vengono indistintamente commessi dagli ufficiali di P.G. delegati all'indagine, dai loro ausiliari (che per il solo fatto di avere un titolo accademico non sono quasi mai immuni dal vizio dell'impreparazione) dagli operatori dei servizi, dai sanitari, e non

manipolativo – oltre che di danno per il minore, che sia realmente abusato o meno – che egli dovrebbe evitare, con domande suggestive, suggerimenti e quant'altro. È possibile altresì che chi ponga le domande non sia l'esperto e lo faccia contravvenendo alle stesse indicazioni di quest'ultimo<sup>30</sup>.

La gravità del pericolo si coglie, peraltro, proprio soffermandosi sulle indicazioni fornite dagli studiosi: la constatazione circa la particolare modalità di costruzione del ricordo nel bambino – il suo “ricordare raccontando” – porta alla consapevolezza che, tra tutti, essenziale è proprio il primo racconto del minore, perché questo costituirà la base per tutti i racconti successivi<sup>31</sup>.

La conclusione non può che esser quella della insufficienza della previsione normativa della presenza dell'esperto – senza contare poi il problema della facoltatività della stessa di cui si è parlato – e della opportunità del ricorso alla videoregistrazione del colloquio.

La dottrina<sup>32</sup> sul punto è concorde: il Legislatore avrebbe dovuto disporre la video – o quanto meno fono – registrazione della conversazione svolta unilateralmente con il minore in sede di indagini preliminari, tanto quando procede la polizia giudiziaria quanto nel caso in cui si tratti di informazioni assunte dal pubblico ministero, e ciò perché solo questa forma di documentazione dell'atto permette di verificare *come* le dichiarazioni siano state acquisite e se le stesse possano dirsi genuine.<sup>33</sup>

---

ultimo dagli operatori del diritto. Il minore viene spesso sottoposto ad interviste ripetute e malamente condotte senza tener conto della sua vulnerabilità, tanto maggiore quanto è più giovane, e senza considerare il lasso temporale trascorso dai fatti, l'effetto delle domande suggestive ed implicative, l'importanza di adattarsi al linguaggio e al suo livello di comprensione, l'importanza di fare domande del livello e della forma più appropriata in relazione ad ogni singolo minore.» A. FORZA, *La genuinità della prova testimoniale e le garanzie metodologiche della Carta di Noto*, in *Riv. pen.*, n. 11/2005.

<sup>30</sup> Sulla possibilità di un contrasto di opinioni circa le modalità da adottare nel condurre l'esame e la sostanziale libertà del pubblico ministero di contravvenire alle indicazioni dell'esperto quale “fronte problematico” aperto dal legislatore con l'intervento del 2012: C. SANTORIELLO, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2013, 10 e ss.

<sup>31</sup> La necessità di porre l'attenzione sulle primissime dichiarazioni del minore fu peraltro dalla Corte di cassazione sottolineata nella sentenza n. 121 dell'8 Marzo 2007 (sez. III. Penale – Pres. Grassi – Rel. Squassoni – P.M. Izzo): «Le primissime dichiarazioni spontanee sono quelle maggiormente attendibili proprio perché non inquinate da interventi esterni che possono alterare la memoria dell'evento. L'indagine sulla genesi delle prime dichiarazioni è sempre opportuna per escludere la presenza di falsi ricordi». Cass. pen., sez. III, 8 Marzo 2007, n. 121.

<sup>32</sup> Così, tra gli altri, S. Recchione, che scrive: «L'unico strumento per valutare in concreto la portata delle eventuali suggestioni (anche inconsapevolmente) trasmesse in fase investigativa è quello di “vedere” come si è svolta l'audizione: quali le posture, quali i toni, quali le pause, quali le domande.» S. RECCHIONE «*Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*» cit., 20.

L'opportunità del ricorso alla videoregistrazione, quale strumento di tutela per l'imputato dinanzi alle possibili storture dei colloqui avuti con il minore vittima di abusi in fase investigativa, era poi già sottolineata nel 2010 da T. Rafaraci che, nel commentare una sentenza adottata nel 2007 dalla terza sezione penale della Corte di cassazione in tema di ricorso alla videoregistrazione in sede di indagini preliminari, ricorda come la Corte abbia in quella occasione sottolineato che «l'ostensibilità dell'audizione attraverso l'uso della documentazione videoregistrata, cioè, giova a recuperare l'ordinaria opportunità di critica delle informazioni raccolte unilateralmente, quindi con approccio fisiologicamente investigativo, in un campo fortemente caratterizzato da interazioni particolarmente delicate fra interrogante e interrogato.» T. RAFARACI, *La tutela delle vittime nel sistema penale delle garanzie*, ad opera di Canzio-Rafaraci-Recchione, in *Criminalia*, 2010, 262.

<sup>33</sup> L'ampio ricorso alla videoregistrazione dei colloqui unilaterali con il minore veniva chiaramente auspicato già nel 1996 dagli esperti che collaborarono alla redazione della Carta di Noto. L'articolo 13 della Carta recitava infatti: «Art. 13. Gli esperti consigliano vivamente che, ove possibile, le dichiarazioni del minore vengano, fin dal primo momento, raccolte e opportunamente documentate (mediante video o fonoregistrazione) dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero, con l'ausilio di esperti e comunque tenendo presenti i principi contenuti in questa Carta. Auspicano, inoltre, in analogia con quanto avviene per i componenti delle sezioni di polizia giudiziaria presso le procure della Repubblica per i Minorenni, che vengano istituiti, dalle Forze di polizia, organismi in aggiornamento professionale permanente per l'intervento nei casi di abuso sessuale sui minori. (testo 1996)».

Anzi, in giurisprudenza si è andati anche oltre, ritenendo che la videoregistrazione dei colloqui svoltisi con il minore nel corso delle indagini preliminari sia non solo necessaria, ma anche *sufficiente* a tutelare l'esigenza di riscontro dell'attendibilità e della genuinità della deposizione, e si è fatto rinvio alla Carta di Noto ed alla Convenzione di Lanzarote quali Carte Internazionali che evidenziano la necessità della videoregistrazione più che della presenza di un esperto<sup>34</sup>.

Così si rischia di cadere nell'errore contrario: dalla sola presenza dell'esperto che non tutela il diritto di difesa dell'imputato, alla sola videoregistrazione che tutela l'imputato dal rischio di una condanna fondata su dichiarazioni non genuine, ma non tutela il minore dal danno prodotto da un colloquio malamente condotto.

Vero è che un colloquio videoregistrato è un colloquio che presumibilmente sarà svolto in modo particolarmente attento, nella consapevolezza che la correttezza delle modalità adottate sarà oggetto di giudizio delle parti e del giudice, ma è vero anche che non è detto che chi proceda sappia *quali* siano le modalità corrette di approccio al racconto del minore e pur volendolo riesca effettivamente ad evitare traumi o quanto meno effetti negativi per lo stesso.

In altre parole, videoregistrazione o no, se il danno è fatto è fatto, e quel disagio provato durante quel colloquio mal condotto non svanirà in un attimo; resterà lì, come uno dei tanti pezzetti di vita che il bambino porta con sé nel costruire l'adulto che sarà, esperienza che segna, in negativo, il suo percorso di crescita.

Il discorso è sempre quello della coesistenza tra necessità di tutelare la fragilità del minore coinvolto nel procedimento penale, e diritto dell'imputato ad un procedimento che non ne comprima il diritto di difesa e non violi il principio sancito all'interno dell'art. 533 c.p.p. La soluzione da ricercare è quella di una via che garantisca il bilanciamento tra i due valori.

Un'ultima riflessione sul punto. In occasione della discussione circa le novità legislative da introdurre per garantire la piena attuazione della direttiva 2012/29/UE, che prevede norme in materia di diritti assistenza e protezione delle vittime di reato, si è posta l'attenzione su un altro effetto "positivo" di fondamentale importanza che il ricorso alla videoregistrazione anche per l'ascolto unilaterale del minore, garantirebbe: la significativa riduzione dei tempi e della complessità del procedimento penale, in termini di creazione delle condizioni per il ricorso al rito abbreviato anche non condizionato, e dunque alla definizione del procedimento sulla base delle sole dichiarazioni raccolte nella fase delle indagini preliminari. Questa fase al contrario rimane oggi, nella grande maggioranza dei casi, una fase "buia" per l'imputato: l'effetto è quello, da un lato, della compressione del diritto di difesa dello stesso, cui non è garantita la fruibilità dei colloqui svoltisi con il minore; dall'altro, la

---

<sup>34</sup> Il riferimento è alla sentenza n. 16981 del 12.04.2013 (ud. 12.03.2013) della quarta sezione penale della Corte di cassazione, in cui, dopo aver aderito al consolidato orientamento che nega l'obbligatorietà della presenza dell'esperto ed aver chiarito che tale presenza va dunque intesa come mera cautela rimessa alla valutazione del pubblico ministero, si aggiunge che «[...]l'indicazione che viene dalle diverse Carte internazionali che sono intervenute in materia (Carta di Noto e Convenzione di Lanzarote) è non tanto quella di garantire la presenza dell'esperto, quanto quella di procedere alla videoregistrazione dell'esame, che, di norma, è necessaria e sufficiente per soddisfare le esigenze di riscontro dell'attendibilità e genuinità della deposizione[...].» Cass. pen., sez. IV, 10 Aprile 2013 (ud. 10 Marzo 2013), n. 16981.

conseguente creazione di un pregiudizio per il minore, che vedrà il procedimento proseguire e sarà chiamato ad esporre nuovamente il suo racconto<sup>35</sup>.

È vero che si tratta di un rito speciale, applicabile solo su richiesta dell'imputato, ma se l'esigenza è anche quella di tutelare il minore e questa via ne garantirebbe una maggiore tutela, precorrerla non è un "di più" ma il presupposto per il pieno rispetto dei diritti sottesi alla disciplina.

4. L' utilità della videoregistrazione, quale mezzo di documentazione dell'atto nei termini su indicati, emerge sia sul versante dell'ascolto unilaterale del minore in sede di indagine, sia sul versante della "speciale" disciplina predisposta per l'incidente probatorio nell'ipotesi di reato di abusi su minori. Innanzitutto, vale la conclusione prima espressa: la disciplina è certamente posta a tutela dell'interesse del minore, ma non dell'interesse esclusivo dello stesso, vedremo in che termini qui il bilanciamento si realizza o dovrebbe realizzarsi.

La tutela del minore chiamato a deporre – lo ripetiamo – è garantita dall' ampio ricorso all'incidente probatorio, previsto dall'art. 392 c. 1 *bis* c.p.p., da leggersi in combinato disposto con l'art 190 *bis* c.p.p.: riconoscendo la possibilità di ricorso all'assunzione anticipata della testimonianza in ogni caso in cui si proceda per uno dei reati attinenti alla sfera sessuale indicati dalla stessa norma<sup>36</sup>, il legislatore tutela il minore, perché favorisce una rapida "fuoriuscita" dall'esperienza traumatica e limita, alle eccezioni indicate dal 190 *bis* c.p.p., i casi in cui egli dovrà esser chiamato a deporre nuovamente in dibattimento.

Ma se è vero questo, è vero anche che l'assunzione della testimonianza in sede di incidente probatorio è funzionale a garantire la genuinità della prova, evitando la dispersione così come l'alterazione della prova testimoniale grazie alla riduzione del tempo intercorrente tra l'evento ed il racconto. Qui ritornano le riflessioni svolte a partire dai contributi della comunità scientifica.

L'incidente probatorio circoscrive il pericolo di dispersione ed alterazione della prova, sia perché riduce il pericolo che il minore rimuova l'evento traumatico<sup>37</sup>, sia perché riduce il tempo durante

---

<sup>35</sup> L'argomentazione espressa in seno alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati viene riportata da Ferranti: «l'obbligo di registrazione delle audizioni investigative avrebbe uno straordinario effetto sulla semplificazione e velocizzazione dei procedimenti. Si tratta di una misura coerente anche con le indicazioni della giurisprudenza della Corte di legittimità che assegna un valore inquinante alle domande suggestive (che possono essere poste anche all'inizio della progressione dichiarativa, ovvero durante le audizioni investigative, senza che la correttezza dell'esame sia controllabile). La misura si manifesta opportuna anche in relazione al fatto che le difese spesso (legittimamente) basano le loro strategie difensive proprio sul dubbio circa l'eteroinduzione dei contenuti accusatori in fase investigativa. Fase a volte «oscura», che la videoregistrazione renderebbe finalmente fruibile a garanzia dell'accusato e della parte lesa».

Testualmente, FERRANTI, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Uno sguardo di insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) Gennaio 2016, 8.

<sup>36</sup> Nonché per il reato di maltrattamenti in famiglia p. e p. dall'articolo 572 c.p.p., ed il reato di atti persecutori di cui all'art. 612 *bis* c.p.p. Peraltro, va ricordato, la norma si applica alla testimonianza del minore così come a quella del maggiorenne persona offesa per gli stessi reati, nonché – per aggiunta del decreto legislativo n. 212 del 2015 – «in ogni caso quando la persona offesa versa in condizioni di particolare vulnerabilità».

<sup>37</sup> Proprio l'attenzione al rischio di rimozione traumatica dell'evento è dalla dottrina posto alla base della critica rivolta a quanto statuito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 114 del 2001, poi richiamata dalla sentenza 529 del 2002. Nell'escludere l'irragionevolezza della scelta operata dal legislatore limitando l'ampio ricorso all'incidente probatorio da svolgersi con le modalità protette previste dall'art. 398 c 5 *bis* del c.p.p. alla sola gamma di reati attinenti alla sfera sessuale, si è detto, la Corte non ha tenuto in considerazione il fatto che il pericolo di rimozione dell'evento traumatico, essendo connaturale alla condizione di minore, non è limitato alla sola gamma di reati di questo genere e coinvolge invece

il quale il minore potrebbe subire stimoli e suggestioni che ne deviino ed inquinino il racconto dell'esperienza vissuta, pericolo che la vulnerabilità del minore pone tanto nel caso in cui egli sia stato abusato, quanto nel caso non abbia in realtà subito abusi, o li abbia subiti in termini differenti rispetto a quello che potrebbe risultare dal racconto "costruito" esposto in dibattimento.

Nel tutelare il minore dal pericolo di alterazione e dispersione della prova testimoniale, il ricorso all'incidente probatorio tutela l'imputato dal rischio di un giudizio fondato su prove non più genuine<sup>38</sup>. A tal proposito si impone però una precisazione, da farsi guardando alle ordinarie regole del procedere per chiarire in cosa si sostanzi il bilanciamento realizzato tra diritti del minore e diritti dell'imputato.

L'art. 498 comma quarto del codice di procedura penale stabilisce che l'esame testimoniale del minore andrà condotto dal presidente su domande e contestazioni proposte dalle parti e con la possibilità di avvalersi dell'ausilio di un familiare o di un esperto in psicologia infantile. Grazie al rinvio operato dal quinto comma dell'articolo 401 c.p.p., la norma si applica tanto nel caso in cui la testimonianza sia assunta in dibattimento, quanto nel caso in cui il minore sia ascoltato in sede di incidente probatorio, via, si è detto, privilegiata dal legislatore nel caso in cui si proceda per i reati indicati dallo stesso art 392 al comma 1 *bis* c.p.p. La disposizione è posta sicuramente a tutela del minore, protetto così dall'impatto diretto con le domande di accusa e difesa: la dialettica tra le parti sarà filtrata dal giudice, chiamato a condurre l'esame e porre, lui solo, direttamente domande al minore. In questo senso, una cautela in linea con l'esigenza di tutela del minore cui deve rispondere anche la disciplina dedicata al suo ascolto unilaterale operato durante le indagini.

Epperò, quando parliamo di incidente probatorio parliamo di prove. Quella resa dal minore in questa sede è una testimonianza; la dichiarazione fatta, a differenza del racconto esposto dinanzi alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero (salva la possibilità, ovviamente, di ricorso a riti speciali), è di per sé prova dichiarativa sulla base della quale il giudice – non raramente in via esclusiva, o quanto meno determinante – fonderà la propria decisione. Soltanto guardando ai principi cardine, che regolano l'esame testimoniale ed il percorso formazione della prova-valutazione-decisione nel nostro sistema processuale, si può verificare se sussiste un effettivo bilanciamento tra la tutela della personalità del minore e la presunzione di non colpevolezza dell'imputato.

Ora, «è noto che l'esame incrociato costituisca il mezzo attraverso cui è data attuazione al principio del contraddittorio per la formazione della prova; le parti, in posizione di parità davanti al giu-

---

ogni reato che costituisca per il minore un evento traumatico. In questi termini C. IASEVOLI, *Il minore fonte di prova tra assiologia ed effettività*, cit., 18 e ss.

<sup>38</sup> Per altro verso, proprio la riflessione circa lo stretto rapporto intercorrente tra tutela del minore e garanzia della genuinità della prova porta a sostenere l'irragionevolezza della scelta legislativa consistente nella limitazione della applicabilità della particolare disciplina dedicata all'ascolto del minore in sede di incidente probatorio, a determinate fattispecie di reato «[...]costituisce specificazione del pericolo di alterazione della fonte e, quindi, di dispersione della sua autenticità l'ipotesi di vittima minore; qui il pericolo di contaminazione della fonte dichiarativa è intrinsecamente connesso allo status di minore per essere lo sviluppo psicofisico ancora in corso; da qui il bisogno di contemperare l'esigenza di tutela della personalità del minore e la genuinità della prova a prescindere dal ricorrere di determinate fattispecie di reato, cioè, il bisogno è connaturale alla condizione di minore». Così, C. IASEVOLI, *Il minore 'fonte di prova' tra assiologia ed effettività*, cit., 83.

dice terzo, formulano le rispettive domande al fine di rappresentare, nella maniera più compiuta possibile, la propria ricostruzione dei fatti in funzione dell'affermazione delle rispettive strategie processuali e, quindi, di consentire al giudice di valutare quella razionalmente preferibile»<sup>39</sup>.

Dunque, la regola è quella dell'esame incrociato; il principio, quello del contraddittorio nella formazione della prova.

L'esigenza di tutela del minore, affidando al giudice la conduzione dell'esame testimoniale, pone una deroga alla regola dell'esame incrociato. Così, ponendo una deroga alla regola dell'esame incrociato, l'esigenza di protezione del minore incide sulla piena operatività del principio del contraddittorio nella formazione della prova, attenuandola.<sup>40</sup>

Ma, quale principio "toccato" dalla disciplina del c.d. incidente probatorio speciale, accanto al principio del contraddittorio, va annoverato il principio dell'immediatezza.

Di regola infatti, il sistema garantisce il rapporto diretto tra giudice e prova: colui che ascolta, che assume la prova, è colui che decide. Nel caso in cui si proceda con incidente probatorio invece, il giudice che conduce l'esame testimoniale e ascolta il minore, non è – di regola – il giudice che decide sulla base del racconto in quella sede esposto dal teste. Dunque, si deroga al principio dell'immediatezza. Se così è, il bilanciamento tra tutela del minore e diritti dell'imputato ha una propria chiara espressione normativa: «Le dichiarazioni testimoniali debbono essere documentate integralmente con mezzi di produzione fonografica o audiovisiva.»<sup>41</sup>

La fono/videoregistrazione dell'atto, richiesta dall'articolo 398 comma 5 *bis* c.p.p., è in tal caso funzionale infatti a garantire proprio il bilanciamento tra il diritto di difesa dell'imputato e l'esigenza di tutela del minore dinanzi alla deroga al principio dell'immediatezza. Rispetto ad una prova dichiarativa assunta in via anticipata e dinanzi ad altro giudice, il legislatore garantisce che il giudice della decisione non sia limitato nella propria valutazione delle dichiarazioni rese dal minore dalla sola possibilità di leggere il verbale redatto, ma possa *vedere* (o quanto meno udire) *come* quella dichiarazione sia stata acquisita.

La ragione della utilità e necessità di questa cautela è già stata posta in luce: la condizione di suggestionabilità e vulnerabilità del minore è ovviamente la stessa che si parli di dichiarazioni unilaterali rese in sede di indagine o di assunzione della testimonianza; così, sostanzialmente analogo è il

---

<sup>39</sup> Così P. SILVESTRI, *Controesame, potere del presidente di rivolgere domande e divieto di domande suggestive*, in *Cass. pen.*, n. 4, 2009, 1556.

<sup>40</sup> Sullo stretto legame tra tutela del dichiarante e attenuazione del contraddittorio si sofferma M. Stellin, proponendo una riflessione di ampio respiro, che guarda alla disciplina dell'incidente probatorio nel suo complesso, così come risultante dai vari interventi normativi succedutisi negli anni. Nel soffermarsi sulla disciplina dedicata all'escussione anticipata del minore, egli scrive: «Accanto all'assunzione anticipata della prova, il legislatore ha introdotto la possibilità di accedere a forme d'audizione protetta: soggetti minori d'età o infermi di mente – nel corso dell'incidente probatorio e del dibattimento – possono essere, infatti, escussi con modalità particolari, anche al di fuori delle aule giudiziarie (nella fase incidentale, apparentemente per i soli reati previsti *ex art.* 398, co. 5-*bis*, c.p.p.), direttamente dal giudice o da un esperto di psicologia infantile (art. 498, co. 4, c.p.p.), al riparo, dunque, dalla virulenza della *cross examination*, mediante l'interposizione di un vetro che li separi dalle parti (qualora essi siano vittime dei reati di cui all'art. 498, co. 4-*ter*, c.p.p.). Si tratta, ancora una volta, di attenuazioni del contraddittorio, variabilmente declinabili in ciascuna ipotesi, che rispondono ad una finalità suggestivamente definita "anfibia": la tutela dell'equilibrio psicofisico del teste, nel caso di specie, è, infatti, direttamente proporzionale all'attendibilità del contributo probatorio.» M. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2015, 10 e ss.

<sup>41</sup> Art. 398 comma 5 *bis* c.p.p.

rischio che le modalità di svolgimento del colloquio inquinino ed orientino il racconto del minore, fino ad intaccarne la genuinità. Il pericolo non viene meno per il sol fatto che l'esame è condotto al giudice, ed in ogni caso ciascuna delle dichiarazioni del minore non può esser apprezzata e compresa a pieno se non legando il detto agli sguardi, gli atteggiamenti, i silenzi del teste così come degli altri soggetti presenti.

Dunque, la documentazione dell'incidente probatorio mediante mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva permetterà al giudice chiamato a decidere di stabilire se ed in che termini il minore sia stato influenzato nella sua esposizione dei fatti, così eliminando o quanto meno riducendo i rischi che la rinuncia all'immediatezza crea tanto per l'imputato quanto per lo stesso procedimento come luogo deputato all'accertamento del fatto.

Si diceva, bilanciamento tra diritti che incide sui principi dell'immediatezza e del contraddittorio nella formazione della prova. Se così è, la norma costituzionale di riferimento è dunque quella dell'art. 111 della Costituzione: il quarto comma, ove si stabilisce che «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova»; ma anche il comma precedente, nella parte in cui dispone che «Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato[...] abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova».

Nella sua formulazione, il passo del terzo comma dell'art. 111 si sovrappone al dettato dell'art. 6 par. 3 let. d) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che sancisce infatti il *diritto* di ogni accusato «di esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico».

Il riferimento al dettato dell'art 6 paragrafo 3 lettera d) della CEDU non è causale.

La Corte EDU è stata più volte chiamata a chiarire i rapporti intercorrenti tra questa disposizione della Convenzione e le particolari norme dettate per l'ascolto del minore, in altri come nel nostro ordinamento.

Le decisioni adottate definiscono il livello di bilanciamento tra le esigenze di tutela del minore ed il diritto di difesa dell'imputato richiesto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e conducono così ad una riflessione sul livello minimo di tutela imposto per tale diritto dal nostro sistema costituzionale, e dunque sulla via attraverso la quale ne vada garantito il temperamento con i diritti del minore testimone.

Le origini di questa giurisprudenza vanno ricercate nella sentenza *Kostovski c. Paesi Bassi* del 30 novembre 1989, non adottata con riferimento ad un caso di abuso sessuale su minori, ma fondamentale per l'affermazione del principio generale posto poi a fondamento anche delle decisioni adottate nell'intervenire su casi di tal genere.

In quella occasione per la prima volta la Corte EDU formulò il principio di diritto secondo cui, è sì auspicabile che le dichiarazioni destinate ad acquisire una valenza decisiva ai fini della decisione siano rese in un'udienza pubblica in contraddittorio tra le parti, ma ciò non esclude di per sé la possibilità di utilizzare a tale scopo altresì dichiarazioni rese al di fuori del dibattimento: tali dichiarazioni potranno esser utilizzate senza per ciò ledere il diritto dell'imputato sancito nell'articolo 6 par 3 let

d) Cedu a patto che all'accusato sia garantita una occasione adeguata e sufficiente per contestarle e la possibilità di interrogare il teste, al momento della deposizione o successivamente.

Nel corso degli anni successivi, molteplici sono state le sentenze attraverso le quali questo orientamento si è andato dapprima affermando e poi consolidando. Vanno ricordate a tal proposito, tra le altre, la sentenza C. edu. Asch c. Austria del 26 aprile 1991, la sentenza Isgrò c. Italia, 19 febbraio 1991, la sentenza Ludi c. Svizzera, 15 giugno 1992 e, più di recente, la sentenza C.edu Carta c. Italia del 20 aprile 2006. Molte peraltro anche le sentenze che si sono soffermate sul risvolto negativo di tale principio: l'assoluta incompatibilità con i principi consacrati dalla Convenzione, di una compressione del diritto di difesa dell'imputato che si concretizzi nella condanna di quest'ultimo pronunciata sulla base della sole dichiarazioni raccolte senza che egli abbia avuto la possibilità di interrogare o far interrogare il soggetto, neanche in momento successivo a quello della acquisizione.<sup>42</sup>

In tutte queste occasioni, dunque, i giudici della Corte di Strasburgo hanno riaffermato la suddetta "regola d'oro"<sup>43</sup>, ritenendo che il dettato della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per quel che attiene al diritto dell'imputato di esaminare e far esaminare i testi a proprio carico sancito dall'art. 6 par 3 let. d) Cedu: consente al giudice di utilizzare ai fini della decisione dichiarazioni a carico dell'imputato che non siano state acquisite in dibattimento nel contraddittorio tra le parti, bensì al di fuori e prima dello stesso; ammette una decisione fondata in via esclusiva o determinante sulle suddette dichiarazioni, ma solo nel caso in cui all'imputato sia stata garantita la possibilità di contestarle ed altresì quella di interrogare il teste; non è indispensabile che ciò sia garantito nello stesso momento in cui le dichiarazioni siano rese, potendosi dire al contrario rispettato il dettato della Convenzione anche nel caso in cui la possibilità di interrogare e far interrogare il dichiarante sia stata garantita in un momento successivo rispetto alla "deposizione" dello stesso.

In altri termini, si è sottolineato, la Corte edu ha affermato ed afferma tutt'oggi la piena compatibilità con la Convenzione europea dei Diritti dell'uomo, nei termini precisati, di un contraddittorio sulla fonte di prova che sia *differito*<sup>44</sup>.

Il problema che ci si è posti è quello della compatibilità di questo principio con la "nostra" idea di contraddittorio minimo, così come consacrata dal dettato della Costituzione.

La riflessione chiede che ci si soffermi sul principio del contraddittorio, come sancito oggi dall'articolo 111 Cost.

In primo luogo, la lettura della singola norma alla luce dell'intero sistema costituzionale, non può che portare, si sottolinea, a superarne il dettato letterale e riconoscere che il principio del contraddittorio riguarda l'intero procedimento penale, fin dalla fase in cui il soggetto sia sottoposto ad indagini preliminari. Ciò, in virtù del dettato dell'articolo 24 comma 2 della Costituzione, che tutela

---

<sup>42</sup> C. edu, Orhan Çağan c. Turchia, 23 marzo 2010; Majadallah c. Italia, 19 ottobre 2006; Bracci c. Italia, 13 ottobre 2005, § 55; Craxi c. Italia, 5 dicembre 2002, § 86; A.M. c. Italia, 14 dicembre 1999, § 25; Saïdi c. Francia, 20 settembre 1993, §§ 43-44.

<sup>43</sup> In questi termini il commento di S. Recchione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo riportato in «La tutela delle vittime nel sistema penale delle garanzie», in *Criminalia* 2010 p. 290.

<sup>44</sup> «La Corte Europea dei diritti dell'uomo, dunque, richiede soltanto, come requisito minimo, che la fonte di prova determinante utilizzata in sentenza sia comunque inserita nel circuito del contraddittorio: esige, cioè, un contraddittorio almeno differito sulla fonte di prova.»: così, G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003.

in modo ampio il diritto di difesa dell'imputato sancendone l'inviolabilità in ogni stato e grado del procedimento. Si delinea così lo strettissimo rapporto intercorrente tra il principio del contraddittorio e quello di difesa dell'indagato/imputato.

Per altro verso, per una analisi della giurisprudenza della Corte Di Strasburgo condotta alla luce del dettato costituzionale interno, diventa determinante la distinzione tra contraddittorio *sull'elemento* di prova, da un lato, e contraddittorio *per l'elemento* di prova, dall'altro. Il primo, si dice, in senso stretto inteso è il contraddittorio che nel corso del processo si genera attorno alla valutazione da attribuire ad una dichiarazione testimoniale resa in altra sede, in assenza della parte. Il secondo invece, si precisa, è quel contraddittorio «finalizzato all'ottenimento del dato conoscitivo su cui fondare la decisione», e cioè quel contraddittorio garantito attraverso la partecipazione delle parti nel momento in cui il teste rende la propria deposizione.

La posizione assunta dalla Corte edu. costituisce da questo punto di vista una soluzione “intermedia” tra i due.<sup>45</sup>

Ebbene, la convinzione è che l'art 111 Cost. escluda la possibilità di accogliere un tale concetto “intermedio” di contraddittorio, imponendo da questo punto di vista un livello di tutela più alto di quello minimo richiesto dall'art. 6 par. 3 let d) della Cedu. In questi termini si parla dell'articolo 111 comma 4 della nostra Costituzione, come di una vera e propria regola di esclusione probatoria «che rende costituzionalmente insufficiente il controllo differito di cui si appaga la Corte europea».<sup>46</sup>

Così posta, la questione rinvia a quella, di ampio respiro, concernente i rapporti tra ordinamento interno ed obblighi internazionali, nel caso in cui siano in gioco diritti fondamentali sanciti all'interno della Costituzione.

Il riferimento obbligato, sul punto, è alla sentenza n. 317 del 2009, in cui la Corte costituzionale chiarisce che «il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa», così garantendo che il diritto di difesa dell'imputato non possa veder abbassata la propria soglia minima di tutela in virtù del doveroso rispetto della Convenzione.

Ma vi è di più. Dopo aver sancito questo fondamentale principio, la Corte si sofferma sul riferimento all'ampliamento della tutela che deve derivare dal rispetto degli obblighi internazionali e ricorda la necessità di guardare sempre alla rete dei diritti fondamentali considerata nel suo complesso: l'espansione delle garanzie realizzata attraverso il riferimento ai principi sanciti dalla Cedu, non può concretizzarsi in un ampliamento della tutela riconosciuta al singolo diritto fondamentale che crei una compressione di altro diritto pure riconosciuto e tutelato dalla nostra Carta costituzionale. In altre parole, è necessario il costante bilanciamento tra diritti fondamentali, di modo che il plus di

---

<sup>45</sup> ID. pag. 2100 e ss.

<sup>46</sup>T. RAFARACI, *La tutela delle vittime nel sistema penale delle garanzie*, ad opera di Canzio-Rafaraci-Recchione, in *Criminalia*, 2010, 266.

Alla stessa conclusione giunge anche Sandra Recchione: «Le soglie di garanzia “interne” rispetto al diritto al contraddittorio appaiono dunque più elevate di quelle convenzionali: è “equo” per i giudici di Strasburgo ciò che per il nostro sistema è illegittimo.»; S. RECCHIONE, *La tutela delle vittime nel sistema penale delle garanzie*, in *Criminalia* 2010, 291.

tutela garantito dalla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo riguardi il sistema nel suo complesso, e non il singolo diritto a danno di altri.<sup>47</sup>

Ora, si è accennato al fatto che in più occasioni la Corte edu è stata chiamata ad intervenire a tutela del diritto sancito dall'articolo 6 par. 3 let d) della Convenzione, con riferimento a procedimenti concernenti presunti casi di abuso sessuale su minori.

Come anticipato, il principio affermato nel delineare i livelli minimi di tutela garantiti dalla Convenzione europea per il diritto di difesa dell'imputato nel caso in cui il giudice fondi la propria decisione su prove dichiarative acquisite al di fuori del dibattimento, è posto a fondamento anche delle decisioni adottate in tali ipotesi.

Qui però, accanto al diritto dell'imputato a contestare le dichiarazioni rese a suo carico ed interrogarne l'autore, c'è l'esigenza di tutelare il minore chiamato a rendere quelle dichiarazioni.

In altre parole, la necessità di protezione del minore dai pericoli del processo che lo coinvolga modella e se sì in che termini, il diritto di difesa dell'imputato? quando può dirsi garantito, secondo la Corte edu, il giusto bilanciamento tra i due diritti fondamentali coinvolti?

La risposta è stata dalla Corte fornita proprio con riferimento alla normativa dedicata nel nostro ordinamento all'ascolto del minore nei processi per abuso sessuale, per quel che riguarda in particolare la conformità al diritto convenzionale della disciplina concernente l'assunzione della testimonianza in sede di incidente probatorio.

Nel caso *Accardi c. Italia*, deciso con sentenza del 20 Gennaio 2005, il ricorrente – imputato per il reato di violenza sessuale su minore – lamentava, tra le altre, la lesione del proprio diritto ad interrogare o far interrogare i testi a carico, dovuta al fatto che la testimonianza del minore era stata assunta in sede di incidente probatorio, questo era stato condotto dall'esperto nominato dal giudice per le indagini preliminari e la difesa non aveva potuto porre domande dirette al minore. La Corte edu ha ritenuto che il ricorso alle suddette particolari modalità per lo svolgimento dell'esame testimoniale del minore non avesse determinato una lesione del diritto dell'imputato sancito dall'art. 6 par. 3 let. d) Cedu. Nel ribadire che il principio secondo il quale le prove devono prodursi in udienza pubblica nel contraddittorio tra le parti non è esente da eccezioni, i giudici di Strasburgo hanno difatti aggiunto che, nei procedimenti penali per abusi sessuali su minori l'esigenza di tutelare le vittime dell'abuso legittima il ricorso a particolari misure a protezione delle stesse, purché sia ugualmente garantito il diritto di difesa dell'imputato. Con specifico riferimento alla disciplina dettata per l'incidente probatorio del minore nell'ordinamento italiano, la Corte ha poi precisato che la tutela del minore vittima giustifica tanto il ricorso privilegiato all'incidente probatorio quanto il divieto per le parti di porre domande dirette al minore secondo lo schema classico dell'esame incrociato. Quel che conta è che sia comunque garantita la possibilità al difensore di contestare la testimonianza. Nel caso di specie la possibilità di porre domande, se pur indiretta per mezzo dell'esperto, era stata riconosciuta ed era stata la difesa a non coglierla, scegliendo di seguire l'esame - da dietro il vetro-specchio ai

---

<sup>47</sup> Così C. IASEVOLI, *Il minore 'fonte di prova' tra assiologia ed effettività*, cit.

sensi dell'art. 498 c. 4 *ter* c.p.p.- senza mai intervenire. Inoltre, si sottolineò infine, l'audizione era stata documentata mediante videoregistrazione ed il video era stato visionato dal Giudice.<sup>48</sup>

Sebbene non direttamente riguardante l'ordinamento italiano, si segnala la decisione adottata dalla Corte nello stesso 2005 per il caso Bocos-Cuesta c. Paesi Bassi. La Corte, contrariamente a quanto ritenuto nel caso Accardi e, sostanzialmente, in linea con quanto lì rilevato, ritenne iniquo il procedimento conclusosi con la condanna dell'imputato ricorrente dal momento che allo stesso era stata effettivamente negata in assoluto la possibilità di assistere all'esame dei minori e rivolgergli se pur indirettamente domande, ed inoltre il colloquio non era stato video registrato, per cui né il ricorrente né il giudice di merito avevano potuto osservare i comportamenti dei testi e valutare a pieno l'attendibilità delle dichiarazioni rese<sup>49</sup>.

Ebbene, è particolarmente interessante il confronto tra questa giurisprudenza della Corte edu, e quella consolidatasi nel corso degli anni a partire dal caso Bricmont c. Belgio del lontano 1989, anch'essa concernente le condizioni minime per il rispetto del diritto dell'imputato di interrogare e far interrogare i testi a carico di cui all'art. 6 par. 3 let d) della Convenzione, ma attinente ad un differente profilo processuale del diritto in questione. Il riferimento è alle sentenze – moltissime – mediante le quali la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è intervenuta a chiarire quando l'affermazione nel giudizio di appello della responsabilità dell'imputato assolto in primo grado, operata sulla base di un diverso apprezzamento delle prove dichiarative assunte dal giudice di prime cure, determini la violazione della suddetta norma convenzionale.

Si tratta di un orientamento, anche qui, non affermatosi specificamente con riferimento ai procedimenti penali per abuso sessuale su minore, ma che a ben vedere pone rilevanti spunti di riflessione e problematiche interpretative da risolvere proprio con riferimento ai processi aventi ad oggetto questa particolare categoria di reati, se è vero che molto spesso in questi casi il quadro probatorio attiene esclusivamente o quasi alle dichiarazioni rese dai minori presunte vittime e/o a quelle rese da terzi soggetti che con gli stessi siano venuti a contatto (parenti, insegnanti, coetanei ecc).

I piani coinvolti, in particolare, sono sostanzialmente due: da un lato, quello tutto convenzionale attinente al rapporto tra questa consolidata giurisprudenza concernente il rispetto del principio di cui all'art. 6 par. 3 let d) della Cedu nel giudizio d'appello, e l'orientamento espresso dalla stessa Corte edu in relazione al peculiare tema dell'equo bilanciamento tra diritto di difesa dell'imputato e doverosa tutela del minore nei processi per abuso sessuale; dall'altro, quello tutto interno, o meglio, attinente ai riflessi che questa giurisprudenza Cedu abbia e possa avere sui "nostri" giudizi d'appello, in generale e con riferimento ai procedimenti per abuso sessuale su minore.

L'argomento è complesso per le evidenti e delicate interrelazioni sistematiche, che richiedono ulteriori approfondimenti; ritorneremo sulla questione in altra occasione.

---

<sup>48</sup> Per il commento alla sentenza Accardi c. Italia: M. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, cit., 34; S. RECCHIONE, *La tutela delle vittime nel sistema penale delle garanzie*, cit., 290 e ss.

<sup>49</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 10 novembre 2005, Bocos-Cuesta c. Paesi Bassi.

Esponde il contenuto di tale sentenza, proprio in rapporto alla sentenza Accardi c. Italia, M. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU* cit., 34 in nota, rinviando alla trattazione del caso proposta da BELTRANI, *Violenza sui minori e giusto processo. L'imputato deve interrogare le vittime. Strasburgo condanna l'Olanda. Ma rischia di "sconfinare"*, in *Dir. e giust.*, 2006.

# Il patrocinio a spese dello Stato

GIUSEPPE SASSONE

## ABSTRACT

*Some reflections about the 2016/1919 / EU directive and the application for legal aid paid by the state.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una breve ‘anamnesi’ storica. – 3. Il difensore ammesso al patrocinio a spese dello Stato. – 4. L’irreperibile. – 5. Il vano esperimento delle procedure per il recupero del credito. – 6. L’assistenza al collaboratore di giustizia escusso come testimone. – 7. Cosa accade in Europa.

1. Una prima lettura della Direttiva 2016/1919/UE del 26 ottobre 2016, sull’ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati ed imputati nell’ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell’ambito di procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo, costituisce l’occasione per una ricognizione delle regole interne al nostro ordinamento su questo istituto, al fine di verificare se la direttiva sul punto abbia ampliato o meno i diritti già riconosciuti.

Essa persegue il nobile tentativo di dettare regole minime e comuni a tutti gli stati membri concernenti il diritto ad una efficiente ed efficace difesa, così come sancito dall’art. 6, paragrafo terzo, della CEDU, riunendo in un unico testo regolatore tutte le norme che la precedono.

A garanzia del raggiungimento di uno *standard* di tutela accettabile, il testo della Direttiva sancisce all’art. 11 la clausola di non regressione, per cui nessuna disposizione della normativa può essere interpretata in modo da limitare o derogare ai diritti e alle garanzie processuali garantiti dalla Carta, dalla CEDU o dal diritto interno degli stati membri che assicurino un livello di protezione più elevato.

È opportuno precisare che la normativa si applica agli indagati, agli imputati e alle persone ricercate indipendentemente dal loro *status* giuridico e dalla loro cittadinanza o nazionalità. Gli stati membri dovrebbero rispettare e garantire i diritti stabiliti senza alcuna discriminazione e indipendentemente dalla razza, dal colore della pelle, dal sesso, dall’orientamento sessuale, dalla lingua, dalla religione, dalle opinioni politiche o di altro genere, dalla nazionalità, dall’origine etnica o sociale, dalla ricchezza, dalla disabilità o dalla nascita. La direttiva difende i diritti fondamentali e i principi riconosciuti dalla Carta e dalla CEDU, compresi la proibizione della tortura o di trattamenti inumani o degradanti, il diritto alla libertà e alla sicurezza, il rispetto della vita privata e familiare, il diritto all’integrità della persona, i diritti del minore, l’inserimento delle persone con disabilità, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, la presunzione di innocenza e i diritti della difesa. Essa dovrebbe essere applicata in conformità di tali diritti e principi.

L’art. 4 paragrafo terzo della direttiva specifica che, nella valutazione del caso specifico, il giudice debba tenere conto di fattori pertinenti ed obiettivi quali il reddito, il patrimonio e la situazione

familiare. Al paragrafo quarto del medesimo articolo, il testo aggiunge che la valutazione delle risorse non può prescindere da una analisi della gravità del fatto, della complessità del caso e della severità della sanzione.

Come si vedrà, la direttiva non amplia significativamente quanto già previsto nel nostro ordinamento.

A tal fine può essere utile una riflessione diacronica sull'attuale disciplina.

2. Dovendo, *ratione temporis*, limitare la ricostruzione all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale<sup>1</sup>, un'analisi storica delle principali norme che hanno disciplinato la materia deve prendere le mosse dagli artt. 31 e 32 delle disposizioni di attuazione di quest'ultimo che prevedevano, il primo, il diritto alla retribuzione del difensore di ufficio e, il secondo, le modalità di corresponsione del compenso di quest'ultimo.

Sul punto tali disposizioni vennero fin da subito integrate dalla legge n. 217/90. Questa, disciplinando dettagliatamente la materia, individuava l'ambito di applicazione dell'istituto, indicava i requisiti di reddito, escludendo la possibilità del beneficio quando si procedeva per reati commessi in violazione delle norme per la repressione dell'evasione in materia d'imposte sui redditi e sul valore aggiunto, procedimentalizzando l'istruttoria, dettava il contenuto dell'istanza, i requisiti per la domanda, individuava i presupposti per la revoca.

Di particolare rilievo l'art. 12 che individuava, nei valori medi delle tariffe professionali vigenti, il tetto massimo dell'ammontare che il giudice poteva liquidare per le prestazioni del difensore di ufficio.

La disciplina veniva novellata più volte. Interessante evidenziare le modifiche apportate con la legge n. 134/01 che, tra l'altro, inseriva l'articolo 17 *bis* con il quale veniva istituito l'elenco degli avvocati per il patrocinio a spese dello Stato.

Sempre nel 2001 il legislatore è intervenuto con la legge n. 60, allargando il catalogo delle fattispecie nelle quali l'attività del difensore deve essere retribuita secondo le norme relative al patrocinio a spese dello Stato, prevedendo due ulteriori ipotesi: a) quella del difensore dell'imputato o indagato irreperibile; b) quella dell'imputato nei cui confronti il difensore dimostri di aver esperito inutilmente le procedure per il recupero dei crediti.

L'intera materia è stata, successivamente, riordinata in un testo unico con il D.P.R. n. 115/02, nel quale le tre ipotesi nelle quali l'attività del difensore è posta a carico dell'erario sono confluite negli artt. 107, 116, 117.

Non sfugga che il D.P.R. n. 115/02 (d'ora in poi TU) ha raccolto i testi unici delle disposizioni legislative di cui al D.L. n. 113/2002 e di quelle regolamentari di cui al DPR 114/02. Esso è, quindi, un testo unico "di compilazione", non è fonte di produzione, ma di cognizione.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Nel vecchio codice la legge di riferimento era il RD 30.12.1923 n. 3282 che prevedeva il patrocinio a spese dello Stato affidandolo a tutti gli avvocati e procuratori, qualificandolo come ufficio "onorario ed obbligatorio" sottoposto alla vigilanza, con penetranti poteri di intervento, del Procuratore Generale del distretto e dei Procuratori della Repubblica nei circondari dei tribunali e nei territori delle preture da essi dipendenti.

<sup>2</sup> Per un'approfondita distinzione v. BIN - PETRUZZELLA *Diritto costituzionale*, Torino 2012, 370.

Tra gli interventi successivi sul TU vanno ricordate le modifiche all'art. 96 comma 2 e l'introduzione dell'art. 76, c. 4-*bis*, di cui all'art. 12-ter del D.L. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni dalla L. 24 luglio 2008, n. 125, nonché l'interpolazione dell'art. 76, comma 4-*ter*, aggiunto dall'art. 4 D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni dalla L. 23 aprile 2009, n. 38, e poi sostituito dall'art. 9 L. 1° ottobre 2012, n. 172.

Il citato testo unico resta, ancora oggi, la norma di riferimento della disciplina anche se occorre tener conto – quanto alle concrete modalità di liquidazione – del D.M. n. 140/2012.

Ed invero, l'articolo 9 D.L. 24.01.2012 n. 1, convertito in legge n. 27 del 24.03.2012, ha abrogato le tariffe professionali – cui rinvia l'art 82 D.P.R. n 115/02 –, riservando ad un decreto ministeriale la determinazione dei criteri di liquidazione delle prestazioni professionali quando deve procedervi un organo giurisdizionale.

La presente relazione si svolgerà ripercorrendo queste ultime due fonti e soffermandosi sugli aspetti delle stesse che hanno posto problemi interpretativi, e volgerà un interessato sguardo alla produzione normativa e giurisprudenziale europea in relazione al tema in esame.

3. Con riguardo a tale ipotesi, le questioni che sorgono non attengono propriamente alla fase della liquidazione, quanto piuttosto a quella dell'ammissione e della revoca della stessa.

La legge disciplina i requisiti per l'ammissione e le formalità per la presentazione della domanda.

A tal riguardo, va segnalato che l'art. 79 alla lettera c) dispone che l'istanza deve contenere, a pena di inammissibilità, una dichiarazione sostitutiva di certificazione, da parte dell'interessato, ai sensi dell'art. 46, comma 1, lettera o), del D.P.R. n 445/00, attestante la sussistenza delle condizioni di reddito con specifica determinazione del reddito complessivo valutabile a tali fini, determinato secondo le modalità indicate nell'art.76.

Orbene, talora le istanze di ammissione sono formulate dai difensori che incorporano nelle stesse anche le dichiarazioni di cui alla suddetta lettera c). In tali casi, non è sufficiente che il difensore autentichi la sottoscrizione in calce all'istanza contenente la dichiarazione autocertificativa.

Ed invero, la Suprema corte<sup>3</sup> ha precisato che l'autenticazione, da parte del difensore, della sottoscrizione dell'istanza, contenente la dichiarazione di cui alla citata lett. c) dell'art. 79 D.P.R. n 115/02, non può ritenersi equipollente alla specifica procedura prevista per l'autocertificazione disciplinata dal predetto D.P.R., in quanto inderogabile.

Altra questione, che si è posta in alcuni tribunali, ha ad oggetto la credibilità della dichiarazione cosiddetta "reddito zero", che sovente si incontra nelle richieste di ammissione.

Al riguardo, alcuni giudici di merito ritengono, siffatta dichiarazione, decisamente inattendibile, in quanto sostanzialmente non compatibile con le esigenze – anche minime – connesse al sostentamento della famiglia, quantomeno sotto il profilo della necessità di procurarsi un alloggio e provvedere alle necessità quotidiane.

Pertanto, sovente, le autorità giudiziarie competenti richiedono delle integrazioni quali l'allegazione del titolo di disponibilità della casa familiare (contratto di locazione o altro titolo), nonché

---

<sup>3</sup> Cass. pen., n. 34914, 2003.

delle ultime ricevute di pagamento delle utenze domestiche (energia elettrica, gas, acqua) e di eventuali utenze cellulari in uso ai componenti della famiglia.

A tal proposito, va segnalato che la Suprema corte ha affermato<sup>4</sup> che non merita accoglimento l'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato che, pur attestando l'assenza in capo al richiedente di fonti dirette di reddito, non specifichi l'ammontare di erogazioni, di cui si dà atto genericamente, provenienti, a titolo di sostegno economico, dalla famiglia dello stesso.

Sempre con riguardo al reddito dichiarato, occorre osservare che l'istante deve indicare l'ammontare del reddito. Sembra ovvio, ma attesa la frequenza con cui ciò accade, si ritiene utile segnalare che deve reputarsi inammissibile una dichiarazione con la quale si affermi che il reddito "rientri nelle condizioni di legge per l'ammissione".

Ciò anche perché la giurisprudenza di legittimità<sup>5</sup> ha avuto modo di affermare che integrano il delitto, di cui all'art. 95 D.P.R. n. 115 del 2002, le false indicazioni o le omissioni anche parziali dei dati di fatto riportati nella dichiarazione sostitutiva di certificazione o in ogni altra dichiarazione prevista, contestuale o successiva, per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, indipendentemente dalla effettiva sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio.

Al riguardo, deve altresì segnalarsi che il legislatore ha introdotto nel Testo unico, con l'art. 12-ter del D.L. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni dalla L. 24 luglio 2008, n. 125, un comma 4-bis all'art. 76, con il quale si poneva una presunzione di superamento del limite di reddito richiesto per l'accesso al patrocinio erariale, oggi elevato a euro 10.766,33 dal D.M. Giustizia 2 luglio 2012 (in G.U. 25 ottobre 2012, n. 250), a carico dei soggetti già condannati con sentenza definitiva per i reati di: associazione di tipo mafioso anche straniera (art. 416-bis c.p.), di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-quater D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43), di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 73 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), limitatamente alle ipotesi aggravate di cui all'art. 80 stesso D.P.R., di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, limitatamente al comma 1 dell'art. 74 D.P.R. n. 309/1990, nonché per i reati commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo.

Su tale norma, peraltro, è intervenuta la Corte costituzionale che, con sentenza 16 aprile 2010, n. 139, ha dichiarato la incostituzionalità della stessa per contrasto con gli articoli 2 e 3 Cost., nella parte in cui non consente la prova contraria volta al superamento della presunzione legale. Alla luce di questa inversione dell'*onus probandi*, spetterà al richiedente gravato da un precedente rientrante nei casi di cui al comma 4 bis l'onere di fornire e documentare elementi di fatto, da cui poter affermare che l'effettiva situazione patrimoniale rientra nei limiti di legge<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Cass. pen., 20 ottobre 2010, n. 2616.

<sup>5</sup> Cass. pen., sez. un., 27 novembre 2008, n. 6591.

<sup>6</sup> Con altra sentenza, la n. 155 del 21/6/2012, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione relativa all'art. 73 aggravato dall'art. 80 DPR n. 309/90, affermando che la questione come sollevata era già risolta alla luce della sentenza n. 139/10.

Ciò, peraltro, non ha comportato l'introduzione di un ulteriore requisito di ammissibilità della domanda di ammissione, integrato dalla dichiarazione di assenza di precedenti ostativi<sup>7</sup>. Tale considerazione può desumersi dalla circostanza che la medesima L. n. 125/2008 ha modificato l'art. 96 comma 2 del TU prevedendo che il giudice, nel decidere sulla richiesta di ammissione debba valutare anche le risultanze del casellario giudiziale.

La Suprema corte, invero, già da tempo, aveva affermato che l'esistenza di redditi da attività illecita è preclusiva dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato ed aveva riconosciuto che l'accertamento di tali redditi può avvenire sulla base di presunzioni semplici *ex art. 2729 c.c.*<sup>8</sup>. Tale orientamento trova fondamento anche nella sentenza interpretativa di rigetto del 30 marzo 1992, n. 144 con la quale la Corte costituzionale ha espressamente affermato che, ai fini dell'ammissione, rilevano anche redditi da attività illecite che non sono sottoposti a tassazione ovvero redditi per i quali è stata elusa l'imposizione fiscale. Tutti tali redditi sono poi accertabili con gli ordinari mezzi di prova, tra cui le presunzioni semplici previste dall'art. 2729 c.c. (quali il tenore di vita ed altri fatti di emersione della percezione di redditi).

Nel novero degli aspetti problematici delle liquidazioni in caso di ammissione gratuito al patrocinio, occorre dar conto di cosa accade quando sia stata ammessa una parte civile.

Al riguardo, occorre ricordare che l'art. 76 comma 4-ter TU<sup>9</sup> prevede che possa essere ammessa al patrocinio a spese dello Stato, anche in deroga ai limiti di reddito, la persona offesa dai reati di cui agli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies c.p., nonché dai reati di cui agli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-quinquies e 609-undecies c.p., ove commessi in danno di minori, con l'evidente *ratio* di incoraggiare la costituzione nel processo come parte civile della vittima di tali reati.

Colpisce che siano, invece, esclusi da tale ampliamento di tutela i danneggiati dal reato e gli enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato

L'art. 110, comma 3, TU prevede che nel caso di parte civile ammessa al gratuito patrocinio, ove all'esito del giudizio sia accolta la domanda risarcitoria avanzata nei confronti dell'imputato, quando questi non sia stato a sua volta ammesso al gratuito patrocinio, il giudice deve condannare l'imputato a pagare le spese di costituzione di parte civile in favore dello stato. Dunque, in questo caso lo stato paga il difensore della parte civile e l'imputato paga lo Stato.

Il problema che si è posto ha riguardato le modalità concrete di liquidazione di tali spese.

Ciò perché convivono due rapporti che possono in astratto essere regolati da due diversi provvedimenti: da un lato, vi sarebbe la condanna alle spese e competenze di lite della parte civile, che il giudice pronuncia nel dispositivo, liquidandole (anche, del caso mediante compensazione) *ex art. 541 cpp.* e disponendone il versamento in favore dello stato ai sensi dell'art. 110 TU; dall'altro lato, invece,

---

<sup>7</sup> Cass. pen., 27 agosto 2012, n. 33312.

<sup>8</sup> Cass. pen., 31 maggio 2012, n. 21230; Cass. pen., 22 marzo 2012, n. 11203; Cass. pen., 9 giugno 2010, n. 21974.

<sup>9</sup> Introdotto dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni dalla l. 23 aprile 2009, n. 39, aggiungendo all'art. 76 TUSG il comma 4-ter, oggi sostituito dall'art. 9 l. 1° ottobre 2012, n. 172, "Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno"

vi sarebbe il provvedimento di liquidazione emesso dal giudice a seguito di istanza avanzata dal difensore della parte civile ammessa al gratuito patrocinio, ai sensi degli articoli 82 e 83 del medesimo D.P.R. n.115 del 2002.

Ove venissero tenuti distinti i due momenti, potrebbero derivarne provvedimenti discordanti tra loro, atteso che gli stessi potrebbero anche determinare una quantificazione di somme diverse, tenuto soprattutto conto del fatto che la regola espressamente sancita dall'art. 82 del T.U. impedisce il superamento dei valori tariffari medi.

Sul punto, l'art. 110 TU e l'art. 541 c.p.p. sembrano mancare di un coordinamento. Ciò ha indotto sia la dottrina<sup>10</sup> sia la giurisprudenza<sup>11</sup> ad occuparsi a più riprese del problema.

La Suprema corte ha, di recente, affermato che l'importo al cui pagamento in favore della parte civile, ammessa al beneficio del patrocinio, l'imputato è stato condannato e che deve essere corrisposto allo stato *ex art.* 110 TU, deve coincidere con la somma che il giudice liquida in favore del difensore della parte civile stessa *ex art.* 82 del TU. Ciò rende necessario che anche tale liquidazione sia contenuta nel dispositivo della sentenza di condanna e sia determinata secondo i parametri di cui al suddetto articolo (che indica come limite massimo i medi tariffari<sup>12</sup>).

Secondo la Corte, gli artt. 541 c.p.p. e 110, c. 3 TU sarebbero in rapporto di specialità. In caso di parte civile ammessa al patrocinio erariale, non si spiega quale spazio avrebbe la statuizione di condanna dell'imputato a favore della parte civile di cui all'art. 541 c.p.p., visto che «in ordine alla disciplina della rifusione delle spese legali non residua alcun rapporto diretto tra l'imputato soccombente e la parte civile, perché l'unico rapporto di quest'ultima – e del suo difensore – è solo con lo Stato». In virtù del generale principio di divieto dell'ingiustificato arricchimento e, al contempo, per evitare danni erariali, deve ritenersi la necessaria coincidenza tra la somma che l'imputato deve corrispondere allo Stato e quella che lo stesso deve poi corrispondere al difensore della parte civile.

Ciò si ottiene liquidando direttamente con la sentenza al difensore le spese di costituzione e rappresentanza della parte civile ammessa al patrocinio. Il giudice quando condanna l'imputato anche al pagamento delle spese di difesa, sostenute da tale parte, nel medesimo dispositivo deve provvedere all'indicazione dello Stato come creditore del pagamento a carico dell'imputato, quantificandolo ai sensi dell'art. 82 TU e, contestualmente, provvedendo alla liquidazione della stessa somma in favore del difensore della parte civile, sempre ai sensi di tale norma.

Tale orientamento risolve altresì il problema dell'impugnazione del provvedimento così reso, distinguendosi tra quella relativa all'*an debeatur* che soggiace, come tutti i singoli punti della decisione, alla disciplina del codice di rito (*ex art.* 574 c.p.p.), mentre quella attinente al *quantum debeatur* è soggetta alla previsione dell'art. 110, comma 3, TUSG e, di conseguenza, all'opposizione *ex artt.* 84 e 170 TU.

Occorre, infine, affrontare l'ipotesi che sia l'imputato che la parte civile siano stati ammessi al gratuito patrocinio. In questo caso non v'è dubbio che lo stato paghi il difensore dell'imputato e quello della parte civile.

---

<sup>10</sup> Cfr. BUZZONI, in <http://www.diritto.it>- diritto processuale penale 15/3/2012

<sup>11</sup> Cass. pen., 8 novembre 2011, n. 46537; Cass. pen., 18 gennaio 2012, n. 3885.

<sup>12</sup> Sui nuovi criteri di liquidazione dopo l'introduzione del Decreto Ministeriale emanato sulla base dell'art 9 DL 24.01.2012 n. 1, convertito in legge n 27 del 24.03.2012, v *infra*.

Non sembrerebbe avere spazio il disposto del terzo comma perché con questo il giudice dovrebbe condannare l'imputato (e per esso lo Stato) a pagare allo Stato le spese di costituzione della parte civile.

Sarebbe auspicabile, peraltro, inserire anche in questi casi un siffatto ordine di pagamento in favore dello stato a carico dell'imputato. Può, infatti, accadere che il beneficio dell'ammissione dello stesso venga revocato e l'omessa previsione dell'ordine di pagamento in favore dello stato potrebbe portare quest'ultimo a non avere un titolo esecutivo per la rivalsa nei confronti dell'imputato per le spese pagate al difensore della parte civile.

Proprio in tema di revoca dell'ammissione al patrocinio, occorre ricordare che l'art 112 D.P.R. n 115/02 nella sua formulazione originaria, è stato novellato dall'art. 9-*bis* della L. 168/05.

Nella originaria formulazione della norma in commento, le Sezioni unite<sup>13</sup> erano giunte a stabilire che il provvedimento di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello stato, previsto dall'art. 112 TU, fosse adottato di ufficio dal giudice solo nei casi di cd. "revoca formale" indicati dalle lettere a), b) e c) del comma 1, mentre nel caso di cui alla successiva lettera d), concernente la mancanza originaria o sopravvenuta delle condizioni di reddito stabilite dalla legge, la revoca non potesse essere disposta senza la tempestiva richiesta dell'ufficio finanziario competente, al quale soltanto è attribuito il potere-dovere di persistente verifica e controllo della sussistenza di tali condizioni, interdetto al giudice dopo l'assunzione del provvedimento di ammissione.

L'articolo 9-*bis* ha aggiunto, per le ipotesi di cui alla lettera d), in alternativa alla revoca su richiesta dell'ufficio finanziario, la revoca di ufficio.

Oggi, pertanto, non v'è dubbio che il giudice dinanzi al quale pende il procedimento è competente a revocare d'ufficio l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, indipendentemente dalla richiesta dell'ufficio finanziario, anche nell'ipotesi in cui risulti che la mancanza dei requisiti reddituali sia originaria<sup>14</sup>.

Il ricorso per cassazione previsto dal successivo articolo 113, pertanto, sarà esperibile solo nei casi di revoca di ammissione su richiesta dell'ufficio finanziario, nonché avverso il provvedimento che decide sull'impugnazione del diniego di ammissione al gratuito patrocinio, ma in questo caso solo per violazione di legge, vizio dal quale il provvedimento è affetto in caso di mancanza di motivazione, ma non nel caso di vizio della stessa<sup>15</sup>.

Tale modifica, peraltro, non ha equiparato del tutto l'ipotesi di revoca di ufficio a quella della revoca su istanza dell'ufficio finanziario.

Ed invero il TU disciplina all'articolo 99 un rimedio avverso i provvedimenti di rigetto dell'istanza di ammissione, prevedendo per tali casi il ricorso, entro venti giorni dalla notizia, al presidente del Tribunale o della Corte di Appello alla quale appartiene il giudice che ha emesso il provvedimento di rigetto. Il processo conseguente, dice il comma terzo, con espressione molto approssimativa e lacunosa, «è quello speciale previsto per gli onorari di avvocato e l'ufficio giudiziario procede in composizione monocratica».

---

<sup>13</sup> Cass. pen., sez. un., 14 luglio 2004, n. 36168.

<sup>14</sup> Cass. pen., 4 dicembre 2008, n. 4646; e da ultimo, Cass. pen., 24 maggio 2012, n. 19611.

<sup>15</sup> Specificamente in termini è Cass. pen., 7 febbraio 2012, n. 16908.

La Suprema corte con orientamento consolidato ha affermato che il rimedio di cui all'articolo 99 TU è esperibile anche nei casi di revoca di ufficio da parte del giudice, sia per mancanza originaria dei presupposti che per il loro successivo venir meno<sup>16</sup>.

Questo assetto ha trovato autorevole conferma nell'ordinanza n. 177 del 2006 con la quale la Corte costituzionale ha affermato che è sempre esperibile, nei confronti dei provvedimenti di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, il ricorso al presidente del tribunale o della corte di appello, i cui provvedimenti sono ricorribili per Cassazione ovvero, in caso di revoca richiesta dall'ufficio finanziario, direttamente il ricorso per Cassazione e che tutti i provvedimenti che dispongano in ordine alla ammissione al patrocinio a spese dell'erario, compresi quelli di revoca di un precedente provvedimento, sono impugnabili negli stessi termini e con i medesimi rimedi stabiliti dall'art. 99 del D.P.R. n. 115 del 2002, non avendo il testo unico abrogato i diritti e le garanzie difensive previsti dalla previgente disciplina.

Infine, pare interessante far cenno all'art. 95 TU che prevede come delitto, punito con la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 309,87 a euro 1.549,37, la falsità o le omissioni commesse nella dichiarazione sostitutiva di certificazione e nelle comunicazioni previste dall'art. 79, c. 1, lett. b), c), d). La predetta pena è, poi, aumentata se dal fatto consegue l'ottenimento od il mantenimento dell'ammissione al beneficio e la condanna importa la revoca, con efficacia retroattiva, del beneficio stesso ed il recupero, a carico del responsabile, delle spese corrisposte dallo Stato.

La lettera della norma sembra lasciar fuori dalla sanzione penale la certificazione consolare o la dichiarazione sostitutiva della stessa previsti dal secondo comma dell'art. 79.

La Corte di cassazione, a Sezioni unite<sup>17</sup>, peraltro, nel dirimere il contrasto giurisprudenziale esistente in ordine alla configurabilità o meno del reato in esame nell'ipotesi in cui il reddito accertato non superi la soglia minima prevista dalla legge, è giunta ad un'opposta conclusione. Invero, i giudici di legittimità hanno affermato che, trattandosi di reato di pericolo, il delitto in oggetto è ravvisabile, indipendentemente dalla effettiva sussistenza delle condizioni previste dalla legge per l'ammissione al beneficio «... se non rispondono al vero o sono omessi in tutto o in parte dati di fatto nella dichiarazione sostitutiva, ed in qualsiasi dovuta comunicazione contestuale o successiva, che implicino un provvedimento del magistrato, secondo parametri dettati dalla legge».

4. La seconda ipotesi in cui il giudice deve procedere alla liquidazione del difensore a carico dello Stato è quella dell'imputato irreperibile.

La norma di riferimento è, oggi, l'articolo 117, che ripete nella sostanza, l'art. 32-*bis* disp. att. c.p.p., introdotto dalla L. n. 60/01 ed abrogato dal D.P.R. n. 115/02.

La norma prevede la retribuzione a carico dello Stato del difensore dell'indagato, dell'imputato e del condannato irreperibile.

La questione dibattuta ruota intorno al significato della parola "irreperibile". Ci si è posti il problema se con tale espressione il legislatore abbia voluto far riferimento solo all'irreperibile in

---

<sup>16</sup> Cfr. Valga per tutti il riferimento a Cass. pen., 7 febbraio 2012, n.16908.

<sup>17</sup> Cfr. Cass. pen., sez. un., 16 febbraio 2009, n. 6951.

senso tecnico, quello dichiarato tale *ex art. 159 c.p.p.*, ovvero anche a colui che si sia reso “di fatto” irreperibile.

Le soluzioni offerte in giurisprudenza non sono state univoche.

Già sotto la vigenza dell'art. 32-*bis* disp. att. c.p.p., nel 2003, si erano delineati due orientamenti.

In virtù del primo<sup>18</sup>, il difensore d'ufficio dell'indagato, dell'imputato e del condannato irreperibile può essere retribuito secondo le norme relative al patrocinio a spese dello Stato, solo laddove vi sia stato un previo formale decreto di irreperibilità reso dall'autorità giudiziaria nella fase delle indagini preliminari, del giudizio o, in sede di esecuzione, dopo la condanna. Ne consegue che in assenza di detto provvedimento, la mera irreperibilità di fatto del difeso-debitore può dar luogo alla corresponsione del compenso al professionista che abbia prestato la sua opera solo alla condizione indicata nell'art. 32, comma 2 (oggi 116 D.P.R. n. 115/02), delle medesime disposizioni, e cioè quando quest'ultimo dimostri di avere esperito inutilmente le procedure per il recupero del relativo credito, che non possono consistere solo nelle preve informative assunte circa l'individuazione del reale domicilio dell'obbligato.

Un secondo orientamento<sup>19</sup> giungeva ad opposta conclusione, facendo salva l'ipotesi che l'impossibilità di reperire l'imputato discenda dal fatto che questi abbia eletto domicilio presso il difensore posto che questi, avendo consentito liberamente – non essendovi tenuto – ad assumere anche la veste di domiciliatario, non può far ricadere a carico dello Stato le conseguenze negative di tale scelta.

Sotto la vigenza dell'art. 117 TU – che, invero, nulla ha mutato – il contrasto si è protratto e la giurisprudenza di legittimità è tuttora divisa, con una prevalenza numerica per il primo orientamento che annovera anche le decisioni più recenti<sup>20</sup>. Ad avviso di chi scrive, lo si lascia preferire per il dato letterale, dovendosi viceversa ritenere, a voler condividere il secondo orientamento, che il legislatore abbia usato il termine in maniera atecnica, atteso che il concetto di irreperibile nel processo penale ha un preciso significato ed una specifica disciplina.

Inoltre, qualora l'imputato, dichiarato irreperibile nel corso del giudizio di merito, divenga successivamente reperibile, deve applicarsi l'art. 116 e non già l'art. 117 del D.P.R.<sup>21</sup>, con la conseguenza che il difensore d'ufficio deve dimostrare di aver inutilmente esperito le procedure per il recupero dei crediti professionali<sup>22</sup>.

In ogni caso, mentre nel caso di irreperibilità formalmente dichiarata ai sensi dell'art. 159 c.p.p. al difensore non è richiesto alcun ulteriore adempimento, laddove si volesse ritenere possibile una liquidazione nell'ipotesi di irreperibilità di fatto questi dovrà essere comunque onerato di verificare

---

<sup>18</sup> Cfr. Cass. pen., 20 dicembre 2002, n. 10804.

<sup>19</sup> Per il quale vedi Cass. pen., 27 maggio 2008, n. 21071.

<sup>20</sup> Ritengono che la liquidazione sia subordinata ad una previa dichiarazione di irreperibilità: Cass. pen., 28 gennaio 2009, n. 13816; Cass. pen. 28 gennaio 2009, n. 6632; Cass. pen., 22 ottobre 2008, n. 46392; Cass. pen., 20 dicembre 2007, n. 5773. Afferma, invece, che sia sufficiente una mera irreperibilità di fatto: Cass. pen., 17 n. 4153 del 17/10/2007.. Per una fattispecie particolare in cui si è riconosciuta rilevanza alla irreperibilità di fatto v. Cass. civ., 18 settembre 2012, n. 15601.

<sup>21</sup> Cass. pen., 7 novembre 2007, n. 17011.

<sup>22</sup> Su cui v. *infra* § 4

che il proprio assistito non si sia trasferito altrove e, ove sia straniero, non sia rientrato in patria (in questo caso acquisendo informazioni anche attraverso il Consolato del paese d'origine);

- a mezzo di ulteriori ricerche (effettuabili anche sotto forma di investigazioni difensive) che il medesimo non sia comunque altrimenti reperibile;

- in forza di certificazione del CED della Cassazione che lo stesso non sia comunque detenuto;

- che il cliente non abbia beni mobili od immobili registrati a suo nome.

Soltanto in caso di esito negativo di tali accertamenti, il difensore potrà chiedere allo Stato il pagamento delle sue spettanze, nei limiti di legge, non potendo le spese relative agli stessi, in quanto estranee all'ambito di applicabilità dell'art. 82 D.P.R. 115/2002, essergli rimborsate<sup>23</sup>.

5. Anche questa ipotesi era originariamente disciplinata dalla disposizione di attuazione al codice di procedura penale, art. 32, secondo comma, ed oggi, con regole sovrapponibili, lo è dall'art. 116 del TU che prevede il pagamento a carico dello Stato delle spese spettanti al difensore di ufficio, liquidate dal magistrato "nella misura e con le modalità previste dall'articolo 82", quando questi dimostri di aver "esperito inutilmente le procedure per il recupero dei crediti professionali".

E' questa l'ipotesi che ha creato i maggiori problemi applicativi.

In primo luogo, occorre domandarsi quando potrà dirsi che il difensore abbia esperito inutilmente le procedure per il recupero.

Non è infrequente, infatti, che il difensore richieda il pagamento a carico dello Stato dopo aver inviato all'imputato una richiesta di pagamento a mezzo raccomandata il cui avviso di ricevimento sia ritornato indietro perché il destinatario è irreperibile o sconosciuto.

L'obiezione quotidianamente prospettata dal difensore, per sottrarsi al tentativo di recupero mediante una compiuta procedura di esecuzione forzata, è quella secondo la quale sarebbero inutili in questo caso ulteriori atti compulsori, posto che questi dovrebbero essere notificati presso lo studio del difensore stesso ex art. 161 c.p.p. Essa è chiaramente infondata.

Ed invero, l'avvio di una procedura per il recupero del credito rende evidente che anche quanto alle notificazioni occorre far riferimento al codice di procedura civile. Queste andranno quindi eseguite nelle forme previste dall'art. 143 c.p.c.

La tesi che il legislatore nell'espressione «inutile esperimento delle procedure per il recupero dei crediti professionali» abbia inteso riferirsi alle procedure esecutive di cui al libro III c.p.c. trova importante argomento letterale nell'art. 369-*bis* c.p.p. il quale, nel disciplinare la cd. informazione di garanzia, ha previsto che il pubblico ministero debba comunicare all'imputato – tra l'altro – che questi ha l'obbligo di retribuire il difensore ove non sussistano le condizioni per accedere al patrocinio a spese dello Stato e che, in caso di inadempimento di tale obbligo, si procederà "ad esecuzione forzata".

Siffatta espressione indica che, per dimostrare di «avere inutilmente esperito le procedure per il recupero dei crediti professionali» ai sensi dell'art. 116 D.P.R. n. 115 del 2002, il difensore d'ufficio

---

<sup>23</sup> Cfr. DEGL'INNOCENTI, *Questioni controverse in materia di ammissione al patrocinio a spese dello Stato e di liquidazione degli onorari ai difensori di ufficio*, relazione redatta in occasione dell'incontro di studi del 14/12/2011 presso la Scuola Superiore della Magistratura, con ampia casistica.

dell'indagato/imputato irreperibile deve dar prova del vano e non pretestuoso tentativo di recupero del credito professionale per le vie ordinarie, fino ad eventuali pignoramenti.

E, in tal senso, la Suprema Corte ha ritenuto insufficiente la prova offerta dal difensore istante, che aveva notificato a sé stesso, quale domiciliatario dell'imputato irreperibile, il decreto ingiuntivo e l'atto di precetto<sup>24</sup>.

Ne consegue che il difensore all'istanza di liquidazione *ex art.* 116 deve allegare il verbale di pignoramento negativo ed una certificazione negativa dei registri immobiliari relativa al debitore.

Ad avviso di chi scrive, può bastare, oltre alla citata certificazione, il solo precetto nel caso in cui questo sia stato notificato *ex art.* 143 c.p.c. per l'ovvia considerazione che in questo caso non v'è un luogo ove tentare il pignoramento.

Per converso, nell'ipotesi in cui il patrocinato sia stato dichiarato irreperibile, non è necessario da parte del difensore la dimostrazione del previo infruttuoso esperimento della procedura per il recupero del credito professionale, posto che l'accertato stato di irreperibilità dell'assistito determinerebbe un inutile onere a carico del difensore di ufficio<sup>25</sup>.

Il provvedimento con il quale il giudice rigetta la richiesta di liquidazione *ex art.* 117 (ad es: in difetto del previo esperimento delle procedure esecutive in danno della parte assistita) non è suscettibile di acquisire valore di giudicato, trattandosi di provvedimento emesso "allo stato degli atti"; ne consegue che la relativa istanza, in presenza di utili sopravvenienze (ad esempio a seguito di esito infruttuoso delle suddette procedure esecutive), è riproponibile<sup>26</sup>.

Nel processo dinanzi al Tribunale per i Minorenni, invece, il difensore di ufficio, in virtù dell'art. 118, viene sempre retribuito dallo Stato che poi accerta se il reddito della famiglia del minore rientra nella soglia al di sotto della quale le spese rimangono a carico dello Stato e, nei casi in cui superi detta soglia, sarà cura dello Stato medesimo ripetere le somme anticipate. Ciò, peraltro, soltanto con riguardo all'attività svolta dal difensore fino al raggiungimento della maggiore età da parte dell'imputato da lui assistito<sup>27</sup>, mentre per quella svolta successivamente vale la regola di cui all'art. 117.

Le questioni più controverse che ruotano intorno all'art. 117 sono due:

a) se il giudice penale debba porre a carico dello Stato l'importo come liquidato a favore del difensore nel titolo esecutivo ovvero debba procedere ad una autonoma quantificazione;

b) se debbano essere poste o meno a carico dello Stato le spese della procedura per il recupero.

Su entrambi questi profili la giurisprudenza è divisa.

Con riguardo al primo problema, la questione si pone perché l'articolo 116 richiama l'articolo 82 che pone come ammontare massimo liquidabile il valore medio delle tariffe. Cosa accade il decreto ingiuntivo ha determinato l'importo dovuto eccedendo tale limite? La Suprema corte<sup>28</sup> ha affermato che il giudice penale deve liquidare l'importo contenuto nel titolo esecutivo. A sostegno di tale affermazione la Corte ha osservato che la regola prevista dall'art. 116 è interna al procedimento penale

---

<sup>24</sup> Cfr. Cass. pen., 17 aprile 2008, n. 21071.

<sup>25</sup> Cfr. Cass. pen., 20 dicembre 2007 n. 5773.

<sup>26</sup> Cfr. Cass. pen., 18 marzo 2008, n. 15740; Cass. pen., 16 febbraio 2012, n. 6434.

<sup>27</sup> Cfr. Cass. pen., 3 aprile 2008, n. 34985.

<sup>28</sup> Cfr. Cass. pen., 23 marzo 2006, n. 18731.

nel quale si svolge l'attività difensiva e non può estendersi ad un procedimento diverso ed estraneo quale quello di natura civile instaurato per il recupero dei crediti. Oltre tutto si tratta di regola - della quale è evidente la finalità - sicuramente di carattere derogatorio, se non eccezionale; di qui l'ostacolo ad estenderla ad un procedimento separato ed estraneo. Inoltre, il giudice che liquida gli onorari relativi al procedimento penale è il giudice del processo ed è in grado di valutare direttamente l'applicazione dei criteri indicati nel medesimo D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 82, mentre questo controllo è meno agevole su un procedimento separato e di natura diversa. Ha ritenuto, infine, la Corte che il controllo dell'autorità giudiziaria, sia pure non soggetto al limite previsto dall'art. 82, esiste perché è effettuato dal giudice del procedimento civile al momento della liquidazione delle competenze.

Di contro, si potrebbe osservare che ben può accadere che il giudice civile, soprattutto ove si proceda con decreto ingiuntivo, non avvertito della regola di cui all'art. 82, liquidi oltre i medi tariffari. Né opinare diversamente significa violare il giudicato. Nel caso di specie, infatti non si tratta di incidere sull'importo liquidato al difensore di ufficio nei confronti del cliente, ma solo di determinare quanta parte è a carico dello Stato, posto che il difensore aveva diritto di richiedere all'imputato l'importo che ritiene nel limite delle tabelle (prima che queste fossero abolite), mentre la liquidazione a carico dello Stato è sottoposta ad un limite dall'art. 82.

Quanto alla liquidazione delle spese della procedura per il recupero del credito, deve registrarsi un contrasto nella giurisprudenza della Suprema corte.

Questa, infatti, talora e da principio, ha affermato che nella liquidazione del compenso al difensore d'ufficio che abbia dimostrato di avere inutilmente esperito le procedure per il recupero dei crediti professionali non devono essere ricompresi anche gli onorari e i diritti relativi alle procedure anzidette atteso che non esistono norme che consentono l'anticipazione da parte dello Stato di tali spese<sup>29</sup>. D'altronde, ha osservato in tali casi la Corte, l'attività di recupero è esercitata nell'interesse proprio del difensore anziché in quello dell'assistito e, di conseguenza, l'onere del difensore nominato d'ufficio di procedere al recupero del proprio credito è equivalente a quello gravante su qualsiasi difensore ed è, anzi, contemplato un trattamento privilegiato, stante la ricordata esenzione da bolli, imposte e spese.

In tal senso, si sono orientati anche alcuni prontuari redatti in collaborazione tra i giudici e l'ordine forense che, nella parte relativa alla liquidabilità della difesa d'ufficio, indicano che “dalla liquidazione surrogatoria a carico dello Stato sono esclusi gli onorari e le spese per la procedura di recupero (anche coattivo) del credito professionale”, con la specificazione per cui “si tratta di attività che il difensore svolge per soddisfare un suo diritto; attività che pertanto, non è qualificabile come prestazione defensionale a favore dell'assistito: solo la liquidazione di tale ultimo tipo di prestazioni può essere imposta, a determinate condizioni, allo Stato”<sup>30</sup>.

Più di recente, peraltro, sembra delinarsi un orientamento contrario secondo il quale difensore d'ufficio ha diritto alla liquidazione dei costi del procedimento monitorio inutilmente intentato per il

---

<sup>29</sup> Cfr. Cass. pen., 9 ottobre 2007, n.4674; Cass. pen., 12 gennaio 2006, n. 14441.

<sup>30</sup> Cfr. prontuario per la liquidazione degli onorari ai difensori redatto dal Tribunale di Modena e dall'ordine forense dello stesso ufficio

recupero dei crediti professionali, atteso che il suo esperimento non risponde ad una libera iniziativa del difensore medesimo, bensì all'esigenza di porre in essere le condizioni previste dalla legge per ottenere successivamente la liquidazione dei propri onorari ai sensi dell'art. 116 D.P.R. n. 115 del 2002<sup>31</sup>. Tale soluzione interpretativa parte dall'idea che in tali casi il difensore svolga un servizio di pubblica necessità, come tale obbligatorio.

E' la legge, inoltre, ad imporre al difensore l'onere del previo esperimento delle procedure esecutive per ottenere la liquidazione e non può pertanto pretendersi che sia questi a sopportarne i costi, soprattutto ove si consideri che la liquidazione avviene a carico dello Stato solo nei casi in cui si sia acclarata la impossibilità per il professionista di ottenere il pagamento da parte dell'esecutato perchè questi è insolubile e che gli importi relativi alla fase esecutiva possono superare l'ammontare dovuto al professionista per la difesa nel processo penale.

Sebbene non sia negli esatti termini della questione in esame, lascia propendere per questa interpretazione la decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione<sup>32</sup> la quale ha affermato che per il giudizio di opposizione avverso il decreto di pagamento emesso ai sensi dell'art. 83 D.P.R. 115/2002, in caso di accoglimento, anche parziale, della domanda, il difensore di persona ammessa al patrocinio a spese dello Stato ha diritto alla liquidazione degli onorari e delle spese sostenute nel procedimento, pur agendo quale titolare di una propria autonoma legittimazione a tutela di un diritto soggettivo del tutto distinto da quello del patrocinato (o patrocinando) e non ricompreso nell'ambito di applicabilità dell'istituto del patrocinio a spese dello Stato.

6. Un breve cenno merita l'ipotesi, tutt'altro che infrequente, che venga richiesta al giudice che procede la liquidazione da parte del difensore che ha assistito un collaboratore di giustizia escusso nelle forme dell'art. 210 ovvero dell'art. 197 *bis* c.p.p.

E' bene evidenziare che l'art. 13, comma 6 della L. 15/3/1991 n. 82, nel testo, attualmente in vigore, formulato dall'art. 6 della L. 13/2/2001 n. 45, indica espressamente l'assistenza legale tra le misure di assistenza economica che possono essere comprese nello speciale programma di protezione, il quale, ricorrendone le condizioni, è formulato dalla Commissione Centrale, ai sensi del comma 5 dello stesso articolo, secondo criteri che tengano conto delle situazioni concretamente prospettate.

Si rende pertanto necessario, prima di procedere alla liquidazione, acquisire presso il Servizio Centrale di Protezione il provvedimento con il quale il teste è stato ammesso al programma di protezione, ovvero una certificazione con la quale si attesti che tale programma ricomprende anche l'assistenza legale.

7. La disamina dell'istituto fin qui svolta non sarebbe completa se non la si integrasse con uno sguardo rivolto alle fonti europee ed alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Un primo importante esempio dell'intervento delle norme europee nella materia è dato dalla Direttiva n. 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la

---

<sup>31</sup> cfr. Cass. pen., 7 giugno 2007, n. 36921; Cass. pen., 26 marzo 2009, n. 27473; Cass. civ., 30 settembre 2011, n. 27854.

<sup>32</sup> cfr. Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2008, n. 25931.

decisione quadro 2001/220/GAI. Con tali norme si prevede che gli Stati membri debbano garantire gratuitamente l'accesso delle vittime del reato a forme di assistenza ed eventualmente al patrocinio gratuito in qualità di possibili parti del procedimento penale, e l'obbligo per gli Stati di offrire alla vittima, che sia parte civile o testimone, la possibilità di essere rimborsata delle spese sostenute a causa della sua legittima partecipazione al procedimento penale.

La direttiva fornisce, inoltre, una nozione più ampia di “vittima del reato” ricomprendendovi espressamente, oltre alla “persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato”, anche “un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona”.

Per costoro l'art. 13 prevede il diritto al patrocinio a spese dello Stato<sup>33</sup> e l'art. 14 il diritto al rimborso delle spese<sup>34</sup>.

Anche se il raggiungimento di tali risultati è stato raggiunto ufficialmente solo con la emanazione della Direttiva del 26 ottobre 2016, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è intervenuta in passato per porre rimedio, in tal senso.

A tal proposito sono da segnalare, in primo luogo, il famoso *STEEL AND MORRIS v. THE UNITED KINGDOM*<sup>35</sup> che vale la pena di ricordare: Helen Steel e David Morris vivevano a Londra all'epoca dei fatti. Steel era talvolta impiegata come lavoratrice part-time in un bar guadagnando circa £ 65 a settimana, mentre il restante tempo era disoccupata e priva di reddito e dipendeva dai sostegni al reddito. Morris era un lavoratore postale ed era disoccupato e riceveva sostegno al reddito. Egli era un genitore singolo responsabile giorno per giorno nella cura di suo figlio di circa quattro anni quando il processo cominciò. All'epoca dei fatti i ricorrenti erano associati con la Greenpeace di Londra, un piccolo gruppo connesso a Greenpeace International. Questo era impegnato in campagne principalmente in materia ambientale e sociale.

Nella metà degli anni '80 London Greenpeace cominciò una campagna contro McDonald. Nel 1986 un volantino di sei pagine intitolato “cosa c'è di sbagliato in McDonald”. Fu prodotto e distribuito come parte di quella campagna, fu poi ristampato agli inizi del 1987. In questo manifestino si accusava McDonald di esercitare una politica che danneggiava le compagnie alimentari del terzo mondo mandandole in dissesto in cambio del suo arricchimento su scala internazionale. Tra i titoli vi era : "quale connessione c'è tra McDonald e la fame nel terzo mondo?" oppure "affamati per dollari". La tesi era che la tecnologia, il potere economico americano, comportasse una sovralimentazione per dell'Occidente a scapito della fame nel terzo mondo. Si affermava che questo approccio da imperialismo economico fosse causa dell'impoverimento delle risorse globali. Si accusava la compagnia di aver distrutto risorse ambientali quali le foreste pluviali per creare campi per la

---

<sup>33</sup> Gli Stati membri garantiscono che le vittime che sono parti del procedimento penale abbiano accesso al patrocinio a spese dello Stato. Le condizioni o le norme procedurali in base alle quali le vittime accedono al patrocinio a spese dello Stato sono stabilite dal diritto nazionale.

<sup>34</sup> Gli Stati membri concedono alle vittime che partecipano al procedimento penale la possibilità di ottenere il rimborso delle spese sostenute a seguito di tale attiva partecipazione, secondo il ruolo della vittima nel pertinente sistema giudiziario penale. Le condizioni o le norme procedurali in base alle quali le vittime possono ottenere il rimborso sono stabilite dal diritto nazionale.

<sup>35</sup> Application no. 68416/01, 15 February 2005.

pastorizia.

Si sosteneva, inoltre, che il cibo di McDonald fosse poco salubre e che la qualità pessima del cibo fosse superata dal costante accompagnare la somministrazione di questo con giocattoli. Ancora si accusava McDonald di responsabilità in torture e macellazione di milioni di animali ogni giorno. Il manifesto era inoltre fortemente critico contro il consumo di carne che viene fatto ai nostri giorni cui imputava anche molte gravi malattie. Aggiungeva, ancora, che i dipendenti di Mc Donald erano mal pagati, sfruttati e senza diritti. Non vi erano sindacati specifici e l'unico consentito mostrava poco interesse per i lavoratori part time. La mano d'opera impiegata era giovane e di bassa qualità e perciò poco pagata. Non erano assunti chef o esperti di alimentazione e, siccome in Gran Bretagna non c'era una norma sul salario minimo Mc Donald pagava quello che voleva. Il manifestino si concludeva con una serie di proposte di cambiamento, oltre a richieste di sostegno per London Greenpeace.

Poiché London Greenpeace non aveva personalità giuridica, non poteva essere intrapresa alcuna azione legale direttamente contro di essa. Il 3 ottobre '89 McDonald inglese, assunse sette investigatori privati per infiltrare il gruppo con l'obiettivo di trovare chi fosse responsabile di aver scritto stampato e distribuito il volantino ed organizzato la campagna contro McDonald. Gli investigatori parteciparono a riunioni ed iniziative pubbliche di Londra Greenpeace, aperte a tutti, e così individuarono alcune persone che ritennero essere vicine a questo movimento e responsabili della pubblicazione. Nel settembre 1990 McDonald notificò una citazione ad alcuni partecipanti dell'associazione, tra i quali i ricorrenti, reclamando danni fino a 100.000 GBP per diffamazione causata dalla pubblicazione del volantino<sup>36</sup>.

I ricorrenti negarono la pubblicazione, negarono le accuse e il significato che a questi aveva attribuito McDonald. Negarono soprattutto che quelle informazioni potessero essere ritenute diffamatorie, a prescindere se queste fossero vere o false. Essi chiesero assistenza legale, ma fu loro rifiutata il 3 giugno 92 perché l'assistenza legale non era disponibile per i processi diffamazione nell'Inghilterra.

Essi quindi si difesero da soli durante il processo e l'appello. Circa 40.000 GBP furono raccolti da donazioni per assisterli (per esempio mediante delle sottoscrizioni) ed essi ricevettero alcuni aiuti da avvocati che agivano pro bono.

Essi allegarono che erano privi di risorse economiche e, non solo per mancanza dei legali, erano incapaci anche semplicemente di chiedere copie di atti e men che mai pagare i costi delle spese di esperti o testimoni.

Il processo di primo grado durò 313 giorni e fu il più lungo processo civile e criminale della storia d'Inghilterra. La trascrizione del processo ammontava a circa 20.000 pagine; furono prodotte circa 40.000 pagine di documenti in aggiunta a molti scritti e di affermazione di testimoni. 130 testimoni furono sentiti oralmente 59 per ricorrenti 71 per McDonald.

I ricorrenti non furono capaci di pagare per le trascrizioni giornaliere del processo che costò

---

<sup>36</sup> Si trattava di una libel action. I sistemi di common law di solito distinguono il libel e lo slander. Tradizionalmente si ha libel quando le espressioni diffamatorie sono scritte o stampate, mentre ci si trova di fronte ad un caso di slander quando la diffamazione si manifesta solo oralmente. Nei tempi moderni, però, la distinzione tra questi due tipi di diffamazione è sfumata sempre più. Cfr. "La diffamazione a mezzo stampa in common law: profili civilistici". Versione 1.0 aprile 2008 P. GUARDA.

approssimativamente 750 GBP al giorno. McDonald solo inizialmente pagò l'importo e fornì ai ricorrenti copie gratuite delle trascrizioni.

Il 20.11.1995 i ricorrenti vennero condannati al risarcimento dei danni. Essi appellarono la decisione, affrontando un altro oneroso grado di giudizio al termine del quale parimenti rimasero soccombenti e furono condannati sia pure ad un ammontare ridotto. La Corte scrisse una sentenza di 301 pagine.

Per quanto qui interessa sottolineare, la Corte rigettò il motivo secondo il quale il processo era stato “ingiusto” affermando che non c'è un abuso del processo allorché questo, ancorché complesso, viene condotto da un attore con grandi mezzi economici contro resistenti non adeguatamente difesi. Le grandi multinazionali, ha affermato la Corte, hanno diritto di iniziare un processo a difesa dei loro diritti e la complessità del processo non può essere un motivo per fermarlo. D'altra parte, la lunghezza del processo era stata proprio dovuta al fatto che i resistenti non erano adeguatamente rappresentati e si era tenuto conto delle loro difficoltà, dando loro molto tempo per preparare le loro difese. Il fatto che per parte del processo non avessero ricevuto le trascrizioni dei verbali con immediatezza non rendeva il processo ingiusto, non esistendo un obbligo di legge in tal senso, non essendoci prova che questo avesse portato un pregiudizio alla loro difesa. La Corte sottolineò altresì la grande attenzione che il Giudice aveva tenuto nella gestione del processo per riequilibrare le disparità. L'ammontare delle somme dovute a titolo di risarcimento fu ridotto.

Steel e Morris adirono la Corte di giustizia.

La norma inglese in materia escludeva i processi per diffamazione dall'assistenza legale, salva speciale ed eccezionale autorizzazione del Lord Cancellor laddove vi fosse un rilevante interesse pubblico. La *libel action* dava luogo a processi civili nei quali il perdente paga una somma al vincitore, abbia esso una assistenza pubblica o no.

Il motivo di ricorso che qui rileva è quello relativo alla violazione dell'articolo 6: il processo era stato ingiusto perché era stata negata l'assistenza legale gratuita<sup>37</sup>.

Queste le argomentazioni dei ricorrenti: era stato il processo più lungo (sia civile che penale) della storia legale inglese; il processo contraddittorio inglese è basato sull'idea che la giustizia può essere ottenuta se le parti di un processo sono in condizioni di apportare le prove e verificare le prove degli avversari in condizioni di ragionevole eguaglianza; al tempo del processo in questione il potere economico di McDonald sorpassava quello di molte piccole nazioni (circa 30 miliardi di dollari nel 1995), mentre uno dei ricorrenti era un barista part time e l'altro un disoccupato genitore singolo. L'ineguaglianza delle armi non poteva essere maggiore.

Mc Donald era rappresentato dall'avvocato della Regina e da un altro specializzato in cause di diffamazione, supportato da un team di praticanti ed assistenti ed uno staff di amministrativi di una delle maggiori società inglesi.

I ricorrenti erano assistiti da avvocati che lavoravano *pro bono* e che avevano “abbozzato” una difesa e non li avevano rappresentati in tutte le udienze. Era difficile per avvocati che lavoravano solo per simpatia in un caso difficilissimo. Ad offrire la collaborazione, infatti, erano stati professionisti

---

<sup>37</sup> I ricorrenti lamentavano, in realtà, la violazione di questo articolo anche sotto altri profili che qui si tralasciano *ratione materiae*, rinviando alla interessante lettura della sentenza

giovani ed inesperti senza tempo e risorse per poter essere efficaci.

Secondo la legge inglese<sup>38</sup>, inoltre, sui ricorrenti gravava l'onere di provare la verità di un gran numero di allegazioni che riguardavano un vasto raggio di materie difficili. Oltre all'ovvia difficoltà di esaminare e controesaminare testimoni senza adeguata esperienza, essi non avevano fondi sufficienti per avere fotocopie per ricevere i verbali di ciascuna udienza, per nominare esperti, pagare i costi di viaggio dei testimoni. Essi lamentavano, quindi, che se avessero avuto assistenza legale con cui individuare, preparare e pagare le spese dei testimoni, sarebbero stati in grado di provare la verità di una o più accuse che sono invece state ritenute ingiustificate, per esempio la circostanze in ordine alle diete ed alle malattie degenerative, la sicurezza del cibo, l'ostilità al commercio o la deforestazione di aree.

Il Governo inglese si era difeso dicendo che la Corte doveva essere prudente nell'imporre un obbligo di assistenza legale in cause civili ravvisando in una relativa omissione una violazione della Convenzione. A differenza dell'assistenza legale in materia penale la Convenzione lascia agli Stati contraenti la libertà di scelta di assicurare effettive misure per l'accesso alla Corte. Gli Stati non hanno risorse illimitate per fornire assistenza legale gratuita e sono pertanto legittimati ad imporre restrizioni non arbitrarie di materia. Richiamava precedenti decisioni in cui gli organi della convenzione avevano esaminato casi di indisponibilità dell'assistenza legale in casi di diffamazione (civile) e non avevano ritenuto la violazione dell'articolo 6. Sottolineava che sia il giudice di primo grado, che la Corte di Appello avevano tenuto conto che i ricorrenti erano privi di assistenza legale ben addestrata.

Con singolare affermazione evidenziava che l'assistenza a carico dello Stato non avrebbe pareggiato le posizioni se sol si considerava che McDonald aveva speso oltre 10 milioni GBP per la difesa.

La Corte ha accolto il ricorso, secondo il seguente percorso motivazionale:

La Convenzione intende garantire praticamente ed effettivamente i diritti. Ciò è particolarmente importante per il diritto di accesso al giudice in vista del preminente diritto, in una società democratica, ad un processo giusto.

E' centrale al concetto di giusto processo, sia civile che penale, che ad un litigante non sia negata l'opportunità di presentare il proprio caso effettivamente dinanzi alla corte e che egli abbia eguali parità di armi con l'opponente.

L'articolo 6 della Convenzione lascia allo Stato la libera scelta sui modi di garantire ai litiganti tale diritto. L'assistenza legale è solo uno dei modi, ma ne esistono altri quali la semplificazione delle procedure applicabili.

Il diritto di accesso alla corte non è, comunque, assoluto e può essere soggetto a restrizioni purché rispondenti a finalità legittime e proporzionate. Possono essere imposte condizioni per garantire l'assistenza legale basate, tra l'altro, sulla situazione finanziaria dei litiganti o sulle prospettive di successo.

Inoltre, gli Stati non hanno l'obbligo di realizzare con l'uso di risorse pubbliche una piena uguaglianza di armi tra i litiganti, quanto quello di assicurare che a ciascuna parte sia consentito di portare le proprie ragioni e non essere in condizioni di sostanziale svantaggio rispetto all'avversario.

---

<sup>38</sup> A differenza della *libel action* americana dove l'onere probatorio è opposto.

Nel caso di specie, i ricorrenti erano stati convenuti e si battevano per la loro libertà di espressione, un diritto di considerevole importanza per la Convenzione.

Inoltre, le conseguenze finanziarie per loro furono significative: l'ammontare finale di 36.000 GBP a cui furono condannati era significativo per la condizione soggettiva dei ricorrenti. McDonald non aveva posto in esecuzione la sentenza, ma questo, secondo la CEDU, non spostava il punto di vista.

Quanto alla complessità, la Corte ha rilevato che in altra occasione (caso *McVicar*) venne affermato che la legge inglese in materia di diffamazione non era particolarmente complessa da necessitare l'assistenza legale.

Tuttavia, il processo aveva un'altra scala come la lunghezza delle udienze e dei verbali dimostrava, con la necessità di esaminare molti esperti in ordine ad un vasto raggio di questioni scientifiche.

Non era un caso facile da comprendere legalmente. Si erano dovute affrontare molte questioni legali prima di arrivare a decidere la principale.

La Corte ha ritenuto che in un'azione di tale complessità né l'aiuto sporadico dato da avvocati volontari, né l'attenzione data dal giudice, né lo spazio concesso ai ricorrenti di persona, potesse considerarsi un valido sostituto di un avvocato competente in materia di diffamazione regolarmente retribuito. E' ben possibile che in questo modo i ricorrenti avrebbero avuto successo su molte questioni preliminari.

Quindi, la disparità tra i livelli delle difese delle parti era tale da rendere il processo ingiusto nonostante gli sforzi dei giudici, concludendo che il diniego dell'assistenza legale ai ricorrenti li aveva privati della opportunità di presentare il loro caso effettivamente dinanzi ad un giudice ed aveva contribuito ad una inaccettabile disuguaglianza delle armi con McDonald e ritenendo quindi la violazione dell'art 6 della Convenzione

Altra decisione, ancora più importante ai nostri fini, è quella che è intervenuta nel caso *LAGERBLOM v. SWEDEN*<sup>39</sup>, anche qui la circostanza riguardava un'asserita violazione dell'art 6 della Convenzione per la protezione dei diritti umani.

Il ricorrente, Antero *LAGERBLOM*, cittadino finlandese, ha lamentato dinanzi alla CEDU la violazione dei suoi diritti nascenti dall'art. 6 nella procedura criminale contro di lui intentata dal governo svedese, perché non gli era stata garantita l'assistenza a carico dello Stato da parte di un legale di lingua finlandese.

L'art. 21 c.p.p. svedese prevede che l'imputato possa difendersi da solo o con l'assistenza di un difensore di regola nominato dall'imputato medesimo. Un difensore così nominato è chiamato difensore privato, se nominato dalla Corte è chiamato pubblico.

Un difensore pubblico è nominato per una persona che è arrestata o sotto detenzione, se lo richiede. Su richiesta, un siffatto difensore è anche nominato per una persona sospettata di un reato per il quale è prevista una pena superiore a sei mesi di reclusione.

Un difensore pubblico può essere inoltre nominato in uno dei seguenti casi: se l'imputato ha bisogno di un avvocato per investigazioni difensive; se c'è incertezza sulla pena che sarà applicata e

---

<sup>39</sup> Application no. 26891/95, del 14/04/2003, decisione all'unanimità.

ci sono ragioni per applicare una pena detentiva o ci sono altre speciali ragioni collegate alle condizioni personali dell'imputato o al caso concreto. Comunque, se l'imputato ha già un difensore privato, non si procede alla nomina di un difensore pubblico.

La Corte considera la nomina di un difensore pubblico se ciò viene richiesto o di ufficio. La richiesta può essere presentata dall'imputato o dal PM nella fase delle indagini preliminari. La Corte esamina la richiesta sotto il profilo della necessità di un difensore, considerando il carattere della materia in esame. Non c'è considerazione delle condizioni economiche dell'imputato in questo contesto.

L'imputato ha sicura influenza sulla nomina di un difensore pubblico. Così la persona indicata dall'imputato viene nominata se è competente e la nomina non causa un considerevole incremento del costo o ci sono altre speciali ragioni ostative.

E' rilevante la confidenza che l'imputato abbia con la persona che viene nominata. Potrebbe essere nominato qualcun altro solo se ricorrono le ragioni sopra menzionate.

Non c'è diritto di avere un pubblico difensore che parli la lingua madre dell'imputato, ma questa ragione può essere presa in considerazione. Altrimenti il problema della lingua viene risolto usando un interprete pagato con fondi pubblici.

La nomina di un difensore pubblico può essere revocata, se non c'è più necessità di assistenza o se vi è qualche altra giustificabile ragione. Se l'indagato autorizza qualche altra persona a condurre la sua difesa, il difensore pubblico è revocato ameno che ciò possa causare un considerevole inconveniente.

Un avvocato pubblico può anche essere sostituito. Tale sostituzione, peraltro, deve essere supportata da giustificabili ragioni.

Il difensore privato è pagato dall'imputato. Se l'imputato è assolto il costo del difensore è normalmente rimborsato. Il difensore pubblico è sempre pagato con fondi pubblici. Il capitolo 31 del codice regola chi sopporterà il costo del difensore in tali casi. Normalmente se l'imputato è condannato, dovrà pagare il costo della difesa in tutto o in parte a seconda delle sue condizioni economiche, se è assolto lo Stato sopporterà il costo come nel caso di difensore privato.

La decisione della corte del distretto di rifiutare la nomina di un difensore pubblico o di nominare un difensore piuttosto che un altro indicato dall'imputato può essere appellata dinanzi alla corte di Appello e poi dinanzi alla Suprema Corte.

Tornando all'interessante caso in esame, il ricorrente, nato nel 1942, si era trasferito in Svezia nella seconda metà degli anni '80 e la sua lingua madre era il Finlandese.

Il 3/12/1991 fu tratto a giudizio davanti ad un Tribunale svedese per guida in stato di ubriachezza e senza patente. Secondo il verbale della polizia egli non richiese l'assistenza di un difensore pubblico. Il Tribunale, apparentemente di sua iniziativa, gliene nominò uno il 9/1/1992.

Il 22/4/1992 fu accusato di un altro incidente mentre era alla guida in stato di ubriachezza e senza patente e, stando al verbale di polizia, chiese nominativamente un avvocato, tal S., come pubblico difensore.

Il 31/8/1992 fece un altro incidente in stato di ubriachezza e senza patente. Non chiese un difensore pubblico.

Il 22/12/1992 fece ancora un incidente in stato di ubriachezza e senza patente ed omissione di soccorso; non chiese un difensore pubblico.

Il 21/1/1993 fu accusato di aver portato un coltello in luogo pubblico: non chiese un difensore pubblico.

Il 22/1/1993 il pubblico ministero emise una richiesta di arresto per tentata aggressione aggravata. Il ricorrente chiese sempre il solito difensore come difensore pubblico.

All'udienza il difensore originario fu sostituito con un altro, tal H. Il ricorrente chiese di riavere il precedente difensore, svedese, ma che parlava finlandese. Il giudice lo esortò a farne richiesta scritta, poi non concesse l'arresto che il PM aveva chiesto, liberò il ricorrente e questi non inoltrò più la richiesta per iscritto.

Il 9/2/1993 il ricorrente fu accusato di tentata aggressione aggravata.

Fissata l'udienza, la Corte telefonò al ricorrente che chiese nuovamente di avere il precedente avvocato che parlava finlandese. La corte gli disse di parlarne con l'attuale avvocato.

Prima dell'udienza il ricorrente sottopose alcune richieste indipendentemente dall'avvocato. Queste erano tutte in finlandese. In virtù della convenzione nordica sul linguaggio che gli consentiva di sottoporre istanze nella sua lingua madre, esse furono tradotte ed inserite nel fascicolo.

Nell'udienza del 10/5/1994 il ricorrente fu assistito dal secondo difensore (H., non di lingua finlandese). Durante tutto il corso dell'udienza il ricorrente non chiese la sostituzione del suo difensore pubblico. Egli si difese (negando per alcune accuse e confessando per altre) in finlandese con l'assistenza di un interprete.

Il 24 maggio 1994 fu condannato per tutti i reati ad un anno e due mesi di prigione fu condannato anche alle spese di giudizio per 450 corone su un ammontare che comprendeva anche 10.395 corone di parcella, per 10 ore di lavoro, rimanendo la restante parte a carico dello Stato.

Appellarono sia l'imputato che il PM, quest'ultimo stabilì che il ricorrente avesse bisogno del difensore a carico dello Stato anche se aveva chiaramente manifestato di non voler essere assistito da H.

Davanti ai giudici di Appello, il 23/8/1994 il ricorrente ribadì che con il precedente difensore riusciva a parlare in finlandese e che avrebbe voluto essere difeso da lui.

Il 6/9/1994 la sua richiesta fu respinta e la Corte affermò che non erano state prospettate ragioni sufficienti.

Anche in grado di appello, il ricorrente sottopose alcune istanze in finlandese che furono tutte tradotte in svedese ed inserite nel fascicolo. All'udienza egli era comunque difeso dall'avvocato H. Durante l'udienza egli non manifestò alcuna opposizione a tale difesa. Dopo aver ascoltato le dichiarazioni del difensore la Corte di Appello nominò un interprete.

La Corte di Appello confermò la condanna e pose a carico dello Stato le spese processuali tra cui 3455 corone per l'avvocato.

Il ricorrente ha lamentato che non gli è stato consentito di essere difeso da un avvocato di sua scelta con il quale egli avrebbe potuto parlare in finlandese e le cui difese egli avrebbe potuto comprendere interamente.

Descrivendo il suo livello di svedese come “Svedese di strada”, ha ribadito di essere riuscito a comunicare con il difensore nominato per lui solo attraverso l’interprete e che il difensore per conseguenza non ha potuto svolgere le sue funzioni in maniera appropriata. Il ricorrente ha ritenuto che ciò violasse l’articolo 6 che, per quanto qui rileva, dispone come segue: «nell’accertamento di ogni accusa penale contro di lui, ognuno ha diritto ad una giusta udienza dinanzi al tribunale.. chiunque è accusato di un reato ha i seguenti diritti minimi:... di difendere sé stesso attraverso la assistenza di un legale di sua scelta o, se non ha sufficienti mezzi per pagare un l’assistenza legale, questo gli deve essere dato senza spese quando gli interessi di giustizia lo richiedano;... di avere l’assistenza gratuita di un interprete se non può comprendere o parlare il linguaggio usato nel tribunale».

Il Governo, al contrario, ha sostenuto che mentre l’art. 6 paragrafo 3 della Convenzione garantisce il diritto ad una adeguata difesa, non dà alla persona un diritto di decidere in quale maniera la sua difesa debba essere assicurata. Ha asserito che gli Stati hanno ampia discrezione nel decidere come adempiere a tale loro obbligazione *ex art. 6*.

Inoltre, il Governo ha puntualizzato che il ricorrente non ha espresso il desiderio di essere assistito da un difensore pubblico quando il suo caso è stato portato dinanzi alla corte nel 1991. In processi aventi ad oggetto giuda in stato di ubriachezza aggravata, ha sostenuto, potrebbero esserci ragioni per dare una sentenza condizionale combinata con un ordine di sottoporsi a vari tipi di trattamenti e la Corte per tale motivo spesso considera che l’assistenza di un avvocato sia necessaria per sottoporre argomenti relativi a personali circostanze dell’accusato che depongono in favore di questa pena in luogo della detenzione. Nel caso di specie la Corte aveva nominato di ufficio un difensore pubblico, ovviamente considerando l’interesse della giustizia all’assistenza legale.

Nel nominare un difensore pubblico la Corte aveva garantito il diritto ad un’adeguata difesa. Al ricorrente non era stato impedito di nominare il difensore di lingua finlandese come suo difensore privato. Dagli atti non emerge che egli avesse informato la Corte che fosse disposto a pagare tale difensore. Se avesse fatto ciò, la Corte avrebbe certamente revocato la nomina del difensore pubblico.

Il Governo adduce inoltre che dagli atti non emerge nulla che indichi che il difensore H non avesse pienamente adempiuto alla sua obbligazione quale difensore fornendo al ricorrente una effettiva assistenza legale. Nella richiesta di sostituire H con S il ricorrente non aveva indicato alla Corte alcuna ragione e non aveva riferito alcuna difficoltà di cooperare o mancanza di confidenza con H.

Egli non aveva portato all’attenzione delle Corti alcuna particolare imperfezione nella difesa condotta da H. Sebbene richiesto dalla Corte distrettuale di mettere per iscritto le ragioni per la sostituzione del suo difensore, egli non lo aveva fatto.

Una formale richiesta di sostituzione non era stata formulata prima che il caso approdasse dinanzi alla Corte di Appello al quale stato della procedura un cambio del difensore pubblico avrebbe portato sostanziali costi addizionali. La valutazione fatta dalla Corte della necessità di sostituire il difensore ricade entro i margini di apprezzamento consentiti allo Stato Contraente, quando esamina una questione di questo carattere. Il Governo ha anche osservato che i resoconti dell’udienza orale dinanzi alla Corte d’Appello non indicavano che il ricorrente avesse obiettato circa la difesa di H come pubblico difensore o che gli sia stata impedita alcuna personale difesa.

I problemi linguistici nel processo erano stati risolti fornendo al ricorrente l'assistenza di un interprete. Ha inoltre sottolineato che anche se fosse stato nominato l'avvocato S sarebbe stato comunque necessaria la nomina di un interprete dinanzi alla Corte posto che la sua conoscenza dello svedese era insufficiente.

In conclusione, il governo ha sostenuto che né la nomina di H quale difensore pubblico né il rifiuto di sostituirlo con S abbiano implicato una omessa osservanza da parte della Corte dei diritti scaturenti dall'art 6 della convenzione.

Il ricorrente, dal suo canto, ha controdedotto che egli non aveva desiderato avere un difensore pubblico nominato per lui durante le fasi iniziali della procedura, finché non era stato avvertito della probabile condanna. La guida in stato di ubriachezza ed altre violazioni del codice della strada non erano sufficientemente gravi da garantire una nomina contro la volontà dell'indagato. Il ricorrente aveva respinto la successiva accusa di assalto aggravato, ma in virtù della gravità della accusa carico ed avendo compreso che avrebbe rischiato una carcerazione di lungo periodo, aveva espresso il desiderio di essere assistito da un avvocato pubblico ed aveva chiaramente richiesto la nomina di S. Questa richiesta era stata respinta senza che siano state fornite adeguate spiegazioni.

Il ricorrente ha affermato che H non era stato in grado di dispiegare adeguate difese a causa a causa della scarsa cooperazione dovuta alle loro difficoltà di comunicazione. In generale le comunicazioni tra accusato ed avvocato sono cruciali per una adeguata strategia difensiva. Inoltre, avendo S ed H lo studio nella medesima città non vi sarebbe stato alcun incremento di costo nel nominare l'uno anziché l'altro quale difensore pubblico. Il ricorrente ha anche affermato che, essendo appartenente alla minoranza finnica in Svezia, la Corte avrebbe dovuto nominargli un difensore di lingua finnica.

La Corte Europea ha osservato, in primo luogo che le garanzie nel paragrafo 3 dell'articolo 6 sono specifici aspetti del diritto ad un giusto processo nelle procedure penali di cui al paragrafo 1 del medesimo articolo.

Questo, nel suo complesso, garantisce il diritto di un accusato di partecipare effettivamente ad un processo penale. In generale, ciò include non solo il diritto ad essere presente, ma anche il diritto di ricevere assistenza legale, se necessario, e di seguire il processo effettivamente.

Nel determinare se gli interessi della giustizia richiedono che ad un imputato sia data assistenza legale gratuita, deve essere dato riguardo alla gravità del reato ed alla severità della possibile pena così come alla complessità del processo.

Nel caso di specie, la Corte ha osservato che il ricorrente non aveva chiesto l'assistenza di un difensore pubblico quando era stato accusato della prima violazione del codice della strada nel dicembre 1991. Richiese tale assistenza nell'aprile 1992 in occasione della seconda violazione al codice della strada, ma non ribadì tale richiesta in occasione delle successive violazioni di agosto e dicembre 1992.

La Corte ha ritenuto fondata la tesi del governo che in una situazione del genere né la richiesta di assistenza legale, né la nomina del difensore H avevano violato i diritti del ricorrente che scaturiscono dall'art 6, nonostante questi fosse stato condannato a pagare una parte, modesta, dei costi del processo.

E' vero che l'art. 6 prevede che un accusato sia difeso da un avvocato di sua scelta. Nondimeno, nonostante l'importanza di una confidenza tra avvocato e cliente questo diritto non può essere considerato come assoluto. Quando nomina un difensore, la Corte deve certamente aver riguardo ai desideri dell'imputato, ma questi possono essere superati quando ci sono rilevanti e sufficienti argomenti per sostenere che ciò sia necessario nell'interesse della giustizia.

Né l'art. 6 può essere interpretato nel senso che assicuri un diritto ad avere la sostituzione del difensore pubblico nominato.

Comunque, la nomina di un difensore pubblico non risolve necessariamente l'argomento della conformità con i requisiti dell'Articolo 6 paragrafo 3. Sebbene la conduzione della difesa sia essenzialmente una materia tra l'accusato ed il suo avvocato, le competenti autorità nazionali hanno il dovere di intervenire se il difensore pubblico assicura la difesa in maniera inadeguata o insufficiente e se ciò è portato alla loro attenzione in qualsiasi modo. Lo Stato, peraltro, non può essere ritenuto responsabile per ogni mancanza da parte del difensore nominato per l'assistenza legale pubblica.

La Corte ha ritenuto che, nell'aprile 1992 (data nella quale il ricorrente formulò la richiesta per al prima volta alla polizia mentre era accusato di una violazione del codice della strada) non emergessero sufficienti ragioni, a quello stato della procedura, per considerare la sostituzione di H come pubblico difensore.

Nel gennaio 1993, essendo sospettato di tentato assalto aggravato, il ricorrente aveva rinnovato la richiesta di avere S come avvocato pubblico, ma non aveva coltivato la richiesta, a seguito dell'udienza dinanzi alla Corte, non formalizzandola per iscritto.

Una formale richiesta di sostituzione di H con S non fu formulata prima dell'agosto 1994, quando il processo era dinanzi alla Corte di Appello. E' vero che il ricorrente informò la Corte di questa sua richiesta quando il processo venne fissato, ma ancora una volta non perseguì questa richiesta dopo che gli era stato detto di contattare l'avvocato H e non fece alcuna obiezione al momento in cui l'Avvocato H venne in udienza e lo difese nel maggio 1994.

La Corte ha evidenziato che al momento dell'udienza dinanzi alla Corte di appello H era stato avvocato del ricorrente per circa due anni e mezzo. Così, quando il ricorrente – al momento della fissazione dell'udienza – aveva chiesto la sua sostituzione, H aveva già posto in essere una rilevante quantità di lavoro anche in preparazione dell'udienza. L'ammontare del lavoro già svolto sarebbe ovviamente aumentato con la sostituzione richiesta nell'agosto 1994.

Ciò rende evidente che al momento in cui la Corte chiese al ricorrente di formalizzare la richiesta di sostituzione, l'attività del difensore aveva già raggiunto un ammontare tale che la sua sostituzione avrebbe comportato certamente inconvenienti e costi addizionali. La Corte non ha ritenuto irragionevole, in vista della condivisione dell'obiettivo di limitare i costi dell'assistenza legale, che le autorità nazionali abbiano avuto un approccio restrittivo alla richiesta di sostituzione del difensore una volta che ne avevano già assegnato una che aveva svolto attività.

Non v'era evidenza alcuna che nel processo dinanzi alla corte svedese H per qualsiasi ragione sia stato inidoneo a fornire un'assistenza legale effettiva o che la mancanza di confidenza o alcuna mancanza difensiva avrebbe dovuto indurre al Corte ad intervenire di ufficio.

La ragione per la quale il ricorrente voleva la sostituzione di H con S era solo quella secondo la quale egli avrebbe potuto comunicare con lui in finlandese.

Tale possibilità non è uno dei diritti che discendono dall'articolo 6. Per un accusato che non comprenda la lingua usata nella Corte l'assistenza gratuita di un interprete si estende anche ai documenti ed alle prove della procedura ed a ciò che è necessario che l'incolpato comprenda per poter partecipare effettivamente ad un giusto processo. Tale assistenza di un interprete dovrebbe essere tale da garantire che l'accusato abbia conoscenza del processo contro di lui e da difendersi essendo in grado di sottoporre alla Corte la propria versione dei fatti.

La Corte ha osservato, inoltre, che la conoscenza dello svedese del ricorrente poteva essere limitata nonostante la sua lunga permanenza in Svezia. Sottolineando, peraltro, che egli aveva definito il suo linguaggio come "svedese di strada" e che egli aveva, quindi, una certa qual padronanza della lingua, la Corte ha ritenuto che egli non fosse in condizioni tali da non poter comunicare con H o comprenderlo. Un interprete era stato garantito in entrambi i gradi di giudizio in tutte le udienze. Tutte le allegazioni scritte in lingua finlandese gli erano state consentite, tradotte ed inserite nel fascicolo. In virtù di queste circostanze la Corte ha considerato che la assistenza dell'interprete fornita nel caso sia stata adeguata.

Infine, la Corte ha evidenziato che, se il ricorrente avesse nominato S come difensore privato i giudici territoriali avrebbero probabilmente revocato la nomina di H in ossequio al capitolo 21 del c.p.p.

Tenuto conto di tutto ciò la Corte ha ritenuto che nel caso non vi fosse stata quindi violazione dell'art 6 della Convenzione.

Eppure, all'indomani della emanazione della citata Direttiva 2016/1919/UE, si registrano delle importanti innovazioni che vengono poste in capo ai destinatari della normativa.

Gli Stati membri, dovranno stabilire modalità pratiche riguardanti la concessione del patrocinio a spese dello Stato. Tali modalità potrebbero prevedere che l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato sia concessa a seguito di una richiesta da parte di un indagato, un imputato o una persona ricercata.

Poi aggiunge all'articolo 7 paragrafo quarto che gli stessi Stati membri dovranno adottare le misure necessarie ad assicurare agli indagati, imputati e persone ricercate abbiano il diritto, su loro richiesta, di far sostituire il difensore che fornisce loro servizi di patrocinio a spese dello Stato ove le specifiche circostanze lo giustifichino.

Ebbene, in ossequio a tali innovazioni, una pronuncia della Corte dei diritti dell'uomo che non tenga conto di questo diritto in capo ad imputati, indagati che chiedano la sostituzione del difensore affidatogli dallo Stato, non potrà trovare cittadinanza nell'assetto garantista europeo, ed anzi, v'è di più: ad opinione di chi scrive, il precedente orientamento imperniato sulla interpretazione dell'art. 6 della Convenzione dovrà essere necessariamente superato, in ossequio al nuovo art. 7 paragrafo 4 della Direttiva.

Sotto questo profilo l'ordinamento italiano consente e riconosce il diritto di scelta e di sostituzione del difensore all'indagato o imputato ammesso al patrocinio a spese dello Stato entro un novero ampio, ma non illimitato di professionisti.

Su questo punto sembra, quindi, che la direttiva, individuando uno specifico diritto di scelta, possa aver reso tale limiti in contrasto con la disciplina comunitaria e come tale disapplicabile, ove non intervenga il legislatore con una normativa di adeguamento.

Al di fuori di questo punto, peraltro, la direttiva non dovrebbe avere ulteriore impatto innovativo sulla disciplina già vigente.

# La Direttiva (UE) 2016/800 e il D.P.R. 448/1988: parallelismi e spunti di riflessione

ANNALaura MALINCONICO - LUDOVICA MARTINS

## ABSTRACT

*Possible forms of discrimination in the criminal justice process have led to the need for the European Community institutions to initiate a process of harmonization of national juvenile justice systems, inspired by the Italian model of D.P.R. 448 of 1988.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ambito di applicazione della direttiva (UE) 2016/800. – 3. Il diritto all'informazione. – 4. Il diritto all'assistenza di un difensore. – 5. Il diritto ad una valutazione personale. – 6. Il diritto all'esame medico. – 7. La registrazione audiovisiva dell'interrogatorio. – 8. La privazione della libertà personale. – 9. Il *modus procedendi*. – 10. La formazione del personale. – 11. Conclusioni

1. Su scala mondiale, il sistema di giustizia minorile, attraverso un lungo e travagliato processo di maturazione, si è affrancato da quell'immagine, riduttiva e fuorviante, del minore come soggetto passivo di diritti e potestà parentali ed è giunto non solo a riconoscere allo stesso una peculiarità ontologica propria, ma anche a valorizzarne la specificità della sua condizione, tanto nelle formazioni sociali in cui si forma e si esprime la sua personalità, quanto nei procedimenti che lo coinvolgono in ambito giudiziale<sup>1</sup>.

È, infatti, sulla scia di principi e Dichiarazioni internazionali della prima metà del Novecento che si è iniziato a riconoscere negli ordinamenti penali, dapprima sostanziali, di poi processuali dei singoli Paesi, un'autonoma e distinta rilevanza alla personalità del minore nonchè un sistema di tutela differenziato volto a preservarne le potenzialità di sviluppo ed a prevenirne fenomeni di devianza<sup>2</sup>.

In particolar modo, in ambito processualpenalistico, per garantire l'effettività di tutti i diritti riconosciuti al minore e, dunque, per garantire una giustizia a misura di minore si è posta la necessità di piegare le strutture processuali al fine di creare un processo che, dotato di un'autonoma fisionomia normativa, ricerchi l'equità attraverso modalità congeniali alla peculiare tipologia d'autore, superando così un'impostazione pedagogica, correzionale, rieducativa del problema della devianza minorile<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. art. 1 delle Regole minime per l'Amministrazione della giustizia minorile, adottate nel 1985 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York

<sup>2</sup> Cfr. Art.1. 2- 1.3 delle Regole di Pechino.

<sup>3</sup> Più in generale, C. IASEVOLI, *I Condizionamenti sulle strutture processuali*, in C. IASEVOLI, (a cura di), *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, ESI, 2012, 103 ss.

La giustizia penale minorile costituisce, attualmente, fra gli ambiti del diritto minorile, quello nel quale si è maggiormente sviluppata la convivenza tra molteplici fonti di rango sia nazionale che sovranazionale che portano, dunque, l'interprete a ragionare in termini di tutela multilivello<sup>4</sup>.

Sul versante europeo, l'Unione nel più ampio contesto di intervento sui diritti dei soggetti processuali e nella prospettiva dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali, è intervenuta nell'incoraggiare la promozione e la tutela dei diritti dei minori<sup>5</sup>, ponendosi l'obiettivo di «adeguare i sistemi giudiziari degli Stati membri alle esigenze dei minori, offrendo un livello di tutela differenziato in considerazione della loro speciale condizione di soggetti «vulnerabili»<sup>6</sup>.

Lo sforzo unificante prefissatosi dall'Unione acquisisce sempre più rilevanza nella misura in cui, nonostante gli impegni assunti sul piano internazionale, continuano a sussistere tra i sistemi di giustizia penale minorile degli Stati membri profonde disomogeneità, nonché palesi punti di contraddizione. E del resto, a riprova del malfunzionamento dei sistemi di giustizia penale minorile si pongono anche le continue condanne riportate dagli Stati membri del Consiglio d'Europa dinanzi alla Corte di Strasburgo che testimoniano quanto le prassi vigenti si discostino dagli *standards* europei. Volendo richiamare le parole-chiave della Risoluzione 2010 (2014): «la realtà appare ben lontana dalla retorica fatta di propositi scarsamente attuati»<sup>7</sup>.

Il carattere inesistente, parziale o condizionato del diritto d'accesso alla giustizia, la diversità e la complessità della procedura e le possibili forme di discriminazione, fondate sui motivi più disparati, hanno posto come impellente l'obiettivo di creare sistemi di giustizia, che garantiscano l'effettiva attuazione di tutti i diritti dei minori al più alto livello possibile.

L'Unione, dopo una lunga gestazione durata quasi tre anni, l'11 maggio del 2016 è così giunta all'approvazione della Direttiva (UE) 2016/800 ad opera del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione Europea<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Esse, in ordine cronologico, sono le seguenti: 1) La Dichiarazione dei diritti del fanciullo, detta Dichiarazione di Ginevra, del marzo 1924; 2) La Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955 n° 848; 3) La Dichiarazione dei diritti del fanciullo, proclamata dall'O.N.U. il 20 novembre 1959; 4) Il Patto internazionale sui diritti civili e politici, stipulato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo in Italia con la legge n° 881 del 25 ottobre 1977; 5) Le Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile (c.d. Regole di Pechino), adottate a New York dall'Assemblea generale del settimo congresso dell'O.N.U. il 29 novembre 1985; 6) La Raccomandazione n° (87)20 sulle risposte sociali alla delinquenza minorile, elaborate dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 17 settembre 1987; 7) La Convenzione sui diritti del fanciullo, stipulata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la Legge 27 maggio 1991 n° 176; 8) La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratifica e resa esecutiva in Italia con legge 20 marzo 2003, n. 77; 9) La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848; 10) La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, detta anche Carta di Nizza perchè proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza.

<sup>5</sup> Si vedano gli artt. 67 e 82 TFUE.

<sup>6</sup> Cfr. il punto 2.1. del Programma dell'Unione europea per i diritti dei minori e art. 3, par. 3 TUE.

<sup>7</sup> M. BARGIS, in M. BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Torino, 2016, 14.

<sup>8</sup> I lavori sul testo della direttiva venivano intrapresi nel novembre del 2013 con la presentazione, da parte della Commissione europea, di un pacchetto di misure che includeva anche la proposta di direttiva COM (2013)822 def. Tuttavia, l'elezione e l'insediamento del nuovo Parlamento, nonché il rinnovo della stessa Commissione europea ne rallentavano le negoziazioni. Riprese le discussioni sul testo, veniva, dapprima, raggiunto, il 16 dicembre 2015, un accordo politico tra i delegati di PE, Consiglio e Commissione. Di poi seguiva, il 9 marzo scorso, l'approvazione da parte del Parlamento europeo in prima lettura a larghissima maggioranza (613 voti favorevoli, 30 voti contrari e 56 astensioni). Infine, il 21 aprile la direttiva veniva formalmente approvata dal Consiglio dell'Unione europea riunito in formazione "Giustizia e Affari Interni". *Council document* 15272/15 of 2016-12-16 e *Council document* 5096/16 of 2016-01-11.

L'analisi normativa della direttiva, che si svolgerà nel prosieguo, riflette con chiarezza il peso specifico assunto dall'Italia con il proprio sistema di giustizia penale minorile nella realizzazione dell'opera di armonizzazione intrapresa dall'Unione.

La particolare attenzione rivolta alla finalità educativa del processo minorile, la necessità di non interrompere i processi educativi in atto e, conseguentemente, la preminenza del ricorso a percorsi alternativi alla detenzione, *extrema ratio* del sistema, richiamano i principi sanciti nella nostra Carta Costituzionale recepiti, poi, dal D.P.R. n. 448 del 1988, che operava in Italia la riforma del sistema.

Il *file rouge* rintracciabile nelle disposizioni del testo comunitario è, infatti, rappresentato dalla centralità della personalità del minore, la cui tutela è affidata ad un catalogo di diritti «minimi» ed «incomprimibili» in suo favore, volto a rendere effettivo il diritto del minore ad un equo processo<sup>9</sup>.

2. L'imputabilità, presupposto soggettivo della responsabilità penale, costituisce certamente l'aspetto più controverso e discutibile, sotto il profilo del rispetto dei diritti umani. Aspetto quest'ultimo che si ricollega tanto alla capacità intellettuale a raffigurarsi i termini rappresentativi di una scelta, quanto alla capacità di orientare, conseguentemente, sul piano volitivo, la propria condotta.

Nel modello di giustizia minorile europeo, in relazione alle sue finalità ultime, individuate nella necessità di presidiare l'*iter* di formazione della personalità del minore e promuoverne il suo reinserimento sociale, il tema dell'imputabilità avrebbe dovuto assumere un rilievo centrale. Ma così non è stato!

Invero, la Direttiva in esame, nell'individuare come destinatari, i «minori indagati o imputati in un procedimento penale» dal momento iniziale delle indagini al momento conclusivo del procedimento, nonché i «minori oggetto di un procedimento di esecuzione di un mandato di arresto europeo ai sensi della Decisione quadro 2002/584/GAI»<sup>10</sup>, ed, infine, i «minori che acquistano la qualità d'indagato o imputato nel corso di un interrogatorio di polizia» (art. 2, par. 2), si è limitata a definire minore «una persona di età inferiore a 18 anni» (a prescindere, dunque, dalla nozione accolta dagli ordinamenti dei diversi Paesi dell'UE), non operando, invece, alcuna valutazione politico-criminale sull'individuazione della soglia minima d'imputabilità e lasciando, così, impregiudicata l'applicazione delle normative nazionali<sup>11</sup>.

L'individuazione in astratto della soglia minima avrebbe meglio soddisfatto l'obiettivo della direttiva, dal momento che consentiva al minore una corretta percezione del disvalore sociale dell'atto seguita, poi, da una giusta comprensione del significato del procedimento penale, tale da rendere lo stesso attivamente coinvolto e, dunque, non travolto nelle attività processuali<sup>12</sup>.

Alla luce della finalità perseguita dalla Direttiva, l'esigenza si presentava di preminente importanza, specialmente in quegli Stati membri ove si avverte una più spiccata propensione al ribasso

---

<sup>9</sup> «Nasce il giusto processo penale minorile europeo. [...] Si tratta di una svolta storica nella legislazione dell'Unione Europea, perché per la prima volta viene introdotta una disciplina specifica dei procedimenti penali nei confronti di minori». Così l'eurodeputata di S&D Caterina Chinnici fotografa la Direttiva europea sulle garanzie procedurali per i minori penalmente indagati o imputati, di cui è relatrice per conto della commissione Libe (Giustizia) del Parlamento Europeo.

<sup>10</sup> Cfr. art. 1, 2 della Dir. (UE) 2016/800.

<sup>11</sup> Cfr. art. 2, par. 5 Dir. (UE) 2016/800.

<sup>12</sup> Cfr. cons. 1 della Dir. (UE) 2016/800.

della soglia minima di età al di sotto della quale il minore non può essere processato: 8 anni per la Scozia, la Grecia e la Svizzera, 10 anni per il Regno Unito, 12 anni per Irlanda e Paesi Bassi<sup>13</sup>.

L'eterogeneità delle legislazioni nazionali ed il silenzio della Corte Edu sul punto in questione si è riverberato in modo negativo anche sull'operatività del mandato d'arresto europeo. L'articolo 3 della DQ 2002/584/GAI ha, infatti, previsto un motivo di non esecuzione obbligatoria del mandato nel caso in cui una persona «a causa della sua età» non possa essere penalmente responsabile dei fatti all'origine del mandato in base alla legge dello Stato di esecuzione.

In questa direzione sembra muoversi l'art. 18, lettera i) della legge 22 aprile 2005 n. 69 con cui l'Italia ha recepito la decisione quadro che statuisce in modo tassativo il rifiuto della consegna in tutta una serie di ipotesi riguardanti i minori; tale norma, da un lato, stabilisce che essa debba essere rifiutata, se la persona oggetto del mandato di arresto europeo era minore di quattordici anni al momento della commissione del reato, dall'altro, pone condizioni restrittive se la persona fosse stata minore al momento dei fatti per i quali fu emesso mandato d'arresto europeo.

L'occasione avrebbe potuto essere utilizzata per uniformare le diverse discipline normative nazionali e colmare in questo modo la profonda lacuna normativa creata già a livello internazionale da importanti documenti in materia minorile che, succedendosi nel tempo, si sono sempre astenuti dal prendere qualsiasi posizione sul punto.

Altro profilo nevralgico, strettamente connesso al problema dell'età imputabile, è rappresentato dalla scelta operata dall'Unione di ancorare la verifica della minore età al momento dell'avvio del procedimento penale, derogando, in tal modo, al principio del *tempus commissi delicti*.

Il principio adottato dalla Direttiva, agganciando temporalmente le garanzie procedurali al momento dell'avvio del procedimento penale, preclude *de facto* un accertamento in concreto sulla maturità, sulla vulnerabilità e sul grado di sviluppo intellettuale del soggetto accusato, presumendone la sua capacità di comprendere e volere una data condotta avente rilevanza penale, al momento storico della sua commissione.

Di qui, l'infausta conseguenza che chi sia accusato di un reato commesso quando era minore, ma abbia raggiunto la maggiore età prima di essere sottoposto a procedimento penale ovvero durante il processo, non possa accedere alle garanzie apprestate dalla Direttiva, con un conseguente e palese svuotamento delle stesse<sup>14</sup>. È rimessa solo in subordine alla discrezionalità del Legislatore interno la possibilità di estendere le presenti garanzie fino al compimento del ventunesimo anno d'età anche a coloro che divengano indagati o imputati in un procedimento penale dopo il compimento del diciottesimo anno d'età, ma per un reato commesso quando era ancora minore<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Questa propensione al ribasso è vivamente sconsigliata dai documenti internazionali, dalle Linee guida del Consiglio d'Europa come dalle Regole di Pechino in quei sistemi giuridici che riconoscono la nozione di soglia della responsabilità penale, tale inizio non dovrà essere fissato ad un limite, troppo basso, tenuto conto della maturità affettiva, mentale ed intellettuale.

<sup>14</sup> La previsione dell'art. 2 par. 3 (introdotta a seguito di un emendamento proposto dal PE con la risoluzione legislativa del 12 febbraio 2015 ed accolta dai gruppi di lavoro) si limita ad incoraggiare l'estensione delle garanzie anche a coloro che abbiano raggiunto la maggiore età dopo il fatto di reato, prima ovvero durante il processo, quando «tale estensione appaia appropriata alla luce delle circostanze del caso, tra cui la maturità e la vulnerabilità della persona interessata» (art. 2, par. 3, e considerando n. 12).

<sup>15</sup> Cfr. art. 2 in comb. disp. con il considerando n.11

Altra incongruenza del catalogo legislativo appare l'ambito oggettivo di applicazione della presente Direttiva, che ha recepito una concezione formale della qualificazione penale del procedimento che può coinvolgere un minore d'età.

Sulla base di quanto emerge dalla lettura del Considerando n. 17, la Direttiva dovrebbe applicarsi solo ai procedimenti dinanzi ad un giudice o tribunale, competenti in materia penale, aditi in seguito a ricorso o deferimento.

La natura penale sarà da valutare dando esclusivo rilievo alla qualificazione operata dal legislatore del procedimento e delle relative possibili sanzioni, secondo il diritto nazionale. Si esclude, pertanto, espressamente l'applicabilità delle garanzie procedurali, ivi contenute, ai minori coinvolti in altri tipi di procedimenti, in particolare ai procedimenti che potrebbero comportare misure di protezione, correttive o educative.

Con il testo da ultimo approvato, è stata, poi, inserita nel Considerando n. 15, la possibilità di superare la qualificazione formale del procedimento nell'ordinamento interno limitatamente alle sole ipotesi in cui il minore sia sospettato ovvero accusato della commissione di reati minori (*minor offences*). Qualora il diritto di uno Stato membro preveda l'imposizione di una pena per reati minori (ad. es. le infrazioni al codice della strada) da parte di tale autorità e laddove vi sia il diritto a presentare ricorso o la possibilità che il caso sia altrimenti deferito a un giudice o tribunale avente giurisdizione in materia penale, la presente direttiva dovrebbe pertanto applicarsi solo ai procedimenti dinanzi a tale giudice o tribunale in seguito a ricorso o deferimento.

Tale disposizione non sembra tenere in debito conto le ricadute che si possono avere nella vita e nello sviluppo del minore in tutti quei procedimenti che, pur non importando l'applicazione di una sanzione, possono concludersi con una decisione che affermi, anche solo implicitamente, la responsabilità del minore per il reato commesso.

Sarebbe stato, forse, più lineare consentire al minore di beneficiare delle garanzie sancite dalla direttiva ogni qual volta il procedimento avrebbe potuto incidere negativamente sul processo educativo ed emozionale del medesimo.

Il primo punto di contatto con il sistema di giustizia penale minorile italiano sembra, invece, rinvenirsi al secondo paragrafo del terzo articolo della direttiva in questione, laddove viene ad essere recepito il principio della presunzione della minore età, contenuto nel nostro ordinamento in due distinte previsioni normative, l'una nella sede codicistica (art. 67 c.p.p.) e, l'altra, nell'ambito della regolamentazione del rito minorile (art. 8 D.P.R. 448/1988).

Le disposizioni richiamate sono tutte destinate ad operare allorquando, anche dopo accertamenti medici, si prospetti una situazione di incertezza riguardo alla minore età<sup>16</sup>. E, per impedire che l'incertezza circa la minore età si tramuti in una violazione dei diritti del minore stesso, mentre, sul piano della tutela interna, si attiva il meccanismo della *traslatio iudicii*, al fine di evitare il rischio che il minore sia sottratto al proprio giudice naturale, sul piano della tutela apprestata dalla direttiva, si attiva l'applicazione delle garanzie ivi previste.

---

<sup>16</sup> Cfr. cons.13 dir. 2016/800, ai sensi del quale «[...] Qualora permangano dubbi sulla minore età, questa è presunta ai fini della presente direttiva».

3. Diritto propedeutico al corretto svolgimento del processo a carico di minori è, senza ombra di dubbio, il diritto all'informazione sancito all'articolo 4 in base al quale gli Stati membri devono assicurare che il minore sia sempre informato qualora si trovi nello stato di indagato o imputato e che gli siano sempre e tempestivamente fornite le informazioni relative ai suoi diritti, nonché gli aspetti generali concernenti lo svolgimento del procedimento.

Non ritenendo sufficiente la generica previsione, indirizzata ad indagati ed imputati «vulnerabili», contenuta all'articolo 3, par. 2, della Direttiva 2012/13/UE relativa al diritto all'informazione dei soggetti adulti nei procedimenti penali, il Legislatore dell'UE ha, infatti, ritenuto necessario introdurre una serie di garanzie complementari, intese a tener conto della specifica vulnerabilità del minore.

*In primis*, infatti, la Direttiva estende l'oggetto dell'informativa agli «aspetti generali dello svolgimento del procedimento».

Pertanto, oltre a prevedere che il minore venga informato, come gli adulti, di tutti i suoi diritti, quali il diritto all'assistenza di un legale, il diritto ad essere informato dell'accusa a suo carico, delle condizioni per beneficiare del gratuito patrocinio, del diritto all'interpretazione ed alla traduzione degli atti, nonché della facoltà di non rispondere, la direttiva invita le autorità competenti a fornire al minore una breve spiegazione circa le fasi della procedura e sul ruolo delle autorità coinvolte, come imposto dal Considerando n. 19.

Il diritto all'informazione è funzionale, dunque, non solo all'effettiva e consapevole partecipazione al procedimento, ma anche al benessere psicologico del minore, contribuendo ad alleviare l'ansia dovuta al fatto di affrontare, presumibilmente per la prima volta, un sistema giudiziario potenzialmente intimidatorio e ad ingenerare sicurezza, fiducia e tranquillità nel minore. Non è revocabile in dubbio che tale *modus procedendi*, relativo al coinvolgimento cognitivo del minore, sia ravvisabile anche e soprattutto nel nostro ordinamento minorile.

Partendo dal presupposto che la giustizia penale minorile debba scongiurare nel suo momento applicativo ogni evitabile pregiudizio derivante dall'impatto del processo penale sulla personalità in evoluzione dell'imputato, il legislatore del D.P.R. 448 del 1988 non si prefigge di conseguire tale obiettivo soltanto con la flessibilità applicativa delle regole processuali ma, attraverso il secondo comma dell'articolo 1, con un costante sforzo di coinvolgimento dell'imputato alla vicenda giudiziaria, favorendone una corretta e consapevole percezione<sup>17</sup>.

La previsione in base alla quale il giudice illustra all'imputato minore il significato delle attività processuali e le ragioni etico-sociali delle proprie decisioni rientra perfettamente nel tema della non desocializzazione che permea tutto il processo penale minorile nel nostro ordinamento al fine di diminuire il più possibile gli effetti negativi che innegabilmente il processo penale ha sul minore dalla personalità ancora *in fieri*.

L'impiego dello strumentario processuale, pur mantenendosi conforme ai suoi fini istituzionali, deve essere modulato in relazione alla specificità della condizione minorile e ciò allo scopo di contenere gli effetti pregiudizievoli connessi all'impatto del minore con il sistema giustizia.

---

<sup>17</sup> G. GIOSTRA, *Il processo penale minorile: commento al d.p.r. 448/1988*, Milano, IV Edizione.

Ovviamente, l'intento di favorire una completa e corretta percezione della complessiva vicenda giudiziaria si riallaccia al contesto culturale sotteso al processo penale a carico di minori nell'ordinamento italiano, quello che in sostanza intende il minore quale, primariamente, soggetto di diritti oltre che di tutela e protezione<sup>18</sup>.

Se però, da un lato, la previsione europea, ricalcando quella del nostro ordinamento, si rende attenta al supremo interesse del minore, dall'altro la norma risulta comunque piuttosto generica e incompleta, dal momento che non precisa quale autorità sia deputata ad informare il minore. Spetterà, dunque, a ciascuno Stato membro, in sede di trasposizione, rendere concreto l'esercizio di tale diritto; ma lasciare agli stati la totale discrezionalità nella scelta del soggetto deputato ad un compito così delicato, rischia di distruggere la carica simbolica ed effettiva di siffatta previsione.

Sempre nell'ambito informativo e di coinvolgimento del minore nelle attività processuali rientra la previsione normativa di cui all'articolo 5, in base alla quale gli Stati membri devono provvedere affinché le informazioni che il minore ha diritto di ricevere ai sensi dell'articolo 4 siano comunicate al più presto al titolare della responsabilità genitoriale. Tale obbligo gravante in capo agli Stati membri rientra nel concetto di assistenza affettiva e psicologica dell'imputato, sancito all'articolo 12 del D.P.R. 448 del 1988 e ora finalmente recepito a livello comunitario.

Nel processo minorile l'imputato è costantemente affiancato, quanto meno in linea tendenziale, da soggetti che per legami affettivo o specifica preparazione professionale appaiono idonei a filtrare l'impatto del minore con il processo ed a coniugare più efficacemente l'attività tecnico-difensiva e l'attività pedagogica.

All'interno di questo ambito sono coinvolti molteplici soggetti quali, *in primis*, i genitori, la persona designata dallo stesso minore quale idonea ad apportare assistenza affettiva in mancanza di un genitore e, infine, i servizi minorili dell'amministrazione della giustizia e di quelli degli enti locali.

Quindi, il compito di farsi carico di un'assistenza affettiva e psicologica nel nostro ordinamento è assicurato in ogni stato e grado del procedimento in pieno parallelismo con la recente normativa europea, la quale dimostra, seppur con qualche lacuna, una notevole attenzione alla figura del minore e al suo preminente interesse personale all'interno degli sviluppi processuali.

Per quanto riguarda le modalità con cui il minore ha diritto a ricevere l'informativa avente i contenuti descritti, la Direttiva non impone, come sarebbe stato auspicabile, che la comunicazione avvenga in forma scritta. Non soddisfa neppure la mera indicazione che la comunicazione avvenga "in modo semplice e con un linguaggio accessibile", che, peraltro, nulla aggiunge a quanto già previsto dal ricordato articolo 3, par. 2, della Direttiva 2012/13/UE. Invero, sarebbe stato senza dubbio preferibile porre l'accento sull'effettiva comprensione da parte del minore, sottolineando l'importanza di tenere in debita considerazione anche l'età e la maturità del medesimo e la cultura di appartenenza<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> E. PALERMO FABRIS e A. PRESUTTI, *Trattato di famiglia* volume V *Diritto e procedura penale minorile*.

<sup>19</sup> D. SAYERS, *Standing up for children? The Directive on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings*, in <http://eulawanalysis.blogspot.it/2015/12/standing-up-for-children-directive-on.html>

4. Il testo di cui all'articolo 6, dedicato all'assistenza difensiva, è senza ombra di dubbio l'elemento centrale della presente normativa in quanto presupposto necessario e irrinunciabile per l'applicazione di tutte le garanzie ivi contenute.

Infatti, nel primo comma dell'articolo se da un lato, viene chiaramente enunciato il diritto dei minori indagati o imputati ad avvalersi di un'assistenza difensiva, dall'altro, si abborra, quanto meno in via teorica, qualsiasi elemento volto a pregiudicarne l'effettiva attuazione.

Partendo dalla consapevolezza della delicata dimensione psico-fisica in cui versa il minore, soprattutto all'interno del panorama processualpenalistico, appare ovvia l'importanza della questione relativa all'assistenza di un legale che risulti idoneo a ricoprire questa funzione e, soprattutto ad attuare questo diritto in linea con la condizione del soggetto minore.

L'attenzione che, attraverso la direttiva, gli organi legislativi comunitari finalmente dimostrano nei confronti del minore è rinvenibile da circa un trentennio nel nostro ordinamento.

Infatti, il diritto di difesa, proclamato all'articolo 24 della nostra Costituzione, inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, assume nel rito minorile del nostro ordinamento una dimensione particolare e delicata; e tutto ciò parte dalla consapevolezza della necessità di tutelare tale soggetto in quanto individuo dalla personalità ancora *in fieri*.

Il nostro ordinamento, infatti, pur riconoscendo l'accertamento del fatto come unico obiettivo del processo penale, non nega la forte componente che il diritto all'educazione e il trattamento differenziato del minore rivestono nel panorama della legislazione penale minorile. Al minore sono assicurate garanzie non difformi da quelle spettanti all'adulto, le quali – però – subiscono adattamenti specifici in virtù della particolarità della sua situazione personologica.

Per quanto riguarda la tematica della difesa tecnica, nell'ambito minorile, il ruolo ritagliato per il difensore si atteggia in modo marcatamente pregnante, in quanto il minore presenta una menomata capacità di autodeterminarsi nelle scelte processuali; ed è in questa cornice che si instaura la previsione normativa di cui all'articolo 11 del D.P.R., la quale affida il patrocinio di ufficio difensivo ai soli difensori con specifica preparazione.

Il risalto e l'obbligatorietà che l'ordinamento italiano attribuisce alla specializzazione del difensore d'ufficio nell'ambito dei procedimenti a carico di minori sarebbe stato – compatibilmente con ogni singolo ordinamento forense – auspicabile anche a livello comunitario. Tuttavia, da un'attenta lettura della Direttiva, la normativa europea si limita, esclusivamente, a sottolineare l'opportunità che tutti i soggetti coinvolti a vario titolo nel procedimento penale minorile ricevano una formazione specifica.

Ora, è di limpida intuizione come il concetto di opportunità attenga all'ambito dell'auspicabile e non del doveroso: ed è proprio in questa carenza imperativa che rinveniamo una delle più gravi lacune della direttiva.

A differenza dell'originaria proposta della Commissione in base alla quale tutti i soggetti coinvolti nello svolgimento del processo minorile dovevano obbligatoriamente avere una formazione specifica, l'articolo 20 della Direttiva prevede che si debba fornire una preparazione specifica in materia di minori solo alle autorità di contrasto e al personale delle strutture di detenzione.

Inoltre, se per l'autorità giudiziaria è previsto un mero ventaglio di strumenti volto a garantire una competenza specifica in materia; per la categoria forense è prevista la sola promozione dell'offerta formativa: una *vacatio* che non soltanto sminuisce il senso della funzione difensiva, ma soprattutto si presenta come una menomazione del necessario trattamento differenziato del minore.

Ben lontani da una critica unicamente negativa, è comunque innegabile la centralità che la normativa europea attribuisce alla funzione difensiva in ambito minorile, la quale deve essere garantita senza indebito ritardo per tutto lo svolgimento del procedimento. L'obbligo di assistenza legale è previsto a partire dal momento in cui il minore sia informato dell'avvio di un procedimento penale a suo carico ovvero, se precedente, a partire da specifici momenti nevralgici quali l'interrogatorio innanzi alla polizia (o ad altra autorità di contrasto o giudiziaria), la raccolta di prove o atti investigativi, subito dopo la privazione della libertà personale, o prima della comparizione dello stesso innanzi ad un giudice di competenza penale.

Inoltre, a garanzia dell'irrinunciabile diritto di difesa, è importante considerare come lo stesso articolo adotti tutte le misure necessarie affinché al minore non manchi mai un'assistenza in tal senso: e ciò in virtù tanto del diritto al patrocinio a spese dello Stato, nel caso di imputati non abbienti; quanto della previsione in base alla quale, in assenza di un difensore, le autorità competenti hanno l'obbligo di rinviare gli atti processuali per un periodo di tempo ragionevole, al fine di attendere l'arrivo di un difensore o di provvedere alla nomina dello stesso.

Per completezza, però, è importante sottolineare come l'obbligatorietà di garantire l'assistenza difensiva venga, attraverso una clausola aperta e dai confini estremamente incerti, derogata dalla stessa direttiva, menomando in questo modo la carica simbolica ed effettiva della previsione normativa.

In particolare, qualora l'assistenza non risulti proporzionata alla luce delle circostanze del caso, il sesto comma prevede la possibilità di derogare a tale diritto. La criticità di tale deroga è duplice: se da un lato, infatti, i confini entro cui si muovono i presupposti di tale eccezione sono poco chiari e soggetti ad estrema discrezionalità; dall'altro lato, a nulla valgono le clausole di salvezza del diritto ad un equo processo e della preminenza dell'interesse superiore del minore.

L'unico modo, infatti, per tutelare tale interesse nell'ottica del diritto ad un equo processo sarebbe stata la ferma esclusione di qualsiasi deroga a tale diritto che avrebbe dovuto permeare l'intera direttiva.

5. La presa d'atto del delicato sviluppo evolutivo e della vulnerabilità specifica del minore hanno spinto il Legislatore europeo a prevedere l'obbligo, a carico del giudice procedente, di sottoporre il minore ad una valutazione complessiva della personalità, ogniqualvolta sia necessario accertare l'entità della responsabilità penale a suo carico e l'adeguatezza di una determinata pena o misura educativa nei suoi confronti<sup>20</sup>. Il minore che commette un reato inciampa in un ostacolo rispetto alla sua crescita complessiva: il Legislatore europeo, avverte così la necessità di piegare le strutture processuali per declinarle sulle peculiari esigenze dello stesso.

---

<sup>20</sup> Cfr. art. 7 in comb. disp. con il Considerando n. 35 della Direttiva (UE) 2016/800.

Il momento valutativo individualizzato<sup>21</sup> non sarà, infatti, più solo volto ad approfondire «i precedenti del minore, le sue condizioni di vita e le circostanze nelle quali è stato commesso il reato»<sup>22</sup> – come adempimento propedeutico all'adozione di provvedimenti da parte dell'autorità giudiziaria – ma mirerà ad approfondire la personalità del minore, a vagliarne la sua maturità nonché ad esaminarne i fattori congiunturali esterni di ordine economico e sociale che lo hanno condotto a scelte di devianza. Sarà, poi, proprio dalla valutazione della personalità che prenderà vita il programma processuale e formativo.

Per quanto concerne il programma processuale, le valutazioni individuali risultano rilevanti al fine di: a) determinare misure specifiche a beneficio del minore; b) valutare l'adeguatezza o l'efficacia di eventuali misure cautelari rispetto al minore; c) assumere decisioni o linee d'azione anche in sede di pronuncia della sentenza.

Nella previsione del programma processuale le autorità procedenti dovranno considerare preminente il superiore interesse del minore<sup>23</sup>, al fine di non interrompere lo sviluppo psico-fisico ed evitare gli effetti stigmatizzanti derivanti dal contatto dello stesso con la giustizia penale, salvaguardandone la rapida fuoriuscita dal circuito penale.

La previsione del programma di formazione è volta ad istituire una stretta interrelazione tra personalità del minore ed esigenze risocializzanti, cioè, ad individuare le risposte che meglio possano favorire lo sviluppo della personalità del giovane autore ed il suo reinserimento nella società.

Stante, dunque, la centralità della valutazione della personalità del minore, l'Unione ritiene di essenziale importanza che essa venga condotta da personale qualificato, con un approccio per quanto possibile multidisciplinare e, ove opportuno, con il coinvolgimento del titolare della responsabilità genitoriale o di altro adulto idoneo<sup>24</sup>.

Complessivamente, può osservarsi che l'Unione, nel prevedere l'obbligo di una valutazione individuale della personalità per il minore coglie a pieno le intenzioni che portavano il Legislatore italiano nel 1988 a prescrivere a giudici ed esperti di non fermarsi a ri-costruire il percorso sociale ed individuale del reo, ma ad intraprendere un più ampio discorso sulla responsabilità fin dall'azione penale, a cui il minore potesse attivamente contribuire<sup>25</sup>.

Pur compiendo un considerevole passo in avanti nel garantire l'effettività della tutela dei diritti procedurali dell'infradiciottenne, non può, però, sottacersi che la possibilità di derogare a tale obbligo quando la deroga sia richiesta dalle circostanze del caso finisca per sminuire la carica precettiva del

---

<sup>21</sup> Il diritto alla valutazione risulta, altresì sancito nella Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, la quale, però, non prevede alcuna deroga all'obbligatorietà del diritto alla valutazione accordato al minore vittima di reato.

<sup>22</sup> Si veda il par. 16.1 delle Regole di Pechino.

<sup>23</sup> L'espressione "*best interest of the child*" viene richiamata nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, elevata a fonte di rango primario, che all'art. 24 sancisce: «*in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente*».

<sup>24</sup> Si veda l'art. 7, dir. (UE) 2016/800.

<sup>25</sup> Nell'ordinamento italiano, ai sensi dell'art. 9 del D.P.R. 448/1988, il Legislatore pone un vincolo sull'acquisizione di elementi utili per il giudizio sulla personalità del minore ma non prevede, allo stesso tempo, un obbligo circa l'accertamento della personalità. All'obbligatorietà di tale accertamento si è pervenuti solo grazie al lavoro ermeneutico svolto dalla dottrina, recepito, poi, dalla giurisprudenza. Sul punto, più in generale, P. CAPRI, *L'accertamento della capacità d'intendere e di volere dell'adolescente autore di reato*, in *Processo penale minorile: aggiornare il sistema*, Padova, 2004, 177.

presente obbligo. Anche in questo caso regola di chiusura e di equilibrio del sistema rimane pur sempre il principio del superiore interesse del minore, che, tuttavia, continua a mantenere anche in questa previsione contorni ancora incerti.

6. Una previsione dalla portata innovativa è, invece, senza dubbio, il diritto all'esame medico.

Al fine di una buona amministrazione della giustizia<sup>26</sup>, affinché la verifica operata *ex post* dal giudice sia completa, l'Unione prescrive che il confronto dialettico coinvolga tanto sugli elementi socio-pedagogici quanto sugli elementi bio-psichici, relativi all'età evolutiva, che incidono sulla maturità del minore. E, così, l'art. 8 della direttiva prevede l'obbligo, in questo caso non passibile di deroga, di sottoporre, senza indebito ritardo, il minore privato della libertà personale ad un esame ad opera di un medico o altro personale qualificato, che sia il meno invasivo possibile.

Esso potrà essere disposto su iniziativa delle autorità competenti, se lo richiedono specifiche indicazioni sanitarie, oppure su richiesta del minore stesso, del titolare della responsabilità genitoriale, ovvero del difensore. Posto il trauma emozionale in cui risulta fortemente coinvolto il minore privato della libertà personale, l'esame medico sarà volto a vagliarne lo stato psico-fisico, di costui, al fine di accertare se, da un punto di vista clinico, non si ravvisi alcun processo che possa inficiare la capacità dello stesso di entrare in contatto con il sistema giudiziario e con le figure ad esso connesse.

Qualora, infatti, dall'accertamento medico emergano alterazioni patologiche dello stato psico-fisico del minore, da cui si rilevi l'incapacità di costui di partecipare alle attività processuali, il giudice dovrà tenerne conto al momento di stabilire se il minore possa essere o meno sottoposto a interrogatorio, ad altri atti d'indagine o di raccolta di prove e alle eventuali misure adottate o previste nei suoi confronti. L'Unione compie un lodevole passo in avanti rispetto al sistema di giustizia penale minorile italiano, che nulla prevede circa la possibilità di un esame medico, volto a vagliare la capacità del minore di partecipare coscientemente al processo. La disciplina dell'esame medico risulta particolarmente accurata, sebbene sia stata dettata con esclusivo riferimento ai minori destinatari di particolari misure restrittive della libertà personale.

7. Per quanto riguarda l'interrogatorio del minore, importantissima è anche la previsione contenuta all'articolo 9 della direttiva, il quale, al fine di scongiurare il rischio di abusi e, più in generale, di favorire lo svolgimento dell'interrogatorio secondo le modalità meglio rispondenti agli scopi generali della direttiva, stabilisce come gli Stati membri debbano provvedere affinché l'interrogatorio del minore condotto dalla polizia o da altre autorità di contrasto, durante il procedimento penale, sia oggetto di registrazione audiovisiva quando ciò risulti proporzionato alle circostanze del caso.

Inoltre, la stessa previsione normativa tiene in debito conto il fatto che sia presente o meno un difensore e la circostanza che il minore sia privato o meno della libertà personale, purché il suo interesse superiore sia sempre considerato preminente.

L'utilizzo della videoregistrazione per documentare la raccolta delle dichiarazioni in fase d'indagine, negli scorsi anni, è stato propugnato con forza dalla legislazione sovranazionale.

---

<sup>26</sup> Cfr. considerando n. 41 della Dir. (UE) 2016/800.

La videoripresa viene indicata da più fonti come uno strumento idoneo a raggiungere l'obiettivo della contrazione delle audizioni giudiziali ed adeguato a raggiungere il fine di contenere la vittimizzazione da processo. Indicazioni in tal senso si trovano sia nella direttiva sul traffico degli esseri umani<sup>27</sup>, sia nella direttiva sulla protezione minima della vittima nel processo penale<sup>28</sup>.

Tali fonti addirittura indicano come strada percorribile per favorire la contrazione delle audizioni l'utilizzo come prova delle audizioni effettuate nel corso dell'attività investigativa «nei limiti in cui ciò sia consentito dai principi fondamentali dell'ordinamento».

Nel nostro ordinamento, malgrado anche la Convenzione di Lanzarote<sup>29</sup> all'articolo 35 promuova espressamente l'utilizzo della videoregistrazione – individuandola come la forma di documentazione da privilegiare quando si assumono le dichiarazioni di un minore – la legge di ratifica evita di farne cenno e la scelta di ricorrere o meno a tale forma di documentazione resta pertanto affidata alla discrezionalità delle parti.

All'epoca si trattò di un'occasione perduta, poiché se la fonte da cui promanano le accuse è un teste in età evolutiva i dubbi circa l'eteroinduzione (anche involontaria) di contenuti nel corso dell'esame svolto in fase di indagine sono destinati a permeare tutto il tessuto processuale e le diffidenze sono destinate ad aumentare dopo l'esplicito riconoscimento processuale della valenza inquinante delle domande suggestive. L'unico strumento per valutare in concreto la portata delle eventuali suggestioni trasmesse in fase investigativa è, infatti, proprio quello visivo.

A questo punto è pienamente auspicabile che l'introduzione della videoregistrazione da parte della Direttiva in esame sia occasione per colmare questa grave lacuna del nostro ordinamento.

Purtroppo, ancora una volta la normativa europea si rende menomata in quanto l'invito rivolto alle autorità ad effettuare una valutazione di proporzionalità limita evidentemente la portata della previsione, con ciò vanificandone l'obiettivo, quanto meno duplice, di assicurare un controllo, da parte del giudice, sull'effettiva attuazione delle ulteriori garanzie previste dalla direttiva e, nondimeno, di scongiurare il rischio che il minore debba ripetere l'esperienza, traumatica, dell'interrogatorio nel corso della stessa o di diverse fasi del giudizio.

Qualora la registrazione audiovisiva si imponga ai sensi della presente direttiva, ma un problema tecnico insormontabile la renda impossibile, la polizia o altre autorità di contrasto dovrebbero poter procedere ugualmente all'interrogatorio del minore, senza che vengano effettuate registrazioni audiovisive, purché siano stati compiuti sforzi ragionevoli per superare il problema tecnico in questione e non sia opportuno rimandare l'interrogatorio, e che ciò sia compatibile con l'interesse superiore del minore (Considerando n. 43).

---

<sup>27</sup> All'art. 15 comma 4, la Direttiva 2011\36\UE prevede che «Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché, nelle indagini relative ai reati di cui agli articoli 2 e 3, tutte le audizioni del minore vittima del reato, ovvero del minore testimone dei fatti, possano essere videoregistrate e le videoregistrazioni possano essere utilizzate come prova nel procedimento penale, conformemente alle disposizioni di diritto interno».

<sup>28</sup> La direttiva 2012\29\UE all'art. 24, comma 1 lett. a stabilisce che «nell'ambito delle indagini penali tutte le audizioni del minore vittima di reato possano essere oggetto di registrazione audiovisiva e tali registrazioni possano essere utilizzate come prova nei procedimenti penali».

<sup>29</sup> Previsione analoga a quelle riportate nelle due note che precedono si trova all'art. 35, comma 2 della Convenzione di Lanzarote.

Ciò nonostante, prosegue la norma al paragrafo 2, «quando non è oggetto di registrazione audiovisiva, l'interrogatorio è registrato in altro modo appropriato, ad esempio mediante processo verbale scritto e debitamente verificato», fermo restando che, a prescindere dal fatto che l'interrogatorio del minore sia o meno oggetto di registrazione audiovisiva, esso dovrebbe in ogni caso svolgersi secondo modalità che tengano conto dell'età e della maturità del minore in questione e sempre nel rispetto dell'interesse superiore del minore. Se, da un lato, la delicata condizione del minore assurge a baluardo della normativa in questione, dall'altro, sarebbe auspicabile un'obbligatorietà maggiormente pregnante rispetto all'attuazione dei principi ad essa sottesi.

8. Il tema della libertà personale nel processo penale minorile acquista una complessità e una delicatezza ancor maggiori di quelle che gli sono già proprie.

La necessità di evitare che la privazione della libertà possa comportare un'irreparabile compromissione dello sviluppo fisico, mentale e sociale del minore, nonché un'interruzione dei suoi processi educativi in atto ha così rappresentato il criterio guida seguito dall'Unione nell'apprestare una più profonda tutela al minore privato della propria libertà personale.

La direttiva<sup>30</sup> tenta di cogliere uno dei punti più qualificanti della disciplina del processo penale italiano a carico di imputati minorenni. Dalla lettura dell'articolo 10 della direttiva emerge, infatti, in primo luogo, la generale facoltatività delle misure cautelari – non avendo l'Unione previsto alcun automatismo nella scelta e nell'applicazione delle stesse – ma soprattutto l'assoluta residualità della custodia cautelare in carcere quale misura di ultima istanza (*extrema ratio*).

Pertanto, il giudice che, all'esito della valutazione sull'età e sulla situazione personale, tenuto conto delle altre circostanze che eventualmente possono incidere, ritenga inadeguata ogni altra misura diversa dalla detenzione, potrà disporre la misura coercitiva ma graverà sullo stesso un pesante onere motivazionale. Gli Stati membri dovranno, inoltre, garantire che la decisione con cui sia stata disposta la detenzione a fini cautelari sia altresì soggetta, a intervalli di tempo ragionevoli, ad un periodico controllo da parte del giudice o tribunale, d'ufficio o su richiesta di parte.

Parimenti, l'articolo 11 conferma la natura della detenzione come *extrema ratio* e prescrive agli Stati membri di provvedere, affinché le autorità competenti ricorrano, ogniqualvolta sia possibile, a misure alternative alla detenzione.

Allorquando la detenzione del minore risulti indispensabile, l'articolo 12 stabilisce il fondamentale principio della detenzione separata dagli adulti – eventualmente, ove giustificato, anche oltre il compimento dei 18 anni – a meno che non si ritenga preferibile non farlo nel suo interesse superiore o quando ciò non sia in concreto possibile.

A tal proposito, non può sottacersi come la previsione della direttiva appaia particolarmente vaga e palesemente contraddittoria proprio nel punto in cui sancisce la possibilità di una detenzione che metta in contatto, in uno stesso istituto penitenziario, il minore con detenuti già adulti, proprio al fine di tutelare l'interesse superiore del minore.

Non di poco conto appare, invece, l'obbligo gravante sui singoli Stati membri, nel caso di minori detenuti, di adottare le misure opportune per preservarne la salute e lo sviluppo, garantire il suo diritto

---

<sup>30</sup> Cfr. le previsioni di cui agli artt. 8-10-11-12 della Dir. (UE) 2016/800.

all'istruzione e alla formazione, nonchè assicurargli il diritto a mantenere contatti regolari con i propri genitori, la propria famiglia ed i propri amici mediante visite e scambio di corrispondenza. Gli Stati devono, infatti, garantire l'accesso del minore a programmi che favoriscano il suo sviluppo ed il suo futuro reinserimento sociale.

Tale previsione costituisce un significativo passo in avanti per quegli Stati membri che, tuttora, non prevedono che il minore possa accedere a specifici programmi di recupero e risocializzazione<sup>31</sup>, la qual cosa concorre indubbiamente a rendere, la sua partecipazione al processo, un'esperienza traumatica che ne contamina lo sviluppo educativo.

9. Come per la disciplina delle limitazioni della libertà personale, ancor di più per lo svolgimento del rito minorile viene in rilievo l'inestricabile intreccio tra diritto all'educazione, funzione della pena e strutture del processo che l'Unione, pur non recependo a pieno, fa proprio con il principio di minima offensività<sup>32</sup> del processo. La Direttiva richiede, infatti, agli Stati membri l'adozione di un *modus procedendi* adeguato alle caratteristiche e alle esigenze del singolo minore coinvolto nella concreta vicenda giudiziaria.

Viene rimarcata, così, l'importanza che si eviti quella stigmatizzazione che, in quanto dannosa per l'adulto coinvolto in una vicenda giudiziaria, si rivela particolarmente nociva per il minore in quanto soggetto *in fieri*.

Ai sensi dell'articolo 13, gli Stati dovranno adottare ogni misura appropriata per garantire che i procedimenti penali riguardanti minori siano trattati con urgenza e con la dovuta diligenza.

Nonostante, infatti, la tutela del diritto all'educazione richieda un modello processuale strutturato sulle specificità connesse allo *status* di minore, tuttavia l'accertamento non può degradare in una posizione secondaria.

Il fine di tale disposizione sarà, pertanto, quello di salvaguardare la rapida espulsione del minore dal circuito penale e di proteggere la sua dignità, tenendo conto della sua età, maturità, grado di comprensione ed eventuali specifiche esigenze, comprese possibili difficoltà di comunicazione che i minori potrebbero incontrare.

Non particolarmente garantista appare la disciplina della vita privata prescritta all'articolo 14.

Invero, mentre nella Proposta di direttiva COM (2013) 822, al punto 52 della Relazione di accompagnamento, veniva consacrato il criterio generale secondo cui «il minore dovrebbe essere giudicato a porte chiuse e solo in casi eccezionali, il giudice può nell'interesse superiore del minore, decidere di ammettere il pubblico», la Direttiva, nella versione definitiva, affida al legislatore nazionale la scelta tra due alternative, tra loro ben diverse e non egualmente garantiste: *a)* optare per introdurre la regola generale dell'udienza a porte chiuse; *b)* prevedere unicamente la possibilità che il giudice possa eventualmente stabilire di trattare l'udienza con tali modalità.

---

<sup>31</sup> S. MONICI, in *L'UE continua la ricerca dell'equità nei processi penali: introdotte regole comuni per il processo penale minorile*, consultabile su [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it). Si veda anche *The summary of contextual overview on children's involvement in criminal judicial proceedings in 28 Member States of the European Union*, 2014.

<sup>32</sup> Sul tema, si rinvia alle osservazioni di C. IASEVOLI, *Il diritto del minore al non processo*, cit., 147; A. PRESUTTI, *I principi costituzionali*, cit., 43.

Ancora, in relazione alle garanzie inerenti al *modus procedendi*, la Direttiva include il diritto riconosciuto al minore di *partecipare personalmente al giudizio* (art. 16), nonchè ad essere accompagnato dal titolare della responsabilità genitoriale, ovvero da un altro adulto idoneo (negli stessi casi previsti dall'art. 5, par. 2), durante la partecipazione alle udienze (art. 15)<sup>33</sup>.

La presenza è, in primo luogo, condizione preliminare del diritto di essere ascoltato sugli episodi che lo riguardano (Linee guida del Consiglio d'Europa, IV, *punti 44-49*), che, per l'appunto, è un diritto del minore, «non un dovere da imporgli» (par. 14.2 Regole di Pechino); in secondo luogo, la stessa partecipazione del minore è presupposto per programmare misure personalizzate di protezione, istruzione, formazione e reinserimento sociale.

Ulteriore garanzia apprestata su iniziativa del Parlamento – e, dunque, non contemplata dalla proposta originaria della Commissione – è quella prevista all'articolo 19, il quale richiede espressamente agli Stati di garantire mezzi di ricorso effettivi ai sensi del diritto nazionale per i casi in cui siano stati violati i diritti che la direttiva garantisce ai minori.

10. Il processo europeo di armonizzazione dei diritti fondamentali esprime la scelta culturale<sup>34</sup> intrapresa dall'Unione di creare «un unico tessuto, strutturato su più livelli»<sup>35</sup>, in cui le tradizioni costituzionali dei Paesi membri ed i principi fondamentali di cui le stesse sono portatrici vengono assorbiti dall'Unione per essere, poi, restituiti a Legislatori, Corti Costituzionali nazionali e giudici.

E proprio in questo processo, che tende alla costruzione di un sistema che ben può definirsi di tutela penale integrata<sup>36</sup>, la Direttiva (UE) n. 800 del 2016 si presenta come un nevralgico punto di svolta per quei sistemi penali che presentano chiare tendenze involutivo-repressive.

Alla luce, invece, dell'analisi comparata svolta con l'esperienza italiana, emerge chiaramente come il nostro sistema processualpenale minorile delinei un micro cosmo di giustizia fondato sulle garanzie dello Stato di diritto e volto a favorire un'effettiva risocializzazione<sup>37</sup> del minore: il sistema che, di fatto, ha ispirato la Direttiva europea nelle linee essenziali.

Ma se, da un lato, la dottrina vede nel dispiegarsi di scelte politiche così impegnative (come quella perseguita dall'Unione nella *road map* per il rafforzamento dei diritti dei soggetti processuali) un momento di esaltazione delle garanzie procedurali<sup>38</sup>, non manca il monito proveniente da altra

---

<sup>33</sup> In proposito, il considerando 57 prende in conto il fatto che, generalmente, la titolarità della responsabilità riguarda i due genitori, pur ammettendo che il minore, per ragioni di maggiore praticità, possa essere accompagnato anche solo da uno di essi.

<sup>34</sup> G. ILLUMINATI, *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione Europea*, in *Prova penale e Unione Europea*, Bologna, 2009, 11.

<sup>35</sup> F. FALATO, *Il giudicato processuale nel sistema di protezione nazionale e sovranazionale dei diritti procedurali dell'imputato*, in *La relatività del giudicato processuale*, Napoli, 2016, 8.

<sup>36</sup> E proprio per comprendere la ratio di questi interventi dell'Unione è necessario che il giurista "*deponga la veste dell'ancillare esegeta di un testo legislativo scambiato per testo sacro e si senta realizzatore di quella storia vivente che è il diritto*": P. GROSSI, in *Prima lezione di diritto* (2003), Bari, 2007, 85.

<sup>37</sup> «Il principio di risocializzazione mantiene intatta la sua validità attraverso il reciproco della non-desocializzazione, se la sanzione, non orientandosi alla mera afflizione, si propone di impedire, con un'esecuzione adeguata allo scopo, l'attivarsi di processi di disadattamento, fatalmente connessi già al puro e semplice internamento nell'istituzione carcerari»: S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 2006, 105-106.

<sup>38</sup> Quanto al prevedibile impatto sull'ordinamento interno, il Ministero della Giustizia ha trasmesso alle Camere apposita relazione ai sensi dell'art. 6, comma 4, della legge 24 dicembre 2012, n. 234, rilevando che le disposizioni contenute nella direttiva sono già «in linea con le garanzie previste dal nostro ordinamento»

autorevole dottrina, che palesa la necessità di una costante verifica critica circa il rispetto dei principi penalistici e processuali penalistici, al fine di evitare che il processo d'integrazione possa risolversi, invece, in un arretramento dei presidi garantistici di tradizione secolare<sup>39</sup>.

Si può, in conclusione, osservare come l'aspirazione a realizzare il giusto processo penale minorile, abbia portato l'Unione ad ispirarsi al modello italiano dell'88, quale giustizia innovativa, giustizia che si apre ad un'efficacia costruttiva, giustizia che diventa momento progettuale ma soprattutto giustizia che tende all'apertura sulla personalità, sul futuro e sul recupero educativo del minore.

---

<sup>39</sup> S. MOCCIA, *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, 2004.

## NOTE A SENTENZA

## Oscillazioni interpretative sulla disciplina delle statuizioni civili e sulla condanna alle spese.

GIANFEDERICO CECANESE

### ABSTRACT

*The opportunity to allow civil action to recover and compensate for the damage caused by the criminal offense for its implications is a major issue in the processual-criminal debate, which is one of the most complex issues with which every reform of the criminal process must be confronted.*

*In order to obtain compensation, it is not necessary for the injured person to prove the existence of the damage and the causal link between them and the action of the offender, as it is sufficient to establish a potentially productive event of harmful consequences: in this sense, generic condemnation constitutes a mere declaration of intolerance from which any assessment of the extent and the existence of the damage does not apply.*

*On the contrary, the liquidation of the provision is ontologically linked to the certainty of the existence of the damage up to the amount of the liquidated sum*

Cass. Sez. VI, 23.09.2016, n. 39542, *Presidente*: Conti G. *Estensore*: Giordano EA. *Relatore*: Giordano EA. *Imputato*: Fronti e altri. P.M. Orsi L. (Conf.)

SENTENZA - CONDANNA - DANNI - PROVVISORIALE - Prova dell'ammontare del danno - Necessità - Esclusione - Determinazione nei limiti della provvisoriale - Sufficienza.

*In tema di risarcimento del danno derivante da reato, ai fini della liquidazione della provvisoriale non è necessaria la prova dell'ammontare del danno stesso, ma è sufficiente la certezza della sua sussistenza sino all'ammontare della somma liquidata. (In motivazione, la Corte ha precisato che non è suscettibile di riesame in sede di legittimità la decisione sulla provvisoriale congruamente motivata).*

1. Il *dictum* della sentenza in commento evoca un argomento di viva e palpitante attualità per le implicazioni che ad esso sono ontologicamente connesse: per questo motivo è opportuno “mettere a fuoco” lo stato dell’arte della disciplina in oggetto.

L’attuale codice di rito, in un’ottica accusatoria, ha reso il processo civile tendenzialmente autonomo da quello penale, abolendo gran parte delle forme di pregiudizialità dell’azione penale su quella civile che, invece, caratterizzavano il precedente codice Rocco<sup>1</sup>.

L’inserimento dell’azione civile nel processo penale determina l’obbligo, per il giudice penale, di pronunciarsi unitamente al giudizio sulla responsabilità penale dell’imputato.

---

<sup>1</sup> In tema diffusamente PALMIERI, *Le sanzioni civili del reato nel processo penale*, Milano, 2002, 86 e ss.

Ciò dovrà sempre verificarsi in caso di condanna, a differenza di quanto accadeva nel sistema previgente ove, in caso di declaratoria di estinzione del reato ed in caso di proscioglimento, anche se in presenza di formule non implicanti la negativa sull'esistenza del fatto e sull'attribuibilità all'imputato, era possibile esperire l'azione civile solo nella sede propria<sup>2</sup>.

Dunque, oggi l'azione civile e quella penale possono essere proposte indipendentemente l'una dall'altra con la peculiarità rappresentata dal fatto che gli esiti dei due giudizi possono assumere connotazioni differenti (ad esempio assoluzione in sede penale e condanna al risarcimento del danno in sede civile: in questi ambiti, invero, i presupposti per valutare il fatto materiale, il nesso di causalità e l'elemento soggettivo possono non essere esattamente coincidenti)<sup>3</sup>.

Gli artt. 538-543 c.p.p. disciplinano la *subiecta* materia, essendo specificatamente riservati alla parte civile che si costituisce nel processo penale per ottenere il ristoro dei danni, patrimoniali e non, causalmente collegati con il reato commesso<sup>4</sup>.

Tale prerogativa trova il suo addentellato normativo nell'art. 185 c.p. il quale, da un lato, contempla il diritto del danneggiato dal reato ad ottenere il risarcimento dei danni e le restituzioni secondo le leggi civili<sup>5</sup> e, dall'altro, correla tale diritto ad una particolare categoria di illecito, quello penale, che si connota per la sua tipicità, a differenza dell'illecito civile, caratterizzato, invece, dall'atipicità<sup>6</sup>.

In particolare, mentre la restituzione rappresenta una conseguenza immancabile del reato, la riparazione ed il risarcimento sono conseguenze soltanto eventuali: tale distinzione, invero, sembra fondarsi proprio sulla previsione di legge sottesa all'art. 185 c.p. che, al comma 1 individua come sanzione la restituzione, mentre, al comma 2 disciplina il risarcimento quasi a sottolineare che solo quest'ultimo sia condizionato al previo accertamento dell'ulteriore effetto lesivo della fattispecie penale realizzata, mentre la prima sarebbe una conseguenza automatica<sup>7</sup>.

Il rinvio che l'art. 185 c.p. opera alla disciplina contenuta nelle leggi civili rende applicabili alcune disposizioni di legge specificatamente dettate per l'azione risarcitoria come l'art. 2056 c.c. che, a sua volta, rinvia agli artt. 1223, 1226, e 1227 c.c.: queste norme delimitano il perimetro del

---

<sup>2</sup> In generale, APRILE, *Il divieto di reformatio in peius è applicabile anche alle statuizioni civili?*, in *CP*, 2010, 3164; DONATRELLO, *Abrogazione del reato ex D.Lgs. n. 7/2016 e poteri del giudice dell'esecuzione: vanno confermate le statuizioni civili?*, in *GI*, 2017, 772; RIVERSO, *Le statuizioni civili della sentenza Thyssen*, in *QG*, 2012, 167.

<sup>3</sup> BISCARDI, *"Abolito criminis", giudizi pendenti e sorte delle statuizioni civili*, in *PPG*, 2017, 8; DELL'ANNO, *Estinzione del reato e decisione agli effetti civili*, in *CP*, 1992, 2414.

<sup>4</sup> Sulle prerogative riconosciute alla persona offesa, cfr., CHILIBERTI, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 2006, 75; DI CHIARA, *Parte civile*, in *DP*, IX, Torino, 1995, 233, GUADALUPI, *Costituzione di parte civile, procura speciale ad causam e poteri autonomi del sostituto processuale del difensore*, in *ANNP*, 2006, 88, PARLATO, *Il ruolo della parte civile nel nuovo giudizio abbreviato*, in *DPP*, 2000, 1251.

<sup>5</sup> Sugli aspetti sostanziali relativi al diritto al risarcimento e alle restituzioni, v., BARBIERI, *Sub art 185 c.p.*, in MARINUCCI, DOCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, 1597; ROMANO, *Sub art. 185 c.p.*, in ROMANO, GRASSO, PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1994, 287; PARADISO, *Il diritto alla persona*, Milano, 1983, 46 e ss.

<sup>6</sup> Se il termine "restituzione" va inteso in un'accezione ampia riferita non solo alla restituzione del bene, ma anche al ripristino della situazione giuridica o di fatto preesistente alla commissione del reato, il termine "risarcimento" prevede non solo il danno patrimoniale, ma anche quello non patrimoniale. V. ALPA, BESSONE, ZENO ZANCOVICH, *La responsabilità civile da reato*, in *Trattato Rescigno*, II, XIV, Torino, 1995, 408.

<sup>7</sup> Cfr., CARNELUTTI, *Interpretazione dell'art. 185 c.p.*, in *RDP*, 1952, 230, PALMIERI, *Le sanzioni civili del reato nel processo penale*, cit., 123.

risarcimento inglobandovi sia il danno emergente che il lucro cessante che siano conseguenza diretta dell'illecito penale<sup>8</sup>.

Altra disposizione normativa applicabile è l'art. 2058 c.c., che disciplina una particolare forma di rimessione in ripristino, prevedendo che la parte civile potrà formulare una richiesta di risarcimento, in forma specifica, e il giudice potrà condannare il danneggiato al pagamento di una somma di denaro qualora ritenga eccessivamente onerosa per l'obbligato tale forma di riparazione.

Come si nota, il legislatore ha coniato un sistema di norme che contemplano una tutela ad ampio raggio per il danneggiato: addirittura, è possibile trasmettere agli eredi<sup>9</sup> il diritto al risarcimento dei danni patrimoniali e morali, compreso il danno biologico<sup>10</sup>.

Tra l'altro, qualora la morte del danneggiato sopraggiunga alla costituzione di parte civile, in virtù del principio di immanenza, questa conserva validità *ex tunc* e gli eredi potranno subentrare nel rapporto giuridico processuale già instaurato senza costituirsi nuovamente<sup>11</sup>.

Ovviamente, tale diritto non va confuso con la previsione normativa prevista dall'art. 90 comma 3 c.p.p., che prevede una differente opzione e, cioè, la possibilità di estendere ai prossimi congiunti, i diritti e le facoltà previsti per la persona offesa in caso di decesso di questa dovuto al reato<sup>12</sup>.

Presupposti imprescindibili per ottenere il ristoro dei danni sono la sentenza di condanna dell'imputato (ed eventualmente del responsabile civile) e la costituzione di parte civile validamente esercitata nel processo: quest'ultima è tenuta a fornire la prova della specie e dell'entità del danno, nonché la sua riconducibilità al reato<sup>13</sup>.

Essendo l'esercizio dell'azione civile subordinato al principio della domanda, al giudice è preclusa la possibilità di pronunciarsi *ultra o extra petita*: laddove ciò avvenga la sentenza risulterà viziata.

---

<sup>8</sup> Il giudice, nel momento della determinazione del danno potrà tener conto anche del concorso colposo del danneggiato ovvero potrà liquidare il danno secondo equità.

<sup>9</sup> In questi termini, Cass. Sez. VI, 22.10.2002, Del Piccolo, in *CED* n. 222629.

<sup>10</sup> V., Cass. Sez. II, 6.11.1996, Petrillo, in *CED* n. 206273 secondo cui il danno non patrimoniale - quale sofferenza patita in conseguenza di un fatto illecito incidente sulla sfera psichica e morale della persona - si realizza nel momento stesso in cui si verifica l'evento dannoso; pertanto è con riferimento a tale momento (qualora non si tratti di illecito permanente) che il danno morale deve essere riscontrato e liquidato, senza alcuna considerazione per fatti ed avvenimenti successivi - quale la morte del soggetto leso - che non possono incidere sulla sua determinazione; ne consegue che qualora i congiunti succedano alla persona offesa "iure ereditario", hanno diritto alla medesima liquidazione del danno non patrimoniale che spettava al loro dante causa

<sup>11</sup> Cass. Sez. II, 13.02.2014, Striano, in *CED* n. 259553; Id., Sez. V, 9.04.2009, Picierro, in *CED* n. 243603; Id., Sez. V, 23.06.2005, Tosato, in *CED* n. 231911

<sup>12</sup> Si tratta di una disposizione di carattere eccezionale che attribuisce ai prossimi congiunti la legittimazione *jure proprio* all'esercizio dei poteri processuali che spettano alla persona offesa e che opera solo quando il decesso sia conseguenza del reato. In giurisprudenza, v., Cass. Sez. VI, 23.11.2006, Rimini, in *CED* n. 235231.

<sup>13</sup> La persona offesa dal reato che invoca in sede penale l'accertamento del fatto costitutivo del suo diritto al risarcimento o alla restituzione non è esonerata dall'obbligo di provare la portata lesiva del fatto, la specie e l'entità della lesione subita, la riconducibilità della lesione al fatto reato e di fornire gli elementi indispensabili per la quantificazione del danno. In relazione al danno non patrimoniale, comunque, la valutazione del giudice del merito non può essere analitica ma è rimessa, in via equitativa, al suo prudente apprezzamento e non è sindacabile in sede di legittimità se contiene l'indicazione di congrue, anche se sommarie, ragioni del processo logico adottato. Cfr., in tal senso, Cass. Sez. VI, 4.12.2013, P.G. in proc Fontana, in *CED* n. 258170, Id., Sez. V, 14.08.2013, Baldini ed altri, in *CED* n. 257123; Id., Sez. III, 23.09.2010, Ortolan, in *CED* n. 248371; Id., Sez. V., 2.03.2007, Romeo, in *CED* n. 236262

In ogni caso, quando il giudice non è in grado di determinare il danno per mancanza o insufficienza della prova emette una sentenza di condanna generica rimettendo le parti davanti al giudice civile per la quantificazione dello stesso (539 comma 1 c.p.p.)<sup>14</sup>.

Nella prassi questa situazione è assai frequente e frustra il diritto del danneggiato di ottenere, in tempi rapidi, una decisione sulla domanda perché obbligato ad iniziare un nuovo processo davanti al giudice civile.

E' stato messo in risalto che il giudice non possa subordinare la pronuncia della condanna generica ad una delibazione in ordine alla concreta sussistenza di un effettivo danno, essendo sufficiente che egli valuti in astratto la capacità lesiva della condotta dell'imputato e la probabile esistenza del nesso di causa tra il fatto illecito e il danno subito<sup>15</sup>.

Una peculiarità connessa alla posizione della parte civile è rappresentata dal fatto che questa possa chiedere al giudice che l'imputato (ed, eventualmente, il responsabile civile) venga condannato al pagamento di una provvisionale, cioè, di una parte di denaro di quanto dovuto dal debitore, nei limiti del danno per cui si ritiene già raggiunta la prova (art. 539 comma 2 c.p.p.)<sup>16</sup>.

In altre parole, essa si configura come la costituzione dell'obbligo al pagamento di una somma di denaro, non ancora liquidata, a favore del creditore e a carico del responsabile, volta a far fronte allo stato di urgente ed improrogabile bisogno del danneggiato, con riserva di ulteriore ed approfondito accertamento per la liquidazione da compiersi nel corso del giudizio già intrapreso o che sta per intraprendersi.

La questione è stata scandagliata dalla giurisprudenza di legittimità la quale ha, più volte, manifestato la tendenza netta a sciogliere ogni ipotizzabile rapporto tra provvisionale e prova del danno sottolineando che, ai fini della liquidazione della provvisionale, non è necessaria la prova dell'ammontare dello stesso, essendo sufficiente la certezza della sua sussistenza sino all'ammontare della somma liquidata<sup>17</sup>.

La condanna generica costituisce una semplice *declaratoria iuris* da cui esula ogni accertamento relativo alla misura ed all'esistenza del danno, rimesso al giudice della liquidazione<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> AMODIO, *Garanzie patrimoniali penali*, in *EdD*, XVIII, Milano, 1969, 511, GARAVELLI, *Provvisionale*, in *DP*, X, Torino, 1995, 451, Palmieri, *Risarcimento del danno e provvisionale nel giudizio penale*, Milano, 1985 35 e ss.

<sup>15</sup> Numerosi sono gli arresti giurisprudenziali che rilevano che la condanna generica al risarcimento dei danni, pronunciata dal giudice penale, non esige alcuna indagine in ordine alla concreta esistenza di un danno risarcibile, postulando soltanto l'accertamento della potenziale capacità lesiva del fatto dannoso e della esistenza di un nesso di causalità tra tale fatto e il pregiudizio lamentato. Cass. Sez. V, 7.11.2013, Di Fatta, in *CED* n. 257551; Id., Sez. VI, 1.04.2009, Giorgio, in *CED* n. 243310.

<sup>16</sup> In dottrina CHILIBERTI, *Azione civile e nuovo processo penale*, cit., 477; GARAVELLI, *Provvisionale* cit., cit., 453; MONSCALCO, *L'azione civile nel processo penale*, Padova, 2006, 167.

<sup>17</sup> Secondo Cass. Sez. IV, 17.12.2007, Cretella in *CED* n. 238244, in tema di risarcimento del danno derivante da reato, non è necessaria, ai fini della liquidazione della provvisionale, la prova dell'ammontare del danno stesso, ma è sufficiente la certezza della sua sussistenza sino all'ammontare della somma liquidata.

<sup>18</sup> Cfr., Cass. Sez. V, 10.01.2001, Mattioli, in *CED* n. 218077.

Posizione, quest'ultima che sembra porsi in contrasto con l'art. 111 comma 2 Cost., posto che nel caso in cui, nel successivo giudizio civile, si accerti l'insussistenza del danno, ci si trova al cospetto di una duplicazione di giudizi che provocherebbe un inutile dispendio di tempi ed energie in entrambi i versanti<sup>19</sup>.

Tra l'altro, se la condanna generica non implica l'accertamento del danno, allora non si comprende in cosa si distinguerebbe dalla semplice efficacia vincolante prodotta dalla sentenza penale di condanna nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni ed il risarcimento (art. 651 c.p.p.).

In ogni caso, se l'importo rientra nella sfera del danno prevedibile, il giudice non è, nemmeno, obbligato a motivare adeguatamente il provvedimento essendo la determinazione delle somme da liquidarsi a titolo di provvisoria una sua prerogativa specifica<sup>20</sup>.

La critica si è confrontata in ordine alla natura giuridica della provvisoria: invero, la *questio* è dibattuta tra chi condivisibilmente, rileva che essa si sostanzia in una declaratoria di condanna parziale, suscettibile di passare in giudicato se non specificatamente impugnata<sup>21</sup> (ciò significa che l'imputato ha l'onere di impugnare il capo della sentenza contenente la condanna al pagamento della provvisoria, altrimenti dovrà corrispondere la somma liquidata anche laddove il giudice civile dovesse ritenere insussistente un danno risarcibile in concreto)<sup>22</sup> e chi, viceversa, ha messo in evidenza che la provvisoria si concretizza in una statuizione provvisoria avente funzione cautelare, priva di contenuto decisorio e, di conseguenza, inidonea a passare in giudicato, non ricorribile in cassazione, non vincolante per il giudice civile e destinata ad essere assorbita dalla pronuncia avente ad oggetto l'integrale liquidazione del danno subito<sup>23</sup>.

L'art. 540 comma 2 c.p.p. prevede che la condanna al pagamento di una provvisoria è provvisoriamente esecutiva e, scaturendo *ipso iure* dalla legge, non necessita di alcuna dichiarazione da parte dell'organo decidente<sup>24</sup>.

La *ratio* sottesa alla scelta del legislatore di rendere immediatamente esecutiva la condanna al pagamento della provvisoria si fonda sull'esigenza di valorizzare le aspirazioni e le aspettative della vittima anche se, in concreto, tale opzione si sostanzia in un pregiudizio per il condannato in primo grado il quale, con l'accoglimento del gravame, vede estinguersi il suo obbligo senza avere la certezza di poter recuperare le somme di già corrisposte alla parte civile<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> Posizione, quest'ultima, sostenuta da BISORI, *Legittimazione alla costituzione di parte civile da parte di associazione ambientalista*, in *UA*, 2011, 1499.

<sup>20</sup> Cass. Sez. I, 10.05.1994, Scardaccione, in *CED* n. 197812.

<sup>21</sup> Al riguardo, v., CHILIBERTI, *Azione civile e nuovo processo penale*, cit., 479; GARAVELLI, *Provvisoria*, cit., 452; KOSTORIS, *Brevi riflessioni in tema di condanna generica e provvisoria sui danni*, in *RIDPP*, 1994, 983.

<sup>22</sup> Cfr., Cass. Sez. V, 16.10.2001, Cipolli, in *CED* n. 220862 secondo cui in tema di azione civile nel giudizio penale, nel caso di condanna in primo grado dell'imputato al risarcimento del danno da liquidarsi in separata sede, il giudice d'appello, in assenza di una impugnazione della parte civile sul punto, non può procedere alla liquidazione definitiva del danno, in quanto ne risulterebbe violato il principio devolutivo dell'appello.

<sup>23</sup> Il provvedimento con il quale il giudice di merito, nel pronunciare condanna generica al risarcimento del danno, assegna alla parte civile una somma da imputarsi nella liquidazione definitiva non è impugnabile per cassazione, in quanto per sua natura insuscettibile di passare in giudicato e destinato ad essere travolto dall'effettiva liquidazione dell'integrale risarcimento. Cfr., Cass. Sez. III, 6.05.2015, Policastro, in *CED* n. 268456; Id., Sez. VI, 3.06.2014, D'Ambrosio, in *CED* n. 261536; Id., Sez. II, 15.11.2014, Patricola, in *CED* n. 261054.

<sup>24</sup> Si vedano le osservazioni di CIOCIA, *Strada in salita per la parte civile nel processo penale*, in *CP*, 1996, 2467.

<sup>25</sup> KOSTORIS, *Brevi riflessioni in tema di condanna generica e provvisoria sui danni*, cit., 984.

*Rebus sic stantibus* quest'ultima può, addirittura, ritenersi incoraggiata a chiedere una provvisoria anche quando potrebbe ottenere la liquidazione completa del danno poiché la prima, a differenza della seconda, è sicuramente esecutiva e, difficilmente, sospensibile ed offre, di conseguenza, maggiori garanzie di veder soddisfatta la propria pretesa<sup>26</sup>.

Sul punto la giurisprudenza ha precisato che il provvedimento con cui si liquida la provvisoria non è ricorribile per cassazione poiché non ha valore vincolante di giudicato in sede civile essendo destinato ad essere travolto, per la provvisorietà che lo connota, dalle statuizioni definitive sul risarcimento del danno<sup>27</sup>.

Quando la parte civile lo richiede e se ricorrono “*giustificati motivi*”, la condanna al risarcimento e alle restituzioni è dichiarata provvisoriamente esecutiva (art. 540 comma 1 c.p.p.).

Con questa previsione il legislatore ha codificato un'eccezione al principio per cui la sentenza diventa esecutiva solo quando diviene irrevocabile.

Pertanto, in caso di prova positiva della responsabilità dell'imputato e dell'entità del danno, il giudice condanna l'autore dell'illecito (e il responsabile civile) al risarcimento integrale del danno: se ricorrono i presupposti, concede la provvisoria esecuzione del relativo capo<sup>28</sup>.

In alternativa, qualora non sia in grado di determinare l'esatto ammontare del danno, pronuncia una condanna generica rimettendo le parti davanti al giudice civile per la liquidazione del pregiudizio patito ed, eventualmente, condanna l'imputato al pagamento di una provvisoria<sup>29</sup>.

I giustificati motivi cui si riferisce la norma possono consistere in uno stato di bisogno del danneggiato dal reato, ma anche da altre situazioni specifiche che il giudice è tenuto ad indicare nella motivazione della sentenza ed in presenza delle quali egli ritenga che il ritardato adempimento delle obbligazioni civili potrebbe compromettere la loro successiva esecuzione, frustrando, di fatto, la legittima pretesa della parte civile.

Si è molto dibattuto in ordine al giustificato motivo ed in particolare se esso possa concretizzarsi nel pericolo che l'obbligato possa porre in essere dei comportamenti diretti ad evitare l'adempimento delle statuizioni civili: in realtà, la questione non sembra di particolare rilievo posto che il mezzo più sicuro per tutelare gli interessi della parte civile da condotte elusive è rappresentato dal sequestro conservativo.

Ad ogni modo, non sfugge come il sistema delineato dal legislatore crei un'asimmetria con quanto previsto dall'art. 282 c.p.c. che dispone, *sic et simpliciter*, che la sentenza di primo grado è

---

<sup>26</sup> In tema CORSO, *Azione civile e processo penale*, in A.A.V.V., *Lezioni sul processo penale*, Milano, 1990, 261; LAVARINI, *L'esecutività della sentenza penale*, Torino, 2004, 139; EAD, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino, 2009, 67.

<sup>27</sup> V. Cass. Sez. I, 16.12.2004, Zerbetto, in *CED* n. 230171; Id., Sez. VI, 4.02.2004, Pirrottina, in *CED* n. 227304; *contra* Sez. V, 11.03.2003, Dell'Utri, in *CED* n. 224111.

<sup>28</sup> In tal senso LAVARINI, *L'esecutività della sentenza penale*, cit., 146.

<sup>29</sup> I capi relativi alla provvisoria esecuzione della condanna possono essere sottoposti ad una delibazione preliminare del giudice d'appello: l'art. 600 c.p.p., invero, conferisce alla parte civile il potere di chiedere, con il gravame, la provvisoria esecuzione della condanna al risarcimento integrale del danno, nel caso in cui non lo avesse fatto il primo giudice. Analogamente, il condannato può chiedere, con il gravame, sia la revoca che la sospensione della provvisoria esecuzione disposta dal giudice e, in caso ricorrano gravi motivi, anche la sospensione dell'esecuzione della provvisoria. In giurisprudenza, v., Cass. Sez. II, 16.04.1999, Petrillo, in *CED* n. 212983.

provvisoriamente esecutiva tra le parti<sup>30</sup>, per cui si può ipotizzare che la scelta operata fosse stata intenzionalmente ispirata dall'intento di scoraggiare l'esercizio dell'azione civile nel processo penale<sup>31</sup>.

D'altronde, se il danneggiato sceglie di adire il processo penale dopo aver verificato le prerogative di quest'ultimo, è tenuto ad osservare le disposizioni di legge che lo caratterizzano e, pertanto, l'art. 282 c.p.c. non può essere utilizzato quale parametro per valutare la legittimità delle norme del processo penale che ha come finalità l'accertamento dei reati<sup>32</sup>.

2. Se il giudice accoglie la domanda della parte civile con la sentenza condanna l'imputato (ed, eventualmente, il responsabile civile) alla refusione delle spese sostenute da quest'ultima (art. 541 comma 1 c.p.p.)<sup>33</sup>.

In analogia con quanto previsto dall'art. 91 c.p.c. nel processo penale l'onere della refusione delle spese giudiziali sostenute dalla parte civile è ontologicamente collegato al principio della soccombenza: l'analogia si estende, peraltro, alla possibilità di disporre, con provvedimento motivato, la compensazione, parziale o totale, delle spese quando ricorrano giustificati motivi<sup>34</sup>.

Anche nel caso in cui venga accolta la domanda di risarcimento dei danni o di *restituito in integrum* l'imputato ed il responsabile civile vengono, di regola, condannati in solido al pagamento delle spese processuali in favore della parte civile: ovviamente, il presupposto è che si sia accertata la loro responsabilità.

Secondo la scansione normativa sottesa all'art. 153 disp. att. c.p.p. incombe sulla parte civile l'onere di presentare una nota scritta contenente la richiesta di liquidazione delle spese: la norma, in verità, pur contemplando un determinato comportamento specifico, non lo aggancia ad alcuna sanzione, decadenza o nullità per cui la liquidazione sarà possibile anche in assenza della presentazione della nota<sup>35</sup>.

In questa ipotesi, però, è inibita al giudice la possibilità di liquidare le spese, eccezion fatta per quelle che siano documentate<sup>36</sup>.

---

<sup>30</sup> DI CHIARA, *Parte civile*, cit., 249; KOSTORIS, *Brevi riflessioni in tema di condanna generica e provvisoria sui danni*, cit., 984; LORUSSO, *Provvedimenti "allo stato degli atti" e processo penale di parti*, cit., 537.

<sup>31</sup> Diffusamente, COMOGLIO, *L'esecuzione provvisoria delle sentenze di primo grado*, in *Trattato* (a cura di), *La riforma della giustizia civile*, Torino, 1993, 383.

<sup>32</sup> Al riguardo si vedano le osservazioni di CIOCIA, *Strada in salita per la parte civile nel processo penale*, cit., 2469, il quale, richiamando le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza 3 aprile 1996, n. 94, ha evidenziato che l'esecutività della condanna alla provvisoria e la provvisoria esecuzione della condanna al risarcimento integrale dei danni sono provvedimenti tra loro differenti per presupposti ed effetti e non comparabili al fine di assoggettarli a un comune regime giuridico. Ne deriva che se il danneggiato sceglie il processo penale deve osservare le regole di quest'ultimo.

<sup>33</sup> In tema v., Cass. Sez. V, 15.03.2005, Polacco, in CED n. 230918; Id., Sez. IV, 10.02.2004, Fichera, in CED n. 227093.

<sup>34</sup> A proposito del pagamento delle spese processuali in favore della parte civile costituita, attesa la sua pertinenza ad una domanda privatistica innestata nel giudizio penale, il regime adottato dal legislatore in via ordinaria, con il primo comma dell'art. 541 c.p.p. è fondato sul criterio di soccombenza, in analogia con quanto disposto all'art. 91 c.p.c.; l'analogia si estende per altro alla possibilità di disporre la compensazione parziale o totale delle spese, quando ricorrano giusti motivi (ultima parte del citato art. 541 comma 1 c.p.p.), così come previsto nel rito civile dal secondo comma dell'art. 92 c.p.c. In questi termini, Cass. Sez. VI, 28.07.2003, Cosma, in CED n. 225928

<sup>35</sup> Cass. Sez. III, 4.03.2002, Montirosi, in CED n. 221262; Id., Sez. V, 1.04.1999, Rubagotti in CED n. 212926; Id., Sez. IV, 22.05.1997, Nozza, in CED n. 207919.

<sup>36</sup> In tema, cfr., Cass. Sez. VI, 5.02.2008, Garofalo, in CED n. 238730

Nel caso in cui il giudice non provvede sulla richiesta, ritualmente formulata, è possibile instaurare la procedura relativa alla correzione dell'errore materiale (art. 130 c.p.p.) e, laddove sia stata proposta impugnazione da una delle parti, all'integrazione provvede il giudice del gravame<sup>37</sup>.

In ogni caso, nella liquidazione il giudice non può limitarsi ad effettuare un semplice riferimento della quantificazione fatta nella nota spese, poiché questa non contiene alcuna valutazione sulla congruità degli emolumenti in relazione alla previsione della tariffa professionale<sup>38</sup>.

Allo stesso modo, non gli è consentito di effettuare una liquidazione globale senza distinguere le singole voci perché, operando in tal senso, da un lato, si conculca il diritto dell'imputato di controllare l'eventuale onerosità della statuizione e, dall'altro, ad entrambe le parti, non si consente di sottoporre a verifica il mancato rispetto, *in bonam o in malam partem*, dei limiti previsti dalla tariffa professionale<sup>39</sup>.

In altre parole, il giudice è vincolato all'indicazione, dovendo egli indicare il criterio seguito nella liquidazione con l'esposizione delle ragioni per le quali abbia ritenuto di attribuire o meno compensi e rimborsi per prestazioni indicate nella nota presentata, con l'enunciazione della *ratio decidendi* agli argomenti difensivi elaborati dalle parti. D'altronde, per giudicare sulla congruità della motivazione, non si può prescindere dalle ragioni delle parti<sup>40</sup>.

La decisione del giudice, in punto di liquidazione, pur implicando una valutazione discrezionale, insindacabile in sede di legittimità, può sempre essere impugnata dall'imputato per il mancato rispetto delle voci tariffarie<sup>41</sup> ovvero per la mancanza o illogicità della motivazione<sup>42</sup>.

La parte civile che, in sede di gravame, resiste vittoriosamente all'istanza dell'imputato volta ad escludere il diritto di quest'ultima al risarcimento dei danni conseguenti al reato, ha diritto alla refusione delle spese anche se risulti, parzialmente o totalmente, soccombente in relazione alle proprie richieste<sup>43</sup>.

Tra l'altro, anche il parziale accoglimento dell'appello proposto dall'imputato non preclude al giudice la possibilità di modificare la decisione di primo grado sulle spese giudiziali<sup>44</sup>.

Se l'imputato ne fa richiesta e il giudice rigetta la domanda della parte civile, può condannare quest'ultima alla refusione delle spese processuali sostenute dall'imputato (e dal responsabile civile) per effetto dell'azione civile e sempre che non ricorrano giustificati motivi per la compensazione totale o parziale (art. 541 comma 2 c.p.p.).

Trattasi, come si nota, di una conseguenza dovuta al recepimento del principio della soccombenza regolato in sede civile dall'art. 92 c.p.c.<sup>45</sup>

---

<sup>37</sup> In tal senso si veda, Cass. Sez. VI, 21.02.2014, Ambrogiani, in *CED* n. 258812; Id., Sez., II, 16.04.2013, Ciarrapico, in *CED* n. 255534; Id., S.U., 20.02.2008, Boccia, in *CED* n. 238426.

<sup>38</sup> Cass. Sez. VI, 4.11.2003, Giuliani, in *RP*, 2004, 451.

<sup>39</sup> Al riguardo, Cass. Sez. IV, 4.05.2004, Cappelli, in *GD*, 2004, 33, 81.

<sup>40</sup> Cfr., Cass. Sez. I, 11.07.1997, La Mantia, in *CP*, 1998, 2383.

<sup>41</sup> Cass. Sez., V, 24.11.2014, Palumbo, in *CED* n. 261230; Id., Sez. VI, 25.06.2012, Affoariel, in *CED* n. 253104; Id., Sez. VI, 22.07.1999, Castellarin, in *CED* n. 214123.

<sup>42</sup> Al riguardo in tema di patteggiamento, cfr., Cass. Sez. II, 6.07.2007, Tropea, in *CED* n. 237168.

<sup>43</sup> In questi termini, Cass. Sez. VI, 17.05.2004, Di Maria, in *CED* n. 229825.

<sup>44</sup> Cass. Sez. V, 13.02.2015, Arrigone, in *CED* n. 262685; Id., Sez. IV, 30.11.2007, Sacco, in *CED* n. 238660; Id., S.U., 2.07.1997, Dessimone, in *CED* n. 207946.

<sup>45</sup> Si veda PANTÈ, *Nullità della querela per vizio di sottoscrizione e spese processuali*, in *RCP*, 1993, 782.

Per poter beneficiare di tale prerogativa è, però, necessario che l'imputato venga assolto per cause diverse dall'imputabilità e vi sia il rigetto della domanda di restituzione o di risarcimento dei danni formulata dalla parte civile.

La configurazione alternativa dei presupposti, da cui dipende la condanna della parte civile, lascia intendere che la condanna penale dell'imputato non comporta, di per sé, la condanna sotto il profilo civilistico e, quindi, che la parte civile possa essere condannata al pagamento delle spese processuali anche al di fuori delle ipotesi di assoluzione dell'imputato<sup>46</sup>.

Invero, poiché l'art. 541 comma 2 c.p.p. limita l'obbligo di rifusione alle sole spese sopportate per effetto della costituzione di parte civile, non ogni esborso dell'imputato può costituire oggetto di una domanda di rimborso: le spese legali sostenute per il giudizio, ad esempio, non conseguono alla costituzione di parte civile per cui non possono esserle addebitate.

Peraltro, codificando la possibilità di compensare le spese, in presenza di giustificati motivi, il legislatore ha voluto evitare decisioni inique e ciò, soprattutto, quando l'assoluzione dell'imputato non dipenda da un comportamento negligente o temerario del danneggiato ma, piuttosto, da *deficit* investigativi o da sanzioni che colpiscono dati probatori nel corso del dibattimento.

Inoltre, la parte civile potrà essere condannata anche al risarcimento dei danni nell'ipotesi in cui venga riconosciuto che abbia agito con colpa grave: la fattispecie sarebbe aggravata negli stessi termini della responsabilità derivante dalla lite temeraria disciplinata dall'art. 96 c.p.c.<sup>47</sup>

Analogamente, quando l'imputato è assolto, per un reato procedibile a querela, con la formula il fatto non sussiste o per non averlo commesso, il querelante può essere condannato al rimborso delle spese sostenute, al risarcimento dei danni o al rimborso delle spese processuali anticipate dallo Stato nei casi previsti dall'art. 427 c.p.p., cui fa espresso rinvio l'art. 542 c.p.p.<sup>48</sup>

Anche in questo caso, la condanna del querelante è subordinata all'accertamento della condotta colposa manifestata nella querela<sup>49</sup>.

Dunque, il riconoscimento della responsabilità della parte civile e del querelante, la cui partecipazione al processo penale è discrezionale, si ancora ad attività gravemente colpose o dolose dei soggetti individuati. Esso, di fatto, conduce alla celebrazione di un processo che comporta, oltre ai danni, eventualmente, risentiti dall'imputato, poi prosciolto, anche conseguenze di rilievo per l'ordinamento, che instaura un processo che non avrebbe dovuto essere celebrato<sup>50</sup>.

Di conseguenza, se l'ordinamento prevede che tali soggetti, alle condizioni esaminate, vengano condannati alla refusione delle spese legali o al risarcimento dei danni nei confronti dell'imputato, non si vede per quale ragione lo stesso non dovrebbe prevedere una forma di ristoro per analoghi danni, derivanti da disfunzioni di sistema addebitabili ai singoli operatori.

---

<sup>46</sup> Sullo specifico tema, MANISCALCO, *L'azione civile nel processo penale*, cit., 176.

<sup>47</sup> KOSTORIS, *Brevi riflessioni in tema di condanna generica e provvisoria sui danni*, cit., 985; LORUSSO, *Provvedimenti "allo stato degli atti" e processo penale di parti*, cit., 538.

<sup>48</sup> In tema MACCHIA, *Sulla condanna del querelante al pagamento delle spese processuali nel caso di proscioglimento*, in *CP*, 1993, 1664.

<sup>49</sup> In giurisprudenza si veda, Cass. Sez. VI, 6.07.2009, Tragoni, in *CED* n. 244524, secondo cui la condanna del querelante alle spese processuali, in caso di assoluzione dell'imputato per insussistenza del fatto o per non averlo egli commesso, deve essere preceduta da un motivato giudizio sull'esistenza dell'elemento della colpa nell'esercizio del diritto di querela.

<sup>50</sup> Cfr., in tal senso, GALLUZZO, *La refusione delle spese processuali per l'imputato "incolpevole"*, in *AP*, 2013, 4.